

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

- قسنطينة -

قسم الشريعة

كلية والشريعة الاقتصاد
والقانون

- دراسات عليا -

الرقم التسلسلي:

تخصص أحوال شخصية

رقم التسجيل:

الالتزامات التعاقدية في بيوع التركة

- دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقوانين المغرب العربي -

بحث مقدم لنيل درجة دكتوراه علوم في الشريعة والقانون
تخصص أحوال شخصية

إشراف الأستاذة الدكتورة :
سعاد سطحي

إعداد الطالب :
مطالبي بلقاسم

لجنة المناقشة

الصفة	الجامعة الأصلية	الرتبة	أعضاء اللجنة
رئيسا	جامعة الأمير عبد القادر - قسنطينة -	أستاذ التعليم العالي	أ.د سميح جاب الله
مشرفا ومقررا	جامعة الأمير عبد القادر - قسنطينة -	أستاذ التعليم العالي	أ.د سعاد سطحي
عضوا	جامعة باتنة 1	أستاذ التعليم العالي	أ.د محمود بوترة
عضوا	جامعة أم البواقي	أستاذ التعليم العالي	أ.د محمد الصالح روان
عضوا	جامعة الأمير عبد القادر - قسنطينة -	أستاذ محاضر أ	د كمال العرفي

عضوا	جامعة سكيكدة	أستاذ محاضر أ	د محمود لنكار
------	--------------	---------------	---------------

السنة الجامعية: 1438-1439 هـ / 2016 – 2017 م

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

أهدى

- إلى أمي الحنون شفها الله ، وأدام عافيتها ، وأطال عمرها ، ورزقني برها .
- إلى أبي الكريم شفاه الله ، وأدام عافيته ، وأطال بقاءه ، وجعلني من البررة به .
- إلى زوجتي الكريمة عرفانا وإخلاصا ومودة .
- إلى ولدي وفلذة كبدي عبد المنعم .
- إلى إخوتي وأخواتي وكل أفراد العائلة والأقارب .
- إلى العلماء العاملين المخلصين من هذه الأمة .
- إلى كل من علمني حرفا ، أساتذتي الكرام .



أهدي هذا العمل .

بلفاسم مطالبي .

شكرا وتقديرا

أحمد المولى عز وجل وأُثني عليه بما هو أهله ، كما حمدته وأُثني عليه سيد المرسلين .

ثم إن قيد النعم وتكثيرها شكرها ؛ مصداقا لقوله تعالى : ﴿وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ

لَئِنْ شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ ۖ﴾ [إبراهيم / 7] ، وإن شكر الناس من شكر الله ؛

لقوله صلى الله عليه وسلم : " من لم يشكر الناس لم يشكر الله " ، فتحقيقا لهذا المقصد ، ثم عرفانا لذوي الفضل بفضلهم أتوجه بجزيل الشكر إلى مؤطرة هذا البحث فضيلة الأستاذة الدكتورة سعاد سطحي ؛ لقبولها الإشراف على هذا البحث ، و لدماثة أخلاقها وسعة صدرها ، و رعايتها لهذا البحث بالتوجيه والنصح مذ كان مشروعا إلى أن استوى على سوقه ، فجزاها الله عني خير الجزاء ، وجعل علمها وعملها في ميزان حسناتها .

وأُثني بالشكر الجزيل لسادتي أعضاء اللجنة الفاحصة تقديرا لتجشمهم عناء قراءة هذا البحث ؛ ولما سيسدونه من ملاحظات تقويمه وتقييمه .

أيضا أوجه شكري وخالص امتناني لفضيلة الأستاذ الدكتور نصر سلمان والدكتور أحمد بولقصبيا لما قدماه لي من مساعدة وتوجيه ، فأسأل الله أن يبارك في علمهما وعملهما وأن يُربي حسناهما .

كما أتوجه بالشكر الجزيل لزوجتي الفاضلة لصبرها علي طوال فترة البحث ، ولتحملها عناء رقمنة مسودة هذا البحث ، فجزاها الله من كل خير .

وفي الأخير أشكر كل من قدم لي يد العون من قريب أو من بعيد .

إلى كل هؤلاء لهم من الله أكمل الأجر وأجزل العطاء .

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم ، الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على

أشرف المرسلين، وعلى آله وصحبه أجمعين ، وبعد :

يعتبر علم الميراث من أجل العلوم وأشرفها ، وهو أول علم يفقد في الأرض ؛ نتيجة للأثرة والطمع وحب الذات ، وتقديم ذلك على حكم الله وشرعه .
وقد تكفل الله سبحانه بتبيان أحكامه وتفصيل قواعده ، ولم يتركها لملك مقرب ولا لنبي مرسل .

والميراث باعتباره واقعة قانونية تنتقل بموجبه الملكية من السلف إلى الخلف ، تنتظم تحته عدة مسائل من تحديد الورثة ومقدار أنصبتهم ، ومكونات التركة وزمن انتقالها ، إلى كيفية التصرف فيها ، وضمن هذا العنصر يأتي موضوع بيع التركة ، وهو من المواضيع التي يعنى بدراسة أحكامه القانون المدني .

ويعتبر بيع التركة موضوعا متشعبا ومتعدد المسائل والصور ، وهذه الصور لها تموضعات متغايرة ؛ تبعا لشروط الالتزام في عقد البيع .

ف نجد مثلا أنه عند دراسة صورتي : بيع الوارث حصته في التركة لأجنبي غير وارث ، وبيع الوارث حصته في التركة لوارث آخر (فيما يعرف بالتخارج) ؛ فإنه لابد من العودة في هذا الإطار إلى دراسة المحل في عقد البيع ، وبالضبط تحديدا إلى دراسة شرط تعيين الشيء المبيع ، وهذا هو الشرط الأول .

أما الشرط الثاني فهو صلاحية المبيع للتعامل فيه ، وهو شرط يتعلق بالنظام العام ، ومن تطبيقاته نجد صورة أخرى وهي بيع تركة مستقبلة .

أما الشرط الثالث فهو ملكية البائع للشيء المبيع ، وهو شرط يعنى ببيان علاقة البائع بالشيء المبيع ، وضمنه نجد صورة بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الدين .

فلاحظ أن هذه الصور وغيرها لها عدة تموضعات ، وإن دراستها بهذا الشكل ، وجمع شتاتها وأحكامها تحت موضوع واحد ، لمن الأهمية بمكان .

أضف إلى هذا - وحسب ما يتضح من أدبيات الموضوع - فإن هذه الصور لها تفرعات وأحكام في النظر القانوني ، تحتاج لأن تعرض وتدرس في النظر الشرعي ، وتلك عملية تظهر أهميتها في إبراز الجانب التشريعي للفقهاء الإسلاميين وموقفه من النظريات القانونية الغربية في هذا الشأن .

لهذا وتأسيساً على ما سبق ، فإنني رأيت أنه من الضروري بحث هذا الموضوع ودراسة أحكامه، دراسة وافية شاملة تستقصى صورته وتطبيقاته ، وتوضح مصطلحاته وضوابطه وأساسه الناهضة به ، مع نظرة نقدية للتنظيم القانوني والاجتهاد القضائي الجزائري ، في محاولة جادة لإثراء مضامينه .

وبناء على هذا كله فقد اخترت لهذا الموضوع العنوان الآتي : " الالتزامات التعاقدية في بيع التركة - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقوانين المغرب العربي - " ، محاولاً من ورائه البحث عن الالتزامات التعاقدية التي تميز هذا البيع عن غيره من البيوع الأخرى ، فضلاً عن الشروط الواجب توافرها فيه ، وكذا نطاق الضمان وأثر التصرف بين الفرقاء والغير ، وتأثير الدين على التصرف وقواعد التفضيل ما بين المشتري من جهة والدائن من جهة ثانية .

أهداف البحث:

يهدف هذا الموضوع بالأساس إلى ما يأتي :

- تحديد مضامين بيع التركة من خلال تفصيل مفهومه وصوره وتطبيقاته .
- بيان الخصائص والسمات التي تميز هذا البيع عن غيره من البيوعات الأخرى .
- مقارنة رأي القانون برأي الفقه الإسلامي ؛ لمعرفة كيف تعامل فقهاؤنا الأجلاء مع أحكام هذا الموضوع ، وبذلك يتسنى لنا معرفة نقاط الاتفاق والاختلاف الجوهرية منها والثانوية .

- دراسة نقدية للقانون الجزائري - في ضوء الفقه الإسلامي ، والقوانين المغاربية - ، في محاولة لإثراء أحكامه المنظمة لهذا الموضوع .

- لمّ شتات الموضوع في دراسة أكاديمية تسهم في إثراء المكتبة الفقهية و القانونية.

أسباب اختيار الموضوع:

لعله من المفيد جدا الاحتكاك مع الباحثين و تبادل الأفكار معهم ؛ لما له من أهمية في العثور على موضوع بحث والتحكم فيه ، حيث يمكن للباحثين والمختصين أن يبعثوا اهتمامنا بالحديث عن المواضيع التي لم ننتبه لها قبل ذلك ، وهذا من خلال دعم قناعاتنا ، وتبيين بعض الصعوبات والاستشكالات الواردة في هذا الشأن.

ومن خلال قراءاتي المتعددة ومطالعاتي المتكررة لأدبيات هذا الموضوع ، واستشارة هؤلاء الباحثين والمختصين اتضح لي أنه موضوع جدير بالدراسة والبحث ، خصوصا في النظر المقارن، وهذا ما شجعني على المضي فيه .

إضافة إلى ما سبق ؛ فإن معظم من تناول هذا الموضوع لم يحط بجميع صورته وتطبيقاته ، بل معظمهم يقصره على صورة واحدة ، وبشكل مختصر ، ولهذا السبب اخترت هذا الموضوع قصد سبر أعماقه ، و الملمة جزئياته و صورته في نسق وبناء منهجي أكاديمي ، يسهم في إثراء المكتبة الفقهية والقانونية .

أخيرا وبالإضافة إلى ما ذكرته من أسباب ، فهناك سبب آخر ذاتي ، وهو رغبتني في معالجة هذا الموضوع، خصوصا وأن له علاقة في بعض مباحثه بالموضوع الذي سبق وأن تناولته في مرحلة الماجستير .

صعوبات البحث :

إن موضوع بيع التركة موضوع متعدد ومتشعب المسائل والصور ، وهو ما صعب من مهمة جمع شتاته ولممة جزئياته ؛ نظرا لتشتتها وتفرقها في مختلف الأبواب الفقهية ، إذ من عادة الشروح والكتب الفقهية القديمة عدم انتظام المسائل الفقهية في باب واحد ، ضف إلى هذا كله أن البحث مقارن بين المذاهب الفقهية السبعة وبين القانون المغربي، وتلك عملية صعبة، بل ومضنية.

الدراسات السابقة :

لم أجد - في حدود ما استعرضته وما اطلعت عليه من جهود علمية متصلة بموضوع الدراسة- موضوعا مشابها ، وبالمنهجية والكيفية التي سأعتمدها في هذا البحث ، فكل ما كتب في موضوع بيع التركة - حسب علم الباحث - لم يتعد أن يكون : دراسة تحوي جزئية من جزئياته ، أو جانبا من جوانبه النظرية ، دون أن يُعنى بدراستها في شكل نسق منهجي .

كما لم يحظ هذا الموضوع بدراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي (بمختلف مذاهبه) ، وبين القانون الجزائري ، و عليه فقد سعت في هذه الدراسة بيان هذا الجانب النظري في شقيه الفقهي والقانوني ، كما سعت أيضا إلى تحقيق القول في التقنين الجزائري ضمن هذا الإطار ؛ قصد إثراء وتطوير مضامينه ، مدعما كل ذلك بالاجتهادات القضائية ، والتي من شأنها أن توضح الرأي المتبنى أو التفسير المعطى.

ومن جملة الدراسات والأبحاث المتصلة بالموضوع ، والتي أمكنني الاطلاع عليها ما يأتي :

1- الدراسة الأولى : ما كتبه العلامة المرحوم الدكتور عبد الرزاق السنهوري في موسوعته القانونية، وهي دراسة لا أنكر فضلها ، فقد كانت بحق نبزاسا لي في كشف وبناء معالم هذا البحث . وهي دراسة قام فيها صاحبها بدراسة أغلب صور وتطبيقات هذا الموضوع ضمن أحكام القانون المصري وبعض الاجتهادات القضائية ، وما يؤخذ على هذه الدراسة أنها مختصرة ومفرقة على عادة الشروح ، كما أنها دراسة قانونية في أغلبها إلا في بعض المباحث التي وردت

مقارنة بالفقه الإسلامي ، كما أن الاجتهادات القضائية ترجع إلى فترات زمنية متقدمة ، ولذلك ستولى هذه الدراسة تدارك ذلك من خلال استجلاء مباحث هذا الموضوع بدقة و تعمق ، ضمن الإطار القانوني للدول المغاربية بما فيه الاجتهادات القضائية ، ثم المقارنة مع أحكام الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه .

2- الدراسة الثانية : بعنوان " التعامل في التركات المستقبلية " للباحث الدكتور محمد جلال

إبراهيم ، وهي دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والمصري والكويتي ، حيث تناول الباحث التعامل في التركات المستقبلية بصفة عامة ، وقد استفدت منها كثيرا ، باعتبارها جزئية من دراستي .

3- الدراسة الثالثة : ما كتبه العلامة المرحوم الشيخ علي الخفيف بعنوان " مدى تعلق الحقوق

بالتركة " ، حيث تناول العلامة ضمن هذه الدراسة مفهوم التركة وبيان الحقوق المتعلقة بها ، كحق التجهيز ، أداء الزكاة ، الوصية ، سداد الديون ، وتناول ضمن مفهوم التركة جزئية تدرج ضمن دراستي ، وهي زمنية انتقال التركة إلى الورثة ، وما يستتبع ذلك من تصرف الورثة في أعيانها ، حيث عرض لها في الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه ، وقد استفدت كثيرا من هذه الدراسة ، وكانت بحق نبأسا لي في هذه الجزئية المتصلة بموضوع بحثي ؛ نظرا لما يتميز به العلامة علي الخفيف من تحليلات علمية دقيقة، وزيادة على ما ذكره العلامة فقد حاولت تعميق وتفصيل بعض الجوانب المغفلة ، كل ذلك مع مقارنتها بالدراسة القانونية في إطارها المغاربي .

4- الدراسة الرابعة : بعنوان " حكم تصرف الوارث في أموال التركة قبل سداد الديون "

للباحث الدكتور علي إبراهيم الرجال ، وهي جزئية ضمن هذا البحث ، وقد جاءت هذه الدراسة ضمن مساعي مشروع تنقيح القانون المدني المصري ، حيث عرض الباحث للمسألة في الفقه الإسلامي ضمن مذاهبه الأربعة ، ثم عرض في الختام للقانون المدني المصري وكذا أحكام القضاء .

وبما أن هذه الدراسة قد تناولت جزئية فقط ، فستتولى هذه الدراسة بيان الجوانب الأخرى وبشكل شامل ، يلتزم فيها الجانب الفقهي بمختلف مذاهبه ، برأي القانون وكذا الاجتهاد القضائي ضمن الإطار المغربي .

المنهج المتبع:

للإجابة عن الإشكالية المبرزة سابقا ، وقصد الوصول إلى الأهداف المرجوة ، اقتضت مني الدراسة سلوك المناهج الآتية :

- **المنهج الاستقرائي:** وذلك باستقراء الآراء الفقهية والقانونية المتصلة بالموضوع من الكتب المعتمدة. ويبرز هذا المنهج بشكل جلي في الجانب الفقهي .

- **المنهج التحليلي :** وذلك ببيان الرأي الفقهي وتحليله وبيان الأساس المبني عليه ، وفي ضوء هذا مناقشة الجانب القانوني بما فيه الأحكام القضائية .

- **المنهج المقارن:** حيث يمكن الاعتماد عليه في المقارنة بين موقف الفقه الإسلامي وموقف القانون ؛ لإبراز أوجه التشابه وأوجه الاختلاف .

هذا ولم تكن المقارنة على شاكلة ونسق واحد، فأحيانا أمزج الدراسة الشرعية والقانونية في عنصر واحد، وأحيانا أخرى أفصل بينهما في عنوان بارز، وهذا إذا اقتضى الأمر ذلك ، كما أني التزمت حيال المقارنة تقديم النظر الشرعي على النظر القانوني، وهذا في الغالب الأعم، وبعض الأحيان أقدم النظر القانوني، وذلك حين تكون المسألة المبحوثة مفصلة في الجانب القانوني وتحتاج معه لأن تعرض على قواعد ومبادئ الفقه الإسلامي قصد بيان حكمه وموقفه منها .

أما فيما يتعلق بالمقارنة القانونية فإني التزمت بالمقارنة بين القانون الجزائري والمغربي والتونسي بهذا الترتيب، على أني أشير في بعض المسائل إلى القانون المصري وكذا الفرنسي، وإن لم تكن المقارنة معهما أساسية، مع العلم أني قد ضربت صفحا عن القانون الليبي والموريتاني، فالأول لدخول هذا البلد الشقيق في أتون الحرب الأهلية التي أدت إلى شلل في المؤسسات الدستورية، وبالتالي لا يمكن الحديث عن القانون في ظل غياب هذه المؤسسات، ضف إلى ذلك أن القانون المدني الليبي يطابق في أحكامه القانون المدني الجزائري، وبالخصوص موضوع بيع التركة.

أما القانون الموريتاني فلعدم تمكني من الحصول على المراجع المتخصصة وصعوبة ذلك عدلت عن إدراجه في هذا البحث.

هذا عن المنهج المتبع، أما عن المنهجية المتبعة، فقد التزمت الآتي:

- وضعت خلاصة وحوصلة عامة في نهاية كل فصل .
- خرجت الأحاديث النبوية من مظانها، حيث أكتفي بالصحيحين إن وجد فيهما، وإن لم يوجد، بحثت عنه في المظان الأخرى، مع ذكر درجة الحديث في هذه الحالة إن أمكن .
- ترجمت للأعلام الواردين في المتن، باستثناء المشهورين منهم كالصحابة المشهورين وأئمة المذاهب الأربعة.
- أبدأ في ذكر المرجع: اسم المؤلف، ثم اسم المؤلف، ثم المحقق إن وجد، ثم دار النشر، ثم مكان النشر، ثم الطبعة، ثم التاريخ، ثم الجزء والصفحة.
- إذا تكرر المرجع ولم يكن للمؤلف إلا كتاب واحد معتمد في هذه الدراسة، أعيد ذكر اسم المؤلف فقط، فإن كان له أكثر من كتاب معتمد ذكرت اسم المؤلف واسم المؤلف .
- رتب قائمة المصادر والمراجع ترتيبا ألفبائيا، مع إسقاط لفظة "ابن" و"أبو".

- ضمنت الدراسة جملة من الفهارس الفنية: فهرسا للآيات والأحاديث النبوية، فهرسا للأعلام، فهرسا للمصطلحات والحدود، فهرسا للمصادر والمراجع، وفهرسا للموضوعات.
- التزمت مجموعة من الرموز، وأقصد بها ما يأتي:
 - غ.أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا الجزائرية.
 - غ.ع: الغرفة العقارية بالمحكمة العليا الجزائرية.
 - غ.م: الغرفة المدنية بالمحكمة العليا الجزائرية.
 - غ.مج: الغرف المجتمعة بالمحكمة العليا الجزائرية.
 - م.د: مجلس الدولة الجزائري.
 - م.م.ع: مجلة المحكمة العليا الجزائرية.
 - ع: عدد.
 - ع.خ: عدد خاص
 - م.ق: المجلة القضائية.
 - إ.ق: الاجتهاد القضائي.
 - ن.ق: نشرة القضاة.
 - ط: طبعة.
 - دط: دون طبعة.
 - دت: دون تاريخ.
 - ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.
 - ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.
 - ق.م.م: القانون المدني المصري.

- ق.ل.ع.م: قانون الالتزامات والعقود المغربي.
- م.ل.ع.ت: مجلة الالتزامات والعقود التونسية.
- م.أ.م: مدونة الأسرة المغربية.
- مج.أ.ت: مجلة الأحوال الشخصية التونسية.
- ج.ر: الجريدة الرسمية.

خطة البحث :

سعيًا للإجابة عن الإشكالية المبرزة آنفاً ، اقتضت مني الدراسة تقسيمها إلى باين: الباب الأول: تناولت فيه بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الدين، وقد قسمته إلى فصلين: الفصل الأول: تناولت فيه دراسة المركز القانوني للوارث ، وقسمته إلى مبحثين: المبحث الأول تضمن الحديث عن طبيعة العلاقة بين الذمة الموروثة والذمة الوارثة ، والمبحث الثاني عالج زمنية انتقال التركة الموروثة إلى الورثة .

أما الفصل الثاني: فتناولت فيه دراسة تصرف الوارث في أعيان التركة قبل سداد الدين ، وقسمته إلى مبحثين: المبحث الأول تضمنته الحديث عن حكم التصرف من وجهة النظر الشرعي ، والمبحث الثاني عالج فيه حكم التصرف من وجهة النظر القانوني.

وأما الباب الثاني: فخصصته للحديث عن بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال وهو الآخر قسمته إلى فصلين: تناولت في الفصل الأول: دراسة بيع الوارث حصته في التركة لأجنبي غير وارث، مقسماً إياه إلى مبحثين: المبحث الأول: عالج فيه الالتزامات التعاقدية المتولدة ، وفي المبحث الثاني: عالج فيه شروط بيع التركة.

أما الفصل الثاني: فقد تناولت فيه بيع الوارث حصته في التركة لوارث آخر فيما يعرف بالتخارج ، وقسمته بدوره إلى مبحثين: المبحث الأول: تضمن الحديث عن الالتزامات التعاقدية (بين الفرقاء)، والمبحث الثاني: الالتزامات المؤثرة في طبقة الغير.

ثم الخاتمة: ضممتها جملة من النتائج المتوصل إليها، مع بعض المقترحات .

هذا وأسأل الله العلي القدير أن يلهمني الرشد والصواب فيما أبتغي ، وأن يكرمني بنعمة الإخلاص لوجهه الكريم ، وأن يجعل هذا العمل نافعا مبرورا في الدنيا والآخرة ، وأن يعصمني من فتنة النفس والركون إلى هواها ، إنه جواد كريم .

الباب الأول: بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل

سداد الديون

إن هذه الصورة لا تندرج ضمن مفهوم بيع التركة بمعناه الخاص؛ ولكن تنتمي إلى دائرته في المفهوم العام له ، ولتحديد أحكام هذه الصورة سأتناول في هذا الباب الحديث عن الذمة الموروثة وعلاقتها بالذمة الوارثة (الفصل الأول) ، ليتسنى بعد ذلك تحديد الأثر المترتب عن تصرف الوارث بالبيع في أعيان التركة قبل سداد الدين (الفصل الثاني).

الفصل الأول : العلاقة بين الذمة الموروثة والذمة الوارثة

إن تحديد العلاقة بين الذمة الموروثة والذمة الوارثة، يكون ببيان مفهوم الذمة المالية وبيان أساس ثبوتها (المبحث الأول)، ثم تحديد زمنية انتقال أموال التركة من الذمة الموروثة إلى الذمة الوارثة (المبحث الثاني).

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

المبحث الأول: في مفهوم الذمة المالية وبيان أساس ثبوتها

أتناول في هذا المبحث التعريف بالذمة المالية (المطلب الأول) وتحديد أساس ثبوتها (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: تعريف الذمة المالية

في هذا المطلب سأبدأ ببيان الذمة المالية في الدلالة اللغوية والاصطلاحية، ثم توضيح الفرق بينها وبين الأهلية ، لأختتم الحديث عن مكونات الذمة المالية ، وهذا كله في النظريين الشرعي والقانوني.

الفرع الأول: تعريف الذمة المالية

نلاحظ أن مصطلح الذمة المالية بهذا التركيب هو مصطلح قانوني ، أما في التراث اللغوي العربي والفقهي فقد ورد بلفظ الذمة فقط، لذلك سأتطرق لتعريف الذمة في اللغة والنظر الشرعي مجردة عن هذه الإضافة .

البند الأول: الدلالة اللغوية¹:

الذمة في اللغة تجمع على صيغة ذمام، والذمام كل حرمة تلزم الشخص؛ إذا ضيعها لحقته مذمة جراء ذلك. وهي في اللغة لها عدة معاني منها : العهد ، الأمان و الضمان.

بمعنى العهد ورد ذلك في سورة التوبة في قوله تعالى: ﴿ لَا يَرْقُبُونَ فِي مُؤْمِنٍ إِلَّا وَّلَا ذِمَّةً

وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُعْتَدُونَ ﴾ [التوبة 10]؛ أي لا يرقبون في مؤمن حلفا ولا عهدا.

¹ ابن منظور ، لسان العرب ، دار صادر، بيروت، ط1، دت، ج12، ص221 ؛ الفيومي، المصباح المنير ، دار القلم، بيروت، دت، ص286 ؛ محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، تحقيق يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، بيروت، ط5، 1999، ص113.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

أما الأمان فقد ورد ذلك في الحديث النبوي في قوله صلى الله عليه وسلم : « ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم »¹؛ أي إذا أعطى رجل من جيش المسلمين العدو أمانا جاز ذلك على جميع المسلمين، وليس لهم أن يخفروه، ولا أن ينقضوا عليه عهده، ولهذا نجد عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أجاز أمان عبد وأجراه على العسكر كلهم، ومن هذين المعنيين نجد أن الفقهاء المسلمين سمو أهل الكتاب الذين يرضون العيش في كنف الدولة الإسلامية بأهل الذمة ؛ وذلك لدخولهم في عهد المسلمين وأمانهم.

و أما بمعنى الضمان فقد ورد ذلك في قول علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - :
< ذمتي رهينة و أنا به زعيم >² ؛ ومعناه ضماني وعهدي رهن بالوفاء به، وهذا المعنى يقترب بشكل كبير من المعنى الاصطلاحي. كما وردت هذه اللفظة في التراث اللغوي بمعنى الحق؛ حيث يقال: فلان له ذمة؛ أي حق.

البند الثاني: الدلالة الاصطلاحية

الفقرة الأولى : في النظر الشرعي:

لقد عرف الفقهاء والأصوليون مصطلح الذمة بعدة تعاريف، من ذلك تعريف عبد العزيز البخاري³؛ حيث عرف الذمة بأنها: < وصف يصير به الشخص أهلاً للإيجاب و الاستيجاب >¹؛ أي لوجوب الحقوق له ووجوب الالتزامات عليه.

¹ أخرجه البخاري في صحيحه، تحقيق مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، بيروت، ط3، 1987، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب ما يكره من التعمق في العلم والغلو في الدين والبدع، حديث رقم: 6870، ج6، ص 2662؛ وأخرجه مسلم في صحيحه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د ط، دت، كتاب الحج، باب فضل المدينة، حديث رقم 1371، ج2، ص 999.

² المتقي الهندي، كتر العمال، مؤسسة الرسالة، سوريا، د ط، دت، ج16، ص 269.

³ عبد العزيز البخاري: هو عبد العزيز بن أحمد بن محمد علاء الدين البخاري فقيه حنفي من علماء الأصول، من أهل بخارى، له تصنيف منها: كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، توفي عام 370هـ. ينظر: الزركلي، الأعلام، دار العلم للملايين، بيروت، ط15، 2002، ج4، ص13.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

وعرفها الحموي² بقوله: < أمر شرعي مقدر في المحل يقبل الإلزام و الالتزام >³ و يقرب منه تعريف العز بن عبد السلام⁴ الذي عرفها بقوله: < هي معنى مقدر في المحل يصلح للإلزام و الالتزام >⁵.

أما الإمام القرافي⁶ فقد عرفها بأنها : < معنى شرعي مقدر في المكلف قابل للالتزام و اللزوم >⁷، حيث يلاحظ أن الإمام القرافي قصر ثبوتها على المكلف فقط ، أما غير المكلف فلا تثبت له ، ومن ثم فالصبي لا ذمة له⁸.

أما الفقهاء المعاصرون فلم تختلف تعريفاتهم عن تعريفات الفقهاء القدامى؛ حيث تقارب في مجملها المعنى نفسه؛ فقد عرفها الشيخ عبد الوهاب خلاف⁹ بأنها :

¹ عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار عن أصول البزدوي، الفاروق الحديثة، القاهرة ، ط 2 ، 1995، ج 4 ، ص 238.
² الحموي: أحمد بن محمد مكّي، أبو العباس شهاب الدين الحسين الحموي، من علماء الحنفية، درس بالمدرسة السليمانية بالقاهرة، وتولى إفتاء الحنفية ، له عدة كتب منها: غمز عيون البصائر، تفحات القرب والاتصال ، توفي حوالي 1098هـ. الزركلي، المرجع السابق، ج1، ص 239.

³ الحموي، غمز عيون البصائر شرح الأشباه و النظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1985، ج 4، ص 6.
⁴ العز بن عبد السلام: هو عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم، ولد سنة سبع أو ثمان و سبعين وخمسائة (578هـ) من شيوخه ابن عساكر ، وسيف الدين الأمدي، ومن تلامذته ابن دقيق العيد، وهو الذي لقبه بسلطان العلماء، وأيضاً أبو الحسن الباجي. من تصانيفه القواعد الكبرى، مجاز القرآن. توفي بالقاهرة سنة 660 هـ . ينظر: السبكي، طبقات الشافعية، تحقيق محمود محمد الطناحي، عبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة، القاهرة، ط2، 1413 هـ، ج8، ص 209 وما بعدها.
⁵ الحموي ، المصدر السابق ، ج 4 ، ص 6.

⁶ القرافي: هو شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي الصنهاجي المصري، الإمام العلامة الحافظ، أخذ عن العز بن عبد السلام وابن الحاجب وشرف الدين الفاكهاني وغيرهم، له عدة تآليف منها: كتاب الذخيرة، التفتيح في أصول الفقه، توفي رحمه الله سنة 684هـ . ينظر: ابن فرحون الديباج المذهب، تحقيق وتعليق محمد الأحمدى أبو النور، دار التراث، القاهرة، دط، ج1، ص 236 وما بعدها؛ محمد بن محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، علق عليه عبد المجيد خيالي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2003، ص 270.

⁷ القرافي، الفروق، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1998، ج 3 ، ص 381.

⁸ المصدر نفسه، ج3، ص 380، 381 .

⁹ عبد الوهاب خلاف: فقيه أصولي من أهل مصر، درس الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق جامعة القاهرة، من آثاره مصادر التشريع فيما لا نص فيه، علم أصول الفقه وغيرها، توفي رحمه الله عام 1956م. ينظر: عمر رضا كحالة، معجم المؤلفين، مكتبة المثنى، بيروت، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دط، ط ت، ج6، ص 221.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

﴿ الصفة الفطرية الإنسانية التي بها تثبت للإنسان حقوق قبل غيره، ووجبت عليه واجبات لغيره ﴾¹.

وإذا كانت هذه التعريفات قد جعلت للذمة شقين إيجابيين يتمثل في ثبوت الحقوق للشخص (قابلية الإلزام)، وشق سلبى يتمثل في ثبوت التكليفات والالتزامات على الشخص (قابلية للالتزام)؛ فإن هناك تعريفات أخرى نحت بالذمة نحواً مغايراً لما سبق؛ حيث اعتبرتها محلاً لثبوت التكليفات والالتزامات فقط؛ أي الشق السلبى دون الإيجابى، ومن هذه التعريفات تعريف الشيخ مصطفى الزرقا²، والشيخ أبي زهرة³، فالأول عرفها بأنها: ﴿ محل اعتباري في الشخص تشغله الحقوق التي تتحقق عليه ﴾⁴، أما الثاني فعرفها بقوله: ﴿ الذمة أمر فرضي تقديري اعتباري، فرض موجود ليكون محلاً للديون وسائر الالتزامات والتكليفات ﴾⁵.

والذي يترجح في نظري هو التعريف الذي يعتبر الذمة ظرفاً لثبوت الديون وسائر الالتزامات والتكليفات، ذلك أن الحقوق حتى تثبت للشخص لا تحتاج إلى ظرف أو محل؛ كي تشغله؛ ولعل ما أورده القرافي⁶ في كتابه الفروق ما يفيد هذا الاستنتاج، حيث قال: ﴿ اعلم أن المعينات المشخصات في الخارج المرئية بالحس لا تثبت في الذمم... ﴾⁷. وفي موضع آخر يقول: ﴿ ... وهذا

¹ عبد الوهاب خلاف، علم الأصول، دار القلم، الكويت، ط9، 1970، ص135.

² مصطفى أحمد الزرقا: من أبرز علماء الفقه الحديث، ولد بمدينة حلب عام 1904م في بيت علم وصلاح، فوالده أحمد وجده محمد من كبار علماء الحنفية في حلب، له عدة مؤلفات منها: أحكام الفقه، الفعل الضار والضمان فيه... توفي رحمه الله عام 1999م. ينظر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، علماء وأعلام كتبوا في مجلة الوعي الإسلامي الكويتية، ط1، 2011، ج1، ص505.

³ محمد أبو زهرة: هو محمد بن أحمد أبو زهرة، ولد عام 1892م بمدينة المحلة الكبرى، يعتبر من كبار علماء الشريعة في عصره، من تأليفه الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، أحكام التركات والمواريث وغيرها، توفي بالقاهرة عام 1974م، ينظر: الزركلي، المرجع السابق، ج6، ص25، 26.

⁴ مصطفى الزرقا، مدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، دار القلم دمشق، ط9، 1970، ص135.

⁵ محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، د ت، ص308.

⁶ سبقت ترجمته، ص 05.

⁷ القرافي، المصدر السابق، ج2، ص235.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

المعنى المقدر هو الذي تقدر فيه الأجناس المسلم فيها مستقرة حتى يصح مقابلتها بالأعواض المقبوضة ناجزا في ثمنها...¹.

الفقرة الثانية: في النظر القانوني:

إن مصطلح الذمة المالية (patrimoine) بهذا التركيب مصطلح قانوني، كما سبق ذكره وهي مأخوذة من اللفظ اللاتيني patrimonium ، وهي تعني عند الرومانيين: المال الآتي من الأب والأم ؛ لأنها مشتقة من اللفظ: " pater " ²، ثم تطور هذا المعنى إلى مدلول أوسع، وأصبحت تعني في الفقه الحديث: مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات مالية، حاضرة ومستقبلية، منظور إليها كمجموع أو وحدة قانونية (Universalité juridique) ، وهي بهذا المعنى أشبه بوعاء تشغله الحقوق والالتزامات ذات القيمة المالية³. وهناك تعريف آخر ذكره أصحاب نظرية التخصيص⁴، مفاده أن الذمة المالية هي في نظرهم عبارة عن: " مجموع من الحقوق والالتزامات المالية المخصصة لغرض معين".

الفرع الثاني: الفرق بين الذمة والأهلية

المقصود بالأهلية هنا هي أهلية الوجوب، "وهي صلاحية الإنسان لأن تثبت له حقوق و

تجب

¹ المصدر نفسه، ج3، ص 381 .

² ينظر في هذا الاشتقاق:

Larousse, dictionnaire Encyclopédique, paris, 1998 ,P1165

³ Christian larroumet , droit civil, economica , paris, 3 édit , 1998 , T1, pp273 , 274 ; George Hurbercht, Eric Agostini , droit civil, sirey ,paris, 13 édit , 1983, pp42,43.

السنهوري، الوسيط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط9، 1998، ج8، ص 223؛ حسن كبيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط5، د ت، ص499؛ مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ص 209.

⁴ سيأتي الحديث عنها.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

عليه واجبات"¹، ونتيجة لبعض العبارات الموهمة، والتي أوردتها الفقهاء والأصوليون عند الحديث عن الذمة و الأهلية؛ جعل جانبا من الفقه يعتبر الذمة والأهلية شيئا واحدا²، فقد جاء في مرآة الأصول أن الله سبحانه: " قد خص الإنسان من بين سائر الحيوانات بوجوب أشياء له وعليه، فلا بد من خصوصية بها يصير أهلا لذلك ، وهي المراد بالذمة "³، وجاء في كشف الأسرار أن : " الله تعالى لما خلق الإنسان محل أمانته أكرمه بالعقل والذمة حتى صار بهما أهلا لوجوب الحقوق له وعليه، فثبت له حق العصمة والحرية و المالكية بأن حمل حقوقه و ثبتت عليه حقوق الله تعالى التي سماها، أمانة ما شاء" ⁴ . فهذان النصان يوهمان بأن الذمة هي نفسها أهلية الوجوب، ولكن بالتدقيق في كتب الأصول وكلام الفقهاء يتبين منه أن الذمة والأهلية شيئان متغايران وإن كان بينهما بعض الترابط والتلازم، فإذا حللنا أهلية الوجوب نجد أنها تنبني على عنصرين اثنين: فالأول : وهو صلاحية الإلزام، وهذا يثبت للإنسان وهو لا يزال جنينا في بطن أمه بالإجماع؛ إذ إن وجوده لا يتوقف على شيء آخر؛ لأن الحقوق ثابتة له، أما الثاني: فهو صلاحية الالتزام، وهذا الشق وجوده يحتاج إلى أمرين اثنين : الأول: وهو القابلية للتحمل، وهي تثبت للإنسان بولادته حيا، أما الأمر الثاني: فهو ظرف (محل) مفترض تستقر فيه الحقوق وتشغله، وهو لا يثبت للإنسان إلا إذا ولد حيا، وهو المعنى الحقيقي لكلمة الذمة فقهيا ⁵.

وعلى هذا تكون الأهلية هي الصلاحية والقابلية، أما الذمة فهي المحل، ومن هنا يتضح معنى قولهم. "ذمته مشغولة" بدلا من قولهم "أهليته مشغولة"؛ لأن الظرف هو الذي يشغل ⁶.

¹ عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق ، ص 135.

² مصطفى أحمد عمران الدراجي، الحقوق المتعلقة بالذمة المالية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1 ، 2008 ، ص 130، 131.

³ مثلا خسرو، مرآة الأصول شرح مرقاة الأصول، دار الطباعة الصحافية العثمانية، دط، 1321هـ، ص 321.

⁴ عبد العزيز البخاري، المصدر السابق، ج4، ص 238.

⁵ مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ص194 ، وما بعدها.

⁶ المرجع نفسه ، ص196

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

والذي يدل ويعضد هذا التحليل ما أورده صاحب كتاب كشف الأسرار، حيث يقول: > (أما أهلية الوجوب فبناء على قيام الذمة) ؛ أي لا تثبت هذه الأهلية إلا بعد وجود ذمة صالحة ؛ لأن الذمة هي محل وجوب، ولهذا يضاف إليها ولا يضاف إلى غيرها بحال¹.

هذا من الناحية الشرعية، أما من الناحية القانونية فالذمة المالية باعتبارها مجموع ما للشخص من حقوق والتزامات مالية، والأهلية هي صلاحية الشخص، فهما بهذا متميزان لا التباس بينهما.

الفرع الثالث: مكونات الذمة المالية :

البند الأول: في النظر الشرعي :

ارتبطت نظرية الذمة في الفقه الإسلامي بنظريتي الدين والعين، وهذا ما جعل الفقهاء المحدثين يختلفون حول ما إذا كان الفقه الإسلامي يعرف ويميز بين الحق الشخصي و العيني أم لا ؟ ، فذهب رأي² إلى أن الفقه الإسلامي يميز بين الحق الشخصي و الحق العيني تمييزا واضحا، في حين ذهب رأي آخر³ إلى أن الفقه الإسلامي لا يميز بين الحق الشخصي و الحق العيني، بل يميز بين الدين والعين.

وإذا كان هذا التمييز سواء أكان بين الحق الشخصي و الحق العيني ، أو بين الدين والعين مرتبطا بالذمة، فإن الفقهاء الذين عرفوا الذمة بأنها وصف قابل للالتزام واللزوم يجعلون للذمة مكونين، مكون إيجابي يشمل الحقوق التي تثبت للشخص سواء أكانت مالية أو غير مالية، و مكون سلبي يشمل الالتزامات و التكاليفات المالية وغير المالية.

بيد أن التطبيقات الفقهية والكلام المبثوث في الكتب لا يسعف و لا يعضد هذا التحليل، فالفقهاء لم يذكروا أن الحقوق التي للشخص تثبت في الذمة، بل ذكروا أن الديون والتكاليفات غير المتعينة (أي غير المتعلقة بالعين) هي من تثبت في الذمة، وهذا ما يرجح التعريف الذي يعتبر

¹ عبد العزيز البخاري، المصدر السابق، ج4، ص237.

² منهم الشيخ مصطفى الزرقا، ينظر: مدخل إلى نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص25 وما بعدها.

³ منهم الدكتور عبد الرزاق السنهوري، ينظر: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط2، 1998، ج1، ص14 وما بعدها.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

الذمة ظرفا تستقر فيه الديون والتكليفات، وبناء على هذا يمكن القول بأن الذمة في الفقه الإسلامي ذات شق سلبي تثبت فيها الديون والتكليفات (غير المتعلقة بالعين) مالية كانت أو غير مالية، ولا علاقة لها بالأموال الخارجية، وفي هذا يقول الإمام القرافي : > اعلم أن المعينات المشخصات في الخارج المرئية بالحس لا تثبت في الذمم¹.

فالذمة في الفقه الإسلامي حسب هذا المفهوم لا تشغلها إلا الأموال الرمزية التي لا وجود لها في الخارج، إضافة إلى التكليفات غير المالية².

البند الثاني: في النظر القانوني:

تشكل الذمة المالية في النظر القانوني من مجموع الحقوق والالتزامات القابلة للتقدير بالنقود، أما الحقوق والالتزامات غير القابلة للتقدير بالنقود فلا تدخل في نطاقها، مثل: حقوق الإنسان، دعاوى الحالة المدنية كدعوى الزوجية، دعوى النسب؛ لأنها لا تقبل التقدير بالنقود، إلا إذا تفرع منها حق مالي كالتعويض المالي الناتج عن الاعتداء على حقوق الإنسان، فهذا التعويض يدخل في الذمة المالية، كذلك بالنسبة لحق الإرث، أو حق النفقة إذا نتج عن دعوى النسب، أو دعوى البنوة؛ فإنه يدخل في الذمة المالية³.

وتظهر هذه الحقوق المالية القابلة للتقدير بالنقود في شكل عنصرين هما:

• **الأصول (Les actifs):** وهو عبارة عن الامتيازات التي تظهر في شكل قيمة

مالية، ويعرف بالجانب الإيجابي للذمة المالية.

¹ القرافي، المصدر السابق، ج2، ص235.

² حسن بن محمد تقي الجواهري، بحوث في الفقه المعاصر (نظرية الذمة في الفقه الإسلامي)، دار الذخائر، ج1، ص154، 155.

³ السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص226، 225؛ حسن كيرة، المرجع السابق، ص499 وما بعدها؛ توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية، بيروت، ط3، دت، ص489 وما بعدها؛ بلقاسم مطالي، أحكام الذمة المالية للزوجة، مذكرة ماجستير (غير منشورة)، إشراف أذ نذير حمادو، كلية أصول الدين، جامعة الأمير عبد القادر، 2008، ص5، 6.

Christian Laroumet op. cit.291؛ George Hurbercht, Eric Agostini , op, cit, 42.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

• **الخصوم (Les passifs):** ويتمثل في القيم المالية التي تخرج من الذمة في شكل ديون منقصة بذلك الجانب الإيجابي لتدخل في ذمة مالية أخرى، ويعرف بالجانب السلبي للذمة المالية¹.

فالعنصر الأول، يتضمن ثلاث طوائف من الحقوق وهي:

أولاً: طائفة الحقوق العينية (droits réels): وهي الحقوق التي ترد مباشرة على أشياء مادية (choses corporelles)، وهي نوعان: حقوق أصلية، مثل: حق الملكية، حق الارتفاق... وحقوق تبعية، مثل: حق الرهن... .

ثانياً: طائفة الحقوق الشخصية (حقوق الدائنية) (droits de creances): وهي عبارة عن سلطة مقررة لشخص يسمى الدائن على آخر يسمى المدين، بموجبها يكون للأول إلزام الثاني القيام بأداء عمل أو الامتناع عنه، تحقيقاً لمصلحة مشروعة، وهذه الحقوق تقع على أشياء غير مادية² (choses inccorporelles).

ثالثاً: طائفة الحقوق الذهنية (droits intellectuelles): هذا النوع من الحقوق ذو طبيعة مزدوجة، حيث يتكون من شقين، شق أدبي معنوي، وهذا لا يدخل في نطاق الذمة المالية، وشق مادي مثل: حق المؤلف في استغلال مؤلفه، والمخترع في اختراعه، وهذا الشق يدخل في نطاق الذمة المالية؛ إذ يمكن تقييمه بالنقود³.

أما العنصر الثاني: فهو جانب الخصوم، أو الجانب السلبي للذمة المالية، وهو يشتمل على طائفة الديون والالتزامات ذات القيمة المالية، التي تظهر في الجهة المقابلة للحق الشخصي من زاوية

¹ Christian Laroumet, I bid, p291.

² محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ص141؛ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 490، 491، 591؛ مطالي بلقاسم، المرجع السابق، ص 6.

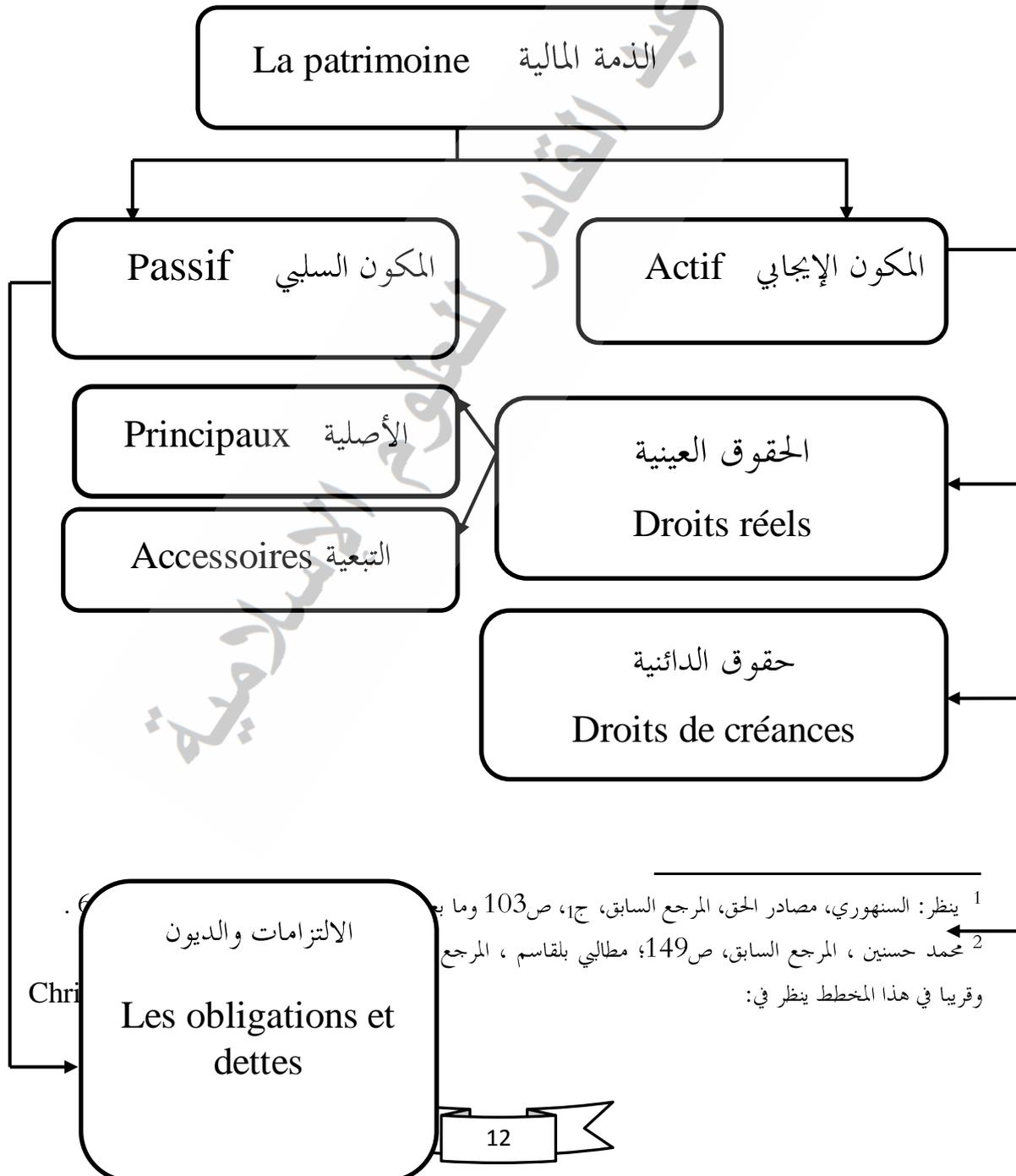
Christian Laroumet, OP,cit , pp292, 293.

³ السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج8، ص226، 227؛ محمد حسنين، المرجع السابق، ص42؛ مطالي بلقاسم، المرجع السابق، ص6.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

المدين؛ لأن الالتزام والحق الشخصي وجهان لعملة واحدة، فالحق الشخصي إذا نظرنا إليه من جهة الدائن يعتبر الجانب الإيجابي لدمته المالية، أما إذا نظرنا إليه من جهة المدين فيعتبر بالنسبة إليه الجانب السلبي لدمته المالية.¹

وبالإجمال يمكن تمثيل مكونات الذمة المالية في النظر القانوني في المخطط الآتي²:



الحقوق الذهنية
Droits intellectuelles

المطلب الثاني: ثبوت الذمة المالية وأساسها

أعرض في هذا المطلب بيان ثبوت الذمة المالية وأساسها الذي قامت عليه، وهو ما يصطلح عليه بالطبيعة القانونية، وهذا في النظر الشرعي، ثم في النظر القانوني.

الفرع الأول: في النظر الشرعي:

يتراءى من الفقه الإسلامي وجود مذهبين الأول : ينكر فكرة تقدير الذمة، والثاني يقر بتقديرها وثبوتها.

البند الأول: المذهب الأول: إنكار فكرة تقدير الذمة:

الفقرة الأولى : عرض الرأي:

ذهب هذا الرأي إلى أن تقدير الذمة يعتبر من الترهات التي لا حاجة في الشرع و العقل إليها، وأن تقدير المال في الذمة لا معنى له، وهذا الرأي قد ذكره صاحب كشف الأسرار، وإن لم يبين من القائل بهذا الرأي ولا مصدره، حيث يقول: " (و إن الآدمي يولد) دليل على قيام الذمة للإنسان للوجوب؛ أي للوجوب له وعليه بإجماع الفقهاء؛ حتى يثبت له ملك الرقبة، وملك النكاح بشراء الولي وبتزويجه إياه، ويجب عليه الثمن والمهر بعقد الولي، وهذا ردا لما ذكر بعض من لم يشم رائحة الفقه في مصنفه في أصول الفقه أن تقدير المال في الذمة لا معنى له، وأن تقدير الذمة من الترهات التي لا حاجة في الشرع و العقل إليها"¹. ويبدو أن هذا الرأي قد تبناه أيضا

¹ عبد العزيز البخاري، المصدر السابق، ج4، ص237، 238.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

العلامة الفخر الرازي¹، وإن لم يكن هو المعني بكلام عبد العزيز البخاري؛ نظرا للفارق الزمني بينهما، حيث جاء في كتابه المحصول ما يدل على ذلك، إذ يقول في المسألة الحادية عشرة تحت جزئية « التعليل بالأوصاف المقدره »:

" ... و قد يذكرون هذا التقدير في جانب الأثر فيقولون: « إن من عليه الدين، يكون ذلك الدين مقدرًا في ذمته ». و اعلم أن هذا الكلام من جنس الخرافات²، ثم يقول بعد ذلك: " و أما تقدير المال في الذمة فهو ساقط جدا، بل لا معنى له إلا أن الشرع مكنه، إما في الحال، أو في الاستقبال من أن يطالبه بذلك القدر من المال: فهذا معقول شرعا وعرفا³. ثم يقول: " فأما التقدير - في الذمة - فهو من الترهات التي لا حاجة في العقل و الشرع إليها⁴ .

الفقرة الثانية: تقدير هذا الرأي:

إن هذا الرأي لم يستسغه العقل الفقهي و الأصولي فردوا عليه بعدة ردود منها:

- أن الشريعة تحوي الكثير من التقادير، بل وفي جميع أبواب الفقه.⁵
- أن المطالبة (مطالبة المدين) لا بد لها من مطلوب، ويكون ذلك المطلوب متميزا بقدره ومحلّه وجهته وصفاته عن غيره، ولا نعني بالتقدير إلا كونه

¹ الفخر الرازي: فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين القرشي الأصولي المفسر، ولد عام 544هـ، أخذ العلم عن والده ضياء الدين، من تلاميذه البغوي، من تصانيفه: التفسير، المحصول، المطالب العالية، ... توفي بمره سنة 606هـ.

انظر: السبكي، المصدر السابق، ج8، ص81 وما بعدها؛ الذهبي، سير أعلام النبلاء، تحقيق مجموعة من المحققين بإشراف شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، دمشق، ط3، 1985، ج21، ص500 وما بعدها -

² فخر الدين الرازي، المحصول في علم أصول الفقه، تحقيق طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، بيروت، دط، ج5، ص319.

³ فخر الدين الرازي، المصدر السابق، ج5، ص320.

⁴ المصدر نفسه، ج5، ص320.

⁵ القراني، نفائس الأصول في شرح المحصول، دراسة وتحقيق عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، مكتبة نزار مصطفى الباز، مصر، ط1، 1995، ج8، ص3545، 3547.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

مفروضا في ذمة المطالب، مختصا به على الوجه المخصوص، وكذلك الذمة
صفة مقدرة في المحل تقبل الإلزام و الالتزام"¹.

- أن الإجماع منعقد على ثبوتها فمن أنكرها فقد خالف الإجماع.²
- كما يمكن الرد على هذا الرأي من خلال أهمية الذمة في الفقه و الأثر المترتب على ذلك،

حيث:

- إن تقدير الذمة من شأنه أن ييسر المعاملات؛ إذ قد يحتاج الإنسان إلى أن يبيع شيئا غير موجود له (كما في السلم)، أو يشتري بثمن لا يملكه، فلا طريق لهذا إلا بالتقدير في الذمة.

- إن بعض النظريات و الأحكام الفقهية لا يمكن تفسيرها إلا بافتراض الذمة، مثلا:

1. الحكم بصحة التزام الإنسان بما لا حد له من الديون من دون النظر إلى قدرته و ثروته، وهذا لا يتأتى إلا بتقدير ظرف يستوعب هذه الديون، ولا يتعلق بالأموال الخارجية.

2. الحكم بصحة تصرفات الإنسان في ماله، ولو كانت عليه ديون تستغرق ثروته، ولا يمكن تفسير هذا إلا بوجود ذمة تتعلق بما هذه الديون، حيث لو فرضنا عدم وجود ذمة لوجب أن تتعلق الديون إما بشخص الإنسان و هذا يؤدي إلى ما يعرف في النظر الحقوقي بالإكراه البدني (الاسترقاق)، وهذا يوقع في الحرج، و إما أن تكون الديون متعلقة بعين الأموال، وهذا يؤدي إلى تعطيل حركية المال، وبالتالي فلا مناص من تقدير الذمة لتلافي هذه المشكلات.

¹ المصدر نفسه، ج8، ص3545، 3547.

² عبد العزيز البخاري، المصدر السابق، ج4، ص238.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

• لولا افتراض الذمة في الشخص الطبيعي لما أمكن القول بوجود شخصية حكومية،

وهي تشبه الذمة من حيث كونها منتزعة من شخص الإنسان وملتبقة به.¹

البند الثاني: المذهب الثاني: ثبوت تقدير الذمة:

هذا الرأي يرى بأن ثبوت الذمة وتقدير المال فيها أمر ضروري لاستقامة الأحكام الفقهية، بيد أنهم اختلفوا في أساس هذا الثبوت، فذهب البعض إلى أن أساس الثبوت هو التكليف، بينما ذهب أغلبية الفقهاء إلى القول بأن أساس الثبوت هو الشخصية، وبيان هذا كالاتي:

الفقرة الأولى: الاتجاه الأول:

أولاً: عرض الرأي:

هذا الاتجاه يرى أن ثبوت الذمة وتقدير المال فيها أمر لا مندوحة في الشرع عنه، غير أن الأساس الذي تثبت عليه الذمة هو التكليف، ومن ثم فالشخص غير المكلف (كالصبي والمجنون) لا ذمة له، وهذا الرأي قال به الإمام القرافي من المالكية، حيث يقول في كتابه الفروق: " قلت العبارة الكاشفة عن الذمة أنها معنى شرعي مقدر في المكلف قابل للالتزام وال لزوم، وهذا المعنى جعله الشرع مسبباً على أشياء خاصة منها البلوغ والرشد، فمن بلغ سفيهاً لا ذمة له "2. وفي موضع آخر يقول: "... فإن الذمة يشترط فيها التكليف من غير خلاف أعلمه... "3.

ويقول في كتابه نفائس الأصول: "... وكذلك الذمة صفة مقدر في المحل تقبل الإلزام والالتزام، كما نقول: البالغ الرشيد المكلف في نظر الشرع له صلاحية أنه إذا أتلّف شيئاً ترتب عليه قيمته، وإذا باع أو اشترى لزمه التسليم أو الثمن. وهذه الصلاحية نقطع بانتفائها شرعاً عن البهيمة، والطفل في المهد ونحو ذلك "4.

¹حسن الجواهري، المرجع السابق، ج1، ص155، وما بعدها؛ مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ص200 وما بعدها.

²القرافي، الفروق، المصدر السابق، ج3، ص381.

³المصدر نفسه، ج3، ص383.

⁴القرافي، نفائس الأصول في شرح المحصول، المصدر السابق، ج8، ص3547.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

فهذه النصوص تؤكد أن الذمة في ثبوتها حسب هذا الاتجاه تستند لوجود التكليف والرشد، فالصبي والمجنون لا ذمة لهما لعدم التكليف، ومن بلغ سفيها لا ذمة له لعدم الرشد.

ثانيا: تقدير هذا الاتجاه:

قد رد على هذا الرأي بأنه يجنح بالذمة نحو أهلية الأداء، فاشتراط التكليف بالبلوغ والرشد أمر تتطلبه أهلية الأداء لا الذمة¹.

ولعل هذا الرأي يعبر عن وجهة نظر القرافي ، أو قل رأي غير معتمد في المذهب، أما الرأي المعتمد في المذهب فخلاف هذا²؛ فقد ذكر الشيخ الدردير³ وهو من علماء المالكية ومحققهم بأن الذمة لا يشترط فيها التمييز، حيث جاء في كتابه الشرح الصغير : " وضمن في الذمة يشمل الصبي المميز وغيره على المعتمد. قال بعض المحققين: وعليه فالذمة ثابتة للجميع فلا يشترط فيها فضلا عن التكليف"⁴.

الفقرة الثانية: الاتجاه الثاني:

أولا : عرض الرأي:

هذا الرأي هو لأغلب الفقهاء؛ حيث يرون أن الذمة تثبت بناء على وجود الشخصية، فالجنين في بطن أمه ليس له ذمة، فإذا ولد حيا تثبت له ذمة، فقد جاء في أصول البزدوي قوله: " حتى إن ولي الصبي إذا اشترى للصبي كما ولد لزمه الثمن وقبل الانفصال هو جزء من وجه فلم يكن له ذمة مطلقة حتى صلح ليجب له الحق و لم يجب عليه، و إذا انفصل فظهرت ذمته مطلقة كان

¹مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ص198.

² ذكر الشيخ مصطفى الزرقا (المرجع السابق، ص198) بأن التعريف الذي أورده القرافي لعله اصطلاح المذهب المالكي ، لكن ما ذكره الدردير من أن المعتمد غير ما ذكره القرافي ينفي الاحتمال الذي ذكره الشيخ الزرقا.

³ الدردير: هو أحمد بن محمد بن أحمد العدوي، أبو البركات الشهير بالدردير. من فقهاء المالكية، ولد في بني عدي بمصر سنة 1127 هـ ، 1715م، وتوفي بالقاهرة عام 1201هـ، 1786م ، من كتبه: أقرب المسالك، الشرح الكبير،...، ينظر، الزركلي، المرجع السابق، ج1، ص244.

⁴ الدردير ، الشرح الصغير، خرج أحاديثه و فهرسه مصطفى كمال وصفي، دار المعارف، القاهرة، دت، ج3، ص 386 .

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

أهلاً بدمته للوجوب...¹. ومعنى هذا الكلام أن الجنين قبل الولادة تثبت له الحقوق لاشتماله على عنصر القابلية للإلزام وهو يثبت للجنين منذ علوقه في بطن أمه - كما سبق بيانه - أما ثبوت الحقوق عليه فلا تثبت حتى يولد حياً؛ لأن عنصر القابلية للالتزام لا يوجد إلا بناء على الذمة، والذمة لا توجد إلا إذا وجدت الشخصية وذلك بولادته حياً².

فالذمة وفق هذا الاتجاه ذات أساس شخصي؛ أي مرتبطة بالشخصية، ولهذا نجد الفقهاء

المعاصرين قد أعطوا للذمة نفس الخصائص المنبثقة عن نظرية الشخصية، حيث قالوا:

1. إن الذمة لا تثبت إلا لشخص مستقل سواء أكان طبيعياً أو معنوياً، ولذلك لا يمكن تصور شخص من غير ذمة خاصة به.

2. ليس لسعتها حد، حيث تتسع لجميع الحقوق التي تثبت على الشخص مالية كانت أم غير مالية، كالصلاة والصيام.

3. إن الشخص ليس له إلا ذمة واحدة، فلا يمكن أن نجد لشخص أكثر من ذمة.

4. إن الذمة ضمان لجميع الحقوق ولا اشتراك فيها، فليس للذمة أكثر من شخص واحد³.

ثانياً: تقدير هذا الاتجاه:

ربما ما يؤخذ على هذا الاتجاه الربط الوثيق بين الذمة و الشخصية، حيث اعتبر بعض الفقهاء⁴ أن أصحاب هذا الاتجاه يطلقون مصطلح الذمة على الشخصية، بيد أن هذا الكلام غير مسلم به، فأصحاب هذا الاتجاه وإن أطلقوا الذمة على نفس الإنسان؛ فإن هذا الإطلاق هو إطلاق مجازي

¹ عبد العزيز البخاري، المصدر السابق، ج 4، ص 238.

² مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ص 197.

³ مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ص 201 وما بعدها؛ السنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ج 3، هامش (1)، ص 23.

⁴ ذكر الدكتور حسن كيرة أن فقهاء الشريعة الإسلامية يطلقون مصطلح الذمة المالية على الشخصية (حسن كيرة، المرجع السابق، هامش (4)، ص 517).

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

من باب إطلاق اسم الحال على المحل¹؛ فالذمة وفق هذا الاتجاه ليست هي الشخصية؛ وإنما هي أحد خصائصها و لوازمها.

الفرع الثاني: في النظر القانوني:

لقد اختلف الفقه القانوني بشأن أساس ثبوت الذمة المالية، حيث ظهرت ثلاث نظريات حاولت تفسير هذا الأساس، وهي النظرية التقليدية أو ما يعرف بالنظرية الشخصية، نظرية التخصيص، النظرية الحديثة، وتوضيح هذا كالاتي:

البند الأول: النظرية التقليدية (نظرية الشخصية):

الفقرة الأولى: عرض النظرية²:

تنسب هذه النظرية إلى الفقيهين الفرنسيين أوبري ورو (Aubry et Rau)، وقد قامت هذه النظرية على فكرة مجردة مستحكمة البناء المنطقي، الأمر الذي جعلها تنال شهرة كبيرة في الفقه القانوني، فقد تعلق بها الكثير من الفقهاء، ورغم ما تعرضت له من نقد إلا أنه لا يزال معظم فقهاء العصر الحديث في فرنسا متعلقين بها، وتقوم هذه النظرية على ارتباط وثيق بالشخصية، ولذلك سميت نسبة لها، وهناك فكرتان رئيسيتان في الذمة المالية وفق هذه النظرية:

الأولى: الذمة المالية مجموع من المال: فالذمة المالية تتشكل من عناصر مالية، حقوق وديون كما سبق ذكره، غير أنه لا ينظر إلى هذه العناصر على أنها منفصلة عن بعضها البعض، بل ينظر إليها على أنها مجموع من المال ذات وحدة مجردة لها كيان مستقل عن كيان كل عنصر من عناصرها،

¹ ينظر في هذا التوجيه: عبد العزيز البخاري، المصدر السابق، ج4، ص241؛ الحموي، المصدر السابق، ج4، ص6.
² السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج8، ص224 وما بعدها؛ السنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ج1، هامش (1) ص21 وما بعدها؛ حسن كبيرة، المرجع السابق، ص500 وما بعدها؛ عبد المنعم فرج الصده، أصول القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، دت، ص401، 402؛ مطالي بلقاسم، المرجع السابق، ص9.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

وينبغي على كل هذا أن أي تغيير في العناصر لا يمتد أثره إلى كيان الذمة المالية ذاتها، فقد تزول الحقوق وتنقضي الديون، وقد يزيد الجانب الإيجابي عن الجانب السلبي، وقد يحدث العكس، وتبقى الذمة المالية على حالها دون أن تتغير، بل قد لا توجد حقوق ولا ديون، ومع ذلك أمكن تصور الذمة المالية، كما في الطفل الذي لم يتلق بعد أي حقوق ولا عليه أي ديون، فتكون له بذلك ذمة مالية بناء على هذه الفكرة. واستنادا على فكرة المجموع يمكن تفسير ثلاث مسائل:

- الأولى: أن الذمة المالية هي الضمان العام للدائنين، أي إن القيمة الإيجابية ضمان للقيمة السلبية، الحاضر منها أو المستقبل.
- الثانية: انتقال الذمة إلى الوارث و سيأتي الحديث عنها في المبحث الثاني.
- الثالثة: صلاحية فكرة المجموع من المال أساسا لنظرية الحلول العيني¹.

أما الفكرة الثانية: فهي اندماج الذمة المالية في صاحبها: ذلك أنه لما كان الحق لا بد له من شخص يملكه، وكذلك الدين لا بد له من شخص يلتزم به؛ فكذلك الذمة المالية بما تشتمل عليه من حقوق و التزامات لا بد لها من شخص تستند إليه، وفي هذا يقول أبري و رو: "فكرة الذمة المالية تستخلص منطقيا من فكرة الشخصية... فالذمة المالية هي مظهر الشخصية، وهي التعبير عن القدرة القانونية للشخص باعتباره شخصا"². و في موضع آخر يقولان: "الذمة المالية في أعلا معانيها هي شخصية الإنسان ذاتها، منظورا إليها في علاقتها بالأشياء الخارجية التي يباشر الشخص أو سيباشر الحقوق عليها"³. وقد ترتب على هذه الفكرة ثلاث نتائج:

¹ الحلول العيني: معناه بوجه عام خروج مال من ذمة شخص، ودخول مال آخر في الذمة نفسها بدلا عن المال الذي خرج، ويحل بذلك المال الجديد مكان المال القديم، ويسري عليه النظام القانوني نفسه الذي كان يطبق على المال القديم. ينظر:

السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج8، ص251، 252

² المرجع نفسه، ج8، ص232.

³ المرجع نفسه، ج8، ص232.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

- النتيجة الأولى: الشخص وحده هو من تكون له ذمة مالية، وكل شخص له ذمة مالية سواء أكان طبيعياً أو معنوياً، فالشخص وحده هو من تسند له ذمة مالية.
- النتيجة الثانية: الذمة المالية لا تنفصل عن صاحبها، فمادامت متصلة بالشخصية فلا تفارقها ولا تنفصل عنها.
- النتيجة الثالثة: لكل شخص ذمة مالية واحدة ، فلا تتجزأ ولا تتعدد.

الفقرة الثانية : تقدير النظرية

أولاً: الانتقاد الموجه للنظرية:

بعد أن سادت هذه النظرية في الفقه القانوني مدة طويلة، أخذ هذا الفقه بعد ذلك يعيد النظر في كثير من مسلمات هذه النظرية، حيث برز إلى الوجود مذهبان: مذهب أول: انتقد هذه النظرية في بعض جزئياتها و أحكامها لكنه أبقى على الأصول التي قامت عليها، أما المذهب الثاني فهاجم أصحابه هذه النظرية في الأصول التي قامت عليها واعتبروها نظرية فاسدة لا أساس لها في الواقع¹.

وفيما يأتي أورد هذه الانتقادات بشكل مختصر:

المذهب الأول²: ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى انتقاد النظرية التقليدية في بعض جزئياتها، دون المساس بالأساس والجوهر الذي قامت عليه النظرية، حيث أبقوا على فكرة المجموع وضرورة استنادها إلى الشخص ، وقد اتجه الانتقاد إلى المبالغة في ربط الذمة المالية بالشخصية إلى حد جعل الذمة المالية هي الشخصية، وبالتالي فما فائدة اصطلاح الذمة المالية طالما أن لها نفس مدلول الشخصية، وللتخفيف من هذا الربط اقترح أنصار هذا الاتجاه إدخال فكرة التخصيص لغرض معين حتى تتراخى الذمة المالية عن الشخصية ويصبح الحق وظيفة اجتماعية أكثر منه سلطة في يد

¹ السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج8، ص235، 236.

² المرجع نفسه ، ج8، ص236 وما بعدها؛ حسن كبيرة، المرجع السابق، ص505، 506؛ عبد المنعم فرج الصده ، المرجع السابق، ص403.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

الشخص، وبناء على إدخال فكرة التخصيص يمكن تصور تعدد الذمة المالية، حيث يشكل المجموع المخصص لغرض معين ذمة مالية منفصلة عن الذمة المالية الأصلية، وبهذا يمكن تفسير مختلف الأمثلة الموجودة في القانون والتي تقضي بتعدد الذمة المالية¹. كما ينتج عن إدخال فكرة التخصيص لغرض معين جواز انتقال الذمة المالية من صاحبها إلى الغير حال الحياة ولها أمثلة وتطبيقات عدة في القانون².

المذهب الثاني³: أما أنصار هذا الاتجاه فقد وجهوا انتقاداتهم إلى الجوهر والأساس الذي بنيت عليه النظرية التقليدية، والمتمثل في فكري المجموع من المال والاندماج في الشخصية، فبالنسبة لفكرة المجموع من المال والتي تتضمن ثلاث نتائج وهي الضمان العام للدائنين، وانتقال التركة، والحلول العيني. فقد وجهت هذه الانتقادات لهذه النتائج وفق الآتي:

فأما الضمان العام للدائنين فقالوا يكمن تفسيره دون الاتجاه إلى فكرة المجموع من المال، وذلك بتحليل الالتزام إلى عنصري المديونية والمسؤولية، وبموجب عنصر المسؤولية يمكن للدائن أن يصل إلى التنفيذ على أموال مدينه المملوكة له وقت التنفيذ.

أما مسألة انتقال التركة إلى الوارث بما عليها من ديون، فتستند إلى فكرة الوفاء المبنية على أساس العدالة والثقة في التعامل وكذا إلى فكرة عدم بقاء الدين من دون مدين، ولا حاجة لفكرة المجموع من المال. وأما الحلول العيني فالأمثلة التي ذكروها يمكن تخرجها على مبادئ أخرى تقوم على أساس الخضوع لنظام قانوني خاص وعلى أساس فكرة التخصيص، ولا حاجة للمجموع من المال.

أما بالنسبة لفكرة اندماج الذمة المالية في الشخصية، فكما سبق ذكره ينتج عنها أمران اثنان: الأول: عدم قابلية التصرف في الذمة المالية حال الحياة، والثاني عدم جواز تجزئتها وتعددتها ، فأما

¹ من ذلك ما يوجد في النظام المالي للزوجين في القانون الفرنسي، حيث تشكل الأموال المشتركة بين الزوجين ذمة مالية منفصلة عن الذمة الأصلية. ينظر: السنهوري ، الوسيط، المرجع السابق، ج8 ، ص238.

² ينظر في هذه التطبيقات والأمثلة: السنهوري ، الوسيط ، المرجع السابق، ج8 ، ص240.

³ المرجع نفسه، ج8، ص242 وما بعدها.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

الأمر الأول فقالوا : بأنه لا تترتب عنه نتائج عملية، ومن ثم فلا حاجة للقول باندماج الذمة المالية في الشخصية. أما الأمر الثاني : فهو أضعف حلقة في النظرية التقليدية، ذلك أن الذمة المالية قد تعدد وقد تتجزأ، وإن الأمثلة والتطبيقات المثبتة في القانون خير دليل على ذلك؛ وإذا هدمت هذه النتائج تهدمت معها فكرة اندماج الذمة المالية في الشخصية .

ثانيا : تقييم الانتقاد الموجه للنظرية ¹ :

لم تهدم هذه النظرية كليا بل تهدمت جزئيا فقط، حيث حافظت على فكرة المجموع من المال؛ ذلك أن الفكر القانوني لم يتقبل ولم يرحب بفكرة تقسيم الالتزام إلى عنصرين: عنصر المديونية وعنصر المسؤولية، وهي الفكرة التي أريد الاستعاض بها عن فكرة المجموع ، ولذلك ففكرة المجموع من المال هي فكرة منتجة وفعالة. أما الشق المتعلق باندماج الذمة في الشخصية، فهو الذي تهدم، حيث إن الذمة المالية قد تنفصل عن صاحبها، كما قد تتجزأ أو تعدد، وإن الأمثلة الماثورة في النصوص القانونية خير مثال على ذلك، حيث إن الذمة المالية قد تنفصل عن صاحبها ولا ترتبط بشخص ما، بل قد يشكل هذا المجموع من المال في حد ذاته شخصا معنويا، وذلك كما في الوقف وفي التركة قبل سداد الديون عند من يرى ذلك ². ومع هذا فقد حاول أصحاب النظرية الرد على الانتقاد الموجه للشق الذي تهدم في نظر الفكر القانوني، حيث قالوا: إن تخصيص المشرع بعض الأموال لتفي بالتزامات معينة لا يعني أن هذا التخصيص يشكل ذمة مستقلة، وإنما هو تخصيص لا يخرج عن نطاق الذمة المالية العامة، وهذا التخصيص إنما القصد منه توفير الحماية لفئة معينة من الأشخاص، وهي حماية اختيارية إن شاء تمسك به وإن شاء تنازل عنها، وإذا تنازل فحينها تصبح كل أمواله ضامنة للديون، ثم إن هذا التخصيص لا يمنع دخول المال المخصص في الضمان العام في حال إذا ما تبقى شيء منه بعد تنفيذ الدائنين عليه ، ولو كان يشكل ذمة مالية منفصلة لما دخل في الضمان العام.

¹ السنهوري ، الوسيط ، المرجع السابق، ج8، ص 248 وما بعدها؛ توفيق حسن فرج، المرجع السابق ، ص 736، 737.

² ينظر في هذا الرأي: السنهوري ، الوسيط ، المرجع السابق، ج8، ص251.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

هذا وأشار في الختام إلى أنه إذا كانت النظرية التقليدية قد ربطت بين الذمة والشخصية ، واعتبرت شخصية المورث امتدادا لشخصية الوارث ، فإن اتجاهها في القانون التونسي قد تبني هذه النظرية¹ ، لكن دون أن يأخذ بفكرة امتداد شخصية المورث في شخصية الوارث ، حيث اعتبر هذا الاتجاه أن شخصية المورث تمتد إلى ما بعد الوفاة وبالتحديد إلى زمن سداد الديون ، بحيث تبقى مع ذلك مستقلة عن شخصية الوارث . وقد استند أصحاب هذا الاتجاه إلى ما ورد في بعض آراء الفقه الإسلامي من اعتبار التركة تبقى على ملكية المورث إلى غاية سداد ما عليه من دين ، كما استندوا أيضا إلى بعض النصوص القانونية ، لكن هذا الرأي انتقد بشدة من قبل البعض ، حيث قالوا إن فيه افتراضا بعيدا عن الحقيقة ، ذلك أن الشخصية تنتهي بالوفاة ، ولا يمكن أن تستمر بعدها ، كما أن المشرع التونسي حتما لم يتبن مثل هذا الافتراض ، خاصة وأن هذا الافتراض يتعارض مع نصوص قانونية كثيرة ، لاسيما نص الفصل 87 م.أ.ش ، ونص الفصل 241 م.إ.ع² .

البند الثاني : نظرية التخصيص

الفقرة الأولى : عرض النظرية³ :

هذه النظرية ظهرت في ألمانيا على يد بعض الفقهاء المناوئين للنظرية التقليدية⁴ ، حيث تقوم الذمة المالية في نظر هؤلاء على الغرض الذي يخصص له مجموع الحقوق والالتزامات ، دون

¹ محمد الشرفي ، علي المزغني ، أحكام الحقوق ، دار الجنوب للنشر ، تونس ، 1995 ، ص 152 وما يليها ، نقلا عن حاتم بن عبد الحميد الرواتي ، الحماية القانونية للدائن العادي — دار الميزان للنشر ، سوسة (تونس) ، ط1 ، 2008 ، ص 340 وما بعدها .

² حاتم بن عبد الحميد الرواتي ، المرجع السابق ، ص 355 وما بعدها .

³ حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص 502 وما بعدها؛ مطالي بلقاسم ، المرجع السابق ، ص 10 ، 11 .

Christian larroumet ، op ، cit ، p278

⁴ يوجد من أخذ بهذه النظرية في الفقه التونسي ، ورجح أن القانون التونسي قد أخذ بها ، وهو الأستاذ صلاح الدين الملولي ، راجع في هذا : صلاح الدين الملولي ، هل هناك ذمة مالية بالتخصيص في القانون التونسي ، مجلة الأحداث القانونية التونسية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، تونس ، ع3 ، 1990 ، القسم الفرنسي ، ص9 ، نقلا عن حاتم بن عبد الحميد الرواتي ، المرجع السابق ، ص 348 .

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

الارتكاز في ذلك على الشخص القانوني. وقد أراد أصحاب هذه النظرية نفي فكرة الشخصية المعنوية عن طريق إثبات الذمة المالية بالتخصيص؛ لأن افتراض وجود حقوق والتزامات مالية مخصصة لغرض معين تحقق النتيجة المرجوة، دون اللجوء إلى افتراض فكرة الشخصية المعنوية و إسناد ذمة مالية لها. وقد تترتب عن هذه النظرية نتائج منها:

1. وجود ذمة مالية دون شخص تستند إليه، حيث يمكن وفق هذه النظرية تصور وجود ذمة مالية دون وجود شخص قانوني تستند إليه.

2. إمكان تعدد الذمة المالية: إذ ما دامت قائمة على التخصيص فيمكن أن يكون لشخص واحد أكثر من ذمة مالية، بقدر الأغراض المخصصة لها هذه الحقوق والالتزامات المالية.

3. إمكانية انتقال الذمة المالية: فما دامت لا تستند في وجودها إلى الشخص القانوني، وإنما لغرض معين، فيمكن التنازل عنها، كما يمكن أن تنتقل بالموت.

الفقرة الثانية: تقدير النظرية¹ :

لم يكتب لهذه النظرية الذبوع و الانتشار في الفقه القانوني، مثلما كان مع النظرية الشخصية، والسبب راجع إلى النقد الذي تعرضت له، حيث لم يستسغ الفكر القانوني التسليم بفكرة إمكان قيام ذمة مالية دون استنادها إلى شخص معين، وهذا يتعارض مع ما هو مسلم به في القوانين الحديثة من أن الحقوق والالتزامات لا توجد إلا مستندة إلى شخص قانوني سواء أكان طبيعياً أو معنوياً. كما أن هذه النظرية حاولت بفكرة التخصيص في الذمة المالية هدم فكرة الشخصية المعنوية، وهذه المقدمة أيضاً غير مسلم بها، فالقوانين الحديثة تخلع على المؤسسات والجمعيات الشخصية المعنوية، ومن ثم فلا يمكن قبول هذه الفكرة.

البند الثاني: النظرية الحديثة

الفقرة الأولى: عرض النظرية¹ :

¹ حسن كيرة، المرجع السابق، ص504؛ عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص407؛ مطالي بلقاسم، المرجع السابق، ص 11

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

هذه النظرية وإن حافظت على فكرة الذمة المالية كمجموعة متماسكة من الحقوق والالتزامات (خاصية المجموع من المال)، إلا أنها رفضت ذلك الربط بين الذمة المالية والشخصية كما هو الحال في النظرية التقليدية، وبناء على هذا، فليس من الضروري أن يكون لكل شخص ذمة مالية، فقد لا توجد له حقوق و التزامات مالية، ومن ثم فلا تكون له ذمة مالية ، كما في الطفل الذي لم يتلق بعد حقوقا والتزامات ، كما أن هذه النظرية قد أخذت ببعض نتائج نظرية التخصيص من حيث قبولها إمكانية تعدد وانقسام الذمة المالية.

الفقرة الثانية: تقدير النظرية² :

انتقدت هذه النظرية، من حيث إن الذمة المالية لا تشمل الحقوق والالتزامات الموجودة فعلا فقط، بل تضم أيضا الحقوق والالتزامات المستقبلية، وعلى هذا الأساس فإن حق الدائن يكون مضمونا بأي مال يدخل في الذمة المالية للمدين، في حالة ما إذا كانت ذمته خالية من الحقوق في الوقت الحاضر، وهذه النتيجة هي أهم ما قصد تحقيقه بفكرة الذمة المالية، وهي وفق هذه النظرية غير محققة.

هذه هي مجمل النظريات الفقهية التي حاولت تفسير الذمة المالية وأساس ثبوتها ، بعضها كتب لها القبول والانتشار ، وبعضها الآخر لم يكتب له ذلك وبقيت مجرد آراء لأصحابها، ومع ذلك فهي آراء لم تنكر الذمة المالية بل أثبتتها، وإن اختلفت في تفسيرها، ولكن في مقابل هذا وكما وجد في الفقه الإسلامي من ينكر الذمة المالية، فقد وجد في النظر القانوني مثل هذا الرأي، حيث ذهب البعض إلى أن القواعد العامة فيها ما يغني عن اللجوء إلى افتراض الذمة المالية، حيث يكتفي أن يطالب الدائن المدين بالوفاء اختيارا أو جبرا، فإن لم يجد لديه أموالا حجز ما يستجد له من أموال.

¹ عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص407 وما بعدها؛ حسن كيرة، المرجع السابق، ص508، 509 ؛ مطالي بلقاسم ، المرجع السابق ، ص 11 .

² محمد حسنين، المرجع السابق، ص146؛ مطالي بلقاسم ، المرجع السابق ، ص 11 .

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

وقد رد على هذا الرأي بأن إثبات الذمة المالية يجعل حق الدائن يتعلق بها، وليس بعين معينة من مدينه، و بالتالي حرية المدين بالتصرف في ماله، لكن نفيها سيقيد هذا التصرف، وسيؤدي إلى شلل في الحركة الاقتصادية، كما أنه قد يرجع ما يسمى بالإكراه البدني ويوسع من نطاقه¹.

المبحث الثاني: زمنية انتقال التركة من الذمة الموروثة إلى الذمة الوارثة:

إذا كانت أموال الشخص المكونة لذمته المالية تورث عنه؛ فإن السؤال المطروح هل هذه الأموال تنتقل مباشرة بعد الموت، وهل تنتقل محملة بالديون أم لا؟، ويتفرع عن هذا السؤال سؤال آخر عن مصير الذمة المالية بعد الوفاة، هل تتلاشى بمجرد الموت أم تبقى بعده؟ للإجابة عن هذين السؤالين، سأقسم هذا المبحث إلى مطلبين، أتناول في المطلب الأول الحديث عن وقت انتقال عناصر الذمة المالية، وتحديد الأثر المترتب عن ذلك، وفي المطلب الثاني أتحدث عن مصير الذمة المالية بعد الوفاة، وهذا كله في النظرين الشرعي والقانوني.

المطلب الأول: وقت انتقال عناصر الذمة المالية:

¹ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 146، 147؛ مطالي بلقاسم، المرجع السابق، ص 11. وهذا الرأي ينسب إلى الدكتور إسماعيل غانم.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

سأتناول في هذا المطلب تحديد وقت انتقال عناصر الذمة المالية ثم تحديد الأثر المترتب عن وقت الانتقال:

الفرع الأول: تحديد وقت الانتقال:

البند الأول: في النظر الشرعي:

لا خلاف بين الفقهاء أن الشخص المتوفي إذا لم يكن عليه دين ولم تكن له وصية أن أمواله تنتقل بمجرد افتتاح التركة إلى ورثته¹، ولكن اختلفت أنظارهم في حالة التركة المدينة، بين انتقالها فوراً بمجرد الافتتاح، أم تتأخر إلى غاية سداد الديون، ويمكن إرجاع هذا الاختلاف إلى رأيين بارزين:

الفقرة الأولى: عرض الرأي الأول وأدلته:

ذهب جمهور الحنفية إلى أن التركة إذا كانت كلها محاطة ومستغرقة بالديون فلا تنتقل ملكية شيء منها إلى الورثة، بل تبقى كلها على ملك المورث بعد موته، سواء أكان هذا الدين لأجنبي، أم كان لوارث من ورثته، ولم يشذ عن هذا إلا البعض²، أما إذا كانت غير مستغرقة ففيها خلاف عندهم³.

جاء في ترتيب الشرائع أن: " الدين يمنع انتقال الملك إلى الورثة ... وكان دين الوارث والأجنبي سواء "⁴.

¹ محمد أبو زهرة، أحكام التركات والموارث، دار الفكر العربي، القاهرة، دط، ص 18.
² ذهب أبو الليث إلى أن التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة، دون تفرقة بين الاستغراق وعدمه، أما إذا كان الدين لوارث فقد ذهب بعض الحنفية إلى أن التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة. ينظر في هذا: علي الخفيف، مدى تعلق الحقوق بالتركة، مجلة الحقوق والاقتصاد (القسم الأول)، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ع1، ص2، ص12، 1942، ص158 وما بعدها .
ولعل قول بعض الحنفية إن الدين إذا كان لوارث لا يمنع من انتقال التركة مبني على انقضاء الدين بانحياز الذمة، وبالتالي لم يعد هناك وجود للدين، لذلك قالوا بانتقاله.

³ جاء في تبين الحقائق أن: " استغراق التركة بالدين يمنع ملك الوارث في التركة، وإن كان غير مستغرق، ففي قول أبي حنيفة رحمه الله الأول كذلك، وفي قوله الآخر يملك الوارث جميع التركة "، الزيلعي، تبين الحقائق، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1315هـ، ج5، ص213.

⁴ الكاساني، بدائع الصنائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1986، ج6، ص67.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

وقد ذهب إلى هذا الرأي أيضا المالكية (وإن لم يفرقوا بين الدين المستغرق وغير المستغرق)، وهذا ما يظهر في كتبهم فقد جاء في شرح مختصر خليل أن : " الدين مقدم على الميراث، فلا ملك للورثة إلا بعد أدائه " ¹.

وجاء في التاج والإكليل أنه : " إذا أقف الإمام (القاضي) مال مفلس ليقضيه غرماء، فهلك في الإيقاف، فروى بن القاسم أن العروض وشبهها من المفلس، والعين من الغرماء، ووجهه أن العرض لما كان للمفلس نمؤه كان عليه تواه، وأن العين لما لم يكن فيه نماء كان من الغرماء" ².
وقد علل ابن رشد ذلك بقوله أن : " ما يحتاج لبيعه هو من المدين لأنه على ملكه يباع وما لا يحتاج إلى بيعه فهو من الغرماء" ³.

وعلاقة النص بموضع الاستشهاد أن المفلس والميت يتشابهان في الأحكام .

وهذا الرأي قد ذهب إليه أيضا الإمام الشافعي في مذهبه القديم و بعض أتباعه في المذهب الجديد ⁴، وأيضا المذهب الحنبلي والمذهب الإباضي والمذهب الإمامي في رواية لهم ⁵، وهو مذهب الشيعة الزيدية ⁶.

وقد استدلل هؤلاء على مذهبهم بقوله تعالى في سورة النساء: ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ

دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ وَصِيَّةٍ مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ ﴾ [النساء 12] ، فقد ذكر المولى عز

¹ الخرشبي، شرح مختصر الخليل، دار الفكر، بيروت، دط، دت، ج6، ص199.

² المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1994، ج6، ص611.

³ المصدر نفسه، ج6، ص611. ويقاس الميت على المفلس.

⁴ السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1983، ص322 و ما بعدها؛ الماوردي، الحاوي الكبير، تحقيق علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1999، ج17، ص81 وما بعدها.

⁵ المرادوي، الإنصاف (بمأمش المقنع و الشرح الكبير)، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر، القاهرة، ط1، 1995، ج13، ص329؛ اطفيش، شرح النيل وشفاء الغليل، مكتبة الإرشاد، جدة، دار الفتح، بيروت، ط2، 1972، ج15، ص338؛ الطوسي، المبسوط، صححه وعلق عليه محمد تقي الكشفي، مؤسسة الغري للمطبوعات، بيروت، دط، دت، ج8، ص193.

⁶ علي الخفيف، المرجع السابق، ص164.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الدين

وجل هذا الأمر في أربعة مواضع من آيات هذه السورة، وهذا الذكر قد ورد في كل مرة بعد بيان نصيب كل وارث في التركة، ومقتضى ذلك أنه لا استحقاق لأي وارث لنصيب في التركة إلا بعد سداد الدين، وهذا ظاهر في نفي ملكية الورثة لأي جزء من التركة قبل سداد الدين، الشيء الذي يستتبع القول إن الدين يمنع انتقال التركة إلى الورثة لتعلقه بها¹.

الفقرة الثانية: عرض الرأي الثاني وأدلته²:

ذهب الإمام الشافعي في مذهبه الجديد ، وجمهور أصحابه إلى أن تعلق الدين بالتركة لا يمنع من انتقالها إلى الورثة، إذ الوارث يتملك التركة بمجرد الوفاة بحكم واقعة الميراث، وهو أشهر الروايتين عن الإمام أحمد، وهو قول ثان للشريعة الإمامية، وهو رأي أبي الليث من الحنفية³، والمذهب الأصح عند الإباضية حيث لا فرق في نظر هؤلاء بين كون التركة المدينة مستغرقة أم لا، ولا بين أن يكون الدين لأجنبي أو لوارث. وقد استند هؤلاء فيما ذهبوا إليه إلى جملة من الأدلة، كالآتي:

- أولاً: قوله - صلى الله عليه وسلم - : « من ترك حقا أو مالا فلورثته »⁴. فهذا الحديث ورد بصيغة العموم "من" ، فهو إذا يعم كل متوفي سواء أكان مدينا أم

¹ السرخسي ، المسوط، دار المعرفة، بيروت، دط، 1993، ج29، ص137؛ علي الحنيف، المرجع السابق، ص158
² السيوطي، المصدر السابق، ص322؛ الماوردي، المصدر السابق، ج3، ص369؛ المرادوي، المصدر السابق، ج13، ص329؛ علي الحنيف، المرجع السابق، ص166؛ الطوسي ، المصدر السابق، ج8، ص192؛ اطفيش ، المصدر السابق، ج18، ص338.

³ أبو الليث: نصر بن محمد بن أحمد بن إبراهيم السمرقندي الفقيه أبو الليث، توفي عام 373 هـ. ينظر: عبد القادر بن محمد القرشي، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، نشر مير محمد كتب خانه، كراتشي، دط، دت، ج2، ص196.

⁴ أصله مخرج في صحيح البخاري بلفظ: "من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلاً فإلينا"، كتاب الاستقراض ، باب الصلاة على من ترك ديناً، حديث رقم : 2268، ج2، ص845؛ وفي صحيح مسلم ، كتاب الفرائض، باب من ترك مالا فلورثته، حديث رقم : 1619، ج3، ص1237، أما باللفظ الوارد في المتن فقد عزاه الألباني في الإرواء إلى سنن أبي داود، رغم أن أبا داود لم يخرج بهذا اللفظ، بل باللفظ الموجود في الصحيحين، وقد ذكر الحافظ ابن حجر في التلخيص بأن هذا اللفظ قد أورده الشافعي وهو ليس كذلك ؛ أي أنه لم يقف عليه بهذا اللفظ.

ينظر في هذا : سنن أبي داود تحقيق شعيب الأرنؤوط، محمد كامل قره بللي، دار الرسالة العالمية، بيروت، ط1، 2009، أول كتاب الخراج والفيء والإمارة، باب في أرزاق الذرية، حديث رقم: 2955، ج4، ص575؛ الألباني، إرواء الغليل، المكتب

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

لا، وسواء أكان هذا الدين مستغرقا لكل ماله أم لا ، فكل ما تركه فهو لورثته، ولا يحول بين ملكهم له دين ولا غيره، فدل هذا الحديث على أن الدين مطلقا لا يمنع انتقال التركة للورثة وتملكهم لها¹.

● **ثانيا:** إن تأخر انتقال التركة وتملكهم إياها إلى ما بعد سداد الديون، يؤدي إلى نتيجة تخرق وتنقض قواعد الميراث المجمع عليها؛ حيث إن هذا التأخير يجعل التركة لا تنتقل إلا لمن كان وارثا في تلك اللحظة دون غيرها؛ لأنها هي لحظة التملك والاستحقاق. وعلى هذا فإن من يتوفى من الورثة بعد وفاة المورث وقبل سداد ديونه؛ فإنه لا يرث، أما من كان به سبب مانع من الإرث حين الوفاة، وقد زال هذا المانع قبل سداد الدين؛ فإنه يستحق الإرث؛ لأنها أيضا لحظة الاستحقاق والتملك. وهذه الصورة ما قال بها أحد من الفقهاء، بل أجمعوا على خلاف هذا، ومعلوم شرعا أن خلاف الإجماع باطل، ومن ثم فإن ما يؤدي إليه خلاف الإجماع باطل أيضا تبعا لذلك، وعلى هذا الأساس فإن الدين لا يمنع تملك الورثة للتركة، بل تنتقل إليهم بمجرد الوفاة².

● **ثالثا:** إن تعلق الدين بالتركة لا يتنافى مع انتقالها إلى ملك الوارث، كما لا يتنافى مع افتراض بقائها على ملك المتوفى حتى سداد الدين وفق ما قال به أصحاب المذهب الأول؛ حيث إنه مما هو متفق عليه فقها أن العين المرهونة (في عقد الرهن) لا تخرج من ملك صاحبها؛ رغم تعلق الدين بها، كما أن أموال المفلس والتي أحاطت بها الديون تبقى بعد الحجر عليه على ملكه، وعلى هذا فإن التركة المدينة

الإسلامي، بيروت، ط2، 1985، ج5، ص11؛ ابن حجر، التلخيص الخبير، اعتنى به أبو عاصم حسن بن عباس بن قطب، مؤسسة قرطبة، دط، 1995، ج3، ص125.

¹ البهوتي ، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، دت، ج3، ص438؛ علي الخفيف، المرجع السابق، ص166، 167.

² الماوردي، المصدر السابق، ج3، ص369؛ علي الخفيف، المرجع السابق، ص167، 168.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

أمرها متأرجح بين الرأيين، ولا بد من الترجيح، وإن ترجيح القول بانتقال التركة المدينة إلى ملك الورثة أمر يعضده ظاهر الآية والحديث المتقدم، ويتناسب مع القواعد العامة لما فيه من البعد عن الافتراض والاستثناء¹، ذلك أن الميراث هو أحد طرق نقل الملكية، وهو مترتب عن الوفاة قطعاً لا ريب في ذلك، فإذا تحققت واقعة الوفاة أنتجت فوراً نقل الملكية، إلا إذا وجد مانع، ولا يعد الدين مانعاً من انتقال التركة إذ لم يثبت دليل على ذلك، و من ثم فالقول بانتقال التركة إلى الورثة مع تعلق الدين بها هو أعدل الآراء وأرجحها².

الفقرة الثانية: المناقشة والترجيح:

بالنسبة لأدلة الفريق الأول، وهي الآية القرآنية: ﴿مَنْ بَعَدَ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ﴾ [النساء 12]، فقد اعترضوا على الاستدلال بها؛ حيث قالوا: إنها لا تدل صراحة على تحديد زمن التملك، بل يحتمل أن تدل على معنى آخر، وهو خلوص سهام الورثة وتقسيم التركة حسب هذه السهام بعد تنفيذ الوصية وسداد الدين³، والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال.

¹ حيث إن أصحاب الرأي الأول يفترضون بقاء التركة المدينة على حكم ملك المتوفى إلى غاية سداد ديونه، إذ الشخص المتوفى لا يتصور منه الملك؛ لذلك فالأمر هنا مفترض.

² علي الخفيف، المرجع السابق، ص 168، 169.

³ علي الخفيف، المرجع السابق، ص 166، 167، 171، 172.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

كما يلاحظ أن هذه الآية قد سوت في الحكم وجمعت بين الدين والوصية، ولم يقل أحد إن الإيصاء بجزء من التركة يمنع الورثة من تملكها، بل قالوا إن التركة تثبت ملكيتها للورثة مع وجود الوصية، ومنه فإذا كانت الآية غير دالة على أن الوصية مانعة من ثبوت الملك حتى تسدد، فكيف يكون الدين مانعا، ولماذا هذه التفرقة التي لا يظهر لها أساس، وعليه فالاستدلال بهذه الآية ساقط¹. أما بالنسبة لأدلة الفريق الثاني فقد ناقشها أصحاب الرأي الأول، وردوا عليها دليلا، حيث قالوا:

1. إن الحديث الذي استند إليه هؤلاء لا يدل صراحة على انتقال ملكية التركة المدينة إلى الورثة بمجرد الوفاة، بل يدل على أن ما يتركه الميت من أموال وحقوق مآلها إلى الورثة، وذلك يصدق على أن هذا المآل يكون لهم ولو بعد حين. ثم إن سداد الدين وتنفيذ وصاياه هي أمور تدخل ضمن حاجته، ولا شك أن الميت أولى بماله من غيره عند حاجته إليه، وبالتالي فلا يعد مع وجود الحاجة أنه قد ترك أمواله، بل الباقي بعد تنفيذ الوصايا وسداد الدين هو المتروك، وحينها يؤول إلى الورثة ويختصون به. ويلاحظ على هذا الاعتراض أن فيه ليا للنص وتحميله ما لا يحتمل؛ ذلك أنه مما هو متعارف عليه عند أهل اللغة و البيان أن ما يكون للميت من مال عند الوفاة يطلق عليه اسم التركة؛ أي إن الميت قد تركه في هذا العالم الدنيوي، وهذا ما يدل عليه ظاهر الحديث، وإن مما تقضي به أيضا قواعد تفسير النصوص أنه لا يصر لغير الظاهر إلا إذا تعذر هذا الظاهر ولم يستقم المعنى، وهنا المعنى مستقيم؛ أي إن ما يتركه الميت هو ملك للورثة؛ ثم إنه لو كان المعنى " مآله للورثة" لما صدق هذا الحديث في بعض الحالات وهي حالة بيع التركة المحاطة بالدين؛ فإنه لا يؤول منها شيء للورثة².

¹ المرجع نفسه، ص166، 167، 171، 172.

² علي الخفيف، المرجع السابق، ص166، 167، 171، 172.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

2. أما الدليل الثاني الذي استند إليه أصحاب الرأي الثاني فلا ينهض بالحجة؛ ذلك أن تأخير تملك الورثة للتركة لا ينتج عنه بالضرورة توريث من لم يرث؛ لأن الميراث يثبت لمن قام به سببه وقت الوفاة، وهذا ما يدل عليه النص، أما تملكها فور الوفاة فغير لازم، ومنه فإن الذي يسلم عقب الوفاة وقبل سداد الدين لا يرث؛ لانعدام سبب الميراث، كما أن انقضاء الدين بسبب من الأسباب يتضح منه أن التركة قد انتقلت إلى الورثة عند الوفاة؛ ولذلك فلا يرث إلا من كان وارثا في ذلك الوقت.

ولكن يلاحظ أن هذا الاعتراض يرجع على رأيهم بالنقض، حيث إن الملك بسبب الميراث - وفق هذا المنطق - يثبت بمجرد الوفاة؛ لكنه لا يظهر لنا ولا يتبين إلا حين انقضاء الدين إما بالوفاء أو الإبراء، وهذا خلاف ما ذهبوا إليه من أن الملك يثبت بعد سداد الدين. كما أنه يؤدي أيضا إلى الرأي الثالث الذي يقرر فيه أصحابه أن الملك يثبت مباشرة بعد الوفاة ولا يتبين ذلك إلا بخلوصه مما عليه من حقوق، وهو ما يسمى بمذهب التوقف¹.

3. أما الدليل الثالث فلا ينهض به الاحتجاج؛ إذ فيه ترجيح أحد الرأيين الجائزين على الرأي الآخر بحجة اتفاهه مع مقتضى الأصول العامة، ذلك أن الرأي الآخر هو كذلك يمكن ترجيحه، حيث إن حاجة الميت لا تزال قائمة وهي سداد ديونه، ومن ثم فإن الإبقاء على ملكية التركة على ذمته أمر تستدعيه الحاجة والمصلحة، خاصة وأنا نرى في الشرع أموراً كأهلية التصرف وأهلية التملك هي صفات اعتبارية ثبتت بناء على الحاجة والمصلحة، فلما لا تثبت له هذا الأمر استثناء.

كما أن هذا الدليل يؤدي أيضا إلى المصادرة والرجوع إلى ما هو محل للتزاع؛ حيث إن هذا الدليل يستند إلى القول بأن الميراث هو سبب من أسباب نقل الملكية، وذلك يقتضي ثبوتها مباشرة عقب الوفاة، وهذا محل نزاع؛ لأن الميراث طريق من طرق نقل

¹ المرجع نفسه، ص 172، 173، 174.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

الملكية؛ لكن في حالة انعدام الدين، أما عند وجوده فلا، بل هو محل خلاف، وليس محل اتفاق¹.

والواقع أن هذا الاعتراض هو الآخر منتقض؛ حيث إن افتراض بقاء التركة على ملك الميت، الغاية منه سداد الدين، وإن في انتقالها إلى ملكية الورثة فيها هذه الغاية فلماذا إذا الافتراض. كما أن القول بأن الميراث هو طرق من طرق كسب الملكية لكن عند عدم الدين أمر يعوزه وينقصه الدليل، ذلك أن الأدلة متضافرة على أن الميراث سبب من أسباب الملكية دون تقييد، وإن التقييد بعدم وجود دين يحتاج إلى دليل، ولا دليل هنا، فيبقى المطلق على إطلاقه². بعد عرض أدلة الفريقين ومناقشتها يتضح رجحان الرأي الثاني الذي يرى انتقال التركة المدينة عقب الوفاة مباشرة إلى ذمة الورثة، وذلك للآتي:

1. قوة أدلة الفريق الثاني، وضعف أدلة الفريق الأول.
2. يعتبر الميراث أحد أسباب كسب الملكية التي تتفعل وتحرك بواقعة الوفاة مباشرة، والأدلة متضافرة على هذا، ولا يوجد دليل على تأخير التفعل إلى بعد قضاء الدين.
3. إن القول ببقاء التركة على حكم ملك الميت أمر يأباه المنطق القانوني، ذلك أن الملك يحتاج إلى وجود شخصية، والشخصية قد زالت بالوفاة، ولا مجال لبقاء ملكها، والشرع يأبى بقاءها من دون مالك؛ إذ لا تسبب ولا شغور، وبالتالي فالقول بانتقالها لملكية الورثة هو الأنسب³. وهو الرأي الذي مال إليه كثير من الفقهاء المعاصرين¹.

¹ علي الخفيف، المرجع السابق، ص 172، 173، 174 .

² المرجع نفسه، ص 172، 173، 174.

³ ربما يقبل القول الأول لو اعتبرت التركة ذمة مالية قائمة بذاتها من دون أن تستند إلى شخص الميت، تخريجاً على نظرية التخصيص، وهذا التفسير يعضده قولهم: "التركة المدينة"، "ديون التركة" حيث اعتبروا التركة هي المدينة وليس الشخص، مما يوحي أنها ذمة مالية قائمة بذاتها تتخصص لغرض معين وهو سداد الدين وإرجاع الحقوق إلى أهلها، وبعد ذلك تنتقل إلى الورثة وفق نظرية الحلول العيني.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

البند الثاني : في النظر القانوني:

نلاحظ في النظر القانوني الغربي، وبالخصوص في القانون الفرنسي أن الذمة الوارثة هي امتداد للذمة الموروثة بكل عناصرها، وبالتالي يمكن القول إن التركة تنتقل إلى الوارث مباشرة عقب الوفاة.

أما في القانون الجزائري فقد نص المشرع في المادة 774 من القانون المدني على أنه : "تسري أحكام قانون الأحوال الشخصية على تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الميراث وعلى انتقال أموال التركة". حيث نص صراحة في هذه المادة على إحالة انتقال أموال التركة إلى قانون الأحوال الشخصية، وبالرجوع إلى أحكام هذا القانون لا نجد نصا يدل صراحة على تحديد وقت انتقال التركة، هل هو قبل سداد الديون أم بعده؟، اللهم إلا نص المادة 127 من ق. أ²، والتي قد يفهم منها أن وقت انتقال التركة يكون عقب الوفاة، ولكنها ليست صريحة في ذلك؛ لأن موضوعها هو تحديد وقت افتتاح التركة لا غير. ولكن بالرجوع إلى قانون مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري، وبالتحديد إلى نص المادة 15، نجده يقضي صراحة بأن التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة، فقد جاء في هذا النص أنه: "كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية"³. فهذا النص قد خرج عن الأصل العام في قواعد الشهر العقاري، إذ بدلا من أن تعتبر انتقال الملكية يكون من تاريخ الشهر، اعتبرته يسري بأثر رجعي إلى زمن الوفاة، وفي هذا دلالة صريحة على أن الملكية عن طريق الوفاة

¹ منهم الشيخ أحمد إبراهيم بك، والشيخ علي الخفيف، ينظر في هذا: أحمد إبراهيم بك، وأصل علاء الدين أحمد إبراهيم، انتقال ما كان يملكه الإنسان حال حياته إلى غيره بعد موته (التركة والحقوق المتعلقة بها ...)، المكتبة الأزهرية للتراث، القاهرة، دط، ص 83، 84؛ علي الخفيف، المرجع السابق، ص 169.

² تنص المادة 127 من ق. أ على أنه " يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي ".

³ أمر رقم: 74-75 المؤرخ في 12/11/1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري . ينظر : ج ر ، ع92، صادرة بتاريخ : 18/11/1975 ، ص 1206 .

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الدين

تنتقل من يوم وفاة المورث مباشرة لا بعده. وهو المعنى الذي أيده القضاء الجزائري في عدد من قرارات المحكمة العليا¹. منها قرار 477874 والذي جاء فيه: " لا تعتبر الشهادة التوثيقية شرطا لرفع الدعوى وإثبات الصفة مادامت التركة تنتقل من المورث إلى الورثة بمجرد الوفاة"². وأيضا قرار 394305 والذي جاء فيه: " تنتقل الحقوق الميراثية إلى الورثة بمجرد الوفاة. لا تشكل الشهادة التوثيقية قيда على ممارسة الدعوى أمام القضاء..."³. فالمادة 15 وهذه القرارات ليس فيها ما يدل على أن التركة لا تنتقل إلا بعد سداد الدين.

أما القانون المغربي، فإننا نلاحظ أن موقفه متباين ما بين القانون المدني، ومدونة الأسرة، حيث نص في المادة 323 من المدونة على أن: " الإرث انتقال حق بموت مالكة بعد تصفية التركة لمن استحقه شرعا بلا تبرع ولا معاوضة"، حيث يستفاد من هذا النص بمفهومه أن ملكية الورثة لا تثبت في أي حق من حقوق التركة إلا بعد سداد الدين (أي تصفية التركة)، سواء أكان الدين يحيط بها أم لا ، أما إذا كانت التركة غير مدينة فالأصل أن تنتقل إلى الورثة بمجرد وفاة المورث، وهذا ما يستفاد من المفهوم المخالف للمادة المذكورة آنفا⁴. وهو ما يدل على أن نصوص المدونة قد تأثرت بالمذهب المالكي. أما إذا رجعنا إلى قانون العقود والالتزامات؛ فإننا نجد أن المشرع المغربي قد تأثر بأحكام القانون الفرنسي، لاسيما في الفصلين 186 و229⁵؛ حيث يظهر منهما

¹ قرار رقم 348247 صادر في: 2006/05/17، م.م.ع، ع2، 2006، ص395؛ قرار رقم 391380 صادر في: 2007/01/17، م.م.ع، ع.ع.خ، 2010، ج3، ص191، ج2، ص534، 743. نقلا عن جمال سايس، الاجتهاد القضائي العقاري، منشورات كليك، الجزائر، ط2، 2013، ج2، ص534.

² غ.ع، قرار رقم 477874 صادر بتاريخ: 2008/12/17، م.م.ع، ع2، 2008، ص265. نقلا عن جمال سايس، المرجع السابق، ج2، ص670.

³ غ.ع، قرار رقم 394305 صادر بتاريخ: 2007/03/14، م.م.ع، ع.ع.خ، 2010، ج3، ص199، نقلا عن جمال سايس، المرجع السابق، ج2، ص745.

⁴ النصري فؤاد، وضعية الورثة إزاء مورثهم، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، إشراف د.زيد قدرى الترجمان، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط، 1991، 1992، ص83.

⁵ ينص الفصل 186 من ق.ل.ع على أنه: " في العلاقات بين المدين والدائن يجب تنفيذ الالتزام الذي من شأنه أن يقبل الانقسام كما لو كان غير قابل له، ولا يلجأ إلى التقسيم إلا إذا تعدد المدينون الذين لا يسوغ لهم أن يطالبوا بالدين ولا يلتزمون

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

أن التركة المدينة تنتقل إلى الورثة بمجرد وفاة المورث، أخذا برأي جمهور الفقهاء. وقد نتج هذا التضارب بسبب محاولة قانون الالتزامات والعقود التوفيق بين أحكام القانون الفرنسي والفقہ الإسلامي.¹

أما على المستوى القضائي فقد ورد حكم قضائي جاء فيه: " ... ينتقل أثر التزامات المتوفي إلى جميع ورثته القابلين لتركته وفي حدود ما ناب كل واحد منهم في التركة"². فهذا الحكم يقضي بأن التزامات المورث (الديون) تنتقل إلى ورثته القابلين لتركته، وهذا معناه أن التركة تنتقل إليهم مباشرة عقب الوفاة، ومع ذلك فقد ذهبت بعض الاجتهادات القضائية إلى أن الملكية لا تثبت للوارث ولا تنتقل إليه إلا من يوم التقييد في الرسم العقاري³. بل ذهب البعض الآخر إلى عدم ثبوت الحق إطلاقا إلا إذا قيد في الرسم العقاري⁴. ورغم أن هذه القرارات والاجتهادات تتكلم عن القيد وليس الدين، إلا أن القضاء قد تحول أخيرا عن هذا الرأي، حيث حسم المجلس الأعلى

بأدائه إلا بقدر حصة كل واحد منهم فيه. ويطبق نفس الحكم على الورثة، فلا يحق لهم أن يطالبوا، ولا عليهم أن يؤديوا إلا بقدر مناب كل واحد منهم في الدين الموروث". أما الفصل 229 فينص على أنه: " تنتج الالتزامات أثرها لا بين المتعاقدين فحسب، ولكن أيضا بين ورثتهما وخلفائهما، ما لم يكن العكس مصرحا به أو ناتجا عن طبيعة الالتزام، أو عن القانون، ومع ذلك فالورثة لا يلتزمون إلا في حدود أموال التركة، وبنسبة مناب كل واحد منهم، وإذا رفض الورثة التركة، لم يجبروا على قبولها ولا على تحمل ديونها وفي هذه الحالة ليس للدائنين إلا أن يباشروا ضد التركة حقوقهم".

¹ عبد اللطيف كرازي، إدارة المال المشاع في التشريع المغربي، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، إشراف سعيد الدغيمر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، أ. كدال، الرباط، 2006، 2007، ص 144؛ أحمد الخمليشي، مسؤولية الورثة عن ديون المورث، المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، الرباط، 2007، ص 118.

² قرار عدد 1508 صادر بتاريخ: 1983/10/12 في الملف المدني عدد 92297، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 33، ص 34، نقلا عن الحسن البوعيسي، كرونولوجيا الاجتهاد القضائي في مادة العقار والأحوال الشخصية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1، 2004، ج 5، ص 145.

³ قرار رقم 1141 في الملف العقاري عدد 84/19، صادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ: 1985/11/13، مجلة المحاكم المغربية عدد 41، ص 112 وما بعدها، نقلا عن محمد بفقير، ظهير التحفيظ العقاري الجديد والعمل القضائي المغربي، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، دط، 2014، ص 189، 202.

⁴ قرار المجلس الأعلى عدد 15 صادر بتاريخ: 14 فبراير 1969، مجلة قضاء المجلس الأعلى 4 يناير 1996، نقلا عن محمد خيري، العقار وقضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، دار نشر المعرفة، الرباط، طبعة 2014، ص 473.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

الأمر، واستقر على ثبوت ملكية التركة بمجرد الوفاة، معتبرا التسجيل مجرد إشهار لحق أوجده سبب سابق عنه¹. ومنه فإن القضاء المغربي يكون قد حكم في هذه المسألة قانون الالتزامات والعقود الذي رأينا أنه يقضي بانتقال التركة بمجرد الوفاة، بل إنه قد وظف أيضا بعض نصوص مدونة الأسرة، والتي يفهم منها تملك التركة بمجرد الوفاة كنص الفصل 324.

وأما القانون التونسي فنجد أن مجلة الأحوال الشخصية² لا يوجد في فصولها ما يدل صراحة على تحديد زمن انتقال ملكية التركة، فرغم أن الفصل 85 قد نص على أنه: " يستحق الإرث بموت المورث ولو حكما وبتحقيق حياة الوارث من بعده " ، إلا أنه يفهم منه فقط وقت افتتاح التركة، لا تحديد وقت انتقال التركة، أيضا نجد الفصل 87 قد حدد الحقوق المتعلقة بالتركة، حيث جعل الميراث في المرتبة الخامسة، وهذا بعد كل من الديون المتعلقة بعين التركة، ومصاريف التجهيز والديون المرسلة والوصية الصحيحة، لكن لا يستفاد من هذا النص تحديد زمن انتقال ملكية التركة أهو بعد الدين، أم قبله عقب الموت مباشرة، بل فيها ترتيب الحقوق المخرجة من التركة فقط.

غير أن الرجوع إلى مجلة الالتزامات والعقود³ نجدها قد تضمنت نصوصا يمكن أن نستنتج منها موقف المشرع التونسي، وهي: الفصل 194، والفصل 196، والفصل 241، والفصل 553. وهذه الفصول يبدو أنها متعارضة، حيث نجد أن الفصلين 194، 196 قد دُلَّا بمفهومهما على أن التركة المدينة تنتقل إلى الورثة مباشرة عقب وفاة المورث، فقد جاء في الفصل 194 أنه: " إذا

¹ قرار عدد 3191 المؤرخ في 2006/11/01، الملف المدني عدد 2891/03/01/2005، أيضا قرار عدد 3870 المؤرخ في 2007/11/28، الملف المدني عدد 87/03/01/2007، كلاهما نقلا عن أحمد اليوسفي العلوي، النهج المفيد للممارسين والباحثين من خلال قرارات المجلس الأعلى (محكمة النقض)، مادة العقار، دار أبي رقراق، الرباط، ط1، 2015، ج1، ص21، 155. أيضا قرار رقم 363، ملف عدد 08/891 صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ: 2010/01/26، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 73، ص66 وما بعدها، نقلا عن محمد بفقير، المرجع السابق، ص215.

² أمر مؤرخ في 13 أوت 1956 المعدل والمتمم يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية، الرائد الرسمي التونسي، ع66، صادر بتاريخ: 17 أوت 1956، ص1544.

³ صدرت بتاريخ: 15 ديسمبر 1906 ودخلت حيز التنفيذ بتاريخ: 01 جوان 1907 دون أثر رجعي.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

طوب أحد الورثة أو أحد المدينين المشتركين بجميع الملتزم به فله أن يطلب أجلا لمطالبة من معه بالدخول في الدعوى حتى لا يصدر عليه وحده حكم بالوفاء بجميع الدين. لكن إذا كان من شأن الدين أن لا يدفعه إلا المطلوب صاغ حينئذ الحكم عليه وحده، وهو يرجع على من معه كل فيما يخص منابه... " حيث يفهم من هذا النص أن الدائن يمكن أن يرفع دعوى ضد ورثة مدينه يطالبهم فيها بالوفاء بدين مورثهم، ولا يمكن للدائن أن يرفع هذه الدعوى إلا إذا قلنا إن التركة المدينة قد انتقلت ملكيتها إلى ذمة الورثة، وهذا ما يفهم من هذا الفصل. أما الفصل 196 فقد جاء فيه أنه:

" يوفى بالالتزام القابل للقسمة بين الدائن والمدين كما لو كان لا يقبل القسمة كما بالفصل 255. ولا اعتبار لقابلية القسمة إلا بالنسبة للمشاركين في الالتزام الذين ليس لهم أن يطلبوا خلاص دين يقبل القسمة إلا بقدر منابهم. وتجري هذه القاعدة على الورثة أي أنه ليس لهم أن يطلبوا وليس عليهم أن يؤدوا إلا بقدر منابهم فيما على مورثهم". فهذا الفصل هو الآخر لا يمكن فهمه إلا بتقرير انتقال ملكية التركة المدينة إلى الذمة المالية للورثة مباشرة بعد وفاة مورثهم.

أما الفصل 241 فقد جاء فيه أن: " الالتزامات لا تجري أحكامها على المتعاقدين فقط، بل تجري على ورثتهم وعلى من ترتب عليه حق منهم ما لم يصرح بخلاف ذلك أو ينتج من طبيعة الالتزام بمقتضى العقد أو القانون، لكن لا يلزم الورثة إلا بقدر إرثهم وعلى نسبة مناباتهم. فإن امتنعوا من قبول الإرث فلا يلزمهم ولا شيء عليهم من دين مورثهم وحينئذ لا يسع أصحاب الدين إلا تتبع مخلف المدين" فهذا الفصل قد وضع قاعدة عامة في امتداد أثر العقد إلى الخلف العام، حيث تنتقل الالتزامات إلى الورثة؛ ما لم ينص على خلاف ذلك؛ وبالتالي يتحملون ديون مورثهم، ولا يكون ذلك إلا إذا تقرر ملكيتهم للتركة المدينة عقب الوفاة مباشرة. فهذه النصوص الثلاثة يتبين منها أن وقت انتقال ملكية التركة المدينة إلى الورثة يكون عقب وفاة المورث مباشرة، ولا يعتبر الدين مانعا من ذلك، ويبدو أن هذه النصوص قد تأثرت إلى حد ما بأحكام القانون الفرنسي.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

أما الفصل 553 فيظهر منه أنه معارض للنصوص السابقة؛ وإن كان ذلك بشكل محتمل، حيث جاء فيه: " الدائن يقدم على الوارث ولا يرث إلا بعد أداء الدين " ؛ فهذا الفصل قد نص صراحة على أن الإرث لا يكون إلا بعد أداء الدين، ولكنه لا يدل على أن ملكية التركة لا تنتقل. ولكن هل يعتبر الدين مانعا من انتقال التركة للورثة؟ هذا أمر يحتمله النص، ولكن لا يتبن ذلك منه صراحة، ولعل هذا الاحتمال هو ما دعا بعض الفقهاء إلى القول بأن التركة لا تنتقل إلى الورثة إلا بعد سداد الدين¹، ولكن هذا الرأي قد جوبه بالرفض وعدم القبول من غالبية الفقهاء²، مؤيدين ما سبق ذكره من اعتبار التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد وفاة المورث، ومستدلين على ذلك بنصوص مجلة الالتزامات والعقود - السابق ذكرها - ، بل وحتى نصوص مدونة الأحوال الشخصية مثل الفصل 85، والفصل 87، كما أعطى هذا الاتجاه توجيهها خاصا للفصل 553، الذي استند إليه أصحاب الاتجاه الأول، حيث قالوا إن هذا الفصل: " ينظم مسألة ترتيب الحقوق على التركة ولا يتناول مسألة استحقاق التركة. وتقضي القاعدة الواردة في الفصل 553 م.أ.ع إلى تقديم دائني المورث على دائني الوارث نتيجة تقدم دائن المورث على الوارث نفسه، وهذا يعني وجود تزامن بين دائن المورث ودائن الوارث، ولا يكون هذا التزاما ممكنا إذا لم تنتقل التركة إلى الوارث فور الوفاة"³. و بهذا نرى أن الرأي الراجح في الفقه التونسي يرى انتقال التركة إلى الورثة بمجرد وفاة المورث، ولا يعتبر الدين مانعا من ذلك.

¹ تبنى هذا الرأي الأستاذان الشرقي و المرغني، وقد ذكرا هذا في مؤلفهما المشترك أحكام الحقوق، دار الجنوب للنشر، تونس، 1995، ص 152 وما بعدها؛ نقلا عن حاتم محمدي، دروس في القانون المدني (الموارث والتبرعات، الكتاب الأول الموارث)، مجمع الأطرش، تونس، ط1، 2017، ص 142.

² حاتم بن عبد الحميد الرواتي، المرجع السابق، ص 373 وما بعدها؛ حاتم محمدي، المرجع السابق، ص 140 وما بعدها؛ علي كحلون، القانون العقاري الخاص، مجمع الأطرش، تونس، ط2، 2010، ص 268 وما بعدها؛ رمزي ساسي، إشهار الحق العيني، مجمع الأطرش، تونس، ط1، 2015، ص 43 وما بعدها؛ حاتم الأخضر، انتقال التركة في النظام القانوني التونسي، رسالة لنيل شهادة الدروس بالمعهد الأعلى للقضاء، إشراف حسين بن سليمة، السنة القضائية 2011، 2012، ص 74 وما بعدها.

³ حاتم محمدي، المرجع السابق، ص 143، راجع هذا التوجيه للنص أيضا في: حاتم بن عبد الحميد الرواتي، المرجع السابق، ص 388.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

وإذا كان جمهور فقهاء وشراح القانون التونسي قد تبنا مبدأ انتقال ملكية التركة إلى الوارث بمجرد وفاة المورث، فإنهم اختلفوا في كيفية هذا الانتقال. فذهب البعض إلى التمييز بين فرضين: الفرض الأول: إذا كانت التركة خالية من الديون؛ فإنها تنتقل إلى ذمة الوارث وتختلط مع ذمته اختلاطاً كلياً مشكلة ذمة واحدة، وفي الفرض الثاني إذا كانت التركة مدينة؛ فإنها تنتقل إلى ذمة الوارث، لكنها لا تختلط بدمته، بل تبقى مستقلة عن ذمته، مشكلة ذمة مستقلة إلى غاية سداد ديونه، وبذلك يجد الوارث نفسه بدمتين ماليتين¹، ولكن هذا الرأي بقي معزولاً في الفقه القانوني التونسي.

أما الرأي الثاني: فذهب أصحابه إلى أن تركة الهالك تنتقل مباشرة بعد الوفاة إلى ذمة الوارث وتختلط بدمته كلية، فإن كانت التركة مدينة، لم يكن لدائنيها حق خاص على أموال التركة، وإنما لهم أن يطالبوا الورثة بتسديد ديونها في حدود قيمة المخلف².

الفرع الثاني: أثر الخلاف السابق على مركز الوارث والدائن

لقد نتج عن الخلاف في تحديد وقت انتقال التركة بعض النتائج، تتمثل في نماء التركة ونفقتها واستحقاق الشفعة، وتصرف الورثة في التركة، وسأتناول في هذا الفرع نماء التركة ونفقتها واستحقاق الشفعة، على أن أرجئ الحديث عن التصرف إلى الفصل الثاني فذاك موضعه.

البند الأول : نماء التركة و نفقتها:

الفقرة الأولى: نماء التركة:

¹ المرجع نفسه، ص353.

² المرجع نفسه، ص354.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الدين

إذا نمت التركة بعد وفاة المورث وقبل سداد الدين سواء إذا كانت هذه الزيادة متصلة¹ أم كانت منفصلة²؛ فإنه في هذه الحالة تكون الزيادة على حكم ملك المورث، وهذا وفقا للرأي الأول الذي يرى أن التركة قبل سداد الدين تبقى على ملك المورث؛ وهذه نتيجة منطقية لأن الزيادة تتبع الأصل، وعلى هذا الأساس يحق للدائنين التنفيذ في هذه الزيادة تبعا للتركة؛ لأنها ملك لمدينهم، وهو مذهب الحنفية والمالكية ومن وافقهم كما سبق ذكره³.

أما المذهب الثاني الذي يرى أن التركة المدينة تنتقل إلى الورثة مباشرة عقب الوفاة؛ فإن الزيادة تكون للورثة لا للميت، وبالتالي لا يحق للغرماء أن ينفذوا فيه، إلا أن يكون موجودا أثناء وفاة المورث فيكون من قبيل التركة، وهذا ما صرح به الشافعية في كتبهم على الصحيح من مذهبهم، وكذا الإباضية والإمامية في رواية ثانية⁴، أما الحنابلة فلهم في الزيادة والنماء وجهان: الأول : أن النماء يتبع الأصل ويتعلق به حقوق الغرماء وتنفذ منه الوصايا ، وهذا الوجه يتخرج: إما على الرواية الأولى التي ترى أن التركة لا تنتقل إلا بعد سداد الدين ، وإما على الرواية الثانية التي تقضي بانتقال التركة قبل سداد الدين ، لكن على أساس أن تعلق الدين بها كتعلق الرهن .

أما الوجه الثاني : فالنماء وفقه لا يتبع الأصل، بل يكون ملكا للورثة ، ومن ثم فلا يتعلق به حقوق الغرماء ولا تنفذ منه الوصايا ، وهذا يتخرج على أساس الرواية الثانية ، لكن على أساس أن

¹ الزيادة المتصلة كسمن الحيوان.

² الزيادة المنفصلة كنتاج الحيوان.

³ الزيلعي، المصدر السابق، ج5، ص208؛ العدوي، حاشية العدوي (بماش الخرشبي على مختصر خليل) مطبعة بولاق، مصر، ط2، 1317هـ، ج5، ص275؛ الطوسي، المصدر السابق، ج8، ص193؛ اطفيش، المصدر السابق، ج15، ص338.

⁴ الرملي، نهاية المحتاج، دار الفكر، بيروت، ط الأخيرة، 1984، ج4، ص308 وما بعدها؛ اطفيش، المصدر السابق، ج15، ص338؛ الطوسي، المصدر السابق، ج8، ص193؛ السيوطي، المصدر السابق، ص322.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

الدين يتعلق بالتركة كتعلق أرش الجناية برقبة العبد¹ ، وهو الرأي الأظهر في المذهب الحنبلي².

أما من الناحية القانونية، ففي القانون الجزائري، وبما أنه قد أخذ بالرأي الثاني الذي يقضي بانتقال التركة فور الوفاة كما سبق بيانه فإن الزيادة ستكون ملكا للورثة، لا من عناصر التركة، وبالتالي فلا حق للغرماء فيها.

أما في القانون المغربي: فإنه وفقا لنصوص مدونة الأسرة التي تقضي بعدم انتقال التركة إلا بعد سداد الديون، فتكون حينئذ الزيادة من قبيل عناصر التركة، تنفذ منها الوصايا ويحق للغرماء التنفيذ منها، أما قانون الالتزامات والعقود، والذي يقضي بأن التركة تنتقل بعد الوفاة مباشرة، كما سبق بيانه؛ فإن الزيادة والنماء حينئذ تكون ملكا للورثة، ولا حق للغرماء فيه. ولعل ما يقرره قانون العقود والالتزامات هو الأرجح طالما أن المجلس الأعلى (محكمة النقض) قد استقر في قراراته الأخيرة على أن ملكية التركة تثبت للوارث بمجرد الوفاة مما يجعل الزيادة تثبت للوارث ابتداء من هذا التاريخ، ولا حق للغرماء فيها.

وأما القانون التونسي فقد ثبت سابقا أن أغلب الشراح وفقهاء القانون على أن التركة تنتقل إلى الوارث مباشرة بعد وفاة المورث، وهو ما دلت عليه النصوص السابقة الذكر، وبعض الأحكام القضائية، ومن ثم فإن هذا المبدأ يقضي بأن الزيادة تتبع الوارث لوقوعها في ملكه الذي ثبت منذ تاريخ الوفاة، ومن ثم فلا حق للغرماء في التنفيذ عليها.

الفقرة الثانية: نفقة التركة:

إذا استلزمت التركة الإنفاق عليها، سواء لحفظها أو صيانتها، أو نقلها، أو تخزينها، فكل هذه النفقات تكون من التركة، وهذا على الرأي الأول، أما الرأي الثاني فتكون على الورثة ويلزمون

¹ معنى ذلك أن العبد إذا جنى لم يتعلق أرش الجناية (التعويض) بذمة سيده، بل يتعلق برقبته هو، وينفذ فيها.

² المرادوي، المصدر السابق، ج13، ص332 وما بعدها.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

بها؛ لأنها أملاكهم، ولو بيعت التركة في الدين فلا يرجعون على أحد؛ لأنه لما كان لهم نماؤها كان عليهم توافرها والغرم بالغنم¹.

البند الثاني: استحقاق الشفعة:

إذا كان ضمن أعيان التركة عينا مشتركة بين المتوفي وشخص آخر، ثم قام هذا الشريك ببيع هذه العين، بعد وفاة المورث؛ الذي هو شريكه؛ وقبل سداد ديونه، إلى شخص أجنبي، ففي هذه الحالة فإن ورثة المتوفي ليس لهم الحق في الشفعة بناء على الرأي الأول؛ لأنهم لم يكونوا مالكيين لهذه العين أثناء عقد البيع؛ بسبب مانع الدين، ومعلوم أن حق الشفعة لا يتقرر إلا للشريك وقت إبرام عقد البيع، وهو هنا منتفي في حق الورثة، ومن ثم فلا شفعة لهم. أما بناء على الرأي الثاني فيثبت لهم حق الشفعة؛ لأن الملك قد انتقل إليهم، فهم شركاء أثناء إبرام عقد البيع، وبالتالي يثبت لهم حق الشفعة².

أما من الناحية القانونية فلا نجد نصا صريحا في هذه المسألة، وإنما تخرج كأثر لما سبق ذكره، ففي القانون الجزائري، وبما أن القضاء قد اختار الرأي الثاني الذي يقضي بانتقال التركة بمجرد الوفاة³؛ وعليه فإن حق الشفعة يثبت للوارث إذا باع شريك المورث حصته في العقار المشترك لشخص أجنبي، وهذا قبل سداد ديون المورث؛ لأن البيع يكون قد وقع في ملك الوارث، وبالتالي يكون له حق الشفعة. كما أن المادة 15 من قانون 74-75 المتعلق بمسح الأراضي وإعداد السجل العقاري، تنص في الفقرة الثانية على أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من

¹ المرادوي، المصدر السابق، ج13، ص334؛ علي الخفيف، الحق والذمة وتأثير الموت فيهما وبحوث أخرى، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 2010، ص330.

² الماوردي، المصدر السابق، ج7، ص258؛ المرادوي، المصدر السابق، ج13، ص334؛ علي الخفيف، الحق والذمة، المرجع السابق، ص331، 330.

³ غ ع، قرار رقم 477874 صادر بتاريخ 2008/12/17، م.م.ع، ع، ج2، ص265؛ قرار رقم 348247 صادر بتاريخ 2006/05/17، م.م.ع، ع، ج2، ص395، نقلا عن جمال سايس، المرجع السابق، ط2، ج2، ص673، ج1، ص536.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

تاريخ الوفاة، ومن مفعوله ثبوت حق الشفعة للورثة في حال ما إذا باع الشريك حصته عقب وفاة المورث وقبل سداد الديون.

وأما القانون المغربي، وبما أننا رأينا أن نصوص المدونة تقضي بعدم انتقال ملكية التركة إلى الورثة قبل سداد الدين، وإنما تنتقل انتقال حيازة حسب بعض الفقهاء¹؛ فإن الورثة لا حق لهم في الشفعة في حال ما إذا كان مورثهم شريكا لآخر، وباع هذا الآخر نصيبه لأجنبي قبل سداد ديون المورث؛ لعدم تحقق شرط الملكية أثناء عقد البيع. أما وفق نصوص قانون الالتزامات والعقود فإن للورثة حق الأخذ بالشفعة؛ لأن نصوص هذا القانون كما سبق بيانه تقضي بانتقال التركة إلى الورثة بمجرد الوفاة، ومن ثم فشرط الملكية متحقق.

لكن بالرجوع إلى قانون التحفيظ العقاري²، نجد أن المشرع المغربي لم يعط للوارث حق الشفعة، وهذا إذا لم يتم بالتسجيل في الرسم العقاري وإيداع رسم الإرث لدى المحافظ، رغم أنه في الواقع هو المالك؛ لكن لا بد من هذا الإجراء حتى يتسنى له المطالبة بالحقوق المتعلقة بالعقار، وهذا الحكم متعلق فقط بالعقار المحفظ لا غير، وهذا الرأي قال به الدكتور محمد بن معجوز مستندا في ذلك إلى بعض القرارات القضائية الصادرة عن محاكم الاستئناف، وحتى عن المجلس الأعلى³، ورغم أن هذه الاجتهادات تتكلم عن القيد في السجل ولا تتكلم عن الدين، ومع ذلك فإنها قد قضت بأن الوارث لا يمكنه المطالبة بالشفعة إلا بعد تسجيل حق الإرث قبل تسجيل المشتري حقه، والظاهر أن هذا الاجتهاد قد كان ذلك حين كان العمل القضائي يقضي بعدم ثبوت حق الإرث إلا بعد تسجيل حق الإرث، ولكنه الآن قد استقر على أن الملكية تنتقل إلى

¹ عبد الرحمان بلعكيد، تصفية التركة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1، 2012، ص106.

² ظهر التحفيظ العقاري الصادر في: 1913/08/12 والمعدل والمتمم بمقتضى قانون رقم 07.14 والمنفذ بالظهير الشريف رقم 177.11.1 المؤرخ في: 22 نوفمبر 2011، ج ر ، 5998 ، صادرة بتاريخ: 24 نوفمبر 2011، ص5575 وما بعدها.

³ محمد بن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط2، 1999، ص204، 349.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

الوارث بمجرد وفاة المورث، وأن أثر التسجيل يمتد إليه كما يفيد لفظ الإرث ، وأما الفصل 66 من ظهير التحفيظ فهو ينفي وجود الحق غير المسجل بالنسبة للغير، والوارث ليس غيرا بل هو خلف عام¹. وما دامت الصفة موجودة والملكية متحققة منذ وفاة المورث، لذلك فإن الورثة لهم حق المطالبة بالشفعة بعد وفاة المورث مباشرة.

وأما في القانون التونسي، وبما أن نصوص م.ل.ع السابقة الذكر يفهم منها أن ملكية التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد وفاة المورث، وعلى هذا الأساس فإن للورثة حق المطالبة بالشفعة إذا قام شريك المورث ببيع نصيبه²، وهذا الحق يثبت لهم ولو كان ذلك قبل ترسيم حق الإرث، وهذا ما قضت به محكمة التعقيب في قرارها رقم 73256 والذي جاء فيه: " عدم ترسيم حجة الوفاة بالسجل العقاري لا يعوق الوارث عن القيام بالشفعة لحلولة محل المورث في ما له من الحقوق وما عليه من الواجبات عملا بالفصل 241 من مجلة الالتزامات والعقود ..."³

المطلب الثاني: مصير الذمة والديون المتعلقة بها:

سنتناول في هذا المطلب بيان مصير الذمة بعد الوفاة، وكذا الديون المتعلقة بها، وهذا في النظرين الشرعي والقانوني.

الفرع الأول: مصير الذمة بعد الوفاة

البند الأول: في النظر الشرعي:

¹ ينظر: قرار عدد 3191 المؤرخ في: 2006/11/01، الملف المدني عدد 2005/3/1/2891 ، نقلا عن أحمد اليوسفي العلوي، المرجع السابق، ج1، ص21.

² حاتم بن عبد الحميد الرواتي، المرجع السابق، ص377.

³ قرار تعقيبي مدني عدد 37256 مؤرخ في : 31 أكتوبر 1995 نشرية محكمة التعقيب، القسم المدني، ص269، نقلا عن: مصطفى صخري، مجلة الحقوق العينية، مينة وفقا للقانون عدد 67 لسنة 2008، ومعلق عليها بأحدث قرارات محكمة التعقيب وأحكام المحكمة العقارية، دون مكان نشر، تونس، دط، 2010، ص238.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

إن فقهاء الشريعة الإسلامية مجمعون على أن الذمة تتأثر بالموت؛ حيث تتخرب وتتلشى، غير أنهم اختلفوا في زمن تخربها وتلاشيها، هل يكون ذلك بمجرد الموت؟ أم بعده بزمن وقدر تصفية الدين العالق بها؟

ولهذا فقد انقسم نظرهم بخصوص هذه المسألة إلى ثلاث آراء هي كالآتي:

الرأي الأول: حيث ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن الذمة لا تتخرب بالموت مباشرة، بل تبقى فيها بعض الصلاحية لكنها ضعيفة، إذ لا تتحمل الإلزام ولا الالتزام بمفردها بسبب هذا الضعف، لكن إن وجد مال أو كفيل؛ فإنها تقوى به، وهذا ما أشار إليه صاحب كشف الأسرار؛ حيث يقول: "وأما القسم الثاني؛ فإنه وإن كان حقا متعلقا بالعين يبقى ببقائه؛ لأن فعله فيه غير مقصود، وإن كان دينا لم يبق بمجرد الذمة حتى يضم إليه مال أو ما يؤكد به الذمم وهو ذمة الكفيل؛ لأن ضعف الذمة بالموت فوق الضعف بالرق"¹. وقد دعاهم إلى هذا التصوير وجود بعض الأحكام التي ثبتت لبعض الأشخاص بعد وفاتهم، وهذه الأحكام مبناها وجود الذمة، ومن هذه الأحكام، ثبوت الملك بعد الوفاة لمن نشر شبكة صيد حال حياته، فتعلق بما الصيد بعد وفاته؛ فإن الصيد في هذه الحالة يعتبر ملكا له ويدخل في تركته، ويأخذ حكمها، أيضا إذا حفر حال حياته حفرة بالطريق العام فتردى فيها بعد وفاته حيوان مملوك لغيره، وجب عليه تضمين قيمته، حيث تؤخذ من تركته، ففي هاتين الصورتين نجد أن المتوفي قد ثبت له الملك بعد وفاته، وضمن أيضا، وهذا لا يكون إلا بالقول بوجود الذمة.

وهذا النظر هو استثناء وضرورة دعت إليه الحاجة لتعليل بعض الأحكام ولرد جميع الجزئيات إلى أصول وقواعد عامة تحكمها؛ لذلك فهي تقدر بقدرها، فإذا ما انتهت هذه الحاجة انتهى معها هذا الحكم، وهذه الحاجة هي سداد الدين، وهذا الرأي هو مذهب الحنفية².

¹ عبد العزيز البخاري، المصدر السابق، ج4، ص313.

² علي الخفيف، تأثير الموت في حقوق الإنسان والتزاماته (القسم الأول)، مجلة القانون والاقتصاد، ع5، 6، 1940، ص6، 7.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

الرأي الثاني: ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن الذمة لا تتخرب بالموت ولا تضعف مباشرة، بل تبقى قائمة مشغولة بالدين إلى حين سداده، فإذا سددت وصفت تهدمت لعدم الحاجة إليها، وإن لم تسدد بقيت مستقرة في الذمة، ولا تسقط بأي حال من الأحوال ، وقد استندوا فيما ذهبوا إليه إلى حديث سلمة بن الأكوع¹؛ حيث قال: "كنا عند رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إذ أتني بجنابة، فقالوا: صل عليها، فقال: « هل عليه دين ؟ » قالوا: لا ، فقال: « هل ترك شيئاً ؟ » فقالوا: لا، فصلى عليه، ثم أتني بجنابة أخرى، فقالوا: يا رسول الله صل عليها، قال: « هل عليه دين ؟ » قيل: نعم، قال: « هل ترك شيئاً ؟ »، قالوا: ثلاثة دنانير، فصلى عليها، ثم أتني بالثالثة ، فقالوا: صل عليها، قال: « هل ترك شيئاً ؟ »، فقالوا: لا ، فقال: « هل عليه دين ؟ »، قالوا: ثلاث دنانير ، قال : «صلوا على صاحبكم»، فقال أبو قتادة²: صل عليه يا رسول الله ، وعلي دينه، فصلى عليه³.

كذلك استدلو بما ورد في الحديث الآخر، وهو قوله - صلى الله عليه وسلم - : « نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه »⁴. فهذان الحديثان صريحان في الدلالة على بقاء ذمة الميت قائمة، فالموت لا يضعفها ولا يخربها مباشرة، بل تبقى إلى غاية سداد الدين.

¹ سلمة بن الأكوع: هو سلمة بن عمرو بن الأكوع، واسم الأكوع سنان بن عبد الله بن خزيمه بن مالك الأسلمي، بايع يوم الحديبية، توفي رضي الله عنه سنة أربعة وسبعين. ينظر: أبو نعيم الأصبهاني، معرفة الصحابة، تحقيق عادل يوسف العزازي، دار الوطن، المملكة العربية السعودية ، ط1، 1998، ص1339.

² أبو قتادة: اسمه الحارث بن ربيعي بن بلدمة الأنصاري السلمى من بني غنم بن كعب بن سلمة بن زيد بن جشم بن الخزرج، فارس الرسول - صلى الله عليه وسلم -، توفي رحمه الله سنة أربع وخمسين قبل بالمدينة، وقيل بالكوفة في خلافة علي - رضي الله عنه - ينظر: ابن عبد البر، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، تحقيق علي محمد البجاوي، دار الجليل، بيروت، ط1، 1992، ج1، ص289.

³ أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الخوالات، باب إن أحال دين الميت على رجل جاز، حديث رقم: 2168، ج2، ص 799.

⁴ أخرجه الترمذي في سننه، أبواب الجنائز، باب ما جاء عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: « نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه»، حديث رقم: 1084 ، 1085، دار الفكر، بيروت، ط2، 1083، ج2، ص270، 271، قال عنه أنه صحيح ؛ وأخرجه بن ماجه في سننه، تحقيق وتعليق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر بيروت، دط، دت ، كتاب الصدقات،

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

أيضا استدلووا بإمكانية شغل ذمة الميت بعد وفاته بدين ناتج عن سبب سابق لوفاته، كما لو حفر حفرة في الطريق العام، فتردى فيها بعد وفاته حيوان مملوك للغير، أو شخص فهلك؛ فإن ذمة الميت تشغل بقيمة الحيوان المتردي، أو دية الشخص الذي هلك، وتنفذ في تركته¹، ولو تخربت الذمة بالموت مباشرة، لما أمكن شغلها بهذا الدين المتولد بعد الوفاة. وقد قال بهذا الرأي الشافعية، وجمهور الحنابلة، وهو مذهب الصاحبين². ولعل افتراض بقاء الذمة بعد الوفاة، رغم ما بينهما من المنافاة، فيه حيلة وصنعة فقهية القصد منها ضبط الأحكام الفقهية، وردها إلى قواعد عامة، وبالتالي يمكن مطالبة تركة المتوفي بالديون التي ترتبت في ذمته، ولا سبيل إلى القول بإسقاطها³.

الرأي الثالث: وبه قال المالكية⁴، وهو رأي بعض الحنابلة؛ حيث ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى اعتبار أن الذمة تنهدم بمجرد الموت مباشرة، وذلك تبعاً لزوال الشخصية؛ لكونها إحدى خصائصها، فالشخص إذا مات لا يمكن مطالبته بتفريغ ذمته؛ لأنه قد خرج عن صلاحية المطالبة؛ بسبب انهدام الذمة وتخربها بالموت. ويؤكد هذا ما جاء في كتاب المعونة من أنه: "يحل الدين المؤجل بالموت خلافاً للحسن وغيره؛ لأنه لو لم يحل لم يحل أن يكون متعلقاً بذمة الميت وذلك باطل بخبرهما، أو بذمة الورثة وذلك غير جائز؛ لأنه لا شيء

باب التشديد في الدين، حديث رقم 2413، ج2، ص806. وهذا الحديث قال عنه السيوطي أنه حديث صحيح. ينظر: السيوطي، الجامع الصغير، دار الفكر، بيروت، ط1، 1981، ج2، ص676.

¹ ينظر في مسألة الديون المتجددة و دخولها في ذمة الميت، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1994، ج3، ص95؛ ابن رجب الحنبلي، القواعد، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، ص205، 399.

² النووي، روضة الطالبين، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد عوض، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، ص350؛ ابن قدامة، المغني، مكتبة القاهرة، دط، 1968، مكتبة القاهرة، دط، 1968، ج4، ص327؛ علي الخفيف، مدى تعلق الديون بالتركة، المرجع السابق، ص155.

³ علي الخفيف، مدى تعلق الديون بالتركة، المرجع السابق، ص155.

⁴ نسب البعض إلى المالكية القول بقاء الذمة قائمة، ومنهم الشيخ الزرقا، وقد عزا النقل إلى الشيخ علي الخفيف في كتاب الحق والذمة، غير أنه بالرجموع إلى هذا الكتاب نلاحظ أنه يعد المالكية ممن يقولون بانهدام الذمة وتخربها بالموت، علي الخفيف، الحق والذمة، المرجع السابق، ص308.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

يوجهه " ¹، وأيضا ما جاء في المعني قوله: "ولا نسلم أن الدين يحل بالموت، فهو كمسألتنا، وإن سلمنا فالفرق بينهما أن الذمة خربت وبطلت بخلاف المفلس... "

وما يمكن استخلاصه أن الذمة وإن كان بينها وبين الموت منافاة؛ إلا أن القول ببقائها؛ إنما هو من قبيل الصنعة القانونية² التي لا تتنافى ومقتضيات العقل، ولهذا يتبين رجحان الرأي الثاني، خصوصا وأن الأحاديث الواردة في هذا الباب تشهد ببقائها بعد الوفاة.

البند الثاني: في النظر القانوني:

اختلف النظر القانوني في مسألة انتهاء الذمة المالية تبعا لاختلافهم في تفسير طبيعتها، فكل نظرية لها وجهة نظر معينة.

فأصحاب نظرية الشخصية، وبناء على أن الذمة المالية في نظرهم هي وحدة قانونية مجردة ومستقلة عن العناصر المؤلفة لها، ومن ثم فلا يمكن التنازل عنها، ولا انتقالها إلى الوارث، بل تزول بزوال شخصها، غير أنهم عادوا وفسروا انتقال حقوق والتزامات الشخص المتوفي إلى الورثة؛ إنما يكون بامتداد شخصية المورث واستمرار بقائها في أشخاص الورثة.

ويلاحظ في هذا المقام أن اعتبارهم عدم انتقال الذمة المالية، وإن كان يتماشى والتصور العام الذي فسروا به الذمة المالية، من حيث كونها وحدة مجردة متصلة بالشخصية؛ إذ هي إحدى لوازمها؛ إلا أن تفسيرهم انتقال الحقوق والتزامات إن هو إلا امتداد واستمرار لشخصية المورث في شخصية الوارث، فهذا مما لا يستقيم مع منطقتهم وتصورهم، وفيه مغالطة، فمادام أن هذه النظرية تعتبر الذمة المالية إحدى خصائص الشخصية القانونية، فكيف سيستقيم امتداد هذه الشخصية دون أحد خصائصها، ولذلك فإن هذا التفسير الذي ذكره يؤدي إلى القول بانتقال الذمة المالية من المتوفي إلى الوارث وإن لم يصرحوا بذلك.

¹ القاضي عبد الوهاب، المعونة، تحقيق محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1998، ج9، ص168.

² مصطلح أورده الدكتور السنهوري في كتابه الوسيط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دط، دت، ج9، ص99.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

أما أصحاب نظرية التخصيص فما دامت الذمة المالية في نظرهم لا تستند في وجودها إلى شخص قانوني، وإنما ترتبط بغرض معين تتخصص به عناصرها؛ ولذلك فهي تزول بزوال هذا الغرض، كما يمكن تصور انتقالها إلى الورثة، فضلا عن إمكانية التنازل عنها حال الحياة. وأما أصحاب النظرية الحديثة؛ فإن الذمة المالية في نظرهم لا تتلاشى بموت الشخص، وإنما تنتقل إلى ذمة الوارث. مجموع حقوقها و التزاماتها الثابتة عند الوفاة¹.

الفرع الثاني : أثر الوفاة في الديون:

نتناول في هذا الفرع بيان أثر الوفاة في الديون، من حيث تعلقها وحلولها، ثم طبيعة تعلقها بالتركة، وهذا حتى يتسنى تحديد مركز الدائن وعلاقة ذلك بالتركة المدينة.

البند الأول : الديون الحالة والمؤجلة:

تتعلق هذه المسألة أساسا بمدى انتقال الديون سواء الحالة منها أم المؤجلة إلى ذمة الورثة، وإذا قلنا أنها لا تنتقل فهل الديون المؤجلة تحل بالوفاة أم لا؟ هذا ما سنحاول الإجابة عنه في هذا العنصر وذلك كله في النظريين الشرعي والقانوني.

الفقرة الأولى: في النظر الشرعي:

كقاعدة عامة فإن الديون في الفقه الإسلامي لا تنتقل إلى ذم الورثة، حيث إنها تتعلق بالتركة وتبقى في ذمة الميت، عند من يرى بقاء الذمة بعد الوفاة، أو تسقط إن لم يترك الميت مالا وهذا على مذهب من يرى تهم الذمة بعد الوفاة. وهذا النظر؛ أي عدم انتقال الديون، هو رأي جمهور الفقهاء، إذ الميراث غنم لا غرم، ولا يمكن إلزام الورثة بشيء لم يلتزموه.

وثمة رأي آخر ورد في المذهب الإباضي مفاده أن الورثة إذا تصرفوا في التركة رجع الدين إلى ذمتهم في واجب الحكم ولو لم يعلموا به (قضاء)، لكن ديانة لا يتحملونه إلا في حدود ما ترك

¹حسن كبيرة، المرجع السابق، ص501، 511؛ مطالبى بلقاسم، المرجع السابق، ص14.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

مورثهم، وهذا إن ترك مالا وتصرف فيه الورثة، أما إن لم يترك مالا فلا يتحملة الورثة، وإن كان الشيخ اظفيش رجح انتقال الدين إلى ذمة الورثة في حدود ما ترك المورث ديانة وقضاء وأول كلام المصنف (في واجب الحكم) أي الحكم عليهم عند الله وعند الناس انتقال الدين إلى ذمهم بمقدار ما ترك لا بجميع الدين إذا زاد على ما ترك؛ لأنه لا حجة لهم في الحكم بعد الدخول فيما ترك. وعلى هذا لم يجز التصرف إذا أحاط الدين بالتركة¹. ونلاحظ هنا أن المذهب الإباضي حين حمل الورثة مسؤولية كاملة عن ديون مورثهم؛ إنما فعل ذلك - كما يبدو - عقوبة لهم؛ لأنهم تصرفوا في التركة المدينة قبل سداد ما عليها من ديون، هذا الحكم يشبه ويقارب ما أخذ به القانون الألماني الذي جعل الورثة مسؤولين بالتضامن مسؤولية كاملة عن التزامات التركة سواء في أموالهم الموروثة أو المكتسبة شخصيا، وهذا إذا تصرفوا في التركة قبل سداد ديونها؛ نظرا لوجود المنع من ذلك².

أما بالنسبة للديون المؤجلة فإن النظر فيها قد انقسم إلى ثلاث اتجاهات:

الاتجاه الأول: وبه قال جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية ورواية عن الإمام أحمد، وهو مذهب الظاهرية، والإمامية في قول لهم، حيث يرى أصحاب هذا المذهب أن الديون تحل بالوفاة، مستدلين بذلك على أن الدين إذا بقي إلى أجله أين سيبقى أي الذمة وقد خربت وضعت عن التحمل³، أم ينتقل إلى ذمة الورثة، وهذا محال، إذ لا يمكن إلزام بدون التزام، وقد لا يرضى الدائن بذمهم؛ لأنها متباينة عن ذمة المدين، ثم إن بقاء الدين إلى أجله فيه ضرر بين سواء بالدائن أو بالميت أو بالورثة، فبقاء الدين من دون سداد فيه ضرر بالميت؛ لأن نفسه معلقة بدينه، وبقاء

¹ اظفيش، المصدر السابق، ج 6، ص 639.

² راجع ما ذهب إليه القانون الألماني في: حاتم بن عبد الحميد الرواتي، المرجع السابق، ص 382. وأتوه في هذا المقام أن الأستاذ حاتم بن عبد الحميد الرواتي قد ذكر الفقه الإسلامي لم يبلغ دقة القانون الألماني في تنظيم الخلافة على المال عمليا، رغم أنه شهد له بالسبق، أقول: لو اطلع على ما ذهب إليه الفقه الإباضي - أعتقد - أنه سيغير رأيه هذا وموقفه من الفقه الإسلامي، ولشهد أن الفقه الإسلامي دقيق في أحكامه ونظراته.

³ هذا الدليل لا يطاوع القائلين ببقاء الذمة قائمة بعد الوفاة، كما ذهب الشافعية، لذلك كان الأولى على مذهبهم عدم حلول الدين، لكن ربما نظروا إليه من زاوية أخرى وهي عدم إلحاق الضرر بالدائن، وهذا التخريج مقبول.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

التركة محبوسة بالدين فيه ضرر بالورثة، وبقاء الدين إلى أجله فيه ضرر بالدائن؛ لأنه قد تتلف التركة ولا يبقى للدائن ما يفي حقه¹.

الاتجاه الثاني²: ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى القول بعدم سقوط الأجل في الدين، حيث نظروا إليه من جهة المدين باعتباره حقا، وبالتالي غلبوا جانبه المالي، في مقارنة تتفق إلى حد ما مع ما ذهبت إليه القوانين الوضعية.

وقد استندوا إلى أن الأجل إذا وجد فهو حق للمدين؛ إذ هو شرط أساس في نشوء الالتزام، والمسلمون عند شروطهم، ثم ألا ترى أن الأجل إذا وجد؛ فإنه كثيرا ما يدخل في قيمة الدين، وبالتالي فإنه يبقى في ذمة الميـت كما كان، ولا يضره ضعف الذمة لوجود مال يتعلق به ويمكن المطالبة بالدين فيه، وما كان الموت أبدا مسقطا للحقوق، بل بالعكس إذ يعتبر مفعلا لها ومحددًا لميقاتها.

وقد انقسم هذا الفريق إلى فريقين :

فريق أول: ونتيجة لما قد يلحق التركة بعد الوفاة من تلف أو تبديد فيه ضرر بين الدائنين، لذلك وضعوا شرطا ليبقى الأجل إلى حينه، وهذا الشرط يتمثل في تقديم الورثة ضمانا خاصا عن طريق كفيل مليء أو رهن، وإلا حل الدين؛ حتى لا يدخل الضرر على الدائنين، وممن ذهب إلى هذا الرأي الإمام أحمد بن حنبل في رواية ثانية، ومحمد بن

¹ ابن قدامة، المصدر السابق، ج4، ص327؛ علي الخفيف، الحق والذمة، المرجع السابق، ص166، 167؛ النووي، المصدر السابق، ج5، ص394؛ القاضي عبد الوهاب، المصدر السابق، ج2، ص168، ابن حزم، المحلى بالآثار، دار الفكر، بيروت، دط، دت، ج8، ص174؛ الطوسي، المصدر السابق، ج2، ص199؛ اطفيش، المصدر السابق، ج13، ص600.

² ينظر في هذا الرأي: ابن قدامة، المصدر السابق، ج4، ص327 وما بعدها؛ علي الخفيف، الحق والذمة، المرجع السابق، ص167 وما بعدها.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

سيرين¹، وإسحاق بن راهويه²، وهو ما

ذهب إليه الإباضية في قول ثان لهم³.

أما الفريق الثاني: فلم يشترطوا لبقاء الأجل تقديم ضمان خاص من كفيل أو رهن، بل اكتفوا فقط بالضمان العام، وهو وجود تركة ضمانا لصاحب الدين، ومن قال بهذا الرأي طاووس⁴، والزهري⁵، وغيرهم.

وقد رد على هذا الرأي بأن فيه إجحافا و شططا بينا، فلو فرضنا أن أصحاب الديون الحالة قد استغرقت حقوقهم التركة كلها، فماذا يبقى لأصحاب الديون المؤجلة؟ فهذا ضرر بين قد لحق بهم، والشرع لم يرد لإلحاق الضرر بالناس، بقدر ما شرع لصيانة وحفظ حقوقهم.

الاتجاه الثالث⁶: ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن ديون الميت تنتقل كما نشأت، إلى ذمة الورثة، في حدود ما يتركه المتوفي من مال، وقد نقل هذا الرأي عن القاضي أبي يعلى الحنبلي⁷. وهذه المقاربة تتفق إلى حد كبير مع ما هو مقرر في النظم الغربية، وبالأخص القانون الفرنسي.

¹ محمد بن سيرين: هو محمد بن سيرين البصري، الأنصاري بالولادة، التابعي، ولد بالبصرة عام 33هـ، اشتهر بالورع وتعبير الرؤيا، توفي رحمه الله عام 110هـ، انظر: الزركلي، المرجع السابق، ج 6، ص 154.

² إسحاق بن راهويه: إسحاق بن إبراهيم بن مخلد الحنظلي التميمي المروزي، ولد بمرو عام 161، عالم خراسان في عصره، وأحد كبار الحفاظ أخذ عنه الإمام أحمد والبخاري والترمذي والنسائي وغيرهم، توفي بنيسابور عام 238هـ الزركلي، المرجع السابق، ج 1، ص 292.

³ اطفيش، المصدر السابق، ج 13، ص 600. غير أنهم لم يشترطوا تقديم كفيل وإنما اشترطوا أن يوضع نصيب الدين المؤجل في يد أمينة.

⁴ طاووس: هو طاووس بن نيسان، أبو عبد الرحمان الفارسي، الفقيه القدوة عالم اليمن، ولد في خلافة عثمان بن عفان وقيل قبل ذلك، سمع من كثير من الصحابة، ولازم ابن عباس كثيرا، توفي رحمه الله 106هـ، الذهبي، المصدر السابق، ج 5، ص 38 وما بعدها.

⁵ الزهري: هو محمد بن مسلم بن عبد الله بن شهاب الزهري، تابعي، أحد أكابر الحفاظ و الفقهاء، ولد سنة 58هـ، وتوفي عام 124هـ. الذهبي، المصدر السابق، ج 5، ص 326؛ الزركلي، المرجع السابق، ج 7، ص 97.

⁶ ابن قدامة، المصدر السابق، ج 4، ص 327؛ علي الخفيف، الحق والذمة، المرجع السابق، ص 170.

⁷ أبو يعلى الحنبلي: محمد بن الحسن بن محمد بن خلف بن أحمد، القاضي أبو يعلى الحنبلي، ولد في المحرم سنة 380هـ، انتهت إليه رئاسة الحنابلة، توفي في: 20 رمضان عام 458هـ. ينظر: صلاح الدين الصديقي، الوافي بالوفيات، تحقيق أحمد الأرناؤوط، وتركي مصطفى، دار إحياء التراث، بيروت، دط، 2000، ج 3، ص 8.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

وعلى كل فقد انتقد هذا الرأي، من حيث إنه لا يمكن أن ينشأ إلزام بغير التزام، كما أن انتقال الديون بالوفاة إذا كان فلا بد أن يكون مطرداً، ولا يتوقف على حالة وجود مال، بل ينتقل ولو لم يكن هناك مال يتعلق به، ولم يقل بهذا الرأي أحد.

وبالإجمال فهذه هي آراء الفقهاء فيما يخص الديون المؤجلة، حيث إن الاتجاه الأول يبدو أنه مبني على اعتبارين اثنين: الاعتبار الأول: وهو سقوط الذمة وتلاشيها بالموت، والاعتبار الثاني: عدم الإضرار، ولهذا وجدنا الشافعية وهم قالوا ببقاء الذمة قائمة، ولكنهم قالوا بحلول الدين المؤجل عند الموت، إعمالاً لاعتبار عدم الإضرار. أما الاتجاه الثاني فالقسم الذي رأى عدم التوثيق واضح شططه وإضراره سواء بالميت أو الورثة، أو الدائن، أما القسم الآخر فهو وإن حاول تفادي عدم الإضرار إلا أن الإضرار لا يزال قائماً في حق الميت، الذي نفسه تبقى معلقة بدينه إلى أن يقضى، وأما الاتجاه الثالث فقد نظر إلى الأجل كحق¹ ولذلك قالوا بانتقاله إلى ذمة الورثة، ولكن مما هو مقرر شرعاً أن: "الأجل عبارة عن حق المدين في الانتفاع بمال الدائن مدة من الزمن، وهذا الحق لا ينتقل للوارث بالإرث لأنه يقابله واجب هو التزام المدين بأداء الدين في نهاية الأجل، وهذا الواجب هو أساس ذلك الحق"². وكما سبق بيانه فإن: "الوارث لا يحل محل مورثه في ديونه، ولا يلتزم بما بدله، فلا حق له في أن يتنفع بها"³، ضف إلى هذا، النقد الذي وجه له. و من هنا يتبين قوة وسلامة الاتجاه الأول الذي يرى سقوط الأجل في الدين وحلوله بالوفاة، حيث إنه يوازن بين مركز الوارث والدائن وكذا المورث.

الفقرة الثانية : في النظر القانوني:

لا بأس قبل التطرق إلى قوانين المغرب العربي، الإشارة إلى القانون الفرنسي في هذه الجزئية؛ نظراً لتأثيره المباشر في هذه القوانين.

¹ عبارة المغني تفيد أنه نظر إليه من جهة الحق.

² علي زكي العرابي، مركز الوارث في الشريعة ونتائجه في القانون، مطبعة الشعب، مصر، 1923، ص12.

³ المرجع نفسه، ص12.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

أولاً : القانون الفرنسي:

يعتبر القانون الفرنسي امتداداً للقانون الروماني، ولذلك أخذ عنه فكرة امتداد شخصية المورث في شخصية الوارث؛ أي إن الوارث يتلقى ذمة مورثه بأصولها وخصومها، وهذا إذا أعلن قبول التركة دون قيد أو شرط¹ (acceptation pure et simple)، ففي هذه الحالة فإن الوارث يسأل عن ديون مورثه، ولو فاقت التركة؛ حيث تمتد المساءلة إلى ذمته الخاصة، وهنا فإن الديون التي نشأت في ذمة المورث مؤجلة؛ فإنها لا تحل بموته، بل تنتقل إلى ذمة الوارث بالصورة والكيفية التي نشأت عليها، فإن كانت مؤجلة انتقلت بهذه الطريقة إلى ذمة الورثة².

وهذا المبدأ الذي أخذ به المشرع الفرنسي وإن كان له ما يبرره سلفاً في القانون الروماني؛ نظراً لكون شخصية الأسرة كانت تغطي على شخصية الفرد؛ بحيث لم يكن للفرد في ذلك الوقت استقلال في شخصيته، بل كان الابن وارثاً ضرورياً، أو وارثاً لنفسه، لذلك عد في هذا القانون امتداداً لشخصية مورثه، فإن الحال الآن ليست كالسابق³، فالفرد له شخصيته المستقلة، والالتزامات شخصية كالمسؤولية والعقوبة، ومن غير المعقول أن يحمل قريب ما كان على قريبه من التزامات، كما أنه من غير المعقول أن تكون الوفاة سبباً لاتساع نطاق الضمان⁴.

ومع هذا فقد حاول المشرع الفرنسي التخفيف من هذا المبدأ، في محاولة لإحداث التوازن بين مركز الوارث و مركز المدين، حيث منح للوارث حرية التخلي عن التركة (renunciation)

¹ راجع نصوص القانون المدني الفرنسي المواد 782 - 786.

² علي زكي العرابي، المرجع السابق، ص4، 5؛ النصري فؤاد، المرجع السابق، ص94.

³ حاول الفقهاء تعليل هذا المبدأ، فذهب البعض إلى اعتماد الواقع الروماني (سيطرت ملكية الأسرة) كتعليل لهذا المبدأ، لكنه جوبه بالرفض لكونه يتجاوز الزمان، في حين ذهب غالبية الفقهاء إلى اعتماد التعليل الديني الكنسي، لكنه هو الآخر وجهت له انتقادات خصوصاً وأن المجتمع الفرنسي معظمه الآن علماني، ولهذا رفض بعض الفقهاء هذا المبدأ واعتبروه إجحافاً في حق الأحياء، منهم الفقيه Sabeillés . ينظر في هذا، النصري فؤاد، المرجع السابق، ص90 وما بعدها .

⁴ المرجع نفسه ، ص95.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

في حال كون الخصوم تفوق الأصول، أو اختيار تلقي التركة في حدود ما يبقى منها صافيا (acceptation à concurrence de l'actif net)¹.

ففي الحالة الأولى فإنه لا يسأل عن ديون مورثه بتاتا؛ أما في الحالة الثانية؛ فإنه يسأل عنها في حدود ما تلقاه من أموال مورثه، ولا تمتد المساءلة إلى ذمته الخاصة².

وفي كل فإن الديون المؤجلة لا تحل لعدم وجود نص يقضي بالحلول، وكان الأولى أن تحل؛ لأنه في الحالة الأولى (حالة التخلي) أصبحت معلقة بالتركة، أما في الحالة الثانية، فهي في الحقيقة معلقة بالتركة؛ إذ المساءلة لا تكون إلا في حدودها؛ رغم أنهم يعتبرونها هي الأخرى امتدادا لشخصية المورث³.

ثانيا: في القانون الجزائري:

لم يأخذ المشرع الجزائري بفكرة امتداد الشخصية التي ينبنى عليها انتقال الحقوق والالتزامات إلى ذمة الوارث، بل أخذ بفكرة مستمدة من الشريعة الإسلامية، وهي اعتبار الميراث واقعة مادية تنقل إلى الوارث الحقوق لا الالتزامات، فالوارث وفق القانون الجزائري يتلقى من سلفه الحقوق فقط دون الالتزامات، وهذا ما أشارت إليه المادة 108 من القانون المدني، والتي نصت على انصراف

¹ ينظر في القانون المدني الفرنسي، المواد 787 وما بعدها، تراجع على الموقع الإلكتروني :

www.legifrance.gouv.fr

² جاء في المادة 791 من ق.م.ف.ف.3:

" l'acceptation à concurrence de l'actif net donne à l'héritier l'avantage : 3-de n'être tenu au paiement des dettes de la succession que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il a recueillis "

وجاء في المادة 805 ف1:

" L'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier " .

وجاء في المادة 806 :

" Le renonçant n'est pas tenu au paiement des dettes et charges de la succession .
Toute les fois , il est tenu à proportion de ses moyens au paiement des funéraires de l'ascendant ou du descendant à la succession duquel il renonce " .

³ ينظر في فكرة عدم حلول الأجل في حالة قبول التركة تحت شرط الجرد: علي زكي العرايبي، المرجع السابق، ص06.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

أثر العقد إلى الطرفين الذين أبرما العقد وإلى خلفهما العام، لكن مع مراعاة قواعد الميراث، ومن القواعد التي بني عليها الميراث عدم انتقال الديون إلى الخلف العام، كما أن المادة 180 من قانون الأسرة اعتبرت الديون الثابتة في ذمة المتوفي من الحقوق المتعلقة بالتركة، وهذا معناه عدم انتقالها إلى ذمة الورثة، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2005/06/22، والذي جاء فيه: "الديون الثابتة في ذمة المتوفي متعلقة بالتركة وحدها، ولا تنتقل إلى الأشخاص الورثة"¹. وهذا القرار قد صدر نقضا للقرار الذي صدر عن مجلس قضاء البويرة، الذي ألزم الورثة بسداد دين مورثهم، وهو ما اعتبرته المحكمة العليا خرقا لقواعد الميراث، وبالخصوص المادة 180 من قانون الأسرة.

وفي قرار آخر صادر بتاريخ: 1993/12/22 نقضت المحكمة العليا فيه قرار قضاة الموضوع الذين ألزموا الورثة بديون مورثهم، حيث اعتبرت أن الديون لا تنتقل إلى الورثة، وإنما تؤخذ من التركة². مما يؤكد أن المحكمة العليا مستقرة في اجتهادها على الأخذ بمبدأ عدم انتقال الديون إلى ذمة الورثة، المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية. وإذا ثبت هذا فإنه ينبغي على هذا المبدأ حلول الديون المؤجلة، إذ في بقائها إلى ميعادها ضرر بالورثة وبالدين، لكن الإشكال قائم في المادة 211 من ق.م، حيث ذكرت ثلاث حالات

¹ غ.م. قرار رقم 295913، صادر بتاريخ: 2005/06/22، م.م. ع، ع، 1، 2005، ص6، نقلا عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، منشورات كليك، الجزائر، ط1، 2013، ج3، ص1264.

² جاء في هذا القرار أنه: من المقرر قانونا أن يؤخذ من التركة عند قسمتها ما يلي:

- مصاريف التجهيز و الدفن بالقدر المشروع.

- الديون الثابتة في ذمة المتوفي.

- الوصية.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع ألزموا ورثة المرحوم(ب م) بدفع الديون، ومنها التعويضات المحكوم بها، رغم أنها لم تؤخذ على مسؤوليتهم وذمهم، فإن قرارهم مخالف بذلك القاعدة التي تنص على أن الديون الثابتة تؤخذ من التركة حسب الترتيب المشار إليه أعلاه، وجاء حاليا من كل سند قانوني، يستوجب نقضه".

غ م، قرار رقم 102567، صادر بتاريخ: 1993/12/22، م ق، ع3، 1994، ص22، نقلا عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، المرجع السابق، ج2، ص798.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

لسقوط الأجل، وهي مذكورة على سبيل الحصر، حسب ما يفهم من صياغة المادة، وليس من بين هذه الحالات وفاة المدين، مما يعني حسب مفهوم المخالفة أن وفاة المدين ليست سببا من أسباب سقوط الأجل، بل يبقى الدين إلى غاية حلول ميعاده، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه، هل ينتقل الأجل إلى ذمة الورثة كحق ميراثي، أم يبقى في التركة مع تعطيلها عن القسمة إلى غاية حلوله؟ والجواب، أن الاحتمال الأول مرفوض قانونا؛ لأن الأجل مرتبط بأمر آخر، وهو واجب الالتزام، ومعلوم أن الالتزام لا ينتقل إلى ذمة الورثة، أما الاحتمال الثاني ففيه ضرر بين بالورثة، الأمر الذي يحتم إدخال تعديل على المادة 211 من ق.م، وذلك بإضافة فقرة تعتبر الوفاة أحد أسباب سقوط الأجل، وبذلك سيحدث الانسجام بين النصوص والمبادئ القانونية التي تبناها المشرع الجزائري، سواء في قانون الأسرة، أم في القانون المدني.

ثالثا: في القانون المغربي:

إذا نظرنا إلى مدونة الأسرة، فإننا نرى وفق أحكامها أن الديون لا تنتقل إلى ذمة الورثة، ولا تقسم عليهم، بل تبقى في التركة وتوفي من أصولها، وهذا ما يفهم من الفصل 322 والذي حدد الحقوق التي تخرج من التركة قبل حق الميراث، ومنها ديون الميت المطلقة، أما الفصل 391، ف1، فقد حدد الوعاء الذي تخرج منه الديون الثابتة في ذمة المتوفي وهي الأموال المكونة للتركة، ولم يشير بتاتا إلى مسؤولية الورثة، فقد جاء في هذا الفصل أنه: " يقوم المصفي بوفاء ديون التركة مما يحصله من حقوقها، وبما تشتمل عليه من نقود ومن ثمن ما في التركة من منقول، فإن لم يكن كل ذلك كافيا فمن ثمن ما يفي بذلك من عقار"، أما الورثة فإنهم لا يتلقون إلا حقوقهم خالية من الديون، وهذا ما تقضي به الفقرة الأولى من الفصل 393.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

ومن هنا فإنه يتبين أن مركز الوارث وفق نصوص المدونة ليس امتدادا للمورث، بل يخلفه فقط في الأصول دون الخصوم، ولا يسأل عن ديونه لا في حدود التركة ولا خارجها، وهو الحكم المستمد من الشريعة الإسلامية¹.

أما قانون الالتزامات؛ فإنه على خلاف ما جاء في نصوص المدونة، حيث إن الديون وفقه تنتقل إلى ذمة الورثة، وتنقسم عليهم كل حسب منابه، فقد جاء في الفصل 229 أنه: "تنتج الالتزامات أثرها لا بين المتعاقدين فحسب، ولكن أيضا بين ورثتهما وخلفائهما، ما لم يكن العكس مصرحا به، أو ناتجا عن طبيعة الالتزام أو عن القانون، ومع ذلك فالورثة لا يلتزمون إلا في حدود أموال التركة، وبنسبة مناب كل واحد منهم."، حيث يستفاد من هذا النص أن الوارث يتلقى عن خلفه ذمته المالية بكامل عناصرها (الأصول والخصوم)، لكنهم لا يسألون عن هذه الخصوم إلا في حدود ما تلقوه من أصول، وهو ما يؤكد أيضا الفصل 186². وهذا الحكم الذي أخذ به ظهير الالتزامات يتعارض مع أحكام المذهب المالكي ومدونة الأسرة كما سبق بيان أحكامها، بل هناك نص في ظهير الالتزامات يتعارض مع النصوص السابقة الذكر، وهذا ما نفهمه من نص الفصل 105، حيث جاء فيه: "في الجريمة وشبه الجريمة، تكون التركة ملزمة بنفس التزامات المورث...". حيث حمل هذا النص الالتزامات الناتجة عن الجريمة وشبهها بالتركة، ولم يحملها ذمة الورثة، كما تقضي بذلك النصوص السابقة، التي أقرت صراحة انتقال التزامات المورث إلى ذمة الورثة.

ولعل هذا الخلط والتناقض إنما هو ناتج عن تقليد القانون الفرنسي³. الذي حاول فيه المشرع المغربي الجمع بين أحكام هذا القانون من جهة وبين أحكام الفقه الإسلامي من جهة أخرى فوقع فيما وقع فيه من خلط وتناقض وتعارض¹.

¹ النصري فؤاد، المرجع السابق، ص85، 86، مع ملاحظة أن مواد المدونة قد عدلت.

² أحمد الخليلي، المرجع السابق، ص118؛ النصري فؤاد، المرجع السابق، ص112 وما بعدها.

³ إن ما ذكره الفصل 229 في الفقرة الثانية، وهي إمكانية تخلي الورثة عن التركة، لا يمكن فهمه إلا على أنه تقليد أعمى للقانون الفرنسي؛ إذ لا ما محل لهذا الحكم في القانون المغربي، ذلك أن القانون الفرنسي حينما قرر هذا الحكم فلأنه حمل الورثة

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

وقد ترتب عن هذا الحكم الذي أخذ به ظهير الالتزامات نتيجة مفادها: عدم حلول الديون المؤجلة التي كانت على المورث بهذه الصفة؛ حيث تنتقل بهذه الميزة إلى ذمة الورثة، وهو ما أكده المفهوم المخالف لمقتضى نص الفصل 139 من ظهير الالتزامات، حيث ذكر هذا النص أسباب سقوط الأجل على سبيل الحصر، ولم يذكر معها الوفاة².

وفي هذه النتيجة ضرر بين بالدائن، إذ قد تحيط الديون الحالة بالتركة، ولا يبقى شيء لأصحاب الديون المؤجلة، والقانون قد جعل الوفاء في حدود ما تلقاه الورثة من خلفهم دون أن يمتد إلى ذمهم الخاصة هذا من جهة، ومن جهة أخرى لم يفرض كفيلاً أو رهناً كما هو الحال في أحد آراء الفقه الإسلامي. ومن ثم فهذه نتيجة منطقية لكل حكم ناتج عن التلفيق بين عدة منظومات قانونية، ذلك أن كل منظومة مهما كان حكمنا عليها هي مجموعة متكاملة في نظر معتنقيها، فإما أن تؤخذ كلية أو تترك كلية، أما التلفيق فيؤدي إلى نتائج متناقضة ومتعارضة، كما حدث للمشرع المغربي في هذه المسألة، التي حاول فيها الجمع بين أحكام الفقه الإسلامي و أحكام القانون الفرنسي، لذلك وجب إعادة النظر في هذه المسألة، فإما أن تلحق كلية بمدونة الأسرة المقتبسة من منظومة الفقه الإسلامي، وإما أن تلحق كلية بالأحكام المقتبسة عن القانون الفرنسي، رغم ما فيه من استلاب وتقليد للغير لكنه في النهاية أسلم من هذا التلفيق المتضارب.

رابعاً: القانون التونسي:

بالنسبة للقانون التونسي، فإنه حسب مجلة الأحوال الشخصية؛ فإن الديون لا تنتقل إلى ذمة الورثة، بل تبقى في التركة وتنفذ منها، وهذا ما يمكن أن يستخلص من الفصل 87، والتي حددت

المسؤولية المطلقة عن ديون مورثهم، لذلك كان هذا الحكم مناسباً، أما القانون المغربي فإنه حمل الورثة المسؤولية المحدودة (في نطاق التركة)، ومن ثم فهذا الحكم غير مناسب ولا منطقي. ينظر في هذه الفكرة: النصري فؤاد، المرجع السابق، ص 115. وإن كان يوجد في الفقه الحنبلي فكرة التخلي عن التركة، لكن لا أعتقد أن المشرع المغربي قد أخذ به، بل إنه تقليد للقانون الفرنسي، بدليل أن المذهب الرسمي للمملكة المغربية هو المذهب المالكي، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنه مناقض لما يوجد في المدونة.

¹ ينظر في فكرة الجمع بين أحكام الفقه الإسلامي والقانون الفرنسي؛ أحمد الخليلي، المرجع السابق، ص 118.

² أحمد الخليلي، المرجع السابق، ص 119.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

الحقوق المتعلقة بالتركة، ومنها الديون الثابتة في الذمة، وهذا الحكم مأخوذ من أحكام الفقه الإسلامي، وبالأخص المذهب المالكي باعتباره المذهب الرسمي للدولة التونسية. وهذا هو الرأي الذي أخذ به بعض الفقه، على اعتبار أن التركة بأصولها وخصومها تبقى على ملك الميت، كما استند هذا الرأي أيضا إلى ما ورد في الفصل 553 م.إ.ع¹.

أما حسب قانون الالتزامات؛ فإن المشرع التونسي قد اعتبر الورثة خلفا عاما يتلقون من مورثهم ذمته كاملة بأصولها وخصومها؛ أي إن ديون المورث تنتقل أيضا إلى ذمة الورثة، وإن كانوا يسألون عنها في حدود ما تلقوه من أصول كل حسب منابه، جاء في الفصل 196 أنه: "يوفي بالالتزام القابل للقسمة بين الدائن والمدين كما لو كان لا يقبل القسمة كما بالفصل 255². ولا اعتبار لقابلية القسمة إلا بالنسبة إلى المشتركين في الالتزام الذين ليس لهم أن يطلبوا خلاص دين يقبل القسمة إلا بقدر منابهم. وتجري هذه القاعدة على الورثة أي أنه ليس لهم أن يطلبوا ولا عليهم أن يؤدوا إلا بقدر منابهم فيما على مورثهم"³.

وفي الفصل 241 والمتعلق بتحديد أثر الالتزامات، جاء فيه أن: "الالتزامات لا تجري أحكامها على المتعاقدين فقط بل تجري أيضا على ورثتهم وعلى من ترتب له حق منهم ما لم يصرح بخلاف ذلك أو ينتج من طبيعة الالتزام بمقتضى العقد أو القانون، لكن لا يلزم الورثة إلا بقدر إرثهم وعلى نسبة مناباتهم.

¹ راجع هذا الرأي في: حاتم محمدي، المرجع السابق، ص142؛ حاتم بن عبد الحميد الرواتي، المرجع السابق، ص341 وما بعدها.

² جاء في الفصل 255 أنه: "ليس على الدائن قبول الأداء أقساطا إذا كان المدين واحدا ولو كان دينه قابل للقسمة إلا إذا وقع الاتفاق على خلاف ذلك أو كان الأداء بكميالات".

³ أمر علي مؤرخ في 15 ديسمبر 1906 المتعلق بإصدار مجلة الالتزامات والعقود، والمعدل بالقانون عدد 87 المؤرخ في 15 أوت 2005 . ينظر : الرائد الرسمي التونسي، ع68 ، صادر بتاريخ: 15 أوت 2005 ، ص 2395 .

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

فإن امتنعوا من قبول الإرث¹ فلا يلزمهم، ولا شيء عليهم من دين مورثهم وحينئذ لا يسع أصحاب الدين إلا تتبع مخلف المدين. وهذا الرأي الذي يظهر من أحكام مجلة الالتزامات والعقود هو ما ذهب إليه أغلب شراح وفقهاء القانون التونسي².

وما يمكن ملاحظته في هذا المقام أن هذا الرأي - الذي يظهر من مجلة الالتزامات والعقود - يبدو هو الآخر متأثراً بأحكام القانون الفرنسي، ولا أعتقد أنه متأثر ببعض ما جاء في الفقه الإسلامي³. وإذا كان القانون المغربي لم يعتبر الوفاة أحد موجبات سقوط الأجل في الدين؛ فإن القانون التونسي على خلاف هذا، حيث أخذ بما عليه جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية من اعتبار الوفاة سبباً في حلول الديون وسقوط الأجل، وهذا ما نص عليه في الفصل 150، والذي جاء فيه أن: "جميع التزامات المدين ولو لم يحل أجلها تعتبر حالة عند موته حقيقة أو حكماً".

وبهذا نلاحظ أن المشرع المغربي والمشرع التونسي قد اعتبرا الوارث خلفاً عاماً لمورثه في جميع ذمته المالية بأصولها وخصومها، وهذا تقليداً للقانون الفرنسي، على عكس المشرع الجزائري الذي اعتبر الوارث خلفاً لمورثه فيما له لا فيما عليه، وبذلك وافق أحكام الشريعة الإسلامية. أما مسألة الديون المؤجلة فلا المشرع الجزائري نص عليها ولا المشرع المغربي، وإنما نص عليها المشرع التونسي فقط، حيث اعتبر الوفاة - كما سبق بيان ذلك - سبباً في سقوط الأجل موافقاً بذلك جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية.

البند الثاني: طبيعة تعلق الديون بالتركة :

¹ مما هو معلوم أن الميراث في الشريعة الإسلامية هو نظام جبري، إذ ينتقل إلى الورثة بقوة الشرع لا باختيار الأفراد، وواضح من هذه الفقرة أن المشرع التونسي قد قلد المشرع الفرنسي في منح الوارث إمكانية رفض التركة، وهذا التقليد لا مبرر له؛ لأن المشرع التونسي قد حدد مسؤولية الورثة عن ديون مورثهم في حدود مناهم وما تلقوه من سلفهم، أما المشرع الفرنسي فحين أعطى الوارث خيار التخلي عن التركة فهو لم يحدد مسؤوليته عن ديون المورث.

² علي كحلون، المرجع السابق، ص 269، 270؛ حاتم محمدي، المرجع السابق، ص 144؛ حاتم بن عبد الحميد الرواتي، المرجع السابق، ص 354 ما بعدها.

³ وهذا ما ذهب إليه الأستاذان محمد شرفي وعلي المزغني، وإن كان الأستاذ حاتم محمدي ينفي هذا التأثير بالقانون الفرنسي. حاتم محمدي، المرجع السابق، هامش 419، ص 146.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

هذه المسألة لها تعلق وطيد بالتصرف في التركة قبل سداد الديون؛ ولذلك سنبحثها في النظريين الشرعي والقانوني، كما يأتي:

الفقرة الأولى: في النظر الشرعي:

اختلفت الأنظار الشرعية في تكيف تعلق الديون بالتركة، حيث يمكن إرجاع هذا الاختلاف وحصره في رأيين اثنين:

الرأي الأول : ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى القول بأن الديون تتعلق بالتركة كتعلق الرهن بالمرهون، ومن قال بهذا الرأي الحنفية، والشافعية في القول الأظهر، وهو رأي أكثرية الحنابلة، وبهذا الرأي أيضا قال الإمامية والإباضية.¹

و السؤال الذي يطرح هنا، هل الدين الذي كان قبل الوفاة دينا عاديا يتحول بسبب الوفاة إلى دين ممتاز (رهن) ؟ إن الذي صرح بهذا التحول هم الشافعية و الإباضية ، أما البقية، فقالوا: يشبه الرهن فقط، ولم يقولوا بأنه رهن حقيقة.

جاء في روضة الطالبين أن: " الديون التي على الميت، تتعلق بتركته قطعا.... . في كفيته قولان، ويقال وجهان... . وأظهرهما : كتعلق الديون بالمرهون، لأن الشارع إنما أثبت هذا التعلق نظرا للميت... " ² ، ومعنى هذا أن التعلق بعمل الشارع فكان رهنا شرعيا، وهو ما صرح به

¹ بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، دار الفكر بيروت، ط2، 1990، ج3، ص552؛ النووي، المصدر السابق، ج5، ص350؛ المرادوي، المصدر السابق، ج13، ص330؛ الطوسي، المصدر السابق، ج2، ص249؛ اطفيش، المصدر السابق، ج15، ص339.

² النووي، المصدر السابق، ج5، ص350.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

البحيرمي¹ على الخطيب، حيث جاء فيه: "... ولو كان الدين لوارث سقط منها (من التركة) بقدره فيكون للوارث، فلا يتعلق به الرهن الشرعي"².

أما في الفقه في الفقه الإباضي، فقد جاء في النيل: "... فإن الرهن بفعل أشد تعلقاً من الرهن الشرعي، وهو تعليق الديون بالتركة"³. يتبين من هذه النصوص أن تعلق الدين بالتركة هو عبارة عن رهن شرعي، إذا ثبت هذا فهل معناه أن الحق الشخصي قد انقلب بالوفاة إلى حق عيني تبعي؟ إن الإجابة عن هذا السؤال تقتضي التدقيق في النصوص الفقهية، لمعرفة حقيقة الرهن الشرعي، وما إذا كان ينطبق عليه وصف الرهن حقيقة أم لا؟ إن النظر في كتب الفقه يظهر منها أن الفقهاء يشترطون لقيام عقد الرهن وتكونه وجود شرط القبض، لكنهم في الرهن الشرعي لا يشترطون ذلك، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن الدين إذا كان يفوق التركة قدراً، وقام الوارث بسداده من ماله الخاص وفي حدود قيمة التركة؛ فإن التركة تنفك، بخلاف الرهن؛ فإنه لا ينفك إلا بتوفية كل الدين⁴. فأذا ثبت هذا فإنه يمكن القول: إن الرهن الشرعي هو أقل مرتبة من الرهن الجعلي، وإنما كان إطلاق الفقهاء من باب: "التشبيه في مطلق التعلق لا من كل وجه"⁵، وبالتالي فإن الدين المتعلق بالتركة لا يخرج من دائرة الدين العادي⁶، وواضح من هذا أن الفقهاء لا

¹ البحيرمي: هو سليمان بن محمد بن عمر البحيرمي الشافعي الأزهري ولد سنة 1131هـ، من مصنفاته حاشية على شرح المنهاج، وحاشية على الخطيب، توفي سنة 1221هـ. ينظر: عبد الرزاق الميداني الدمشقي، حلية البشر في تاريخ القرن الثالث عشر، تحقيق محمد بهجة البيطار، دار صادر، بيروت، ط1، 1993، ص 694، 695.

² البحيرمي، البحيرمي على الخطيب، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1996، ج3، ص382.

³ اطفيش، المصدر السابق، ج15، ص339.

⁴ المصدر نفسه، ج15، ص339؛ أحمد إبراهيم بك، التركة والحقوق المتعلقة بها والمواريث، مجلة القانون والاقتصاد، ج3، 1937، ص373.

⁵ البحيرمي، المصدر السابق، ج3، ص382.

⁶ جاء في عبارة البحيرمي قوله: " (ما به رهن) أي ويكون له تعلقان - يقصد الرهن - تعلق خاص وتعلق عام، وفائدة الثاني أن الرهن إذا لم يف به أي بالدين يراحم ما بقي له " وهذا يفهم منه أن الديون غير الموثقة برهن هي ديون عادية، ينظر: البحيرمي، المصدر السابق، ج3، ص382.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

يعتبرون لدائن التركة حقا عينيا في التركة، وإنما يعتبرون أن دين التركة يحمل أعيانها¹ باعتباره ديناً عينياً²، لا باعتباره ديناً ممتازاً: (أي موثقاً برهن)، ذلك أن التسمية الاصطلاحية لم تكن واضحة في الأذهان³.

الرأي الثاني : ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى تكييف مخالف لتكييف الرأي الأول، حيث قالوا بأن تعلق دين التركة بأعيانها كتعلق أرش الجناية برقبة العبد الجاني، ومعنى هذا الكلام أن العبد إذا ارتكب جنائية في حق إنسان أو أتلف ماله؛ فإن ضمان التعدي أو الإلتلاف يتعلق برقبة العبد، ولا يتعلق بذمة السيد ، حيث يباع على الرغم من سيده ، إلا إذا قام هذا الأخير بفدائه. وممن قال بهذا الرأي الشافعية في قول آخر، وبعض الحنابلة⁴. وبهذا يتأكد أن الفقهاء يعتبرون دين التركة ديناً عينياً لا حقا عينياً، وهو بذلك يلتقي مع ما ذكر في التكييف الأول، وبالتالي فإن ما ذكره البعض⁵ ، وما وجهه من انتقاد للشريعة الإسلامية، باعتبارها تجعل الوفاة سبباً في تحول الحق الشخصي إلى حق عيني، غير صحيح، بل الصحيح أنها ديون عينية كما سبق ذكره، وهي متعلقة بالتركة لضرورة تقلص الضمان العام.

الفقرة الثانية: في النظر القانوني:

ساد في الفقه الوضعي العربي عموماً، والمصري على وجه الخصوص خلاف حول تكييف الدين المتعلق بالتركة ويمكن إرجاع هذا الخلاف إلى ثلاثة آراء، كالاتي:

¹ المقصود بهذه العبارة: أن الديون تتعلق بمالية التركة لا بأعيانها، و بالتالي يمكن سدادها من غير التركة.

² الدين العيني هو دين على عين، حيث يشغل الذمة و لكن ضمانه ينحصر في عين معينة من عناصر الذمة فلا يوفي إلا منها ومن مآليتها، ينظر في هذا: عبد العزيز أبو غنيم، طبيعة حقوق الدائنين في التركة وأثرها في أحكام التركات وتصفية الديون ، دار مرجان، مصر، ط1، 1982 ، ص 49.

³ المرجع نفسه، ص113.

⁴ النووي، المصدر السابق، ج5، ص350؛ المرادوي ، المصدر السابق ، ج13، ص330.

⁵ هذا ما اعترض به أحمد عبد اللطيف بك ، وما اعتبره غير منطقي، انظر: أحمد عبد اللطيف بك ، مركز الوارث في القوانين المصرية، مجلة المحاماة، ع3 ، 1921، ص114.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

الأول: ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن حق الدائنين المقرر في الشريعة الإسلامية أشبه بحق الاختصاص أو الرهن على كل التركة، وهذا الحق ينتج بسبب واقعة الوفاة، ويترتب عليه حق التتبع في أي يد كانت، وهذا إذا كانت التركة مستغرقة، أما إذا كانت غير مستغرقة فيكون للدائن حق رهن عام بمقدار دينه.

وقد علل بعضهم هذا التحول وأرجعه إلى أمرين اثنين: الأول أن المورث بوفاته لم يعد قادرا على الاستدانة و بالتالي فإن ديونه قد انحصرت ولم تعد تقبل الزيادة. والأمر الثاني أن المورث بوفاته لم يعد قادرا على التصرف في أمواله، وبالتالي فأمواله لا تقبل النقصان¹، ومن ثم فهي كلها ضامنة لديونه المنحصرة، وباجتماع هذين السببين نتج عنه أن الديون المعينة بالذات قد تركزت في ضمان معين بالذات، وتلك هي معاني الحق العيني التبعي.²

ومن بين الذين قالوا بهذا الرأي³ : علي زكي العرابي⁴، و الدكتور عبد الحميد بدوي بك⁵، والدكتور عبد المنعم فرج الصده ، وهو الرأي الذي تبنته محكمة النقض المصرية في عهد التقنين القديم⁶ ، وإليه مال أحد القضاة التونسيين⁷.

¹ بل قد يدخلها النقصان وخطر تصرف الوارث كما يأتي بيان ذلك.

² عبد العزيز أبو غنيمة، المرجع السابق، ص127، 128.

³ علي زكي العرابي، المرجع السابق، ص10؛ عبد الحميد بدوي بك، مركز الوارث في القوانين المصرية، مجلة المحاماة، 4ع ، 1923، ص167؛ عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص29؛ عبد العزيز أبو غنيمة، المرجع السابق، ص129 ، 133.

⁴ علي زكي العرابي: هو علي زكي العرابي باشا قانوني مصري، ولد سنة 1883 ، ابتداء حياته محاميا، ثم شغل عدة وظائف سامية منها وزير المعارف ووزير المواصلات، وكذا رئيسا لمجلس الشيوخ، له عدة مؤلفات منها: القضاء الجنائي، الشفعة في القوانين المصرية، توفي بالقاهرة سنة 1956م. ينظر: الزركلي، المرجع السابق، ج4، ص289.

⁵ عبد الحميد بدوي بك: هو عبد الحميد بلوي ، عالم بالقضاء والتشريع، مصري من أعضاء مجمع اللغة العربية بالقاهرة، ولد سنة 1889، نال شهادة الحقوق سنة 1908 بالقاهرة، ثم الدكتوراه في القانون من فرنسا عام 1912. يعتبر واضع نظام مصر السياسي والتشريعي، شغل عدة مناصب سامية، منها وزيرا للمالية، وزيرا للخارجية، وقاضيا بمحكمة العدل الدولية، ونائب لرئيسها، توفي عام 1965م. ينظر: الزركلي، المرجع السابق، ج3، ص285.

⁶ عبد العزيز أبو غنيمة، المرجع السابق، ص129 ، 133.

⁷ هو القاضي الدكتور علي كحلون . ينظر كتابه : القانون العقاري الخاص، المرجع السابق، ص269، 270.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

الثاني: قالوا بأن حق الدائن في التركة هو حق شخصي، ذلك أنه في حياة المورث لم يكن به رهن، ولم يرتب هو هذا الحق، فكيف يكون له بعد وفاة المورث¹. وممن قال بهذا الرأي أحمد عبد اللطيف بك، وهذا ما يمكن أن نستنتجه من المحاضرة التي ألقاها بنادي المدارس العليا في القاهرة².

الثالث: ذهب هذا الرأي إلى تكييف حق دائن التركة على أساس أنه دين عيني، وليس حقا عينيا، ومعنى هذا الكلام، أن حق الدائن هو دين عادي وبالتالي لا يحتاج إلى قيده، لكنه دين عيني؛ أي متعلق بالتركة، وهذا ما يخول له حق المتابعة³، وقد ذهب إلى هذا الرأي الدكتور عبد العزيز أبو غنيمة⁴، وإلى مثل هذا الرأي يمكن حمل رأي أحد الباحثين التونسيين وهو الأستاذ محمد سعيد، حيث ذهب إلى أن ديون الهالك تستخلص من قيمة التركة لا من ذوات أعيانها، وسماها بنظرية الفصل القيمي؛ أي إن دائن الهالك ليس له حق خاص على الأموال التي تركها مدينه، وإنما له الحق في مطالبة الورثة بسداد ديونه في حدود قيمة المخلف، فإن امتنعوا كان له حق التنفيذ، سواء في أموالهم الخاصة أو المكتسبة بالميراث، وتقدم على الدائنين الشخصيين للورثة عند تزاممه معهم تطبيقا للفصل 533 من م.أ.ع⁵. وقد تبعه في هذا الرأي كل من الأستاذ حاتم محمدي⁶، والأستاذ حاتم بن عبد الحميد الرواتي⁷. وهذا الرأي فيه محاولة التوفيق بين الرأيين السابقين، فمن جهة أبقى على صفة التبع، ومن جهة أخرى اعتبره دينا عاديا وإن كان عينيا.

¹ عبد العزيز أبو غنيمة، المرجع السابق، ص 129، 133.

² أحمد عبد اللطيف بك، المرجع السابق، ص 114.

³ أثر صاحب هذا الرأي تسمية هذا الحق بحق المتابعة لا التبع تميزا له عن الحق العيني التبعي؛ لأن المتبع في الدين العيني هو دائن عادي ينظر: عبد العزيز أبو غنيمة، المرجع السابق، ص 301.

⁴ المرجع نفسه، ص 135 وما بعدها.

⁵ محمد سعيد، القسمة العقارية، أطروحة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، 2002، ص 186، نقلا عن حاتم بن عبد الحميد الرواتي، المرجع السابق، ص 354، 355.

⁶ حاتم محمدي، المرجع السابق، ص 144، 145.

⁷ حاتم بن عبد الحميد الرواتي، المرجع السابق، ص 355 وما بعدها.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

هذا هو التكييف المعطى لحق دائن التركة على المستوى الفقهي، أما على المستوى التشريعي؛ فلا نجد نصا يعتبر ديون التركة ديونا ممتازة، لا في القانون الجزائري ولا المغربي ، ولا التونسي، اللهم إلا ما نص عليه قانون الالتزامات و العقود المغربي من أن الديون الناشئة عن مصروفات مرض الموت هي ديون ممتازة¹ ، وهذا إلحاقا لها بمصروفات التجهيز ، وهذه الأخيرة لا خلاف في أنها تقدم على جميع الحقوق المتعلقة بالتركة، وبالتالي فإن ديون المتوفي في نظر هذه التشريعات تبقى في دائرة الديون العادية، ولا ترتقي إلى دائرة الديون الممتازة ؛ لأنه لا يوجد نص يجعلها كذلك.

¹ ينظر الفصل 1248 من ق.ل.ع.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

خلاصة الفصل: الموازنة بين النظريين: من خلال ما سبق يمكن استخلاص الآتي:

- تعتبر الذمة في النظر الشرعي أمرا مقدرا (مفترضا)، وهي في شق الالتزامات أوسع مدا منه في الجانب القانوني، إذ لا تقتصر على التكاليف والديون المالية فقط، بل تشمل أيضا التكاليف والديون العبادية، التي تربط العبد بربه، ذلك أن الفقه الإسلامي كما ينظم العلاقة بين البشر بعضهم ببعض ينظم العلاقة أيضا بين العبد وربه. أما في الجانب القانوني فهي ذات طبيعة مادية بحتة.
- يقترب الجانب الشرعي في أساس ثبوت الذمة من النظرية الشخصية في الفقه القانوني، لذلك رتب فقهاء الشريعة الإسلامية على الذمة الخصائص نفسها التي قال بها أصحاب هذه النظرية، من حيث ثبوتها لكل شخص وعدم تعددها وتجزئتها.
- إن الذمة في مفهوم الفقه الإسلامي حقيقية اعتبارية تتعلق بما الأموال الرمزية؛ أي التي ليس لها وجود في الخارج، أما الأموال التي ليس لها وجود في الخارج (الأعيان) فلا تتعلق ولا تثبت فيها، وهذا ناتج عن تفريقهم بين الدين والعين، فالعين فلا تثبت في الذمة، أما الدين فيثبت فيها، أما في المفهوم القانوني فالذمة المالية ذات شقين: شق إيجابي : يشمل الحقوق المالية للشخص، وشق سلبي يشمل الالتزامات والديون التي تثبت على الشخص، وإن كانت بعض التعاريف في الفقه الإسلامي يفهم منها هذا المعنى.
- إن النظر القانوني والشرعي يتفقان في المقصد من إيجاد الذمة، ذلك أن الفكر الفقهي والقانوني قد أوجدا هذه الفكرة المصطنعة تحقيقا لمقصد الضمان، وبذلك أمكن تجاوز فكرة الإكراه البدني، وكذا مشكلة تقييد التصرف المؤثر في الحركة الاقتصادية.
- لا يعتبر مركز الوارث في الشريعة الإسلامية امتداد لمركز المورث، ولا يحل محله في كل ماله وما عليه، بل يتلقى منه فقط الجانب الإيجابي، ويتلقى هذا الجانب بمجرد الوفاة عند جمهور الفقهاء؛ حيث تنتقل ملكية التركة إلى الوارث لحظة وفاة المورث. على أنه ثمة

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

رأي في الفقه الإسلامي يرى انتقال التركة بأصولها وخصومها إلى ذمة الوارث في حالة تصرفه في التركة .

أما على المستوى القانوني، فنجد أن المشرع الجزائري قد أخذ برأي جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية لذلك اتحد رأيه ما بين قانون الأسرة والقانون المدني. أما القانون المغربي والتونسي، فقد تضاربت أحكامهما وتناقضت، حيث إن القوانين المتعلقة بالأسرة قد أخذت بمذهب جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية، في حين ذهبت القوانين المتعلقة بالجانب المدني إلى الأخذ بالأحكام المقررة في القانون الفرنسي، من حيث اعتبار امتداد الذمة الوارثة للذمة المورثة فيما لها وما عليها.

الفصل الثاني: الأثر المترتب عن تصرف الوارث

بالباع أعيان التركة قبل سداد الدين

تبين من الفصل السابق أن التصرف في أعيان التركة قبل سداد الدين يعتبر من أهم النتائج المترتبة عن تحديد زمنية انتقال التركة، وقد أرجأت الحديث عنه إلى هذا الفصل، الذي سأتناول فيه بيان حكم التصرف، والأثر المترتب عن ذلك، وستركز الدراسة على عقد البيع وما يرجع إليه، باعتباره الإطار العام الذي يدور حوله موضوع البحث ككل، وما دامت الدراسة مقارنة، فسيكون المبحث الأول مخصصاً للنظر الشرعي، أما المبحث الثاني فسيكون مخصصاً للنظر القانوني.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

المبحث الأول: موقف النظر الشرعي

سيعنى هذا المبحث بدراسة موقف النظر الشرعي من التصرف في التركة قبل سداد الديون، ولذلك ستركز هذه الدراسة حول نوعين من التصرف؛ لارتباطهما وعلاقتهما بموضوع البحث ككل، النوع الأول: التصرف بالقسمة (المطلب الأول)، والنوع الثاني: التصرف بالبيع (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التصرف بالقسمة

ذكرت في التمهيد أعلاه أن البحث ستركز حول التصرف الذي له علاقة بالبيع؛ باعتباره الإطار الرئيس للبحث ككل، لذلك يثار التساؤل عن علاقة القسمة بالبيع؟ ، للإجابة عن هذا السؤال يتعين البحث عن طبيعة القسمة وتكييفها الفقهي (الفرع الأول)، وبعدها أوضح حكم التصرف بالقسمة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: طبيعة القسمة (أو تكييفها الفقهي):

اختلف الفقه في تكييف القسمة بين من يعتبرها إفراز حق، وبين من يعتبرها بيعاً، وفيما يلي بيان آراء الفقهاء في هذه المسألة.

البند الأول: تكييفها في المذاهب السنية الأربعة:

الفقرة الأولى : في المذهب الحنفي:

إن القسمة في المذهب الحنفي تتردد بين طبيعيتين، وهذا تبعاً لنوع المال، ففي المال المثلي فيه الوجهان: معنى الإفراز أو التمييز وهو الأظهر، ومعنى المبادلة أو البيع، أما في المال القيمي فيظهر فيه معنى المبادلة أو البيع.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

جاء في الاختيار لتعليل المختار في الفقه الحنفي : " ... ومعنى قسمة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - الغنائم أنه أفرزها وقطع الشركة فيها، وهذا المعنى مرعي في التبرع، إلا أنه تارة يقع إفرزا وتمييزا للأَنْصَبَاءِ، وتارة مبادلة و معاوضة.."¹.

وجاء في موضع آخر: "... أن القسمة تكون إفرزا وتكون مبادلة فنقول (معنى الإفرز فيما لا يتفاوت أظهر كالمكيل والموزون) وسائر المثليات... ولا يخلو عن معنى المبادلة أيضا، ... (ومعنى المبادلة أظهر فيما يتفاوت كالحیوان والعقار) وكل ما ليس بمثلي..."². وجاء في كتاب البنایة في شرح الهدایة ما يؤيد ويؤكد هذا الكلام³.

إذن: يتبين من هذه النقول أن القسمة في المذهب الحنفي تكيف على أنها إفرز وتمييز؛ أي ذات أثر كاشف للحق، وهذا التكيف أظهر في المثليات، كما تكيف أيضا على أنها مبادلة و معاوضة (بيعا)؛ أي ذات أثر منشئ للحق وناقل للملكية، وهذا التكيف يظهر بشكل جلي في القيميات، وإن كانت المثليات هي الأخرى لا تخلو من هذا التكيف، ولكن بدرجة أقل. وبهذا يتضح في المذهب الحنفي أن القسمة لها معنى البيع.

الفقرة الثانية: في المذهب المالكي:

جاء في كتاب الذخيرة في الفقه المالكي: " ... قال صاحب المقدمات: القسم إما أن يتبع في رقاب أو منافع، وقسم رقاب أموال ثلاثة: قرعة بعد التقويم، وتعديل ومرضاة بعد تعديل وتقويم، ومرضاة بغير تقويم وتعديل، ولكل صفة أحكام تخصها، فيخص الأول: إجبار الممتنع عنها عليها، وتختص بالجنس الواحد من العقار أو الحيوان أو العروض... ويخص الثانية: جوازها في الأجناس والمكيل الموزون لعدم القرعة إلا صنف يمتنع التفاضل فيه... وتختص الثالثة: بعدم الرجوع بالغبن مع جوازها في موارد الثانية؛ لأن التزام عدم التعديل رضا بالتفاوت، وهي بيع اتفاقا، ويحكم فيها

¹ عبد الله بن محمود بن مودود، الاختيار لتعليل المختار، تعليق الشيخ محمود أبو دقيقة، مطبعة الحلبي، القاهرة، دط، 1937، ج2، ص72.

² المصدر نفسه، ج2، ص73.

³ بدر الدين العيني، المصدر السابق، ج10، ص481.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

بحكم البيع في الاستحقاق والرد بالعيب وسائر الأحكام المتعلقة بالبيع، واختلف في الأولين، فالمشهور أنهما بيع... وقال سحنون¹ وابن حنبل تمييز حق، قال صاحب التنبهات : وهو الصحيح من مذهبنا وأقوال أئمتنا، وإن كان مالك أطلق عليها بيع، واضطرب فيها رأي ابن القاسم² " 3.

حيث يتضح من هذا الكلام أن قسمة القرعة تكيف في المذهب اتفاقا على أنها بيع، أما النوعان الآخران، وهما قسمة المراضاة بالتقويم، وقسمة المراضاة بغير تقويم ففيهما خلاف، فالمشهور أنهما بيع، وخالف سحنون؛ حيث عدتهما تمييز حق. أما في المدونة فجاء في بعض المواضع أن القسمة منها ما يعتبر بيعا، ومنها لا يعد كذلك⁴. وإن كان صاحب النيل وشفاء العليل قد ذكر أن القسمة عند الإمام مالك هي بيع من البيوع⁵.

إذن: يتضح من خلال هذه النقول أن تكيف القسمة على أنها بيع؛ أي ذات أثر ناقل للملكية ومنشئ للحق؛ له حضوره في المذهب المالكي.

الفقرة الثالثة: في المذهب الشافعي:

القسمة في المذهب الشافعي أيضا فيها خلاف بين اعتبارها ذات أثر كاشف (تمييز)، وبين اعتبارها ذات أثر منشئ و ناقل (بيع)، فقد جاء في المهذب: " إن كان في القسمة رد⁶ فهو بيع؛ لأن صاحب الرد بذل المال في مقابلة ما حصل له من حق شريكه عوضا، وإن لم يكن فيها رد

¹ سحنون: هو أبو سعيد سحنون بن حبيب التنوخي من أهل إفريقية (تونس)، واسمه عبد السلام أما سحنون فلقب، توفي رحمه الله سنة 240 هـ، وكان مولده سنة 160 هـ، وقيل سنة 161 هـ. ينظر: القاضي عياض، ترتيب المدارك، تحقيق سعيد أحمد عراب، مطبعة فضالة، المحمدية، المغرب، ط1، 1981، ج4، ص45 وما بعدها؛ ابن فرحون، المصدر السابق، ج2، ص39 وما بعدها.

² ابن القاسم: هو عبد الرحمان بن القاسم العتقي، من أجل أصحاب مالك، ولد عام 132 هـ، وقيل عام 128، توفي عام 191 هـ، وقيل عام 192 هـ ينظر: القاضي عياض، المصدر السابق، ج3، ص244 وما بعدها.

³ القرافي، الذخيرة، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994، ج7، ص196، 197.

⁴ مالك بن أنس، المدونة الكبرى برواية الإمام سحنون، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1994، ج4، ص271.

⁵ اطفيش، المصدر السابق، ج10، ص481.

⁶ الرد هو ما يرد أحد الشريكين؛ الذي حاز النصيب الأكبر في حالة عدم تعادل النصيبين، على صاحب النصيب الأقل.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

ففيه قولان: أحدهما أنها بيع؛ لأن كل جزء من المال مشترك بينهما، فإذا أخذ نصف الجميع فقد باع حقه بما حصل له من حق صاحبه، والقول الثاني أنها فرز النصيبين وتمييز الحقين؛ لأنها لو كانت بيعاً لم يجوز تعليقه على ما تخرج به القرعة؛ ولأنها لو كانت بيعاً لافتقرت إلى لفظ التمليك ولثبتت فيها الشفعة، ولما تقدر بقدر حقه كسائر البيوع، فإن قلنا إنها بيع لم يجوز فيما لا يجوز بيع بعضه ببعض كالرطب والعسل الذي انعقدت أجزاءه بالنار، وإن قلنا إنها فرز النصيبين جاز¹. وجاء في روضة الطالبين ما يؤكد هذا الكلام، حيث يقول صاحب الكتاب: "... إذا جرت القسمة بالتراضي بأن نصبا قاسماً، أو اقتسما بأنفسهما، ثم ادعى أحدهما غلطا، فإن لم يعتبر الرضا بعد خروج القرعة، فالحكم كما لو ادعى الغلط في قسمة الإجماع، وإن اعتبرناه وتراضيا بعد خروج القرعة، فإن قلنا: القسمة إفراز، فالإفراز لا يتحقق مع التفاوت، فتتقض القسمة إن قامت به بينة، ويحلف الخصم إن لم تقم، وإن قلنا القسمة بيع، فوجهان..."².

حيث نلاحظ من هذين النقلين أنه ثمة رأيين في المذهب الشافعي في قضية تكييف القسمة، فالرأي الأول يرى إنها تمييز وإفراز حق وليست بيعاً؛ أي إنها ذات أثر كاشف فقط للحق، أما الرأي الثاني فيرى أنها بيع؛ أي ذات أثر منشئ وناقل للملكية، وبذا نجد أن تكييف القسمة على أساس أنها بيع هو الآخر موجود في المذهب الشافعي.

الفقرة الرابعة: في المذهب الحنبلي:

اختلف المذهب الحنبلي أيضاً في تكييف القسمة بين من يعتبرها إفراز حق وتمييز، وبين من يعتبرها بيعاً، ومما يدل على ذلك ما جاء في كتاب الإنصاف، حيث يقول مؤلفه: "... فإن كان المشترك مثلياً في قسمة الإجماع، وهو المكيل والموزون، فهل يجوز للشريك أخذ قدر حقه بدون

¹ الشيرازي، المهذب، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، دت، ج3، ص405.

² النووي، المصدر السابق، ج11، ص231.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

إذن الحاكم إذا امتنع الآخر أو غاب؟ على وجهين، أحدهما الجواز... و الثاني المنع...؛ لأن القسمة تختلف في كونها بيعاً...¹.

وجاء في الشرح الكبير ما يعضد هذا المعنى، حيث يقول صاحبه: " (وهذه القسمة إفراز حق أحدهما من الآخر وليست بيعاً) وهذا أحد قولي الشافعي، وفي الآخر. هي بيع، وحكي ذلك عن عبد الله بن بطة²؛ لأنه يبدل نصيبه من أحد السهمين بنصيب صاحبه من السهم الآخر، وهذا حقيقة البيع.³"

وجاء في كتاب القواعد، في القاعدة التاسعة عشر أن: " القسمة هل هي إفراز أم بيع، المذهب أن القسمة إجبار، وهي ما لا يحصل فيه رد عوض من أحد الشريكين ولا ضرر عليه إفراز لا بيع، وذهب ابن بطة إلى أنها كالبيع في أحكامه، و حكى الآمدي⁴ روايتين...⁵."

نلاحظ من خلال هذه النقول من الكتب المعتمدة في المذهب الحنبلي، أن فقهاء هذا المذهب هم بدورهم قد اختلفوا في تكييف القسمة بين اعتبارها إفراز حق واعتبارها بيعاً، وإن كان الرأي الراجح اعتبارها إفرازا، إلا أن الرأي الآخر معتبر وله حضوره؛ لذلك بنوا على هذا الخلاف فوائد كثيرة، كما ذكر ذلك صاحب القواعد⁶. وبذا نجد تكييف القسمة على أساس أنها بيع هو الآخر له وجوده في المذهب الحنبلي، وإن كان رأياً مرجوحاً إلا أنه موجود ومعتبر.

¹ المرادوي، المصدر السابق، ج29، ص74.

² أبو عبد الله بن بطة: هو عبيد الله بن محمد بن محمد أبو عبد الله العكبري المعروف بابن بطة، ولد سنة 304هـ، وتوفي سنة 387هـ. ينظر: أبو يعلى، طبقات الحنابلة، تحقيق محمد حامد الفقي، دار المعرفة، بيروت، دط، ج2، ص 144 وما بعدها

³ شمس الدين بن قدامة، الشرح الكبير (بهامش المنع)، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، هجر للطباعة، السعودية، ط1، 1996، ص76، 77.

⁴ الآمدي: أبو الحسن علي بن أبي علي الملقب بسيف الدين الآمدي، فقيه أصولي، تفقه في المذهب الحنبلي في بدايته، ثم انتقل إلى المذهب الشافعي، ولد سنة 551هـ، وتوفي سنة 631هـ. ينظر: ابن خلكان، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تحقيق إحسان عباس، دار صادر، بيروت، دط، 1990، ج3، ص293، 294.

⁵ ابن رجب الحنبلي، المصدر السابق، ص412.

⁶ ينظر في هذه الفوائد المخرجة على هذا التكييف: المصدر نفسه، ص412 وما بعدها.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

البند الثاني: تكييف القسمة في المذاهب الأخرى:

في هذا الفرع سأبحث عن تكييف القسمة ومدى اعتبارها بيعاً، وهذا في المذهب الظاهري، والإباضي، والجعفري الإمامي.

الفقرة الأولى: في المذهب الظاهري:

تعتبر القسمة في المذهب الظاهري إفرار حق وتمييز، وليساً بيعاً قولاً واحداً، وهذا ما ذكره العلامة ابن حزم¹ في المحلى؛ حيث يقول: "ويقسم كل ما لا يحل بيعه إذا حل ملكه كالكلاب والسنانير والثمر قبل أن يبدو صلاحه، وغير ذلك كل ذلك بالمساواة والمماثلة؛ لأن القسمة تميز حق كل واحد وتخليصه، وليس بيعاً، ولو كانت بيعاً لما جاز أن تأخذ بنت ديناراً والابن دينارين...."².

وهذا الكلام وإن كان واضحاً في اعتبار القسمة في المذهب الظاهري تمييز حق لا بيع؛ إلا أنه يفهم منه أن المسألة خلافية، والخلاف معتبر، وإلا لما احتيج للاستدلال على الرأي الراجح في نظره، و تفنيد الرأي المخالف.

الفقرة الثانية: في المذهب الإباضي

تعتبر مسألة تكييف القسمة بين أثر منشئ وناقل، أو كاشف مسألة خلافية في المذهب الإباضي، حيث جاء في كتاب النيل ما مفاده أن: "... قسمة المراضاة كالبيع يجوز فيها ما يجوز في البيع، ويلزم فيه..."³. وفي موضع آخر قال: "وأما قسمة القرعة فقبل بيع، والصحيح أنها تميز

¹ ابن حزم: هو أبو محمد بن أحمد بن سعيد بن حزم، ولد بقرطبة عام 348هـ، كان في أوله شافعي المذهب، ثم انتقل إلى مذهب أهل الظاهر، برع في علوم حجة، وله مصنفات عديدة، منها؛ المحلى بالآثار، الإحكام لأصول الأحكام... توفي رحمه الله سنة 456هـ. ينظر، ابن خلكان، المصدر السابق، ج3، ص325 وما بعدها.

² ابن حزم، المصدر السابق، ج8، ص133.

³ اطفيش، المصدر السابق، ج10، ص480.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

حق وهو مذهبنا ومذهب جمهور المالكية...¹. بهذا نرى أنه ثمة من يعتبر القسمة في المذهب الإباضي بيعاً، وإن لم يكن هو الرأي الراجح والصحيح في المذهب.

الفقرة الثالثة : في المذهب الجعفري الإمامي

يبدو أن مسألة تكييف القسمة هي الأخرى مسألة خلافية في المذهب الجعفري، وهذا ما يمكن أن نستشفه مما جاء في كتاب المبسوط، حيث يقول المؤلف بعد أن ذكر حكم بيع التركة المحملة بالديون أنه: "... فإذا ثبت هذا فمن قال القسمة إفراز حق كانت صحيحة، وإذا قيل بيع فعلى قولين، ومذهبنا أن القسمة إفراز حق وليست بيعاً...² فمن هذا النقل يتضح أن القسمة في المذهب الجعفري مسألة خلافية، حيث يوجد رأي يكييفها على أنها بيع، وإن لم يكن هو الرأي الراجح والصحيح في المذهب.

وبالإجمال، وكما سبق عرضه في مختلف الأقوال الفقهية تبين أن تكييف القسمة بين اعتبارها إفراز حق أو بيع، هو مسألة خلافية في أغلب المذاهب الفقهية، وتبين أن اعتبارها بيعاً هو رأي معتد به في الفقه؛ إذ إن كثيراً من الفقهاء قد بنوا وخرجوا على هذا الخلاف فروعاً وفوائد فقهية جمّة، كان الحكم فيها تبعاً لاختلاف التكييف المعطى للقسمة.

وعلى هذا الأساس، وبناء على هذا الرأي الذي يعتبر القسمة بيعاً؛ وبما أن الإطار العام الذي يبحث فيه الموضوع هو دائرة البيوع؛ لذلك أدرجت القسمة ضمن هذا البحث بناء على هذا التكييف الذي يدرجها ضمن زمرة البيوع.

الفرع الثاني: بيان حكم التصرف بالقسمة

بعد أن عرفنا في الفرع السابق طبيعة القسمة من الناحية الفقهية، وتبين أن بعضهم يكييفها على أنها بيع، سنتناول في هذا الفرع بيان حكم التصرف بالقسمة قبل سداد الديون والأثر الناتج عن ذلك، وذلك ببيان حكم كل مذهب على حده.

¹ المصدر نفسه، ج10، ص480.

² الطوسي، المصدر السابق، ج8، ص143.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

البند الأول: حكم التصرف في المذاهب السنية الأربعة:

الفقرة الأولى: في المذهب الحنفي:

تبين في الفصل السابق أن التركة المستغرقة بالديون لا تنتقل ملكيتها - وفق المذهب الحنفي - إلى الورثة، إذ تبقى على حكم ملك المورث، ولهذا يعتبر تصرف الورثة فيها بالقسمة من باب التصرف في ملك الغير، وبالتالي تكون القسمة غير صحيحة، يجوز لكل دائن التمسك بنقضها وإبطالها، ولا فرق بين علم الورثة بالدين أم لا، والسبب أنهم لا يملكونها، ومن شروط صحة القسمة ونفاذها وقوعها بين الشركاء، وهم لا يملكونها. أما التركة غير المستغرقة، فقد سبق بيان أن فيها خلافاً في انتقالها للورثة من عدمه، ولذلك كان الأصل فيمن يرى انتقال الملكية للورثة أن تكون القسمة صحيحة لوقوعها من المالك؛ لكنهم اعتبروها غير صحيحة، والسبب راجح لتعلق حق الدائن بجميع أعيان التركة، إذ له الحق في التنفيذ على أي عين يجدها عند الوارث ويقتضي منها حقه، وسبيل ذلك أن تباع ويسدد منها الدين، وإذا حدث هذا زال أساس القسمة وهو الإفراز، ومن هنا لم يجوز للورثة إبقاء ما يفي الدين واقتسام الباقي، وهذا هو الرأي الصحيح في المذهب¹.

لكن ورد في الفتاوى الهندية أن إبقاء جزء من التركة لإيفاء الدين واقتسام الباقي، في حالة عدم استغراق التركة، أنه لا يجوز قياساً (أي طبقاً للقواعد العامة)؛ لكن أبا حنيفة - خلافاً للصاحبين - جوز ذلك استحساناً²، وهو ما ينسجم مع القول بانتقال التركة للورثة في حالة عدم الاستغراق.

هذا وقد ذكر الحنفية أنه في حالة ما إذا كان الدائن غائباً، وطلب من القاضي القسمة، وقد كان الدين غير مستغرق للتركة؛ فإنه يوقف نصيب من التركة قدر الدين ويقسم الباقي

¹ علي الخفيف، مدى تعلق الديون بالتركة، المرجع السابق، ص178، 179.

² نظام الدين البلخي وآخرون، الفتاوى الهندية، دار الفكر، بيروت، ط2، 1310هـ، ج5، ص221؛ القياس يقتضي عدم الجواز؛ إذ الضمان لا يتجزأ؛ لأنه متعلق بكل جزء من أجزاء التركة كتعلق المرهون، لكنه استحساناً يجوز ذلك رفعا للخرج عن الناس ودفعاً للمشقة؛ إذ لا تكاد تركة تخلو عن دين قليل. الزيلعي، المصدر السابق، ج5، ص52.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

استحسانا، كما سبق بيانه، لكن مع أخذ الكفيل، وهذا عند الصاحبين خلافا لأبي حنيفة¹. ولعل أخذ الكفيل مرده تعزيز الضمان، خصوصا عند هلاك القدر المتروك من المال، أو نقصه عن الوفاء، وبالتالي يسهل عملية الوفاء، دون أن تنقض القسمة.

وبالإجمال فإن فقهاء المذهب الحنفي قد راعوا حق الدائن، في عدم صحة القسمة وجواز نقضها، لكن قالوا بأنه في حالة تنازل الغرماء عن ديونهم وإبراء التركة تصح القسمة وتنفذ، وكذلك إن قام الورثة بالسداد من أموالهم الخاصة، أو قام أحد الورثة بالسداد تبرعا؛ فإن القسمة في كل هذه الحالات تصبح صحيحة ونافذة، كما تنفذ و تصح أيضا إذا أجازها الدائنون². والذي يظهر من خلال ما سبق عرضه من أقوال الحنفية أن قولهم يدور حول اعتبار القسمة قبل سداد الديون صحيحة غير نافذة أي موقوفة؛ فإن سدد الدين، أو قام الغرماء بإبراء المتوفي من جميع الديون، أو أجازوها³ نفذت وأنتجت آثارها، وإلا نقضت وأبطلت، وبهذا يمكن الجمع بين أقوال الحنفية من أن القسمة قبل سداد الديون باطلة ابتداء، صحيحة نافذة انتهاء إذا ما سويت الديون؛ لأنه لا يمكن تفسير ذلك إلا على اعتبارها صحيحة ابتداء لكنها غير نافذة (أي موقوفة)، ولا يمكن اعتبارها باطلة، إذ لا يعقل أن ينقلب الباطل إلى صحيح.

وكخلاصة عامة فإن التصرف بالقسمة قبل الدين لا تصح ولا تنفذ، كقاعدة عامة في المذهب الحنفي، سواء أكان الدين محيطا بالتركة أم لا، وسواء أعلموا بالدين أم لم يعلموا، لأن

¹ شهاب الدين الشلبي، حاشية الشلبي (بهامش تبين الحقائق)، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، ط1، 1313هـ، ج5، ص275.

² علي الخفيف، مدى تعلق الديون بالتركة، المرجع السابق، ص180.

³ إذا لم تكن الإجازة إسقاطا للدين وإبراء لذمة الميت، فإن للدائنين حق إبطال القسمة بعد هذه الإجازة، ولا تعتبر مانعا من ذلك، بل تكون ملغاة، وهذا ما ذكره السرخسي في مبسوطه، حيث جاء فيه: "ألا ترى أن الدين لو كان لغيره فأجاز الغريم القسمة كان ذلك باطلا، وكان له حق أن يبطل القسمة، فكذلك الوارث إذا كان هو الغريم، ومعنى هذا أنه لا يعتبر بإجازة الغريم في القسمة؛ لأن المانع من نفوذها قيام دينه، وذلك لا يختلف بإجازته وعدم إجازته"، السرخسي، المصدر السابق، ج15، ص62. وهو ما نقله أيضا علي الخفيف عن صاحب الذخيرة، حيث ذكر أن للغريم إبطال القسمة بعد إجازتها. ينظر: علي الخفيف، مدى تعلق الديون بالتركة، المرجع السابق، ص180.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

التركة غير مملوكة للورثة، ومن جهة أخرى لعدم جواز تجزؤ الضمان، لكنهم أجازوها في حالة عدم الاستغراق استحساناً، دفعا ورفعاً للحرص عن الناس.

الفقرة الثانية: في المذهب المالكي:

تبين في الفصل السابق أن المذهب المالكي يرى عدم ملكية الورثة لأعيان التركة قبل سداد الديون، بل تبقى على حكم ملك الميت حتى توفي عنه الديون، لذلك كان الأصل عندهم عدم جواز التصرف في التركة لانعدام الملكية؛ لكن فقهاء المذهب المالكي اختلفوا في التصرف بالقسمة، ونتج عن هذا الاختلاف ثلاث أقوال:

القول الأول: أن قسمة التركة بين الورثة غير صحيحة، وبالتالي تنقض، وهذا مراعاة لحق الله تعالى، لقوله: ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ [النساء 12]¹، ولكن هذا الرأي غريب، ووجه الغرابة فيه، مسألة الارتباط بين حق الله وحق العباد، فالديون من حقوق العباد، وهذا الرأي يبدو أنه مرجوح في المذهب².

القول الثاني: أن القسمة قبل سداد الدين صحيحة، لكنها غير لازمة؛ أي إنها موقوفة النفاذ على سداد الدين؛ لتعلقه بأعيان التركة، فإذا انقضى هذا التعلق لزمّت ونفذت، فلو أن الورثة اقتسموا التركة المدينة، ثم أدوا الدين جميعاً صحت القسمة ومضت، وكذا لو أدى عنهم أحد الورثة، أو قام الدائنون بالتنازل عنه، أو ترك الورثة ما يفي الدين واقتسموا الباقي، ففي جميع هذه الحالات تصح القسمة وتلزم.

¹ ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، دط، 2004، ج4، ص54؛ ابن رشد (الجد)، البيان والتحصيل، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، 1988، ج12، ص134.

² هو قول مالك في رواية أشهب عنه، وسبب ضعفه أن ابن رشد الحفيد قد أورده بصيغة التمريض "قبيل" وهي صيغة تدل على الضعف.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

ومن هنا يتبين ضعف القول الأول، وعدم رجاحته في المذهب، إذ لو كان الدين المتعلق بالتركة فيه حق الله؛ لما صحت كل هذه الحالات، وفي هذا يقول الإمام اللخمي¹: "إن القول بفساد القسمة بسبب طرود دين خارج عن الأصول، وإنما المعروف هو صحة القسمة، ولكن يتعلق بما حق الدائنين، ألا ترى أنه لو رضي الدائنون أن يلتزمه الورثة في ذمتهم ويتقاسموا التركة جازت قسمتهم، ولو كان النهي لحق الله تعالى لم يجز، ولم يؤثر رضاهم، فكل موضع يجوز فيه التراخي ممن له حق فيؤثر أثره لا يوصف بالفساد عند عدمه؛ لأن الفاسد ما يتعلق به حق الله تعالى كالربا، فلا يجوز بالتراخي عليه".²

وهذا الرأي الثاني هو قول بن القاسم، وهو المشهور في المذهب.³

القول الثالث: يفرق أصحاب هذا القول بين المال القيمي والمال المثلي أو العين؛ فإن كان الأول: أي القيمي (دار، أو سيارة، أو بنيان...) ففي هذه الحالة القسمة صحيحة غير لازمة؛ أي إنها متوقفة على سداد الدين، فإن سدد نفدت ومضت، وإلا فسخت، وهو مثل القول الثاني السابق ذكره. أما إذا كان المال المتروك مثليا (وهو ما تماثلت أجزاؤه وتساوت)، أو كان عينيا (الذهب والفضة) فالقسمة في هذه الحالة صحيحة لازمة، ولا تنقص، والسبب في هذا التفريق أنه في الحالة الأولى أداء الدين منها يذهب بالإفراز المطلوب، أما في الحالة الثانية، فللدائن أن يرجع على الورثة، كل بمقدار نصيبه من الدين؛ وهذا لا يجلب بالإفراز ولا يآثر القسمة، لذلك نشأت صحيحة لازمة؛ إذ لا فائدة من نقضها⁴.

¹ اللخمي: هو أبو الحسن علي بن محمد الربيعي، قيرواني الأصل، له تعليق كبير على المدونة سماه التبصرة، توفي عام 478هـ. ينظر: القاضي عياض، المصدر السابق، ج8، ص109.

² المواق، المصدر السابق، ج7، ص430

³ ابن رشد (الجلد)، المصدر السابق، ج12، ص134؛ ابن رشد (الحفيد)، المصدر السابق، ج2، ص271.

⁴ الآبي، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، المكتبة الثقافية، بيروت، دط، دت، ج3، ص170؛ علي الخفيف، مدى تعلق الحقوق بالتركة، المرجع السابق، ص185.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

هذا ونلاحظ في حالة ما إذا كان الورثة لا يعلمون بالدين وقاموا بالتصرف في التركة بالقسمة، فإن أعسر أحد الورثة، كان نصيبه ديناً في ذمته، ولا يتحمله بقية الورثة غير المعسرين، وأما إن كانوا يعلمون بالدين، ومع ذلك اقتسموا التركة؛ فإن الدائن يرجع بما على المعسر على غير المعسر¹.

وخلاصة القول فإن القسمة قبل سداد الدين في المذهب المالكي تعتبر صحيحة غير لازمة على وجه العموم؛ لأن ملكهم لأعيانها غير مستقر؛ بسبب مانع الدين، فإذا زال استقر ملكهم وصحت القسمة ولزمت بأثر رجعي إلى تاريخ وقوعها، أما إن بقي الدين قائماً وامتنع الورثة عن أدائه؛ فإن القسمة تنقض، وينفذ الدين في أعيانها.

الفقرة الثالثة : المذهب الشافعي:

سبق وأن تبين في الفصل السابق أن الدين؛ وفق المذهب الشافعي؛ لا يمنع انتقال التركة؛ أي إن الورثة يملكون التركة بمجرد الوفاة، وهذا يعني أنهم إن اقتسموا التركة فقد اقتسموا ما يملكون، ولكن طالما أنهم اعتبروا الدين يتعلق بالتركة تعلقه بالشيء بالمرهون، فهذا ما يجعل الحكم يتبع هذا الأساس؛ لذلك قالوا بعدم جواز قسمة التركة قبل سداد الدين؛ نتيجة لهذا التعلق الذي يرهن كل جزء من أعيان التركة، ولا فرق في كونها مستغرقة أو لا، لكن إن قام الورثة بالدفع، أو أبرأ الدائنون المتوفي صحت القسمة ونفذت². إن هذا الكلام مؤداه أن القسمة قبل سداد الدين صحيحة غير لازمة؛ أي موقوفة النفاذ، وهذا هو الأولى من اعتبارها غير صحيحة ثم تنقلب صحيحة بسداد الدين.

هذا وقد خرج جمهرة من فقهاء المذهب هذه المسألة على التكييف المعطى للقسمة³، حيث يبنون عليها قولان: الأول: صحة القسمة؛ لكونها إفراز حق، الثاني: مبني على بيع التركة، فإن

¹ المصدر نفسه، ج3، ص170.

² الروياني، بحر المذهب، تحقيق أحمد عزو عناية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 2002، ج12، ص49؛ محمد نجيب المطيعي، تكملة المجموع النووي، مكتبة الإرشاد، جدة، ط2، دت، ج12، ص467.

³ راجع تكييف القسمة في المذهب الشافعي في هذا البحث.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الدين

كان البيع صحيحا فالقسمة كذلك، وإن كان البيع غير صحيح فالقسمة غير صحيحة كذلك. وفي كل فإن صحة القسمة مرهونة بقضاء الورثة الدين، فإن لم يسددوه نقضت القسمة¹. وخلاصة - لما سبق ذكره - فإن القسمة قبل سداد الدين في المذهب الشافعي مبنية على أمرين اثنين الأول: تكييف القسمة، والثاني: سداد الدين؛ فإن كيفت على أنها إفراز حق صحت بشرط أن يسدد الورثة الدين، وإلا نقضت، وإن كيفت على أنها بيع خضعت لأحكام هذا الأخير².

الفقرة الرابعة: المذهب الحنبلي:

التركة وفق الرواية الراجحة في المذهب الحنبلي؛ تنتقل بمجرد الوفاة مباشرة إلى الورثة، كما سبق بيان ذلك؛ وعليه فإذا اقتسم الورثة التركة قبل سداد الدين، فالأصل أنه تصرف صحيح؛ لأنه صادر عن مالك، غير أن الرجوع إلى كتب المذهب المعتمدة، والنظر في الفروع المتعلقة بالمسألة، نجد أنها تبني على أصل آخر؛ إضافة إلى الأصل السابق، وهذا الأصل هو التكييف المعطى للقسمة، إذ بناء عليه تتحدد صحة القسمة من عدمها. فقد تبين في الفرع السابق أن القسمة في المذهب الحنبلي تتأرجح بين اعتبارها إفراز حق أو بيع³، وعليه فإذا اعتبرت القسمة تمييز حق، كان هذا التصرف، قبل سداد الدين، صحيحا، لكن بشرط أن يضمن الورثة الوفاء بالدين، وإلا أبطلت وبيعت التركة في هذا الدين. أما إذا اعتبرت بيعا وكيفت على هذا الأساس؛ فإن تصرف الورثة بالقسمة قبل سداد الدين يخضع لأحكام بيع التركة، وفيه وجهان، وسيأتي بيان ذلك في حينه. وفي هذا يقول صاحب المقنع: "وإذا اقتسم الورثة العقار، ثم ظهر على الميت دين، فإن قلنا هي إفراز حق لم تبطل القسمة، وإن قلنا هي بيع انبنى على بيع التركة قبل قضاء الدين

¹ النووي، المصدر السابق، ج11، ص231؛ الروباني، المصدر السابق، ج12، ص49؛ محمد نجيب المطيعي، المصدر السابق، ج22، ص453.

² راجع أحكام التصرف بالبيع في هذا الفصل.

³ راجع تكييف الحنابلة للقسمة في هذا المبحث.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

هل يجوز؟ على وجهين.¹ بهذا نرى أن المذهب الحنبلي يقارب المذهب الشافعي، في تخريجه لهذه المسألة على التكييف المعطى للقسمة.

البند الثاني: حكم التصرف بالقسمة في المذاهب الأخرى الفقرة الأولى: في المذهب الظاهري:

لم أجد في كتب المذهب الظاهري - في حدود اطلاعي - ما يدل على موقف المذهب من التصرف بالقسمة في التركة قبل سداد الديون، لكن حسب أصول المذهب، وما يعرف عن ابن حزم من تعامله الصارم مع ظواهر النصوص، وباعتبار أن حقوق الورثة تكون بعد الديون والوصية حسب النص القرآني؛ لذلك يمكن القول ببناء على هذا أن التصرف بالقسمة في التركة قبل سداد الديون يعد باطلاً وفقاً لهذا المذهب، خصوصاً وأنه يقدم ديون الغرماء حتى على تجهيز الميت، إذ المال أصبح ملكاً للغرماء بنص القرآن²؛ لذلك فإن إبطال قسمة الورثة للمال المتروك، وعدم إجازته من باب أولى.

الفقرة الثانية: المذهب الإباضي

تبين سابقاً أن التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد وفاة المورث، وهذا في الرأي الراجح في المذهب، لذا يمكن القول بأن قسمة الورثة للتركة قبل سداد الدين الأصل أن يعتبر تصرفاً صحيحاً؛ لأنه وقع من مالك، لكن وبما أنهم اعتبروا تعلق الدين بالتركة كتعلق الدين بالمرهون كما سبق بيانه وهو ما سموه بالرهن الشرعي، حيث تجس التركة عن الورثة حتى يوفوا الدين؛ لهذا قالوا إن القسمة إذا وقعت قبل سداد الدين؛ فإنها تفسخ وتنقض لاشتمالها على ما ليس لهم، وهو حق الدائن³. وهذا الكلام إلى هذا الحد مقبول ويتمشى مع الأصل الذي قرروه؛ لكن الذي لا يفهم،

¹ ابن قدامة، المقنع، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، دار هجر للطباعة، السعودية، ط1، 1995، ج29، ص109. وينظر في هذه المسألة أيضاً، شمس الدين ابن قدامة، المصدر السابق، ج29، ص109 وما بعدها؛ المرادوي، المصدر السابق، ج29، ص109 وما بعدها؛ ابن رجب الحنبلي، المصدر السابق، ص414.

² ينظر: ابن حزم، المصدر السابق، ج9، ص253، 254.

³ ينظر في هذا المعنى: اطفيش، المصدر السابق، ج10، ص638، 639.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

وهو أمر غريب نوعاً ما، حيث قالوا: إن إجازة صاحب الدين للقسمة، وعدم سعيه لنقضها، أو تنازله عن حقه، أو إذا ترك الورثة مقدار ما يوفي الدين وقسموا الباقي، فالقسمة رغم هذا تنفسخ وتنقض¹، رغم أن السبب الذي لأجله فسخت القسمة، وهو الدين قد زال، فلماذا تنفسخ إذن؟! لهذا ذهب البعض، إلى تصحيح القسمة وعدم نقضها، في هذه الحالة إذا زال المانع، رغم أنه رأي مرجوح²، إلا أنه جدير بالتأييد.

الفقرة الثالثة : المذهب الجعفري الإمامي

نلاحظ أن المذهب الجعفري الإمامي، قد بنى قسمة التركة المدينة على التكييف المعطى لها؛ أي للقسمة، فقد سبق بيان أن القسمة في المذهب الجعفري، منهم من اعتبرها إفراز حق، ومنهم من اعتبرها بيعاً، لذلك فإن من قال بأن القسمة إفراز حق، اعتبر القسمة قبل سداد الدين صحيحة، أما من قال إنها بيع، فثمة قولان كما سيأتي بيانه. غير أن من قال بصحة القسمة، فقد قيد ذلك بقيام الوارث بتسديد الدين، وإلا نقضت القسمة وقضي منها الدين³. و بهذا نرى أن المذهب الجعفري يقارب في هذه المسألة المذهب الشافعي والحنبلي.

وكخلاصة عامة فإن القسمة قبل سداد الدين نجدها صحيحة في أشهر الأقوال في المذهب المالكي، وعند الحنابلة والشافعية والإمامية في قول، سواء أكان الدين محيطاً بالتركة أم لا، وبالتالي فعلى الورثة تنفيذها والتقيد بها، ما لم يعترض الدائنون عليها، ويجوز بذلك إلزام الممتنع وإجباره طالما أنها صحيحة وفقاً لهذا الرأي.

أما عند الحنفية والإباضية والظاهرية، وقول ثاني في المذهب الحنبلي والشافعي والإمامي فهي غير صحيحة، وبالتالي لا يمكن إجبار الممتنع على تنفيذها، طالما أنها غير صحيحة، اللهم إلا إذا زال المانع وهو الدين بسبب من الأسباب، فهنا تلزم الجميع، وليس للممتنع أن ينقضها.

¹ ينظر في هذا المعنى: المصدر نفسه، ج10، ص638.

² أورده صاحب شرح النيل بصيغة "قيل" ومما هو معلوم أن هذه اللفظة تدل على التمريض والضعف. ينظر: اطفيش، المصدر السابق، ج10، ص638.

³ الطوسي، المصدر السابق، ج8، ص143.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

المطلب الثاني: التصرف بالبيع في التركة المدينة:

سأتناول في هذا المطلب باعتباره الجزء الأهم في البحث، تصرف الورثة في التركة بالبيع، وهذا قبل سداد ما عليها من ديون، حيث سأحاول تتبع أحكامه في المذاهب الفقهية المعتمدة لإبراز حكم هذا البيع وبيان الالتزامات الناشئة، لذلك قسمت هذا المطلب إلى فرعين اثنين:

- الفرع الأول: موقف المذاهب السنية الأربعة

- الفرع الثاني: موقف المذاهب الأخرى

الفرع الأول: موقف المذاهب السنية الأربعة

البند الأول: في المذهب الحنفي:

تبين من خلال الفصل السابق أن التركة المدينة وفق قواعد المذهب الحنفي لا تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة، بل تبقى على حكم ملك المورث، وهو ما ذهب إليه أغلب فقهاء المذهب الحنفي، سواء أكانت التركة مستغرقة أم لا. ومما هو مقرر في قواعد المذهب أن الشخص الذي يتصرف في ملك غيره يعتبر تصرفه صحيحا موقوفا على إجازة المالك وقت نشوء التصرف، ومما هو مقرر أيضا أن من شروط الإجازة أن تكون وقت العقد، أما بعده فلا تجعل منه عقدا صحيحا، بل يكون باطلا أو فاسدا. لهذا يعتبر تصرف الفضولي؛ وهو الشخص الذي ليس له سلطة وولاية على الشيء المتصرف فيه؛ تصرفا موقوفا على إجازة المالك الشرعي، فإن أجازه نفذ، وإلا عد باطلا.

إن تطبيق القواعد التي تحكم تصرف الفضولي على الوارث الذي يتصرف في التركة المدينة قبل سداد الدين، بالبيع يؤدي إلي نتيجة مفادها بطلان هذا البيع؛ لأن التركة لا تزال على ملك المورث، وبالتالي لا يوجد من يميز هذا التصرف أثناء نشوئه، فالوارث لا يملكها، والدائن لا يملكها أيضا، بل له حق فقط تعلق بهذه التركة.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

ومادام أن هذا التصرف الصادر من الوارث قد نشأ معيياً أي باطلاً، فلا ينقلب أبداً صحيحاً بسداد الدين بعد ذلك، بل يبقى غير صحيح¹.

وقد جاء في كتب الحنفية ما يدل على هذا الرأي، من ذلك:— ما نقل عن الطحاوي² من أن:

" الدين المستغرق يمنع الوارث أن يملك فلا يبيع شيئاً من التركة ولا يهب، ولو وهب ثم سقط الدين لم تنفذ هبته " ³.

أيضاً ما جاء في الفتاوى الهندية: " إذا كان عليه دين؛ يعني الميت فصولحت المرأة عن ثمنها على شيء لا يجوز هذا الصلح؛ لأن الدين في التركة وإن قل يمنع جواز التصرف، فإن طلبوا الجواز فطريق ذلك يضمن الوارث دين الميت بشرط أن لا يرجع في التركة أو يضمن أجنبي بشرط براءة الميت، أو يؤدوا دين الميت من مال آخر، ثم يصالحوها عن ثمنها أو صداقها...، فإن أجاز غريم الميت قسمتهم وصلحهم قبل أن يصل إليه حقه كان له أن يرجع عن ذلك " ⁴.

كذلك جاء في نوازل أبي الليث ما يفيد فساد البيع إذا قام الورثة ببيع بعض التركة وكان على الميت دين، إلا إذا كان بأمر القاضي فيجوز ذلك⁵. فواضح من هذه النقول أن بيع الورثة للتركة قبل سداد الدين يعتبر فاسداً أو باطلاً، وإن كان البعض قيده بالمستغرق، إلا أن البعض الآخر أطلقه، وجعله فاسداً سواء أكان مستغرقاً أم غير مستغرق، وهذا ما هو مصرح به في الفتاوى

¹ ينظر في هذا المعنى: علي الخفيف، مدى تعلق الحقوق بالتركة، المرجع السابق، ص 187.

² الطحاوي: أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة، الإمام الحافظ، فقيه حنفي مصري ولد سنة 229 هـ، ومات سنة 321 هـ، له عدة كتب منها معاني الآثار، بيان مشكل الآثار. ينظر: عبد القادر بن محمد القرشي، المرجع السابق، ج1، ص 102 ما بعدها.

³ علي الخفيف، مدى تعلق الحقوق بالتركة، المرجع السابق، ص 187.

⁴ نظام الدين وآخرون، المصدر السابق، ج4، ص 269.

⁵ علي الخفيف، مدى تعلق الحقوق بالتركة، المرجع السابق، ص 187.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في الشركة قبل سداد الديون

الهندية، وكذا نوازل أبي الليث، ونلاحظ هنا أن إجازة الدائنين لهذا التصرف، لا يفيد في شيء؛ لأن لهم حق التراجع إذ هي غير لازمة في حقهم، وبالتالي يبقى البيع موقوف النفاذ¹.
والسؤال المطروح هنا: إذا كان بيع الورثة للشركة قبل سداد الدين لمصلحتهم يعتبر وفق هذا الرأي فاسداً، ولا ينتج أثره، فهل يجوز لهم هذا التصرف إذا كان لمصلحة الميت كالبيع لأجل سداد ديونه أو تنفيذ وصاياه؟

اختلف الفقه الحنفي في هذه المسألة، حيث منهم من يرى أن ذلك للقاضي بحكم ولايته، وليس للورثة ذلك لعدم ملكهم إياها². وذهب رأي آخر إلى أن للورثة هذا الحق إذا أذن الدائنون، وإلا فلا³. وذهب رأي ثالث إلى أن المسألة حكمها مشترك بين الورثة والقاضي، للقاضي بحكم ولايته العامة، وللورثة بحكم الخلافة، وقياساً على الوصي الأجنبي غير الوارث⁴. وإذا باع القاضي الشركة المستغرقة بحكم ولايته؛ فإنه يبيعها بحضور الورثة، لما لهم من حق إمساكها وقضاء الدين من مالهم⁵.

وبالإجمال فإنه وفقاً لهذا الرأي في المذهب الحنفي، فإن تصرف الوارث في الشركة قبل سداد الدين يعتبر باطلاً؛ لعدم ملكيته لها، وبالتالي فلا يرتب هذا العقد أثره، ولا ينقل الملكية، وكان للدائنين حق تتبع الشركة في أي يد كانت، وليس للمشتري إلا الرجوع على البائع⁶. وبهذا يتبين وفق هذا الرأي في المذهب الحنفي أنه يعطي الأولوية والأفضلية للدائن على المشتري من الوارث، ولو كان حسن النية؛ لأن حق الدائن أسبق في الوجود من حق المشتري.

¹ المرجع نفسه، ص 189.

² ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ط2، 1992، ج5، ص416.

³ المصدر نفسه، ج5، ص416.

⁴ علي الخفيف، مدى تعلق الحقوق بالشركة، المرجع السابق، ص 190.

⁵ الشرنبلالي، حاشية الشرنبلالي (بهامش درر الحكام)، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، دط، دت، ج2، ص410.

⁶ علي الخفيف، مدى تعلق الحقوق بالشركة، المرجع السابق، ص 190.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

أما الرأي الثاني في المذهب الحنفي، والذي يرى أن الوارث في التركة غير المستغرقة يمتلك جميعها، أو الجزء الزائد عن مقدار الدين، فهؤلاء يرون أن الوارث إذا تصرف في التركة فباعها، فتصرفه صحيح بشرط عدم إلحاق الضرر بالدائنين؛ وذلك بسداد الدين إما من ماله الخاص، أو أن يترك جزءاً من أعيان التركة لسداد الدين، أو يسدده من ثمن ما باع، أو يبيعها للدائن نظير دينه، ففي هذه الحالات كلها يصح بيعه، فإن لم يقم بسداد الدين فتصرفه يعتبر موقوفاً. ونلاحظ أن هذا الرأي قد خرج صحة التصرف في التركة المدينة غير المستغرقة على صحة التصرف في العين المرهونة بشرط عدم المساس بحق المرتهن¹، وهذا التحريج عند من يرى ملكية كل التركة مع تعلق حق الغير، أما من يرى تملك الجزء الزائد عن الدين فيخرجها على صحة التصرف في المال المشترك²، حيث يحق لأحد الشريكين بيع حصته دون أن يمس حصة المشترك الآخر³. وعليه فإنه وفقاً لهذا الرأي فإن بيع الوارث لخصه في التركة غير المستغرقة يعتبر صحيحاً نافذاً؛ لأنه قد بقي في التركة ما يفي الدين، وبالتالي لا حق للدائن في الاعتراض؛ لأن حقه متعلق بمالية التركة لا بأعيانها وذواتها. وإذا ثبت هذا ترتب على هذا البيع آثاره حيث تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري، وينتقل الثمن إلى البائع.

وإجمالاً فإنه يتبين مما تقدم من هذه الأحكام أن بيع الوارث لعين في التركة المدينة يعتبر باطلاً غير صحيح، وهذا عند من يرى عدم ملكية الوارث لأعيان التركة المدينة سواء أكان الدين مستغرقة أم لا، وبالتالي لا يرتب هذا البيع آثاره، وإذا حدث وأن وقع كان للدائن إبطال البيع وتبعية العين المباعة، ولا يكون للمشتري إلا حق الرجوع على البائع بالثمن.

¹ ينظر في صحة التصرف في الرهن: المرغيناني، الهداية في شرح البداية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دط، دت، ج، 4، ص 429. الزيلعي، المصدر السابق، ج، 6، ص 84.

² ينظر في صحة التصرف في المال المشترك: ابن عابدين، المصدر السابق، ج، 4، ص 303.

³ علي الخفيف، مدى تعلق الحقوق بالتركة، المرجع السابق، ص 190 وما بعدها.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الدين

أما من يرى ملكية الوارث للتركة غير المستغرقة (ملكية كلية، أو في الجزء الزائد عن الدين)، فإن البيع صحيح نافذ، وبالتالي يرتب آثاره كلية وتنتقل الملكية إلى المشتري، ولا اعتراض للدائن؛ لأنه قد بقي من التركة ما يفي دينه.

البند الثاني : في المذهب المالكي

تبين مما سبق أن المذهب المالكي من الفريق الذي يرى عدم ملكية الوارث للتركة المدينة قبل سداد الدين، وبالتالي فإن تصرف الوارث في أعيان التركة المدينة قبل سداد الدين، ينطبق عليه حكم تصرف الفضولي¹، وبالتالي يعتبر باطلا؛ لأن تصرفه قد صدر من غير مالك، ومعلوم أن تصرف الفضولي موقوف على إجازة المالك، وإلا أبطل، والحال هنا أن لا أحد يملك الإجازة؛ فالمالك قد مات، والدائن لا يملك التركة، بل له حق متعلق بها فقط، وبالتالي لا يملك الإجازة، وإذا لم تكن ثمة إجازة، بطل التصرف، لكن هذا الحكم لم يقل به كل المالكية، بل ذهب إليه البعض فقط ممن يرى أن تعلق الدين بالتركة هو حق لله تعالى، وبالتالي يقتضي فساد البيع، سواء أكان الدين مستغرقا أم لا، وسواء أبقى ما يفي الدين أم لا، فقد جاء في كتاب التحفة نقلا عن كتاب الوثائق ما نصه: "وإذا أوصى بقطيع من ماله، أو كان عليه دين لم يجز لأحد من الورثة قبل سداد الدين، أو تنفيذ الوصية بيع شيء من التركة لا مشاعا ولا مقسوما، وإن باع شيئا وإن قل فسخ البيع، لقوله تعالى: ﴿مَنْ بَعَدَ وَصِيَّةً يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنًا﴾ [النساء 12]...².

والظاهر من هذا النص أن تصرف الوارث في التركة المدينة، ولو كانت غير مستغرقة يعتبر باطلا ولذلك يفسخ هذا البيع، سواء أجازته الدائن أم لا، وسواء أتنازل أم لا؟ إذ النص لم يورد

¹ يعتبر تصرف الفضولي في المذهب المالكي صحيحا موقوف النفاذ على إجازة المالك. ينظر في هذا: شهاب الدين المالكي، إرشاد السالك إلى أشرف المسالك، مطبعة مصطفى باي الحلبي، مصر، ط3، دت ، ص80.

² التسولي، البهجة شرح التحفة، ضبطه وصححه محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1998، ج1، ص368.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

استثناء على هذا، فيبقى على إطلاقه؛ ولأن تعلق الدين بالتركة هو حق لله لا حق للدائن، وبالتالي يبطل كل تصرف قبل سداده.

أما البعض الآخر فقد ذهبوا إلى أن تعلق الدين بالتركة هو حق للعبد؛ أي للدائن، لا حق لله، حيث يقول في هذا صاحب التحفة: "وأما مسألة بيع الورثة قبل الدين... كما هو واضح ومنشأ الخلاف فيها، هل النهي عن البيع قبل الدين لحق الله أو لحق المخلوقين؟ وذكر ابن عرفة¹ في باب الفسح القولين، ونقل عن ابن محرز² أن كونه لحق المخلوقين أشبه بظاهر الكتاب...³ ومادام أن الحق للدائن فينبني على هذا صحة البيع قبل سداد الدين، وهذا إذا لم يمس حق الدائن، بأن بقي من التركة ما يفي حقه، أو يتنازل عن حقه، أو يأذن لهم في التصرف، ففي هذه الحالة فالبيع صحيح لازم، سواء أكان الدين محيطاً أم لا، جاء في البهجة: "... في ورثة باع أحدهم نصيبه من الملك قبل أن يخرج الدين... إن التزم الورثة الدين الآن فقال ابن القاسم: لا يبطل البيع ولا تضرهم الجهالة..."⁴. وجاء عن المازري⁵ أنه قال: "لا يختلف أن الورثة منهيون عن البيع قبل وفاء الدين، فإن فعلوا فللغرماء فسح هذا إن لم يقدرُوا على أداء الدين إلا بالفسح، وأما إن قضاه الورثة من أموالهم أو أسقط الغرماء حقوقهم فالأشهر من المذهب أن البيع لا يفسح؛ لأن النهي عن البيع لحق المخلوقين وقد سقط."⁶

¹ ابن عرفة: هو محمد بن محمد بن عرفة الورغي التونسي من كبار فقهاء المذهب المالكي، ولد عام 716هـ وقيل 717هـ، توفي رحمه الله عام 803، ينظر: ابن قنفذ، الوفيات، تحقيق عادل نويهض، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ط4، 1989، ص379، 380.

² ابن محرز: هو أبو القاسم بن محرز المقرئ القيرواني، فقيه مالكي، له تعليق على المدونة سماه التبصرة، توفي رحمه الله نحو 450هـ، ينظر: ابن فرحون، المصدر السابق، ج2، ص153.

³ التسولي، المصدر السابق، ج1، ص370.

⁴ المصدر نفسه، ج1، ص369.

⁵ المازري: محمد بن علي بن عمر، الفقيه المالكي المحدث أحد الأئمة الأعلام له كتب سماه المعلم بشرح فوائد مسلم، توفي رحمه الله سنة 536هـ وله من العمر 83 سنة، ينظر: ابن فرحون، المصدر السابق، ج2، ص250 وما بعدها.

⁶ التسولي، المصدر السابق، ج2، ص559.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الدين

حيث يظهر من هذه النصوص أن بيع التركة قبل سداد الدين، من البيوع المنهي عنها، لكنه إن وقع؛ فإنه يقع لازماً إن حفظ حق الدائن ولم يمس، إما بالسداد أو التنازل عنه. أما إن مس حقه، وذلك بأن لم يتمكن الدائن من الحصول على حقه إلا من الشيء المبيع، فهنا يفرق فقهاء المذهب بين حالتين: الأولى: إذا كان الورثة يعلمون بالدين وقت العقد، أو كان الموروث مشهوراً بأنه مدين، ففي هذه الحالة فإن عقد البيع يفسخ، ويرجع المشتري على البائع، اللهم إلا إذا قام المشتري بدفع قيمة المبيع وقت القبض، فإن البيع لا يفسخ، وله أن يرجع على البائع من الورثة بقيمة ما دفع، الثانية: إذا لم يكن الورثة على علم بالدين، ولم يكن الموروث مشهوراً بالدين، ففي هذه الحالة يلزم البيع وتنتقل ملكية المبيع إلى المشتري، وليس للدائن إلا حق الرجوع على البائع من الورثة في حدود ثمن المبيع، وإن لم يف بكل الدين، بل وإن لم يجد شيئاً عند البائع، ففي كل لا حق له في الرجوع على المشتري، اللهم إلا إذا تم البيع على جهة المحاباة¹، ففي هذه الحالة يرجع على المشتري بقدر هذه المحاباة، ويرجع بالثمن على البائع.²

وبهذا يتبين أن بيع الورثة للتركة قبل سداد الدين يعتبر من البيوع المنهي عنها كقاعدة عامة، لكن إن وقع فإنه على الرأي الأول في المذهب يقع باطلاً، وهو رأي يتناسب مع عدم ملكية الورثة للتركة قبل سداد الدين. أما الرأي الثاني فيرى صحة البيع ويقع لازماً إن تم حفظ حق الدائن، بأن قام الورثة بالسداد لأن تنازل الدائن عن حقه، وهذا الرأي لا يتناسب مع القول بعدم ملكية الورثة للتركة قبل سداد الدين؛ لأنه لا يملك الشيء المبيع فكيف يصح التصرف فيه؟ لقد ذكر الشيخ علي الخفيف في تخريج هذا الرأي أمرين اثنين³:

¹ المحاباة: تعني الخط من مقدار الثمن بنية إفادة المشتري، أو رفع في مقدار الثمن لإفادة البائع، وتخضع المحاباة لحكم الهبة، وبالتالي يمكن القول إن المحاباة هي الهبة في شكل بيع صوري، ينظر: التسولي، المصدر السابق، ج2، ص134.

² الخطاب، مواهب الجليل، تحقيق زكريا عميرات، دار عالم الكتب، طبعة خاصة، 2003، ج6، ص607؛ التسولي، المصدر السابق، ج1، ص370.

³ علي الخفيف، مدى تعلق الحقوق بالتركة، المرجع السابق، ص139.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

- الأول: إما على الخلافة، ذلك أن الوارث يعتبر خليفة للمورث، وصحة تصرفه مبنية على هذه الخلافة، وهذا التخريج يبدو أقل وجاهة، ذلك أن الخلافة تعني ثبوت الحقوق، ومن هذه الحقوق حق الملكية؛ الذي يبرر صحة التصرف؛ وهذا الحق لم يثبت بعد، وبالتالي فإن اعتبار الخلافة كأساس لتبرير تصرف الوارث في التركة قبل سداد الدين، يعتبر من هذه الوجهة ضعيفا نوعا ما.

- الثاني: على أساس المآل؛ أي إن التركة ستؤول بعد سداد الدين، أو تنازل صاحب الدين عنه، إلى الوارث، وهذا الأساس يجد له بعض التطبيقات الفرعية في المذهب، من ذلك حكمهم بصحة هبة الوارث لما سيرته، وهذا في زمن مرض موت المورث، حيث اعتبروها صحيحة لازمة، إذا كان الوارث يعلم حصته من التركة، وعللوا ذلك بأنه إنما وهبها بناء على الملك الذي سيؤول إليه¹، وعلى كل فهذا الأساس ورغم وجاهته، إلا أنه لا بد من ربطه بالأساس الأول، وهو الخلافة؛ حيث إن صحة التصرف تخرج على أساس مآل التركة المبني على الخلافة.

البند الثالث: المذهب الشافعي:

في الفصل السابق تبين أن المذهب الشافعي في الرأي الأصح يعتبر على رأس القائلين بانتقال التركة إلى الوارث بمجرد وفاة المورث، ولا يعتبر الدين مانعا من ذلك، وهذا معناه أن ملكية التركة بمجرد وفاة المورث هي للوارث، وينبغي على هذا الكلام صحة تصرف الوارث في التركة قبل سداد الدين؛ لأنه إنما تصرف فيما يملك، وهذا هو الأصل، لكن فقهاء المذهب الشافعي في المذهب الأصح عندهم قد ذهبوا غير هذا المذهب، حيث اعتبروا أن تصرف الوارث في التركة المدينة سواء أكان محيطا أم لا، يعتبر باطلا، بناء على تعلق الدين بالتركة كتعلق الرهن بالعين المرهونة، فكما بطل تصرف الراهن في العين المرهونة، بطل تصرف الوارث هنا، بل قرروا أبعد من هذا، حين اعتبروا تصرفه باطلا، ولو تنازل الدائن عن حقه، أو أجاز ذلك، وهذا منهم إمعانا

¹ ينظر في مسألة صحة هبة الوارث في مرض المورث: ابن رشد (الجد)، المصدر السابق، ج10، ص69، 70.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

في حماية حق الدائن من جهة، ومن جهة أخرى تبرئة لذمة المتوفي، وهذا هو الرأي الأظهر في المذهب الشافعي، قولاً واحداً، بناء على تعلق الدين بالتركة كتعلق الرهن بالعين المرهونة¹.
وأما ما ذكر في كتب المذهب من أن بيع الوارث للتركة قبل سداد الدين فيه قولان، قول بالبطلان، وقول بالصحة مع حفظ حق الدائن، فمرجوح؛ لأن هذا الخلاف مبني على القول بتعلق الدين بالتركة كتعلق الأرش بالجناية، وهو قول مرجوح كما سبق ذكره²، لهذا فإن القول الصحيح عندهم هو القول بالبطلان، رغم أن القول بالصحة يتناسب مع قولهم بملكية التركة بمجرد وفاة المورث. و إلى جانب هذا فإن من الشافعية من ذهب إلى أن الدين لا يحيط بالتركة كلها، ولا يتعلق بجميع أجزائها إذا كان أقل من قيمتها؛ لأن الحجر على مال كثير بشيء قليل غير مقبول، ومعنى هذا أن تصرف الوارث في التركة قبل سداد الدين يعتبر صحيحاً نافذاً، طالما أنه بقي من التركة ما يفي بالدين، ولكن هذا الرأي يعتبر مرجوحاً في المذهب، وهو خلاف الظاهر³. ويبقى الرأي الظاهر عندهم عدم صحة تصرف الوارث في التركة المدينة قبل سداد الدين، وقد بنوا على هذا الرأي الأظهر في المذهب، بطلان البيع لدين طارئ، مبالغة منهم في حماية الدائن، ولو على حساب أساس التعامل بين الناس وهو الاستقرار والثقة. حيث قالوا : إن الوارث إذا تصرف بالبيع مثلاً في التركة الخالية من الدين، فإن البيع صحيح نافذ، وتنتقل به الملكية إلى المشتري، لكن إن طرأ دين لم يكن يعلم به البائع ولا المشتري، كأن حفر المورث في حياته في أرض غيره فتردى فيها حيوان بعد موته فتلف، يلزمه بذلك ضمانه، فإن البيع يصح ولا يبطل على الصحيح في المذهب، وهذا إذا كان الوارث البائع موسراً، حيث يتابع البائع بسداد هذا الدين، فإن لم يفعل ذلك فسخ البيع قضاءً، وتتبع الدائن العين المباعة أين كانت ليستوفي منها حقه، وما على المشتري إلا الرجوع على البائع بما دفع فيها من ثمن. أما إذا كان البائع معسراً

¹ الرملي، المصدر السابق، ج4، ص304 وما بعدها.

² المصدر نفسه، ج4، ص305.

³ المصدر نفسه، ج4، ص305.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

فالبائع يبطل ويفسخ قولاً واحداً، ويتتبع الدائن أيضاً العين المبيعة أينما وجدت ليستوفي منها حقه¹.

وبالإجمال فإن بيع الوارث لعين في التركة قبل سداد الديون يعتبر في المذهب الشافعي باطلاً، وبالتالي يحق للدائن تتبع هذه العين في أي يد كانت ليستوفي منها حقه، أما المشتري فيرجع بحقه على البائع.

البند الرابع: المذهب الحنبلي:

تبين في الفصل السابق أن المذهب الحنبلي فيه روايتان فيما يتعلق بانتقال ملكية التركة إلى الوارث بمجرد وفاة المورث، حيث إن الرواية الأولى وهي رواية مرجوحة في المذهب ترى أن التركة لا تنتقل إلى الوارث بمجرد الوفاة، بل بعد سداد الدين، سواء أكان الدين مستغرقاً أم لا، أما الرواية الثانية وهي الرواية الأشهر والأرجح في المذهب فترى أن التركة تنتقل بمجرد الوفاة، ولا يعتبر الدين مانعاً من ذلك، وبالتالي فإنه ينبغي على الرواية الأولى فساد البيع وبطلانه؛ لأن الوارث قد تصرف فيما لا يملك، وهذا الرأي قال به بعض الحنابلة ممن اختار الرواية الثانية، ولكن على أساس تعلق الدين بالتركة كتعلقه بالرهن، فالراهن لا يصح تصرفه في الرهن لتعلق حق المرتهن به، وكذلك الوارث لا يصح تصرفه لتعلق حق الدائن به².

أما جمهور فقهاء المذهب فاختاروا الرواية الثانية، وهي الأصح في المذهب، والتي ينبغي عليها صحة تصرف الوارث (بالبائع أو بغيره)، متى حفظ حق الدائنين، وذلك بسداد الدين، فإن لم يفعل³، فسح البيع، وتتبع الدائن العين المبيعة ليستوفي منها حقه⁴.

¹ الرملي، المصدر السابق، ج4، ص307.

² شمس الدين بن قدامة، المصدر السابق، ج29، ص109 وما بعدها؛ ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، المكتب الإسلامي، دط، ج10، ص225 وما بعدها؛ ابن رجب الحنبلي، المصدر السابق، ص399، 400.

³ ذكره العلامة البهوتي في كشف القناع أن الوارث البائع إن امتنع عن الوفاء مع القدرة أجبر على ذلك ولم يفسخ البيع، ينظر: البهوتي، المصدر السابق، ج6، ص383.

⁴ شمس الدين بن قدامة، المصدر السابق، ج29، ص109 وما بعدها؛ ابن رجب الحنبلي، المصدر السابق، ص400؛ البهوتي، المصدر السابق، ج6، ص383.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

هذا إذا كان الدين مقارنا، أما إذا كان الدين طارئاً، كأن نتج عن سقوط حيوان أو إنسان في بئر حفره المورث في أرض غيره عدواناً، أو رد مبيع لعيب كان المورث قد باعه قبل موته، ففي هذه الحالة إن امتنع الوارث عن الأداء فسخ البيع، واتبع الدائن العين المبيعة¹. وهذا الحكم مشابه لما ذكره الشافعية كما مر سابقاً، وهو حكم فيه إجحاف بالمشتري، وإخلال بمبدأ استقرار التعامل؛ خصوصاً وأن كلاً من المشتري والبائع لا يعلم بهذا الدين، فكان الأولى أن يتحمل تبعه ذلك البائع لا المشتري.

الفرع الثاني: موقف المذاهب الأخرى:

البند الأول: موقف المذهب الظاهري:

كما سبق ذكره في حكم القسمة قبل سداد الدين، وكما مر هناك بأنه لا يوجد في حدود الاطلاع نص يوضح موقف الظاهرية بجلاء من التصرف في التركة المدينة قبل سداد الدين، لكن وبما أنهم يقدمون الديون حتى على تجهيز الميت، ويرون أن المال أصبح ملكاً للغرماء بنص القرآن²، ولا حق للورثة إلا بعد سداد الدين وإخراج الوصايا، وبالتالي فلا يمكن وفقاً لهذا الأساس أن يتصرف الوارث في حق لا يملكه، ومنه، فإن بيع الوارث لعين في التركة قبل سداد الدين يعتبر باطلاً.

البند الثاني: موقف المذهب الإباضي:

تبين من خلال ما سبق أن التركة المدينة تنتقل إلى الوارث بمجرد الوفاة، في الرأي الأصح عند الإباضية، وهذا معناه أن الوارث إذا تصرف في التركة؛ فإنما تصرف في ملكه، بناء على هذا فالأصل أن يكون التصرف صحيحاً؛ لكونه واقعا من مالك فيما يملك، لكن بالرجوع إلى كتب المذهب نجد ثمة قولان في المسألة، فالرأي الأول يعتبر التصرف غير صحيح وبالتالي يفسخ؛ لأن التركة تنتقل إلى الورثة مرهونة رهناً شرعياً، ومن ثم فلا يصح التصرف فيها حتى يؤدي ما عليها

¹ البهوتي، المصدر السابق، ج3، ص330.

² ابن حزم، المصدر السابق، ج3، ص253، 254.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

من ديون. أما في الرأي الثاني فالتصرف وفقه يصح ولا يفسخ؛ لأن دخول الورثة في التركة؛ أي بالتصرف فيها، يجعل الدين يرتد إلى ذمة الورثة ويتحملونه قضاء لا ديانة، ولو زاد عن مقدار التركة، وبالتالي فإن البيع يصح ولا يفسخ¹.

وإذا كان الدين يرتد إلى ذمة الورثة ويتحملونه إذا زاد عن مقدار التركة، وهذا بسبب دخولهم فيها، فمن باب أولى صحة التصرف إذا كان الدين غير محيط بها، وهذا هو المذهب حسب ما يبدو من كلام صاحب النيل، لكن ذهب شارح النيل² إلى أن الوارث لا يتحمل الدين إذا زاد عن قدر التركة، بل في حدودها فقط، مؤولا كلام صاحب المتن³ وفق هذا الرأي، وبالتالي يتخرج على هذا عدم صحة تصرف الورثة في التركة إذا كان الدين يستغرقها، اللهم إلا إذا كان التصرف لغرض سداد الدين وإيصال الحق لأصحابه فلا مانع، أما إذا كان لا يستغرقها فيصح تصرفهم في القدر الزائد على الدين، لا في القدر المتعلق به⁴.

وبناء على ما سبق فإن الوارث إذا باع عينا في التركة المدينة، فعلى الرأي الأول لا يصح تصرفه؛ لأن التركة مرهونة رهنا شرعيا به، وبالتالي يفسخ البيع، أما على الرأي الثاني وهو المذهب فالبيع لا يفسخ، لأن الدين يتحمله الوارث في ذمته؛ بسبب دخوله في التركة، وبالتالي تنتقل الملكية إلى المشتري، ولا يحق للغريم المطالبة بها، طالما أن حقه محفوظ في ذمة الوارث. وهذا الرأي هو رأي وجيه جدا؛ لأنه يحفظ حقوق الغرماء من جهة، ومن جهة أخرى يحمي المشتري، خصوصا إذا كان على حسن نية، وهو رأي يقارب إلى حد كبير ما هو مقرر في النظم الغربية.

¹ اطفيش، المصدر السابق، ج10، ص639.

² هو الشيخ اطفيش: هو محمد بن يوسف بن عيسى اطفيش، إباضي المذهب، ولد سنة 1820م ببني يسجن (الجزائر)، وتوفي سنة 1914م، ينظر الزركلي، المرجع السابق، ج7، ص156، 157.

³ عبد العزيز الثميني: هو عبد العزيز بن إبراهيم المصعبي الثميني، من كبار فقهاء الإباضية بالجزائر، ولد عام 1720م وتوفي سنة 1808م بنظر: الزركلي، المرجع السابق، ج7، ص12.

⁴ اطفيش، المصدر السابق، ج10، ص639.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

البند الثالث : موقف المذهب الجعفري الإمامي:

ثبت مما سبق عرضه أن التركة المدينة لا تنتقل إلى الوارث في إحدى روايات المذهب الجعفري، أما الرواية الثانية فالتركة رغم الدين؛ فإنها تنتقل إلى الوارث، محملة بالدين الذي يتعلق بها كتعلق الرهن. ويترتب على الرواية الأولى بطلان تصرف الوارث في التركة المدينة؛ لأنه يكون قد تصرف فيما لا يملك، وعلى هذا فالبيع وفق هذه الرواية يقع باطلا، وهذا الرأي قد مال إليه ورجحه صاحب كتاب المبسوط¹.

أما على الرواية الثانية فالأصل أن يكون البيع صحيحا؛ لأن الوارث قد باع ما يملك، لكن فقهاء المذهب اختلفوا في صحة البيع بناء على اعتبار آخر، وهو تعلق الدين بالتركة كتعلق الرهن، لذلك وجد في المسألة قولان: القول الأول: وهو عدم صحة البيع وبطلانه؛ لأنه باع ما تعلق به حق الغير،

كمن أنشأ رهنا ثم باعه. أما القول الثاني: فاعتبر البيع صحيحا، لأن الحق الذي تعلق بالتركة تعلق بغير اختياره ففارق الرهن، ولذلك صح البيع².

هذه هي مجمل آراء المذاهب فيما يتعلق بحكم تصرف الوارث في عين من التركة المدينة، حيث يمكن إجمالها في ثلاثة آراء:

- **الرأي الأول:** بطلان البيع وعدم صحته سواء أكان الدين محيطا بالتركة أم لا، ولا ينقلب صحيحا، ولو انقضى الدين بالسداد أو بالتنازل عنه، وهو رأي بعض المالكية، ورواية في المذهب الحنبلي، ورأي جمهور فقهاء الشافعية، ورواية في المذهب الإباضي والإمامي، وهو الرأي الذي يتماشى وأسس المذهب الظاهري.

¹ هو محمد بن الحسن بن علي الطوسي، مفسر، نعتة السبكي بأنه فقيه الشيعة ومصنفها، ولد عام 995م وتوفي عام 1067م ينظر: الزركلي، المرجع السابق، ج6، ص84.

² ينظر في رأي المذهب الجعفري: الطوسي، المصدر السابق، ج8، ص143.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

● **الرأي الثاني:** يفرق بين التركة المستغرقة والتركة غير المستغرقة، ففي الأولى البيع غير صحيح ويقع باطلا؛ حتى ولو انقضى بعد ذلك بالسداد أو بالتنازل عنه، أما الثانية فالبيع يقع صحيحا؛ بشرط حفظ حق الدائن وعدم إلحاق الضرر به، وهذا هو رأي فقهاء المذهب الحنفي.

● **الرأي الثالث:** يقع البيع وفق هذا الرأي صحيحا وينتج آثاره، ولا فرق في ذلك بين التركة المستغرقة، والتركة غير المستغرقة؛ ولكن بشرط حفظ حق الدائن وعدم المساس به. وهذا هو رأي جمهور المذهب المالكي والحنبلي، والقول الأصح في المذهب الإباضي، ورواية في المذهب الإمامي.

وهذه الآراء الثلاثة هي الأخرى يمكن إجمالها في رأيين اثنين:

● **الرأي الأول:** بطلان البيع وعدم صحته، وبالتالي لا مجال للحديث عن آثاره، والالتزامات المترتبة بين البائع والمشتري. وهنا يكون للدائن حق تتبع العين المبيعة والتنفيذ بدينه عليها، أما المشتري فيحق له الرجوع بالثمن على البائع الوارث.

● **أما الرأي الثاني:** فالبيع يقع صحيحا، لكن على شرط واقف وهو مراعاة وحفظ حق الدائن، فإن وجد الشرط نشأت التزامات تقابلية بين الطرفين البائع والمشتري، حيث تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري، وملكية الثمن إلى البائع، ويقع على عاتق الطرفين تنفيذ كل الالتزامات التي يولدها عقد البيع، وإن لم يوجد بطل البيع وفسخ، وكان مثل الرأي الأول.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

المبحث الثاني: موقف النظر القانوني:

قبل أن أتطرق إلى قوانين المغرب العربي (الجزائري والمغربي و التونسي)، بودي أن أتطرق إلى القانون المصري في هذه الجزئية؛ نظرا لميزة الأحكام التي أتى بها هذا القانون، وهي أحكام جديدة بالتأيد، وعلى هذا الأساس سأقسم المبحث إلى مطلبين الأول: في القانون المصري، والثاني: في قوانين المغرب العربي.

المطلب الأول : في القانون المصري:

إذا كان القانون المصري قد أقر انتقال التركة فور الوفاة إلى الورثة؛ فإنه من غير الطبيعي؛ وفق هذا المبدأ، أن تغل يد الورثة عن التصرف في أعيان التركة، ولو قبل سداد الديون، باعتبارهم مالكين لأعيانها، لكن في المقابل فإن دائن التركة العادي قد زود بحق عيني تبعي بمقتضى القانون، لهذا فإن معرفة مدى صحة وسلامة تصرف الورثة في أعيان التركة المدينة، وكذا الحماية المقررة لدائني التركة، يقتضي أساسا التفرقة بين التصرف في المنقول و التصرف في العقار، كالاتي:

الفرع الأول: التصرف في المنقول:

طالما أن المشرع المصري يعتبر الوارث مالكا للتركة لحظة وفاة المورث؛ فإن تصرف الوارث في أعيان التركة قبل سداد الدين يعتبر صحيحا، ولهذا فإذا انصب تصرفه على منقول في التركة؛ فإن المتصرف إليه (المشتري) يعتبر في الأصل مالكا لهذا المنقول، لأنه تلقاه من مالكة بسند صحيح، ولكن السؤال الذي يطرح هنا، هل يحق لدائن التركة بمقتضى حقه العيني التبعي أن يتبع المنقول في يد المشتري وينفذ عليه أم لا ؟ الإجابة عن هذا السؤال تقتضي الرجوع إلى قواعد الحيازة، حيث بالرجوع إلى هذه القواعد نجد أن المشرع المصري في نص المادة 976 ق م قد اعتبر الحيازة

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

سندا صحيحا للملكية إذا اقترنت بحسن النية، وتعتبر الحيازة في ذاتها قرينة على حسن النية إلى أن يثبت العكس.

كما أن لقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز أثرها المسقط فضلا عن أثرها المكسب، حيث إن من يجوز منقولا يعتقد أنه خال من كل قيد أو تكاليف، فإنه يكتسب هذا المنقول خاليا من كل هذه القيود والتكاليف، وعلى هذا الأساس فإن من يشتري من الوارث منقولا من التركة ويجوز؛ فإنه يعتبر بمقتضى هذه القرينة حائزا له بحسن النية، حيث يؤدي أعمال الأثر المسقط إلى إسقاط حقوق دائني التركة عليه، ومن ثم فإن ملكية هذا المنقول ستؤول إليه خالية من الحق العيني التبعية لدائني التركة، فلا يحق لهم استرداده والتنفيذ فيه، اللهم إلا إذا أثبتوا سوء نيته؛ فحينئذ يكون لهم ذلك¹.

هذا ونلاحظ أن هذه المسألة مدنية، فالأصل أن يطبق بشأنها القانون المدني؛ لأنها تخص البيع والحيازة، وهما من صميم المسائل المدنية، لذلك من الخطأ تطبيق أحكام الفقه الإسلامي في هذا الشأن².

الفرع الثاني: التصرف في العقار:

إن المشرع المصري وحتى يضبط أصول الملكية العقارية؛ قد حظر على الورثة التصرف في التركة بأي نوع من أنواع التصرف، إلا إذا كانوا قد شهروا حق الإرث قبل ذلك، وهذا الحظر لا يعني بطلان تصرف الوارث قبل شهر حق الإرث، إذ لا سبيل لإبطاله لأنه صادر من مالك،

¹ حسن كيرة، الحقوق العينية الأصلية (أحكامها ومصادرها)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط4، 1995، ص374، 375؛ رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية، مصر، دط، 1986، ج1، ص76، 77.

² اختلف الفقه المصري كثيرا في المسائل المتعلقة بالميراث والتي تتداخل بين القانون المدني والشريعة الإسلامية، حول أيهما يطبق الشريعة أم القانون، ولكن ما ذكره الدكتور حسن كيرة من اعتراضه على ما ذهب إليه الشيخ علي الخفيف ليس في محله، ذلك أنه حسب ما يبدو من كلام الشيخ وما هو مقرر في الشريعة الإسلامية (في مذهب من أجاز تصرف الورثة في التركة المدنية) أن المسألة يحكمها مراعاة حق الدائن، وأن صحة التصرف مرهون بعدم الإضرار بالدائن، وهو ما يجعله يتتبع أعيان التركة أيا كانت منقولا أم عقارا، وليس على أساس أن الشريعة الإسلامية لا تعطي للحيازة الأثر المسقط. ينظر: علي الخفيف، مدى تعلق الحقوق بالتركة، المرجع السابق، ص217، 218 وأيضا: حسن كيرة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص375

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

ولكن يترتب عليه عدم شهر أي تصرف يصدر من الوارث في حق من الحقوق العقارية التي آلت إليه بطريق الميراث¹.

وإذا كان التصرف الصادر من الوارث قبل الشهر صحيحا، فهذا معناه أنه ملزم بتنفيذه؛ وهذا يقتضي إمكانية المتصرف إليه أن يجبر الوارث على شهر حق الإرث؛ حتى يتمكن من شهر حقه؛ لأن هذا يدخل دائرة الالتزامات الواقعة على عاتق المتصرف فمثلا إذا باع الوارث عقارا من عقارات التركة، ولم يكن قد قام بشهر حقه في الإرث بعد؛ فإن هذا البيع يعتبر صحيحا تترتب عليه بمجرد انعقاده كافة الالتزامات الشخصية، منها الالتزام بنقل الملكية، وهذا الالتزام يتوقف تنفيذه على تسجيل وشهر عقد البيع، وهذا الإجراء متوقف على شهر حق الإرث، وبالتالي يمكن للمشتري أن يلزم الوارث بتنفيذ التزامه، وهو شهر حق الإرث ليتيسر أمر تسجيل عقد البيع².

وعلى هذا الأساس فإذا باع الوارث عقارا من عقارات التركة، ولم يكن قد شهر حق الإرث، فإن المشتري من الوارث يعتبر مجرد دائن عادي له، ولا يمكنه أن يزاحم دائني التركة. أما إذا تم شهر حق الإرث، وتم كذلك شهر العقار المتصرف فيه بالبيع؛ فإن دائن الوارث المكتسب حقا عينيا على عقار التركة بإمكانه مزاحمة دائني التركة العاديين³. ولعلاج هذه المشكلة فقد حاول المشرع المصري وضع بعض القواعد من خلالها يمكن تبين المتقدم من المتأخر، وهذه القواعد تقوم أساسا على التفرقة بين التركة الخاضعة لنظام التصفية، والتركة غير الخاضعة لهذا النظام، ولتوضيح هذه القواعد سأتناول أولا التركات غير الخاضعة لنظام التصفية، ثم التركات الخاضعة لنظام التصفية، وذلك كالآتي:

البند الأول : التركات غير الخاضعة لنظام التصفية:

¹ المرجع نفسه ، ص376.

² محمد علي عرفة، الاتجاهات الحديثة في الميراث وتصفية التركة، مجلة القانون والاقتصاد، ع2، 1948، ص206، 207.

³ حسن كيرة ، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص376.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

التركات غير الخاضعة لنظام التصفية هي التركات التي لا تخضع لنظام وإجراءات التصفية الجماعية، وإنما تخضع لإجراءات فردية¹؛ لذلك سيقع على الأطراف المعنية عبء القيام بالإجراءات التي تطلبها القانون؛ لكي تصان حقوقهم، وهذا ما سيؤدي بدوره إلى حدوث التفاضل والتفاوت بين دائني التركة بعضهم مع بعض، وبينهم وبين المشتري من الوارث (أو المتصرف إليه) من جهة ثانية ، ولكي نعرف متى يقدم دائن التركة على المشتري من الوارث، ينبغي التفرقة بين فرضين اثنين:

الفرض الأول: التأشير بالدين خلال سنة من شهر حق الإرث: حسب نص المادة 914 من القانون المدني، وكذا المادة 14 من قانون الشهر العقاري، فإن دائن التركة العادي إذا قام بشهر دينه خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث، وهذا بالتأشير على هامش شهر حق الإرث، عن الطريق التأشير بالمحركات المثبتة لدينه، فإن هذا الدائن سيقدم حقه على كل من اكتسب حقا عينيا على عقار من عقارات التركة، ويتبين من الفقرة الثانية من المادة 14 أن المشرع المصري قد خرج عن الأصل العام الذي يقضي بجعل التأشير نافذا في حق الغير من تاريخ حصوله، حيث جعله في هذه الحالة يسري بأثر رجعي في حق كل من اكتسب حقا عينيا على عقار من عقارات التركة قبل هذا التأشير. ولهذا فإذا باع الوارث عقارا من عقارات التركة، يكون لدائن التركة العادي الذي أشهر دينه خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث أن ينفذ بحقه ويتبع العقار الموجود في يد المشتري من الوارث، ولو كان عقد البيع قد تم تسجيله قبل تأشير الدائن بدينه. وفي هذا السياق نفسه يكون المشتري من المورث بعقد لم يسجل قبل وفاته²، إذا أشهر بدينه خلال سنة من تاريخ

¹ المرجع نفسه ، ص376.

² البيع غير المسجل في القانون المصري (أي غير المشهر) يولد التزامات شخصية بين المتعاقدين، ومن ثم فالمشتري من المورث بعقد غير مسجل يعتبر دائنا عاديا. ينظر في هذا: حسن كبيرة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص378.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

شهر حق الإرث، مفضلاً على المشتري من الوارث العقار نفسه، حتى ولو كان قد سجل عقد بيعه قبل هذا التأشير¹.

فإذا ما نفذ الدائن بحقه على العقار المشتري، كان على المشتري حق الرجوع على البائع الوارث طبقاً لقواعد ضمان التعرض والاستحقاق؛ لأنها من صميم التزامات البائع الوارث. كما يحق أيضاً للمشتري من الوارث حسب نص المادة 18²، إذا كان تأشير الدائن يضره، أن يطلب إلى قاضي الأمور المستعجلة نحو التأشير المشار إليه في المادة الرابعة عشر، وهذا في حالة ما إذا كان سند الدين مطعوناً فيه طعنًا جدياً³.

الفرض الثاني: عدم التأشير بالدين خلال سنة من شهر حق الإرث: إذا لم يتم دائن التركة بالتأشير لدينه على هامش شهر حق الإرث خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث؛ فإن حقه يصبح عرضة للضياع من أي تصرف قد يصدره الوارث، إذا قام المتصرف إليه بشهر حقه قبل أن يقوم الدائن بالتأشير الهامشي لدينه. وعلى هذا الأساس إذا قام الوارث ببيع عقار من عقارات التركة المدينة، ولم يتم الدائن بشهر حقه على هامش حق الإرث إلا بعد مرور سنة من تاريخ شهر حق الإرث، فإننا نتميز بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا قام الدائن بشهر دينه قبل أن يقوم المشتري من الوارث بشهر حقه ففي هذه الحالة يظل دائن التركة مفضلاً و مقدماً على المشتري من الوارث؛ فإذا نفذ بدينه على هذا العقار، ما على المشتري إلا الرجوع بحقه على الوارث البائع.

¹ محمد علي عرفة، المرجع السابق، ص 222 وما بعدها؛ محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني (الحقوق العينية الأصلية)، منشأة المعارف، الإسكندرية، دط، 2005، ج 5، ص 213، 214؛ السنهوري، الوسيط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط 3، 2009، ج 4، ص 346 وما بعدها؛ حسن كيرة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 377، 378.

² تنص المادة 18 ف 1 من قانون الشهر العقاري المصري على أن: " لكل ذي شأن أن يطلب إلى قاضي الأمور الوقفية نحو التأشير المشار إليه في المادة الرابعة عشرة فيأمر به القاضي إذا كان سند الدين مطعوناً فيه طعنًا جدياً".

³ محمد علي عرفة، المرجع السابق، ص 226.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

الحالة الثانية: إذا قام دائن التركة بالتأشير الهامشي لدينه بعد أن قام المشتري من الوارث بشهر حقه، ففي هذه الحالة يضيع حق الدائن، ولا يستطيع أن ينفذ بدينه على العقار المشتري، بل حق المشتري من الوارث هو الذي يقدم على دائن التركة، ويستثنى من هذا أمران اثنان، لا يضيع بهما حق الدائن:

● **الأمر الأول:** إذا كان المشتري من الوارث (البائع) سيء النية، بأن كان عالماً بالدين رغم عدم التأشير به، ولم يبق من التركة ما يفي بسداد الديون، ففي هذه الحالة يكون المشتري قد قصد الإضرار بالدائن، فيرد قصده، ولا يحتج بحقه عليه، ومن ثم كان للدائن حق تتبع هذا العقار والتنفيذ عليه، وهنا يحق للمشتري إما التخلي عن العين، والرجوع بثمنها على البائع الوارث، وإما أن يحتفظ بها ويسلم للدائن قيمة العقار وقت تسلمه، ثم يرجع على الوارث البائع بذلك، وهذا كله لأن القصد من تحديد مدة معينة للتأشير بدين الدائن إنما حماية للمشتري حسن النية؛ أي ذلك الذي قام بما يجب للتأكد من سلامة العين من الحقوق عليها، أما سيء النية فلا، كما أن في هذا إعمالاً للقواعد العامة¹، التي شرعها القانون حماية للدائن العادي.

● **الأمر الثاني:** إذا كان البائع الوارث سيء النية، فإن دائن التركة، ورغم اعتباره مقصراً؛ لأنه لم يشهر حقه في الميعاد المحدد قانوناً، إلا أن له سبيل الرجوع بحقه على البائع الوارث؛ لتعدي هذا الأخير على حقه بهذا التصرف، رغم علمه، لذلك لزمه الضمان².

البند الثاني: التركات الخاضعة لنظام التصفية الجماعية³:

¹ المادة 237، 238/1، 240 من القانون المدني المصري.

² محمد علي عرفة، المرجع السابق، ص 223 وما بعدها؛ السنهوري، الوسيط (ط3)، المرجع السابق، ج4، ص 379؛ حسن كيرة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 378، 379.

³ نظام التصفية الجماعية: ليس هو النظام الأصلي لتصفية التركات، وإنما هو نظام يمكن اللجوء إليه إذا ما تبين من ظروف التركة أنها بحاجة إلى هذا النظام، وأن نظام التصفية الفردية قد لا يناسبها، وهذا النظام يناسب كثيرا التركات الكبيرة القدر، وكذا التركات المستغرقة بالديون، أو تكاد، أما التركات الصغيرة، أو النافهة، أو غير المدينة أصلاً فلا تحتاج إلى هذا النظام نظراً لطوله وتعقيداته وتكاليفه، ويخضع تحديد التركة التي يطبق عليها هذا النظام إلى السلطة التقديرية للقاضي، وتقتضي التصفية

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

إذا خضعت التركة لنظام التصفية الجماعية، فلا يكون مطلوباً من كل دائن القيام بالتأشير بدينه كما هو الحال في التركات القائمة على نظام التصفية الفردية¹، وإنما سيكون قيد أمر تعيين المصفي² مغنياً عن هذا التأشير، كما سيكون له أثره وأهميته على كل من الدائن والورثة، والغير على حد سواء.

الفقرة الأولى : أثره بالنسبة للدائنين:

يترتب على قيد أمر المصفي، وقف كل إجراء فردي قام به الدائن، كما لا يملك أي دائن للتركة منذ لحظة هذا القيد توجيه أي إجراء إلى الورثة، ولا الاستمرار في أي إجراء كان قد اتخذه قبلاً ضدهم؛ وذلك لأن اتخاذ الإجراءات أو الاستمرار فيها يكون في مواجهة المصفي وحده³ (م 1/883 ق م م)⁴.

الفقرة الثانية: أثره بالنسبة للورثة:

إذا قيد أمر تعيين المصفي لدى كتاب المحكمة المختصة امتنع عن الورثة القيام بأي إجراء يخص التركة أو تصفيتها، ولهذا منع عن الورثة التصرف في مال التركة، بل قد يعاقبون بعقوبة التبديد إذا ما تصرفوا في أموال التركة غشاً. فقد نصت المادة 884 مدني على أنه : " لا يجوز للوارث قبل أن تسلم إليه شهادة التوريث المنصوص عليها في المادة 901 أن يتصرف في مال التركة " ،

الجماعية تعيين مصف للتركة تركز في يده كل عمليات التصفية. ينظر في هذا : السنهوري، الوسيط (ط3)، المرجع السابق، ج4، ص350؛ حسن كيرة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص383.

¹ نظام التصفية الفردية: هو الأصل في تصفية التركة، وفي هذا النظام يتخذ كل دائن من دائني التركة على حده إجراءات التنفيذ على أموال التركة لاستفاء حقه منها. حسن كيرة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص381، 382.

² تنص المادة 1/879 ق م : " على كاتب المحكمة أن يقيد يوماً فيوماً الأوامر الصادرة : بتعيين المصفين وتثبيت أوصياء التركة في سجل عام تدون فيه أسماء المورثين حسب الأوضاع المقررة للفهارس الأبجدية " .

³ تنص المادة 886 م : " على المصفي أن يوجه تكليفاً عينياً لدائني التركة ومدينيتها يدعوهم فيه لأن يقدموا بياناً بما لهم من حقوق وما عليهم من ديون، وذلك خلال ثلاثة أشهر من التاريخ الذي ينشر فيه التكليف آخر مرة، ويجب أن يلصق التكليف على الباب الرئيسي لمقر العمدة في المدينة أو القرية التي توجد بها أعيان التركة، أو على الباب الرئيسي لمركز البوليس في المدن التي يقع في دائرتها آخر موطن للمورث، وفي صحيفة من الصحف اليومية الواسعة الانتشار " .

⁴ حسن كيرة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص385.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

ولكن نلاحظ هنا أن عدم جواز تصرف الورثة في أعيان التركة الخاضعة لنظام التصفية الجماعية، حسب ما تقرره المادة 884، لا يعني أن هذا التصرف يعتبر باطلا، بل هو صحيح، لكنه لا يولد بين أطرافه سوى الالتزامات الشخصية¹.

الفقرة الثالثة: أثره بالنسبة للغير:

حسب نص المادة 879م/2 فإنه يكون لقيود الأمر الصادر بتعيين المصفي ما للتأشير المنصوص عليه في المادة 914 من أثر في حق الغير الذي تعامل مع الورثة واكتسب منهم حقا عينيا على عقارات التركة. وعلى هذا الأساس فإذا قيد الأمر الصادر بتعيين المصفي خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث، كان لدائني التركة تتبع العقار المبيع في يد المشتري والتنفيذ عليه، كما في حالة تأشير الدائن بدينه خلال سنة في التركات غير الخاضعة لنظام التصفية - كما سبق بيان ذلك - أما إذا قيد الأمر المذكور بعد انقضاء سنة من تاريخ شهر حق الإرث؛ فالعبرة بالأسبقية بالشهر - كما سبق بيانه - في حالة تقصير الدائن من التأشير بدينه حتى فوات سنة من تاريخ شهر حق الإرث².

وبهذا وكخلاصة لما سبق نجد أن المشرع المصري بما استحدثه من نظام شهر حق دائن التركة، وبما شرعه من أحكام للتصفية الجماعية، إنما أراد التوفيق بين مصلحتين متعارضتين متعادلتين من حيث الاعتبار، مصلحة دائن التركة بما له من حق عليها لا ينبغي إسقاطه هذا من جهة، ومن جهة أخرى مصلحة المشتري خصوصا إذا كان حسن النية من جهة أخرى، وهي مصلحة جديرة بالاعتبار لحماية لاستقرار المعاملات، لهذا كله نجده قد أعطى للدائن مهلة إن التزم بما حمى حقه، وإن أهملها عرض حقه للضياع، وفي المقابل جعل من هذا النظام الذي أقره بنصوص دقيقة متكاملة فرصة للمشتري وغيره من المتعاملين مع الورثة؛ لكي يحيطوا علما بما على

¹ السنهوري ، الوسيط (ط3) ، المرجع السابق، ج4، ص351؛ حسن كبيرة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 385؛ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص74، 77.

² السنهوري ، الوسيط (ط3) ، المرجع السابق، ج4، ص351؛ حسن كبيرة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 386؛ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص77، 78.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

التركة من حقوق وتكاليف، تجعلهم لا يقدمون على شرائها، أو التعامل فيها إلى غاية سلامتها من أي حق قد يرهنها

المطلب الثاني: في قوانين المغرب العربي:

الفرع الأول: في القانون الجزائري:

لم ينظم المشرع الجزائري مسألة تصرف الورثة في التركة المدينة قبل سداد الدين، حيث ترك فراغا قانونيا كبيرا؛ لذلك سأحاول الاستهداء بالنصوص التي لها علاقة بالمسألة المبحوثة، لعلني أستشف وأقارب موقف المشرع.

ولعلاج هذه المسألة سأتناول أولا التصرف في المنقول ، ثم أتناول ثانيا التصرف في العقار، كالآتي:

البند الأول: التصرف في المنقول¹:

بما أن المشرع الجزائري قد اعتبر الحقوق الإرثية تنتقل إلى الورثة بمجرد وفاة مورثهم ، وهذا ما نصت عليه المادة 15 من قانون تأسيس السجل العقاري ، كما أنه لم يعتبر دائن المورث العادي ذو حق عيني تبعي ، حيث لا يوجد نص يقضي بذلك ، فيبقى على حاله كما نشأ ، أي مجرد دين عادي ، لا يخول له حق التتبع ، وتأسيسا على هذا فإن الوارث إذا تصرف في منقولات التركة بأن باعها مثلا ؛ فإن بيعه يعتبر صحيحا في الأصل ؛ لأنه صادر من مالك ، لكن السؤال المطروح هنا ، هل نطبق عليه قواعد الشريعة الإسلامية ، وبالتالي يكون عقد البيع باطلا عند من يرى ذلك ، أو صحيحا موقوفا على مدى سداد حق الدائن ، أم أننا نطبق قواعد القانون المدني؟
الظاهر أن المسألة يحكمها القانون المدني ؛ لأن المشرع الجزائري قد حدد العناصر التي يطبق عليها قانون الأحوال الشخصية حسب نص المادة 774 م ، وليس من ضمنها مسألة التصرف في أموال التركة ، والتي هي مسألة مدنية ، فيحكمها إذن القانون المدني.

¹ كل ما ذكره في مسألة المنقول، فأنا أقصد المنقول المادي الذي لا يخضع لأي إجراء.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

ولهذا فإن عقد البيع طبقا لقواعد القانون المدني يعتبر صحيحا بمجرد التراضي وتنتقل به الملكية ، فإذا حاز المشتري المنقول فلسوف يملكه ، وفقا لقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز ، وكما هو معلوم فإن لهذه القاعدة ، فضلا عن أثرها المكسب ، لها الأثر المسقط ، حين ينبنى على إعمالها أن من يجوز منقولا معتقدا خلوه من الحقوق والتكاليف والقيود العينية ؛ فإنه سيتملكه خاليا من كل هذه الحقوق والأعباء، وتعتبر الحيازة قرينة على حسن النية و السند الصحيح، ما لم يثبت خلاف ذلك (م835م).

وفي هذه الحالة ليس للدائن : " إلا الرجوع بحقه على بقية التركة التي لا تزال في يد الوارث، فإن لم يجد شيئا يستوفي منه حقه، رجع بثمن المنقول على الوارث إذا كان حسن النية، أو رجع عليه بالتعويض إذا كان سيء النية؛ أي يعلم قبل أن يبيع المنقول أن على التركة ديناً لم يسدد"¹. أما إذا لم يتسلم المنقول، أو ثبت سوء نيته، ففي هذه الحالة كان على الدائن المطالبة بإبطال العقد لاستيفاء حقه وهذا طبقا لقاعدة لا تركة إلا بعد سداد الدين المقررة في الشريعة الإسلامية (نص المادة 1 ق.م)، أو له أن يطلب عدم نفاذ التصرف في حقه طبقا لنصي المادتين 191، 192م إذا توافرت الشروط اللازمة لذلك، وإذا ثبت له هذا، كان على المشتري في المقابل أن يرجع على الوارث البائع بدعوى ضمان الاستحقاق.

البند الثاني: التصرف في العقار:

إن المشرع الجزائري وعلى غرار المشرع المصري، حتى يضبط وينظم أصول الملكية العقارية، ويضمن بالتالي سلسلة انتقال الملكية، خصوصا عن طريق الوفاة، لذلك أوجب أن يكون حق الإرث خاضعا لقاعدة الشهر، وهذا إذا اشتملت التركة على أعيان عقارية، حيث يتم ذلك بواسطة الشهادات التوثيقية في أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ الوفاة².

¹ السنهوري ، الوسيط (ط3)، المرجع السابق، ج4، ص 350

² جاء في المادة 99 من المرسوم رقم 63/76: " إن آجال إتمام الإجراء تحد كما يلي: - بالنسبة للشهادات التوثيقية، شهران ابتداء من اليوم الذي قدم الالتماس إلى الموثق، ويرجع هذا الإجراء إلى أربعة أشهر إذا كان أحد المدينين يسكن بالخارج. يكون

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

وإذا كان حق الإرث لا بد أن يشهر فليس معناه أن التركة لا تنتقل ملكيتها إلى الورثة إلا بعد الشهر، بل تنتقل مباشرة بعد الوفاة كما سبق بيانه حسب المادة 15 من قانون الشهر العقاري. وعلى خلاف المشرع المصري الذي منع الورثة من التصرف في التركة قبل شهر حق الإرث؛ فإن المشرع الجزائري لم يمنع ذلك، حيث لا يوجد نص يحظر تصرف الورثة قبل شهر حقهم الإرثي¹، إلا أنه منع شهر أي تصرف؛ حتى يشهر حق الإرث قبل ذلك، حسب ما نصت عليه المادة 88 من المرسوم 76-263.

ولذلك إذا باع أحد الورثة عقارا من عقارات التركة قبل شهر حق الإرث؛ فإن البيع يعتبر صحيحا³؛ ولا سبيل لإبطاله؛ لأنه صادر من مالك، إلا أنه لا يولد سوى الالتزامات الشخصية،

أصحاب الحقوق العينية الجدد مسؤولين مدنيا إذا قدم الالتماس إلى الموثق أكثر من ستة أشهر بعد الوفاة...". وهذا النص قد عدل بموجب المادة 31 من قانون المالية لسنة 1999، وأصبح هذا النص كالتالي: "... تحدد آجال إتمام الإجراء كما يأتي: بالنسبة لشهادات بعد الوفاة ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ تسخير المحرر، يمدد هذا الأجل إلى خمسة أشهر إذا كان أحد المعنيين مقيما في الخارج. يمكن أن تقوم المسؤولية المدنية للمالكين الجدد للحقوق العينية إذا كان التسخير المحرر أكثر من ستة أشهر من الوفاة"، وهذه المادة المعدلة لا تسري إلا على الوثائق المعدة بعد 1998/12/31. (قانون رقم 98-12 المؤرخ في: 31 أوت 1998 المتضمن قانون المالية لسنة 1999، ج ر، ع98، صادرة في 31 ديسمبر: 1998، ص10)، وإن كانت هذه المادة تذكر أن التعديل يخص المادة 353 مكرر من قانون التسجيل. ولم يشر هذا التعديل بتاتا إلى نص المادة 99 من المرسوم 76-63. ثم إن هذه المادة عدلت مرة أخرى بموجب المادة 10 من القانون رقم 03-22 المؤرخ في 28 ديسمبر 2003 المتضمن قانون المالية لسنة 2004 وأصبح رقمها 353-4. ينظر. ج.ر.ع83، صادرة في: 29 ديسمبر 2003، ص9).

¹ أوردت الباحثة حشود نسيم في رسالتها: أن المشرع الجزائري يمنع الورثة من التصرف في التركة قبل شهر حق الإرث، رغم أنه لا يوجد نص يمنع ذلك. ينظر: حشود نسيم، الشكلية في البيع العقاري، رسالة ماجستير، إشراف محمودي مراد، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002، ص136.

² جاء في المادة 1/88 من المرسوم 76-63: " لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في المحافظة العقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارن للعقد أو للقرار القضائي أو لشهادة الانتقال عن طريق الوفاة يثبت حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير". مرسوم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج ر، ع30، صادرة في: 13 أفريل 1976، ص498.

³ للعلم فإن المشرع الجزائري يعتبر الرسمية أو الشكلية في البيع العقاري ركنا، تجب تحت طائلة البطلان حسب نص المادة 324 مكرر 1 ق.م، وهذا ما أقره القضاء الجزائري أخيرا حسب القرار رقم 136156 مؤرخ في: 18/02/1997 والصادر عن هيئة الغرف المجتمعة بالمحكمة العليا، إلا أنه أقر للعقد العرفي توليد التزامات شخصية بين البائع والمشتري. ينظر: قرار رقم

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

أما نقل الملكية فيتوقف على شهر التصرف، الذي بدوره يتوقف على شهر حق الإرث، وشهر حق الإرث التزام يقع على عاتق البائع الوارث؛ لأن من التزاماته نقل الملكية، وذلك بتسهيل الإجراءات اللازمة ذلك.

وإذا كان المشرع الجزائري - على خلاف المشرع المصري - لم يعتبر للدائن العادي للتركة حقا عينيا يخوله تتبع أعيانها، ولذلك لم يمنحه حق التأشير الهامشي على شهر حق الإرث، وبهذا فإن حقه معرض في أي لحظة للضياع، إذ كثيرا ما يجهل الدائنون افتتاح التركة، أو قسمتها، والتي غالبا ما تتم - في أرض الواقع - بطريقة ودية عرفية¹، وحتى إن تمت بطريقة رسمية²، فلا سبيل أيضا لعلمهم بها، اللهم إلا صدفة، وذلك لعدم وجود إجراءات تكفل ذلك، ولوتبني نظام التأشير الهامشي، وكذا نظام التصفية الجماعية لكان أفضل، لما فيهما من موازنة بين حق الدائن وحق المشتري خصوصا إذا كان حسن النية، ولكن للأسف، لا هذا ولا ذاك.

وعلى كل حال فإن العقار المبيع إذا تم شهره انتقلت ملكيته إلى المشتري، ولا سبيل للدائن للتنفيذ عليه، ولا يبقى له سوى الرجوع على ما بقي من أعيان التركة إن وجدت، فإن لم توجد رجع على البائع بثمن العقار إن كان حسن النية، أما إن كان سيء النية بأن كان يعلم أن على التركة ديناً لم يسدد رجع عليه بالتعويض، أما إذا لم يتم شهره، فالعقار المبيع لم تنتقل ملكيته إلى المشتري، ولا يزال من مشتملات التركة، ولذلك حق للدائن أن ينفذ عليه بدينه، أما المشتري،

136156 صادر بتاريخ: 1997/02/18 م.ق، ع، 1997، ص10، نقلا عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، المرجع السابق، ج3، ص947.

¹ كثيرا ما تتم - في أرض الواقع - قسمة التركات بطريقة ودية، بل هي الأصل المتبع، وكثيرا ما تباع بعد ذلك بعقود عرفية، وقد رأينا مدنا توسعت وأحياء شيدت على عقارات بيعت بعقود عرفية، فإذا ما علم الدائن بذلك، وجد نفسه أمام أمر واقع، ومنازعات مكلفة مالا ووقتا، قد تحمله على أن يصرف نظره عنه، وبالتالي يكون قد ضاع حقه، ولذلك لو منح حق التأشير الهامشي، واعتبر دينه ذا طبيعة عينية تبعية لما ضاع حقه، وكان كل تقصير يتحملة هو.

² إن ما تضمنته المادة 729 من إمكانية معارضة دائني الشركاء للقسمة التي تمت بينهم، والمطالبة بأن لا تكون نافذة في حقه، هو حكم غير فعال من الناحية العلمية بشهادة بعض القضاة (الأستاذ حمدي باشا عمر)، وذلك لانعدام نصوص أخرى، توضح كيفية علم وإعلام الدائنين بذلك، الأمر الذي جعل منها مادة ميتة.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

فله أن يرجع على الوارث البائع بالضمان؛ لأن تيسير نقل الملكية إلى المشتري هي من التزامات البائع.

الفرع الثاني : في القانون المغربي:

يجدر بي قبل الحديث عن التصرف في مشتملات التركة، التطرق للحديث عن شهر حق الإرث إذا اشتمل عقار.

البند الأول: شهر حق الإرث:

يعتبر النظام العقاري المغربي ذا طبيعة مزدوجة، حيث يوجد نظام خاص بالعقارات غير المحفظة¹، والتي تخضع لأحكام مدونة الحقوق العينية²، وهناك نظام العقارات المحفظة، وهو نظام شهر عيني يستمد أسسه ومبادئه من نظام " تورانس الأسترالي"³ ويخضع هذا النظام لأحكام

¹ يقصد بالحفظ العقاري مجموعة من العمليات التي تهدف إلى تسجيل العقار في وثيقة رسمية تسمى بالسجل العقاري، وتجعله بذلك خاضعا لظهير 12 أوت 1913، والمعدل بالقانون رقم 07. 14. المؤرخ في 22 نوفمبر 2011، وهو يقابل عندنا في التشريع الجزائري مصطلح المسح. ينظر في هذا التعريف. إدريس الفاخوري، الحقوق العينية وفق القانون رقم 08. 39، دار نشر المعرفة، الرباط، دط، دت، ص14.

² قامت لجنة مكونة من أساتذة جامعيين وقضاة مهتمين بالميدان العقاري على لم شتات النصوص والقواعد الفقهية والقانونية المتعلقة بالعقار غير المحفظ، وسمي هذا المشروع بمدونة الحقوق العينية المتعلقة بالعقارات غير المحفظة. وقد تحول هذا المشروع إلى قانون وصدر بتاريخ: 22 نوفمبر 2011 تحت رقم 08. 39. ينظر: جيهان بونبات، الكتابة في عقد البيع العقاري، مداخلة في الندوة العلمية الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية، المدنية والعقارية تحت عنوان توثيق التصرفات العقارية، يومي 11 و12 فبراير 2005، كلية الحقوق، جامعة القاضي عياض، مراكش، ص 435؛ إدريس الفاخوري، المرجع السابق، ص24.

³ نسبة إلى المفكر الأسترالي "السير روبرت تورانس"، كان يشغل منصب ما يشبه المحافظ العام لإقليم أستراليا الجنوبية، وأثناء قيامه بهذه المهمة درس عيوب النظام العقاري المطبق آنذاك بأستراليا، واقترح مجموعة من الإصلاحات، أقرها البرلمان الأسترالي عام

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

الظهير الصادر بتاريخ 09 رمضان 1331هـ (الموافق ل: 12 أوت 1913م والمعدل والمتمم بالقانون رقم 07. 14 الصادر بتاريخ: 22 نوفمبر 2011.

فبالنسبة للعقارات غير المحفظة فهي لا تحتاج للتسجيل والشهر؛ نظرا لانعدام سجل عقاري خاص بها¹، ولذلك إذا اشتملت التركة على عقارات غير محفظة؛ فإن حق الإرث لا يشهر، بل تنتقل الملكية إلى الورثة مباشرة بواقعة الوفاة ودون حاجة إلى إشهاره.

أما بالنسبة للعقارات المحفظة فهي التي تخضع لعملية الشهر، فإذا كان من مشتملات التركة عقارات محفظة، فينبغي شهرها، وهذا حسب نص المادة 82 من القانون رقم 07. 14 والتي جاء فيها: " لتقييد الحقوق العينية العقارية المترتبة عن الإرث، يجب على الورثة أو الموصى لهم أن يقدموا للمحافظ على الأملاك العقارية طلبا للتقييد مدعما بكل الوثائق المثبتة لانتقال الحق لفائدتهم بصفة قانونية ". فهذا النص وإن كان لا يفهم منه إلزامية شهر حق الإرث²، إلا أن نص المادة 66³ قد رتب أثرا هاما يجعل من عدم تقييد حق الإرث، مانعا من تقييد أي تصرف يجريه

1858م، وانتشرت مبادئه بعد ذلك وتبنتها معظم التشريعات ضمن أنظمتها العقارية. ينظر: إدريس الفاحوري، التحفيظ القانوني وفق مستجدات القانون رقم 07. 14، دار نشر المعرفة، الرباط، طبعة 2013، هامش(3)، ص 3، 4.

¹ اختلف الفقه المغربي في مفهوم التسجيل الوارد في المادة 489 ق.ل.ع، إذا تعلق الأمر ببيع عقار غير محفظ، فذهب رأي إلى أن التسجيل في هذا المقام هو تسجيل العقد بمصلحة الضرائب، ويذهب رأي آخر إلى أن الأمر يتعلق بالعقارات المحفظة، أما غير المحفظة فلا تكون موضوع تسجيل لانعدام السجلات العقارية المتعلقة بها. وهناك رأي ثالث هو للدكتور إبراهيم فكري، حيث يرى أن المقصود بالتسجيل هو سجلات المحكمة الابتدائية الواقع في دائرة نفوذها العقار محل التصرف بالبيع. ينظر: جيهان بونبات، المرجع السابق، ص448؛ إبراهيم فكري، تمام بيع العقار وما يترتب عليه من حقوق وأشياء...، مداخلة مقدمة في أشغال الندوة العلمية الوطنية المنظمة من قبل مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية، بكلية الحقوق بمراكش يومي 11-12/04/2005، ص 194.

² ذهب الدكتور محمد خيري إلى أن المشرع لما حذف عبارة " إذا رغب الورثة" من نص المادة 82 المعدلة، يفهم منه أن تقييد حق الإرث أمر واجب (محمد خيري، المرجع السابق، ص486)، لكن الرجوع إلى نص المادة 82 سواء الصياغة العربية أو الفرنسية لا يتضح منه هذا الوجوب، بل ظاهر الصياغة يدل على أن الوجوب يتعلق بالطلب والوثائق الثبوتية، والتي يجب تقديمها للمحافظ.

³ جاء في الفصل 66 من القانون رقم 07. 14 المتعلق بنظام التحفيظ العقاري على أن: " كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتقييده، وابتداء من يوم التقييد في الرسم العقاري من طرف المحافظ على الأملاك العقارية، لا يمكن في أي حال التمسك بإبطال هذا التقييد في مواجهة الغير ذي النية الحسنة".

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

الورثة في عقارات التركة، ولكن ليس لهذا الأثر تقييد في انتقال التركة، فهي تنتقل إلى الورثة مباشرة بعد الوفاة - كما سبق بيانه - ولا يعتبر عدم الشهر مانعا من ذلك، بل هو مجرد إشهار لحق أوجده سبب سابق عنه¹.

البند الثاني: التصرف في عقارات ومنقولات التركة المدينة:

الفقرة الأولى: التصرف في العقار:

إذا كان عدم شهر حق الإرث ليس مانعا من تملك الورثة لأعيان التركة منذ الوفاة، فهذا معناه أن كل تصرف صادر عن الورثة قبل تسجيل حق الإرث يعتبر صحيحا؛ لأنه صادر من مالك، كل ما في الأمر أنه لا يجوز تقييده؛ لأن ذلك متوقف على شهر حق الإرث أولا، ومادام هذا التصرف صحيحا فيمكن المتصرف إليه أو المشتري أن يجبر الوارث المتصرف على تقييد حق الإرث، وهذا حتى يتسنى له تقييد حقه الذي اشتراه، ولهذا فلا خطر على دائني المورث (التركة) من مزاحمة المشتري من الوارث؛ طالما لم يتم تسجيل حق الإرث، لأن المشتري في هذه الحالة لا يعدو أن يكون مجرد دائن عادي للوارث، فلا يقوى حينها على مزاحمة دائني التركة في التنفيذ على أموالها. ولكن إذا تم تقييد حق الإرث، كان للمشتري من الوارث أن يقيد حقه، وحينها ستظهر مشكلة التنازع بين دائني التركة (المورث) وبين المشتري من الوارث، ولعلاج هذه المشكلة، وبيان الأسس التي بها يتفاضل أحدهما على الآخر، لا بد من التفرقة بين التركات الخاضعة لنظام التصفية، والتركات غير خاضعة لهذا النظام².

أولا: التركات الخاضعة لنظام التصفية:

إذا تم تقييد القرار الصادر بتعيين المصفي عند افتتاح التركة، فإن دائنيها بما لهم من حق متعلق بأموالها التنفيذ في مواجهة كل من يتلقى حقا عينيا على عقار من عقارات التركة المدينة، وهذا

¹ محمد خيرى، المرجع السابق، ص 472؛ قرار عدد 3191 المؤرخ في 2006/11/01، الملف المدني عدد 2891
2005/03/01، نقلا عن أحمد اليوسفي العلوي، المرجع السابق، ج1، ص21.

² محمد خيرى، المرجع السابق، ص 472 وما بعدها.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

طبقا لمقتضيات الفصول 375 وما بعدها من مدونة الأسرة¹. وبالخصوص الفصل 376 والتي جاء فيها: " لا يجوز لأي وارث أن يتصرف في مال التركة إلا بما تدعو إليه الضرورة المستعجلة، ولا أن يستوفي ما لها من ديون أو يؤدي ما عليها بدون إذن المصفي، أو القضاء عند انعدامه"². فهذا النص يجعل من وقت تعيين المصفي سببا في غل يد الورثة عن التصرف في أعيان التركة، إلا بما دعت إليه الضرورة كتجهيز الميت ودفنه، أو ما يهدد التركة من ضياع وتلف، أو الإنفاق على من كان الهالك يعولهم من الورثة. وإذا كان غل أيدي الورثة عن التصرف في أعيان التركة عند تعيين المصفي، فهل معنى هذا أن تصرفهم وكيف باطلا؟ أم فقط غير نافذ في مواجهة الغير؟

الإجابة عن هذا السؤال تقتضي الرجوع إلى مسألة مدى انتقال ملكية التركة بالوفاة، وهذه المسألة - كما سبق بياها - يتنازعها رأيان: الأول يغلب نصوص مدونة الأسرة، وبالتالي لا تنتقل التركة إلا بعد التصفية، وعلى هذا الأساس فتكليف تصرف الورثة في أعيان التركة قبل وأثناء التصفية هو البطلان لا عدم النفاذ؛ لصدورها من غير مالك³، وإذا كان التصرف باطلا؛ فإنه طبقا لنص الفصل 306 من ق.ل.ع لا يولد أي أثر، إلا استرداد ما دفع بغير حق تنفيذا له، وبناء على هذا ففي عقد البيع يكون للمشتري فقط الرجوع على البائع الوارث. بما دفع من ثمن.

أما الرأي الثاني والذي يغلب نصوص قانون الالتزامات، بل وحتى بعض نصوص مدونة الأسرة نفسها - فكما سبق - فالتركة تنتقل بمجرد الوفاة، ولذلك فلا سبيل لإبطال التصرف لأنه صادر من مالك، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن نص الفصل 376 من مدونة الأسرة لم

¹ هذه النصوص المنظمة لتصفية التركة كانت مضمنة في قانون المسطرة المدنية، ولكن ألغيت بمقتضى القانون رقم 03. 72 المؤرخ في 03 فبراير 2004 (ج ر، ع 5184، صادرة بتاريخ: 05 فبراير 2004، ص 453)، وضمنت في نصوص مدونة الأسرة بمقتضى القانون 03. 70 المؤرخ في 03 فبراير 2004، المعدل والمتمم، (ج ر، ع 5184، صادرة بتاريخ: 05 فبراير 2004، ص 418)، ولكن الغريب في الأمر أن الدكتور محمد خيرى قد دلل بالفصول التي كانت في المسطرة المدنية، والتي ألغيت منها سنة 2004، ومؤلفه صدر سنة 2014، ولا أدري لماذا هذا؟ . ينظر: محمد خيرى، المرجع السابق، ص 474.

² هذا الفصل كان يحمل رقم 272 قبل تعديل نصوص المدونة.

³ النصري فؤاد، المرجع السابق، ص 197، 198.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

ينص صراحة على بطلان التصرف، لهذا فلا مجال لإعمال الفقرة الثانية من الفصل 306 من قانون الالتزامات وبالتالى فتصرف الورثة يكيف على عدم النفاذ في مواجهة دائني التركة، حيث يكون لهؤلاء حق التنفيذ في مواجهة كل من تلقى حقا عينيا على عقار من عقارات التركة المدينة، ولكن بشرط " أن يتقدموا بتسجيل ديونهم لدى المصفي خلال الأجل المعين"¹. وإذا صح هذا التكييف كان للمشتري، في حالة ما إذا نفذ الدائنون بحقهم على العقار المبيع، أن يرجع بدعوى الاستحقاق على البائع الوارث، وفقا للقواعد المقررة في عقد البيع.

ثانيا: التركات غير الخاضعة لنظام التصفية:

جاء الفصل 375 من مدونة الأسرة على أنه. " تعين المحكمة لتصفية التركة من يتفق الورثة على اختياره، فإذا لم يتفقوا على أحد، ورأت المحكمة موجبا لتعيينه، أجبرتهم على اختياره، على أن يكون من الورثة بقدر المستطاع، وذلك بعد سماع أقوال هؤلاء وتحفظاتهم". وواضح من هذا النص وبخاصة عبارة " ورأت المحكمة موجبا لتعيينه" أن تصفية التركة الجماعية، وخضوعها للمصفي أمر اختياري، جوازي، حيث يمكن أن يقرره، أو يرفضه إذا رأى مبررا لذلك. وإذا كان المشرع المغربي قد منع الورثة من التصرف في أعيان التركة الخاضعة للتصفية الجماعية، فإنه سكت عن حالة عدم خضوع التركة للتصفية، ومن ثم فلا حظر على الورثة في ذلك²، ومن هنا فإذا قام الورثة بالتصرف في أعيان التركة المدينة، كان لدائنيها حيلة وسائل منحهم إياها المشرع المغربي، حماية لحقوقهم، شريطة تسجيلها قبل تسجيل المتصرف إليهم، وتمثل هاته الوسائل في:

أ. تسجيل الحجز التحفظي: طبقا للفصل 452 وما بعده من قانون المسطرة المدنية، بإمكان

الدائنين الذين تعلق حقهم بعقارات التركة فور الوفاة، الحصول على حق قضائي يخولهم

الحجز التحفظي على هذه العقارات وتسجيله، وبذلك يكون غير نافذ في حقهم أي

¹ محمد خيرى، المرجع السابق، ص474.

² النصري فؤاد، المرجع السابق، ص202، 211.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

تصرف يجريه الورثة على هذه العقارات¹. وحينها سيكون للمشتري حق الرجوع على البائع أيضا طبقا لقواعد ضمان التعرض والاستحقاق.

ب. تسجيل رهن جبري: وهذا الإجراء كان فيما سبق لكنه ألغي بموجب أحكام القانون رقم 08.39 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، وهذا الإجراء نص عليه الفصل 171 من ظهير 02 يونيو 1915، حيث أجاز للدائنين والموصى لهم أن يحتفظوا بحقهم في إبقاء التركة مفصولة عن ذمة الوارث بتسجيل رهن جبري ينجز داخل ثلاثة أشهر من افتتاح التركة، حيث يؤدي القيام بالتسجيل في الأجل المذكور بقاء أي تصرف يجري على هذه العقارات عدم الأثر².

أما إذا لم يبادر الدائنون باتخاذ هذه الوسائل، وقام المتصرف إليه أو المشتري بتسجيل هذا التصرف، فالأصل أن تنتقل هذه العقارات إلى المشتري، ولا سبيل لدائني التركة في التنفيذ على هذه العقارات³، وليس لهم إلا الرجوع على الورثة بما بقي في أيديهم من أعيان التركة إن كان كافيا، وإلا فبنسبة مناب كل واحد حسب الفصل 229 من ق.ل.ع. ومع هذا فهناك جانب من الفقه ذهب إلى التفرقة بين المشتري حسن النية، والمشتري سيء النية، فبالنسبة للأول فلا سبيل للتنفيذ على العقارات التي اشتراها من الوارث، أما بالنسبة للثاني فيمكن للدائنين التنفيذ بحقهم على هذه العقارات، ولكن بعد طلب إبطالها حسب المفهوم المخالف للفقرة الثانية من الفصل 66 المتعلق بقانون التحفيظ العقاري، والتي جاء فيها: "لا يمكن في أي حال التمسك بإبطال هذا التقييد في مواجهة الغير ذي النية الحسنة". فالمفهوم المخالف لهذا النص يجيز التمسك

¹ محمد خيرى، المرجع السابق، ص 474، 475.

² ظهير 02 يونيو 1915 ألغي بموجب القانون رقم 39.08 والمتعلق بمدونة الحقوق العينية، وبالتالي فهذا الإجراء الذي نص عليه الفصل 171 من الظهير الملغى لم يعد ساري المفعول، ولكن الغريب في الأمر أن الدكتور محمد خيرى أورده في كتابه على أساس أنه إجراء لا يزال ساري المفعول، رغم أنه ألغي عام 2011 وكتابه صدر في 2014. ينظر: محمد خيرى، المرجع السابق، ص 475.

³ في هذه الحالة يفضل ويقدم المشتري من الوارث على دائن التركة، وهذا ما يفهم مما أورده الدكتور محمد خيرى، ينظر: المرجع السابق، ص 474.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

بإبطال قيد التصرف في مواجهة الغير ذي النية السيئة، وهذا إعمالاً لمبدأ أن لا تركة إلا بعد سداد الدين¹. ولا يكون للمشتري حينها إلا حق الرجوع باسترداد ثمن المبيع حسب الفصل 539 والفصل 540 من ق.ل.ع.

الفقرة الثانية: التصرف في المنقول²:

إذا كان التصرف وارداً على منقولات التركة الخاضعة لنظام التصفية الجماعية، فإن التصرف في أعيان هذه التركة يعد أمراً محظوراً - كما سبق بيان ذلك - وبالتالي يكون لقيد أمر تعيين المصفي أثره في حق دائني التركة من التنفيذ على منقولات التركة المتصرف فيها، سواء أكان الحائز لهذا المنقول حسن النية أو سيئها³. فإذا تم التنفيذ على هذا المنقول كان للحائز وهو المشتري حق الرجوع على البائع الوارث بالثمن إن كان البائع حسن النية، وإلا رجع بالثمن وجميع المصروفات المنفقة إن كان سيء النية، وهذا طبقاً لأحكام قانون الالتزامات والعقود⁴. أما إذا كانت التركة غير خاضعة لنظام التصفية الجماعية، فقد ذهب البعض إلى أن المشتري حسن النية لا يملك المنقول الذي حازه، ولا تطبق قاعدة "الحيازة سند الملكية في المنقول"؛ لأن التصرف من أساسه باطل؛ إذ هو صادر من غير مالك، فيبقى المنقول من مشتريات التركة، ويكون للدائنين حينئذ حق التنفيذ بدینهم على هذا المنقول⁵. ولكن الرأي الصواب أن المشتري يملك المنقول الذي حازه بحسن نية، وتطبق قاعدة "الحيازة"؛ لأن التصرف الصادر من البائع الوارث صحيح، إذ هو مالك لأعيان التركة منذ الوفاة مباشرة، ولذلك فلا سبيل للدائنين في التنفيذ على هذا المنقول، اللهم إلا إذا كان سيء النية، بأن كان يعلم أن على التركة ديناً لم يسدد، أو أقاموا الدليل على سوء نيته، فحينئذ يكون لهم الحق في التنفيذ على هذا المنقول، أما

¹ النصري فؤاد، المرجع السابق، ص 215 وما بعدها.

² دائماً أقصد المنقول المادي الذي لا يخضع لإجراءات الشهر.

³ النصري فؤاد، المرجع السابق، ص 198.

⁴ ينظر الفصل 540 من ق.ل.ع.

⁵ النصري فؤاد، المرجع السابق، ص 212.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

المشتري فلا يملك حينها إلا حق الرجوع على البائع الوارث بدعوى ضمان التعرض والاستحقاق؛ لأنها من التزاماته الناشئة عن العقد.

الفرع الثالث: في القانون التونسي:

قبل الحديث عن تصرف الورثة بالبيع في التركة المدينة، وجب الحديث عن شهر حق الإرث في القانون التونسي، إذا كان يشتمل على عقار، وهذا حتى يتضح مركز البائع (الوارث) والمشتري.

البند الأول: شهر حق الإرث:

يعرف النظام العقاري التونسي نوعين من العقارات، فهناك عقارات غير مسجلة، وهي العقارات التي لم تخضع لعملية المسح بالمصطلح الجزائري، أو التحفيظ بالمصطلح المغربي، وهذه العقارات غير خاضعة للتسجيل (الشهر) في السجل العقاري، ولكن إذا كانت موضوع بيع، فيجب أن تحرر في عقد مكتوب ثابت التاريخ، وتسجل لدى قبضة المالية؛ حتى يكون نافذا في حق الغير¹. وعليه إذا اشتملت التركة على عقارات غير مسجلة، لم يكن الورثة بحاجة إلى تسجيل حق الإرث في السجل العقاري، فهي تنتقل بموجب ما تقتضيه الأحكام العامة². أما العقارات المسجلة، وهي التي تخضع لعملية المسح أو التحفيظ، وتطبق عليها أحكام مجلة الحقوق العينية³، فيجب أن ترسم في السجل العقاري، جاء في الفصل 305 من م.ح.ع. أن : " كل حق عيني لا

¹ ينظر نص الفصل 581 من م.ل.ع، والذي عدل بموجب القانون عدد 47 لسنة 1992، المؤرخ في: 04 ماي 1992، وقد حدد موعد دخول هذا القانون حيز التنفيذ بعد ثلاث سنوات من تاريخ صدوره. ينظر: الرائد الرسمي التونسي، ع29، صادر بتاريخ: 12 ماي 1992، ص 549. كما مدد أيضا ثلاث سنوات أخرى بموجب القانون ع37 المؤرخ في: 24 أبريل 1995. ينظر: الرائد الرسمي التونسي، ع33، صادر بتاريخ: 25 أبريل 1995، ص796، ثم مدد ثلاث سنوات أخرى بموجب القانون ع30 المؤرخ في: 20 أبريل 1998. ينظر: الرائد الرسمي التونسي، ع32، صادر بتاريخ: 21 أبريل 1998، ص815. ينظر أيضا: نذير بن عمو، العقود الخاصة (البيع والمعاوضة)، مركز النشر الجامعي، تونس، المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت، ط1، 2008، ص165.

² منير الفرشيشي، الفريضة في نطاق الملكية العقارية، مجلة التنوير، المعهد العالي لأصول الدين، جامعة الزيتونة، تونس، ع8، 2006، ص501.

³ محمد بونبات، العقار في المغرب وترسيم المعاملات العقارية في دولة تونس، مجلة الأملاك، المغرب، ع2، 2007، ص13.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

يتكون إلا بتسجيله بالسجل العقاري وابتداء من ذلك الترسيم وإبطال الترسيم لا يمكن أن يعارض به الغير الذي اكتسب حقوقا على العقار عن حسن نية واعتمادا على الترسيمات بالسجل"¹. فهذا النص لا يشمل كل العقارات المسجلة، وإنما يشمل العقارات الخاضعة للمفعول المنشئ للترسيم²، وهي العقارات المحدثه؛ أي التي أقيمت بشأها تصرفات بعد دخول قانون عدد 46 لسنة 1992 حيز التنفيذ، وكذا العقارات التي حينت رسومها، جاء في قرار تعقيبي مدني عدد 24259 مؤرخ في 10 أفريل 2008: " إن أحكام الفقرة الأولى من الفصل 305 م.ح.ع لا تنطبق إلا على العقارات الخاضعة للمفعول المنشئ للترسيم، كما حددتها أحكام القانون المتعلق بتحيين الرسوم العقارية"³. وبهذا أصبحت العقارات المسجلة خاضعة لنظامين مختلفين: عقارات مسجلة خاضعة للأثر المنشئ للترسيم وعقارات غير خاضعة لهذا المبدأ⁴. ومهما تكن العقارات التي يشملها هذا النص، فإن كل حق عيني يتعلق بهذه العقارات المعنية، يجب أن يخضع للترسيم، وإلا عد غير موجود.

وإذا كانت لفظة "كل" من صيغ العموم فهل معنى هذا أن حق الإرث، إذا تعلق بعقار مسجل، لا يكون إلا إذا رسم في السجل العقاري؟

¹ نقحت بالقانون 46 المؤرخ في: 04 ماي 1992، وخضعت لنفس التمديد المذكور سابقا. ينظر: قانون 46 المؤرخ في 04 ماي 1992. الرائد الرسمي التونسي، ع 29، صادر بتاريخ: 12 ماي 1992، ص 549.

² يقصد به أن الحق لا ينشأ حتى بين الأطراف المتعاقدة إلا بتسجيله على مستوى دور الترسيم، والمشرع التونسي حين أصدر مجلة الحقوق العينية في: 01 جويلية 1885 كان قد تبني نظام الشهر العيني، لكنه في الفترة الزمنية الفاصلة بين صدورهما ودخولها حيز التنفيذ، أدخل مجموعة من التعديلات جعلت الترسيم مجرد شرط للاحتجاج بالحق على الغير، وهو الأمر الذي أدى في النهاية إلى التفرقة بين الأطراف والغير من حيث مدى وجود الحق العيني، وساهم بشكل كبير مع عوامل أخرى في ظهور ما يسمى بالرسوم الجمدة (السجلات العقارية لا تعكس الواقع)، الأمر الذي حدا بالمشرع التونسي إلى إدخال مجموعة من الإصلاحات أهمها قانون 46 لسنة 1992، الذي مهد بشكل تدريجي لعودة مفعول الترسيم المنشئ. ينظر: أحمد بلحاج جراد، المجال الزمني لمبدأ المفعول المنشئ للترسيم، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق، جامعة صفاقس، ع 9، 2002، ص 125 وما بعدها.

³ قرار تعقيبي مدني عدد 24259 مؤرخ في: 10 أفريل 2008، نشرة محكمة التعقيب، القسم المدني، 2008، ج 1، ص 279، نقلا عن مصطفى صخري، المرجع السابق، ص 237.

⁴ منير الفرشيشي، المرجع السابق، 495؛ نذير بن عمو، المرجع السابق، ص 174.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في الشركة قبل سداد الديون

هذه المسألة فيها رأيان: الرأي الأول: يرى أن حق الإرث لا يتكون إلا بتسجيله في السجل العقاري، طبقاً لمبدأ المفعول المنشئ للتسجيل الذي أحيطه المادة 305 السابقة الذكر¹. أما الرأي الثاني فيذهب إلى أن حق الإرث مستثنى من هذه القاعدة، حيث إن حق الإرث لا ينشأ من وقت التسجيل، بل يسري بأثر رجعي إلى زمن وفاة المورث. ويعتبر الرأي الثاني هو الأرجح؛ لأن ملكية الشركة تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة، لذلك فلا بد أن يسري التسجيل بأثر رجعي إلى هذا الزمن، وهذا الرأي هو ما ذهب إليه أغلب شراح القانون التونسي².

البند الثاني: القواعد الحاكمة لموضوع تصرف الورثة بالبيع في الشركة المدينة

سيكون الحديث أولاً عن إدارة الشركة من طرف الورثة، ثم من طرف المصفي، وفي كل تناول حكم التصرف بالتفويت وأثره على الدائن.

الفقرة الأولى: إدارة الشركة من طرف الورثة:

الأصل أن الشركة تدار ويتصرف فيها من قبل الورثة؛ لأن ملكية أموالها قد انتقلت إليهم مباشرة بعد وفاة المورث، وبالتالي فمن حق الورثة إدارة الشركة، والتمتع بسلطة التصرف فيها طبقاً لمقتضيات أحكام المال المشترك، سواء أكان التصرف من وارث واحد (المادة 59 م.ح.ع)، أو من أغلب الشركاء أو كلهم (المادة 69 م.ح.ع)، إذ هذه الأحكام لا تفرق في المال الشائع بين أن يكون مصدره الميراث، أو غير الميراث، فما دام لا يوجد نص يمنع ويعرقل الورثة من التصرف في الشركة، فالتصرف بالتفويت في ممتلكاتها من قبل الورثة جائز، سواء أكانت هذه الشركة معسرة، أو غير معسرة، وسواء أتم سداد الديون أم لم يتم ذلك، ولا يمكن اعتبار هذا تفويتاً في ملك الغير؛ لأن الغير هنا هو المورث، وقد زال ملكه بالوفاة. فإذا قام الورثة أو أحدهم ببيع

¹ منير الفرشيشي، المرجع السابق، ص 501.

² رانية الحشيشة، إدارة الملكية العقارية والتسجيل، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق، جامعة صفاقس، تونس، ع19، 2012، هامش (12)، ص159؛ حاتم محمدي، المرجع السابق، ص145، 146؛ حاتم بن عبد الحميد الرواتي، المرجع السابق، ص377؛ رمزي الساسي، إشهار الحق العيني العقاري، المرجع السابق، ص43 وما بعدها؛ علي كحلون، المرجع السابق، ص406.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

مشمات التركة، سواء أكانت منقولات أم عقارات، وقام المشتري بجيازة المنقول المشتري ، وبالإجراءات اللازمة لنقل ملكية العقار، فالأصل أن الملكية تنتقل إلى المشتري، طالما أن التصرف صادر من مالك.

أما بالنسبة لدائن التركة ، فيكون له حيال هذا التفويت أمران اثنان:

• الأمر الأول: إذا لم يكن هذا التفويت مضرا بمصلحته، فيكون له - للدائن - الحق في

مطالبة الورثة بسداد الدين في حدود قيمة المخلف، فإن امتنعوا كان له الحق في التنفيذ ضدهم سواء في أموالهم الخاصة أو المكتسبة بمفعول الميراث، أو التي حلت محلها، بطريق الأولوية طبقا لنص المادة 553 م.أ.ع¹ ، ذلك لأن ديون المورث تنتقل إلى ذمة الوارث.

• الأمر الثاني: إذا كان هذا التفويت مضرا بحقوقه ، كان له الحق في الطعن في هذا

التصرف؛ حتى لا يكون نافذا في حقه، وهذا الطعن هو تطبيق خاص للدعوى البوليانية أساسه الفصل 553 م.أ.ع².

فإذا تم هذا الطعن وقام الدائن بالتنفيذ على ما تم بيعه من مشمات التركة، كان للمشتري حينئذ حق الرجوع بدعوى ضمان التعرض والاستحقاق، وفق ما هو منصوص عليه في قواعد البيع.

هذا وأشير إلى أن الورثة إذا قاموا بتفويت عقارات التركة ولم يقوموا قبل ذلك بشهر حق الإرث، فلا يمكن للمشتري شهر حقه، ولكن لا يعتبر هذا التصرف باطلا ؛ لأن الشهر ليس شرطا لصحة التصرف ، فالتفويت يقع صحيحا ، ولو من غير شهر حق الإرث ، ذلك لأن المشرع قد قصد بذلك تحقيق مبدأ تسلسل الترسيمات لا غير، ومع ذلك فإن هذا التصرف حتى وإن عد صحيحا من الناحية القانونية ، إلا أنه لا يولد إلا التزامات شخصية فقط، أما الحق العيني

¹ حاتم بن عبد الحميد الرواتي، المرجع السابق، ص354.

² حاتم محمدي، المرجع السابق، ص145.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في الشركة قبل سداد الديون

فيتعطل بفعل انعدام الترسيم¹. وعلى هذا الأساس سيكون دائن الوارث دائناً عادياً لا يقوى على مزاحمة دائن المورث ، الذي يتقدم عليه بمقتضى الفصل 553 م.ل.ع .

الفقرة الثانية: إدارة الشركة من طرف المصفي:

جاء في الفصل 135 م.ح.ع أنه: " إذا طلب أحد الورثة تعيين مصف للشركة عين رئيس المحكمة المختص بإذن على عريضة يكون من تجمع الورثة على اختياره، أو يكون بقدر المستطاع من بين الورثة " ².

فهذا النص يدل على أن تعيين مصف للشركة أمر جوازي اختياري لا إجباري³. وإذا كان تعيين مصف للشركة، الأصل فيه أن تغل يد الورثة عن التصرف في الشركة، وأن توقف كل إجراءات التنفيذ الفردية ضد الورثة وتوجه نحو المصفي، فهل هذا الأمر يعرفه القانون التونسي؟

إن غل أيد الورثة وتوقيف إجراءات التنفيذ الفردية ضد الورثة هو أمر تعرفه القوانين التي تتبنى نظام التصفية الجماعية، وهذا النظام ينطوي على إجراءات طويلة ومعقدة ومكلفة؛ إذ يليق بالتركات الكبيرة المثقلة بالديون⁴ ، أما القانون التونسي فلا يعرف نظام التصفية الجماعية، بل أخذ من هذا النظام حق الوارث في طلب تعيين مصف للشركة، وفق ما نص عليه الفصل

¹ المرجع نفسه، ص146.

² قانون ع5 لسنة 1965 المؤرخ في: 1965/02/12 يتعلق بإصدار مجلة الحقوق العينية، الرائد الرسمي التونسي، ع10، ، صادر بتاريخ: 19-23 فيفري 1965، ص200.

³ حاتم بن عبد الحميد الرواتي، المرجع السابق، ص358.

⁴ السنهوري، الوسيط، (ط3)، ج4، ص350.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

135 فقط ، ولم يأخذ بباقي إجراءات نظام التصفية الجماعية¹، وهذا دليل على أنه آثر الأخذ بنظام التصفية الفردية²، ومعنى هذا أن المشرع التونسي قد اعتبر المصفي مجرد وكيل عن التركة³، وينبغي عن هذا التكييف المعطى للمصفي أمران:

● **الأمر الأول:** أن تعيين مصف للتركة لا يمنع دائني التركة من مطالبة الورثة بديونهم بصفة منفردة، ذلك أن الديون كما هو معلوم في القانون التونسي تنتقل إلى الورثة وتنقسم عليهم كل بنسبة منابه، وبالتالي يكون كل وارث ملزماً التزاماً عينياً بحصته في الدين بحسب المناب الذي آل إليه.

وإذا كان الانتقال الفوري للتركة عقب وفاة المورث يؤدي إلى اختلاط المكاسب الموروثة مع المكاسب الشخصية، كان بناء على هذا إمكانية الدائن أن ينفذ بحقه على هذه المكاسب كلها، ولكن في حدود المخلف⁴.

● **الأمر الثاني:** أن تعيين مصف للتركة لا يحول دون تمتع الورثة بسلطة التصرف في المخلف؛ فغل أيد الورثة عن التصرف في التركة بعد تعيين مصف لها هو أمر يعرفه نظام التصفية الجماعية، وقد سبق بيان أن القانون التونسي لا يعرف نظام التصفية الجماعية، بل يطبق نظام التصفية الفردية.

وعليه سيكون من حق كل وارث التصرف في منابه، ومن حق الورثة - أيضاً - إذا اتفقوا على التصرف في أي مال من أموال التركة، وهذه نتيجة منطقية للقول بأن التركة

¹ دعا أحد الباحثين إلى تبني نظام التصفية الجماعية في التركات العادية في القانون التونسي، وهذا قصد توفير حماية أكبر لدائني التركة من خطر المزاحمة، وخطر تبديد أموال التركة، خصوصاً إذا كانت التركة معقدة ومتشعبة ومثقلة بالديون. ينظر: حاتم بن عبد الحميد الرواتي، المرجع السابق، ص 597 وما بعدها.

² حاتم محمدي، المرجع السابق، ص 297، 298؛ حاتم بن عبد الحميد الرواتي، المرجع السابق، ص 383.

³ حاتم محمدي، المرجع السابق، ص 299.

⁴ حاتم محمدي، المرجع السابق، ص 297، 298.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

تنتقل فوراً إلى الورثة عقب الوفاة، وكذا تكييف المصفي بأنه مجرد وكيل عن التركة لا غير¹.

وبناء على ما تقدم من جواز تصرف الورثة في المخلف، ولو مع تعيين مصف لها؛ فإذا قام أحد الورثة بالتصرف في التركة بالبيع مثلاً، سواء أكان منقولاً أو عقاراً، وقام المشتري بما يلزم لنقل الملكية إليه (الحيازة في المنقول)، (والتسجيل في العقار) فالأصل أن تنتقل ملكية ما يبيع من التركة إليه، والأصل أن تطبق قاعدة الحيازة في المنقول، والتسجيل في العقار، ولكن بما أن المشرع التونسي أعطى بعض الضمانات لدائن المورث، لذلك لا حاجة لتطبيقها، حيث إنه حمل الوارث مسؤولية ديون المورث، وإن كان ذلك في حدود المخلف، وهذه المسؤولية متعلقة بمالية التركة لا بأعيانها، وبالتالي يحق للدائن التنفيذ على أموال الوارث سواء أكانت مكتسبة من طريق الإرث، أم من طريق آخر، وهذا كله إذا امتنع الوارث عن سداد الدين، وهنا نلاحظ أن المشرع أعطى لدائن المورث أفضلية التقدم على دائني الوارث عند التزاحم، " عملاً بقاعدة الفصل 553 م.أ.ع، ومن ميزات هذا التفضيل أنه لا ينهض على تأمين عيني من امتياز أو غيره، بما أنه ممنوح للدائنين العاديين للمورث؛ كي يواجهوا به دائني الوارث، وإن كانوا من أصحاب التأمينات العينية، ولا يحتاج الدائن العادي إلى إشهار هذا التفضيل؛ لأنه غير قائم على معيار أسبقية الحق خلافاً على غيره"².

فضلاً عن هذا كله، فإن المشرع التونسي أعطى ميزة أخرى لدائن المورث، وهي حق الطعن في تصرفات الورثة إذا كانت هذه التصرفات ضارة بمصالحه وحقوقه، وهذا الطعن هو تطبيق خاص للدعوى البوليانية، تأسيساً على الفصل 553 م.أ.ع، لا الفصل 306 م.أ.ع³.

¹ المرجع نفسه، ص 298، 299.

² حاتم بن عبد الحميد الرواتي، المرجع السابق، ص 388.

³ حاتم محمدي، المرجع السابق، ص 145.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

وفي هذه الحالة الأخيرة، إذا تم الطعن وأمكن دائن المورث التنفيذ بدينه على ما تم بيعه، كان من حق المشتري الرجوع على الورثة البائعين بدعوى ضمان الاستحقاق، وفق ما هو مقرر في عقد البيع¹.

خلاصة الفصل:

وفي خلاصة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريعات القانونية، في مسألة بيع التركة قبل سداد الدين نجد أن نصوص الفقه الإسلامي قد راعت وقدمت حق دائن التركة على حق المشتري، إلى درجة أن بعض المذاهب قد أبطلت التصرف في حد ذاته، عكس بعض المذاهب الأخرى التي جعلت التصرف موقوفاً على مدى سداد حق الدائن، كما منحت بعض نصوص الفقه الدائن حقاً على التركة شبيهاً بحق الرهن، وسموه الرهن الشرعي في مقابلة الرهن الاتفاقي العقدي، وهم في هذا كله يطبقون قاعدة " لا تركة إلا بعد سداد الدين " بشكل صارم وتقديراً لشأن الدين في الفقه الإسلامي، على خلاف التشريعات القانونية، التي حاولت أن توازن بين حق الدائن وحق المشتري حسن النية، وإن كان ذلك بشكل متفاوت بينها، ففي التشريع المصري الذي عالج المسألة في نصوص صريحة ودقيقة، استطاع من خلالها أن يوازن بين مصلحة دائن التركة و بين

¹ ينظر الفصول: 636 وما بعدها من م.أ.ع.

الباب الأول : بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون

مصلحة المشتري خصوصا إذا كان حسن النية، فبين متى يقدم حق الدائن، ومتى يقدم حق المشتري، وذلك من خلال حق التأشير الهامشي الذي منحه للدائن. وكان قبل هذا قد كيف الدين المتعلق بالتركة على أنه رهن قانوني (حق عيني تبعي) وهو تكييف استعاره من الفقه الإسلامي¹، وهذا كله لا نجد له مثيلا في تشريعات الدول المغاربية (الجزائر، المغربي، التونسي)، وإن كان هذين الأخيرين (المغربي والتونسي) قد منحا بعض الضمانات لدائن المورث، وما فعله المشرع التونسي من منح دائن المورث أفضلية على دائن الوارث ولو كان لهذا الأخير تأمين عيني، يعتبر إلى حد ما حماية كافية، ولكن مع ذلك لا ترتق إلى دقة ما أخذ به المشرع المصري.

وفي الختام فإن هذه الأحكام المذكورة سلفا إن هي إلا مقارنة فقهية في ضوء نصوص قانونية عامة، حاول الباحث عبرها تلمس موقف هذه التشريعات، ولذلك يأمل أن تحذو حذو المشرع المصري، وتضمن مدوناتها نصوصا دقيقة واضحة تنظم هذه المسألة.

¹ وهذا عند من يرى ذلك .

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

إن بيع التركة يقصد به أن يقوم الوارث البائع ببيع نصيبه في التركة كمجموع من المال ، لا مال محدد ومعين بذاته ، إلى أجنبي غير وارث ، أو إلى وارث آخر فيما يعرف بالتخارج¹.

ويتضح من هذا التعريف أن بيع التركة عند إطلاقه ينصرف إلى هاتين الصورتين ، وهذا هو المعنى الخاص لبيع التركة. ولمعرفة أحكام هاتين الصورتين ، فقد قسمت هذا الباب إلى فصلين تناولت في الفصل الأول أحكام الصورة الأولى ، وفي الفصل الثاني تناولت أحكام الصورة الثانية.

¹ وزارة العدل ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، العقود المسماة، ج4، ص208.

الفصل الأول : بيع الوارث حصته في التركة لأجنبي غير وارث

إن المشرع الجزائري حين نظم بيع التركة بنصوص خاصة، يعني أنه قد أخضعه لقواعد تميزه عن سائر البيوع؛ وحتى نعرف هذه القواعد والأحكام، فقد قسمت هذا الفصل إلى مبحثين تناولت في المبحث الأول: الالتزامات التعاقدية المتولدة، وفي المبحث الثاني تناولت شروط بيع التركة.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

المبحث الأول: الالتزامات المتولدة

إن الالتزامات المتولدة من العقد تنقسم إلى قسمين: التزامات متقابلة تخص فرقاء العقد، والتزامات متولدة تؤثر في طبقة الغير.

وعلى هذا الأساس سأقسم هذا المبحث إلى مطلبين: أحص الأول بالحديث عن الالتزامات التعاقدية المتقابلة (بين الفريقين) ، والثاني أتناول فيه الالتزامات المؤثرة في طبقة الغير.

المطلب الأول: الالتزامات التعاقدية بين الفرقاء

يعتبر بيع التركة في المبدأ العام كغيره من البيوع العادية، فلذلك فهو يخضع لمثل ما يخضع له سائر البيوع من قواعد النشأة والالتزامات المتولدة ، حيث ينعقد هذا البيع بالتراضي كقاعدة عامة، فإذا التقى الإيجاب والقبول على الوجه الصحيح؛ رتب التزامات متقابلة، إحداها في ذمة البائع الوارث، والأخرى في ذمة المشتري الأجنبي، ولمعرفة هذه الالتزامات المتقابلة، سأقسم هذا المطلب إلى فرعين: الفرع الأول في النظر القانوني والفرع الثاني في النظر الشرعي.

الفرع الأول: في النظر القانوني

تتمثل التزامات البائع الوارث في: الالتزام بنقل حصته المباعة إلى المشتري الأجنبي، وثانيا في الضمان، أما التزامات المشتري فتتمثل في دفع الثمن، ورد ما عسى أن يكون الوارث البائع قد وفاه من ديون التركة، وأخيرا حساب ما عسى أن يكون هذا الوارث البائع دائنا به للتركة. ولتوضيح ما يتميز به هذا البيع عن غيره من أنواع البيوع الأخرى، سأتناول التزامات البائع الوارث (بند أول)، ثم التزامات المشتري (بند ثاني) مركزا على أهم المسائل.

البند الأول: في التزامات البائع الوارث

الفقرة الأولى: الالتزام بنقل ملكية الحصة المباعة للمشتري الأجنبي

إن انتقال الحصة المباعة في التركة باعتبارها مجموعا من المال، لا يعني أن العناصر المكونة لهذا المجموع تفنى وتفقد ذاتيتها في هذا المجموع؛ بل يحتفظ كل عنصر بذاتيته وكيانه ومن ثم ينتقل كل عنصر بحسب الكيفية التي تناسب طبيعته؛ فإذا تطلب الانتقال اتخاذ إجراء معين حتى يكون نافذا في حق المتعاقدين والغير فلا بد من اتباع هذا الإجراء¹.

¹ منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون المدني العقود المسماة البيع والمقايضة والإيجار، دط، 1956-1957، دار المعارف، مصر، ص285.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

وللحديث عن هذا الالتزام يتعين أولاً التطرق لمشمولات المبيع، ثم نتطرق لكيفية الانتقال كالاتي:

أولاً: مشمولات المبيع

I. القواعد العامة

1. الحقوق الداخلة ابتداءً: إن الشيء المبيع وهو التركة أو حصة منها يتحدد عند التعاقد، غير أن مشمولاته تتحدد وقت الوفاة لا وقت البيع، ذلك أن الاتفاق على أن المبيع هو التركة أو حصة منها، معناه أن الفرقاء اتفقوا على إلزام البائع بنقل كل مشمولات التركة، ومعلوم أن التركة يتحدد مضمونها وقت افتتاحها أي عند وفاة المورث، ومن ثم فيدخل في مشمولاتها كل ما آل إلى الوارث من منقولات وعقارات، وإذا كان للتركة حقوقاً قبل الغير، وكان الوارث البائع قد استوفى شيئاً منها فعليه برده كي يدخل ضمن مشمولات الحصة المبيعة. وإذا تصرف الوارث البائع في حصته قبل البيع، كأن باع عيناً منها، أو استبدل شيئاً منها فإنه يلتزم برد ما قبضه من ثمن في حالة البيع، وبرد المستبدل في حالة الاستبدال¹. ولا يقتصر التزام البائع بنقل ما يوجد من أموال التركة المبيعة الموجودة بعينها، وما استوفاه منها، بل يشتمل أيضاً ما قبضه من غلة أو إيراد وهذا من وقت وفاة المورث²، فقد نصت على هذه الأحكام المادة 406 من القانون المدني حيث جاء فيها: " إذا كان البائع قد استوفى ما للتركة من ديون أو باع شيئاً منها وجب أن يرد للمشتري ما قبضه، ما لم يكن قد اشترط صراحة عدم الرد وقت انعقاد البيع"³.

¹ ذهب بعض الفقه تأسيس فكرة التزام البائع برد ما استبدله من مشمولات التركة على فكرة الحلول العيني، ذلك أن المبيع مجموع من المال له كيان مستقل مما يترتب عليه أن ما استبدل من عناصره يدخل في هذا المجموع تطبيقاً لنظرية الحلول العيني. وقد رد هذا الرأي الأستاذ منصور مصطفى منصور واعتبر أن أساس الالتزام هو إرادة المتعاقدين. منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، هامش(1)، ص287. والظاهر أن كلا الأساسين مقبول، فالأول يعمل به عند انعقاد الاتفاق والثاني يعمل به عند وجوده، ولا تعارض بينهما.

² أنور سلطان، العقود المسماة بشرح البيع والمقايضة، مطبعة دار نشر الثقافة، الإسكندرية، ط2، 1952، ص434؛ منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص287.

³ أمر رقم 75 - 58 المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم. ج ر ، 78ع، صادرة بتاريخ: 30 سبتمبر 1975.

هذا وقد أغفل المشرع النص على حكم الهبة الصادرة من البائع قبل البيع، ولذلك اختلف الفقهاء في حكم الرد إلى رأيين، حيث ذهب رأي أول وهم أقلية من الفقهاء إلى أن البائع لا يلزم بالرد للمشتري قيمة ما وهب، في حين ذهب الرأي الثاني ويمثله أغلب الفقهاء إلى وجوب رد قيمة ما استهلكه أو وهبه وهو الرأي الراجح¹، وهذا بناء على مفهوم المخالفة للنص السابق، ذلك أن المشرع لم يرد بذكر البيع في النص على سبيل الحصر - حسب ما يظهر - وإنما أوردته على سبيل المثال فقط، ولذلك يدخل في النص كل تصرف صادر من الوارث البائع للاشتراك في العلة. وإذا كانت الحصة المبيعة تتحدد مشتملاتها من وقت افتتاح التركة لا من لحظة عقد البيع، فهذا يجعلها معرضة إما للزيادة أو النقصان، فإذا كانت قيمتها قد زادت من وقت الافتتاح، ولو بفعله كأن أدخل عليها بعض التحسينات، فإن هذه الزيادة في القيمة لا يحق للبائع الوارث المطالبة بما يعادل هذه الزيادة؛ لأن الغالب أن يراعى ذلك عند تحديد الثمن، أما إذا نقصت قيمتها ولو بفعل الوارث أو تقصيره؛ فإن الفقه لا يعطي للمشتري حق المطالبة بتعويض هذا النقص؛ بناء على أن الوارث البائع قبل البيع كان مالكا، و المالك لا يسأل على تقصيره²، ومن ثم فإن مشتملات الحصة المبيعة تتحدد بالحالة التي كانت عليها وقت البيع.

2. **عودة الحقوق المنقضية:** هناك بعض الحقوق التي قد تعود إلى الوجود وتندرج ضمن مشتملات التركة، وهذا بعد انقضائها بسبب اتحاد الذمة نتيجة الإرث، سواء أكانت هذه الحقوق شخصية أم عينية، ومثل الحق الشخصي أن يكون الوارث مدينا للمورث فينقضي هذا الدين باتحاد الذمة تأسيسا على الميراث؛ فإذا باع الوارث حصته؛ فإن هذا الدين يرجع إلى الوجود ويثبت في ذمته للمشتري ويكون من مشتملات التركة، على أن هذا الحق إذا

¹ أنور سلطان، المرجع السابق، ص434.

Baudry et saignat. Traité Théorique et pratique de droit civil (de la vent et de l'échange), sirey, paris, 3^{ème} édit, 1908, p 905.

² أنور سلطان، المرجع السابق، ص435؛ توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، دار الكتب العلمية، مصر، دط، 1969، ص629.

Baudry et saignat, op. cit, p 905, 906.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

كان يتمتع بكفالة شخصية أو عينية، وقد انقضت بانقضاء الدين الأصلي؛ فإن عودة الدين الأصلي لا تجعل الكفالة تعود وهذا منعا للإضرار بالكفيل وهو من الغير¹.

في حين أن الرهن المقدم من الوارث المدين؛ فإنه يرجع إلى الوجود برجوع الدين نفسه، مع الاحتفاظ بحقوق الغير التي تكون قد ترتبت على العين المرهونة². أما الحق العيني فمثل حق الارتفاق المقرر لمصلحة عقار المورث على عقار الوارث، حيث ينقضي هذا الحق باتحاد الذمة عند الميراث؛ فإذا باع الوارث حصته فهذا الحق العيني المقرر يرجع إلى الوجود ويندرج ضمن مشتملات التركة المبعة كقاعدة عامة، ويستثنى من هذا ما لو تصرف الوارث في عقاره بأن باعه من شخص آخر محررا من حق الارتفاق وهذا قبل أن يبيع حصته، ففي هذه الحالة لا يرجع الحق في الارتفاق إلى الوجود رفعا للضرر عن المشتري الذي اشترى هذا العقار³.

3. الزيادة والنقصان: قد يحصل الوارث البائع عند افتتاح التركة على ضمان خاص لدين التركة (رهن أو كفالة) ، فهذا التأمين يكون من مشتملات التركة، إذ في العادة أن يؤخذ بعين الاعتبار أثناء تحديد الثمن، وهذا يعد من قبيل الزيادة⁴.

أما إذا حدث في مشتملات التركة تلف أو هلك بعض منها فهذا يتحملة المشتري؛ لأنه في العادة أن يؤخذ بعين الاعتبار عند وضع الثمن، ويستوي أن يكون التلف أو الهلاك قد حدث بسبب أجنبي أو بخطأ من الوارث⁵.

غير أن الوارث البائع يتحمل مسؤوليته إذا كان هذا التلف أو الهلاك قد حصل نتيجة غش منه كأن يطلع مثلا المشتري على مشتملات التركة ثم يخفي بعضها أو يتلفها عمدا؛ أو يتعمد عدم قطع التقادم أو عدم قيد الرهن أو تحديد قيده؛ فإن كانت هذه الأفعال قد حدثت قبل بيع الحصة فهذا يعد تدليسا يجعل البيع معه قابلا للإبطال طبقا لقواعد التدليس؛

¹ السنهوري، الوسيط (ط3) ، المرجع السابق، ج4، ص246.

² المرجع نفسه، ج4، ص246.

³ السنهوري، الوسيط (ط3) ، المرجع السابق، ج4، ص246، 247.

⁴ المرجع نفسه، ج4، ص246. Baudry et saignat, op. cit, p 905, 90

⁵ المرجع نفسه ، ج4، ص246. Baudry et saignat, op. cit, p 905, 906

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

أما إن كان بعد البيع فهذا يعتبر إخلالا بالالتزامات التعاقدية تأسيسا على المسؤولية العقدية¹.

4. **بيع الشركة مع وجود وصية:** قد يحدث أن يبيع الوارث حصته في الشركة، وقد حملت الشركة بوصية من قبل المورث في حدود الثلث مثلا؛ ففي هذه الحالة فالوارث يكون قد باع حصته طبعاً بعد تصفية الشركة من الوصية المحددة، وهذا يعني أن البائع الوارث قد باع حصته في ثلثي الشركة لا في الشركة كلها، فإذا اتضح بطلان الوصية فيما بعد، وأن حصة الوارث تشمل كل الشركة لا ثلثها فقط، فالذي يبدو أن الوارث يحتفظ بنصيبه في ثلث الشركة على اعتبار عدم دخولها في الشيء المبيع، بيد أن المسألة مرتبطة أكثر بالإرادة الباطنة للمتعاقدين وما يقصدانه، فإذا قصد البائع الوارث بيع كل حصته في الشركة على تقدير أن الوصية صحيحة، فهنا يندرج ثلث الشركة - الذي كان محلاً للوصية - ضمن مشتريات الشركة دون أن تكون ثمة زيادة في الثمن، وإن أدخل احتمال بطلان الوصية أثناء تقدير الثمن؛ فالبيع يكون من هذه الزاوية احتمالياً، ويندرج ثلث الشركة الذي كان محلاً للوصية ضمن مشتريات الشركة أيضاً، لكن دون أن يزيد المشتري شيئاً في الثمن المقدم على اعتبار أنه روعي أثناء تحديده كما سبق².

II. الاستثناء من المشتريات:

1. **الأشياء ذات القيمة الأدبية:** هناك بعض الأشياء التي لا تندرج بطبيعتها ضمن مشتريات الشركة، وهي أشياء في مجملها ذات قيمة أدبية: مثل الأشياء الشخصية الخاصة بالمورث كأوراق العائلة، والرتب و النياشين وغيرها فهذه لا تدخل فيما تشمله الشركة ومن ثم فلا ينصرف إليها البيع³.

كما لا تندرج أيضاً فيها صفة الشخص كوارث وبالتالي لا ينصرف البيع إلى هذه الصفة، حيث يظل البائع محتفظاً بهذه الصفة قبل الغير، وما يتفرع عن هذا الاحتفاظ من آثار، كما إذا كان المورث مؤمناً لمصلحة ورثته، أو أوقف شيئاً وجعل فيه نصيباً لورثته،

¹ Baudry et saignat, op. cit, p 906

¹ المرجع نفسه ، ج4، ص246.

² السنهوري، الوسيط (3)، المرجع السابق، ج4، هامش (1)، ص247.

³ أنور سلطان، المرجع السابق، ص435، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص288، توفيق حسن فرج، عقد البيع و

Baudry et saignat, op. cit, p909.

المقايضة ، المرجع السابق، ص628، 629؛

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

فيبقى الوارث البائع صاحب الحق في التأمين أو الحق الوقفي، ولا تنتقل هذه الحقوق إلى المشتري الأجنبي، كذلك لو أن بنتا باعت نصيبها في الميراث لابنها، فهذا الابن لا يتحول إلى وارث ومن ثم يحجب غيره، فالمشتري بشرائه حصة الوارث لا يمكن بأي حال أن يصبح وارثاً¹، وهذه نتيجة منطقية للأساس المبني عليه الميراث (السبب محصور)².

2. الاتفاق على خلاف الأحكام السابقة: نلاحظ أن الأحكام السابقة ليست من قبيل النظام العام، ومن ثم فيإمكان المتعاقدين الاتفاق على خلافها، وتبعاً لهذا الاتفاق فإن مشتريات التركة تزيد وتنقص بحسب هذا الاتفاق. وقد أجازت هذا الاتفاق صراحة المادة 406 من القانون المدني.

ثانياً: كيفية نقل الحقوق

نصت المادة 405 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا بيعت تركة فلا يسري البيع في حق الغير إلا إذا قام المشتري بالإجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة فإذا نص القانون على الإجراءات لنقل الحقوق المذكورة بين المتعاقدين وجب أيضاً أن تتم هذه الإجراءات".

فهذا النص يوجب على البائع الوارث اتخاذ الإجراءات التي يتطلبها القانون لنقل بعض الحقوق المتوقفة على ذلك، سواء أكان بين المتعاقدين أم بالنسبة للغير.

I. بالنسبة للمنقولات:

فطبقاً لهذا النص فإن المنقولات المعينة بالذات فإنها أيضاً تنتقل إلى المشتري بمجرد العقد. أما المنقولات المعينة بالنوع فإنها أيضاً تنتقل بمجرد العقد، ولا يتوقف انتقالها على الفرز طبقاً

¹ السنهوري، الوسيط (ط3)، ج4، هامش(7)، ص248؛ توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، هامش(1)، ص628؛ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، المرجع السابق، ج4، ص213؛

Baudry et saignat, op. cit, p 918.

² هذا الكلام يتناسب مع ما هو مقرر في علم الميراث، ذلك أن مما هو مسلم به في علم الميراث أن الورثة مؤسسة على أسباب محدودة ومحصورة في سببين اثنين وهما الزواج، والنسب، وعلى هذا فلا يمكن لأي كان خارج هذين السببين أن يكتسب صفة الوارث.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

للقواعد العامة في البيع، وإنما يطبق عليها القواعد الخاصة ببيع الجزاف¹؛ لأن بيع التركة هو بيع جزافي².

وإلى جانب هذا فهناك بعض المنقولات التي تتطلب إجراءات خاصة، ولذلك فلا بد من استثناء هذه الإجراءات حتى تنتقل الملكية، وذلك مثل بيع السيارات أو السفن، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة السابقة.

II. بالنسبة للحقوق الشخصية:

إذا كان في التركة حقوق شخصية في ذمة مدينها، فهذه الحقوق تنتقل إلى المشتري الذي يملكها شائعة مع بقية الورثة بنسبة حصة الوارث البائع، وهذا الانتقال يعرف في الفقه باسم حوالة الحق، وحوالة الحق تعرف على أنها: انتقال الحق الشخصي الموجود في ذمة المدين من الدائن إلى شخص أجنبي؛ بحيث يحل الشخص الأجنبي محل الدائن في هذا الحق نفسه بجميع مقوماته وخصائصه: صفاته وضمائنه ودفعه³، وبناء على هذا فإن المشتري الأجنبي في بيع التركة يحل محل البائع الوارث في كل ما للتركة من ديون في ذمة المدينين بنسبة ما للبائع الوارث من نصيب.

ونلاحظ في هذا البيع أن حوالة البيع الشخصي تنقل الحق إلى المحال له وهو المشتري الأجنبي، دون الحاجة إلى إعلان مدين التركة أو قبولهم، ذلك أن الحوالة حسب القواعد المنظمة لها لا تشترط لانعقادها ونشوتها رضى المدين أو قبوله؛ لأن إعلان المدين بالحوالة أو قبوله لها هو شرط لنفاذها في حقه وفي حق الغير⁴.

¹ سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص374.

² البيع الجزافي: هو بيع مجموعة من الأشياء توجد في مكان معين دون تفصيل مفرداتها، وبعضهم يعرفه بأنه المبيع الذي يكون موضعه يحمل أشياء مقابل ثمن نقدي بغض النظر عن الوزن والعدد والقياس (ينظر: محمد يوسف الزغي، العقود المسماة: شرح عقد البيع في القانون المدني، ط1، 2006، دار الثقافة، عمان، ص230، 231. ولذلك كان بيع التركة باعتباره مجموعاً من المال ينطبق عليه بيع الجزاف من حيث نقل الملكية.

³ السنهوري، الوسيط (ط3)، المرجع السابق، ج4، ص244، ج3، ص442.

⁴ المرجع نفسه، ج4، ص244، ج3، ص471 وما بعدها؛ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، المرجع السابق، ج4، ص210. تنص المادة 239 من ق.م.ج على أنه: "يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر إلا إذا منع ذلك نص القانون، أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام، وتتم الحوالة دون الحاجة إلى رضا المدين".

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كان للتركة حق شخصي متنازع فيه، فلا يمكن للمدين في هذه الحالة أن يتخلص من المشتري الذي حول الحق إليه، حيث إن الحق المتنازع فيه إذا كان ضمن مجموع من المال بيع جزافا بثمان واحد؛ فالمشتري في هذه الحالة لا يعتبر مضاربا، ولذلك استثنى المشرع هذه الحالة من حكم البيع المتنازع فيه، وعليه ففي بيع التركة كمجموع من المال إذا كان يوجد في مشتملاتها حق شخصي متنازع فيه، وقد تمت حوالتها، فلا يمكن للمدين الذي ينازع في هذا الحق أن يتخلص من مطالبه المشتري له برد الثمن الحقيقي له¹.

III. بالنسبة للحقوق العقارية:

نصت المادة 405 على أنه: " إذا بيعت تركة فلا يسري البيع في حق الغير إلا إذا قام المشتري بالإجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة، فإذا نص القانون على الإجراءات لنقل الحقوق المذكورة بين المتعاقدين وجب أيضا أن تتم هذه الإجراءات"². نلاحظ أن هذا النص بهذه الصيغة قد أثار إشكالا على المستوى الفقهي؛ ذلك أن الفقهاء ولو اتفقوا على أن بيع التركة وإن كان من ضمن مشتملاته عقارات أو حقوق عقارية عينية؛ فإن هذا التصرف لا ينفذ في حق الغير إلا إذا استوفى الإجراءات المنصوص عليها قانونا، والمتمثلة في الشهر (التسجيل)، إلا أنهم اختلفوا في سريان هذه الإجراءات في حق الطرفين (المتعاقدين) فقد ذهب جانب من الفقه من بينهم السنهوري، وبعض فقهاء القانون الفرنسي إلى أن الملكية في بيع التركة تنتقل بمجرد البيع، ويحل المشتري محل الوارث في حصته، ولا حاجة في ذلك للتسجيل، حتى ولو اشتملت الحصة المبيعة على عقار، ذلك أن الذي تنتقل ملكيته هنا هو مجموع من المال³. والملاحظ أن هذا الرأي قد نظر إلى المجموع من المال ككتلة واحدة؛ قد ذابت العناصر المكونة له في ذاتيته، ولذلك فلا حاجة لانتقال ملكية أحد عناصره إلى التسجيل. ولعل هذا التوجيه تعضده العبارة الأخيرة من المادة 405 من ق.م.ج.

¹ السنهوري، الوسيط (ط3)، المرجع السابق، ج3، ص456. ينظر في هذا نص المادة 400 و 401 من ق.م.ج.

² تقابل هذه المادة في القانون المدني المصري المادة 474.

³ توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، هامش(2)، ص626؛ السنهوري، الوسيط (ط3)، ج4، ص243؛ Baudry et saignat, op. cit, p 921 , 922.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

أما الرأي الثاني الذي يمثله غالبية الفقه فقد اعتبر أن التسجيل لازم لنقل الحقوق العقارية سواء أكان ذلك بين المتعاقدين أم بالنسبة للغير، فالنص المشار إليه أعلاه يستلزم التسجيل لنقل الملكية العقارية حتى بين المتعاقدين، ولا يتضمن ما يصرف ذلك إلى حالة بيع عقار بالذات فقط؛ بل ينصرف إلى كل حالة يوجد فيها عقار ضمن مشتملات التركة، ثم إن انتقال الملكية في هذه الحالة لا تخضع لقواعد خاصة - وإن تدعمت بهذا النص - لكن تبقى القواعد العامة واجبة التطبيق، سواء أعلق الأمر ببيع عقار معين بالذات أم كان ضمن مشتملات مجموع من المال، فلا بد من التسجيل، وهذا ما أكدته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري¹. هذا وإن اتضح مما سبق قوة ورجحان الرأي الثاني، لكون النص القانوني الخاص (405) يدعم فكرة التسجيل والشهر لنقل الملكية العقارية؛ التي أتت بها النصوص العامة، ولا يوجد ما يصرف تطبيق هذه القواعد على المجموع من المال المشتمل على عقار، لكن يثار هنا إشكال في القانون الجزائري، ذلك أن المشرع الجزائري يشترط في بيع العقار وجود الرسمية؛ أي وجود إفراغ العقد في شكل رسمي و أمام موظف مؤهل قانونا، وهذا ما يطرح مشكلة ازدواجية العقد في صفقة واحدة؛ أي العقد المتعلق ببيع التركة كمجموع من المال وما يتضمنه من مشتملات بما فيها العقار، والعقد المتعلق بالعقار، فالسؤال المطروح: هل هذا العقد هو جزء من العقد الأصلي للمجموع، أم أن الأول عقد قائم بذاته والثاني عقد قائم بذاته أيضا، ثم ما مصير عدم وجود الرسمية في بيع العقار الموجود ضمن مشتملات التركة؟

أ. **بالنسبة لازدواجية العقد:** في القانون المصري لا يوجد نص يستلزم الرسمية في بيع العقار، وإنما الإجراء الشكلي الوحيد هو التسجيل، ولهذا فالعقد في القانون المصري هو عقد واحد، بينما في القانون الجزائري لا بد من اتخاذ الرسمية أمام موظف مؤهل قانونيا وعادة ما يكون الموثق، وما يقوم به هذا الموظف هو عقد رسمي قائم بذاته، فقد جاء في المادة 324: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ... " والمادة 324 مكرر 1: "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى

¹ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، المرجع السابق، ج4، ص210؛ توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، هامش(2)، ص626؛ أنور سلطان، المرجع السابق، ص433؛ منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص288؛ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص374؛

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

شكل رسمي، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية.....". فمن خلال هاتين المادتين يتضح أن بيع العقار لا بد من إخضاعه إلى الشكل الرسمي، وهذا الشكل هو عقد قائم بذاته، ومن ثم سيكون بيع العقار ضمن مشتريات التركة المبيعة، عقدا مستقلا عن عقد بيع التركة كمجموع من المال، الذي هو عقد رضائي، وبذلك سنكون أمام عقدين اثنين: عقد رضائي للمجموع من المال، وعقد رسمي للعقار الموجود ضمن مشتريات هذا المجموع، وبالتالي فإن بيع هذا العقار بهذه الكيفية سيجعله بيع عين معينة، وهو بيع عادي يخضع للقواعد العامة المتعلقة بعقد البيع، وليس بيع تركة الذي ورد بشأنه نصوص خاصة.

ولذلك ينبغي تعديل المواد المتعلقة بالعقد الرسمي، وذلك بحذف مصطلح العقد وتعويضه بلفظة محرر، حتى يكون العقد الرضائي هو الأساس، والمحرر الرسمي وسيلة يفرغ فيها هذا العقد.

ب. بالنسبة لأثر انعدام العقد الرسمي: سبق وأن ذكرت في الفقرة السابقة أن بيع العقار ضمن مجموع من المال لا بد أن يكون في محرر رسمي بالإضافة إلى شهره؛ لأنه لا يوجد ضمن القواعد المتعلقة ببيع التركة ما يمنع من تطبيق القواعد العامة، وعليه فالسؤال المطروح ما مصير العقار المبيع ضمن مجموع من المال دون أن يخضع للرسمية، فهل هو عقد تترتب عليه آثاره أم أنه باطل لا يترتب عليه شيء؟ في الحقيقة ورد خلاف قضائي في المسألة، ولكن في عقد البيع بصفة عامة؛ ويمكن إسقاطه على بيع التركة باعتباره جزءا من عقد البيع، فقد ورد عن المحكمة العليا اجتهادات متباينة في تفسير النصوص القانونية المتعلقة بالبيع العقاري، ولم تتوحد إلا بعد اجتماع الغرف، نردها كالاتي:

● موقف المحكمة العليا قبل صدور اجتهاد الغرف المجتمعة: بعد صدور قانون التوثيق سنة 1970 والذي يتضمن المادة 12؛ التي أدمجت فيما بعد في القانون المدني في المادة 324 مكرر 1 بموجب تعديل رقم 14/88 الصادر في: 03 ماي 1988، حيث أصبحت المحررات الرسمية هي السندات الوحيدة لنقل أي حق عقاري، واستبعدت المحررات العرفية التي كان معترفا بها قبل صدور هذا القانون، ومع ذلك فإن اجتهاد المحكمة العليا بقي متباينا، حيث انقسم إلى فريقين: فريق أول يرى بطلان كل تصرف يخالف نص المادة

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

324 مكرر1، وفريق ثان يرى صحة العقود العرفية مع ضرورة صرف الأطراف لإتمام الإجراءات القانونية.

فرأي الفريق الأول يظهر في عدة قرارات منها: القرار المؤرخ في: 21/10/1981، الذي جاء فيه أن: "العقد العرفي لا يشكل إلا وعدا بالبيع وبإمكان المشتري المطالبة بتجسيد البيع في شكل عقد توثيقي، وإن حالة عدم التنفيذ لا تحول إلا الحصول على التعويضات المدنية" ¹.

وفي قرار آخر تحت رقم 25699 صادر في: 07/07/1982 جاء فيه أن: "

1. المادة 12 من الأمر التشريعي رقم 70 - 91 المؤرخ في: 15/12/1970 تفرض الشكل الرسمي في العقود التي تتضمن نقل ملكية العقار تحت طائلة البطلان.

2. المادة 71 من ق.م الجديد تنص: إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد.

3. البطلان الذي تنص عليه المادة 12 من قانون التوثيق بطلان مطلق لا يقبل الإجازة طبقا للمادة 102 من ق.م الجديد.

قرار بصحة بيع عقار لم يستوف الشكل الذي فرضته المواد المذكورة - أعلاه - خرق للقانون" ².

فمن خلال هذين القرارين يتضح أن العقد العرفي في المجال العقاري غير ناقل للملكية، إذ يلزم من انتقالها وجود الرسمية، وأقصى ما يولده العقد العرفي في هذا المجال هو التزامات شخصية تسمح بالحصول على التعويض فقط.

أما الفريق الثاني فتجلى اجتهاده من خلال عدة قرارات منها: قرار رقم 46609 الصادر بتاريخ: 12/10/1988، حيث جاء في حثياته: "أن قضاة الموضوع اعتمدوا في قضائهم على العقد العرفي المؤرخ في: 30/06/1973 المتضمن التزام الطاعن وقبضه ثمن البيع وعلى تسليم العقار المبيع ويتجلى من ذلك العقد العرفي رضى الطرفين على البيع والشئ المبيع والتمن وقبضه من الطاعن وبالتالي فأركان البيع متوفرة ولم يخالفوا مضمون المادة 12 المحتج بما

¹ حشود نسيم، المرجع السابق، ص47.

² غ.م، قرار رقم 25699 صادر بتاريخ: 07/07/1982، ن.ق، ع.خ، 1982، ص171؛ نقلا عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، المرجع السابق، ج1، ص181.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

لأنهم ألزموا الطرفين بالتوجه إلى مكتب التوثيق، ولذا علل قضاة الموضوع قرارهم تعليلا سليما كافيا¹.

أما القرار الثاني الذي يتجلى فيه هذا اللون من الاجتهاد فقد صدر بتاريخ: 1990/11/19 تحت رقم 61796، جاء في حيثياته: " أنه كان على قضاة المجلس أن يناقشوا المادتين 351، 361 من ق.م بدل المادة 12 من قانون التوثيق الذي لا يمكن تطبيقها على صورة الحال، خاصة وأن المحررات العرفية أعطاهما المشرع مكانة وتكون في نظر القانون مصدر للالتزامات بين المتعاقدين خلاف لما ذهب إليه قضاة المجلس مما يستوجب معه النقض² "

وفي قرار ثالث تحت رقم 101180 صادر بتاريخ: 1995/05/05 جاء فيه أنه: " من المقرر قانونا وقضاء أن البيع إذا اكتملت أركانه وشروطه جاز للقاضي أن يوجه الأطراف أمام الموثق لإفراغه في الشكل الرسمي ولما كان الثابت - في قضية الحال- أن قضاة الموضوع بإحالتهم لطرفي الدعوى أمام الموثق لإتمام البيع فإنهم طبقوا القانون تطبيقا سليما؛ لأنه لا يمكن الاحتجاج بخرق المادة 12 من الأمر رقم 70-91 التي جاءت في صالح الخزينة العمومية والشهر العقاري فقط³ "

وواضح من هذه القرارات أن قضاة المحكمة العليا قد أقرروا قضاة الموضوع في اجتهادهم الرامي إلى الاعتراف بالعقد العرفي في مجال البيع العقاري متناقضين في ذلك مع اجتهاد الفريق الأول.

● **موقف هيئة الغرف المجتمعة لدى المحكمة العليا:** حسما لهذا التضارب بين القضاة، وتوحيدا للاجتهاد، الذي هو من مهمة المحكمة العليا، أصدرت هيئة الغرف المجتمعة لدى المحكمة العليا قرارا تحت رقم 136156 مؤرخ في 1997/02/18 حيث اعتبرت فيه أن العقد العرفي في المجال العقاري، وإن وُلد التزامات شخصية، إلا أنه باطل بطلانا مطلقا يرجع الأطراف إلى

¹ غ.م، قرار رقم 46609 صادر بتاريخ: 1988/10/12، تطبيقات قضائية في المادة العقارية، 1995، ص54؛ نقلا عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، المرجع السابق، ج2، ص869.

² غ.م، قرار رقم 61796 صادر بتاريخ: 1990/11/19، تطبيقات قضائية في المادة العقارية، 1995، ص41؛ نقلا عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، المرجع السابق، ج2، ص861، (حيث ذكر في هذا المرجع تصحيح لرقم المادة 361 ق.م، إذ ذكرت خطأ تحت رقم 861، والصحيح ما هو ثابت في المتن.

³ غ.م، قرار رقم 101180 صادر بتاريخ: 1995/07/25، القضاء العقاري، 2011، ص11؛ نقلا عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، المرجع السابق، ج4، ص1733، 1734.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

الحالة التي كانا عليها قبل العقد، ولا يمكن تصحيحها بصرف الأطراف بالتوجه أمام الموثق للقيام بالإجراءات الرسمية؛ لكونها متصلة بالنظام العام، إذ القانون حسب المادة 324 مكرر 1 وكذا المادة 79 من ق ت واضح في هذه المسألة، حيث يتطلب وجود محرر رسمي ولا يقبل أي شكل آخر، بل يقع تحت طائلة البطلان إن لم يراع ذلك¹.

وبهذا الاجتهاد حسمت المحكمة العليا بهيئة الغرف المجتمعة مسألة العقود العرفية في مجال المعاملات العقارية، واعتبرت الشكل العرفي باطلا بطلانا مطلقا، ولا يمكن للقضاة تصحيح هذا العقد بصرف الأطراف أمام الموثق لإتمام الإجراءات؛ لأن الشكل الرسمي يتصل بالنظام العام.

وإذا كان هذا الاجتهاد سليما من الناحية القانونية لصراحة النص، إلا أنني أميل إلى ترجيح الرأي الثاني، الذي يتماشى والمنطق القانوني والعقلي السليم، ذلك أن الشكلية ليست داخلية في ذاتية العقد وتركيبه، بل هي شيء خارج عن ماهيته، وبالتالي لا يمكن أن يؤدي انعدامها إلى بطلان العقد، إذ البطلان يرتبه انعدام الرضائية، التي هي من ذاتية وتركيبه العقد، ولذلك أقترح أن يعدل نص المادة 324 مكرر 1 بحذف عبارة " بطلان "، وجعل انعدام الرسمية سببا لعدم نفاذ العقد اتجاه الغير، وسببا لعدم قبول الشهر، وبهذا ينسجم مع المنطق القانوني والعقلي، ومعه سيكون بيع التركة كمجموع من المال إذا كان مشتملا على عقار عقدا رضائيا واحدا لا متعددا.

الفقرة الثانية: الالتزام بالتسليم

لعل أهم ما يميز بيع التركة فيما يخص الالتزام بالتسليم هو تحديد المشتملات، وفيما عدا هذا لا يخضع التسليم لقواعد خاصة تميزه عن التسليم بصفة عامة.

ويتحدد ما يشمل التسليم بكل ما آل إلى الوارث البائع من المورث بصفته وارثا، وذلك بحسب ما يتعلق به البيع، على كل التركة أو حصة منها فقط، وينصرف الأمر فقط إلى الحقوق المالية للوارث عند الوفاة دون غيرها؛ إلا إذا انصرفت إرادة الطرفين إلى غير ذلك. وتسلم أعيان التركة بالحالة التي هي عليها وقت البيع، لا وقت افتتاح التركة، وينتج عن هذا أن المشتري يستفيد مما يطرأ على هذه الأعيان من زيادة في القيمة ولو كان ذلك بفعل من البائع الوارث، ولا

¹ غ.م.ج، قرار رقم 135156، صادر بتاريخ: 1997/02/18، م.ق، ع، 1997، ص 10؛ نقلا عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، المرجع السابق، ج3، ص 947.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

يحق لهذا الأخير أن يطالب المشتري تعويض قيمة ما أنفقه، وبالمقابل لا يحق للمشتري؛ إذا طرأ على هذه الأعيان نقصان مطالبة البائع الوارث قيمة ما نقص، فله الغنم وعليه الغرم، والسبب في هذا أن طرفا العقد عادة ما يراعيان قيمة أعيان الشركة وقت البيع¹.

الفقرة الثالثة: الالتزام بالضمان

لعل أهم ميزة تميز بيع الشركة عن غيره من عقود البيع الأخرى، وجعله لا يخضع للقواعد العامة، أن البائع الوارث لا يقع على عاتقه التزام بضمان ما يعرف في الأدبيات القانونية " بضمان التعرض والاستحقاق " و " ضمان العيوب الخفية "، اللهم إلا إذا استثنينا تصرفاته الشخصية، فإنه يضمنها، ويضمن ما ينتج عنها، أما غير هذا فإنه لا يضمن إلا ثبوت صفة الإرثية.

وسأتي في المبحث الثاني الخاص بشروط هذا البيع الحديث بتفصيل عن ضمان هذه الصفة، وكيفية ثبوتها، وماذا يترتب عن احتماليتها، لذلك سأرجئ الحديث عن تفصيل كل هذا إلى المبحث الثاني تفاديا للتكرار.

البند الثاني: التزامات المشتري الأجنبي

يلتزم المشتري الأجنبي بالتزامات تفرضها القواعد العامة؛ حيث يلتزم بصفة أساسية بدفع الثمن المتفق عليه وتسلم المبيع، كما يلتزم أيضا بدفع المصروفات والمبالغ التي أوجبها القانون، وهو في هذا يخضع لما تقضي به القواعد العامة في البيع، غير أن المشرع خص بيع الشركة ببعض الأحكام التي ترجع إلى التزامات المشتري، حيث نصت المادة 407 من القانون المدني على أنه: " يرد المشتري للبائع وقت انعقاد البيع ما قد وفاه هذا الأخير من ديون الشركة، ويحسب للبائع كل ما يكون دائما به للشركة ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك "، وفيما يأتي بيان ما جاء في هذه المادة من أحكام.

الفقرة الأولى: القواعد الحاكمة للموضوع

أولا: الالتزام برد ديون الشركة وتكاليها

وفقا للقاعدة المقررة في الفقه الإسلامي بأنه لا تركة إلا بعد سداد الدين، فإن المشتري لا يلتزم بديون الشركة؛ لأن الوارث نفسه لا يلتزم بها، إذ الديون تستترل من الشركة ابتداء قبل أن تؤول

¹ أنور سلطان، المرجع السابق، ص434: توفيق حسن فرج، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص627؛ منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص288؛ السنهوري، الوسيط (ط3)، المرجع السابق، ج4، ص244 وما بعدها.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

الحقوق إلى الورثة؛ خالصة من أي دين¹، ومع ذلك فقد يقوم البائع الوارث بسداد حصته في دين الشركة من ماله الخاص، أو أن يقوم بدفع ما يصيب حصته في وصية تركها المورث، أو يقوم بدفع تكاليف الدفن، ففي هذه الحالة يحق للوارث البائع الرجوع على المشتري بما دفعه من ماله الخاص؛ لأن هذا قد استفاد بما دفعه الوارث البائع، وتكون الحصة المباعة قد خلصت له دون أن يستترل منها هذا الدين وهذه التكاليف.

هذا ويلاحظ أن التركات تفرض عليها عادة ضريبة، وهذه الضريبة المستحقة على الشركة لا تعتبر من ديون المورث؛ لأنها تستحق على الميراث كواقعة قانونية، ولذا فيتحملها في الأصل الوارث البائع لا المشتري². أما إذا كان الوارث البائع قد وفى الغير خطأ، فلا يلزم المشتري برد ما وفاه الوارث البائع في هذه الحالة³؛ بل يرجع هذا الأخير على الغير الذي وفاه خطأ طبقاً لقواعد الدفع غير المستحق، ولا علاقة للمشتري الأجنبي بهذا الأمر.

ثانياً: الالتزام برد ديون البائع الوارث

إذا كان البائع الوارث دائناً للمورث فمعلوم أن هذا الدين ينقضي بالميراث بسبب اتحاد الذمة؛ لكنه يعود إلى الوجود مرة أخرى عند التصرف في الشركة إلى شخص آخر؛ لأن اتحاد الذمة ليس سبباً من أسباب انقضاء الالتزام، وإنما هو مانع فقط من موانع المطالبة به، فإذا عاد حق الوارث قبل الشركة؛ فإنه يحسب له (للبيع الوارث) كل ما يكون دائناً به للشركة ويتحمل المشتري نصيبه في ذلك باعتباره مالكا للحصة المباعة⁴، وإلى هذا تشير المادة 407 من ق.م.ج بنصها: "... ويحسب للبائع كل ما يكون به دائناً للشركة...".

¹ ورد في كتاب أنور سلطان أن المشتري يلتزم بأن يفي من الشركة ما عليها من ديون للغير (المرجع السابق، ص437)، مع أن البائع الوارث لا يتحمل ديون مورثه فكيف يتحملها ويلتزم بالوفاء للمشتري الذي حل محله في النصيب الموروث.

² أنور سلطان، المرجع السابق، ص436؛ السنهوري، الوسيط (ط3)، ج4، ص250؛ توفيق حسن فرج، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص632؛ منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص289، 290؛ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص377؛ Baudry et saignat, op.cit , .

p914

³ أنور سلطان، المرجع السابق، هامش(3)، ص436.

⁴ أنور سلطان، المرجع السابق، ص436، 437؛ السنهوري، الوسيط (ط3)، المرجع السابق، ج4، ص251؛ منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص289، 290؛ توفيق حسن فرج، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص632، 633؛

Baudry et saignat, op.cit , p915.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

هذا ولم يعرض المشرع لحالة ما إذا كان للبائع الوارث حق ارتفاق على عقار المورث، ولعل السبب في ذلك هو أنه ورد في القواعد العامة ما يقضي بأن حق الارتفاق ينتهي باجتماع ملكية العقارين في يد مالك واحد؛ فإذا زالت هذه الحالة فإن حق الارتفاق يعود إلى الوجود من جديد¹، وبالتالي يكون للبائع الوارث حق ارتفاق على عقار الحصة المباعة التي آلت إلى المشتري.

الفقرة الثانية: تعديل الأحكام السابقة

الأحكام السابقة لا تعتبر من قبيل النظام العام، ولذلك يجوز الاتفاق على خلافها، حيث يجوز الاتفاق على تشديد هذه الالتزامات، كما يجوز الاتفاق على تخفيفها، فيجوز مثلا الاتفاق على أن يتحمل المشتري ضريبة انتقال التركة وهذا تشديد في الالتزامات، ويجوز أن يتفقا على أن لا يتحمل المشتري ما قد دفعه الوارث البائع من ديون للتركة، أو ما يصيب حصته في الوصية التي تركها المورث، وهذا تخفيف في التزامات المشتري².

هذا وأشار في ختام هذا الفرع أن هذه الصورة من بيع التركة لم يرد النص عليها في التشريع المغربي والتشريعي التونسي، وعلى هذا الأساس فإن بيع الوارث نصيبه في التركة لأجنبي غير وارث يخضع في القانون المغربي والتونسي للقواعد المقررة في عقد البيع عموما، ولذلك لم أتعرض لأحكام هذين القانونين، على أنه سيأتي الحديث عن هذه القواعد في الفصل الثاني.

الفرع الثاني: في النظر الشرعي

قبل الحديث عن الالتزامات التقابلية الناتجة عن بيع الوارث حصته في التركة لأجنبي غير وارث، وحول ما إذا كانت موجودة، وفق هذه الصورة، أم لا؟ لا بد من البحث عن حكم هذه الصورة في الفقه الإسلامي، وعرضها على قواعده؛ حتى يتضح موقفه من هذه الصورة كما وردت في التشريعات القانونية.

يذكر فقهاء القانون أن بيع التركة يعتبر ذا صيغة احتمالية بارزة، حيث إن الوارث يبيع حصة احتمالية تتوقف على نتيجة التصفية، فقد تكون أو لا تكون، بل إنه يظل احتماليا ولو كان واردا

¹ توفيق حسن فرج، البيع والمقايضة، المرجع السابق، هامش (1)، ص 633؛

Baudry et saignat, op.cit , P 915, 916.

² السنهوري، الوسيط (ط3)، ج4، ص251.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

على تركة غير مدينة، أو على حصة بقيت بعد التصفية، ذلك أنه لا يقتضي بيان العناصر الداخلة في الحصة المبيعة على سبيل الحصر، بل يبقى ما يدخل فيها غير معلوم بصفة مؤكدة وقت البيع¹.
فيكون لدينا حالتين: الحالة الأولى تتعلق بالمحل من حيث الوجود، فقد يوجد وقد لا يوجد، أما الحالة الثانية فتتعلق بالمحل من حيث التعيين، فلا يدري المشتري ما يدخل في الحصة التي اشتراها من مال على وجه الدقة، وهذا كله غرر وجهالة، ولكن السؤال المطروح هنا، هل هذا الغرر مفسد للعقد أم لا؟.

إن الإجابة عن هذا السؤال تقتضي التعرض للغرر وضوابطه لدى فقهاء المذاهب، ومن ثم عرض هذه الصورة عليها؛ ليتسنى معرفة ما إذا كان الغرر يفسدها أم لا.

البند الأول: ضوابط الغرر والجهالة عند الفقهاء

الغرر في الاصطلاح الفقهي: " ما لا يدري هل يحصل أم لا، جهلت صفته أم لا؟² ، أما الجهالة فتعني: " ما علم حصوله و جهلت صفته كبيع الشخص ما في كفه، فهو يحصل قطعاً، لكنه لا يدري أي شيء هو " ³.

فكل واحد منهما أعم من الآخر من وجه، وأخص من الوجه الآخر. والغرر والجهالة يقعان في سبعة أشياء: في الوجود، والحصول إن علم، وفي الجنس، وفي النوع، وفي المقدار، وفي التعيين، وفي البقاء⁴.

وبالإجمال فإن الغرر والجهالة ينقسمان إلى ثلاثة أقسام: "كثير ممتنع إجماعاً كالطير في الهواء، وقليل جائز إجماعاً كأساس الدار وقطن الجبة، ومتوسط اختلف فيه هل يلحق بالأول أو الثاني، فلارتفاعه عن القليل ألحق بالكثير، ولاخطاطه عن الكثير ألحق بالقليل " ⁵.

جاء في القوانين الفقهية لابن جزي¹ : " في بيع الغرر وهو ممنوع إلا أن يكون يسيراً جداً فيغتفر"² ، ثم يذكر المؤلف أن الغرر الممنوع يصل إلى عشرة أنواع، ذكر منها: الجهل بجنس الثمن

¹ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني(في العقود المسماة)، دار الكتب القانونية، مصر، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت، ط5، 1990، ص766.

² محمد بن علي بن حسين، تهذيب الفروق(بهاشم الفروق)، عالم الكتب، السعودية، دط، دت، ج3، ص270.

³ المصدر نفسه، ج3، ص270.

⁴ القرافي، الفروق، المصدر السابق ، ج3، ص432، 433.

⁵ المصدر نفسه ، ج3، ص433، 434.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

أو المثلون، كقوله بعتك ما في كمي، ومنها الجهل بصفة أحدهما، كقوله بعتك ثوبا من متزلي، أو بيع شيء من غير تقليب ولا وصف، ومنها الجهل بمقدار أحدهما³.

حيث يظهر من هذه النصوص أن الغرر منه ما يؤثر في العقد فيبطله، ومنه ما هو غير مؤثر فلا يبطله ويبقى العقد صحيحا، فإذا طبقنا هذا على عقد التركة، كما إذا ابتاع المشتري حصة الوارث جزافا من تركة مستغرقة، قد توجد وقد لا توجد، فيكون هذا العقد عقدا احتماليا ينطوي على كثير من الغرر، فهو نوع من المقامرة، وبالتالي فالعقد باطل، هذا ما يتعلق بحالة المحل من حيث الوجود وعدمه، أما ما يتعلق بحالة المحل من حيث التعيين، فالمبدأ في الفقه الإسلامي أن المحل يتعين بالعلم به علما نافيا للجهالة الفاحشة، والعلم بالمحل يختلف تبعا لوجوده في مجلس العقد، أو غيابه عنه، فإذا كان موجودا في مجلس العقد تعين العلم به بالإشارة إليه أو برؤيته، وإن كان غائبا عن مجلس العقد؛ فإذا كان معين بالذات وجب تعيينه تعيينا دقيقا واضحا ينفي عنه الجهالة، وإن كان غير معين بالذات تعين بوصفه، وذلك بذكر جنسه ونوعه ومقداره، وجميع الصفات التي تضبطه⁴.

جاء في بداية المجهود أن: "المبيعات على نوعين: مبيع حاضر مرئي، فهذا لا خلاف في بيعه، ومبيع غائب أو متعذر الرؤية فهنا اختلف العلماء، فقال قوم بيع الغائب لا يجوز بحال من الأحوال، لا ما وصف ولا ما لم يوصف، وهذا أشهر قولي الشافعي، وهو المنصوص عند أصحابه، أعني أن بيع الغائب على الصفة لا يجوز. وقال مالك وأكثر أهل المدينة يجوز بيع الغائب على الصفة إذا كانت غيبته مما يؤمن أن تتغير فيه قبل القبض صفته. وقال أبو حنيفة يجوز بيع العين الغائبة من غير صفة، ثم له إذا رآها الخيار، فإن شاء أنفذ البيع وإن شاء رده. وكذلك المبيع

¹ ابن جزري: هو محمد بن أحمد بن جزري الكلبي من أهل غرناطة، له عدة مؤلفات منها القوانين الفقهية، تقريب الأصول إلى علم الأصول، وغيرها... توفي رحمه الله شهيدا عام 741 هـ، ينظر: ابن فرحون، المصدر السابق، ج2، ص274 وما بعدها.

² ابن جزري، القوانين الفقهية، دون معلومات النشر، ص169.

³ المصدر نفسه، ص169 وما بعدها.

ينظر في الغرر والجهالة ومدى إفسادهما لعقد البيع في: السرخسي، المصدر السابق، ج12، ص194؛ الرملي، المصدر السابق، ج3، ص446 وما بعدها؛ ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج4، ص151 وما بعدها؛ اطفيش، المصدر السابق، ج8، ص94 وما بعدها؛ الطوسي، المصدر السابق، ج2، ص155.

⁴ ينظر تفصيل هذا: السنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ج3، ص62، 63.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

على الصفة من شرطه عندهم خيار الرؤية وإن جاء على الصفة. وعند مالك أنه إذا جاء على صفة فهو لازم. وعند الشافعي لا ينعقد البيع أصلاً في الموضعين¹.

وإلى جانب هذا توجد بعض النصوص يظهر منها عدم اشتراط تعيين المحل فعلاً، بل تكفي قابليته للتعيين فقط². وهذه النصوص سنرى ما إذا كانت تنطبق على بيع التركة، وهل تجيزها أم لا؟

جاء في فتح القدير أنه: " (ويجوز بإناء بعينه لا يعرف مقداره، وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره) قد قيد الإناء بكونه مما لا يحتمل الزيادة والنقصان، كأن يكون من خشب أو حديد، أما إذا كان كالزئبيل³ والجوالق⁴ فلا يجوز، وعلى هذا بيع ملء قربة بعينها... " ⁵.

وجاء في مواهب الجليل فيما يتعلق ببيع حمام البرج جزافاً أنه: "من سماع أصبغ⁶ من جامع البيوع عن ابن القاسم أنه أجاز بيع البرج بما فيه، وبيع جميع ما فيه إذا رآه، وأحاط به معرفة وحرزاً. قال ابن رشد لعبد الله بن نافع في المدونة: أنه لا يجوز بيع حمام البرج جزافاً للغرر، ولا يباع إلا عدداً... وحكى ابن عرفة عن محمد عن ابن القاسم مثل ما روى عنه أصبغ، ونصه محمد عن ابن القاسم لا بأس ببيع ما في البرج من حمام، أو يبعه بحمامه جزافاً، وحكى في التوضيح من غير ترجيح، ورجح في الشامل الجواز، وهو الظاهر؛ لأنه قول ابن القاسم في المدونة والعتبية " ⁷.

يتبين من النص الأول الوارد في بداية المجتهد أن الفقهاء يشترطون في المحل - كقاعدة عامة - العلم به؛ حتى تنتف عنه الجهالة، فإن كان حاضراً بالرؤية، وإن كان غائباً فبالوصف لجميع الصفات التي تضبطه وتحده وتنفي عنه الجهالة الفاحشة. أما النص الثاني (الوارد في فتح التقدير)، والثالث (الوارد في مواهب الجليل) فيظهر منهما أن من الفقه من اكتفى فقط بقابلية

¹ ابن رشد (الحفيد)، المصدر السابق، ج3، ص174.

² ينظر في تحليل شروط المحل في الفقه الإسلامي: السهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ج3، ص71 وما بعدها.

³ الزئبيل: الجراب وقيل الوعاء، وجمعه زنايل. ينظر. ابن منظور، المصدر السابق، ج11، ص300.

⁴ الجوالق: بكسر اللام وفتحها وعاء من الأوعية معروف. ابن منظور، المصدر السابق، ج10، ص36.

⁵ ابن الهمام، فتح القدير، دار الفكر، بيروت، دط، دت، ج6، ص265.

⁶ أصبغ: هو أصبغ بن الفرغ بن سعيد بن نافع، صحب ابن القاسم وابن وهب وأشهب وسمع منهم وتفقه معهم. صدوق ثقة، روى عنه الذهبي والبخاري وأبو حاتم الرازي وغيرهم. تفقه عليه ابن المواز وابن حبيب وغيرهم. توفي عام 225 هـ. ينظر: ابن فرحون، المصدر السابق، ج1، ص299، 300.

⁷ الخطاب، المصدر السابق، ج6، ص106.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

المحل للتعين، مع وضع عناصر تساعد في ذلك ، فملء إناء بعينه ، أو ملء قربة من القرب المتعارف عليها في البلد من قبل غالب السقائين ، أو وزن حجر بعينه ، أو بيع حمام برج بعينه ، فالمحل في هذه الحالات كلها غير معين (أي مجهول المقدار) ، لكن العناصر المرتبطة به جعلته قابلاً للتعين ، مع ملاحظة أن نوع المبيع محدد (ماء، حجر، حمام) ، وإنما الجهالة كانت من جهة المقدار، فبوضع هذه العناصر (إناء بعينه، قربة متعارف عليها، حجر بعينه، برج بعينه)، كان المحل قابلاً للتعين، وأمكن بذلك تفادي الجهالة فيه، ومن ثم كان البيع صحيحاً¹. فإذا ما أتينا لنطبق هذا على بيع التركة كمجموع من المال لغير وارث، لوجدنا أن المحل في هذا البيع من جهة المقدار قد وضعت له عناصر ستجعله قابلاً للتعين مستقبلاً، وهذه العناصر هي حصة الوارث (النصف، أو الربع، أو السدس ،...)، وبهذا تنتفي الجهالة عن مقدار المبيع، لكن إذا نظرنا إلى نوع المبيع وجدنا أن البائع لا يعرف على وجه التحديد، ولا يضمن للمشتري مالا معيناً سيدخل في مشتريات الحصة المبيعة، وهذه جهالة فاحشة تفضي إلى التزاع، ومن ثم فالبيع وفق هذه الصورة يكون قد دخله الغرر الفاحش، والغرر الفاحش مفسد ومبطل للعقد، فتكون هذه الصورة في نظر الفقه الإسلامي غير جائزة.

البند الثاني: بعض النصوص الفقهية الواردة في المسألة

وردت في هذه المسألة نصوص من الفقه القديم، وأخرى من الفقه المعاصر، توضح حكم هذه الصورة في الفقه الإسلامي.

فمن الفقه القديم ما جاء في المدونة في كتاب " القسمة الأول" ، تحت عنوان: " ما جاء في بيع الميراث": " قلت لعبد الرحمان بن القاسم: أرأيت لو أتي بعت مورثي² من هذه الدار، ولم أسم أهو خمس أم عشر أم ربع أم نصف، أيجوز هذا البيع؟ قال ابن القاسم لا خير في هذا البيع عند مالك ... قلت: وكذلك لو ورثت في دار سدسا أو ربعاً أو خمسا، فبعت مورثي من الدار من رجل ولم أسم عند عقدة البيع أن ذلك خمس ولا ربع ولا سدس، وقد عرف البائع والمشتري ما ميراث البائع من الدار؟ قال: ذلك جائز عند مالك، قلت أرأيت إن عرف المشتري ما مورث

¹ راجع في هذا التحليل: السنهوري، مصادر الحق ، المرجع السابق، ج3، ص72.

² يقصد: حصتي.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

البائع، ولم يعرف البائع مورثه من الدار؟ قال: قال مالك إذا جهل أحدهما كم ذلك من الدار فلا خير في ذلك البيع"¹.

فأنت ترى أن جهالة مقدار المبيع تجعل البيع لا خير فيه عند الإمام مالك، ومعنى أنه " لا خير فيه " ؛ أي فاسد أو باطل ، وبالتالي فإن صورة بيع التركة لأجنبي - كما وردت في القانون - تعتبر باطلة؛ لأن مقدار المبيع تكتنفه الجهالة، فلا خير في هذا البيع. هذا ما ورد في الفقه القديم أما ورد في الفقه المعاصر فنجد ما جاء في كتاب المقارنات التشريعية ما يفيد عدم جواز مثل هذا البيع تخريجا على بيع ما فيه نزاع²، يقول سيد عبد الله علي بن حسين³: "ولكن إذا نظرنا لناحية أخرى من هذا البيع لوجدناه ممنوعا؛ لأنه بيع ما فيه نزاع، وبيع ما فيه نزاع فاسد. وإذا تم ورفع الحكم للقاضي حكم بفسخه"⁴.

كما ورد أيضا في كتاب فقه المبيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر ما يفيد صراحة عدم جواز هذه الصورة في الفقه الإسلامي؛ لما فيها من الغرر الفاحش، يقول الدكتور علي السالوس⁵ تحت عنوان " بيع التركة " : " وهذه صورة أخرى من صور الغرر الفاحش وهي أن يبيع وارث نصيبه من التركة دون أن يبين مشتملاتها، أو يضمن تسليم شيء منها؛ فقد يحصل المشتري على أضعاف قيمة ما دفعه من ثمن، وقد لا يأخذ شيئا على الإطلاق، وهذا نوع من المقامرة التي أباحها القانون

¹ مالك بن أنس ، المصدر السابق، ج4، ص265.

² هذا النزاع مبناه حق الورثة في استرداد المبيع.

³ سيد عبد الله بن حسين: ولد بقرية تيدا عام 1889، حفظ القرآن بهذه القرية، وتحصل على العالمية من الأزهر عام 1917، سافر إلى فرنسا وحصل على الليسانس في القانون عام 1925. له عدة مؤلفات منها: الوافي لأحكام الميراث، المقارنات التشريعية وغيرها. ينظر في ترجمته: مقدمة كتابه المقارنات التشريعية، تحقيق محمد أحمد سراج، علي جمعة محمد، أحمد جابر بدران، دار السلام، مصر، ط2، 2006، ج1، ص11.

⁴ المرجع نفسه ، ج4، ص1455.

⁵ علي أحمد السالوس: ولد بمصر (محافظة دمياط) عام 1934، حصل على ليسانس كلية دار العلوم عام 1957، ثم ماجستير في الشريعة من الكلية نفسها عام 1969، ثم الدكتوراه عام 1975، يعمل حاليا أستاذا في الفقه وأصوله بجامعة قطر، ويعتبر خبيرا بعدة مجامع فقهية. له مؤلفات عدة منها: أثر الإمامة في الفقه الجعفري وأصوله، حكم أعمال البنوك وغيرها. ينظر في ترجمته الموقع الرسمي لفضيلة الدكتور على الشبكة العنكبوتية:

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

الوضعي¹ ". ثم يورد نصوصاً من كتاب الوسيط للدكتور عبد الرزاق السنهوري² - رحمه الله - تدل على أنها نوع من المقامرة، وهو بيع احتمالي غير مؤكد. هذا وأشير في الأخير أن الشيخ مصطفى الزرقا - رحمه الله - أثناء شرحه للعقود المسماة في القانون المدني السوري، قد عرج على هذا النوع من البيع، واستبدل مصطلح " بيع التركة " بمصطلح التخارج المعروف في الفقه الإسلامي، ولكنه لم ينبه هل هذه الصورة التي أتى بها القانون الوضعي جائزة في الفقه الإسلامي أم لا ؟ ولست أدري هل هذا التغاضي منه يجعلها جائزة في نظره أم لا ؟ رغم أنه ذكر أن العقد احتمالي فيه المخاطرة والمقامرة³. والشيء نفسه قد حدث مع الدكتور وهبة الزحيلي⁴ عند شرحه للعقود المسماة في القانون المدني الإماراتي والأردني، فلم ينبه هو الآخر على جواز هذا البيع في نظر الفقه الإسلامي من عدم جوازه⁵.

البند الثالث: الصورة الجائزة في الفقه الإسلامي

إذا كانت الصورة التي أوردتها النظر القانوني لا تجوز في الفقه الإسلامي، فليس معنى ذلك أن الوارث لا يجوز له بيع حصته إلى أجنبي، بل يجوز له ذلك، لكن في إطار القواعد العامة للبيع؛ أي لا بد من بيان كل ما يتعلق بالمبيع من صفات جوهرية: نوعه وجنسه ومقداره، ولعل هذا ما يمكن أن يحمل عليه ما ذكره الشيخ سيد عبد الله علي حسين من مشروعية البيع في نظر الفقه

¹ علي أحمد السالوس، فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر، مؤسسة الريان، بيروت، ط1، 2008، ص 165.
² السنهوري: عبد الرزاق بن أحمد السنهوري، كبير علماء القانون المدني في عصره. مصري ولد في الإسكندرية عام 1895، تخرج من كلية الحقوق عام 1917، ثم أرسل إلى فرنسا فحصل على الدكتوراه في القانون والاقتصاد والسياسة عام 1926، له عدة مؤلفات منها: الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الحق في الفقه الإسلامي وغيرها. توفي عام 1971م. ينظر: الزركلي، المرجع السابق، ج3، ص350.

³ مصطفى الزرقا، شرح القانون المدني السوري (العقود المسماة)، دون معلومات نشر، ط6، ص277 وما بعدها.
⁴ وهبة الزحيلي: من مواليد 1932 بدمشق، حصل على العالمية من الأزهر الشريف عام 1956، وحصل على ليسانس حقوق من جامعة عين شمس عام 1957، ثم الماجستير عام 1959، ثم الدكتوراه عام 1963، له عدة مؤلفات أبرزها آثار الحرب في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، نظرية الضمان، وغيرها. توفي رحمه الله يوم 08 أوت 2015. ينظر الموقع الإلكتروني:

www.islamweb.net. تاريخ الدخول إلى الموقع يوم: 2016/09/25 على الساعة 11:26

⁵ وهبة الزحيلي، العقود المسماة في قانون المعاملات الإماراتية والقانون المدني الأردني، دار الفكر، دمشق، ط1، 1987، ص121، 122.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

الإسلامي، حيث يقول تحت عنوان " بيع الميراث": " يشترط في صحة البيع ولزومه أن يكون البائع مالكا للمبيع، وأن يكون المبيع معلوما وقت البيع مقدورا على تسليمه...¹. ثم يقول: "وأما بيعه بعد استحقاقه فهو صحيح"². وإذا ثبت هذا كانت صورة البيع خاضعة للقواعد العامة في البيوع، وليست لها قواعد خاصة تميزها، وما دام أن البائع الوارث يبيع حصته في مجموع مشاع؛ فإن البيع يخضع لأحكام التصرف في الملك الشائع، إذا كان معه ورثة آخرون، ويبيع الشريك حصته الشائعة من المال الشائع صحيح باتفاق المذاهب³.

فإذا تم البيع انتقل الثمن إلى البائع، وحل المشتري محل البائع الوارث، بمجرد العقد⁴، في كامل الحصة المباعة، إلا ما تعلق بالديون التي للتركة (حقوق الدائنية)، ففي بيع الدين خلاف معروف في المذاهب الفقهية، حيث ذهب الحنفية والشافعية في قول، والحنابلة والظاهرية إلى أن بيع الدين لغير من هو عليه لا يجوز لعموم النهي عن بيع الدين، ولصعوبة التسليم⁵. وذهب المالكية إلى جواز بيع الدين لغير من هو عليه، ولكن بشروط، تتمثل في: أن يكون الثمن نقدا، وأن يكون المدين حاضرا في البلد، ومقرا بالدين، وأن يباع بغير جنسه، أو بجنسه مع التساوي، وليس عينا بعين، ولا يكون بين المشتري والمدين عداوة، وأن يكون المبيع مما يجوز بيعه قبل قبضه، فلا يجوز بيع الطعام معاوضة قبل قبضه⁶، وهذه الشروط إنما وضعت لاجتناب الغرر والربا المنهي عنهما، هذا وقد مال إلى جواز بيع الدين لغير من عليه الدين ابن القيم⁷ من الحنابلة¹.

¹ سيد عبد الله علي حسين، المرجع السابق، ج3 ص1195.

² المرجع نفسه، ج3، ص1196.

³ ابن عابدين، المصدر السابق، ج4، ص300؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، دار الفكر، بيروت، دط، ج3، ص511؛ الخطيب الشربيني، المصدر السابق، ج2، ص347؛ البهوتي، المصدر السابق، ج3، ص326؛ ابن حزم، المصدر السابق، ج8، ص7؛ اطفيش، المصدر السابق، ج11، ص45؛ الطوسي، المصدر السابق، ج2، ص198.

⁴ ملكية المبيع نتيجة فورية مباشرة لعقد البيع بمجرد تبادل الرضا، في النظر الشرعي، على عكس ما يقضي به النظر القانوني الذي يرتب التزاما على عاتق البائع بنقل الملكية.

⁵ السرخسي، المصدر السابق، ج12، ص70؛ الشيراملسي، حاشية الشيراملسي (بهامش نهاية المحتاج)، دار الفكر، بيروت، ط أخيرة، 1984، ج4، ص391؛ ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج4، ص360؛ ابن حزم، المصدر السابق، ج7، ص487.

⁶ الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك (حاشية الصاوي على الشرح الصغير)، دار المعارف، مصر، دط، ج3، ص417.

⁷ ابن قيم الجوزية: الفقيه الحنبلي، الأصولي المفسر النحوي، ولد عام 691 هـ، لازم الشيخ ابن تيمية وأخذ عنه، له مؤلفات عدة منها: إعلام الموقعين عن رب العالمين، زاد المعاد في هدي خير العباد، توفي عام 751 هـ. ينظر: زين الدين عبد الرحمان السلامي، ذيل طبقات الحنابلة، مكتبة العبيكان، الرياض، ط1، 2005، ج5، ص171 وما بعدها.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

وينبغي على هذا الرأي أن المشتري يخلف البائع (الوارث) في الحصة المباعة، دون حصته في الدينون التي للتركة، لأن بيعها لا يجوز، إذا لا بد من قبضها ثم بيعها.

أما الرأي الثاني فالمشتري يخلف البائع (الوارث) في كامل الحصة المباعة، بما فيها حصته من الدينون التي للتركة، مع وجوب توفر الشروط المطلوبة في بيع الدين. ويظهر مما سبق أن الرأي القائل بالجواز هو الراجح؛ لأن النهي الوارد في الحديث يقصد بيع الكالئ بالكالئ²؛ أي المتأخر بالتأخر، وليس عموم الدين بالدين، كما ذكر ابن القيم³، ثم إن الشروط التي وضعها فقهاء المذهب المالكي تنفي كل محذور، لذلك فإن القول بالجواز هو الأولى.

وأشير في الأخير إلى أن المشتري إنما يخلف البائع الوارث في الحصة المباعة بما اشتملت عليه من أموال وحقوق مالية فقط، أما الحقوق والأشياء التي لا تورث، فهذه لا يخلفه فيها؛ لأنها ليست في معنى المال، فهي لصيقة بالشخص، وعلى هذا الأساس فلا يصبح المشتري وارثاً، بل تبقى هذه الصفة للبائع.

أما حق الشفعة ففيه خلاف مشهور، فبعض المذاهب تقضي بعدم انتقاله إلى الورثة⁴، والبعض الآخر يقضي بانتقاله؛ لأنه حق مالي⁵، وعلى هذا الأساس فإذا باع شريك المورث حصته، انتقل حق الشفعة - عند من يرى ذلك - إلى ورثة الميت، وإذا فرضنا أن أحد الورثة قام ببيع حصته قبل الأخذ بالشفعة، فهل نقول إن المشتري يخلف البائع الوارث في حق الشفعة أم لا؟

الظاهر أن الميت إذا كان له وارث واحد، وقام هذا الوارث ببيع حصته، أن حقه في الشفعة ينتقل إليه؛ باعتباره خلفاً خاصاً، أما إذا كان له أكثر من وارث، فإن القول بعدم انتقال حق

¹ ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1991، ج1، ص293، 294.

² الدارقطني، سنن الدارقطني، تحقيق عبد الله هاشم بمانى المدني، دار المعرفة، بيروت، 1966، ج3، ص71. وهذا الحديث قد قال بشأنه الألباني أنه ضعيف. انظر: الألباني، المصدر السابق، ج5، ص233.

³ ينظر في توجيه هذا الحديث وفهمه: ابن القيم، المصدر السابق، ج1، ص294.

⁴ ذهب الحنفية والحنابلة وأكثر أتباع المذهب الإمامي إلى أن الشفعة لا تورث. ينظر في هذا الرأي: السرخسي، المصدر السابق، ج14، ص157؛ ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج5، ص278، 279؛ الطوسي، المصدر السابق، ج3، ص113.

⁵ ذهب المالكية والشافعية وبعض الإمامية إلى أن حق الشفعة يورث كسائر الأموال. ينظر في هذا: ابن رشد (الحفيد)، المصدر السابق، ج2، ص263؛ النووي، المصدر السابق، ج7، ص220؛ الطوسي، المصدر السابق، ج3، ص113.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

الشفعة إليه، وتجميعها في يد الوارث الآخر فقط، هو الذي يتناسب والمقصد من تشريع الشفعة، والتي شرعت لدفع دخول الأجنبي على الشريك.

المطلب الثاني: في الالتزامات المؤثرة في الغير

الأصل في العقد أن يرتب التزامات بين طرفيه، إذ العقد لا يلزم إلا طرفيه، لكن قد يتأثر بعض الأشخاص ممن هم خارج العلاقة المبرمة. وحتى نبحت هذا الأثر المترتب، فإنه لا بد من تحديد المقصود بالغير أولاً، ثم بعد ذلك بيان الالتزامات المؤثرة فيه.

الفرع الأول: مفهوم الغير وطوائفه

البند الأول: تاريخية المصطلح وغموض عبارته

إن مصطلح "الغير" يعتبر من أقدم المصطلحات القانونية تداولاً، حيث استعمله الرومان قديماً، ويظهر ذلك من خلال إحدى القواعد الفقهية الشهيرة الواردة في القانون الروماني، حيث تعكس هذه القاعدة مفهوم نسبية العقد وأحكام القضاء، وهذه القاعدة هي:

" Resinter aliosacta aliisneque nocereneque prodesse "

وتعني بالعربية: " أن العقود وأحكام القضاء لا تتعدى لغير أطرافها بنفع ولا ضرر " وبمعنى آخر " أن حكم العقود والقضاء الاقتصار ".

ويعتبر مصطلح " alii " اللاتيني أصل مصطلح " Tierce personne " الذي استخدمه الفقيه الفرنسي " دوما " وعنى به " الشخص الثالث "، ثم أخذ عنه الفقيه " بوتيه " وهذب، واستعمل بدلاً منه مصطلح " الغير " " Tiers ". وعن الفقيه بوتيه أخذت المجموعة المدنية الفرنسية هذا المصطلح، وانتقل إلى التشريعات العربية من القانون الفرنسي، واستخدم في مجالات عديدة ومتباينة، وأصبح مصطلحاً مشهوراً تداولته الأحكام القضائية، وكتب الفقه، ورغم ذلك ظل غامضاً غير محدد المعنى بشكل دقيق، ذلك أن التشريعات لم تقم بتحديد وضبط معناه، حيث تركته للعمل الفقهي، الذي ورغم المحاولات العديدة المنجزة بخصوصه، إلا أنه ظل عصياً عن التحديد والإحاطة به من مختلف جوانبه، ولعل هذا ما وصل إليه الفقيه الفرنسي " أوسيل " في

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

دراسته للغير، حيث ذكر أن فكرة الغير فكرة متلونة سريعة التلمس، مستعصية تماما على أي تعريف يمكن أن يحيط بها من كل جوانبها¹.

البند الثاني: تعريف الغير

الفقرة الأولى: المقاربة التقليدية²

يعرف الفريق أو أطراف العقد بأنهم الأشخاص الذين أبرموا العقد إما مباشرة أو من قبل ممثليهم الاتفاقيين أو القانونيين، وبالتالي يكون الغير كل من تنتفي عنه صفة الفريق (طرف العقد)، لكن الأمر ليس بهذه البساطة، حيث إن مصطلح الغير - كما سبق ذكره - متلون ومتغير، وهذا بحسب الاستعمال، فتارة يطلق على جميع الأشخاص الذين ليسوا طرفا في العقد، وتارة يطلق على الغير العادي، عدا الأطراف وخلفائهم، وتارة يطلق على فئة دون الأخرى، وهذه الفئة ليست دائما محددة، ومن هنا نشأ اللبس في هذا المصطلح. ونلاحظ هنا أنهم دائما ما يفرقون بين ثلاث طوائف: طائفة الخلف العام، طائفة الخلف الخاص، وطائفة الدائنين العاديين.

فالخلف العام أو بصفة عامة: هو من يتلقى كامل الذمة المالية³، أو قسما منها بأصولها وخصومها وهذا في القانون الفرنسي، أما في القوانين العربية فالخلف أو الوارث يتلقى من سلفه الأصول فقط، أما الخصوم فتبقى في دائرة التركة⁴.

وأيا كان الأمر، فإن الخلف العام ملزم بالتصرفات التي يجريها سلفه في حياته، حيث ينصرف أثر التصرف إليه، إلا ما دل النص أو الاتفاق، أو طبيعة التصرف على خلافه⁵.

ومع ذلك يمكن للخلف العام (الورثة) حماية حقوقه من التصرفات المجانية بطريق الوصية إذا تجاوزت الحدود المسموح به، وكذلك بالنسبة للتصرفات المستترة الملحقة بها، حيث بإمكان الخلف العام التمسك بعدم سريانها في حقه، إذ يعتبر في هذه التصرفات من طبقة الغير¹.

¹ ينظر في هذا: عاطف محمد فخري، الغير في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه (غير منشورة)، إشراف مصطفى محمد الجمال، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1970، ص01.

² ينظر في هذه المقاربة: جاك غستان بالتعاون مع كريستوف جامان ومارك بيو، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت، ط1، 2000، ص439 وما بعدها.

³ ينظر في تعريف الذمة المالية الفصل الأول من الباب الأول من هذه الرسالة.

⁴ ينظر في تفصيل انتقال الديون من عدمه في الفصل الأول من الباب الأول من هذه الرسالة.

⁵ راجع نص المادة 108 من ق.م.ج.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

أما بالنسبة للخلف الخاص فهو كل من يتلقى من سلفه حقا محمدا منعزلا، فلا يتلقى مجموع الذمة المالية، ولا قسما منها، ومثال ذلك المشتري في عقد بيع عقار، أو مؤسسة تجارية هو خلف خاص للبائع. ويعتبر الخلف الخاص من طبقة الغير في كل ما يتعلق بالأعمال القانونية المبرمة من سلفه، والتي ليست لها صلة بالشيء الذي انتقل إليه.

أما طائفة الدائنين العاديين فهم من لهم حق الرهن العام في الذمة المالية لمدينهم، وليس لهم حق عيني، وهذه الطائفة يسري في حقها أثر العقود الناقلة التي تشرى أو تفقر ذمة مدينهم، لكن إن خرجت نية مدينهم من الحسنة إلى السوء، كان لهم حق طلب عدم سريان هذه التصرفات في حقهم؛ لأنهم أصبحوا من طبقة الغير اتجاه هذه التصرفات، أيضا في العقود المستترة، أو دعوى الصورية؛ فإنهم يعتبرون أيضا من طبقة الغير.

بالإضافة إلى هذا توجد طائفة أخرى وهي المسماة بالغير المطلق أو الأجنبي عن العقد². هذا ما يتعلق بتعريف الغير وطوائفه في المقارب التقليدية، وسنرى فيما يأتي المقاربة الجديدة لمفهوم الغير.

الفقرة الثانية: المقاربة الجديدة³

تقوم هذه المقاربة على تصنيف جديد للفرقاء (الأطراف) وللغير بناء على التفريق بين الأثر الملزم للعقد وحجته أو سريانه، وقد طرحت وفق هذا مقاربتان، وكلا المقاربتين قد استفادت إحداهما من الأخرى.

فالمقاربة الأولى ترجع إلى السيدة: "جلفيكسي ثيبيرج" Gelfecci Thibierge، حيث تعمل هذه المقاربة على تطوير مقاربة السيد: "غستان" Ghestin، إذ تقترح أن يضاف إلى "توسيع مفهوم الفريق من حيث الزمن"⁴ "توسيعه بالنسبة إلى مصدر صفة الفريق"، فتقترح أن يضاف إلى عنصر الإرادة عنصر القانون، إذ بإمكان الأشخاص أن يكتسبوا صفة الفريق بناء على إرادتهم، وكذلك بفعل القانون، وهكذا تخلص إلى التقسيم الآتي:

¹ راجع في تفصيل الأحكام المتعلقة بالخلف العام: السنهوري، نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط2، 1998، ج2، ص730 وما بعدها.

² ينظر في تفصيل بعض هذه الأحكام في القانون العربي: السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ج2، ص737 وما بعدها، ص777 وما بعدها.

³ ينظر في هذه المقاربة، جاك غستان، المرجع السابق، ص446 وما بعدها.

⁴ هذا المقترح نادى به السيد "غستان" Ghestin.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

1. فرقاء في آونة تكوين العقد: وهم ينقسمون إلى فرقاء بفعل الإرادة، وفرقاء بفعل مزدوج بين الإرادة والقانون.

2. فرقاء في آونة تنفيذ العقد: وهم بدورهم ينقسمون إلى فرقاء بفعل الإرادة وفرقاء بفعل القانون. أما الغير فتعرفه على أنه كل شخص غير خاضع للمفهوم الملزم للعقد سواء بإرادته أو بالقانون.

أما مقاربة السيد: "غستان" **Ghestin** فتقوم على توسيع مفهوم الفريق في الزمن، وبعد أخذه مقترحات السيدة: "ثيبيرج" **Thibierge** وصل إلى الآتي:

أ. **الفرقاء (الأطراف):** حيث يفرق بين فرقاء (أطراف) آونة تكوين العقد، و فرقاء آونة تنفيذ العقد، والأشخاص في الصنف الأول هم الفرقاء بصورة حقيقية، أما الأشخاص في الصنف الثاني فهم ليسوا سوى فرقاء مرتبطون بالعقد.

● **الفرقاء في آونة تكوين العقد:** ويندرج فيهم الأشخاص الذين ساهموا في تكوين العقد بالتعبير بأنفسهم في تكوينه، وكذلك الأشخاص الممثلون تمثيلا إراديا أو قانونيا.

● **الفرقاء في آونة تنفيذ العقد:** ويقصد بهم الأشخاص الذين اكتسبوا صفة الفريق أثناء تنفيذ العقد، وهم الممثلون بأطراف العقد الأصليين، أو المستبدلون بهم، مثل الخلف العام، وكذلك الأشخاص الذين فقدوا صفة الفريق مثل الشخص الذي يستقيل من شخص معنوي، أو من عقد جماعي.

ب. **الغير:** هم جميع الأشخاص الذين ليست لهم صفة الفريق (الأطراف)، حيث يندرج فيه الأشخاص الذين لهم صلة ببعض آثار العقد، إن سلبيا أو إيجابيا، لكن ليست لهم سلطة الفريق، التي تخولهم إبرام العقد، أو تعديله، أو العمل على تلاشيته¹، كما يندرج فيه أيضا الغير المطلق (الأجنبي)، الدائنون العاديون، أيضا الخلفاء بصفة خاصة.

هذه هي أهم المقاربات التي قيلت بشأن الغير، والتي حاولت إزالة اللبس عنه، ومع ذلك فإن المقاربة الجديدة فيها شيء من الغموض والإبهام.

وبالإجمال فإن مفهوم الغير لا يمكن تحديده عن طريق الحصر، وإنما لا بد من الالتجاء إلى طريقة الاستبعاد، أي استبعاد الفرقاء (الأطراف)، وبالتالي يكون الغير: هو كل شخص ليس فريقا في العقد.

¹ من ذلك الأشخاص الممثلون بطريق اتفاقي كالوكيل.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

وإذا رجعنا إلى بيع التركة نجد الطوائف التي تعد من الغير، والتي لها علاقة ببعض آثار العقد - كما سيأتي - : طائفة بقية الورثة (غير الوارث البائع)، طائفة دائني التركة ومدنيها، طائفة الخلف الخاص للبايع الوارث، وعليه سنذكر في الفرع الآتي أحكام الالتزامات المؤثرة في هؤلاء الطوائف.

الفرع الثاني: في الالتزامات المؤثرة

ذكرت في الفرع السابق أن طوائف الغير المعينين في بيع التركة هم: طائفة بقية الورثة، وطائفة دائني التركة ومدنيها، وطائفة الخلف الخاص للبايع الوارث. وفيما يلي أتناول الأحكام المتعلقة بهم.

البند الأول: بقية الورثة

بقية الورثة الآخرين ليسوا فريقاً في عقد البيع الذي تم بين الوارث البائع والمشتري، فلا يمتد إليهم أثر العقد سواء بالاكْتساب أو التحمل، لكن العقد الذي تم بين البائع الوارث وبين المشتري الأجنبي، قد أدخل هذا الأخير شريكاً لهم في الملكية المشاعة للتركة، وينتج عن هذا أمران اثنان يجعلان العلاقة بين بقية الورثة والمشتري قائمة، وهذان الأمران هما: قسمة الملكية، وحق الاسترداد.

الفقرة الأولى: قسمة الملكية

ذكرت آنفاً أن عقد البيع الذي تم بين البائع الوارث والمشتري الأجنبي قد جعل هذا الأخير شريكاً للورثة في الملكية المشاعة الواقعة على جميع مشتملات التركة، سواء أكانت عقارات أم منقولات، أم ديوناً، وهذا على قدر حصة البائع الوارث، ونلاحظ هنا أنه كان بإمكان الورثة قبل صدور عقد البيع، القيام بعملية القسمة مع هذا الوارث، حيث ينتج عنها حصة مفرزة، فإذا ما تم البيع بين هذا الوارث وبين مشتري أجنبي، تم على حصة مفرزة لا شائعة¹، وتكون هذه القسمة نافذة في حق المشتري، باعتباره خلفاً خاصاً للبايع الوارث، وهو ما يجعل أثر العقد الصادر من سلفه ينصرف إليه. أما إذا تم البيع، ولم يبق الورثة باستعمال حق الاسترداد²، فإننا نلاحظ الآتي:

¹ ويكون عقد البيع بيعاً عادياً لا بيع تركة؛ لأنه تم على حصة مفرزة.

² سيأتي الحديث عن حق الاسترداد بعد هذه الفقرة.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

أولاً: يمكن للورثة الاعتداد بهذا البيع، إذا علموا به، ولو لم يعلن لهم، وينتج عن هذا صحة القسمة مع هذا الشريك الجديد، الذي حل محل الوارث البائع، وتكون هذه القسمة نافذة في حق الوارث؛ لأنه خرج من الاشتراك بالبيع¹.

ثانياً: يمكن للورثة؛ بل ومن حقهم أيضاً، إذا لم يتم إبلاغهم بعقد البيع أن يجروا القسمة مع الوارث البائع؛ لأنه يفترض عدم علمهم بذلك، ويعتبر المشتري في هذه الحالة دائماً للبائع الوارث، وتكون القسمة حينئذ نافذة في حقه؛ لأنه لم يتدخل في الوقت المناسب²، وليس له أن يطعن فيها إلا إذا أثبت أنها تمت بطريق الغش³.

ثالثاً: إذا بدأت إجراءات القسمة، وتمكن المشتري من إخطار الورثة بالبيع في الوقت المناسب؛ أي قبل إجراء القسمة، كان له أن يتدخل في القسمة، باعتباره دائماً لأحد الشركاء وهو البائع الوارث، ويكون من حقه طلب استبعاد البائع الوارث من الإجراءات، والحلول محله؛ حتى تتم القسمة معه دونه. وأنبه هنا أن الإخطار الواقع على عاتق المشتري ليس له شكل معين، ولذلك فهو يخضع في حالة إنكاره من قبل الورثة إلى الإثبات بجميع الطرق طبقاً للقواعد العامة في الإثبات.

رابعاً: إذا كان المشتري قد أخطر الورثة بالبيع الذي تم بينه وبين البائع الوارث، وذلك قبل البدء في إجراءات القسمة، فإذا تم هذا لم يكن لبقية الورثة أن يجروا القسمة مع الوارث البائع؛ لأنه قد باع حصته للمشتري، حيث تكون القسمة مع هذا الشريك الجديد (المشتري)، الذي حل محل الوارث البائع، وأصبح بذلك شريكاً للورثة، فإن وقعت القسمة مع البائع الوارث لم تكن هذه القسمة نافذة في حق المشتري الأجنبي؛ لأن الورثة يعلمون بهذا البيع بعد إخطارهم بذلك⁴.

الفقرة الثانية: حق الاسترداد

يحق لباقى الورثة في حال ما إذا قام أحد الورثة ببيع حصته في الشركة إلى أجنبي استردادها من هذا الأجنبي الدخيل عليهم، وهذا الحق قد نصت عليه المادة 721 ق.م.ج، وتقابلها المادة 833

¹ ينظر: السنهوري، الوسيط (ط3)، المرجع السابق، ج4، ص252.

² حيث كان له أن يتدخل قبل إجراء القسمة، حسب ف1 من نص المادة 729 ق.م.ج.

³ ينظر نص ف2 من نص المادة 729 ق.م.ج والمادة 2/842 ق.م.م.

⁴ ينظر في تفصيل هذه الأحكام: السنهوري، الوسيط (ط3)، المرجع السابق، ج4، ص252، 253.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

ق.م.م. ويعتبر حق الاسترداد ذو أصول فرنسية، حيث يرجع هذا الحق إليهم، ويعرف في القانون الفرنسي باسم الاسترداد الوراثي¹.

ولمعرفة أحكام هذا الحق سأتناوله من حيث النطاق والشروط والإجراءات والآثار، وذلك كالآتي:

أولاً: نطاق حق الاسترداد:

الاسترداد هو حق خوله المشرع للشركاء (ومنه الورثة) لمنع دخول أجنبي عليهم، وهو حق يختلف عن الشفعة، من حيث إنه يقع على الحصة الشائعة في منقول معين، أو في مجموع من المال، أما الشفعة فتكون عند بيع حصة شائعة في عقار معين²، وهذا هو رأي أغلب فقهاء القانون، لكن ما ذهبت إليه المحكمة العليا في القرار الصادر عن الغرفة العقارية رقم 179321 الصادر بتاريخ: 1998/03/25³، يناقض هذا، ذلك أنها نقضت القرار الصادر عن مجلس قضاء تلمسان الذي أيد حكم محكمة المغنية القاضي برفض الدعوى لعدم التأسيس، وقضت بأن حق الاسترداد يكون أيضاً في حالة بيع أحد الورثة حصته الشائعة في عقار معين، رغم أن المادة 721 قد حصرت نطاق الاسترداد في بيع حصة شائعة في منقول معين، أو حصة شائعة في مجموع من المال، وليس فيها ما يدل على جوازه فيما يتعلق ببيع حصة شائعة في عقار معين، وهذا النص يطابق تماماً نص المادة 833 م.م، والرأي القضائي والفقهي في مصر مستقر على أن بيع حصة مشاعة في عقار معين ولو كان هو كل التركة، لا يجوز فيه حق الاسترداد بل فيه حق الشفعة إذا توفرت شروطها⁴، كما أن الرأي المجمع عليه في الفقه الفرنسي وما استقر عليه حكم القضاء، هو عدم

¹ ينظر في المصدر التاريخي لحق الاسترداد في: محمد علي عرفة، استرداد الحصة الشائعة في قضاء محكمة النقض والإبرام، مجلة القانون والاقتصاد، ع1، مارس 1948، ص130؛ جمال خليل النشار، تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، دط، 1999، ص123 وما بعدها.

² عبد المنعم فرج الصده، محاضرات في القانون المدني (الملكية الشائعة)، معهد الدراسات العربية، مصر، دط، 1962، ص41.

³ غ.ع، قرار رقم 179321 صادر بتاريخ: 1998/03/25، م.ق.ع، ع1، 1998، ص83 نقلا عن: جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء العقاري، المرجع السابق، ج1، ص158.

⁴ ينظر في الفقه والقضاء المصري: عبد المنعم فرج الصده، محاضرات في القانون المدني (الملكية الشائعة)، المرجع السابق، ص42؛ جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص140 وما بعدها.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

جواز حق الاسترداد في بيع حصة مشاعة في عقار معين بالذات، خصوصا وأن حق الاسترداد مصدره القانون الفرنسي.

أيضا حق الاسترداد مخالف للقواعد العامة وفيه عيوب كثيرة، لذلك فهو استثناء والأصل في الاستثناء أن لا يتوسع في تفسيره إلا بما ورد عليه النص صراحة¹.

لهذا كله فإن بيع حصة مشاعة في عقار معين لا يجوز فيه حق الاسترداد، وإنما فيه حق الشفعة إذا توافرت شروطها، ومن ثم فإن ما ذهب إليه قضاة الموضوع إن على مستوى محكمة درجة أولى وإن على مستوى محكمة درجة ثانية هو الأصوب.

ثانيا: شروط الاسترداد

يشترط في حق الاسترداد مجموعة من الشروط هي:

1. أن يكون التصرف بيعا، فلا يجوز الاسترداد في غير البيع.
2. أن يكون البيع واقعا على حصة شائعة، منقولا كان أو مجموعا من المال.
3. أن يكون البيع صادرا لأجنبي؛ لأن المحكمة من تقرير حق الاسترداد منع دخول الأجنبي.
4. أن يكون البيع بطريق الممارسة، فإن كان بطريق المزاد العلني فلا يجوز الاسترداد².

ونلاحظ أن هذه الشروط كلها متوفرة في بيع الوارث حصته في التركة لأجنبي، وبالتالي يحق لبقية الورثة التمسك بهذا الحق لاسترداد المبيع وقطع الطريق على هذا الأجنبي من الدخول عليهم شريكا، ويكون لهم هذا الحق بإتباع الإجراءات الآتية:

ثالثا: إجراءات الاسترداد

إن حق الاسترداد مضر جدا بالتصرف الشخصي، وهو يجعل الشيء المبيع مهددا في أي لحظة باستعمال هذا الحق، مما يؤدي إلى زعزعة استقرار المعاملات والمراكز القانونية، لذلك لجأ المشرع إلى تقييد استعمال هذا الحق بمدة قصيرة، تفاديا لطول هذا الخطر، وقد حددت المدة بشهر يسري من تاريخ علم الورثة أو الشركاء بالبيع، أو من تاريخ إعلامهم بالبيع (م 721 ق.م.ج)، وقد أوكل هذا النص مهمة إعلام الشركاء (أو بقية الورثة) بوقوع البيع إلى البائع الوارث والمشتري، ولم يحدد لهم مدة معينة، بل ترك ذلك لفتنة ونباهة ذوي الشأن، كما أنه لم يشترط أن يكون

¹ ينظر: محمد علي عرفة، استرداد الحصة الشائعة، المرجع السابق، ص 130 وما بعدها.

² هذا الشرط ذكره التفسير الفقهي، وهو منصوص عليه في القانون المصري، ولذلك كان الأولى أن ينص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 721 ق.م. 159.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

الإعلام رسمياً، كما هو عليه الحال في الشفعة، وإعلان الرغبة يجب أن يوجه لكل من البائع والمشتري معاً، وإلا سقط حق الاسترداد.

هذا ويلاحظ أن المدة المحددة في النص هي لإعلان الرغبة وليست لرفع الدعوى، الأمر الذي يجعل بعض الفقه يرى أن المجال مفتوح لغاية وقوع القسمة، بينما ذهب رأي آخر إلى أن المدة هي مدة رفع الدعوى أيضاً؛ لأن الغاية من تقييد الحق أن لا يظل التصرف معلقاً، وهو الرأي الذي ذهبت إليه محكمة النقض المصرية¹.

وإذا كان الرأي الأول يتناسب وصراحة النص في اعتباره المدة لإعلان الرغبة فقط، إلا أن الرأي الثاني جدير بالتأييد؛ لأنه يتناسب والغاية من تحديد حق الاسترداد، ولذلك فالأولى بالمشروع تعديل النص بما يتناسب وهذا الرأي².

هذا ولم يشترط المشرع خارج شرط إعلان الرغبة في الاسترداد لكل من البائع والمشتري شروطاً أخرى، ومن ثم فلا يجب اتباع ما هو مقرر في حق الشفعة من إجراءات، من مثل إيداع ثمن البيع والمصاريف لدى الموثق كما هو منصوص عليه في المادة 801 ق.م.ج.

رابعاً: آثار الاسترداد

إذا تم الاسترداد فإن المسترد (وهو هنا باقي الورثة) يحل محل المشتري الأجنبي في جميع الحقوق والالتزامات، ولذلك يمكن التمييز هنا بين ثلاث علاقات: علاقة المسترد (باقي الورثة) بالمسترد منه (المشتري الأجنبي)، علاقة المسترد (باقي الورثة) بالبائع الوارث، علاقة البائع الوارث بالمسترد منه (المشتري الأجنبي)، وتعرض لها كالاتي:

1. **العلاقة بين بقية الورثة والمشتري الأجنبي:** المسترد في بيع التركة هو باقي الورثة، أما المسترد منه فهو المشتري الأجنبي، وحسب نص المادة 721 ق.م.ج (883 ق.م.م) فإن الاسترداد لا يعتبر إعادة بيع للحصة الشائعة، وإنما هو حلول المسترد مكان المشتري، وهذا الحلول سيكون بأثر رجعي، الأمر الذي يجعل المسترد يتملك الحصة المبيعة مباشرة من البائع، وهذا الحكم ينتج عنه ما يأتي:

¹ راجع في هذا : عبد المنعم فرج الصده، محاضرات في القانون المدني (الملكية الشائعة)، المرجع السابق، ص 43، 44، 45؛ جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 143 وما بعدها، ص 150 وما بعدها.

² ذهب إلى هذا الرأي بعض فقهاء القانون المصري . راجع في ذلك: جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 155.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

- التزام المسترد بدفع الثمن: إذا لم يكن المشتري قد دفع الثمن إلى البائع، فالمسترد يحل محله في دفع الثمن للبائع، وبالتالي فالورثة هنا ملزمون بدفع الثمن إلى البائع الوارث، وتصبح الصورة وكأنها تخارج¹. وإذا كان المشتري قد استفاد من تأجيل الثمن أو تقسيطه، فإن هذا التأثر يمتد للمسترد ويستفيد منه هو الآخر. أما إذا كان المشتري قد دفع للبائع الوارث، فإنه يجب على بقية الورثة دفع الثمن مع كامل المصروفات والنفقات التي تحملها المشتري، وفي المقابل فإنه على المشتري أن يرد إلى باقي الورثة قيمة ما أخذه من ثمار المبيع منذ صدور البيع إلى وقت الاسترداد.
 - عدم حجية التصرفات التي أبرمها المشتري على الحصة المباعة: لا تعتبر التصرفات التي قام بها المشتري في الفترة ما بين صدور البيع وحصول الاسترداد حجة على باقي الورثة (المسترد)، وهذا الحكم ناتج عن الأثر الرجعي للاسترداد، ولو قلنا بخلاف هذا لانعدمت الفائدة من الاسترداد².
 - عدم مسؤولية المشتري عن الضمان: لا يعتبر المشتري الأجنبي هنا مسؤولاً عن أي ضمان اتجاه بقية الورثة، فإذا كان المشتري قد أوفى الثمن للبائع الوارث فلا يجوز لبقية الورثة الامتناع عن دفع الثمن للمشتري بحجة أن الحصة المباعة مهددة بالاستحقاق من قبل الغير، لأن الضمان يقع على مسؤولية البائع الوارث، وهذا ناتج عن حلول الورثة محل المشتري الأجنبي في كامل حقوقه³.
2. العلاقة بين بقية الورثة والبائع الوارث: إذا لم يوف المشتري الأجنبي الثمن للبائع الوارث، كان هذا الالتزام في ذمة باقي الورثة، وإذا ادعوا أن الثمن صوري كان عليهم إثبات ذلك بجميع الطرق طبقاً للقواعد العامة كما أنهم سيستفيدون من الأجل في سداد الثمن - كما سبق ذكره - إذا كان هذا متفقاً عليه في العقد الأصلي.
- أما بالنسبة للحلول في ملكية الحصة المباعة، فإن كانت مجموعاً من المال يشتمل على منقول فقط فالملكية تنتقل إلى بقية الورثة مباشرة منذ صدور العقد طبقاً للأثر الرجعي للاسترداد⁴، أما إذا كان المجموع من المال يشتمل على عقار؛ فإن المشرع الجزائري حسب نص المادة 16 من

¹ سيأتي الحديث عنها في الفصل الثاني من هذا الباب.

² راجع هذه الأحكام في الفقه المصري. عبد المنعم فرج الصده، محاضرات في القانون المدني (الملكية الشائعة)، المرجع السابق، ص 46، 47؛ جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 161، 162.

³ عبد المنعم فرج الصده، محاضرات في القانون المدني (الملكية الشائعة)، المرجع السابق، ص 47.

⁴ جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 163.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

قانون السجل العقاري يشترط لإنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء أي حق عيني مترتب على العقار لا بد من شهره، وإلا ما كان له أي أثر ولو بين الأطراف¹.

وبما أن المشرع لا يشترط الرسمية في إعلان الرغبة، فالذي يظهر أن الأخذ بالقول الذي يرى وجوب رفع دعوى خلال مدة شهر المنصوص عليها في المادة 721 ق.م.ج هو الأرجح والأنسب هنا، وبالتالي فعريضة الدعوى تتزل منزلة إعلان الرغبة، وتكون خاضعة للشهر قياساً على حق الشفعة حسب نص المادة 806 ق.م، ومن ثم فإن كل حق يرتبه المشتري على العقار بعد تاريخ شهر عريضة الدعوى لا يكون حجة على بقية الورثة (المسترد).

وإن كان ثمة رأي آخر يرى أن حكم الاسترداد هو الذي يشهر ويسري أثره بشكل رجعي، حيث يكون كل حق يرتبه المشتري على العقار المسترد قبل شهر الحكم لا يحتج به على المسترد؛ حتى ولو كان هذا الغير حسن النية، ذلك أن القول بغير هذا يؤدي إلى ضياع فائدة الاسترداد². أما الغير حسن النية فله طرق تمكنه من حفظ حقوقه³.

3. العلاقة بين البائع الوارث والمشتري الأجنبي: إذا تم الاسترداد فالعلاقة بين البائع الوارث والمشتري الأجنبي تنتهي بأثر رجعي، وتحل محلها العلاقة بين بقية الورثة والبائع الوارث، ويترتب عن هذا النتائج الآتية:

- الحقوق والالتزامات التي ولدها عقد البيع بين البائع الوارث والمشتري الأجنبي تسقط، وتحل محلها الحقوق والالتزامات بين البائع الوارث وبقية الورثة، وبهذا فلا يجوز للمشتري الأجنبي مطالبة البائع الوارث بأي حق من حقوق العقد، وفي المقابل لا يجوز للبائع الوارث مطالبة المشتري الأجنبي بالثمن إذا لم يكن قد استوفاه منه.
- رجوع العلاقة بين البائع الوارث والمشتري الأجنبي إلى ما كانت عليه قبل العقد، وترجع الحقوق التي زالت إلى الوجود من جديد، فلو ترتبت مثلاً على عقد البيع مقاصة بينهما، أو اتحاد الذمة، فإن هذا يزول، حيث تسقط المقاصة ويزول اتحاد الذمة، ويكون لصاحب الحق المطالبة بحقه⁴.

¹ راجع المادة 16 من قانون تأسيس السجل العقاري.

² راجع الرأي الثاني في: جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 166.

³ من هذه الوسائل: - الرجوع على المشتري بكامل حقه. - في حالة تعاقب البيوع قياساً على حق الشفعة (797م ج) يمكن للمسترد استرداد الحصة المباعة بالشروط التي اشترى بها هذا الغير. - للغير حق الأفضلية على الثمن الذي حصل عليه المشتري في حالة رهنه للحصة الشائعة. راجع في هذا: جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 166.

⁴ جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 167.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

أما من الناحية الشرعية فالفقه الإسلامي لا يعرف حق الاسترداد، وإنما يعرف حق الشفعة كطريق واحد للشريك، رغم الاتفاق في حكمة التشريع¹. فإذا باع أحد الورثة حقه في التركة لشخص أجنبي كان من حق بقية الورثة استردادها بطريق الشفعة، سواء أكانت حصته في التركة عقارا أم منقولا، وهذا على مذهب من يرى جواز الشفعة في أي مال بغض النظر عن طبيعته².

هذا وقد خرج الشيخ سيد عبد الله علي حسين إمكانية استرداد الورثة الحصة المبيعة من يد المشتري الأجنبي بطريق آخر، وهذا الطريق هو اعتبار البيع فاسدا وبالتالي فسخه، ذلك لأن وجود حق الشفعة يجعل بيع الوارث فيه نزاع، وبيع ما فيه نزاع فاسد، "وإذا تم رفع الأمر إلى القاضي حكم بفسخه³، وحينئذ يلزم القاضي من تضرر من هذا البيع من الورثة بالمشتري بدلا عن هذا الأجنبي، فتأتي المسألة كالتشريع الوضعي"⁴.

وحتى يتم استرداد الحصة المبيعة من المشتري الأجنبي، وجب على باقي الورثة طلب الشفعة في المدة المحددة لذلك بعد علمهم بالبيع⁵، ويجب عليهم دفع الثمن الذي ابتاع به المشتري مع ما يتبعه من مصاريف، وتحديد يوم البيع لا يوم القيام بالطلب.

أما بالنسبة لتصرفات المشتري فتعتبر صحيحة موقوفة على شرط تنازل بقية الورثة عن حقهم في الشفعة، فإن طلبوها بطلت جميع التصرفات التي قام بها المشتري، ويعتبر الورثة وكأنهم تلقوا

¹ علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنة بالشرائع الوضعية، دار الفكر العربي، مصر، دط، 1996، ص187، 188.

² وهو مذهب عطاء وجابر وأهل مكة والظاهرية، وهو رواية عن الإمام أحمد، ويرى جمهور الفقهاء أن الشفعة إنما تكون في العقار خاصة وما يتبعه من منقول. يراجع في هذا: علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص278 وما بعدها.

³ الأصل أن المبيع إذا فسخ العقد أن يرجع إلى البائع، وإذا فسخ العقد فلا يمكن للشفيع أن يتلقى الملكية من المشتري، والظاهر أن ملكية الشفيع للشيء المشفوع فيه في هذه الحالة إنما يتلقاها من البائع، ذلك أن حكم القاضي يفسخ العقد الأول ويجعل الإيجاب الصادر من البائع وكأنه موجه للشفيع، وكأن الشفيع قد قبل ذلك، وبذلك يعتبر الشفيع متلقيا للملكية من البائع مباشرة. راجع في تخريج مسألة مشاهمة في المذهب الحنفي في: علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص302، 303.

⁴ سيد عبد الله علي حسين، المرجع السابق، ج4، ص1455.

⁵ اختلف الفقهاء في المدة التي يجب على الشفيع طلب الشفعة في حدودها بعد العلم بالبيع، فذهب البعض إلى أنها تكون في حدود مجلس العلم، وذهب البعض الآخر إلى أنها في حدود يوم واحد، وجعلها البعض الآخر ثلاثة أيام، وذهب البعض الآخر إلى التفرقة بين حضور العقد والغياب عنه، ففي الحضور له مدة شهرين، وفي الغياب له مدة سنة كاملة. راجع في هذه الآراء: علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص288، 289.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

حقهم من البائع الوارث لا من المشتري في التصرفات العينية، وهو بهذا يطابق التصرف في ملك الغير¹.

وأما بالنسبة للضمان فيقع على المشتري الأجنبي ولا علاقة فيه بين الشفيع (باقي الورثة) والبائع الوارث، بمعنى أن الشفيع (أي باقي الورثة) يرجع على المشتري الأجنبي، وهذا الأخير يرجع بدوره على من قبله² إلى غاية البائع الوارث.

ويظهر من هذا أنه لا توجد في الفقه الإسلامي علاقة بين الشفيع (بقية الورثة) وبين البائع الوارث، لا من حيث أداء الثمن، ولا من حيث الرجوع بالضمان، وإنما العلاقة فقط تكون بين الشفيع (بقية الورثة) والمشتري الأجنبي³.

البند الثاني: دائنو التركة ومدينوها

الفقرة الأولى: دائنو التركة

عمت المورث يصبح دائنوه دائنين للتركة، ويقتون على هذا المركز وبهذه الصفة على الرغم من بيع الوارث لحصته، فلا ينتقل للمشتري؛ لأنه لم ينتقل أصلاً للمورث⁴، إذ يبقى في حدود التركة، فلا تركة إلا بعد سداد الدين، فحقهم يستوفونه مقدماً على أي حق آخر عدا تجهيز الميت. وإذا ثبت هذا فلا محل لحوالة الدين⁵ من الوارث البائع إلى المشتري؛ لأن الوارث نفسه غير مدين، وفاقد الشيء لا يعطيه، ولهذا فلا يلزم اتخاذ إجراءات حوالة الدين⁶ وعلى هذا الأساس، فإذا تسلم المشتري من البائع الوارث مشتملات حصته في التركة؛ فإن هذه الحصّة تبقى مسؤولة عن ديون التركة، وللدائنين تتبعها في يد المشتري والتنفيذ بحقهم عليها⁷. وهذا النظر نفسه مقرر في الفقه

¹ سيد عبد الله علي حسين، المرجع السابق، ص1458؛ علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 311 وما بعدها.

² هذا في حالة توالي البيوع.

³ سيد عبد الله علي حسين، المرجع السابق، ص1458.

⁴ راجع تفصيل مسألة انتقال ديون المورث إلى الوارث في الفصل الأول من الباب الأول من هذا البحث.

⁵ حوالة الدين (cession de dette) هي انتقال الالتزام من ذمة مدين إلى ذمة مدين آخر. وتعريف آخر: هي اتفاق مدين مع أجنبي أن يتحمل عنه الدين الذي في ذمته لطرف آخر. راجع: السنهوري، الوسيط (ط3)، المرجع السابق، ج3، ص413، 552.

⁶ راجع نص المادة 252 من ق.م.ج.

⁷ السنهوري، الوسيط (ط3)، ج4، ص253، 254؛ أنور سلطان، المرجع السابق، ص433.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

الإسلامي؛ لأنه مأخوذ عنه، فالديون التي على الميت تبقى في دائرة التركة ولا تنتقل إلى الوارث ولا إلى غيره.

الفقرة الثانية: مدينو التركة (المورث)

إذا توفي المورث وكانت له ديون، فإن هذه الديون تعتبر حقوقاً للتركة، وتنتقل بالإرث للورثة، فإذا قام أحد الورثة ببيع حصته في التركة كمجموع من المال، فإن هذه الحقوق تندرج ضمن هذا المجموع وتنتقل إلى المشتري الأجنبي، ولكن هذا الانتقال يكون بطريق حوالة الحق¹. ومعلوم أن حوالة الحق قواعد تحكمها وتجعلها نافذة، ومن هذه القواعد: إعلان مديني التركة بهذه الحوالة، أو قبولهم لها²، فإذا لم يقبلوها ولم يعلنوا بها، وقاموا بالوفاء بما في ذمتهم من دين للوارث البائع، كان هذا الوفاء نافذاً في حق المشتري، الذي له حق الرجوع في هذه الحالة على البائع الوارث، وسبب رجوعه عليه؛ راجع لكون استيفائه ديون التركة بعد بيع حصته هو عمل شخصي، والوارث البائع يقع على عاتقه التزام بضمان أعماله الشخصية³.

هذا من الناحية القانونية، أما في الفقه الإسلامي فالتركة إذا كانت لها حقوق (ديون) لم تقبض بعد أو لم تحل، فإن جمهور الفقهاء - كما سبق بيان ذلك - لا يجيزون بيع الدين لغير المدين؛ أي لأجنبي، لورود النهي عن ذلك، وخالف في هذا المالكية فأجازوا بيع الدين بشروط ثمانية⁴، ومال إلى الجواز أيضاً ابن القيم من الحنابلة فأجاز بيع الدين للمدين وللأجنبي أيضاً، ومن ثم فالوارث البائع إذا قام ببيع حصته في التركة وكانت تشتمل على حقوق (ديون لها)؛ فإنها وفق المذهب المالكي - طبعاً وفقاً للشروط المذكورة - ووفق رأي ابن القيم تنتقل إلى المشتري الأجنبي عن طريق حوالة الحق⁵.

البند الثالث: الخلف الخاص للوارث البائع

¹ حوالة الحق: (cession de créance): هي اتفاق بين الدائن وشخص أجنبي على أن يحول له حقه الذي في ذمة مدينه.

ينظر: السنهوري، الوسيط (ط3)، المرجع السابق، ج3، ص442.

² راجع نص المادة 241 ق.م.ج.

³ السنهوري، الوسيط (ط3)، المرجع السابق، ج4، ص254.

⁴ راجع الفرع الثاني للمطلب الأول في هذا المبحث.

⁵ يراجع في حوالة الحق في الفقه الإسلامي: السنهوري، الوسيط (ط3)، المرجع السابق، ج3، ص434 وما بعدها.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

قد يحدث أن يقوم الوارث البائع ببيع شيء من مشتملات حصته لمشتري آخر. أو أن يقوم ببيع حصته كمجموع لمشتري آخر، فيكون المشتري الثاني خلفا خاصا للبائع الوارث، وهو يعتبر من الغير بالنسبة للبيع الصادر للمشتري الأول. ولييان مركز هذا الغير بالنظر للبيع الأول تتناول الحالات الآتية:

الفقرة الأولى: بيع شيء معين من مشتملات الحصة المبيعة

قد يقع أن يبيع الوارث البائع شيئا من مشتملات حصته المبيعة لمشتري آخر. وهذا لا يخرج عن ثلاث حالات: قد يكون البيع وقع على عقار معين، أو منقول معين، أو حق شخصي (دين تركة).

أولا: إذا كان عقارا معيناً

إذا اشترى هذا الغير عقارا معيناً من مشتملات الحصة المبيعة، سواء أكان ذلك قبل بيع الحصة أم بعدها، فلا يتقدم أحدهما على الآخر في هذا العقار المعين إلا من كان قد استوفى إجراءات نقل هذا الحق أولاً؛ ذلك أن هذا الحق لا تنتقل ملكيته، ولا يكون نافذاً في حق الغير إلا إذا قام المشتري بالإجراءات اللازمة لنقله، وهذا حسب نص المادة 405 من ق.م.ج. وفي القانون الجزائري لا تنتقل ملكية العقار إلا إذا كان وارداً في شكل رسمي وتم إظهاره، وبالشهر في السجل العقاري تنتقل الملكية¹، والسبب في هذا راجع لكون المشتري لحصة الوارث هو مشتري لها كمجموع من المال، وفي الوقت نفسه مشتري لكل عقار على حده، ولذلك تعين اتباع إجراءات نقل هذا الحق، والشيء نفسه يقال في حالة ما إذا كان الحق الذي تلقاه الغير من البائع الوارث غير الملكية كالارتفاق أو الرهن، أو غيرها من الحقوق فالعبرة كذلك بالشهر أو القيد².

ثانياً: إذا كان البيع منقولاً أو حقاً شخصياً

إذا كان الحق الذي تلقاه المشتري الآخر من البائع الوارث منقولاً معيناً بالذات؛ فإن ملكية المنقول تنتقل بمجرد البيع، ومن ثم فمن كان عقده الأول انتقلت إليه الملكية، فإن كان مشتري الحصة هو الأول انتقلت ملكية هذا المنقول إليه تبعاً للحصة ككل، وإن كان مشتري المنقول المعين هو الأول انتقلت إليه ملكية المنقول المعين، مع ملاحظة أن الحيازة لها دور في تحديد الملكية بعد ذلك، حيث من

¹ راجع في هذا: نسيمه حشود، المرجع السابق، ص51.

² السنهوري، الوسيط (ط3)، ج4، ص255، 256؛ أنور سلطان، المرجع السابق، ص433.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

تسلم المنقول بحسن نية قبل صاحبه انتقلت الملكية إليه بسبب الحيازة، باعتبارها سندا للملكية، وفي الوقت نفسه مسقطه لكل التكاليف والحقوق العينية المثقلة لهذا الحق، إذا كان ذلك كله بحس نية¹. أما إذا كان الحق الذي تلقاه الغير من البائع الوارث حقا شخصيا (دينا للتركة)، فالحق الشخصي لا ينتقل إلا وفقا للقواعد المقررة في حوالة الحق - كما سبق بيان ذلك - ، ومن هذه القواعد إعلان المدين بالبيع، أو قبوله لها، وعلى هذا الأساس يكون التقديم والتفضيل، فإن قبل مدين التركة ببيع الحصة كمجموع أو أعلن به قبل قبول أو إعلان شراء الدين (الحق الشخصي) مفردا من قبل المشتري الآخر، فالحق ينتقل إلى صاحب المجموع، ويكون التفضيل لمشتري الدين على صاحب الحصة كمجموع؛ إذا حصل مشتري الدين على قبول من مدين التركة ثابت التاريخ، أو إعلان بالحوالة قبل قبول ثابت التاريخ لبيع الحصة كمجموع، أو إعلان لها². وعلى كل حال فإن الشخص الذي يفقد حقه له الرجوع على البائع الوارث باعتبار أن هذه التصرفات التي قام بها تدخل في إطار أعماله الشخصية التي هو ملزم بضمائها وفقا لما سبق بيانه.

الفقرة الثانية: بيع الحصة كمجموع لشخصين على التعاقب

إذا قام الوارث البائع ببيع الحصة المبيعة كمجموع لشخص أول، ثم باعها لشخص ثان، فالأصل أن المبيع كمجموع ينتقل إلى من اشترى الحصة أولا، وبما أن المجموع قد يشتمل على أموال متنوعة ما بين عقارات ومنقولات وحقوق شخصية، وقد سبق بيان أن كل حق يخضع لإجراءات معينة حتى تنتقل ملكيته، وطالما أن المشتري للمجموع هو في الوقت نفسه مشتر لكل حق على حده؛ ومن ثم فلا بد من اتخاذ هذه الإجراءات حتى يتم نقل الملكية.

وينتج عن هذا كله أن التقديم والتفضيل يكون تبعا للأسبقية في اتخاذ الإجراءات اللازمة لنقل هذه الحقوق، فقد يتقدم أحدهم في الحصة كلها إذا سبق الآخر في شهر العقارات وحيازة المنقولات، وإعلان الحوالة أو الحصول على قبول لها ثابت التاريخ بالنسبة للحقوق الشخصية (الديون)، وقد يحدث أن يتقدم أحدهم في شيء دون الآخر، فقد يتقدم في العقارات والمنقولات دون الديون، وقد يتقدم في المنقولات والديون دون العقارات، وقد يتقدم في بعض العقارات وبعض المنقولات دون البعض الآخر،

¹ السنهوري، الوسيط (ط3)، المرجع السابق، ج4، ص256.

² المرجع نفسه، ج4، ص256؛ أنور سلطان، المرجع السابق، ص433.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

فكل ذلك مرهون بالسبق في اتخاذ الإجراءات اللازمة قانونا لنقل الحقوق¹، وعلى كل ففي هذه الحالات كلها يبقى البائع الوارث ضامنا لأعماله الشخصية.

أما عن موقف الفقه الإسلامي، فالبائع الوارث إذا باع حصته في التركة لشخص أجنبي انتقلت إليه الملكية، فلا يجوز للبائع أن يبيعه مرة أخرى؛ لأنه لا يملكه، فقد خرج من ملكه بمجرد تمام العقد الأول، فإن قام ببيع الحصة مرة ثانية لشخص آخر كان بيع ملك الغير، أو ما يعرف في الفقه الإسلامي "بيع الفضولي"، وبيع الفضولي يقع عند بعض الفقهاء باطلا²، ويترتب عن هذا أن ملكية الحصة المبيعة تبقى للمشتري الأول، وعلى رأي آخر يقع صحيحا موقوفا على إجازة المالك، فإن أجازته صح، وكان الفضولي وكيفا عن المشتري (المالك)، حيث تنصرف آثاره إلى الموكل (المشتري الأول)، والملكية هنا إنما تنتقل إلى المشتري الثاني من المشتري الأول لا من الوارث البائع، أما إن لم يجز التصرف فالبيع باطل، وينطبق عليه الحكم الأول³، وهذا الكلام ينطبق على حالة إعادة بيع كل حصة، أو جزء منها، فالأمر بيان.

المبحث الثاني: شروط بيع التركة

لعقد البيع شروط لانعقاده وأخرى لصحته وأخرى لنفاذه، وهذه الشروط تعم العقود كلها، وليست خاصة بعقد البيع، وهي إن لم تتوفر كان العقد إما باطلا وإما قابلا لذلك، وإما موقوفا، ولست في هذا المقام أقصدها بهذا العنوان، وإنما أقصد الحديث عن الشروط الخاصة بهذا البيع، والتي تم النص عليها إما صراحة، وإما ضمنا، وتتمثل شروط بيع التركة في شرطين اثنين هما: شرط وجود التركة (المطلب الأول)، وشرط ضمان صفة الوارث (المطلب الثاني).

المطلب الأول: شروط وجود التركة

إن وجود التركة يعني صلاحيتها للتعامل فيها، وصلاحيتها معناه افتتاحها، فإن لم تفتح فذلك يعني أنها غير موجودة (الوجود القانوني)، وبناء على هذا سنتناول في هذا المطلب: افتتاح التركة وشروط ذلك (الفرع الأول)، والأثر المترتب عن عدم افتتاحها (الفرع الثاني).

¹ السنهوري، الوسيط (3)، المرجع السابق، ج4، 256.

² ذهب الشافعي في الجديد ورواية في المذهب الحنبلي أن عقد الفضولي باطل، وإن أجازته المالك بعد ذلك. يراجع: النووي، المجموع، دار الفكر، بيروت، دط، دت، ج9، ص260؛ المرادوي، المصدر السابق، ج11، ص56 وما بعدها.

³ ذهب الحنفية والملكية والشافعي في القديم، ورواية في المذهب الحنبلي إلى أن عقد الفضولي صحيح موقوف على إجازة المالك. يراجع: الكاساني، المصدر السابق، ج5، ص147؛ الصاوي، المصدر السابق، ج3، ص26؛ النووي، المجموع، المصدر السابق، ج9، ص260؛ المرادوي، المصدر السابق، ج11، ص56 وما بعدها.

الفرع الأول: افتتاح التركة وشروط ذلك

إن موت المورث يعتبر الواقعة القانونية والشرعية التي تفتتح بها التركة، ويتحدد على إثرها نصيب الورثة، ولعل هذا ما نلمسه في قرارات المحكمة العليا، حيث جاء في أحدها: " من المقرر شرعا وقانونا أن التركة لا تفتتح إلا بعد وفاة المورث..."¹. وهذا على خلاف ما ذكره البعض من أن افتتاح التركة هو القيام بجملة من الأعمال الضرورية التي تجعل التركة جائزة²، ذلك أن هذه الأعمال هي تصفية التركة، وليس فتحها، إذ التصفية هي التي تقتضي طرح جملة من الحقوق المتعلقة بها، وتكون عقب الوفاة، أما فتح التركة فيكون بمجرد واقعة الوفاة، والفرق في هذا واضح، ومن هنا يتبين أن فتح التركة معناه: "صلاحية أو قابلية التعامل فيها"، وهي تكون بالوفاة، والوفاة تأخذ ثلاث حالات: حقيقية وحكومية وتقديرية، وبيانها كآلاتي:

البند الأول: الوفاة الحقيقية

جاء في مقاييس اللغة أن: الميم والواو والتاء أصل صحيح يدل على ذهاب القوة من الشيء، ومنه الموت، بخلاف الحياة³.

وفي الاصطلاح، فقد ذكر الفقهاء أن الموت هو: "مفارقة الروح الجسد"⁴، وفي تعقيب على هذا التعريف ذكر الغزالي⁵ أن مفارقتها للجسد - يقصد الروح - يكون بانقطاع تصرفها عنه، ويصبح بذلك خارجا عن طاعتها⁶. ونظرا لكون الروح أمر غيبي مصداقا لقوله تعالى:

﴿ وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الرُّوحِ قُلِ الرُّوحُ مِنْ أَمْرِ رَبِّي وَمَا أُوتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا ﴾

[الإسراء 85]، أدى ذلك إلى تعذر إدراك كُنه الموت، ولكن كان لا بد من معرفة وقت وقوعه، ولو على سبيل الظن؛ نظرا لتعلق كثير من الأحكام الشرعية به، لذلك حدد الفقهاء مجموعة من

¹ غ.أ.ش، ملف رقم 93703 مؤرخ في : 1998/09/28، ا.ق، ع خاص، 2001، ص332، نقلا عن: جمال سايس،

الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، منشورات كليك، الجزائر، ط1، 2013، ج3، ص1162.

² منير الفرشيشي، المرجع السابق، ص499.

³ ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، بيروت، دط، 1979، ج5، ص283.

⁴ النووي، المجموع، المصدر السابق، ج5، ص105.

⁵ الغزالي: هو محمد بن محمد بن أحمد الطوسي أبو حامد الغزالي، ولد عام 450 هـ، يعتبر من كبار علماء الشافعية توفي رحمه الله عام 505 هـ بطوس، له عدة كتب أهمها: إحياء علوم الدين، المستصفى من علم الأصول... ينظر. السبكي، المصدر السابق، ج6، ص191 وما بعدها.

⁶ الغزالي، إحياء علوم الدين، دار المعرفة، بيروت، دط، دت، ج4، ص493، 494.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

الأمارات تقع في البدن تكون دالة على حدوثه. يقول ابن قدامة¹: " إذا اشتبه أمر الميت اعتبر بظهور أمارات الموت، من استرخاء رجليه، وانفصال كفيه، وميل أنفه، وامتداد جلدة وجهه، وانخساف صدغيه " ². وجاء في روضة الطالبين: " يستحب المبادرة إلى غسله وتجهيزه إذا تحقق موته، بأن يموت بعلّة، وتظهر أمارات الموت، بأن تسترخي قدماه فلا تنتصبا، أو يميل أنفه، أو ينخسف صدغاه، أو تمتد جلدة وجهه... " ³.

وإذا كان عصرنا الراهن قد شهد ثورة في المجال الطبي والتكنولوجي جعلت ما كان بالأمس عسيرا أمرا ميسرا، وما كان ظنيا جعلته قطعيا وأكثر دقة، فعلى هذا الأساس يكون الحكم الشرعي في تحديد وقت الموت وأماراته مرده للأطباء باعتبارهم الأدرى بذلك، ولأن الله تعالى قال:

﴿وَمَا أَرْسَلْنَا قَبْلَكَ إِلَّا رِجَالًا نُوْحِي إِلَيْهِمْ^ط فَسَأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴿١٠٦﴾﴾ [الأنبياء].

وهذه الأمارات التي وضعها الفقهاء ليست حكما شرعيا يجب التزامه والتقيد به، وإنما هي اجتهاد منهم مبني على الاعتبارات الطبية المنتشرة في زمانهم، ولذلك خرجت على مبلغ علمهم في هذا الميدان، ومن ثم فهي مرتبطة به، وتتطور بتطوره، وحتى نفهمها فهما دقيقا ونوجهها توجيهها صائبا ينبغي أن نضعها في سياقها التاريخي، وضمن هذه الاعتبارات. ولعل ما ذكره الفقهاء في هذا الصدد يحمل على هذا التوجيه، فقد ورد عن بعض الفقهاء: " أن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- لما طعن كان معدودا في الأموات، رغم أنه كان يتكلم ويعهد، وكان ابن القاسم يقول إنه لو مات له موروث لما ورثه، وإنه لو قتل رجل عمر -رضي الله عنه- حينئذ لما قتل به " ⁴. وعلى هذا الأساس، وبناء على ما سبق ذكره فإن الكلمة الفصل - في عصرنا - ترجع لعلم

¹ ابن قدامة: هو عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة بن مقدم بن نصر بن عبد الله المقدسي، ولد سنة 541 هـ، من شيوخه: هبة الله، الدقاق، من تصانيفه: المغني، المقنع، مختصر الهداية، توفي سنة 620 هـ بدمشق. ينظر: زين الدين عبد الرحمان السلامي، المرجع السابق، ج3، ص281.

² ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج2، ص337.

³ النووي، روضة الطالبين، المصدر السابق، ج2، ص155.

⁴ المواق، المصدر السابق، ج4، ص71.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

الطب وأمله. وقد وضع الطب الحديث عدة علامات فارقة بين الموت والحياة من هذه العلامات الفارقة:

1. توقف القلب والنفس والدورة الدموية توقفا لا رجعة فيه، ويمكن معرفة هذا عن طريق توقف القلب لمدة أكثر من 5 دقائق على الأقل، وكذا توقف نبض الشرايين.

2. توقف الدماغ توقفا لا رجعة فيه: يعتبر موت الدماغ و توقفه عن العمل توقفا لا رجعة فيه من أهم العلامات الفارقة التي توصل إليها الطب الحديث، واستطاع أن يشخص الوفاة بواسطته في الكثير من الحالات التي لم تتضح بالمعيار الأول¹.

وتأييدا لهذا فقد صدر عن المجمع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي قرار جاء فيه: " أن الشخص قد مات، وتترتب جميع الأحكام المقررة شرعا على الوفاة إذا تبينت فيه إحدى العلامتين التاليتين:

1. إذا توقف قلبه وتنفسه توقفا تاما، وحكم الأطباء بأن هذا التوقف لا رجعة فيه.
2. إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلا نهائيا، وحكم الأطباء الاختصاصيون الخبراء بأن التعطل لا رجعة فيه، وأخذ دماغه في التحلل.

وفي هذه الحالة يسوغ رفع أجهزة الانعاش المركبة على الشخص، وإن كان بعض الأعضاء لا يزال يعمل آليا بفعل الأجهزة المركبة " ².

وهو الرأي الذي أقره أيضا المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته العاشرة، حيث أجاز رفع أجهزة الانعاش في مثل هذه الحالات، بيد أنه قرر أن اعتبار الشخص ميتا من الناحية الشرعية، وتسري عليه أحكام الموت لا يكون إلا بعد توقف قلبه ودورته الدموية؛ أي بانتظار مدة كافية لحدوث ذلك. أما عن اللجنة الطبية التي يخول لها تقرير رفع أجهزة الانعاش، واعتبار الشخص في حكم الأموات فتكون مكونة من ثلاث أطباء اختصاصيين خبراء على الأقل³.

¹ محمد علي البار، موت القلب وموت الدماغ، مجلة الإعجاز العلمي، الهيئة العالمية للإعجاز العلمي في القرآن والسنة التابعة لرابطة العالم الإسلامي، ع15. راجع المجلة على الموقع الإلكتروني: www.eajaz.org

² مجلة الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة الثالثة، عمان (11 - 15 أكتوبر 1986)، ع3، 1987، ج2، ص809.

³ قرار المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، الدورة العاشرة، (10/17 إلى 10/21 1987/10/21)، ينظر مجلة المجمع، ع21، 2006، ص231.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

أما من الناحية القانونية فالمشرع الجزائري قد نص في المادة 164 من القانون الطبي رقم 05/85 المعدلة بالقانون رقم 17/90¹ على أن إثبات الوفاة من الناحية الطبية والشرعية يكون بتقرير من اللجنة الطبية المختصة، والتي حددت حسب نص المادة 167 من القانون السابق بطبيين على الأقل بالإضافة إلى طبيب شرعي. هذا ولم يبين المشرع الجزائري معيار تحديد الوفاة الشرعية، وإنما تركها للجنة الطبية المختصة حسب ما هو معمول به في هذا المجال². بالإضافة إلى ما ذكر طبيًا، فإن الوفاة تثبت قانونًا بالمشاهدة أو المعاينة، أو بالبينة الشرعية، وذلك وفق ما هو مدون في سجلات الحالة المدنية (م 1/26 ق.م)، وإلا فجميع طرق الإثبات وحسب الإجراءات التي نص عليها قانون الحالة المدنية (م 2/26 ق.م). وفي إثبات الوفاة بالبينة فإن يجوز الاستعانة بالأقارب، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها، حيث جاء في القرار رقم 179557: " من المقرر قانونًا أنه يجوز شهادة الأقارب في قضايا الحالة التي هي الزواج، الطلاق، الوفاة، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفًا للقانون ومتى تبين في - قضية الحال - أن شهادة الأقارب على وفاة المرحومة كان قصد الوصول لتقسيم التركة، فإن القضاة لما رفضوا الدعوى في الحال وعدم قبول شهادة الأقارب على وفاة المرحومة دون إجراء تحقيق في القضية، فإنهم أخطأوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للنقض "³.

البند الثاني: الوفاة بطريق حكمي

الفقرة الأولى: حالة المفقود

المفقود هو من انقطعت أخباره، ولا يعرف مكانه، ولا تعرف حياته من موته⁴، فإذا رفع الأمر إلى القضاء، وقد مضى على غيابه مدة طويلة، جاز للقاضي أن يصدر حكمًا بموته، ولكن بعد

¹ قانون رقم: 05/85 صادر بتاريخ 16/02/1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، (ج ر، ع8)، صادرة بتاريخ: 17/02/1985، ص176) والمتمم بالقانون رقم 17/90 المؤرخ في 31/07/1990 (ج ر، ع35)، صادرة بتاريخ: 15/08/1990، ص1123.

² بلحاج العربي، أحكام الموارث، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، الجزائر، ط4، 2010، ص105.

³ غ.أ.ش، قرار رقم 179557 مؤرخ في 17/03/1998، م ق، ع2، 1998، ص79، نقلا عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص906.

⁴ راجع: الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، مطابع دار الصفاة، مصر، ط1، 1404هـ، ج38، ص267. راجع أيضا نص المادة 109 ق.أ.ج، المادة 325 م.أ.م، الفصل 81 مج.أ.ت.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

البحث والتحري والاستقصاء عنه بكل الطرق والوسائل المتاحة¹. وفي الفترة التي تسبق الحكم، وهي فترة البحث والتحري؛ فإن المفقود يعتبر فيها حيا، حيث تستصح حيا، فلا يورث ولا تقسم أمواله، حتى يصدر الحكم بموته².

وفي القانون الجزائري لا يجوز الحكم بموت المفقود إلا بعد صدور حكم مسبق يقضي بفقده، ثم بعد انقضاء فترة البحث والتحري يجوز إصدار حكم ثاني يقضي بالوفاة، فإن لم يكن الأمر هكذا كان الإجراء باطلا، وهذا ما سارت عليه المحكمة العليا في اجتهاداتها، فقد جاء في القرار رقم 118621 أنه: " من المقرر قانونا أن الشخص الغائب يعتبر مفقودا بعد صدور حكم قضائي يشهد بذلك، ومن ثم يمكن إصدار حكم بموته بعد انقضاء آجال البحث عليه. ولما ثبت - من قضية الحال - أن قضاة الموضوع حكموا بالفقدان والموت في آن واحد، فإن ذلك يجعل من الإجراءات المتبعة باطلة، مما يستوجب إبطال قرارهم المنتقد"³. أما الفقد في حالة الحروب والظروف الاستثنائية، فالمدة المطلوب مضيها؛ لصدور الحكم بالوفاة يبدأ سريانها من تاريخ الفقد،

¹ في القانون الجزائري تقدر المدة بأربع سنوات في الحالات الاستثنائية، وفي حالة السلم الأمر متروك للقاضي في تقدير المدة بعد مضي 4 سنوات (م 113 ق.أ.ج)، في القانون المغربي ففي الحالات الاستثنائية تقدر بسنة من تاريخ اليأس على خيره، وفي الحالات العادية الأمر متروك للقاضي بعد التحري (م 327 م.أ.م)، أما في القانون التونسي ففي الحالات الاستثنائية المدة لا تتجاوز العامين، وفي الحالات العادية الأمر متروك للقاضي بعد التحري (ف 82 مج.أ.ت).

أما في الفقه الإسلامي فالمدة في المذهب الحنفي تكون بموت أقرانه في بلده. أما في المذهب المالكي فالمفقود في بلاد المسلمين تقدر بـ: 04 سنوات، وفي بلاد الأعداء تقدر بمدة لا يعيش إليها، وفي حالة الحرب، إن كانت مع الأعداء فيعتبر كالمفقود في بلاد الأعداء، ورواية أخرى المدة سنة، وفي حالة الحرب مع المسلمين ليس فيها أجل، وقيل سنة، وقيل ترك للقاضي. وعند الشافعية يجتهد القاضي في تقديرها بعد مرور مدة لا يعيش إليها. وفي المذهب الحنبلي: روايتان: الأولى تقدر ببلوغه تسعين سنة، ورواية ثانية تترك لاجتهاد القاضي، وهذا كله في حالة السلم، أما في الحالات الاستثنائية فالمدة 4 سنوات. وفي المذهب الظاهري 4 سنوات، أما الإباضي فالذي يظهر أنها متروكة لاجتهاد القاضي، وعند الإمامية تقدر المدة بزمان لا يعيش مثله إليه. راجع: السرخسي، المصدر السابق، ج11، ص35، 36؛ أحمد الدسوقي، المصدر السابق، ج2، ص479 وما بعدها؛ الشربيني، المصدر السابق، ج4، ص48؛ ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج6، ص389؛ ابن حزم، المصدر السابق، ج8، ص440، ج9، ص316 وما بعدها؛ اطفيش، المصدر السابق، ج15، ص339؛ الطوسي، المصدر السابق، ج4، ص125.

² راجع نص المادة 115 ق.أ.ج، المادة 326 م.أ.م، الفصل 83 مج.أ.ت.

³ غ.أ.ش، قرار رقم 118621 مؤرخ في 1995/05/02، م ق، ع2، 1995، ص101؛ نقلا عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ج2، ص815، 816.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

لا من تاريخ النطق بالحكم، ذلك أن الحروب والحالات الاستثنائية هما ظرفان يجعلان الفقدان يثبت من تاريخ فقد المفقود الذي تم التحري بشأنه¹.

ومما هو معلوم فقها وقانونا أن القاعدة المتعلقة بحكم المفقود في أمواله، أنه يعتبر حيا، وتستصحب حياته إلى أن يظهر موته إما بالبينة، وإما اجتهادا بحكم القاضي بناء على ما انقذح في ذهنه من معطيات وقرائن وأحوال رجحت وفاته، فإذا لم تثبت وفاته أو لم يصدر حكم قضائي يقر وفاة المفقود، لم تقسم أمواله، وكانت على ملكه، فإن تصرف أحد الورثة في أموال المفقود على أساس الحصة الإرثية فسنكون أمام تصرف في تركة مستقبلية²، وإن تصرف في شيء منها دون أن يكون مرتكزا على أساس الميراث فنكون أمام التصرف في ملك الغير، ويكون التصرف في الحالة الأولى باطلا، أما في الحالة الثانية فيقع موقوفا على إجازة المالك الأصلي إن رجع حيا. أما إن صدر الحكم بالوفاة فالتركة حينئذ قابلة للتصرف فيها، حيث تقسم أمواله على ورثته من تاريخ صدور الحكم³، فإن عاد المفقود حيا بعد صدور الحكم بوفاته، وقد قسمت أمواله بين ورثته، فهذه المسألة فيها خلاف بين المذاهب الفقهية، حيث ذهب الحنفية إلى أنه يأخذ ما بقي من أمواله في أيدي الورثة، أما ما هلك في أيدهم أو ما استهلكوه، فلا يرجع عليهم بشيء من ذلك⁴. وذهب المالكية والشافعية بأنه يرجع على الورثة بجميع تركته، ولو بعد قسمتها عليهم⁵. أما عند الحنابلة فالمفقود يسترجع ما وجد من أعيان أمواله، وأما ما تلف، ففي الرواية الصحيحة في المذهب أنه يرجع بالضمان على الورثة، وفي الرواية الأخرى أنه لا يرجع بالضمان عليهم، لأنهم اكتسبوه بطريق صحيح ويجوز لهم التصرف فيه⁶.

¹ غ.أ.ش، قرار رقم 290808 مؤرخ في 2002/04/10، م ق، ع1، 2003، ص372؛ نقلا عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ج3، ص1218، 1219.

² سيأتي الحديث عنها في الفرع الثاني من هذا المطلب.

³ ذهب رأي في الفقه الإسلامي إلى وجوب صدور حكم في اعتبار المفقود ميتا، ويكون هذا الحكم منشئا لحالة جديدة، وذهب رأي آخر إلى أن صدور الحكم ليس ضروريا، وإن صدر فهو مظهر لا منشئ. راجع الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج38، ص278. أما من الناحية القانونية فلا بد من صدور الحكم بوفاة المفقود، وهو منشئ لا مظهر. راجع المادة 115 ق.أ.ج، والمادة 327 م.أ.م، والفصل 83 مج.أ.ت.

⁴ الطحطاوي، حاشية الطحطاوي على الدر المختار، مطبعة بولاق، مصر، ط3، 1282 هـ، ج2، ص510.

⁵ الدسوقي، المصدر السابق، ج2، ص482؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج38، ص280.

⁶ ابن رجب الحنبلي، المصدر السابق، ص220.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

يتضح من هذا أن المفقود إن رجع حيا بعد الحكم بموته يسترجع أمواله القائمة، وهذا باتفاق الفقهاء، أما إن فاتت إما بالتلف أو بالتصرف فيها، فالجمهور على تضمين الورثة؛ لأنه قد تبين عدم انتقال ملكه عنه، أما الحنفية والحنابلة في رواية مرجوحة فذهبوا إلى عدم تضمين الورثة فيما تلف أو تصرفوا فيه؛ لأنه كان على أساس مشروع. ولعل الرأي الثاني هو الراجح، ذلك أن ملكية المفقود لأمواله ثابتة، حيث إن "زوالها لم يكن مبنيا على أساس صحيح، إذ بني على أساس الوفاة، وقد ظهر نقيضها"¹، ولذلك كان له أن يسترجع ما كان قائما في يد الورثة. وأما عن عدم جواز رجوعه على الورثة بقيمة ما هلك أو استهلك؛ فلأن: "الضمان يكون بأحد أمرين، إما بالعقد كضمان المرتهن للعين المرهونة، وإما بالتعدي، ولا عقد أو جب الضمان، ولا التعدي، إذ إن أيديهم كانت يدا شرعية استولت بحكم شرعي محترم، وإذ لم يوجد سبب للضمان؛ فإنه لا يسوغ له أن يضمنهم القيمة"². وعلى هذا الأساس إذا باع أحد الورثة حصته الإرثية، كان العقد صحيحا، وليس له أن يرجع بالقيمة على هذا الوارث، ومن باب أولى على من تصرف إليه، إذ "لا سبيل إلى تضمين المشتري، ولا الأخذ جبرا عنه؛ لأنه ملك بسبب شرعي، ومن يد عادلة متصرفة، تسوغ منها كل التصرفات الشرعية"³.

أما من الناحية القانونية فالمشرع الجزائري قد أخذ برأي الجمهور، حيث جاء في نص المادة 115 ق.أ أنه: "... في حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله، أو قيمة ما بيع منها"⁴. وعلى هذا فإذا باع أحد الورثة حصته الإرثية من مورثه الذي حكم بموته، فالبيع صحيح وتنتقل الملكية إلى المشتري، فإن رجع المورث حيا بعد الحكم بموته، كان له الرجوع على الوارث البائع بقيمة ما باع، وليس له أن يستردها من المشتري؛ لأنه تملكها بأساس صحيح، ولكن الأولى بالمشرع أن لا يضمن الوارث؛ لأنه تصرف فيها على أساس صحيح استند إلى حكم قضائي، وليس ثمة تعدي أو تقصير. أما القانون المغربي فلم يرد نص يعالج المسألة، والظاهر أنه يرجع فيها إلى ما هو منصوص عليه في المذهب المالكي، حسب ما ورد في نص المادة 400 من المدونة⁵.

¹ محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، المرجع السابق، ص224.

² المرجع نفسه، ص224.

³ المرجع نفسه، ص224.

⁴ المشرع الجزائري استخدم أداة "أو" والظاهر أنه يقصد العطف بالجمع لا بالتخيير، وحرف الواو هو الأنسب.

⁵ جاء في المادة 400 من م.أ.م: "كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى الفقه المالكي والاجتهاد مع مراعاة تحقيق قيم الإسلام من عدل ومساواة ومعايشة بالمعروف".

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

وأما في القانون التونسي فالمفقود إذا كان مورثاً وظهر إلى الوجود حياً بعد فقده، فالعمل في هذه القضية يكون بنص الفصل 58 من قانون الحالة المدنية¹، الذي يقضي بأن من ظهر إلى الوجود حياً بعد الحكم بفقده، أن يثبت وجوده بجميع طرق الإثبات، ثم يطلب بعد ذلك إبطال الحكم الصادر بفقده، فإذا تم هذا، كان له استرجاع أمواله من ورثته على حسب الحالة الموجودة عليها، كما له أن يسترجع ثمن ما تم التصرف فيه، وله أيضاً استرجاع المكاسب التي تم شراؤها برؤوس الأموال والمداحيل الراجعة له².

الفقرة الثانية: حالة المرتد

إن الردة - والعياذ بالله - تعني مفارقة المسلم لدينه، وإعلان الكفر البواح بشرع الله ودينه، وباختياره وإرادته، سواء أكان ذلك بالقول أم بالفعل، والإسلام لا يقر المرتد على رده، سواء أدخل في دين آخر، أم لم يدخل في أي دين، لذلك أجمع الفقهاء على أن المرتد يستتاب، وبمهل مدة ليتوب، وإلا أقيم عليه حد الردة، وإذا كان هذا الحد فيه من الخلاف الفقهي ما فيه، فلست أنوي هنا التعرض لهذه الأحكام، إذ المقام ليس مناسباً لذلك، ولكن شد انتباهي ما ورد في بعض المراجع³ من أن حكم القاضي بردة شخص ما يعتبر موتاً حكماً له، بغض النظر عن تطبيق الحد عليه من عدمه، ويعد تاريخ صدور الحكم إعلاناً بفتح تركة هذا المرتد، وتقسيمها على ورثته، فكان لا بد من عرض هذا الرأي على المذاهب الفقهية لمعرفة مدى اعتبار الحكم بالردة - في ذاته سبباً - في افتتاح التركة، ومن ثم أيلولتها لورثته من المسلمين؟

إن الإجابة عن هذا الإشكال تقتضي عرض المسائل الآتية، ولكن قبل أن أتعرض لهذه المسائل أشير إلى أن النظر القانوني لم يتعرض لمسائل الردة، بل أحال تنظيمها للفقهاء الإسلاميين، وعليه فإن تناول هذه المسائل سيكون في إطار النظر الشرعي.

أولاً: مدى سقوط الملكية بالردة: في المسألة رأيان:

¹ جاء في الفصل 58 ق.ح.م أنه : " إذا ظهر للوجود من حكم بموته بعد الحكم فإنه يسمح له بإثبات وجوده وطلب إبطال الحكم المذكور، ويسترجع مكاسبه حسب الحالة التي توجد عليها وكذلك ثمن ما وقع التفويت فيه والمكاسب المشتراة برؤوس الأموال والمداحيل الراجعة له... " ينظر قانون ع3 المؤرخ في: 01 أوت 1957. الرائد الرسمي التونسي، ع102، صادر بتاريخ: 10 جويلية 1957، ص11.

² حاتم محمدي، المرجع السابق، ص272.

³ ورد هذا الكلام في كتاب الدكتور بلحاج العربي، المرجع السابق، ص107.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

الرأي الأول: أن المرتد لا يزول ملكه برده إلى يقتل أو يموت، وهو رأي جمهور الفقهاء، غير أن المالكية وأبا حنيفة قالوا بأن ملكه لا يزول ولكنه موقوف حتى يتبين أمره¹، وبالتالي ينتج عن هذا الرأي أن الموت هو المزيل للملك، وليست الردة، بل تفتتح بالموت أو القتل، وهذا موت حقيقي. الرأي الثاني: أن المرتد يزول ملكه برده لزوال عصمته، وهو رأي الشافعية في قول لهم، ورأي أبي بكر² من الحنابلة³. وبناء على هذا الرأي فإن التركة تفتتح بمجرد الردة، لكن لا تؤول للورثة؛ لوجود مانع الردة، بل تؤول لبيت المال باعتبارها تركة شاغرة.

ثانيا: مدى اعتبار الردة موتا حكما مع أيلولة التركة للورثة

وردت في كتب الفقه مسألة التحاق المرتد بدار الحرب، حيث اعتبر الحنفية⁴ التحاقه بدار الحرب بمثابة موت حكمي يزول ملكه عن أمواله، إذ تفتتح تركته وتقسم على ورثته⁵، لكن بشرط أن يكون التحاقه بدار الحرب قد صدر

¹ الكاساني، المصدر السابق، ج7، ص136؛ الدسوقي، المصدر السابق، ج4، ص306؛ الشيرازي، المصدر السابق، ج3 ص259؛ ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج9، ص09.

² أبو بكر عبد العزيز: هو عبد العزيز بن جعفر بن أحمد بن يزيد بن معروف أبو بكر المعروف بـ غلام الخلال، أحد كبار فقهاء المذهب الحنبلي، له عدة مؤلفات منها: الشافي، المقنع، تفسير القرآن، توفي عام 363 هـ وكان له من العمر 78 سنة. ينظر: أبو يعلى، المصدر السابق، ج2، ص119 وما بعدها.

³ الشيرازي، المصدر السابق، ج3، ص259؛ ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج9، ص09.

⁴ جمهور الفقهاء على خلاف هذا، حيث إن المرتد عندهم يبقى على ملكه إلى أن يموت مرتدا، أو يقتل حدا، جاء في المغني: "فإذا لحق المرتد بدار الحرب، وقف ماله، فإن أسلم دفع إليه، وإن مات صار فينا وهذا قال مالك والشافعي - رضي الله عنهما - ...". ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج6، ص374.

⁵ تقسيم مال المرتد على ورثته فيه خلاف فقهي مشهور، فجمهور الفقهاء على أن مال المرتد في بيت المال، ولا يعتبر ميراثا؛ لأن الردة كفر، والكفر مانع من موانع الميراث. وخالف الحنفية في ذلك، حيث ذهب أبو حنيفة إلى أن ماله المكتسب في الإسلام يقسم ميراثا على الورثة، وما عداه يعتبر فينا لبيت المال، أما أبو يوسف ومحمد فلم يفرقوا بين المال المكتسب في الإسلام والمكتسب بعده، بل قالوا كل ماله يقسم على ورثته المسلمين، وهي أيضا رواية عن الإمام أحمد أن ماله كله لورثته المسلمين، وهو القول المعتمد عند الإمامية، وقد استندوا في هذا إلى ما فعله علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - حيث قسم مال المستورد العجلي على ورثته المسلمين بعد ما قتله حدا، وكان ذلك بمحض الصحابة - رضي الله عنهم - ولم يثبت نكرانهم عليه، فكان إجماعا. راجع في هذا: الكاساني، المصدر السابق، ج7، ص138؛ عليش، منح الجليل، دار الفكر، بيروت، دط، 1989، ج9، ص213؛ الماوردي، المصدر السابق، ج8، ص145؛ ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج6، ص372؛ اطفيش، المصدر السابق، ج15، ص345؛ الطوسي، المصدر السابق، ج4، ص112.

وذهب الظاهرية إلى أن تركته لورثته الكفار خاصة لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ إِلَّا تَفْعَلُوهُ تَكُن فِتْنَةً فِي الْأَرْضِ وَفَسَادٌ كَبِيرٌ﴾ [الأنفال 73]. راجع: ابن حزم، المصدر السابق، ج8، ص341.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

فيه حكم قضائي، فإن لم يصدر حكم قضائي بلحاظه بدار الحرب لا يعتبر موتاً حكماً. وصدور الحكم القضائي من عدمه يبنّي عليه أثر تطبيقي، مفاده أن المرتد الذي لحق بدار الحرب، ولم يصدر فيه حكم قضائي، إن رجع في هذه الحالة مسلماً رجع على حكم ملكه، واسترجع كل أملاكه، فما وجدته قائماً في يد الورثة أخذه، وما باعوه أو استهلكوه ضمنوه، والظاهر أن له حتى تتبع أعيان أمواله القائمة عند الغير؛ لأن اللحاق بدار الحرب ليس موتاً حقيقياً، وإنما يلحق به إذا صدر حكم قضائي، فلما رجع زال هذا الأساس. أما إن رجع بعد صدور الحكم القضائي؛ فإنه يأخذ ما وجدته قائماً في يد الورثة، أما ما خرج من ملكهم إما استهلاكاً أو تصرفاً إلى الغير، فلا سبيل له فيه ولا يرجع عليهم بالضمان؛ لأن تصرف الخلف كتصرف الأصل.

وقد لخص هذه الأحكام كلها صاحب بدائع الصنائع، حيث جاء فيه: "... وكذلك إذا لحق بدار الحرب مرتداً وقضى القاضي بلحاظه؛ لأن اللحاق بدار الحرب بمرتدة الموت في حق زوال ملكه عن أمواله المتروكة في دار الإسلام، لأن زوال الملك عن المال بالموت حقيقة؛ لكونه مالا فاضلاً عن حاجته؛ لانتهاء حاجته بالموت وعجزه عن الانتفاع به، وقد وجد هذا المعنى في اللحاق؛ لأن المال الذي في دار الإسلام خرج من أن يكون منتفعا به في حقه، لعجزه عن الانتفاع به، فكان في حكم المال الفاضل عن حاجته، لعجزه عن قضاء حاجته به، فكان اللحاق بمرتدة الموت في كونه مزيلاً للملك، فإذا قضى القاضي باللحاق يحكم بعق أمهات أولاده ومدبريه، ويقسم ماله بين ورثته، وتحل ديونه المؤجلة؛ لأن هذه أحكام متعلقة بالموت وقد وجد معنى... ولو لحق بدار الحرب ثم عاد إلى دار الإسلام مسلماً، فهذا لا يخلو من أحد الوجهين: أحدهما أن يعود قبل قضاء القاضي بلحاظه بدار الحرب، والثاني أن يعود بعد ذلك، فإن عاد قبل أن يقضى القاضي بلحاظه عاد على حكم أملاكه في المدبرين وأمهات الأولاد، وغير ذلك؛ لما ذكرنا أن هذه الأحكام متعلقة بالموت، واللحاق بدار الحرب ليس بموت حقيقة، لكنه يلحق بالموت إذا اتصل به قضاء القاضي باللحاق، فإذا لم يتصل به لم يلحق، فإذا عاد يعود على حكم ملكه، وإن عاد بعدما قضى القاضي باللحاق فما وجدته من ماله في يد ورثته بحاله فهو أحق به؛ لأن ولده جعل خلفاً له في ماله، فكان تصرفه في ماله بطريق الخلافة له، كأنه وكيله، فله أن يأخذ ما وجدته قائماً على حاله، وما زال ملك الوارث عنه بالبيع أو العتق فلا رجوع فيه؛ لأن تصرف الخلف كتصرف الأصل بمرتدة تصرف الوكيل..."¹.

¹ الكاساني، المصدر السابق، ج7، ص137.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

يتضح من هذا كله أن الردة ليست بمفردها سببا للموت الحكمي، وإنما يضاف إليها اللحق بدار الحرب، أو ما يسمى في عصرنا طلب اللجوء السياسي لدى الدول غير الإسلامية، إضافة إلى صدور حكم قضائي بذلك، فإذا توفرت هذه الأسباب والشروط اعتبر الشخص - وفق هذا الرأي - ميتا حكما، وافتتحت بذلك تركته، وأصبح بالإمكان التصرف فيها، فإن باع أحد الورثة حصته الإرثية لأجنبي مضى البيع وانتقلت الملكية إليه، ولم يكن للمورث المرتد إن أسلم بعد الحكم أن يستردها منه، بناء على ما سبق ذكره. وبهذا نرى أن الردة تعتبر موتا حكما في حالتين:

- **الأولى:** عند من يرى زوال الملكية بالردة، غير أن التركة في هذه الحالة لا تفتتح، بل تكون فينا لبيت المال. ومن ثم فلسنا أمام تركة مُفْتَتَحَةً قابلة للتصرف فيها.
- **الثانية:** لحوقه بدار الحرب مع صدور حكم قضائي بذلك، وفي هذه الحالة تفتتح التركة وتكون قابلة للتصرف فيها.

وقبل أن أختتم أشير إلى أن هذه المسألة غير مطروحة على المستوى القانوني؛ سواء القانون الجزائري أو المغربي أو التونسي؛ لأن هذه التشريعات قد اعتبرت الردة مانعا من موانع الإرث، ومال المرتد يؤول لخزينة الدولة، لا على أساس الإرث، ولكن على أساس أنه ملك شاغر¹.

البند الثالث: الوفاة بطريق تقديري

¹ راجع نص المادة 138 ق.أ.ج، والمادة 773 ق.م.ج، وفي القانون المغربي راجع نص المادة 332 م.أ.م أما القانون التونسي فلم تتضمن نصوصه ما يدل على اعتبار اختلاف الدين ومنه الردة مانعا من الإرث، ولذلك ثار خلاف فقهي وقضائي بين من يعتبره مانعا استنادا لمرونة نص المادة 88 من مج.أ، وعملا بالمتفق عليه في الفقه الإسلامي باعتباره المصدر المادي للمحلة، في حين ذهب جانب آخر من الفقه والقضاء إلى أن الدين لا يعتبر مانعا من الإرث لعدم النص عليه، والأخذ بالمساواة في المعاملة بين المسلم وغير المسلم تطبيقا لمبادئ القانون الوضعي، رغم أن محكمة التعقيب قد قررت في كثير من أحكامها أنه: " تقتضي القاعدة بأنه عند غموض النص أو إجماله يتعين الرجوع إلى أهم المصادر التشريعية التي قام عليها ذلك النص، وهو الفقه الإسلامي ليستنار به في استجلاء ما غمض وتوضيح ما أجهل". [قرار تعقيبي مدني 49089 مؤرخ في 1996/11/26. نشرية محكمة التعقيب، القسم المدني، 1996، ج2، ص222]. ينظر: محمود داود يعقوب، اختلاف الدين في الميراث "دلو في بحر الجدل"، حوليات العلوم القانونية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والتصرف، جندوبة، ع1، 2007، ص90 وما بعدها. ومع ذلك إذا رجعنا إلى موقف القضاء نجد أن محكمة التعقيب قد اتخذت موقفا متذبذبا، فبعض القرارات يظهر منها أن اختلاف الدين يعد مانعا من موانع الإرث، أما البعض الآخر فيظهر منها أن اختلاف الدين ليس مانعا من موانع الإرث. ينظر: حسين بن سليمة، أحكام الموارث في الشريعة والقانون، دروس ملقاة بكلية العلوم القانونية بتونس، ط2، 2011 - 2012، ص23، 24، 234 وما بعدها؛ محمود داود يعقوب، المرجع السابق، ص90 وما بعدها.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

يعتبر الموت التقديري أحد الطرق التي تفتتح به التركة فقها، وصورة الموت التقديري كما ذكر الفقهاء تتصور في الجنين الذي يعتدى على أمه فيؤدي هذا الاعتداء إلى إسقاطه، حيث تفترض فيه الحياة وتقدر قبل الاعتداء على أمه، ويكون هذا الاعتداء هو سبب الوفاة، وإذ حدثت كانت سببا في افتتاح التركة وتوزيعها على الورثة، ولكن القول بافتتاح التركة بالوفاة التقديرية لم يقل به كل الفقهاء، إذ المسألة خلافية، فجمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية والإمامية على أن التركة تفتتح بالموت التقديري وتورث عن الجنين ديته¹، إلا القائل فلا يرث منها شيئا². وخالف في هذا ربيعة³، والليث⁴، حيث كيفا الدية على أمها تعويض يعطى للأم، وليست تركة، وذلك لأن الجنين بمثابة عضو من أعضائها⁵.

أما من الناحية القانونية فالمشروع الجزائري والمشرع المغربي و المشرع التونسي قد أخذوا بالرأي الثاني؛ أي رأي ربيعة بن عبد الرحمان والليث بن سعد، في اعتبار الدية تعويضا يعطى للأم، وليس تركة تورث. وبهذا فإن التركة من الناحية القانونية تفتتح إما بالموت الحقيقي، وإما بالموت الحكمي، أما الموت التقديري فلا يعتد به قانونا.

¹ تقدر دية الجنين بغرة عبد أو أمة للحديث الذي رواه أبو هريرة أنه قال: " اقتلت امرأتان من هذيل، فرمت إحداهما الأخرى بحجر، فقتلتها وما في بطنها، فاختصموا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم. فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن دية جينها غرة عبد أو وليدة، وقضى بدية المرأة على عاقلتها، وورثها ولدها ومن معهم" [رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطب، باب الكهانة، حديث رقم 5426، ج5، ص2172؛ مسلم في صحيحه، كتاب القسامة، باب دية الجنين، حديث رقم 1681، ج3، ص1309، واللفظ لمسلم]. هذا وقد قدرها الفقهاء بنصف عشر الدية أي خمس من الإبل. راجع: ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج8، ص408.

² ابن عابدين، المصدر السابق، ج6، ص589، 758؛ الصاوي، المصدر السابق، ج4، ص380؛ المزني، مختصر المزني (مطبوع في ج8 من كتاب الأم)، دار المعرفة، بيروت، دط، 1990، ج8، ص356؛ ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج6، ص387؛ ابن حزم، المصدر، ج11، ص235؛ الطوسي، المصدر السابق، ج4، ص125.

³ ربيعة بن عبد الرحمان: ويعرف بريعة الرأي، اسمه فروخ، وهو مولى تيم بن مرة، أدرك من الصحابة مالك بن أنس، والسائب بن يزيد، أخذ عنه الإمام مالك، توفي سنة 136 هـ. راجع: الشيرازي، طبقات الفقهاء تهذيب ابن منظور، تحقيق إحسان عباس، دار الرائد العربي، بيروت، ط1، 1970، ج1، ص65.

⁴ الليث بن سعد: الليث بن سعد بن عبد الرحمان مولى عبد الرحمان بن خالد بن مسافر الفهمي. أصله من أصفهان، ولد عام 92 هـ وقيل 94 هـ، توفي سنة 175 هـ. ينظر: الشيرازي، طبقات الفقهاء، المصدر السابق، ج1، ص78.

⁵ جاء في المادة 127 من ق.أ.ج: " يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي". وجاء في المادة 324 من م.أ.م: " يستحق الإرث بموت الموروث حقيقة أو حكما، ويتحقق حياة وارثه بعده" وجاء في الفصل 85 من مج.أ.ت: " يستحق الإرث بموت المورث حقيقة ولو حكما، ويتحقق حياة الوارث من بعده".

الفرع الثاني: الأثر المترتب عن عدم افتتاح التركة

إن عدم افتتاح التركة يقودنا إلى ما يسمى بالتركة المستقبلية، حيث يعتبر التصرف فيها أحد صور بيع التركة بالمفهوم العام، وتعد هذه الصورة الأثر التطبيقي لشرط وجود التركة من حيث العدم، وهي تتموضع ضمن الصلاحية في النظرية العامة للعقد. وفي هذا الفرع سأتناول هذه الصورة باعتبارها أثرا مترتبا عن عدم افتتاح التركة، وباعتبارها صورة من صور بيع التركة، وسيكون هذا تناول من حيث المفهوم والحكم وينصب على التعامل في التركة المستقبلية بصفة عامة، باعتبار أن البيع جزء من هذا التصرف.

البند الأول: مفهوم التعامل في التركة المستقبلية

الفقرة الأولى: تعريف التعامل في التركة وتمييزه عن بيع ملك الغير

أولاً: تعريف التعامل في التركة ومنه التصرف بالبيع فيها

إن التعامل (ومنه البيع) في التركة المستقبلية محظور في التشريعات القانونية، ولعل هذا الحظر يرجع إلى عهد القانون الروماني، الذي اعتبر هذا التصرف منافيا للآداب والأخلاق، إذ أن التعامل في تركة شخص لا يزال حيا، إنما يضارب على موته¹، ثم انتقل إلى القانون الفرنسي، حيث امتلأت قلوب واضعيه بالكراهية الشديدة للتعامل في التركات المستقبلية؛ بسبب أنه أحد الأسس التي قام عليها النظام الإقطاعي، وهو النظام الذي جاءت الثورة الفرنسية لتقويضه والقضاء عليه، فكان الحظر منطوقا ومبررا²، ثم انتقلت إلى القوانين الوضعية العربية. ويعتبر القانون الفرنسي الأكثر حضورا من حيث كم المواد المعالجة لموضوع التعامل في التركات المستقبلية، تصل إلى حوالي أربعة نصوص.

النص الأول وهو نص المادة 1130، حيث نصت الفقرة الأولى على جواز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا. أما الفقرة الثانية فنصت على أنه لا يجوز لأي شخص أن يتنازل أو يجري أي تعامل آخر على تركة غير مفتوحة، ولو كان ذلك بموافقة ورضا صاحب التركة المتعامل فيها³.

¹ السنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ج3، ص9.

² جلال محمد إبراهيم، التعامل في التركات المستقبلية، جامعة الكويت، الكويت، ط1، 1995، ص38 وما بعدها؛ السنهوري، نظرية العقد، منشورات الحلبي، بيروت، ط2، 1998، ج1، ص474، 475.

³ " Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation. On ne peut cependant renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

أما النص الثاني فهو نص المادة 722 مدني، حيث نصت على حظر الاتفاقيات التي موضوعها إنشاء حقوق أو تنازل عن كل أو بعض الحقوق في تركة لم تفتتح بعد، حيث تعتبر هذه التصرفات عديمة الأثر، إلا ما سمح به القانون¹.

أما النص الثالث فهو المادة 770 والتي حظرت أي قبول أو تنازل عن تركة لم تفتتح، ولو كان ذلك قد تم في عقد المشاركة².

النص الرابع وهو المادة 1389 والتي حظرت على الزوجين إبرام أي اتفاق أو تنازل من شأنه أن يؤدي إلى تعديل النظام القانوني للميراث³.

إضافة إلى هذا كان هناك نص موضوعه منع بيع التركة المستقبلية، وهو نص المادة 1600 ولكنه ألغي⁴.

ما يلاحظ على هذه النصوص هو عدم وضعها لتعريف يحدد ماهية التعامل في التركة المستقبلية، رغم كثرة النصوص التي تناولت هذا الموضوع.

وإذا رجعنا إلى النصوص العربية نجد أن هذه التشريعات قد تناولت موضوع التعامل في التركة المستقبلية في باب الالتزام وبالتحديد تحت ركن المحل، فالقانون المدني الجزائري نص في المادة 92

pareille succession, même avec le consentement celui de la succession duquel il s'agit, que dans conditions prévues par la loi" .

www.legifrance.gouv.fr

راجع نص المادة على الموقع الإلكتروني:

¹ article 772 : " les conventions qui ont pour objet de créer les droits ou de renoncer à des droits sur tout ou partie d'une succession non encore ouverte ou d'un bien en dépendant ne produisent effet que dans les cas où elles sont autorisées par la loi " .

² Article 770 : " l'option ne peut être exercée avant l'ouverture de la succession même par contrat de mariage " .

³ Article 1389 : " sans préjudice des libéralités qui pourront avoir lieu selon les formes et dans les cas déterminés par le présent code, les époux ne peuvent faire aucune convention ou renonciation dont l'objet serait de charger l'ordre légal des successions " .

www.legifrance.gouv.fr

راجع الموقع الإلكتروني:

⁴ ألغيت هذه المادة بموجب القانون رقم 1135-2001 المؤرخ في ديسمبر 2001. ينظر الجريدة الرسمية الفرنسية رقم 281 صادرة بتاريخ: 04 ديسمبر 2001، ص 19279.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

منه على أنه : " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ومحققاً. غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطلا ولو كان برضاه، إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون ".¹

أما قانون الالتزامات والعقود المغربي فقد نص في الفصل 60 على أنه : " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ، أو غير محقق فيما عدا الاستثناءات المقررة بمقتضى القانون. ومع ذلك لا يجوز التنازل عن تركة إنسان على قيد الحياة، ولا إجراء أي تعامل فيها، أو أي شيء مما تشتمل عليه، ولو حصل برضاه، وكل تصرف مما سبق يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً ".¹

أما مجلة الالتزامات والعقود التونسية فقد نصت عليها في الفصل 66، حيث جاء فيه أنه: "يجوز أن يكون المقصود من الالتزام شيئاً مستقبلاً وغير محقق عدا ما استثني في القانون، لكن لا يسوغ التسليم في الميراث قبل وفاة المورث ولا التعاقد عليه أو على شيء من جزئياته ولو برضى المورث فيما ذكر باطل مطلقاً".¹

نلاحظ أن هذه النصوص تتطابق وما ورد في القانون الفرنسي، وبالأخص المادة 1331 ق.م.ف، بل هو استنساخ لها، ومع ذلك فالنصوص العربية هي الأخرى لم تورد تعريفاً للتعامل في التركة المستقبلية، وبالتالي فإنها تكون قد تركت هذا العبء على الفقه والقضاء.

حيث حاول الفقه والقضاء الفرنسي وضع تعريف للتعامل للتركة المستقبلية من خلال الاستهداء بمعياريين مستنبطين من النصوص السابقة الذكر.

فالمعيار الأول هو معيار غائي مرن قابل للتطور بتطور قوانين الميراث، وهذا المعيار مستنبط من نص المادة 1389 م.ف، حيث بناء عليه يعرف التعامل بأنه: " كل اتفاق يكون محله إهدار النظام القانوني للميراث". وهذا التعريف يعاب عليه أنه يترك المجال واسعاً للسلطة التقديرية للقضاة.

أما المعيار الثاني فهو معيار جامد، مستنبط من نص المادة 1130 م ف، وهذا المعيار هو الذي تبنته محكمة النقض الفرنسية منذ عام 1894. بمناسبة مناقشة قضية تعهد أب لدائن ابنه. بموجبه يحصل هذا الدائن على دينه يقتطع من نصيب الابن في تركة الأب إذا توفي، فاعتبرته تعاملًا في تركة مستقبلية، وفي هذا الحكم عرفت التعامل في التركة المستقبلية بأنه: " كل اتفاق يكون محله منح حق من شأنه أن يسلب التركة التي لم تفتح بعد، كل أو بعض مكوناتها " ¹.

¹ جلال محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 98، 99.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

نلاحظ أن هذا التعريف يشتمل على صورة بيع حصة تركة لم تفتتح بعد، وبإسقاط هذا التعريف على هذه الصورة، يمكن تعريفها بأنها: " عقد أو اتفاق يكون محله نقل ملكية حصة إرثية في تركة لم تفتتح بعد، سواء أكانت كل التركة، أو بعض مكوناتها " .

وقد تعرض هذا التعريف الذي استقرت عليه محكمة النقض الفرنسية لنقد شديد ومعارضة من الفقه، بسبب جمود هذا المعيار وعدم مرونته مع تصرفات مستجدة فيها منفعة اجتماعية، وليس فيها الصفة اللاأخلاقية، وحين تنتفي مسوغات أعمال النص فلا مجال لتطبيقه، وهذا ما جعل بعض المحاكم تجاري الخط الفقهي وتخرج عن الخط الذي استقر عليه القضاء، لكن محكمة النقض أبدت صلابة شديدة وتمسكا لا محيد عنه بالتعريف الموضوعي، ونقضت كل محاولة لزعة هذا الاستقرار، خصوصا من قبل الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض، وذكرت أن عدم أعمال النص حين تنتفي مسوغات تطبيقه لا يؤخذ به إلا حين يكون النص غامضا، أما إن كان صريحا مطلقا فلا مجال للمحيد عن هذا النص، إذ لا يجوز في مواجهة نص من النظام العام خلق استثناءات لا يقبلها النص وتبررها مسوغات مفترضة للقانون.

وظل القضاء على هذا الاستقرار إلى أن جاء الفقه بزعامة الأستاذ كاييتان¹، حيث اعتبر أن المعيار الأكثر دقة والذي على أساسه يحظر التعامل في التركات المستقبلية هو معيار الحق الاحتمالي؛ أي منح المستفيد مجرد حق احتمالي، وكان لهذا المعيار قبولا وتجاوبا لدى القضاء، حيث رأى أنه لا يتعارض مع الاتجاه السابق ويسير مع خط توسيع نطاق الحظر، فتبناه في قراراته وأحكامه، وأصبح يعرف التعامل في التركة المستقبلية باستخدام هذا المعيار: " وهو كل اتفاق يكون من شأنه منح حق احتمالي على كل أو جزء من تركة لم تفتتح بعد " ².

وبهذا نرى أن تعريف التعامل في التركة المستقبلية وفق معيار الحق الاحتمالي، رغم أنه لا يبعد ولا يتعارض مع التعريف السابق، لكنه أكثر شمولا ودقة منه، وهذا التعريف ينطبق بشكل كبير على صورة بيع التركة المستقبلية، إذ إن الشخص الذي يبيع حصته الإرثية كلها أو جزء منها قبل أن تفتتح التركة، إنما يبيع مجرد حق احتمالي، قد يصل إليه وقد لا يصل، وبناء على هذا فتعريف بيع تركة مستقبلية وفق هذا المعيار هو: " عقد أو اتفاق لنقل ملكية حق احتمالي على كل أو جزء من تركة لم تفتتح بعد " .

¹ تقريرا مطلع الثلاثينات. راجع: جلال محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 106، هامش 218، 219.

² المرجع نفسه، ص 100 وما بعدها.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

وأخيراً هناك تعريف وضعه الفقهاء وهم بصدد توضيح شرط الصفة الوراثية - كما سيأتي - حيث انتهوا إلى أن التعامل في التركة المستقبلية هو: "الاتفاق الذي يكون محله كل أو جزء من تركة غير مُفْتَتَحَة، يظهر فيه أحد أو بعض أطرافه بصفتهم ورثة احتماليين سواء بالنسبة لبعضهم البعض أو بالنسبة للغير"¹. فهذا التعريف قد أضاف الصفة الإرثية، التي تجعله يتميز عن غيره، وبالخصوص تميزه عن ملك بيع الغير، وهذا ما سنحاول توضيحه في النقطة الآتية.

ثانياً: تمييزه عن بيع ملك الغير

كثيراً ما يختلط التعامل في التركة المستقبلية (ومنه البيع) مع بيع ملك الغير، رغم أنهما مختلفان، ويظهر هذا الاختلاف في نقطتين بارزتين:

● **الأولى: من حيث الطبيعة:** حيث إن بيع ملك الغير يعني أن الشخص يتعامل في ملك ليس له، في حين أن بيع التركة المستقبلية، فالشخص يبيع حقوقاً له على هذه التركة بناء على الصفة الإرثية، بمعنى أن الوارث الاحتمالي إنما يبيع ما يأمل الحصول عليه من حصة إرثية، وهو بهذا البيع لا يبيع شيئاً مملوكاً للغير. كما أنه إذا كان بعض الفقه يميز اعتبار بيع التركة جنساً من بيع ملك الغير؛ لأنه في حد ذاته يتضمن بيعاً لملك الغير، فإن هذا الكلام ربما ينطبق على بيع تركة الغير، أما إذا كنا بصدد بيع الشخص لتركته فلا ينطبق ولا يجوز هذا، بل لا يمكن أن يختلط بيع التركة المستقبلية ببيع ملك الغير².

● **الثانية: من حيث الآثار:** إن أهم أثر ينتج عن هذين البيعين هو البطلان المترتب، وبهذا يمكن التمييز بينهما، حيث إن بيع ملك الغير يقع قابلاً للإبطال، ويعطى التمسك به عادة للمشتري، بمعنى أنه لا يجوز لغير المتعاقد التمسك به، ولا حتى للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، كما أن إجازة المالك لهذا البيع تنقله من دائرة البطلان إلى دائرة الصحة؛ لأن علة الإبطال مردها حماية مصلحة المالك. في حين أن بيع التركة المستقبلية فهو باطل بطلاناً مطلقاً، ويحق التمسك به من كل شخص له مصلحة، وحتى للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا يمكن لإجازة صاحب الشأن أن تنقله من دائرة البطلان إلى دائرة الصحة، لكون علة البطلان متعلقة بالنظام العام، لا بالمصلحة الفردية. إضافة إلى هذا فإن بيع التركة المستقبلية لا محل فيه لحسن النية، إذ نية الأطراف اتجهت إلى مخالفة القانون، وبالتالي لا يمكن

¹ جلال محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 128.

² المرجع نفسه، ص 130.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

التمسك بمزايا حسن النية، في حين أن بيع ملك الغير لحسن النية فيه محل، وبالتالي يمكن التمسك بمزاياها، كالتعويض والتقادم وغيرها.
وبالإجمال فإن التفرقة بين هذين البيعين يرجع فيه إلى العنصر النفسي، وبالأخص نية البائع، فإن كانت نيته في التصرف باعتباره وارثا محتملا كان البيع للتركة مستقبلية، وإن كان بغير هذه الصفة فهو بيع ملك الغير¹.

الفقرة الثانية : معايير التعامل في التركة المستقبلية (شروط)

يشترط لوجود التعامل في تركة مستقبلية، ومنه بيع التركة المستقبلية توافر المعايير أو الشروط الآتية:

1. أن يكون محل التصرف في دائرة تركة مستقبلية.

2. معيار الصفة الوراثية لمحل التعامل.

3. الصفة الاحتمالية للحق الممنوح.

أولا: أن يكون محل التصرف في دائرة تركة مستقبلية

يقصد بهذا الشرط أن يقع هذا التصرف (البيع مثلا) على تركة كلها أو جزء منها، لم تفتتح بعد، أو أن تكون نيتهم واعتقادهم هكذا؛ بمعنى أن يكون التصرف واقعا على محل باعتباره عنصرا من عناصر تركة مستقبلية، لا باعتباره عنصرا من عناصر الذمة المالية الحالية للمالك. ويتضمن هذا الشرط ثلاث عناصر تجعل هذا التصرف متميزا عن تصرفات قد تشبهه معه، وهذه العناصر هي:

1. **العنصر الزمني:** ومعناه أنه ينبغي أن يكون التصرف المبرم سابقا على افتتاح التركة، إذ التصرف اللاحق عليها يعتبر تصرفا صحيحا؛ لأنه صادف تركة مفتوحة، أما التصرف السابق عليها فقد صادف تركة غير مفتوحة، وهذا هو سبب علة البطلان. ومن هنا كان العنصر الزمني ضروريا في التفرقة بين التصرفات الصحيحة والتصرفات غير الصحيحة. وتعتبر الوفاة المرجع في هذا العنصر الزمني؛ لذلك كان تحديد تاريخ الوفاة مهما جدا. وإذا كانت الوفاة الطبيعية لا تثير إشكالا في الحالات العادية؛ فإن الموت الحكمي قد تثار بشأنه بعض المشكلات؛ لذلك يفرق الفقهاء في هذه النقطة بين غرضين اثنين:

• **الغرض الأول:** وقوع التصرف أو البيع على تركة المفقود قبل صدور الحكم بموته، ففي هذه الحالة - وكما سبق بيانه - فإن المفقود لا يزال حيا، إذ لا يعتبر ميتا إلا بحكم، ومن ثم فإن أي

¹ جلال محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 131.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

تصرف أو أي تعامل يقع على تركته؛ فإنه يعتبر باطلاً لوروده على تركه إنسان لا يزال على قيد الحياة.

• الغرض الثاني: وفيه يقع التصرف أو التعامل بعد صدور الحكم بموته، وفي هذه الحالة فالتصرف صحيح؛ لأنه صادف تركه مفتوحة¹.

2. العنصر النفسي والموضوعي: يقصد بالعنصر النفسي إرادة المتعاقدين، أما العنصر الموضوعي فهو محل التعاقد، حيث نلاحظ هنا أنه قد يحدث تعارض بين هذين العنصرين، ويكون ذلك حين يقع التعامل بين أفراد على تركه يعتقدون أنها مستقبلية؛ أي أنهم يعتقدون أن صاحبها لا يزال على قيد الحياة، لكن في الحقيقة التركة مفتوحة؛ إذ إن صاحبها قد توفي لحظة إبرام التصرف، فهنا إرادة المتعاقدين اتجهت نحو إبرام التصرف على تركه مستقبلية، لكن العنصر الموضوعي الذي هو محل التعاقد كان لحظة الإبرام تركه مفتوحة.

كما يحدث التعارض في الحالة العكسية، وذلك حين التعاقد على تركه يعتقدون أن صاحبها قد توفي، ولكن في حقيقة الأمر أنه لا يزال على قيد الحياة، فيكون العنصر النفسي اتجه للتعاقد على تركه مفتوحة، في حين أن العنصر الموضوعي كان تركه مستقبلية. وقد تناول الفقهاء هذه الحالات، وكان ثمة خلاف بينهم.

فبالنسبة للحالة الأولى ذهب رأي - وإن كان مرجوحاً في نظر الفقه - إلى صحة التصرف تعليلاً للعنصر الموضوعي على العنصر النفسي؛ لأنه في الواقع التركة مفتوحة وليست مستقبلية، ولذلك يجب النظر للواقع لا للنوايا والعناصر النفسية.

بينما ذهب رأي آخر - وهو الرأي الراجح فقهاً - إلى تغليب العنصر النفسي على العنصر الموضوعي، ولكن لا على أساس أن التعاقد وقع على تركه مستقبلية؛ لأنه في الواقع قد وقع على تركه مفتوحة، ولكن على أساس عدم مشروعية السبب؛ إذ نية المتعاقدين انصرفت إلى إبرام التعاقد على تركه مستقبلية، فأخذ حكم المستقبلية وهو البطلان.

أما الحالة الثانية: فنجد رأياً مرجوحاً في الفقه صحح التصرف بالنظر للعنصر النفسي، الذي لم يتجه للتعاقد على تركه مستقبلية، وإن كانت في الواقع تركه مستقبلية، وهذا بالنظر إلى نية المتعاقدين. بينما اتجه الرأي الراجح فقهاً إلى النظر إلى العنصر الموضوعي؛ ولكن لا على أساس

¹ جلال محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 118 وما بعدها.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

أنه غير مشروع، ولكن لانعدامه أثناء إبرام التصرف، لأن نية الأطراف اتجهت إلى إحداث الأثر القانوني في محل باعتباره موجودا وقت التعاقد؛ لا باعتباره أمرا مستقبلا، لأنه في الحقيقة غير موجود أثناء التعاقد؛ لأن صاحبه لا يزال على قيد الحياة، فكان تخلف المحل مبطلا للتصرف¹.

وبالإجمال فإنه بناءً على هذا الشرط، وحتى نكون أمام تصرف في تركة مستقبلية لا بد أن يكون المحل الذي وقع عليه التعاقد متميا إلى هذه التركة، وإلا ما كان تعاملًا في تركة مستقبلية، ولهذا إذا قام شخص ببيع كل أمواله الحاضرة، فلا نكون بصدد بيع تركة مستقبلية؛ لأن التصرف قد انصب على عنصر من عناصر ذمته المالية الحالية، أما إن قام ببيع كل أمواله الحاضرة والمستقبلية إلى حين وفاته، كان التصرف تعاملًا في تركة مستقبلية².

ثانياً: معيار الصفة الوراثية لمحل التعامل

لا يكفي للقول بوجود تعامل في تركة مستقبلية أن ينصب هذا التعامل على تركة غير مفتوحة، بل لا بد من توافر شرط آخر وهو الصفة الوراثية للتصرف.

ولتوضيح هذا الشرط وتقريب صورته يضرب الفقه لذلك مثالا تقليديا، يتلخص في أن شخصا تعاقد مع شخص آخر على أن يبيعه لوحة لرسام، وهو يتوقع شراءها من وارثه المحتمل بعد وفاته، فهذا التصرف لا يعد تعاملًا في تركة مستقبلية، رغم أن محل التصرف ينتمي إلى دائرة التركة المستقبلية؛ لأن المتصرف لا يدعي صفة ميراثية³. لكن لو كان هذا الشخص المتعاقد والمتعهد بالبيع هو الوارث الوحيد لصاحب اللوحة الفنية، فيكون هذا التصرف حينئذ واقعا على تركة مستقبلية؛ لأنه استند إلى الصفة الوراثية.

ومنه فالصفة الوراثية تقتضي من المتصرف أن يظهر في تعامله مستندا إلى الصفة الميراثية، فإن لم يكن مستندا لهذه الصفة عند التعامل فهو تعامل في ملك الغير. ولعل هذا الكلام ينطبق أكثر على حالة التصرف الواقع على تركة الآخرين، أما إذا كنا بصدد تصرف واقع من شخص على تركته، كأن يقوم شخص ببيع تركته لشخص آخر بعد وفاته، فإن الصفة الميراثية لا تكاد تظهر في هذه

¹ جلال محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 119، 120، 121.

² السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ج 1، ص 478.

³ جلال محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 124؛ راجع هذا المثال أيضا في: السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ج 1، ص 478.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

الصورة، إن لم نقل إنها منعدمة، إذ من غير المعقول أن يكون الشخص وارثا لنفسه. وهذا ما دعا الجانب الأغلب من الفقه للبحث عن تكييف يتناسب وهذه الصورة، بعد رفض ما ذهب إليه البعض من عدم تطلب هذا الشرط في مثل هذه الصورة، وقد اهتدى هذا الجانب من الفقه إلى حيلة - سنرى تساقطها فيما بعد- مفادها أن الصفة الوراثية في هذه الحالة لا ينظر إليها إلى شخص المتصرف، وإنما إلى الشخص المستفيد من التصرف، فهذا الأخير سيمتلك حقوقا ميراثية في تركة المتصرف؛ أي إنه سيمنحه الصفة كوارث، وليس فقط مجرد أن يضعه في مركز الحائز لحق حالي واجب الاقتضاء عند وفاته¹.

وبسبب ضبابية هذا الشرط، والاختلاف في تحديد مفهومه، خصوصا في حالة تعامل الشخص في تركته، والحيلة التي لجأ إليها هؤلاء لتبرير شمولية هذه الصفة، فقد تعرض للنقد الشديد من الفقه المعاصر، خصوصا ما تعلق منها بمسألة اكتساب المستفيد للصفة الإرثية فإذا كانت هذه الصفة يسلم باكتسابها من المستفيد في بعض التصرفات²، فالأمر ليس صحيحا في التصرفات الأخرى كالمعاوضات، فإذا كان الشخص الذي يعد ببيع شيء يرجو أن يحصل عليه من تركة مورثه، فهو لا ينقل للمستفيد الصفة الإرثية، فلن يكون هذا المستفيد وارثا، كل ما في الأمر أنه يتلقى حقا احتماليا في هذه التركة، والشيء نفسه ينطبق على الشخص الذي يبيع للغير جزءا من تركته بعد وفاته، فهو لا ينقل إليه الصفة الوراثية، بل مجرد حق احتمالي³. وهو ما قاد إلى وضع معيار آخر أو شرط آخر وهو معيار الحق الاحتمالي، كما سنرى.

ثالثا: معيار الحق الاحتمالي

هذا المعيار ذكره الفقه الحديث بزعامة الأستاذ كاييتان، وذلك عند انتقاد معيار الصفة الإرثية، واعتباره معيارا غير مميز للتعامل في التركة المستقبلية، لذلك أوجد معيارا آخر يعتقد أنه أكثر تحديدا لهذا التعامل، وهذا المعيار هو معيار الحق الاحتمالي، ومعنى ذلك أن الشخص المستفيد إذا كان يتلقى بمقتضى التصرف مجرد حق احتمالي بالتصرف وارد على تركة مستقبلية، أما إن كان يتلقى حقا حاليا فالمسألة لا تتعلق بتعامل في تركة مستقبلية.

¹ جلال محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص126، 127.

² يصح في التبرعات كالتنازلات والهبات والتوريث التعاقدية في القانون الفرنسي.

³ جلال محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص135.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

ويضرب لذلك أصحاب هذا الاتجاه مثالا عن معيار الحق الاحتمالي في بيع التركة، حيث يقولون إنه إذا قام شخص ببيع تركته بعد وفاته أو جزءا منها لقاء ثمن محدد إلى شخص آخر، فإن هذا الالتزام لا ينشأ إلا بعد وفاته، حيث تنتقل الملكية والتمن، وسيكون هذا الالتزام في مواجهة التركة أو الورثة، أما البائع في حياته فلا يتحمل شيئا، وكأنه هنا يقول للورثة من بعده بيعوا تركتي أو جزءا منها إلى هذا الشخص الذي وافق على شرائها بهذا المبلغ، حيث سيصبح هذا الشخص مشتريا لكل أو جزء من التركة، ولا يعتبر متلقيا لهذا المال بوصفه وارثا لها¹.

وبهذا يكون بيع الوارث لتركة مورثه قبل افتتاحها متضمنا حتما نقل حق احتمالي، إذ الصفة الوراثية للبائع تفيده وجود الحق الاحتمالي، أما في حالة بيع الشخص تركته كلها أو جزءا منها للغير، فهذه لا تظهر فيها الصفة الإرثية للمتصرف، لذلك كان معيار الحق الاحتمالي هو الأنسب لاعتبار هذه الصورة ضمن دائرة التعامل في تركة مستقبلية².

البند الثاني: الأثر المترتب عن مخالفة الحظر

يترتب عن مخالفة الحظر المتعلق بالتعامل في التركة المستقبلية، ومنه صورة البيع، البطلان، وهذا البطلان تترتب عنه نتائج قانونية، وقبل الحديث عن هذه النتائج، سنشير أولا إلى طبيعة البطلان (أولا)، ثم بعد ذلك نتناول هذه النتائج (ثانيا).

الفقرة الأولى: طبيعة البطلان

ذهب بعض الفقه والقضاء إلى أن البطلان الذي يتقرر جزاء لمخافة الحظر في التعامل على التركة المستقبلية هو بطلان نسبي، وهذا اعتمادا على أن مركز التعامل في التركة المستقبلية يماثل مركز البيع لملك الغير، وكذا اعتمادا على بعض المسوغات التي تجعل علة الحظر رعاية المصلحة الخاصة لأحد المتعاقدين، ولكن ما سبق بيانه يدحض هذا، ذلك أن علة الحظر متعلقة بالنظام العام والمصلحة العامة لا الخاصة، وما وجد من مسوغات يظهر منها رعاية المصلحة الخاصة فهي مسوغات إضافية فقط، أما ادعاء المماثلة مع بيع ملك الغير فغير صحيح، إذ بينهما فرق - كما سبق بيانه - وبيع ملك الغير علة حظره متعلقة برعاية مصلحة المالك لذلك تلحقه الإجازة من هذا المالك، على خلاف التعامل في التركة المستقبلية فهي متعلقة بالنظام العام، ولا يمكن أن تلحقه الإجازة من المالك، وبناء على هذا فقد جوبه هذا الرأي بالرفض، ولم يجد له قبولا؛ إذ إن أغلب

¹ جلال محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 138، 139.

² المرجع نفسه، ص 142.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

الفقه والقضاء مستقر على أن الجزاء المترتب هو البطلان المطلق لتعلق الحظر بالنظام العام¹. وإذا كان هذا الخلاف مرده إلى القانون الفرنسي الذي لم تتضمن نصوصه السابقة الذكر النص صراحة على البطلان، رغم أن مبررات وضعها وصياغتها يدلان على هذا البطلان لتعلقه بالنظام العام؛ فإن المشرع العربي قد حسم هذا الخلاف حول طبيعة البطلان المتعلق بالتعامل في التركة المستقبلية، حيث دلت نصوص المواد السابقة الذكر سواء في القانون الجزائري (م 92 ق.م)، أو القانون المغربي (الفصل 16 ل.ع)، أو القانون التونسي (الفصل 66 م.ل.ع) صراحة على أن التعامل في التركة المستقبلية بأي صيغة كان هذا التعامل يعتبر باطلا بطلانا مطلقا²، وهذا هو الرأي الذي أقره القضاء، فقد ورد في القضاء الجزائري قرار صادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا، جاء فيه: "يعد باطلا بطلانا مطلقا الاتفاق بخصوص تركة شخص ما زال على قيد الحياة"³.

وفي الفقه الإسلامي فالتعامل في التركة المستقبلية، ومنه البيع لا يجوز، إذ لا يجوز التصرف في الميراث قبل استحقاقه⁴، ولكن إذا وقع هل يعتبر باطلا أم لا؟

الظاهر أن تصرف الوارث الاحتمالي في تركة غيره يعتبر تصرفا في ملك الغير، وبالتالي تطبق عليه أحكام التعامل في ملك الغير. أما بالنسبة لتعامل الشخص في تركته المستقبلية فلا يتصور وقوع هذا في الفقه الإسلامي، إذ المال الذي لم يدخل في ملك الشخص يعتبر في حكم العدم، وبيع العدم أو التصرف فيه باطل لانعدام المحل.

الفقرة الثانية: نتائج البطلان المطلق

تترتب على البطلان المطلق النتائج الآتية: وهي تطبيق للقواعد العامة.

أولا: من له الحق في التمسك بالبطلان

يجوز لكل شخص له مصلحة أن يتمسك ببطلان التصرف في التركة المستقبلية، حيث يمكن لأطراف التصرف سواء أكان الوارث الاحتمالي أو المورث الاحتمالي أو المتصرف إليه، إذ

¹ المرجع نفسه، ص 277.

² راجع: علي فيلاي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، دط، 2010، ص 229؛ عبد الحق صافي، القانون المدني (العقد)، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1، 2006، ج1، ص 389؛ نذير بن عمو، المرجع السابق، ص 113.

³ غ.ع. قرار رقم 547042 مؤرخ في: 2009/10/15، م.م.ع، ع خ، 2010، ج3، ص 305؛ نقلا عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء العقاري، المرجع السابق، ج2، ص 771.

⁴ سيد عبد الله علي حسين، المرجع السابق، ج3، ص 1163.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

البطلان متعلق بالنظام العام لا بالمصلحة الخاصة ، كما يحق أيضا للخلف العام التمسك بالبطلان سواء أكان خلف المتصرف ، أم خلف المتصرف إليه، إضافة إلى هذا فإنه يجوز لغير أطراف التصرف التمسك بالبطلان إذا كانت لهم في ذلك مصلحة مثل دائن المتصرف ، إذ له مصلحة في عودة المال المتصرف فيه إلى ذمة مدينه، وكذلك الخلف الخاص للمتصرف. كما يمكن للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولو لم يثره الخصوم¹ ؛ نظرا لتعلقه بالنظام العام.

أما في الفقه الإسلامي فالعقد أو التصرف إذا كان باطلا فلا يحتاج إلى حكم قضائي ؛ لأنه معدوم ، والمعدوم لم يوجد أصلا ، فإزالته تحصيل حاصل ، على أن هذا من الناحية النظرية ، غير أنه من الناحية العملية قد يتطلب الأمر اللجوء إلى القضاء ، وذلك حين يكون التصرف الباطل قد تم تنفيذه ، فيحق لكل ذي مصلحة أن يرفع دعوى لتقرير البطلان واسترداد الشيء المتصرف فيه أو المبيع إذا كان عقد بيع ، على أن القضاء هنا يظهر البطلان ولا ينشئه ، وبالتالي يحق لأطراف التصرف أو ورثتهم ، وكذا دائني المتصرف التمسك بتقرير بطلانه².

ثانيا: الإقرار والإجازة:

التعامل في التركة المستقبلية باطل بطلانا مطلقا؛ لتعلقه بالنظام العام، وبالتالي لا يحق للشخص الذي جرى التعامل على تركته أن يجيز هذا التصرف، وهذا ما قضت به النصوص التي سبق ذكرها سواء في القانون الفرنسي أو القوانين العربية.

أما إجازة أطراف التصرف فتقع هي الأخرى باطلة سواء أكان ذلك قبل وفاة صاحب التركة أو بعد وفاته ، فقبل الوفاة فواضح؛ لتعلقها بالتصرف الأصلي ، ولذلك حكم القضاء الفرنسي ببطلان التنازل المطلق عن التمسك ببطلان التصرف في التركة المستقبلية ، أما بعد الوفاة فإن الإجازة تقتضي الرجوع بأثر رجعي إلى زمن التصرف ، وهذا معناه جعل التصرف صحيحا منذ لحظة ولادته ، وهو أمر غير مقبول ، إذ تصحيح التصرف في التركة المستقبلية يجعل الحظر المتعلق بالنظام العام ، والذي لأجله أبطل لا معنى له ، ثم إن هذه الإجازة ممن تكون: من أطراف

¹ جلال محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص279، 280؛ علي فيلاي، المرجع السابق، ص328 وما بعدها؛ عبد الحق صافي، المرجع السابق، ج1، ص519، 520. غير أن القانون التونسي يقضي بأن المحكمة لا يمكنها أن تثيره من تلقاء نفسها، بل لا بد أن يجتج به الخصم. راجع الفصل 385 من مجلة الالتزامات والعقود.

² مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط1، 1998، ج2، ص724، 725.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

التصرف أو من الورثة أو الدائنين، أو الخلف الخاص كل بمفرده ، أم لا بد أن تصدر منهم جميعا ؟ لا يستقيم الأمر إلا إذا صدرت منهم جميعا ، وهو أمر عسير التحقق لاختلاف وتضاد المصالح . وأخيرا إن الإجازة متعلقة بالمصلحة الخاصة ، أما الحظر فمتعلق بالمصلحة العامة وبالنظام العام ، وشرعنة الإجازة معناه التضحية بالصالح العام مقابل الصالح الخاص ، وهذا أمر يأباه النظام القانوني.

ربما الطريق الوحيد أمام هؤلاء هو معاودة إنشاء التصرف من جديد بعد افتتاح التركة ، يكون محله التركة المفتحة وينشأ ساعتها لا بأثر رجعي ، وهذا لا مانع منه قانونا، ولو كان ذات الأشخاص الذين سبق لهم التصرف في التركة المستقبلية ، ولكن لو تبين للقاضي أنهم أعطوا إجازة التصرف القديم كان عليه أن يحكم ببطلان هذا التصرف الجديد¹.

أما في الفقه الإسلامي فالعقد الباطل لا تلحقه الإجازة إطلاقا ؛ لأنه عدم في نظر الشرع ، والعدم لم يوجد ، فالإجازة محال أن تلحق شيئا معدوما ؛ فإن أريد إجازته كان لا بد من إنشائه من جديد² ، وبناء على هذا فإذا قلنا إن التعامل في التركة المستقبلية ومنه البيع ينطبق عليه في الفقه الإسلامي حكم بيع ملك الغير، فعند من يرى بطلانه فالإجازة لا تلحقه؛ لما سبق ذكره ، وعند من يرى وقفه فالإجازة تلحقه ؛ إذ الإجازة في الفقه الإسلامي تكون في العقد الموقوف ، فإذا لحقته الإجازة انصرفت آثاره إلى صاحب الشأن (صاحب التركة)، فإن تنازل عن آثار العقد لهذا الوارث المحتمل كان هذا التنازل في حكم الهبة وخضع لأحكامها.

ثالثا: تقادم دعوى البطلان والدفع به

إذا كان التعامل في التركة المستقبلية باطلا، فإن دعوى البطلان والدفع به يخضع من حيث التقادم إلى ما تقضي به القواعد العامة. فبالنسبة لدعوى البطلان المطلق، فالأصل في العقد الباطل أنه معدوم، والمعدوم لا يتحول إلى شيء مهما طال عليه الزمن، فلا يمكن لمزور الزمن أن يصححه، لكن ما عليه الرأي في الفقه الفرنسي أن العقد إذا نفذ وكان فيه التسليم ومر على هذا مدة التقادم

¹ جلال محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص281 وما بعدها؛ علي فيلاي، المرجع السابق، ص336 وما بعدها؛ عبد الحق صافي، المرجع السابق، ج1، ص524.

² مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ج2، ص722، 723.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

الطويل المكسب للملكية وهي ثلاثون عاماً¹، فلا يمكن للمتصرف استرداد ما أداه بالعقد الباطل إلى المتصرف إليه، والسبب أن المتصرف إليه يمكنه دفع هذه الدعوى باكتساب ملكية الحق بالتقادم الطويل ويبدأ حساب هذه المدة من يوم افتتاح الشركة التي جرى عليها التعامل لا من تاريخ العقد، إذ لو كان الحساب من تاريخ العقد لكان هذا تعاملاً في تركة مستقبلية ولأمكن إبطاله.

وبالنسبة للدفع بالبطلان فهو لا يتقادم بمرور الزمن، ويمكن الدفع به ولو بعد مرور مدة ثلاثين عاماً فيما لو طالب أحد الطرفين تنفيذ العقد إذا لم يكن قد نفذ، فالطرف الآخر يمكنه أن يتمسك بدفع هذه الدعوى لوقوع العقد باطلاً².

أما في القوانين العربية فمدة تقادم دعوى البطلان حسب القواعد العامة فمحددة بـ: 15 سنة سواء في القانون الجزائري (102 ق.م.ج)، أو القانون المغربي (387 ق.ل.ع)، أو القانون التونسي (388، 402 م.ل.ع)، ويبدأ سريانها من تاريخ حصول الاتفاق أو العقد، وليس معنى هذا أن العقد ينقلب صحيحاً، بل العقد يبقى باطلاً لكن لا يمكن رفع دعوى إبطاله بسبب سقوطها، لكن يبقى في المقابل وسيلة أخرى وهي الدفع بالبطلان فهذا لا يتقادم مهما مر عليه من زمن ومهما طال³.

أما في الفقه الإسلامي فالبطلان لا يسري عليه حكم التقادم، ولا يسقط بمرور الزمن، ويمكن التمسك به في أي وقت؛ لأن العقد الباطل معدوم، والمعدوم لا ينقلب موجوداً بطول الزمن⁴.

المطلب الثاني: شرط ضمان صفة الوارث

يشترط في بيع التركة شرط ثاني يتمثل في ضمان صفة الوارث؛ وليبانه سأتناول النقاط الآتية:

الفرع الأول: مفهوم الوارث وكيفية إثبات صفة الوارث

البند الأول: مفهوم الوارث

يكمن أن نميز هنا بين نوعين من الوارث: الوارث الشرعي والوارث الحقيقي.

¹ Article 2272 : " le délai de prescription requis la propriété immobilière de trente ans. Tout fois, celui qui acquiert de bonne foi de par juste titre un immeuble en prescrit la propriété par dix ans " .

² جلال محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص287.

³ علي فيلاي، المرجع السابق، ص342؛ عبد الحق صافي، المرجع السابق، ج1، ص 530 وما بعدها.

⁴ مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ج2، ص725، 726.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

أولاً: الوارث الشرعي

" هو كل من فيه قوة أخذ التركة أو بعضها لقربة، أو زوجية أو ولاء¹، وإن لم يأخذ بالفعل لمانع كالحجب"².

وفي تعريف آخر فالوارث الشرعي هو: " الذي يتصل بالميث اتصال قرابة أو نكاح أو رق أو مولاة"³.

ويتبين من هذين التعريفين أن صفة الإرث تثبت للشخص الذي له المقدرة والقوة على أخذ نصيب من التركة أو أخذ كل التركة إذا كان منفرداً، وهذه القوة إنا تثبت لمن توفرت فيه الأسباب الشرعية للميراث، وأسباب الميراث حسب ما هو مذكور في التعريف أعلاه هي: القرابة أو النسب ذلك بأن يكون قريباً للمتوفي. أما الزوجية: فتعني زوج المتوفي. وأما السبب الثالث فهو الولاء، وهذا السبب قد زال في عصرنا الراهن تبعاً لزوال نظام الرق. فهذا هو الوارث الشرعي.

ثانياً: الوارث الحقيقي

ليبيان معنى الوارث الحقيقي سأورد المثال الآتي: شخص توفي وترك زوجة وابناً وأخاً شقيقاً، من خلال هذا المثال فإن الزوجة والابن والأخ الشقيق كل واحد منهم يعتبر وارثاً شرعياً؛ لأنه بناء على التعريف السابق فهؤلاء تتوفر فيهم القوة لأخذ كل التركة أو جزء منها، وهذا لوجود سبب القرابة والزوجية، فالزوجة تتصل بالميث بواسطة الزوجية، والابن والأخ الشقيق يتصلان بالقرابة للميت، فهؤلاء هم الورثة الشرعيون للميت، لكن في هذا المثال نجد أن الزوجة والابن هما فقط من يأخذ فعلاً نصيبه من التركة، نظراً لانعدام من يحجبهم، أما الأخ الشقيق فرغم أنه وارث شرعي إلا أنه غير وارث بالفعل، فهو لا يأخذ شيئاً من التركة، وهذا بسبب مانع الحجب وهو وجود الابن، وبهذا نصل إلى أن الزوجة والابن هما الورثة الحقيقيون للميت. أما الأخ الشقيق فهو وارث شرعي، لكنه غير وارث حقيقي، وبناء على هذا يكون كل وارث حقيقي وارثاً شرعياً،

¹ هذا السبب قد زال في عصرنا نظراً لعدم وجود السبب المبي عليه وهو نظام الرق.

² محسن البيه، نظرية الوارث الظاهر، مجلة المحامي، مجلة محكمة تصدر عن جمعية المحامين الكويتية، أعداد أبريل، مايو، يونيو، 1987، ص 20، 21.

³ محسن البيه، المرجع السابق، هامش (1) ص 21.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

وكل وارث شرعي ليس بالضرورة وارثا حقيقيا¹. وعليه يمكن تعريف الوارث الحقيقي بأنه: "كل من يتصل بالميت اتصال قرابة أو زوجية، ولو يقيم به مانع كالحجب". فالشخص الذي قام به مانع من موانع الميراث وإن اعتبر وارثا شرعيا إلا أنه ليس وارثا حقيقيا، والأمر بالنسبة للشخص المحجوب حجب حرمان فهو أيضا يعتبر وارثا شرعيا لا وارثا حقيقيا، وبهذا فإن الشخص المتزل متزلة أصله وإن أخذ شيئا من التركة وطبقت عليه قواعد الميراث كقاعدة "للذكر مثل حظ الأنثيين"، فهو وارث شرعي لا وارث حقيقي؛ لأن ما أخذه من التركة كان بطريق التزويل والتزويل يعتبر وصية لا ميراثا.

البند الثاني: كيفية إثبات صفة الوارث

الفقرة الأولى: المبدأ العام للضمان

إن الوارث في بيع التركة يضمن للمشتري أنه وارث حقيقي؛ أي إنه يرث فعلا في التركة، كما أنه يضمن من حيث المبدأ العام وجود ورثة آخرين معه أو عدم وجودهم، بيد أن هذا المبدأ ليس من النظام العام الذي لا يمكن الاتفاق على خلافه، بل يجوز الاتفاق على خلاف هذا المبدأ، وهو ما يسمى بالضمان المخفف، حيث يمكن للبائع الوارث أن يشترط على المشتري أو يتفق معه على أنه لا يضمن وجود ورثة آخرين معه، ولا عددهم، كما يمكنه أن يشترط أو يتفق معه على عدم ضمانه ثبوت صفة الإرث أصلا، فلا يضمن له أنه وارث حقيقي، وإنما يبيعه في هذه الحالة على أنه هو مجرد احتمال أن يكون وارثا، ويكون عقد البيع في هذه الحالة عقدا احتماليا².

الفقرة الثانية: علاقة الشهادة بإثبات صفة الإرث

الشهادة التوثيقية هي المحرر الرسمي الذي يشهر به حق الإرث المنتقل من المورث إلى الورثة، والشهادة التوثيقية وثيقة رسمية يحررها الموثقون بناء على الفريضة الجدلية التي تحدد نصيب كل وارث³.

وإذا كانت الشهادة التوثيقية بهذا المعنى وبهذه الكيفية، فهي دليل على ثبوت صفة الإرث، ولكن السؤال الذي يطرح هنا، هل صفة الوارث أو الإرث لا بد في إثباتها من وجود هذه

¹ المرجع نفسه، ص 21.

² Boudry et Saignat, op .cit. pr 886, 891.

راجع أيضا: السنهوري، الوسيط (ط3)، المرجع السابق، ج 4، ص 248، 249.

³ حشود نسيم، المرجع السابق، ص 136.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

الشهادة ؟ بمعنى آخر هل الشهادة التوثيقية إجراء ضروري لإثبات صفة الوارث، ومن دونها لا تثبت هذه الصفة ؟ سنحاول الإجابة عن هذا السؤال من خلال عرض النصوص القانونية في ظل الاجتهادات القضائية، للوصول إلى المقاربة التي نرتضيها في هذه الجزئية.

أولاً: على مستوى النصوص القانونية

بالنسبة للنصوص القانونية التي تتعلق بهذه المسألة أو تقاربها نجد نص المادة 15 من القانون رقم 74/75 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، نص المادة 91 من المرسوم 63/76 المؤسس للسجل العقاري.

فأما النص الأول المتعلق بالمادة 15 فقد جاء فيه أن : " كل حق الملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية".

فهذا النص يفهم من إشارته أن صفة الإرث تثبت بمجرد واقعة الوفاة، ذلك أن نقل الملكية يثبت بأثر رجعي إلى زمن وفاة المورث، وهذه الملكية إنما تثبت بناء على سبب أو أساس، وهذا السبب هو ثبوت صفة الإرث، فكان من اللازم حسب هذا النص ثبوت صفة الإرث للوارث ابتداء بواقعة الوفاة؛ حتى تنتقل إليه الملكية بأثر رجعي إلى هذا الزمن.

أما النص الثاني، وهو نص المادة 01/91 فقد جاء فيه أن: " كل انتقال أو إنشاء أو انقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة ضمن الأجل المحددة في المادة 99، يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة".

الذي يفهم من هذا النص أن نقل أو إنشاء أو انقضاء الحقوق العينية المتعلقة بالعقار يكون بمجرد واقعة الوفاة، وهذا معناه أن ثبوت صفة الإرث تكون بمجرد واقعة الوفاة؛ لأن ثبوتها أساس الانتقال الميراثي بالموت. أما ما يتعلق بالشهادة التوثيقية فالنص أوردها كتطبيق لإثبات الانتقال في حد ذاته، أما إن ثبوت صفة الوارثة لا يكون إلا بما فلا دليل من النص على هذا الفهم، ولا أرى موجبا لهذا التوجيه، وظاهر النص وصياغته لا يدلان بتاتا على أن صفة الإرث لإثباتها لا بد من استظهار الشهادة التوثيقية. ثم إن النص متعلق بالعقار فقط، والإرث قد يكون منقولاً وقد يكون عقاراً. هذا مبلغ ما يمكن أن أصل إليه من فهم لهذه النصوص، حيث سادعها جانباً وأمضي إلى الشق القضائي؛ باعتباره الوجه التطبيقي للنص القانوني والتفسيري، لنرى كيف وجه القضاء - في مختلف الدرجات - هذه النصوص، وتبين الفهم الذي تبناه، حيث سنرى ما له وما عليه.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

ثانيا: على المستوى القضائي: ثمة مجموعة من القرارات التي حصلت عليها، حيث سأتعامل معها بحذر ودون تعميم؛ لأن التعميم يحتاج إلى استقراء ومسح لقدر كبير من الأحكام والقرارات حتى نعرف خطط سير القضاء.

I. على مستوى الدرجات الأدنى (المحكمة أو المجلس): حيث يتبين من هذه القرارات المطلع عليها أن الفهم المعطى للنصوص السابقة يتمظهر في اتجاهين: الاتجاه الأول مؤيد للفهم الذي سبق عرضه عند التعليق على النصوص القانونية، أما الاتجاه الثاني فيذهب إلى رأي مخالف، حيث يرى أن صفة الوارث لا تثبت إلا بالشهادة التوثيقية.

فبالنسبة للاتجاه الأول نجد القرار الصادر عن الغرفة المدنية بمجلس قضاء الجزائر بتاريخ 2006/05/06، حيث أثبتت على مستوى المجلس قضية انعدام الصفة الإرثية لانعدام الشهادة التوثيقية، لكن قضاة المجلس لم يأخذوا بهذا الوجه، والظاهر من هذا التجاهل أن صفة الإرث في نظر هؤلاء القضاة تثبت بمجرد الوفاة، ولا يتوقف ذلك على إستظهار الشهادة التوثيقية¹.

أما القرار الثاني فصادر عن الغرفة العقارية بمجلس قضاء مستغانم بتاريخ 1998/11/24، وكان من بين الأوجه التي أثارها المدعي وجه عدم تقديم المدعى عليهم الشهادة التوثيقية كدليل يثبت صفتهم الإرثية، وعدم فعلهم ذلك دليل على أن الصفة غير ثابتة، فكان يتعين على قضاة المجلس رفض الدعوى لانعدام الصفة، لكن قضاة المجلس قبلوا الدعوى بناء على ثبوت صفة الإرث لحظة الوفاة، وهذا ما يمكن أن نعلل به حكم المجلس في هذه المسألة².

وأما بالنسبة للاتجاه الثاني فثمة عدة قرارات صادرة عن الغرفة العقارية، وهي - القرار الأول صادر عن مجلس قضاء البلدية بتاريخ: 2002/06/05، حيث رفض الدعوى الأصلية بناء على انعدام الصفة في الدعوى، ذلك أن هؤلاء الأشخاص الذين يدعون صفة الإرث من المورث لم يقدموا الشهادة التوثيقية المطلوبة قانونا لإثبات الصفة

¹ راجع: جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، المرجع السابق، ج4، ص1628، 1629.

² جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء العقاري، المرجع السابق، ج2، ص671، 672، 673.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

الإرثية، وإذا انعدمت هذه الوثيقة انعدمت الصفة، وإذا انعدمت الصفة رفضت الدعوى لانعدام شروطها¹.

- القرار الثاني صادر عن مجلس قضاء المدينة بتاريخ: 2005/01/19 حيث أيد الحكم المستأنف، الذي يقضي برفض الدعوى لانعدام الصفة الإرثية، وبالتالي انعدام الصفة في الدعوى؛ لأن ملف الدعوى جاء خاليا من وجود الشهادة التوثيقية، التي تعتبر الدليل القانوني لإثبات صفة الوارث، وهذا هو ما يبرر رفض الدعوى لانعدام صفة التقاضي².
- القرار الثالث صادر عن مجلس قضاء بجاية بتاريخ: 2006/04/10، حيث أيد الحكم المستأنف، الذي رفض الدعوى لانعدام الصفة والمصلحة، حيث إن المعني بالأمر لم يقدم الشهادة التوثيقية الدالة على ثبوت الصفة الإرثية في نظر هؤلاء القضاة³.
- القرار الرابع صادر عن مجلس قضاء وهران بتاريخ: 2009/10/28 الذي أيد الحكم الصادر عن محكمة السانية بتاريخ: 2008/01/14، حيث قضى هذا الحكم المؤيد في الاستئناف برفض الدعوى لانعدام الصفة الإرثية تأسيسا على أن المعنيين بالأمر لم يقدموا في ملف الدعوى الشهادة التوثيقية، التي تثبت الصفة الإرثية⁴.

هذه مجمل القرارات والأحكام القضائية على مستوى درجات التقاضي الأدنى التي حصلت عليها، حيث تميل أغلبها - رغم تباين الجهات الصادرة عنها- إلى أن الصفة الإرثية لا تثبت إلا بالشهادة التوثيقية.

II. على مستوى الدرجات الأعلى (المحكمة العليا ومجلس الدولة):

- **المحكمة العليا:** يظهر من القرارات التي اطلعت عليها سواء أكانت صادرة عن الغرفة المدنية، أم عن الغرفة العقارية أن المحكمة العليا ترى أن صفة الوارث تثبت بمجرد واقعة الوفاة؛ لأن الحقوق الميراثية تثبت وتنتقل بأثر رجعي إلى هذا الزمن، وهذا حسب الفقرة الثانية من المادة 15 السابقة الذكر، وهذه الصفة يمكن إثباتها بجميع الطرق القانونية، أما ما يتعلق بالشهادة التوثيقية المنصوص عليها في المادة 91 من المرسوم 63/76 فهي تخص إثبات نقل الملكية والاحتجاج بها في مواجهة

¹ المرجع نفسه، ج2، ص744.

² المرجع نفسه، ج2، ص746، 747.

³ المرجع نفسه، ج2، ص727، 728.

⁴ جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء العقاري، المرجع السابق، ج2، ص840.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

الغير الأجنبي عن الميراث، ولا تتعلق بإثبات الصفة الميراثية. وإليك هذه القرارات الدالة على هذا المفهوم وهذا الاتجاه، وهي مرتبة ترتيبا زمنيا:

- **القرار الأول:** صادر عن الغرفة العقارية بتاريخ: 2007/01/17 جاء فيه: "تنتقل الحقوق الميراثية إلى الورثة بمجرد الوفاة، لا تشكل الشهادة التوثيقية قيда على ممارسة الدعوى أمام القضاء"¹ واستندت في هذا القرار على المادة 2/15 من القانون 74/75، والمادة 127 ق.أ، اللتان تثبتان صفة الميراث بواقعة الوفاة دون أي قيد آخر؛ لذلك نقضت القرار الصادر عن مجلس قضاء البلدة الذي رفض الدعوى لانعدام الصفة الإرثية، رغم ثبوتها حسب نظر المحكمة العليا.

- **القرار الثاني:** صادر عن الغرفة العقارية بتاريخ: 2007/03/14، حيث جاء فيه: " تنتقل الحقوق الميراثية بمجرد الوفاة، لا تشكل الشهادة التوثيقية قيда على ممارسة الدعوى أمام القضاء". وقد نقضت القرار الصادر عن مجلس قضاء المدية الذي رفض الدعوى لانعدام الصفة، بسبب عدم تقديم الشهادة التوثيقية، لكن قضاة المحكمة العليا يرون أن صفة الوارث تكون قائمة بمجرد الوفاة، ويكفي لإثباتها الفريضة الشرعية، بل إن إثباتها يكون بجميع الطرق القانونية².

- **القرار الثالث:** صادر عن الغرفة العقارية بتاريخ: 2008/12/17، وجاء فيه أنه: " لا تعتبر الشهادة التوثيقية شرطا لرفع دعوى وإثبات الصفة مادامت التركة تنتقل من المورث إلى الورثة بمجرد الوفاة"، حيث أيدت في هذا الحكم القرار الصادر عن مجلس قضاء مستغانم، ورفضت الطعن الذي أثار مسألة انعدام الصفة لانعدام الشهادة التوثيقية، حيث بررت المحكمة العليا رفض الطعن، وبينت موقفها من الشهادة التوثيقية التي اعتبرتها تخص نقل التركة بين الورثة، ولا تعتبر شرطا لرفع الدعوى وإثبات الصفة؛ لأن انتقال التركة بين المورث الأصلي وورثته تتم بمجرد الوفاة وهذا طبقا لنص المادة 15 من الأمر 74/75³.

¹ غ.ع قرار رقم 391380 صادر بتاريخ: 2007/01/17، م.م.ع، ع.خ، 2010، ج3، ص191، نقلا عن: جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء العقاري، المرجع السابق، ج2، ص743، 744.

² غ.ع قرار رقم 394379 صادر بتاريخ: 2007/03/14، م.م.ع، ع.خ، 2010، ج3، ص199، نقلا عن: جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء العقاري، المرجع السابق، ج2، ص745، 746، 747.

³ غ.ع قرار رقم 477874 صادر بتاريخ: 2008/12/17، م.م.ع، ع.خ، 2008، ص265، نقلا عن: جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء العقاري، المرجع السابق، ج2، ص670 وما بعدها.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

- القرار الرابع: صادر عن الغرفة المدنية بتاريخ: 2011/02/17، جاء في هذا القرار أن: " الحقوق الميراثية تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة. لا تشكل الشهادة التوثيقية قيدا على ممارسة الدعوى أمام القضاء".

وقد أيدت أيضا في هذا القرار مجلس قضاء الجزائر وفندت مزاعم الطاعن الذي تحجج بانعدام الشهادة التوثيقية، حيث ذكرت أن هذا غير صحيح؛ لأن الشهادة التوثيقية ليست قيدا على ممارسة الدعوى أمام القضاء¹.

- القرار الخامس: صادر عن الغرفة العقارية بتاريخ: 2011/06/09، جاء فيه أنه: " تنتقل الملكية إلى الورثة بمجرد الوفاة، وليس بموجب الشهادة التوثيقية.

المادة 91 من المرسوم رقم 63/76 تتعلق بشهر الحقوق الميراثية لا غير".

وفي هذا القرار نقضت ما صدر عن مجلس قضاء وهران الذي رفض الدعوى اعتمادا على انعدام الصفة الإرثية وبالتالي الصفة في الدعوى؛ لأن الشهادة التوثيقية غير موجود في ملف الدعوى. وقد استندت المحكمة العليا في تأسيسها هذا على المادة 15 من الأمر رقم 74/75 وأيضا المادة 127 ق.أ، أما المادة 91 التي استند عليها قضاة المجلس فهي تخص شهر الحقوق الإرثية لا غير، وبالتالي فالصفة الإرثية الموجبة لقبول الدعوى موجودة وثابتة².

● مجلس الدولة: القرارات التي حصلت عليها، والصادرة عن مجلس الدولة يظهر منها أن المجلس يتبنى رأيا مخالفا لرأي المحكمة العليا، حيث إن مجلس الدولة يرى أن صفة الوارث لا تثبت إلا بوجود الشهادة التوثيقية، وسنرى هذا من خلال القرارات الآتية:

- القرار الأول: جاء فيه: " حيث أن المستأنفين يعيرون على القرار المستأنف عدم إعطاء الشهادة التوثيقية كل قيمتها فيما يتعلق بمزاعمهم... . حيث أن الشهادة التوثيقية المؤرخة في 1968/05/14 التي يستمد منها المستأنفون صفتهم ومصالحتهم في التقاضي تعد فعلا عقدا محررا رسميا، غير أن الموثق اكتفى بتدوين تصريحات أحد الأطراف الذي توفي... حيث من الثابت أنه لا يمكن شراء أو نقل حق الملكية بمجرد تصريح؛ حتى ولو كان ذلك أمام موثق، وأنه يجب إثبات الملكية

¹ غ.ع قرار رقم 572702 صادر بتاريخ: 2011/02/17، م.م.ع، ع، 1، 2011، ص92، نقلا عن: جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء العقاري، المرجع السابق، ج4، ص 1628، 1629.

² غ.ع قرار رقم 713016 صادر بتاريخ: 2011/06/09، م.م.ع، ع، 2، 2011، ص179، نقلا عن: جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء العقاري، المرجع السابق، ج2، ص839، 840.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

بموجب سند صحيح من نقل ملكية عقار، وأنه - في قضية الحال - لا يمكن أن يأخذ التصريح التوثيقي، ولا المستخرج من المحافظة العقارية، والذي ما هو إلا شهر شهادة الموثق لا غير مرتبة عقود الملكية. وأنه بالنتيجة فإن القرار المستأنف أحق عند ما فرض دعوى المستأنفين لعدم إثبات صفتهم كمالكين¹.

فهذا القرار يتضح منه أن الشهادة التوثيقية المقدمة من الأطراف مطعون في حجيتها، لكونها مجرد تصريح من طرف المتوفي أمام الموثق، وبالتالي لا وجود لها من الناحية القانونية؛ إذ لا يكفي الوجود المادي بتخلف الوجود القانوني، وإذا انعدمت هذه الشهادة انعدمت معها الصفة، وإذا انعدمت الصفة فمآل الدعوى الرفض وهو ما انتهى إليه القرار المستأنف الذي أيده مجلس الدولة.

- **القرار الثاني:** جاء فيه: " حيث المستأنفين لم يستطيعا أن يثبتا بعقد توثيقي رسمي انتقال الملكية المزعومة للقطعة الأرضية موضوع النزاع من والدهما المتوفي إليهما، كما تشترطه أحكام المادة 91 من المرسوم 76- 93 في 1976/03/25، وحيث أن هذا الشرط هو إجراء إجباري مسبق لإثبات الملكية بصفة رسمية من صاحبها الأول عند وفاته إلى الوارثين، وحيث أن المستأنفين لم يقوموا بهذا الإجراء القانوني والإلزامي قبل رفع دعواهما المتعلقة بالاعتراف بالملكية على القطعة الأرضية المتنازع من أجلها في إطار تطبيق المرسوم 83-352 في 1983/05/21. تعتبر دعوى سابقة لأوانها ما دام أن المستأنفين لم يقوموا بالإجراءات القانونية الأولية لإثبات صفتهم كوارثين شرعيين للمرحوم (ش.ع) وإثبات نقل ملكية هذا الأخير بصفة رسمية إلى مورثه كما يستلزمه القانون².

فهذا القرار واضح منه بجلاء موقف مجلس الدولة من قضية ثبوت الصفة الإرثية، حيث إنهما تثبتت بالشهادة التوثيقية، وهي إجراء قانوني إلزامي يجب أن يتم قبل رفع الدعوى، وهذا حتى تثبت صفة الوارث، فإذا رفعت الدعوى قبل القيام بهذا الإجراء - مثلما هو عليه الأمر في قضية الحال - كانت الدعوى سابقة لأوانها، وكان مصيرها الرفض وعدم القبول؛ لانعدام الصفة. فصفة الوارث الشرعي ومنه إثبات نقل الملكية لا تثبت في نظر مجلس الدولة إلا باستيفاء الإجراء القانوني المنصوص عليه في المادة 91 من مرسوم 63/76، وهذا الإجراء هو الشهادة التوثيقية.

¹م.د قرار رقم 146142 صادر بتاريخ: 1999/01/11، نقلا عن حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، دار هومة، دط، 2011، ص93.

²م.د قرار رقم 206652 صادر بتاريخ 2000/07/10، نقلا عن حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص89.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

من خلال هذا العرض لأحكام القضاء فإن الذي يترجح في نظري وأميل إليه هو الرأي الذي تبنته المحكمة العليا؛ لأنه يتوافق وأحكام قانون الأسرة خصوصاً المادة 127 منه، كما يتوافق أيضاً ونص المادة 15 من القانون رقم 74/76، أما نص المادة 91 الذي رجع إليه الخلاف، فواضح من النص - كما سبق ذكره - أنه يتعلق بإثبات نقل الملكية عند الشهر لا غير.

أما عن موقف الفقه الإسلامي فالأصل فيه أن صفة الوارث تثبت ببقائه حياً ولو لحظة من الزمن بعد وفاة المورث ولا حاجة لإثباتها بعد ذلك في حال الاتفاق، لكن إن كان هناك نزاع في ثبوت هذه الصفة تعين الرجوع إلى القضاء، وإذا وصل الأمر إلى القضاء كان على الورثة إثبات الورثة بالبيينة الشرعية، وإثبات الورثة يشمل وفاة المورث، وعلاقة الوارث بالمورث (أخوه، ابنه، عمه،...)، وانعدام المانع، ووجود الميراث بالفعل، وهذا الأمر معلوم للجيران، وبالتالي لا يصعب إثباته. والمقرر شرعاً أن البيينة في هذه الحالة إنما تكون على العلم لا القطع¹.

جاء في المبسوط أن: "حياة الوارث عند موت المورث شرط ليتحقق له صفة الورثة..."². وفي موضع آخر أن: "صفة الورثة لا تكون إلا بعد بقاء الوارث حياً بعد موت المورث..."³. وبهذا نرى أن صفة الوارث في الفقه الإسلامي تثبت بمجرد وفاة المورث وبقاء الوارث حياً بعده، وانعدام المانع والحاجب، وهو ما يجعله وارثاً فعلاً، ولا حاجة للإثبات في حال الاتفاق، فإن كان نزاع فالأمر يرجع للقضاء، الذي يطالبهم بإثبات الورثة بالبيينة الشرعية.

الفرع الثاني: أثر احتمالية شرط الصفة الإرثية

إن احتمالية شرط الصفة الإرثية يقود إلى ما يسمى في الفقه القانوني بالوارث الظاهر، وهو الذي يرتبط ويلتبس في الواقع بالوارث الحقيقي، ويعتبر أحد تطبيقات نظرية الأوضاع الظاهرة. لذا سأتناول هذه الجزئية من حيث المفهوم والحالات (البند الأول)، ثم من حيث التصرف ورصد العلاقة الناشئة (البند الثاني).

البند الأول: مفهوم وحالات الوارث الظاهر

الفقرة الأولى: مفهوم الوارث الظاهر

¹ سيد عبد الله علي حسين، المرجع السابق، ج4، ص1450. وانظر وقوع الشهادة على العلم لا القطع: الماوردي، المصدر السابق، ج7، ص114.

² السرخسي، المصدر السابق، ج13، ص34.

³ المصدر نفسه، ج27، ص176.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

قبل الحديث عن مفهوم الوارث الظاهر سأتكلم أولاً عن الظاهر، ثم بعد ذلك أخرج على تعريف الوارث الظاهر كمصطلح إضافي.

أولاً: مفهوم الظاهر

الظاهر في الجانب اللغوي له معنيان: معنى مادي محسوس، وهو ما يبدو للعيان وما يقع تحت النظر. ومعنى معنوي غير محسوس، أي يبدو على غير حقيقته، فهو على خلاف ما يظهر، إذ أنه وهم أو خدعة¹.

وفي الاصطلاح القانوني: ينطبق على المعنيين السابقين معاً؛ أي إنه يشير إلى مركز قانوني ظاهر لكنه غير حقيقي، فالظاهر في الاصطلاح القانوني هو: "المحسوس المخالف للحقيقة، والذي يوهم الغير بأنه مركز يحميه القانون"، فهو لا يعبر عن مركز قانوني حقيقي، ولكنه يعبر عن مركز قانوني مخالف للأوضاع القانونية الصحيحة، فالشخص الظاهر من الناحية القانونية هو من يباشر سلطة أو يحوز صفة لا تستند إلى القانون، بل إلى الواقع.

وإذا كان هذا الشخص يحوز في الظاهر وفي الواقع الفعلي سلطة ومكانة؛ فإن هذه السلطة الواقعية تمكنه من التصرف بالشيء المتسلط عليه وإبرام التصرفات والعقود مع الغير وفق هذا المنطق، لكن قد تظهر الحقيقة، ويعرف صاحب المركز القانوني الحقيقي، فما مصير هذه التصرفات المبرمة، وهذه العقود المنشئة؟ هل تبطل؟ أو تمضي في مواجهة صاحب المركز القانوني الحقيقي؟

إن إبطالها يؤدي إلى زعزعة استقرار المعاملات، وتزلزل المراكز القانونية، وفي المقابل إن إبقاءها فيه ضرر على صاحب الحق الفعلي أو الحقيقي، لذلك ظهرت في الفكر القانوني نظرية الظاهر أو الأوضاع الظاهرة في محاولة لإيجاد توازن بين المصلحتين المتعارضتين².

ثانياً: مفهوم الوارث الظاهر

مما سبق تبين أن الوارث بوجه عام ينقسم إلى قسمين أحدهما أشمل للآخر، القسم الأول: هو الوارث الشرعي، وهو كل من يدي إلى الميت بواسطة، إما واسطة القرابة، وإما واسطة الزوجية

¹ محسن البيه، المرجع السابق، ص 14.

² محسن البيه، المرجع السابق، ص 14 وما بعدها؛ ماجد راغب الحلو، نظرية الظاهر في القانون الإداري، مجلة الحقوق والشرعية، الكويت، ع1، يناير 1980، مج4، ص 46، 49.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

سواء أورث فعلا أم لا. **القسم الثاني:** هو الوارث الحقيقي، وهو الذي يتصل بالمورث بواسطة القرابة أو الزوجية، ولم يقم به مانع أو حاجب، فهو يرث فعلا. كما تبين أيضا أن الوارث الشرعي أعم من الوارث الحقيقي، فكل وارث حقيقي هو وارث شرعي، وليس كل وارث شرعي هو وارث حقيقي. وبهذا فإن الوارث الشرعي إذا لم يكن وارثا حقيقيا؛ فإنه قد يصبح وارثا ظاهرا، فما المقصود بالوارث الظاهر؟

ورد في تعريف الوارث الظاهر عدة تعريفات منها:

1. **التعريف الأول:** الوارث الظاهر: " هو ذلك الشخص الذي تكون له حيازة التركة ويبدو أمام الكافة باعتباره صاحبها الحقيقي " وهذا التعريف ينسب إلى الفقيه الفرنسي " كرميو " ¹.
2. **التعريف الثاني للفقيه الفرنسي Alex veill** ، حيث يرى أن الوارث الظاهر: " ذلك الشخص الذي يبدو في أعين الناس أنه صاحب الحق في التركة، ثم يتضح غير ذلك لظهور الوارث الحقيقي، أو اكتشاف وصية من المورث تتعلق بأموال التركة " ².
3. **التعريف الثالث:** " الوارث الظاهر هو من يعتقد في نفسه، ويعتقد الناس فيه أنه وارث في حين أنه ليس كذلك، ويحدث ذلك عندما يتسلم هذا الشخص أعيان التركة بوصفه الوارث الحقيقي، ثم يظهر فيما بعد أن استحقاقه غير صحيح لوجود وارث يحجبه حجب حرمان، أو على الأقل يشاركه في التركة " ³.
4. **التعريف الرابع:** " الوارث الظاهر هو من يعتقد أنه الوارث، ويتعامل الناس معه وهم يشاركونه هذا الاعتقاد، مع أنه ليس الوارث الحقيقي " ⁴.
5. **التعريف الخامس:** " الوارث الظاهر هو من يظهر في نظر الناس أنه الوارث الحقيقي، وهو ليس كذلك " ⁵.

¹ محسن البيه، المرجع السابق، ص22.

² المرجع نفسه ، ص22، ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص51.

³ شوفي بناسي، أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، دط، 2009، ص118، 119.

⁴ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري (التأمينات العينية)، دار الهدى، عين مليلة، دط، 2010، ص60.

⁵ سمير عبد تناعو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الإسكندرية، دط، 1986، ص191.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

6. **التعريف السادس** " الوارث الظاهر هو شخص يتوهم من يتعاملون معه، والمحيطون به بناء على الظروف الواقعة الملازمة أنه وارث حقيقي، يتصرف فيما ورثه شرعا من مال مورثه، في حين أنه ليس كذلك، إما لأنه ليس وارثا حقيقيا مطلقا، وإما لأنه وارث فقط لبعض هذا المال"¹.

يظهر من هذه التعاريف أنها تشترك في عدة نقاط وتختلف في أخرى، فمما هو من المشترك سلطة شخص على مال التركة، وظهوره عليها مظهر الوارث الحقيقي، واعتقاد الناس أنه الوارث الحقيقي. ومما هو من المختلف فيه: اعتقاده أنه هو الوارث الحقيقي، وهذا الشرط قد تضمنته بعض التعاريف دون البعض الآخر، والظاهر أنه ليس بشرط في التعريف الصحيح للوارث الظاهر؛ لأن الشخص الذي يظهر بمظهر المالك والوارث الحقيقي في نظر الناس، ويتعامل معه الناس على هذا الاعتقاد، ولكنه في نفسه يعلم أنه غير وارث حقيقي، لعلمه بوجود وارث أولى منه، أو يشاركه، أو لوجود وصية، المهم أنه يعلم كل هذا، فهنا ينطبق عليه وصف الوارث الظاهر رغم علمه بالحقيقة، فإذاً الشخص سواء أكان يعلم (سيء النية)، أو لا يعلم (حسن النية) يعتبر وارثا ظاهرا إن اعتقد الناس ذلك وتعاملوا معه على هذا الأساس، فالمدار على نية الغير، لا على النية الذاتية لمالك التركة².

وبهذا فإن التعاريف السابقة كلها صحيحة تؤدي المقصود، باستثناء عبارة " أنه يعتقد في نفسه أنه وارث حقيقي" فهذه ينبغي أن تحذف من التعاريف التي اشتملت عليها؛ حتى يكون أكثر شمولاً، وأكثر دقة.

الفقرة الثانية: حالات الوارث الظاهر³ : للوارث الظاهر عدة حالات أوردتها كالاتي:

أولاً: ظهور الوارث الحقيقي المفقود حيا بعد الحكم بموته

المفقود - كما سبق بيانه في المطلب السابق- هو شخص انقطعت أخباره ولم تعرف حياته من موته، وهو يعتبر حيا إلى غاية صدور حكم بموته، فحينئذ يعتبر في عداد الأموات، لكنه قد يرجع إلى أهله حيا بعد الحكم بموته. ولمعرفة متى نكون أمام حالة الوارث الظاهر ومتى لا نكون ينبغي التفرقة بين أمرين اثنين:

● **الأمر الأول:** يتعلق بفترة ما قبل صدور الحكم بالموت، وفي هذه الحالة فالمفقود يعتبر حيا استصحابا لحياته، ومن ثم فلا نكون أمام مسألة الوارث الظاهر، ذلك أن الشخص في هذه الحالة

¹ محسن البيه، المرجع السابق، ص23.

² المرجع نفسه، ص23.

³ محسن البيه، المرجع السابق، ص24 وما بعدها.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

يعتبر حيا، وبالتالي فإن نصيبه في الميراث من غيره يوقف إلى غاية تبين أمره إما بالظهور حيا، وإما بصدور حكم وفاته، وهنا تطبق أحكام قانون الأسرة المتعلقة بهذه الجزئية، ولا نكون بصدد تطبيق نظرية الوارث الظاهر¹.

● **الأمر الثاني:** يتعلق بفترة ما بعد صدور الحكم بموت المفقود، فإذا صدر الحكم بالموت فنصيبه الموقوف له يوزع على الورثة الموجودين وقت موت المورث، وهذا الوارث الذي يوزع عليه نصيب المفقود قد يكون مشاركاً له في الميراث، وقد يكون محجوباً به فيصبح وارثاً حقيقياً. في حالة ما إذا تصرف هذا الوارث بعد أن أصبح وارثاً حقيقياً في نصيب هذا الشخص الذي حكم بموته، ثم بعد ذلك رجع المفقود حيا بعد الحكم عليه، فإن هذه الحالة ينطبق عليها مفهوم الوارث الظاهر، فالمتصرف في نصيب المفقود العائد حيا، يكون قد تصرف في هذا النصيب تصرف الوارث الظاهر لا الحقيقي؛ أي من غير ذي صفة.

هنا إذا رجع المفقود حيا فإنه يسترجع أمواله التي يجدها في يد الورثة الظاهرين سواء تعلق الأمر بالمال الذي كان له قبل الحكم ووزع كتركة على أقاربه الورثة، أو تعلق بنصيبه في الإرث من غيره، ففي الحالة الأولى فالموت شرط الإرث، وفي الحالة الثانية يعتبر هو الوارث الحقيقي. ونلاحظ هنا أن المالك الحقيقي (الحالة الأولى) أو الوارث الحقيقي (الحالة الثانية) يسترد أمواله التي بقيت في يد الورثة، ولا يسترد ما انتقل إلى الغير بحسن نية، والمشرع الجزائري في مسألة استرداد الأموال المتبقية قد حسم مسألة ثار بشأنها خلاف في القانون المصري، وهي مسألة استبدال المال بآخر، كاستبدال منزل بمنزل آخر على سبيل المقايضة، أو شراء منزل آخر بثمن المنزل الأول، أو إيداع الثمن في أحد البنوك²، فالمشرع نص على استردادها، وهذا حسب العبارة الأخيرة في نص المادة 115 من ق.أ.ج، والتي جاء فيها: "... وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي من أمواله، أو قيمة ما بيع منها"

ثانياً: استيلاء شخص بغير حق على تركة المورث باعتباره وارثاً: يمكن تصورهما في صورتين:

● **الصورة الأولى:** يحدث أن يستولي وارث محجوب على تركة المورث، وهذا نتيجة الجهل بالوارث الأقرب درجة، ويضرب الفقه هذه الصورة مثالا: لرجل متزوج في بلد آخر وقد رزق هناك طفلا، وأثناء التحري عن ورثته لم يظهر هذا الوارث، وكان لهذا الرجل أخا شقيقا قد

¹ راجع المادة 133 من قانون الأسرة الجزائري.

² راجع هذا الخلاف الموجود في القانون المصري في: محسن البيه، المرجع السابق، ص 27، 28.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

استولى على التركة، فالأخ الشقيق يعتبر وارثا ظاهرا في مقابل هذا الطفل الذي لو ظهر لكان هو الوارث الحقيقي، ولا يعتبر هنا الوارث الحقيقي مفقودا، بل يعتبر مجهولا.

● **الصورة الثانية:** تتعلق بشخص يرث جزءا من التركة أو كل التركة، ثم يتضح فيما بعد أنه ممنوع من الإرث؛ لأنه ثبت أن هذا الشخص هو من قتل المورث، وبالتالي لا يستحق الميراث. ففي هاتين الصورتين فالشخص المستولي على التركة من لحظة استيلائه إلى غاية ظهور الحقيقة، إذا قام بالتصرف فيها؛ فإنه يعتبر وارثا ظاهرا.

ثالثا: ظهور دائن يستغرق التركة أو جزءا منها

ذهب رأي في الفقه الإسلامي إلى أن ذمة المتوفي لا تنهدم حتى تقضى عنه ديونه، وتبقى التركة على حكم ملكه¹، ووفق هذا الاتجاه فالوارث لا يملك التركة، وبناء على هذا ذهب بعض الفقه إلى أن التركة إذا كانت مستغرقة كلياً أو جزئياً بالديون؛ فإن الوارث إذا تصرف في هذه التركة إلى أشخاص ذوي نية حسنة كان تصرفه هذا تصرف الوارث الظاهر.

هذه هي مجمل حالات الوارث الظاهر، وإن كان ثمة حالة اعتبرها الفقه والقضاء الفرنسي من حالات الوارث الظاهر، وهي حالة الموصى له بوصية باطلة أو مزورة أو تم الرجوع فيها، حيث يعتبر الموصى له المتصرف في هذه الوصية وارثا ظاهرا، لكن في الفقه العربي من الصعب التسليم بأن الموصى له وارث ظاهر، على الرغم من أنه يعتبر خلفا عاما، لهذا السبب لم أورد هذه الحالة.

البند الثاني: حكم التصرف ورصد العلاقة الناشئة

الفقرة الأولى: حكم التصرف

لم يرد في القانون الجزائري نصوص تنظم نظرية الأوضاع الظاهرة بصفة عامة، والوارث الظاهر بصفة خاصة، لكن وردت بعض النصوص تقارب هذا الموضوع (م 76 ق.م في النيابة الظاهرة، الوفاء للدائن الظاهر م 268 ق.م)، حيث يمكن القياس عليها والاستهداء بها في هذا الجانب، وهو ما دعي بالبعض إلى مراعاة حسن النية في مسألة الوارث الظاهر عملا بهاتين المادتين².

¹ قد سبق الحديث عن الذمة في التركة المدينة بتفصيل في الباب الأول من هذا البحث.

² هذا ما ذهب إليه الدكتور محمد صبري السعدي. راجع مؤلفه: الواضح في شرح القانون المدني (التأمينات العينية)، المرجع السابق، ص 61.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

هذا وقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى الأخذ بنظرية الوارث الظاهر، لكن لا بد من توفر أربعة شروط وهي:

الشرط الأول: أن يكون التصرف معاوضة.

الشرط الثاني: أن يكون الغير حسن النية.

الشرط الثالث: أن يكون ظهور الوارث الظاهر نتيجة لخطأ الوارث الحقيقي سلباً أو إيجاباً.

الشرط الرابع: أن تكون الشواهد المحيطة بمركز الوارث الظاهر قد ولدت الاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهر للحقيقة¹.

ولبيان مدى تطبيق نظرية الوارث الظاهر، وعلاقة ذلك بالضمان المنصوص عليه في بيع التركة، سأتناول حكم التصرف في المنقول، ثم حكمه في العقار.

أولاً: التصرف المنقول

الوارث الظاهر إذا قام ببيع الحصة الميراثية إنما يبيعها كمجموع من المال، دون النظر إلى مال بعينه، وهذا الذي يميز بيع التركة، لكن هذا المجموع من حيث الإجراءات المتطلبة ينظر إليه كعناصر متفرقة، وهنا إذا كان المجموع يحتوي على منقولات، فإن للحيازة في هذا البيع دورها في تحديد أثر التصرف، وهنا نميز بين حالتين:

● **الحالة الأولى:** إذا كان المتصرف إليه (المشتري) قد حاز المنقولات المشتمل عليها هذا المجموع، وكان حسن النية، فإذا ظهر الوارث الحقيقي، لم يكن له أن يسترد هذه المنقولات من يد المشتري، إذا كان قد حازها وتوفرت شروط الحيازة المعروفة، حيث إن المشتري حسن النية، والذي لا يعلم أن هناك وارثاً حقيقياً؛ فإنه يكتسب هذه المنقولات بناء على قاعدة الحيازة سند الملكية في المنقول، وحينئذ لا حاجة لتطبيق نظرية الوارث الظاهر، ذلك أن الفقه والقضاء الفرنسي - باعتباره الأكثر تشريعاً لهذه النظرية - يرى أن لهذه النظرية الصفة الاحتياطية، حيث لا يلجأ إليها إذا وجد مسوغ وأساس آخر يوصل إلى النتيجة نفسها، هذا ورغم أن القاعدة المطبقة هنا هي قاعدة الحيازة، إلا أن بعض الفقه يذهب إلى أن هذه القاعدة تجد لها في نظرية الوارث أساساً وتبريراً، ذلك أن المركز يجعل من الحيازة والملكية الحقيقية شيئاً واحداً، ويصعب التمييز بينهما، وهو ما يولد لدى مكتسب الحق الاعتقاد بأن اكتساب هذا الحق إنما كان من المالك

¹ محسن البيه، المرجع السابق، ص 37.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

الحقيقي، ونتيجة لهذا المعتقد المشروع تدخل القانون حماية لهذا المكتسب الذي كان ضحية هذا المركز الظاهر¹.

● **الحالة الثانية:** إذا كان المشتري من الوارث الظاهر لم يحز المنقولات التي اشتمل عليها هذا المجموع، وقد ظهر الوارث أو المالك الحقيقي، فهنا هل يمكنه المطالبة بالملكية طبقاً لنظرية الوارث الظاهر، خصوصاً وأنه لا يعلم حقيقة الوارث الظاهر، ولا يعلم أنه يوجد وارث حقيقي؟

يذهب الفقه إلى أنه من الصعب تطبيق نظرية الوارث الظاهر على هذه الحالة، ذلك أن المشتري طالما أنه لم يحز الشيء المبيع (المنقولات)، فإنه كان معرضاً طبقاً لقاعدة الحيازة لخطر الاكتساب من أي شخص آخر، وما دام أن الوارث الحقيقي قد رجع، فحفظ مصلحته ورعايتها ليست أقل شأنًا وقيمة من مصلحة المشتري²، ولهذا فإن للوارث الحقيقي أو المالك أن يسترجع أمواله التي يجدها بيد الوارث الظاهر، أما المشتري فيمكنه في هذه الحالة الرجوع على الوارث الظاهر بالضمان لا على أساس الالتزام بضمان الاستحقاق، ولكن على أساس التزام الوارث البائع بضمان صفة الوارث، إذ هي من الالتزامات المتولدة عن بيع التركة، وما دام قد أحل بها فهو ضامن سواء أكان حسن النية أو سيئها، اللهم إلا إذا كان البيع قد تم تحت شرط تخفيف الضمان، كأن اشترط عليه البائع الوارث أن لا يضمن له حتى صفة الوارث، ففي هذه الحالة لا يستطيع المشتري الرجوع على البائع إلا برد الثمن الذي أخذه، إذا تبين أنه غير وارث حقيقي، ولم يكن حينها قد تسلم المنقولات فاسترجعها الوارث الحقيقي؛ لأن المشتري في هذه الحالة قد رضي بهذا البيع الاحتمالي فيتحمل مسؤولية ذلك، وإن اشترط عليه عدم رد الثمن لم يردده عليه، ومع ذلك إذا أثبت أن هذا الوارث البائع كان سيئ النية؛ أي يعلم وقت البيع أنه ليس بوارث، فهنا تقوم مسؤوليته ولو اشترط عليه عدم الضمان، حيث وجب عليه رد الثمن مع التعويض³.

كما يحق للمشتري الرجوع على الوارث البائع في هذه الحالة بدعوى استحقاق، وهذا إذا كان قد اشترط ذلك صراحة أو ضمناً في العقد⁴.

ثانياً: التصرف في العقار

¹ محسن البيه، المرجع السابق، ص 133 وما بعدها.

² المرجع نفسه، ص 133 وما بعدها.

³ السنهوري، الوسيط (ط3)، المرجع السابق، ج4، هامش (3)، ص 249.

⁴ المرجع نفسه، ج4، ص 249.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

إن المشرع قد تطلب في نقل الملكية في العقار توفر بعض الإجراءات اللازمة لذلك، وحتى في بيع التركة إذا كان مجموعاً من المال وحوى عقاراً؛ فإن هذا العقار لا تنتقل ملكيته إلى المشتري؛ حتى يقوم بالإجراءات التي يتطلبها القانون (الرسمية والشهر)، والمشرع الجزائي في نظام الشهر قد تطلب وجود الشهر المسبق قبل شهر أي تصرف لاحق، وإلا فلن يشهر هذا التصرف، ولهذا ففي بيع التركة لا بد من شهر حق الإرث؛ حتى يتسنى للمتصرف إليه أو المشتري شهر حقه لينتقل إليه الحق العيني، ويكون بذلك نافذاً في حق الغير، ومنه الوارث الحقيقي، الذي يعتبر من طبقة الغير بالنسبة للعقد المبرم بين الوارث الظاهر والمشتري¹.

ونلاحظ أن هذه الإجراءات التي تطلبها المشرع في التصرفات الواردة على العقار من شأنها أن تضيق من نطاق تطبيق نظرية الوارث الظاهر؛ إذ من السهل التحقق من ملكية الوارث، وبالتالي لا يبقى المجال للقول بأن المتعاقد مع هذا الوارث أنه حسن النية.

ومع ذلك فإن هامش الخطأ وارد، فقد تشهر الحقوق بطريقة قانونية صحيحة، ثم بعد ذلك يظهر الوارث الظاهر المحجوب، أو إذا كان ممنوعاً من الميراث بأن قتل أو تسبب في قتل المورث، ثم اكتشفت الحقيقة، ففي هذه الحالات يمكن أن يكون المشتري من الوارث الظاهر حسن النية². وهنا هل نطبق نظرية الوارث الظاهر ونراعي المشتري حسن النية، أم نطبق حكم بيع ملك الغير ونراعي مصلحة الوارث الحقيقي؟

ذهب غالبية الفقه الفرنسي إلى تطبيق نظرية الوارث الظاهر، متى كان الغير حسن النية، ويحتج بهذا التصرف في مواجهة الوارث الحقيقي، مع إضافة شرط آخر وهو وجود غلط شائع ولد هذا الاعتقاد، ولا يمكن تفاديه، وهذا الرأي قد مال إليه أيضاً القضاء الفرنسي؛ حماية لاستقرار المعاملات القائمة على الثقة وحسن النية، ولذلك فإن المشتري من الوارث الظاهر لا يتأثر بدعوى المطالبة بالوراثة ولا بدعوى الاستحقاق التي يباشرها الوارث الحقيقي³.

أما في القانون المصري فالأجاء الغالب في الفقه يرى تطبيق نظرية الوارث الظاهر، وبالتالي نفاذ حق الغير حسن النية في مواجهة الوارث الحقيقي، وهذا استناداً لقواعد العدالة واستقرار المعاملات ومبدأ الثقة والائتمان بين الناس.

¹ راجع في قاعدة الشهر المسبق وكذا حق الإرث في: حشود نسيم، المرجع السابق، ص 135، 136، 140.

² محسن البيه، المرجع السابق، ص 137، 138.

³ محسن البيه، المرجع السابق، ص 141، 142.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

وهو الرأي الذي أخذ به القضاء المصري، وهذا ما يظهر من الحكم الصادر عن الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض المصرية في 16/02/1986، حيث جاء فيه: " نفاذ التصرف المبرم بعوض بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية، في مواجهة صاحب الحق، متى كان هذا الأخير قد أسهم بخطئه - سلبا أو إيجابا- في ظهور المتصرف على الحق. بمظهر صاحبه مما يدفع الغير حسن النية إلى التعاقد معه لهذا المركز، والتي من شأنها أن تولد الاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهر للحقيقة"¹.

أما في القانون الجزائري فلا أكاد أعثر على نص أو حكم قضائي - في حدود الاطلاع- يسمح بمعرفة موقف المشرع الجزائري من نظرية الوارث الظاهر، اللهم إلا ما ورد من أحكام تتعلق بالمفقود في قانون الأسرة، ولهذا فعلا بقواعد العدالة وترجيحا لمبدأ استقرار المعاملات وتشجيعا لمبدأ الثقة والائتمان بين الناس؛ فإني أميل إلى تطبيق نظرية الوارث الظاهر والأخذ بأحكامها في القانون الجزائري، إذا كان الغير المتصرف إليه حسن النية، وبالتالي فإن المشتري للعقار في بيع التركة يكون حقه نافذا في مواجهة الوارث الحقيقي، والمالك الحقيقي إذا كان حسن النية². وهذا الرأي هو الذي يتوافق مع القواعد المطبقة على المفقود الذي رجع حيا، باعتباره أحد الحالات التي ينشأ عنها الوارث الظاهر.

أما الفقه الإسلامي فإن المسألة المبحوثة أراها مفصلة في المذهب المالكي دون غيره من المذاهب؛ لذلك سأورد الأحكام المتعلقة بها في هذا المذهب.

جاء في الشرح الكبير للدردير: "... طرو غريم أو وارث أو موصى له على مثله، أو موصى بجزء على الوارث..."³ وهذه هي الحالات التي يبرز فيها الوارث الظاهر.

ثم بعد ذلك يذكر حكم تصرف الوارث الظاهر في التركة بالبيع، حيث يقول: " كيبيعهم التركة (بلا غبن) بل بثمن المثل؛ فإنه يمضي ولا ينقض، ولا مقام للغريم الطارئ، فإن باعوا بغبن ضمن البائع ما حابى فيه، ولا يرجع الغريم به على المشتري الراجح، فلا مفهوم لقوله (بلا غبن)، إذ يبيعهم ماض مطلقا، إذا فات المبيع أو لم يفت، ودفعوا للغريم ما حابوا به، وإلا فلهم نقضه "⁴.

¹ المرجع نفسه، ص145، 146.

² وهو الرأي الذي ذهب إليه الدكتور محمد صري السعدي، المرجع السابق، ص61.

³ الدردير، الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، دط، دت، ج3، ص515.

⁴ المصدر نفسه، ج3، ص515.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

وهذا النص فيه بعض الإطلاق، لكن صاحب الحاشية أورد عليه بعض التقييد، حيث يقول: " (قوله كبيعهم الخ) يعني إذا باع الوارث التركة بلا محاباة، بل بثمن المثل فإن بيعهم يكون ماضياً، فإذا طرأ الغريم بعد بيعهم فليس له نقضه، وسواء أكان البيع بعد القسم أو قبله، وكذا يمضي ما اشتراه الوارث من التركة وحوسبوا به في ميراثه، وظاهره مضي البيع، ولو كانت السلعة قائمة بيد المشتري، ولو كان الوارث معدمين بالثمن، وهو كذلك إذ لا مطالبة على المشتري، ومحل مضي البيع حيث لم يعلم الوارث بالدين حين البيع، أما لو علموا به فباعوا فللغرماء نقض البيع وانتزاع المبيع ممن هو بيده... (قوله مطلقاً) أي ولو بمحاباة، وقوله إذا فات الخ قيد في مضيته إذا كان بمحاباة، وقوله وإلا فلهم أي الغرماء نقضه قياساً على الوكيل يبيع بمحاباة فإنه ماض إذا فات، ويغرم المحاباة وللموكل رده إذا كان المبيع قائماً ولم يدفع للموكل ما حاجي به، وما اقتضاه كلامه من أن البيع إذا كان بمحاباة للغرماء رده مع القيام ويمضي مع الفوات فيه نظر كما قال بن¹، بل البيع ماض مطلقاً ولو مع القيام؛ لأن المحاباة التي وقع البيع بها كالهبة من الوارث، وهبته لا ترد، واختلف هل يضمن الواهب في هذه المسألة، فقال ابن حبيب² يضمن فيدفع للغريم، وذهب أشهب³ وسحنون إلى أنه لا يضمن ويرجع الغريم على الموهوب له بالمحاباة، وعلى كل حال لا ينقض البيع... وما تقدم من قياس الوارث البائع بمحاباة على الوكيل بالمحاباة، فهو قياس مع الفارق، فإن الوارث باعوا ما هو في ملكهم في اعتقادهم بخلاف الوكيل " ⁴.

يظهر من هذا النص أن الوارث الظاهر (البائع) إذا كان حسن النية فالبيع نافذ في حق الوارث الحقيقي أو المالك الحقيقي ولا ينقض، أما إذا كان سيء النية فنقض البيع، وكان للوارث الحقيقي أو المالك الحقيقي استرداد المبيع.

¹ يقصد به محمد البناي.

² ابن حبيب: هو عبد الملك بن حبيب بن سليمان السلمي، من كبار علماء المالكية بالأندلس، سمع من ابن الماجشون، ومطرف وإبراهيم بن المنذر، وعبد الله بن المبارك وأصبغ وغيرهم، له مؤلفات حجة منها: الواضحة في السنن والفقه، فضائل الصحابة وغيرهم. توفي سنة 238 هـ وقيل 239 هـ، وكان له من العمر 55 وقيل 53 سنة. ينظر. القاضي عياض، ترتيب المدارك، تحقيق عبد القادر الصحراوي، مطبعة الفضالة، المغرب ط1، 1970، ج4، ص 122 وما بعدها.

³ أشهب: هو أشهب بن عبد العزيز، اسمه مسكين، وأشهب لقب، روى عن مالك والليث، والفضيل بن عياض، له كتاب اختلاف في القسامة، وكتاب في فضائل عمر بن عبد العزيز، كان مولده سنة 140 هـ، توفي بمصر سنة 204 هـ. ينظر. القاضي عياض، المصدر السابق، ج3، ص262 وما بعدها.

⁴ الدسوقي، المصدر السابق، ج3، ص515.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

وإذا كان البيع فيه غبن (محاباة) فليل إن وجد المبيع قائما في يد المشتري كان للوارث الحقيقي استرداده، وهذا إذا لم يتم الوارث الظاهر بدفع ما حابى به ¹ ، فإن دفعها فالبيع نافذ، ولكن الراجح أن البيع حتى مع المحاباة لا ينقض؛ لأن قياس هذه المسألة على مسألة الوكيل قياس مع الفارق؛ إذ الوارث الظاهر قد باع ما في ملكه حسب اعتقاده.

وبهذا نجد أن الفقه الإسلامي بخلاف النظر القانوني في الأخذ بنظرية الوارث الظاهر، حيث إن القانون ينظر إلى المشتري من حيث حسن أو سوء النية، أما الفقه الإسلامي فينظر من حيث حسن أو سوء النية إلى البائع؛ أي الوارث الظاهر.

ولكن الأحكام المقررة في هذه النصوص فهي لا تعم كل الحالات؛ بل تخص حالة الغريم أو الدائن الطارئ، أما حالة ظهور وارث آخر سواء أكان سيشارك هذا الوارث الظاهر أم يحجبه فنظرية الوارث الظاهر لا مجال لتطبيقها، وهذا ما يظهر من نصوص أخرى، حيث إن الوارث الحقيقي له أن يسترد حصته المبيعة من يد المشتري، بل إن الوارث الظاهر قد تطبق عليه أحكام الغصب في حالة ما إذا كان سيء النية أي يعلم وجود هذا الوارث ولكنه أخفى الحقيقة.

ويتضح من هذه النصوص أن حسن أو سوء النية إنما تظهر بالنسبة للثمار أو للنتاج، لا إلى العين في حد ذاتها، وهذا سواء بالنسبة للوارث الظاهر أو المشتري، فإذا كان الوارث الظاهر حسن النية وظهر الوارث الحقيقي، وكان يشاركه، فإنه يضمن له حصته في الغلة أو الثمار، إلا ما كان فيه استغلالا لنفسه كالسكن وغيرها، وإن كان يحجبه فإنه يضمن له كل الثمار، حتى التي كان فيها استغلالا لنفسه (أي يضمن له أجرهما). أما إذا كان سيء النية فإنه يضمن له أيضا كل النجاج والثمار حتى التي استغلها لنفسه، ولكنه يعتبر في حكم المعتصب، ويرد ما نتج من يوم اغتصابه². أما المشتري فإن كان حسن النية أي لا يعلم أن البائع وارث ظاهر فلا يرد النجاج أو الثمار، وإن كان سيء النية فإنه يرد كل الثمار³.

الفقرة الثانية: رصد العلاقة الناشئة

¹ هذا البيع قد تم بشمن بخس غير حقيقي، فكأنه هبة، حيث يقع على عاتق الوارث الظاهر سداد الفرق بين قيمة ما دفع والسعر الحقيقي أو ثمن المثل.

² الدسوقي، المصدر السابق، ج3، ص465، 266؛ سيد عبد الله علي حسين، المرجع السابق، ج4، ص1450، 1451.

³ الدردير، الشرح الكبير، المصدر السابق، ج3، ص464؛ الدسوقي، المصدر السابق، ج3، ص464.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

يمكن في بيع التركة من قبل الوارث الظاهر إلى المشتري الأجنبي، رصد ثلاث علاقات ناشئة: الأولى بين الوارث الظاهر والمشتري الأجنبي، والثانية بين الوارث الظاهر والوارث الحقيقي، والثالثة بين الوارث الحقيقي والمشتري.

أولاً: العلاقة الناشئة بين الوارث الظاهر و المشتري الأجنبي

هذه العلاقة يحكمها وينظمها العقد المبرم بينهما، إذ هما طرفا هذا العقد المبرم، وبالتالي فهذه العلاقة تخضع للقواعد العامة في نظرية العقد، وإذا كانت أحكام هذه النظرية العامة تقضي بقابلية هذا العقد للبطلان، لكون الوارث الظاهر قد تصرف في ملك الغير، فإن لحسن نية المشتري دورها في إحياء وبعث هذا العقد إذا تمسك به المشتري، حيث سيصبح الحق المتصرف فيه نافذاً في حق الوارث الحقيقي، وفي هذه الحالة يقع تنفيذ الالتزام على عاتق الوارث الظاهر وحده حسب الراجح في الفقه¹، إذ يصبح العقد وفق هذه النظرية صحيحاً نافذاً، وتترتب عليه كل الالتزامات.²

أما إذا لم يتمسك بالبيع فإن له المطالبة بإبطاله إما على أساس بيع ملك الغير، سواء أكان حسن النية أو سيئها؛ أي سواء أكان يعلم أن الشخص الذي تعاقد معه هو مجرد وارث ظاهر أم كان لا يعلم، فالمشرع قد أعطى للمشتري في حالة بيع ملك الغير حق إبطال البيع سواء أكان حسن النية أو سيء النية فالأمر سيان، إلا ما تعلق بالتعويض³، أو له أن يطلب إبطال العقد على أساس الغلط، ذلك أن المشتري قد وقع في غلط في صفة جوهرية تتعلق بالشخص الذي تعاقد معه، حيث اعتقد أن البائع هو وارث حقيقي، وهو مالك للحصة التي باعه إياها، لكنه ظهر أنه مجرد وارث ظاهر، وهنا سنلجأ لنظرية الغلط المقررة في القواعد العامة، ولكن لتطبيق أحكام

¹ ذهب رأي في الفقه إلى أنه يمكن أن يحل التزام الوارث الحقيقي محل التزام الوارث الظاهر، إذ ظهرت الحقيقة والتزم بذلك الوارث الحقيقي، ولكن هذا الرأي سيؤدي إلى إخراج نظرية الوارث الظاهر عن إطارها الذي وجدت لأجله، فيكفيها تصحيح العقد الذي كان قابلاً للإبطال، ويكفيها تحقيق الاستقرار في المعاملات، أما القول بإحلال التزام مكان التزام، فهذا يخرج هذه النظرية عن الغرض الذي وجدت لأجله، كما أن الوارث الحقيقي يكفي أنه قد نزع منه حقه، وليس من العدل تحميله بالتزامات هو أجنبي عنها. ينظر: محسن البيه، المرجع السابق، ص 151، 152.

² المرجع نفسه، ص 153 وما بعدها.

³ راجع نص المادة 397 ق.م.ج، والمادة 399 ق.م.ج، وهذه الأخيرة تعطي للمشتري إذا كان حسن النية حق المطالبة بالتعويض بعد إبطال البيع، حتى ولو كان البائع حسن النية.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

الغلط في هذه الحالة لا بد أن يكون المشتري حسن النية¹، أي لم يكن يعلم، وليس باستطاعته معرفة الصفة الحقيقية للطرف الآخر².

ثانياً: العلاقة الناشئة بين الوارث الظاهر والوارث الحقيقي³

الأصل أن الوارث الحقيقي أجنبي تماماً عن العقد المبرم بين الوارث الظاهر والمشتري، لكنه يتأثر بهذا العقد، ومن الطبيعي أن تكون العلاقة هي علاقة استرجاع الوارث الحقيقي لأمواله وأمواله، وهذا هو الحل الذي يطلبه الوارث الحقيقي ويضمن له جبر الضرر على أكمل وجه، لكن هذا الحل قد لا يكون متاحاً في جميع الأحوال، إذ قد يصطدم بحسن نية المشتري فيكون البيع نافذاً في حقه طبقاً لنظرية الوارث الظاهر، ولا يستطيع حينها استرداد أمواله، فما يبقى له إلا الرجوع بالتعويض على الوارث الظاهر، ولتحقيق هذا الأثر لا بد من التمييز بين حالتين: حالة الوارث الظاهر حسن النية، وحالة الوارث الظاهر سيء النية، ولكل حالة قواعدها، وبيان ذلك كالآتي:

● **الحالة الأولى:** إذا كان الوارث الظاهر حسن النية، أي أنه يعتقد اعتقاداً جازماً أنه أحق بهذه التركة وأنه وارث حقيقي، فقام بالتصرف في هذه التركة بناء على هذا الاعتقاد، ثم ظهر الوارث الحقيقي، وهذا كما في حالة المفقود الذي حكم بموته، وقسم نصيبه في التركة ثم ظهر حياً، ففي هذه الحالة فإنه يسترد ما بقي قائماً إما عيناً وإما قيمة ما بيع منه طبقاً لنظرية الحلول، حسب نص المادة 115 من ق.أ.ج.

ولا يلتزم برد ما استهلك نظراً لحسن نيته. وإذا كان الوارث الظاهر حسن النية، واعتقد أنه هو الوارث الوحيد، ثم ظهر وارث آخر إما يشاركه في الميراث، وإما يحجبه، وهذا بعد أن تصرف في التركة، فهذه الحالة لا أجد لها نصاً في القانون الجزائي، فهل نطبق عليها قواعد الإثراء بلا سبب المنصوص عليها في القانون المدني أم نطبق عليها قواعد المفقود، أو نرجع إلى أحكام الفقه الإسلامي، الظاهر أن قواعد الإثراء بلا سبب تستبعد؛ لأن هذه المسألة من صميم مسائل الميراث التي يحكمها قانون الأسرة وبالتالي تطبق قواعد الفقه الإسلامي، وقواعد هذا الفقه تقضي بالزام الوارث الظاهر بالتعويض رغم أن هذه الحالة طارئة لم تكن في الحسبان، ولا يوجد خطأ من

¹ راجع نص المادة 82 ق.م.ج.

² محسن البيه، المرجع السابق، ص152، 153.

³ المرجع نفسه، ص153 وما بعدها.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

قبله¹، لذلك أرى أن تطبق قواعد المفقود المنصوص عليها في المادة 115 فهي أقرب إلى العدل، وأشبه حالاً بهذا الطارئ، فالمفقود كان غائباً ثم رجع حياً، وهذا الطارئ كان مجهولاً ثم ظهر إلى الوجود، ولهذا فإن الوارث الظاهر يلتزم اتجاه الوارث الحقيقي بإرجاع ما كان في يده قائماً، وكذا قيمة ما يبيع منها.

● **الحالة الثانية:** إذا كان الوارث الظاهر سيء النية بأن كان مثلاً يعلم أن الوارث الحقيقي المفقود لا يزال حياً، ثم أخفى الحقيقة للوصول إلى التركة، أو أنه أخذ كل التركة وكان يعلم بوجود وارث آخر يشاركه فيها أو يحجبه عن الميراث، أو أن يكون قد قتل المورث عمداً وأخفى الحقيقة طمعاً في الحصول على التركة، فإذا اكتشفت الحقيقة، وظهر الوارث الحقيقي بعد قسمة التركة، وبعد أن تصرف فيها الوارث الظاهر، فهنا إذا قلنا إن البيع ينفذ في مواجهة الوارث الحقيقي بناء على توفر شروط نظرية الوارث الظاهر فإن هذا الوارث يكون بتصرفه قد ألحق بالوارث الحقيقي ضرراً بليغاً؛ لذلك تقوم مسؤوليته التقصيرية بناء على هذا الخطأ العمدي، ويلتزم اتجاهه بتعويضه عن كل ما لحقه من ضرر وخسارة وضياع كسب وثمار؛ أي أنه تطبق عليه قواعد المسؤولية التقصيرية².

أما في الفقه الإسلامي فإن الوارث الظاهر إذا كان سيء النية؛ فإنه يعتبر في حكم المعتصب إما لكل أو لبعض أعيان التركة، وبالتالي يسلم ما تحت يده من نصيب الوارث بالإضافة إلى الثمار والنتاج، وهذا من يوم اغتصابه لأعيان التركة³.

ثالثاً: العلاقة الناشئة بين الوارث الحقيقي والمشتري

الأصل أن لا علاقة بين الوارث الحقيقي والمشتري، فالوارث الحقيقي أجنبي عن العقد، وليس طرفاً فيه، والمشتري لم يبرم اتفاقه مع الوارث الحقيقي، لكن الاتفاق أو العقد الناشئ بين الوارث الظاهر والمشتري محله حق ثابت قانوناً للوارث الحقيقي، وبالتالي فإنه يتأثر بهذه العلاقة، ويحدث

¹ جاء في حاشية الدسوقي: "أن الوارث إذا استغل، ثم طرأ وارث مثله فإنه يضمن حصة الطارئ في تلك الغلة، وهذا إذا كانت الغلة ناشئة عن كراء، لا إن كانت انتفاعاً بنفسه..." وهذا إذا كان يشاركه ولا يعلم، أما إن كان يعلم فيرد له كل الغلة بما فيها ما استغله لنفسه، حيث يقول صاحب الحاشية: "وأما لو انتفع بنفسه مع علمه بالوارث الطارئ فإنه يبرم له حصته من الغلة". وإن كان يحجبه فإنه أيضاً يبرم له كل النتائج، يقول صاحب الحاشية: "(وأن لا يكون طارئ يحجب المطرور عليه) أي، وإلا رجع عليه بجميع ما اغتله". راجع الدسوقي، المصدر السابق، ج3، ص465، 466.

² راجع نصوص المواد 124، 131، 182 من القانون المدني الجزائري.

³ سيد عبد الله علي حسين، المرجع السابق، ج4، ص1451.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

بناء عليها تنازع ما بين مكتسب لحق ناشئ عن علاقة عقدية، وما بين حق ثابت ابتداء ناشئ عن الإرث الشرعي، ولكن إعمال نظرية الوارث الظاهر يؤدي إلى التضحية بحق الوارث الحقيقي في مقابل مكتسب الحق حسن النية، ولكن هذه التضحية، أو فقد الوارث الحقيقي لحقه ليس ناتجا كأثر لهذا العقد باعتباره عملا إراديا، ولكن باعتباره عملا ماديا أو واقعة مادية أنتجت هذا الأثر، الذي أدى لهذا الفقد، ومن هنا أمكن القول بأنه لا توجد علاقة بين الوارث الحقيقي والمشتري، فكل الالتزامات التي ولدها العقد بين الوارث الظاهر والمشتري تبقى بعيدة كل البعد عن الوارث الحقيقي¹. اللهم إلا إذا كان المشتري سيء النية، فهنا لا مجال لإعمال نظرية الوارث الظاهر، ومن ثم يجد نفسه في مواجهة الوارث الحقيقي الذي يسترد منه الحصة المبيعة.

أما في الفقه الإسلامي فقد اتضح سابقا أن نظرية الوارث الظاهر لا تطبق في جميع الأحوال، حيث تبين أنها تطبق في حالة ظهور الدائن الطارئ، وأيضا في حالة المفقود، أما في الحالات الأخرى فقد تبين أنها لا تطبق، وبالتالي فالوارث الحقيقي له حق استرداد الحصة المبيعة من يد المشتري، كما له أيضا استرداد الناتج والثمار إذا كان هذا المشتري سيء النية².

خلاصة الفصل

كخلاصة لما تم ذكره في هذا الفصل فإن بيع الوارث حصته الإرثية كمجموع من المال لأجنبي غير وارث، قد ورد الحديث عنها في القانون الجزائري فقط، وهي مأخوذة من القانون الفرنسي، حيث يتميز هذا البيع عن غيره من البيوع، بكونه عقدا احتماليا؛ أي إن البائع الوارث لا يضمن

¹ محسن البيه، المرجع السابق، ص158 وما بعدها.

² راجع هذا المعنى قياسا على ما ورد في حاشية الدسوقي، المصدر السابق، ج3، ص464.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

للمشتري الأجنبي يسار التركة، ولا دخول مال معين في الحصة المبيعة، وعلى هذا الأساس فهو لا يضمن له إلا ثبوت صفته الإرثية، ويترتب عن هذا أن البائع الوارث لا يضمن للمشتري إلا أعماله الشخصية، أما ما يعرف بضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية فلا يضمن منها شيء، إلا إذا تم الاتفاق على الضمان.

كما يتميز هذا البيع بأن الملكية فيه تنتقل كمجموع من المال بمجرد العقد، وعلى هذا يكتسب المشتري بمجرد العقد صفة الخلف الخاص، بيد أن نقل كل جزء من جزئيات الحصة الإرثية المشتراة، إذا كان يتطلب إجراء معيناً فلا بد من اتخاذه، وإلا ما انتقلت الملكية في هذا الجزء المعني، ذلك أن المشتري كما هو مشتر للحصة كمجموع، فهو مشتر لكل جزء منها على حده؛ لذلك لا بد من اتخاذ هذه الإجراءات لنقل ملكيتها.

أما في القانون المغربي والتونسي فهذه الصورة تخضع للقواعد المقررة في عقد البيع، مثلها مثل سائر البيوع، ولا يوجد في هذين التشريعين ما يميز هذه الصورة، لذلك لم يرد الحديث عنها في هذين القانونين.

أما في الفقه الإسلامي فهو الآخر يخضع هذه الصورة للأحكام المقررة في عقد البيع، ويجري عليها مثل ما يجري على سائر البيوع.

وقد تبين أثناء البحث أن هذه الصورة كما هي منصوص عليها في التشريع الجزائري لا تجوز في الفقه الإسلامي؛ نظراً لما تعلق بها من الغرر والجهالة الفاحشة الموجبة لبطلان هذا العقد.

الفصل الثاني: بيع الوارث حصته في التركة

آخر

لوارث

(التخارج)

تبين في الفصل السابق أن بيع التركة كمجموع من المال قد يكون لأجنبي غير وارث، وهذه هي الصورة الأولى التي تناولتها في الفصل الأول، وقد يكون لوارث آخر، وهو ما يعرف في الفقه الإسلامي بالتخارج، وهذه هي الصورة الثانية لبيع التركة بمعناه الخاص، وهي موضوع هذا الفصل، حيث سأقسمه إلى مبحثين اثنين، أتناول في المبحث الأول مفهوم وطبيعة التخارج، وفي المبحث الثاني أتناول أثر الالتزامات التعاقدية المتولدة.

المبحث الأول: مفهوم وطبيعة التخارج

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

حتى يتسنى الحديث عن الالتزامات الناتجة عن هذه الصورة لا بد أولاً من بيان المفهوم والطبيعة. لهذا سأقسم هذا المبحث إلى مطلبين اثنين: المطلب الأول أتناول فيه مفهوم التخارج، والمطلب الثاني أتناول فيه طبيعة التخارج.

المطلب الأول: مفهوم التخارج

نتناول في هذا المطلب تعريف التخارج من حيث اللغة والاصطلاح، وبيان المصطلحات ذات الصلة (الفرع الأول)، وفي الفرع الثاني أبين شروط التخارج.

الفرع الأول: تعريف التخارج والمصطلحات ذات الصلة

البند الأول: تعريف التخارج

الفقرة الأولى: التعريف اللغوي¹

التخارج في اللغة تفاعل من الخروج، يقال تخارج القوم إذا أخرج كل منهم نفقة على قدر نفقة صاحبه. والتخارج والمخارجة: التناهد والمناهدة بالأصابع وهو أن يخرج هذا من أصابعه ما شاء، والآخر مثل ذلك.

وتخارج الشركاء: خرج كل واحد من شركته عن ملكه إلى صاحبه بالبيع.

والتخارج: أن يأخذ بعض الشركاء الدار، وبعضهم الأرض.

وفي حديث ابن عباس أنه قال: " يتخارج الشريكان وأهل الميراث"².

ويتضح من التعريف اللغوي للتخارج أنه ينحو نحو القسمة أو البيع، ويرد في التركة والميراث، وهذا المعنى المتداول لغوياً لا يبعد عن المعنى الاصطلاحي، كما سيأتي:

الفقرة الثانية: المعنى الاصطلاحي

¹ ابن منظور، المصدر السابق، ج2، ص251؛ الفيروز آبادي، القاموس المحيط، تحقيق مكتب التراث بإشراف محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، ط2، 2005، ص186؛ مرتضى الزبيدي، تاج العروس، تحقيق مجموعة من المحققين، دار الهداية، دط، ج5، ص516؛ إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، دار الدعوة، مصر، دط، ج2، ص224.

² رواه البخاري في صحيحه، كتاب الحوالات، باب في الحوالة وهل يرجع في الحوالة، ج2، ص798.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

أولاً: في النظر الشرعي

جاء في تعريف التخارج في الفقه الحنفي بأنه: " هو أن يصطلح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث بمال معلوم"¹. وفي تعريف آخر لهم : التخارج هو: " إخراج بعض الورثة عما يستحقه في التركة بمال يدفع إليه " ².

نلاحظ أن هذين التعريفين متقاربان في المعنى، وينحوان نحو الصلح أو المبادلة، أي بترك أحد الورثة نصيبه في الميراث مقابل مال معلوم يدفع له، والملاحظ على هذين التعريفين أيضاً أنهما لم يوضحا نوع المال المدفوع هل هو مال خاص ملك الورثة، أم مال معين مقتطع من التركة، فالأمر مجمل يحتمل النوعين معاً.

تعريف آخر لابن عابدين³ يعرف فيه التخارج بأنه: " تصالح الورثة على إخراج بعضهم عن الميراث على شيء من التركة عين أو دين"⁴.

ونلاحظ أن هذا التعريف هو الآخر يعتبر التخارج تصالحاً، لكنه أضاف شيئاً جديداً، غير واضح في التعريفين السابقين، وهو تقييد مقابل التخارج بأنه شيء من التركة إما عين معينة بالذات من التركة، وإما أشياء مثلية أو نقود ثابتة في الذمة⁵، وكأن هذا التعريف يجعل التخارج ما كان فيه المقابل شيئاً من التركة، أما إن كان من غير التركة فلا يعتبر من التخارج، ولكن سنرى أن التخارج أعم من هذا، بل إن ابن عابدين نفسه قد ذكر أحكاماً تتنافى وهذا الحصر والتقييد⁶.

¹ محمد بن محمد بن محمود البابرقي، العناية شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، دط، دت، ج8، ص439.

² بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية، ط1، 2000، ج10، ص38.

³ ابن عابدين: هو العلامة محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن أحمد بن عبد الرحيم عابد الدمشقي، الشهير بابن عابدين، إمام الحنفية في عصره، ولد عام 1198 هـ بدمشق، كان شافعي المذهب في البداية، ثم لزم الشيخ شاکر العقاد وألزمه بالتحول إلى المذهب الحنفي فتنفقه عليه، له عدة مؤلفات منها: رد المختار على الدر المختار الشهير بحاشية ابن عابدين، منحة الخالق على البحر الرائق وغيرها، توفي رحمه الله عام 1252 هـ . ينظر: عبد الرزاق الميداني الدمشقي، المرجع السابق، ص1230 وما بعدها؛ الزركلي، المرجع السابق، ج6، ص42.

⁴ ابن عابدين، المصدر السابق، ج6، ص811.

⁵ العين متعلقة بعين معينة بالذات، أما الدين فمحله نقود أو أشياء مثلية، ويتعلق بالذمة. راجع في هذا التمييز بين العين والدين: السنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ج1، ص15 وما بعدها.

⁶ ابن عابدين، قرة عين الأختيار لتكملة رد المختار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، دط، دت، ج8، ص401.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

كما يلاحظ أيضا أن التعريف الأول قد ذكر مصطلح " معلوم " كقيد لبدل التخارج ؛ أي إن بدل التخارج - وفق التعريف الأول - لابد أن يكون معلوما وإلا ما صح التخارج، في حين نجد أن التعريفين الآخرين لم يذكرنا هذا القيد في بدل التخارج ، فهل هو إغفال أم أن المعلوماتية ليست شرطا في بدل التخارج ؟ وهل هذا معناه أن التخارج يصح ولو كان البدل غير معلوم ؟ سنرى في مبحث الشروط أن " معلومية البدل " ليست محل اتفاق عند الفقهاء ، فبعضهم يشترطها ، والبعض الآخر لا يشترطها .

أيضا نلاحظ على هذه التعاريف ، وحتى التعريف اللغوي أن الإخراج كلي لا جزئي ، وهذا يقود إلى شرط ورود التخارج على كل الحصص الإرثية - كما سيأتي في مبحث الشروط - ، ويكون هذا الإخراج من الدائرة نفسها؛ أي إن المتخارج والمتخارج له من الورثة، وهذا معناه أن التخارج يعتبر تمهيدا للقسمة.

هذه هي أهم الملاحظات التي يمكن استخلاصها من التعريف الوارد في الفقه القديم، أما في الفقه المعاصر، فنجد أن صاحب كتاب موسوعة الفقه الإسلامي يعرف التخارج بأنه: " هو أن يتصلح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث مقابل شيء معلوم من التركة أو من غيرها"¹. وفي كتاب الفقه الإسلامي وأدلته جاء تعريف التخارج بأنه: " عقد يتصلح فيه أحد الورثة على أن يخرج من التركة، فلا يأخذ نصيبه، نظير مال يأخذه من التركة، أو من غيرها "².

والملاحظ على هذين التعريفين أنهما أضافا شيئا جديدا لم يرد في التعاريف السابقة، وهو أمر يتعلق ببديل التخارج، حيث يمكن أن يكون من التركة، كما يمكن أن يكون من غيرها، وهذا العنصر المضاف سنرى أن له أهمية كبيرة في تحديد طبيعة التخارج.

آخر تعريف أورده في الفقه المعاصر، حيث عرفه بأنه: " تنازل أحد الورثة عن حصته لواحد من الورثة بعينه، أو لجميع الورثة، وذلك لقاء مال يدفعه له"³، حيث نلاحظ أن هذا التعريف قد استخدم مصطلح " التنازل " بدل مصطلح " التصالح " الوارد في التعاريف السابقة ، كما جاء فيه أن التخارج قد يكون لوارث بعينه، وقد يكون لجميع الورثة.

¹ محمد بن إبراهيم التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، بيت الأفكار الدولية، الرياض، ط1، ج4، ص458.

² وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط4، دت، ج6، ص4368.

³ أبو البقطان عطية الجبوري، حكم الميراث في الشريعة الإسلامية، دار حنين، عمان ، دط، 1995، ص299، نقلا عن صالح أحمد اللهيبي، عقد التخارج دراسة قانونية مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون جامعة الإمارات العربية ، ع49، يناير 2012، ص26.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

بالإجمال فالتعاريف السابقة بعضها فيها إضافة، وبعضها يستخدم مصطلحا مخصوصا، ومع ذلك فهي كلها متقاربة المعنى، وبناء على الملاحظات السابقة، يمكن تعريف التخارج بأنه: " اتفاق يقضي بإخراج وارث أو أكثر من حصته في الإرث مقابل مال معلوم من التركة، أو من غيرها".

ثانيا: في النظر القانوني

في القانون الجزائري لم يرد النص على التخارج بهذا المصطلح لا في قانون الأسرة، ولا في القانون المدني، لكنه ورد بمسمى آخر وهو " بيع التركة"، ذلك أن بيع التركة حسب نص المادة 404 من ق.م.ج يشمل بيع الوارث حصته في التركة لأجنبي، أو لوارث، وبالتالي يكون المشرع الجزائري قد أخضع " التخارج" لأحكام القانون المدني، ولم يخضعها لقانون الأسرة ولا لأحكام الفقه الإسلامي.

وهذه المادة التي أوردها المشرع الجزائري بهذا الشمول قد أخذها - حسب ما يبدو - من القانون المصري، حيث يقابلها في هذا القانون نص المادة 473، إذ جاء فيها: " من باع تركته دون أن يفصل مشتملاتها لا يضمن إلا ثبوت وراثته، ما لم يتفق على غير ذلك".

ويعتبر القانون الفرنسي المصدر التاريخي لهما¹. والدليل على أن بيع التركة يشمل التخارج ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري أن هذا البيع " أعم من التخارج المعروف في الشريعة الإسلامية، فإن التخارج مقصور على بيع الوارث نصيبه لباقي الورثة، أما هذا البيع فقد يكون لوارث، أو لغير وارث، وقد نقل المشروع نصوصه في هذا الموضوع من المشروع الفرنسي الإيطالي"².

وقد جاء في أحد الأحكام القضائية المصرية تعريف التخارج وفق هذه الصورة الواردة في نص المادة 473: " هو عقد يتنازل بموجبه أحد الورثة لشريكه، أو لشركائه في الميراث عن نصيبه في التركة في مقابل شيء معلوم "³.

¹ Article 1696: " celui qui vend une succession sans en spécifier en détail les objets n'est pas tenu de garantir que sa qualité d'héritier ".

ومعناها العربية: " من باع تركته دون أن يفصل مشتملاتها لا يضمن إلا صفتة الإرثية ".

² مجموعة الأعمال التحضيرية، المرجع السابق، ج4، ص208؛ أنور سلطان، المرجع السابق، ص432؛ منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص285.

³ السنهوري، الوسيط (ط3)، المرجع السابق، ج4، هامش(1)، ص257.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

أما تعريف التخارج بهذا المصطلح فقد جاء في بعض النصوص العربية من ذلك نص المادة 48 من قانون الميراث المصري رقم 77 لسنة 1943، حيث عرفت هذه المادة: "التخارج هو أن يتصلح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شيء معلوم"¹. أيضا في قانون المعاملات المدنية الإماراتي لسنة 1985، حيث عالج التخارج صراحة في نص المادة 594، والتي جاء فيها: "المخارجة هي بيع الوارث لنصيبه في الشركة بعد وفاة المورث لوارث آخر، أو أكثر بعوض معلوم ولو لم تكن موجودات الشركة معينة"². وأيضا القانون الأردني، الذي نص على التخارج في المادة 539، والتي جاء فيها: "بيع الوارث نصيبه في الشركة بعد وفاة المورث لوارث آخر أو أكثر بعوض معلوم، ولو لم تكن موجودات الشركة معينة"³.

وهذه التعريفات واضح أنها مأخوذة من الفقه الإسلامي، حيث لا تختلف كثيرا عن التعريفات الفقهية السابقة الذكر.

أما إذا انتقلنا إلى القانون المغربي والتونسي، وهما أساسيان في هذه الدراسة، فنجد أن القانون المغربي قد نص على التخارج في باب الصلح، ودون أن يصطلح عليه بالتخارج، حيث جاء في الفصل 1103 من ق.ل.ع على أنه: "يجوز تصالح الورثة على حقوقهم في الشركة بعد أن تثبت لهم فعلا، في مقابل مبلغ أقل مما يستحقونه فيها شرعا، وفقا لما يقضي به القانون بشرط أن يكونا على بينة من مقدار حقهم فيها".

وواضح من هذا النص، ومن خلال الشروط المذكورة أن المشرع المغربي قد صاغ أحكام التخارج من الفقه الإسلامي وبالخصوص المذهب المالكي، وسيوضح هذا أكثر عند الحديث عن شروط التخارج.

أيضا جاء في الباب الثاني تحت عنوان: "حوالة مجموعة حقوق أو حوالة الذمة"، حيث نص الفصل 209 على أنه: "من حول حقه في الشركة لا يضمن إلا كونه وارثا، ولا تصح هذه الحوالة إلا إذا كان الطرفان يعرفان قيمة الشركة. وبمقتضى هذه الحوالة، تنتقل بحكم القانون الحقوق والالتزامات المتعلقة بالشركة إلى المحال له" حيث يمكن تصور التخارج في هذا الجانب

¹ قانون رقم 77 لسنة 1943 المتعلق بشأن الميراث، الوقائع المصرية، ع 93 صادرة بتاريخ: 1943/08/12.

² صالح أحمد اللهبي، المرجع السابق، ص 30، 31.

³ المرجع نفسه، ص 31.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

وذلك بوروده على الحقوق الشخصية أو الدائنية، وهي تنتقل بطريق الحوالة، كما سيأتي بيان ذلك¹.

أما المشرع التونسي فمثل نظيره المغربي قد نص على التخارج ضمن باب الصلح، حيث جاء في الفصل 1465 من م.ل.ع أنه: "يجوز صلح الورثة عن الحقوق الراجعة لهم بطريق الإرث بأن يأخذوا أقل من منابهم الشرعي بشرط أن يكونوا على علم بمقدار التركة". كما نجده أيضا نص في باب الحوالة على جواز إحالة حق في التركة، حيث إذا تخارج وارث مع بقية الورثة على حقه الشخصي في التركة مقابل شيء معلوم، انتقل هذا الحق بطريق الحوالة، حسب ما جاء في نص الفصل 219 من م.ل.ع: "من أحال تركة لا يلزمه إلا ضمان كونه وارثا، ولا تصح الإحالة إلا إذا علم قيمتها الطرفان، وتنتقل بهذه الإحالة للمحال له الحقوق والالتزامات المتعلقة بالمخلف".

البند الثاني: بعض المصطلحات المشابهة

الفقرة الأولى: مصطلح الصلح

كثيرا ما يستعمل مصطلح الصلح للدلالة على التخارج فهل هما متطابقان أم متغايران؟ سنحاول معرفة مصطلح الصلح لغة واصطلاحا؛ حتى نتبين وجه الارتباط الموجود بين المصطلحين.

أولا: الدلالة اللغوية

الصلاح ضد الفساد، والصلاح: بكسر الصاد: مصدر المصالحة، والاسم منه الصلح: وهو السلم أو التوفيق، ومنه صلح الحديبية، وأصلحت بين القوم وفقت. والصلح أيضا: تصالح القوم بينهم². فالصلح لغة خلاف المخاصمة.

ثانيا: الدلالة الاصطلاحية: الصلح اصطلاحا لا يبعد عن المعنى اللغوي، ففي الاصطلاح الشرعي، جاء في كتاب الحدود أن الصلح هو: "انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو

¹ راجع في هذا: عبد الرحمان بلعكيد، المرجع السابق، ص30، 33.

² أبو نصر إسماعيل الفارابي، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، ط4، 1987، ج1، ص383؛ محمد بن أبي بكر الرازي، المصدر السابق، ص178؛ ابن منظور، المصدر السابق، ج2، ص516؛ الفيومي، المصدر السابق، ج1، ص345.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

خوف وقوعه¹. وفي الاصطلاح القانوني: جاء في المادة 459 ق.م.ج أن: "الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه". وقريباً من هذا المعنى نص الفصل 1098 من ق.ل.ع.م²، وكذا نص الفصل 1458 م.ل.ع.ت³. وبهذا يتبين أن الصلح إما رفع نزاع حال أو توقي واستباق نزاع محتمل الوقوع مستقبلاً، فإذا طبقنا هذا المفهوم على التخارج نجد هذا المعنى حاضراً فيه، إذ التخارج قد يكون حسماً لنزاع حال، وقد يكون درءاً لنزاع محتمل الوقوع مستقبلاً، وهو بهذا المعنى يشترك مع الصلح، لكن يختلف عنه من حيث إن التخارج يكون في الأموال الإرثية فقط، في حين أن الصلح يكون في الأموال الإرثية وغيرها، وبهذا فإن الصلح أعم وأشمل من التخارج⁴.

الفقرة الثانية: مصطلح القسمة: مصطلح القسمة من المصطلحات التي يمكن أن تتداخل وتشترك في المعنى مع مصطلح التخارج، وفيما يلي سنحاول بيان هل هناك فرق بينهما أم لا؟
أولاً: في المعنى اللغوي: القسمة اسم مؤنث مأخوذ من مصدر الاقتسام أو التقسيم، يقال: تقاسموا المال واقتسامه، وقاسمته المال: أخذت منه قسمك وأخذ قسمه؛ أي أنه بالقسمة كل واحد يأخذ نصيبه⁵.

ثانياً: المعنى الاصطلاحي: من الناحية الشرعية تعرف القسمة بأنها: "تمييز الملك الثابت لكل منهما ليتفجع به على الخصوص بحيث لا يشركه فيه أحد"⁶. وجاء في مجلة الأحكام العدلية في المادة 1114 أن: "القسمة هي تعيين الحصة الشائعة، يعني إفراد وتمييز الحصص بعضها عن بعض بمقياس ما كالكيل، والوزن والذراع"⁷.

¹ الرصاع، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، المكتبة العلمية، بيروت، ط1، 1350 هـ، ص314.
² ينص الفصل 1098 من ق.ل.ع.م على أن: "الصلح عقد بمقتضاه يحسم الطرفان نزاعاً قائماً، أو يتوقيان قيامه، وذلك بتنازل كل منهما للآخر عن جزء مما يدعيه لنفسه، أو بإعطائه مالا معيناً أو حقاً".
³ جاء في الفصل 1458 م.ل.ع.ت أن: "الصلح عقد وضع لرفع نزاع وقطع الخصومة، ويكون ذلك بتنازل كل من المتصالحين عن البعض من مطالبه، أو بتسليم شيء من المال أو الحق".
⁴ راجع: الموسوعة الفقهية الكويتية، طباعة ذات السلاسل، الكويت، ط2، 1988، ج11، ص5.
⁵ ابن منظور، المصدر السابق، ج12، ص479 وما بعدها.
⁶ ابن الهمام، المصدر السابق، ج7، ص479 وما بعدها.
⁷ مجموعة من علماء الدولة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، تحقيق نجيب هوايني، نشر نور محمد، كراتشي (باكستان)، دط، ص214.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

أما في الاصطلاح القانوني فلم يرد تعريف لها لا في القانون الجزائري ، ولا القانون المغربي ولا القانون التونسي ، وبالتالي نرجع للفقهاء وشراح القانون المدني ، وبطبيعة الحال تعريفهم لا يختلف كثيراً عما أورده فقهاء الشريعة الإسلامية ، إن لم يكن مأخوذاً عنهم ، حيث عرفها بعض الشراح بأنها : " سبيل إزالة الشيوخ ، وبمقتضاه يختص كل شريك بجزء يتناسب مع حصته في المال الشائع"¹.

إذن نخلص من هذه التعريفات أن القسمة سبيل لإزالة الشيوخ واختصاص كل شريك بنصيب معين من هذا المال الشائع، بغض النظر عن مصدر هذا المال، فليس مقصوراً على الميراث فقط. ومن هنا فالفرق بين التخارج والقسمة، أن التخارج فيه إخراج للوارث من التركة مقابل شيء معلوم ومحدد، قد يكون من التركة، وقد يكون مالا خاصا من غير التركة، أما القسمة فالقاسم فيها يأخذ جزءا من المال المشترك، فكأن بينهما عموم وخصوص، حيث إن القسمة أعم من التخارج كونها تقع على أي مال يكون مشتركا سواء أكان آتيا من الميراث أو البيع أو الهبة أو غيرها، بينما التخارج مقصور على المال المشترك الآتي من الميراث، فهي من هذه الزاوية أعم منه، وهو أعم منها في الميراث كونه قد يكون قسمة إذا كان البدل من التركة، ولا يكون قسمة إذا كان البدل من غيرها.

الفرع الثاني: شروط التخارج

قبل أن أتطرق إلى الشروط الواجب توافرها في التخارج، حتى يكون ويولد آثاره، أشير في البداية إلى أن المشرع الجزائري قد اعتبر التخارج جزءا من بيع التركة المنصوص عليه في المادة 402 وما بعدها، وبالتالي فهو يخضع لشروط بيع التركة لأجنبي المذكورة في الفصل الأول، أما المشرع المغربي والتونسي فقد أخضعا التخارج لأحكام الصلح، وبالتالي فهو يخضع للشروط المنصوص عليها في باب الصلح، وسأتعرض لهذه الشروط المطلوب توافرها فيه.

كما أشير إلى أن التخارج باعتباره عقداً، فإنه مثله مثل بقية العقود لا بد لوجوده من رضا ومحل وسبب، وشروط متعلقة بالرضا كالأهلية، وغيرها من الشروط المنصوص عليها في النظرية العامة للعقد، وسأكتفي هنا بذكر الشروط الخاصة بهذا النوع فقط، أما الشروط المشتركة مع كل العقود فيمكن مراجعتها والعودة إليها في أحكام النظرية العامة للعقد، والشروط المذكورة هنا (

¹ وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني السوري (الحقوق الأصلية)، مطبعة الداودي، دمشق، ط9، 1980، ص384، نقلا عن أحمد الخالدي، القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، دط، 2008، ص21.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

في الشريعة الإسلامية) هي شروط عامة، على أنه توجد شروط خاصة تذكر عند تفصيل الأحكام.

البند الأول: شرط المعلوماتية

وهذا الشرط متعلق بمحل التخارج، ويتضمن شقين: شق متعلق بالتركة محل التخارج، وشق متعلق ببدل التخارج.

الفقرة الأولى: الشق المتعلق بالتركة محل التخارج

أولاً : في النظر الشرعي

يشترط في الفقه الإسلامي أن تكون التركة محل التخارج معلومة، وإلا ما صح التخارج، والسبب راجع لكون الغالب في التخارج أنه يأخذ صورة بيع، والبيع كما هو معلوم لا يجوز أن يكون محله مجهولاً، فبيع المجهول في الفقه الإسلامي لا يصح، ولكن هذه المعلوماتية مشروطة بإمكانية الوصول إلى الإحاطة بالتركة ومعرفتها، أما إذا تعذر ذلك وكان الأمر شاقاً فيصح حينئذ التخارج على المجهول، وهذا هو مذهب المالكية والشافعية والإمام أحمد وتبعه بعض الحنابلة¹.

وذهب جمهور الحنابلة و الحنفية إلى خلاف هذا²، فالمشهور عند الحنابلة جواز التخارج في المجهول سواء أمكن العلم به أم تعذر ذلك، والدليل على جواز التصالح عن المجهول عند تعذر العلم به ما جاء عن أم سلمة - رضي الله عنها- أنها قالت: جاء رجلا من الأنصار يختصمان إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم- في مواريث بينهما قد درست، ليس بينهما بينة، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم-: " إنكم تختصمون إلي، وإنما أنا بشر، ولعل بعضكم ألحن بحجته، أو قد قال: لحجته، من بعض، فإنما أقضي بينكم على نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً، فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار يأتي بها أسطاماً³ في عنقه يوم القيامة ". فبكى

¹ الدسوقي، المصدر السابق، ج3، ص310؛ الماوردي، المصدر السابق، ج6، ص370؛ البهوتي، المصدر السابق، ج3، ص396.

² البهوتي، المصدر السابق، ج3، ص396؛ الزيلعي، المصدر السابق، ج5، ص50؛ شهاب الدين الشليبي، المصدر السابق، ج5، ص32.

³ أسطاماً : سطم، الإسطام، وسطام: حديدة تحرك بها النار وتسعر، والمعنى: أقطع له ما يسعر به النار على نفسه ويشعلها، أو أقطع له ناراً مسعرة، وتقديره ذات سطام. ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت، دط، 1979، ج2، ص366.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

الرجلان، و قال كل منهما: حقي لأخي، قال: فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: " أما إذ قُلْتما، فاذهبا فافتسما، ثم توخيا الحق، ثم استهما، ثم ليخلل كل واحد منكما صاحبه"¹.
أما الحنفية فذهبوا إلى أنه لا يشترط أن تكون أعيان التركة معلومة؛ لأنه لا يحتاج فيه إلى القبض والتسليم، وبيع ما لم يعلم قدره في التخارج جائز، وهذا قياسا على من أقر بغصب شيء، فباعه المقر له من المقر فهو جائز، رغم عدم معرفة قدره، إذ لا حاجة فيه للتسليم والقبض، كما أن المحذور من الجهالة وهو المنازعة منتف هنا، وقد استندوا في هذا الجواز إلى ما ورد من أثر في تخارج تناصر امرأة عبد الرحمان بن عوف - رضي الله عنه - ، حيث تخارجت دون أن تعرف نصيبها في الميراث².

والظاهر في هذا الأثر أن تخارج امرأة عبد الرحمان بن عوف فيه معنى الصلح والإسقاط أكثر من معنى البيع، كما أن فيه تعذر معرفة القدر المتصلح عليه لتعذر الإحاطة بتركة عبد الرحمان بن عوف؛ نظرا لضخامتها، وفي هذا تأييد للرأي الأول ، الذي يرى جواز التخارج عن المجهول في دائرة ضيقة وهي حالة التعذر .

أما الحديث الذي استند إليه جمهور الحنابلة وإن كان فيه دليل على جواز التصالح عن المجهول، إلا أنه في الصلح الذي فيه معنى الإبراء و الإسقاط لا البيع ، إذ سياق الحديث لا يدل على الإطلاق بل التقييد ، إذ الصلح عن المجهول فيه من الخطورة ما فيه ، ولربما هذا ما دعا الإمام الخطابي³ للقول : إن هذا الحديث فيه " دليل على أن الصلح لا يصح إلا في الشيء المعلوم، ولذلك أمرهما بالتوخي في مقدار الحق، ثم لم يقنع فيه بالتوخي حتى ضم إليه القرعة، وذلك أن

¹ أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الأفضية، باب قضاء القاضي إذا أخطأ، حديث رقم 3584، ج5، ص438؛ وأحمد في مسنده (واللفظ له)، تحقيق شعيب الأرنؤوط وآخرون بإشراف عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، دمشق، ط1، 2001، حديث رقم 26717، ج44، ص307، 308. وهذا الحديث قال فيه شعيب الأرنؤوط إن إسناده حسن.

² رواه سعيد بن منصور في سننه، تحقيق حبيب الرحمان الأعظمي، الدار السلفية، الهند، ط1، 1982، حديث رقم 1959، ج2، ص66.

³ الخطابي: أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم الخطابي، الإمام العلامة الحافظ اللغوي، ولد سنة بضع عشرة وثلاث مائة له عدة مؤلفات منها معالم السنن، وكتاب غريب الحديث وغيرها، توفي عام 388 هـ. ينظر: السبكي ، المصدر السابق ، ج3 ، ص282 وما بعدها ؛ الذهبي ، المصدر السابق، ج17، ص23 وما بعدها.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

التوحي إنما هو أكثر الرأي وغالب الظن، والقرعة نوع من البينة، فهي أقوى من التوحي، ثم أمرهما بعد ذلك بالتحليل ليكون تصادرفهما عن تعين براءة، وافتراقهما عن طيب نفس ورضى¹. وهذا ما يرجح وجهة نظر المالكية والشافعية والإمام أحمد .

ثانيا: في النظر القانوني

فيما يتعلق بالقانون الجزائري فالمشروع قد نص على التخارج ضمن بيع التركة، أو هو صورة من صورته، وقد تبين في الفصل السابق أن المشروع لم يشترط على المتبايعين تفصيل مشتملات التركة، ولا ضرورة معرفة قيمتها، ذلك أن بيع التركة يعتبر من البيوع الاحتمالية التي يضارب فيها من يقبل عليها، وبالتالي يجوز التخارج إذا كانت قيمة المتخارج عليه مجهولة، أو كانت التركة كلها مجهولة، طالما أنه بيع احتمالي، وهذا الرأي الذي تبناه المشروع الجزائري الظاهر أنه قد أخذ من القانون الفرنسي، حيث سبق بيان المطابقة بين نص المادة 404 ق.م والمادة 1696 ق.م.ف، ولو اقتبسه من الفقه الإسلامي لراعى مقصد الفقهاء في إجازة التخارج عن المجهول، الذي غلب عليه معنى الصلح والإسقاط والإبراء، لا معنى البيع، حتى وإن كان هذا الرأي مرجوحا - في نظر الباحث - إلا أنه كان الأولى بالمشروع الجزائري لو أخذ به لاتصاله بنظام الميراث، عكس هذا الرأي المقتبس عن القانون الفرنسي، إذ تلاحظ فيه بعدا عن نظام المواريث وقواعد الفقه الإسلامي.

وعلى خلاف ما فعله المشروع الجزائري نجد المشروع المغربي وكذا المشروع التونسي قد أخذوا برأي جمهور الفقهاء ولم يميزا التخارج عن المجهول، بل اشترطا أن يكون المتخارج عليه معلوما، فالمشروع المغربي نص في الفصل 1103 من ق.ل.م.ع أنه: "يجوز تصالح الورثة على حقوقهم في التركة... بشرط أن يكونوا على بينة من مقدار حقهم فيها"، كما منع التخارج في الدين أو الحق الشخصي إذا لم تكن قيمة التركة معروفة لكلا الطرفين، وهذا ما جاء في الفصل 1/209 ق.ل.ع: "من حول حقه في تركة لا يضمن إلا كونه وارثا، ولا تصح هذه الحوالة إلا إذا كان الطرفان يعرفان قيمة التركة".

أما المشروع التونسي فقد نص في الفصل 1465 على أنه: "يجوز صلح الورثة.... بشرط أن يكونوا على علم بمقدار التركة"، والشيء نفسه في حال التخارج عن الدين أو الحق الشخصي في

¹ الخطابي، معالم السنن شرح سنن أبي داود، المطبعة العلمية، حلب، ط1، 1932، ج3، ص94.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

التركة، حيث جاء في الفصل 1/219: " من أحال تركة¹ لا يلزمه إلا ضمان كونه وارثا ولا تصح الإحالة إلا إذا علم قيمتها الطرفان ".
وواضح من هذه النصوص سواء في القانون المغربي أو التونسي عدم جواز التخارج إذا كان

التخارج عليه غير معلوم، على الرغم من أن كلا القانونين (المغربي والتونسي) قد نصا في القواعد العامة للصلح على جوازه وإن كانت قيمة المصالح عنه غير معينة أو محققة بالنسبة للطرفين²، إلا أنهما منعا ذلك في التخارج ترجيحاً لرأي جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية.

الفقرة الثانية: بدل التخارج

أولاً: في النظر الشرعي

ذهب المالكية والشافعية إلى أنه يشترط لصحة التخارج أن يكون بدل التخارج يتوفر على شروط الثمن في عقد البيع، حيث يشترط فيه أن يكون مالا متقوما معلوما منتفعا به مقدورا على تسليمه، فإن كان مجهولا جنسا أو قدرا أو صفة، أو كان مما لا يصلح أن يكون ثمنا في عقد البيع فلا يصح التخارج³.

أما الحنفية والحنابلة فذهبوا إلى أن العوض أو بدل التخارج إذا لم يحتج فيه إلى التسليم والقبض، ولا سبيل لمعرفته والإحاطة به كالمختصمين في مواريث درست فيصح مع هذه الجهالة⁴، وإن كان هذا الكلام بصفة عامة، وإلا ففيه تفصيل سيأتي ذكره في حينه.

ثانياً: في النظر القانوني

بالنسبة للقانون الجزائري فالمشرع الجزائري لم يشر في بيع التركة لوارث (التخارج) إلى بدل التخارج أو الثمن، وإنما ترك تحديده للاتفاق المبرم بين الطرفين، وما يسفر عنه التفاوض بينهما، فإن لم يفض الاتفاق إلى تحديده طبقت القواعد العامة في عقد البيع وبالخصوص المادتين 356،

¹ الأولى أن تعدل المادة بالشكل الآتي: " من أحال حقه في تركة... " ، لأن الإحالة تقع على الحق الشخصي (الدين)

² راجع نص الفصل 2/1001 ق.ل.ع.م: " غير أنه يسوغ الصلح على الأموال أو الأشياء، ولو كانت قيمتها غير محققة بالنسبة للطرفين ". وأيضا الفصل 1463 م.ل.ع.ت: " ما لا يجوز بيعه أو إيجاره شرعا بين المسلمين لا يجوز فيه الصلح غير أنه يجوز الصلح وإن لم تكن قيمة المصالح عنه معينة بالنسبة للمتصلحين".

³ القاضي عبد الوهاب، المصدر السابق، ج2، ص176؛ الماوردي، المصدر السابق، ج6، ص368، 369.

⁴ أبو الحسن السغددي، التنف في الفتاوى، تحقيق صلاح الدين الناهي، دار الفرقان، الأردن، ط2، 1984، ص505؛ الكاساني، المصدر السابق، ج6، ص48؛ البهوتي، المصدر السابق، ج3، ص396.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

357 ق.م . وفي الجملة فإن المشرع حسب نص المادة 351 ق.م يشترط في الثمن أن يكون نقدياً؛ لأنه إذا كان المقابل غير نقدي اعتبر مقايضة وليس بيعاً.

أما بالنسبة للقانون المغربي فحسب الفصل 1103 الذي يشترط في بدل التخارج أن يكون أقل من النصيب الشرعي في التركة، ولا يمكن الوقوف على هذا إلا إذا كان بدل التخارج معلوماً ومحدداً، وبالتالي فإن المشرع المغربي يشترط بصفة ضمنية في بدل التخارج أن يكون معلوماً ومقدوراً على تسليمه، وبالطبع منتفعاً به، فهذا شرط بديهي.

أما في القانون التونسي فيظهر أن المشرع التونسي يشترط في بدل التخارج أن يكون معلوماً، وإن كان ذلك بطريقة ضمنية حسب ما يظهر من صياغة الفصل 1465 م.ل.ع، وحتى وإن سلمنا أن هذا غير لازم، فيمكن تطبيق قواعد البيع العامة، إذ لا مانع في ذلك طالما أن المشرع يخضع الصلح في كثير من أحكامه لما ورد من تشريع في عقد البيع، والثمن في عقد البيع يشترط فيه أن يكون معيناً، أو قابلاً للتعين وفق معايير محددة.

وبالتالي فإن النظر القانوني يرى مذهب الجمهور في ضرورة تعيين ومعلومية بدل التخارج.

البند الثاني: أن يكون التصرف بين الورثة

الفقرة الأولى: في النظر الشرعي

الأصل أن يكون التخارج بين الورثة، سواء أكان بين وارث ووارث، أو بين وارث وعدة ورثة، فلا يهم العدد، وهذا هو المعهود عند إطلاق لفظ التخارج، لكن السؤال المطروح هل يمكن أن ينسحب مصطلح التخارج على غير الوارث؟ أو بمعنى آخر هل يشترط لاعتبار التصرف تخارجاً أن يكون محصوراً في فئة الورثة؟

إذا كان الغالب في الاستعمال الفقهي إطلاق مصطلح التخارج على التصرف الواقع بين الورثة؛ فإن ثمة نصوص فقهية ثبت بموجبها أن التخارج يمكن أن يشمل الموصى له بجزء من التركة، وهذا ما تصرح به كتب الفقه الحنفي، فقد جاء في المبسوط أنه: "إذا مات الرجل فأوصى بثلته لرجل وترك ورثة وفيهم الصغير والكبير فطلب الموصى له موصيه، فصالحه بعض الورثة على دراهم مسماة، على أن يسلم له ذلك خاصة، دون بقية الورثة، فإن كان الميراث ليس فيه مال غائب ولا عين حاضرة، يكون ثلثه مثل ذلك، فإنني أجزى الصلح إذا كان المال المعين في يد المصالح، أو كان الميراث رقيقاً أو عقاراً؛ لأن الموصى له شريك الوارث في التركة، فصلح

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

الوارث معه كصلح أحد الوارثين مع الآخر، وفي نظير هذا صلح أحد الوارثين مع الآخر، على أن يكون نصيبه له صحيحا، فذلك صلح الوارث مع الموصى له...¹

وإذا كان هذا النص لا يظهر فيه مصطلح التخارج، ومصطلح الصلح ممكن أن يرد مع وارث ومع غير وارث، فإن ما جاء في حاشية ابن عابدين يؤكد إطلاق مصطلح التخارج على الصلح مع الوصي، حيث جاء في هذا الكتاب تحت عنوان " فصل في التخارج " أنه إذا " أوصى لرجل بثلث ماله ومات الموصي فصالح الموصى له من الثلث بالسدس جاز الصلح " ².

وإذا كان هذا الإطلاق واردا في المذهب الحنفي، فإن الموسوعة الفقهية الكويتية قد عزت إلى المذاهب الأخرى هذا الاستعمال، رغم أني رجعت إلى المصادر التي أحالت إليها ومع ذلك لم أستطع تبين ذلك³، إلا ما ورد في المدونة عن المذهب المالكي من إطلاق ذلك⁴، ومع ذلك فإن إطلاق الفقهاء مصطلح التخارج على الموصى له ربما مرده إلى سببين اثنين:

- **الأول:** كون التخارج فيه معنى الصلح، والصلح يجوز مع الوارث، ومع غير الوارث.
 - **والثاني:** نظرا لاشتراك الموصى له مع الوارث، والتخارج سبيل لفض هذا الاشتراك. وبالإجمال فإن استخدام هذا المصطلح أو التصرف يبقى في دائرة الميراث دون غيره.
- ختاما أشير إلى أن الشيخ مصطفى الزرقا - رحمه الله - ذهب إلى أنه لا مانع من إطلاق مصطلح التخارج في الفقه الإسلامي على صورة بيع التركة لوارث، ولأجنبي غير وارث، ذلك أن استعماله في الصورة الأولى فقط إنما هو راجع لكثرة وقوعه، وهذا لا ينفي إمكانية استعمال المصطلح بمعنى أعم يشمل صورتين معا، يعني بيع الوارث حصته الإرثية سواء لوارث آخر أو لمشتر أجنبي⁵. وهذا المفهوم من فضيلة العلامة - وهو أهل لهذا باعتباره أحد أعلم الناس بالفقه ولغته - إذا كان يشمل بيع الوارث حصته لأجنبي فسيكون فيه إخراج وإدخال، ولكن الذي يظهر أن مصطلح التخارج من الناحية اللغوية فيه إخراج فقط، إذ هو تمهيد للقسمة، ولذلك لا أعتقد - والله أعلم - أن هذا المصطلح لغويا يطاوع هذا المفهوم العام والشامل للصورتين معا.

¹ السرخسي، المصدر السابق، ج20، ص181.

² ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المصدر السابق، ج5، ص642.

³ الموسوعة الفقهية الكويتية، (ط1)، المرجع السابق، ج11، ص16.

⁴ مالك بن أنس، المصدر السابق، ج3، ص381.

⁵ مصطفى الزرقا، شرح القانون المدني السوري، المرجع السابق، هامش(2)، ص278، 279.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

الفقرة الثانية: في النظر القانوني

أولاً: في القانون الجزائري

تبيّن في الفصل السابق أن المشرع الجزائري يقصد بمصطلح الوارث الوارد في نص المادة 404 من ق.م هو الوارث الحقيقي لا الشرعي فقط، أي الذي يرث فعلاً من التركة، ولا يمنعه مانع من ذلك، فلا يكفي أن يكون وارثاً شرعياً فقط؛ فهذا الأخير فيه احتمال أن يكون وارثاً ظاهراً، أما الوارث الحقيقي فممتنفي عنه هذا الاحتمال، وإذا كان الموصى له سواء أكان ذلك في الوصية الاختيارية، أم الوصية الواجبة، يمكن أن يكون وارثاً شرعياً، ولكنه لا يعتبر وارثاً حقيقياً؛ حتى وإن أخذ شيئاً من التركة، فلا يمنحه هذا وصف الوارث، إذ هذا الأخذ كان بطريق الوصية لا بطريق الميراث، والوصية خارجة عن الميراث، وبالتالي فالتصرف الذي يتم مع الموصى له لا يعتبر من قبيل بيع التركة لوارث (أو التخارج)، وإن كان بالإمكان أن يندرج تحت صورة بيع التركة لأجنبي غير وارث، وتطبق عليه أحكام الصورة الأولى.

ثانياً: في القانون المغربي والتونسي

إذا كان كل من المشرع المغربي والتونسي قد أخضعا التخارج لقواعد الصلح بصفة عامة، وهذه القواعد تحيل هي الأخرى في بعض أحكام الصلح إلى تطبيق القواعد العامة في البيع، وهذه القواعد لا تمنع أن يتم التصالح بين الموصى له وبين الورثة؛ إذ هي قد وردت بصفة عامة، كما أنه لا مانع من تطبيق الفصل 1103 ق.ل.ع.م وكذا أحكام الفصل 1465 م.ل.ع.ت؛ لأن هذين الفصلين لا يحتويان على قواعد خاصة تميزهما عن قواعد الصلح الأخرى، إلا أن هذا الفهم قد يصطدم بالفصل 209 ق.ل.ع.م، والفصل 219 م.ل.ع.ت، فهذان النصان يشترطان إثبات الصفة الإرثية للمتعامل، حتى يخضعا لأحكامهما.

ولهذا يمكن القول إن التخارج إذا كان متعلقاً أو يشمل الحق الشخصي (الدين الذي للتركة) فلا بد أن يكون وارثاً حقيقياً؛ حتى تطبق عليه أحكام هذين الفصلين، أما إن كان موصى له فالظاهر تطبيق القواعد العامة في الحوالة، دون تطبيق هذين النصين.

البند الثالث: أن يرد التصرف على كامل الحصة

الفقرة الأولى: في النظر الشرعي:

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

هذا الشرط لم ينص عليه فقهاء الشريعة الإسلامية صراحة، ولم يوردوه ضمن أحكام التخارج ذكرا، ولكنه يظهر من خلال التطبيقات والأحكام الفقهية التفصيلية، فالأحكام الفقهية تذكر أن المتخارج يخرج من الإرث ويترك نصيبه مقابل مال إما من التركة أو من غيرها، وما دام أن التخارج فيه إخراج الوارث، وهو تمهيد، بل ويحمل معنى القسمة، فلا يمكن تصوره إلا تخارجا عن جميع حصته، كما يظهر أيضا من التعاريف السابقة أن المتخارج يخرج عن جميع حصته، ولا يأخذ شيئا من الميراث، إلا ما كان على جهة البدل، إما من التركة، أو من خارجها، ولكنه يسمى بدل التخارج.

الفقرة الثانية: في النظر القانوني

الأصل من الناحية القانونية - أيضا - أن يكون التخارج أو بيع التركة لوارث يشمل كل الحصة؛ لأن فيه إخراجا وإبعادا لوارث عن التركة تمهيدا للقسمة، ولكن من الناحية الفقهية قد ثار خلاف حول طبيعة تصرف المتخارج بجزء من حصته فقط، دون الكل، هل يعد هذا التصرف تخارجا أم بيعا عاديا؟ .

في المسألة رأيان:

• **الرأي الأول:** يرى أصحاب هذا الاتجاه أن التصرف الذي يقع على جزء من حصة الوارث لا يعد تخارجا، بل يعتبر بيعا عاديا، ذلك لأن التخارج المقصد منه إخراج الوارث كلية من التركة، تمهيدا للقسمة، وهذا المعنى مغيب إذا كان التصرف واردا على جزء من حصة الوارث المتخارج¹.

• **الرأي الثاني:** يرى أصحاب هذا الاتجاه أن التصرف يعتبر تخارجا؛ حتى وإن محله جزء من حصة الوارث².

ولعل الرأي الأول هو الأرجح والأقرب لمعنى التخارج سواء من الناحية اللغوية أو الاصطلاحية، كما أنه الرأي الذي تتحقق به الغاية والمقصد من التخارج، وهو إبعاد أحد الورثة من التركة لسبب من الأسباب، إما لتزاع بينهم، وإما أنه أراد ذلك، المهم أن فيه إخراجا كلياً؛ حتى يتحقق هذا المقصد، وهو ما يؤدي إليه الرأي الأول لا الثاني.

¹ علي هادي العبيدي، العقود المسماة، البيع والإيجار، دار الثقافة للنشر، الأردن، دط، 2005، ص183؛ صالح أحمد اللهيبي، المرجع السابق، ص41.

² وهبة الزحيلي، العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص121.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

أما من الناحية التشريعية، ففي القانون الجزائري هذا الشرط غير واضح، حيث إن المشرع في المادة 404 ق.م يذكر بيع الشركة سواء لأجنبي أو لوارث آخر كمجموع من المال، لا عينا معينة بالذات، إذ بيع الشركة لا بد أن يرد على مجموع من المال، والمجموع من المال قد يكون كل الحصة، كما قد يكون جزءا منها دون أن يكون عينا معينة بالذات، وبالتالي فالمجموع ينطبق على الجزء من الحصة كما ينطبق على كل الحصة، وإذا كان هذا المفهوم لا يشير إشكالا بالنسبة لبيع الشركة لأجنبي غير وارث، فإنه بالنسبة لبيع الشركة لوارث إذا كان على جزء من حصته؛ فإنه لا يحقق الجدوى من التخارج، بل لا ينطبق عليه مسمى التخارج، إذ التخارج يعني خروج الوارث من الشركة كليا لا جزئيا، لذلك أرى أن يفسر المجموع من المال في صورة التخارج أو بيع الشركة لوارث بالحصة كلها؛ حتى يتحقق المقصد من التخارج.

أما بالنسبة للقانون المغربي والقانون التونسي، وإن كان الأمر غير واضح، وغير لازم، إلا أن صياغة الفصل القانوني، سواء أكان الفصل 1103 ق.ل.ع.م، أو الفصل 1465 م.ل.ع.ت، يظهر منها الحديث عن التخارج في كل الحصة، فالفصل 1103 يذكر العبارة " في مقابل مبلغ أقل مما يستحقونه فيها شرعا" ويقصد بالاستحقاق الشرعي المناب أو النصيب الذي يؤول إلى الوارث المتخارج، وهو كل الحصة. أما الفصل 1465 فيذكر عبارة: "بأن يأخذوا أقل من منابهم الشرعي". والمناب الشرعي بطبيعة الحال هو كل الحصة.

لكن هل يجوز التصالح على جزء من الحصة؟ النص القانوني سواء التونسي أو المغربي لا ينفي ذلك، لكن أعتقد أنه وإن جاز يسمى صلحا لا تخارجا وتنطبق عليه القواعد العامة للصلح لا أحكام التخارج.

البند الرابع: أن يرد التصرف (التخارج) على شركة مفتوحة

هذا من الشروط البديهية، وقد سبق الحديث عنه في الفصل السابق، إذ لا شركة أصلا إن لم تكن مفتوحة، ولا يمكن الحديث عن التخارج إذا لم يكن المورث قد مات سواء حقيقة أو حكما، وكل تخارج أو صلح قبل موت المورث هو تصرف سابق لأوانه، بل يعتبر تصرفا في شركة مستقبلية، والتصرف في الشركة المستقبلية - كما سبق بيان ذلك في الفصل السابق - يعتبر تصرفا محظورا سواء من الناحية الشرعية¹، أو من الناحية القانونية¹.

¹ ذكر الشيخ مصطفى الزرقا أن الشريعة الإسلامية وغيرها تمنع صحة التعاقد على شركة مستقبلية، أي على شركة شخص هو على قيد الحياة. راجع: مصطفى الزرقا، شرح القانون المدني السوري، المرجع السابق، ص278.

المطلب الثاني: طبيعة التخارج

أتناول في هذا المطلب بيان الطبيعة الفقهية (الفرع الأول)، ثم الطبيعة القانونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الطبيعة الفقهية

بيان طبيعة التخارج في الفقه الإسلامي لا بد من عرض صورته عند الفقهاء، ومن خلال هذه الصور نستطيع تبين طبيعة التخارج الفقهية، أو بالأحرى التكيف المعطى له. وصور التخارج تختلف من مذهب لآخر، وهي ظاهرة وبارزة في المذهبين الحنفي والمالكي، وأقل في المذهبين الشافعي والحنبلي، ولهذا سأتناول المذهبين الأولين كل على حده، والمذهبين الآخرين مجملا لا اشتراكهما في التقسيم.

البند الأول: المذهب الحنفي

تختلف صور التخارج في المذهب الحنفي تبعا لنوع التركة ونوع البديل المعطى، وسأحاول تتبع هذه الصور لأرى تكيفها وطبيعتها الفقهية، ومن ثم الوصول إلى التكيف العام للتخارج في المذهب الحنفي.

- **الصورة الأولى:** إذا كانت التركة عقارا أو عرضا وقام الورثة بالتصالح مع أحدهم تخارجا على مال أعطوه إياه، سواء أكان هذا البديل أكثر من حصته ونصيبه في التركة، أو أقل من ذلك، وسواء أعلم مقدار حصته من التركة أم لا، فالتخارج صحيح، لأنه بيع، وبيع العروض والعقار بثمن قل أو كثر جائز شرعا، كما أن بيع ما لم يعلم قدره في هذه الصورة جائز أيضا؛ لأنه لا يحتاج فيه إلى التسليم، ولا يمكن أن يكون إبراء؛ لأن الإبراء يكون فيما يثبت في الذمة لا في العين². وبهذا نرى أن هذه الصورة تكيف على أنها بيع.
- **الصورة الثانية:** إذا كانت التركة ذهبا وكان بدل التخارج فضة، أو كانت التركة فضة وبدل التخارج ذهبا، سواء أكان البديل أكثر من حصته في التركة أو أقل منها، إذ لا يشترط التساوي؛ لكونه بيع جنس بجنس متغاير، ولكن يشترط فيه التقابض في المجلس لكونه يندرج ضمن بيع الصرف³.

¹ راجع الفصل السابق، البند المتعلق بالتعامل في التركة المستقبلية.

² الزيلعي، المصدر السابق، ج5، ص50؛ نظام الدين البلخي وآخرون، المصدر السابق، ج4، ص268.

³ الزيلعي، المصدر السابق، ج5، ص50؛ نظام الدين البلخي وآخرون، المصدر السابق، ج4، ص268.

وأنت ترى أن هذه الصورة من صور التخارج هي الأخرى تكيف على أنهما بيع من البيوع، بل إن اعتبارها صرفاً لا يخرجها عن حد البيع، لكون الصرف يعتبر بيعاً في معناه العام.

● **الصورة الثالثة:** لو كانت التركة دراهم ودينارين، وأخرج الورثة أحدهم على مال من الدراهم والدينارين فالتخارج صحيح كيفما كان البدل أقل من حصة الوارث المتخارج أو أكثر منها؛ لأنه يبيع جنس بخلاف جنسه، أو هو صرف والصرف لا يشترط فيه التساوي، وإن كان لا بد من التقابض في المجلس¹. ونرى هنا أيضاً أن هذه الصورة صححت بيعاً، أو هي صرف، والصرف يعتبر من قبيل البيوع.

● **الصورة الرابعة:** إذا كانت التركة فيها الذهب والفضة والعروض والعقارات، وتخرج أحد الورثة عن حصته مقابل ذهب وفضة أو أحدهما، فالتخارج لا يكون صحيحاً إلا إذا كان بدل التخارج أكبر من حصته من ذلك الجنس، وهذا حتى يكون هناك تماثل بين نصيبه وما أخذه بدلاً عنه من ذلك الجنس، والزيادة المعطاة تكون مقابل حقه من باقي التركة، ولو أعطي بدلاً أقل أو يساوي نصيبه من ذلك الجنس، لكانت العروض وبعض الذهب والفضة من دون مقابل، وتلك عين الربا المحرم، ولأن هذه الصورة تحمل على المعاوضة (أو البيع)، ولا بد أن يكون العوض له مقابلاً، ولأنه صرف فلا بد من التقابض والشيء نفسه يقال في حالة ما إذا كان نصيبه مجهولاً، لاحتمال دخول الربا، والربا تدخل في المعاوضات، ولو كان إبراء لما دخلته ربا، ومن ثم كان طبيعة هذه الحالة معاوضة، والمعاوضة تدخل في عموم البيع.

أيضاً هناك حالة أخرى ضمن هذه الصورة وهي حالة ما إذا كان البدل عروضاً فيصح التخارج بغض النظر عن قيمة البدل أكثر أو أقل من حصة الوارث المتخارج، تم القبض في المجلس أو لا، لأنه يصحح بيعاً². وبهذا نرى أن هذه الصورة تتخرج أيضاً ضمن البيع.

¹ ابن عابدين، قره عين الأختار لتكملة رد المختار، المصدر السابق، ج8، ص393؛ الزيلعي، المصدر السابق، ج5، ص50؛ نظام الدين البلخي وآخرون، المصدر السابق، ج4، ص268.

² الزيلعي، المصدر السابق، ج5، ص50؛ نظام الدين البلخي وآخرون، المصدر السابق، ج4، ص268.

● **الصورة الخامسة:** إذا كانت التركة مجهولة لا تعرف أعيانها وكان المتخارج قد أخذ مالا مما يكال أو يوزن، بدلا عن نصيبه، فبعضهم منع التخارج لاحتمال الربا؛ بأن يكون في التركة ما لا يكال أو يوزن فيكون قد بيع بجنسه جزافا، وهذا هو عين الربا، وذهب البعض الآخر إلى أنه يجوز لأن هذا الاحتمال هو احتمال الاحتمال، وهو ملغى، أو غير معتبر¹، ولكن مهما كان عليه الأمر من الصحة أو الجواز فالصورة هذه تعتبر من قبيل البيع. وإذا كانت هذه التركة مجهولة، ولكنها لا تحتوي على أموال تكال أو توزن، وكانت هذه التركة في يد بقية الورثة، وكان المتخارج قد أخذ بدلا عن حصته مالا مما يكال أو يوزن فالتخارج أيضا غير جائز عند البعض؛ لأنه بيع مجهول، إذا المتخارج قد باع نصيبه المجهول مقابل ما أخذه من مال يوزن ويكال، ومعلوم أن بيع المجهول لا يجوز، وذهب البعض الآخر إلى صحته، لعدم الحاجة إلى التسليم، إذ الجهالة هنا لا تفض إلى التراجع². وبهذا نرى أن هذه الحالة هي الأخرى بيع من البيوع، سواء أصحت أم لم تصح. وبالإجمال فما يمكن قوله وما ينتج عن هذه الصور أن التخارج في المذهب الحنفي يعتبر بيعا من البيوع، ولعل هذا الكلام يعضده ويؤيده ما جاء في قررة عين الأختار لابن عابدين، حيث يقول: "وأما المخارجه فبيع"³.

البند الثاني: المذهب المالكي

يتميز المذهب المالكي في عرضه لصور التخارج بين حالتين، تنتظم تحت كل حالة مجموعة من الصور، قد تجوز وقد لا تجوز، ولكن ليس غرضي من هذا العرض بيان الجواز من عدمه، ولكن الهدف تتبع هذه الصورة لبيان التكييف المعطى لها، ومن ثم يقودنا إلى التكييف العام المعطى للتخارج في ضوء هذا المذهب الفقهي.

¹ ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المصدر السابق، ج5، ص643؛ نظام الدين البلخي وآخرون، المصدر السابق، ج4، ص268.

² نظام الدين البلخي وآخرون، المصدر السابق، ج4، ص268؛ ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المصدر السابق، ج5، ص643.

³ ابن عابدين، قررة عين الأختار لتكملة الدر المختار، المصدر السابق، ج8، ص393.

1. الحالة الأولى: أن يأخذ المتخارج مقابلاً لحصته من التركة نفسها: في هذه الحالة إذا كانت التركة عروضاً وعقارات ونقداً (ذهباً وفضة)، وتخرج الورثة مع أحدهم على بدل من التركة، فإنه يمكن التمييز بين الصور الآتية:

● **الصورة الأولى:** إذا كان بدل التخارج نقداً سواء أكان ذهباً أو فضة، وكانت قيمة البديل مساوية لحصة المتخارج من هذا النقد أو أقل منها، كما إذا كانت حصته من الذهب تساوي عشرة دنانير فتخرج على عشرة دنانير أو تسعة، جاز هذا التخارج؛ لأنه أخذ نصيبه من النقد وتنازل عن الباقي، ولكن يشترط حضور كل النقد الذي أخذ منه، حتى لا نكون أمام صورة بيع شيء معجل الثمن بشيء غائب، وهي صورة ممنوعة¹. وأنت ترى أن هذه الصورة يصرحون بأنها بيع.

● **الصورة الثانية:** إذا كان التخارج قد تم على ذهب أو فضة، ولكن بقدر زائد قليلاً عن نصيبه من هذا النقد، كما إذا كان نصيبه من الذهب مثلاً 10 دنانير فتخرج على أحد عشرة ديناراً، فهنا التخارج جائز؛ لأنه قد باع حقه من الفضة والعروض بالدينار الزائد عن حقه في التركة، فيكون قد اجتمع بذلك البيع والصرف في دينار، والمالكية لا يجيزون اجتماع الصرف والبيع في أكثر من دينار، ويشترطون في هذه الحالة حضور كل التركة نقداً وعروضاً². وهذه الصورة نلاحظ أنها بيع بمعناه الخاص، وصراف، والصراف كما هو معلوم يعتبر بيعاً بمعناه العام، وبذلك يكون قد اجتمع في هذه الصورة بيع خاص وبيع عام.

● **الصورة الثالثة:** إذا كان المتخارج من الورثة قد أخذ مقابلاً لحصته في التركة ذهباً، وكانت قيمة الذهب التي أخذها أكثر من نصيبه، وقد تجاوز حد الدينار، فإذا فرضنا مثلاً أن نصيبه من ذهب التركة هو 10 دنانير، ولكنه أخذ مقابلاً لحصته في التركة ككل 12 ديناراً، فهنا يشترط المالكية أن تكون قيمة العروض والفضة التي يستحقها في التركة أقل من قيمة دينار واحد، إما مجتمعة أو منفردة، بمعنى أن تكون قيمة الفضة التي يستحقها أقل من قيمة دينار واحد، أو تكون قيمة العروض التي يستحقها أقل من قيمة دينار واحد، أو

¹ الدسوقي، المصدر السابق، ج3، ص315.

² الدردير، الشرح الكبير، المصدر السابق، ج3، ص315؛ الدسوقي، المصدر السابق، ج3، ص315؛ عيش، المصدر السابق، ج6، ص152.

تكون قيمة العروض والفضة التي يستحقها معا أقل من قيمة دينار واحد، وهذا تفاديا لاجتماع بيع وصرف في أكثر من دينار واحد. كما يشترطون في هذه الحالة أن تكون التركة معلومة وحاضرة أثناء عملية التخارج، فإن كانت قيمة العروض والفضة المستحقة أكثر من قيمة دينار واحد منعت الصورة لاجتماع البيع والصرف في أكثر من دينار واحد¹.

ونلاحظ أن هذه الصورة مثل سابقتها (الصورة الثانية) قد اجتمع فيها بيع وصرف، وبالتالي يكون البيع حاضرا في هذه الصورة أيضا.

● **الصورة الرابعة:** إذا أخذ المتخارج من الورثة مقابل خروجه من حصته في التركة عروضاً، ففي هذه الحالة فالتخارج جائز، بغض النظر عن قيمة ما أخذ، سواء أكان يساوي قيمة حصته، أم أقل منها، أم أكثر، بشرط حضوره كله². والظاهر أن هذه الصورة تعتبر من قبيل البيع؛ لأن البيع يجوز أن يكون بثمن قليل أو كثير، فالمدار على الرضا والاتفاق، وبالتالي تكون هذه الصورة مثل سابقاتها بيعاً من البيوع. هذه هي أهم الصور التي أوردها المالكية تحت الحالة الأولى، وما يمكن أن نلاحظه أنه يغلب عليها تكييف البيع، سواء في معناه الخاص أو العام.

2. الحالة الثانية: أن يأخذ المتخارج بدلا عن حصته من غير التركة:

إذا أخرج الورثة أحدهم من حصته في التركة مقابل شيء من أموالهم الخاصة، فهذه الحالة هي الأخرى تنتظم تحتها مجموعة من الصور، بعضها يجوز، والبعض الآخر لا يجوز، ولكن الذي يهمني من هذه الصور التكييف المعطى لها، وليبيان ذلك سأورد هذه الصور كما ذكرت في المذهب وفق الآتي:

● **الصورة الأولى:** إذا كانت التركة مكونة من نقد (ذهب وفضة) وعروض، وتخرج أحد الورثة من حصته في هذه التركة مقابل أن يعطيه باقي الورثة ذهبا من غير التركة، أو يعطوه فضة من غير فضة التركة، فهذه الصورة لا تجوز في المذهب، سواء أكان البدل أكثر من الحصة الإرثية، أو أقل منها، لماذا؟ لأن بيع النقد والعروض بذهب أو فضة يعتبر بيعا ربويا، فيه ربا الفضل، وإن كانت التركة غائبة كلها أو جزءا منها اجتمعت معها

¹ الدسوقي، المصدر السابق، ج3، ص315؛ عيش، المصدر السابق، ج6، ص152، 153.

² الدردير، الشرح الكبير، المصدر السابق، ج3، ص416؛ الصاوي، المصدر السابق، ج3، ص416.

أيضا ربا النسيئة¹، فهذه الصورة حتى وإن لم تجز نرى أنها بيع من البيوع، وما المنع إلا لاشتمال هذا البيع على الربا المحرم، وبالتالي فلا تخرج هذه الصورة عن عقد البيع وإن كانت ممنوعة.

● **الصورة الثانية:** إذا كانت التركة مكونة من نقد (ذهب وفضة) وعروض، مثل الصورة السابقة، غير أن بدل التخارج عرضا من غير التركة، هنا هذه الصورة تجوز في الفقه المالكي، لكن بشرط توفر الضوابط التالية:

- معلومية التركة كلها للمتخارج ولبقية الورثة، حتى يكون التخارج على شيء معلوم؛ لأن المتخارج يبيع نصيبه والورثة مشتركون، ولا بد أن يكون البيع على معلوم، لا على مجهول.

- أن تكون التركة حاضرة حقيقة في النقد (الذهب والفضة)، أو ولو حكما في العروض، بأن كانت قريبة غير بعيدة، بحيث يجوز النقد فيها، فتكون في حكم الحاضر، وهذا تفاديا لبيع غائب على شرط تعجيل الثمن.

- توفر شروط بيع الدين إن كان في التركة دين، وأن يكون العرض مخالفا للعرض الذي على الغريم².

ونلاحظ أن هذه الصورة هي الأخرى جانب البيع فيها حاضر، إن لم يكن هو المهيمن على كثير من أحكامها وتفريعاتها.

● **الصورة الثالثة:** إذا كانت التركة مكونة من ذهب وعروض، أو من فضة وعروض، فتخارج الورثة على أن يأخذ المتخارج بدلا من غير التركة ذهبا أو فضة، فإذا كانت التركة ذهبا وعروضا وأخذ المتخارج بدلا عن حصته الإرثية فضة من غير التركة، فيشترط أن تكون حصته من الذهب أقل من دينار، أو كانت التركة مكونة من فضة وعروض والمتخارج أخذ بدلا عن حصته ذهبا من غير التركة، فيشترط أن تكون حصته من الفضة أقل من صرف دينار، وهذا كله حتى لا يجتمع في الصورة بيع

¹ الدردير، الشرح الكبير، المصدر السابق، ج3، ص316؛ الدسوقي، المصدر السابق، ج3، ص316؛ عيش، المصدر السابق، ج6، ص153.

² الدردير، الشرح الكبير، المصدر السابق، ج3، ص316؛ الدسوقي، المصدر السابق، ج3، ص316؛ الخرشى، المصدر السابق، ج6، ص07.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

وصرف في أكثر من دينار واحد. وإن كان في التركة دين فيشترط أيضا توافر شروط بيع الدين¹. وبهذا تكون هذه الصورة هي الأخرى مثل سابقاتها متوفر فيها البيع والصرف، وإن قلنا بالمعنى العام فهذه تعتبر بيعا من البيوع. وبالإجمال هذه هي الصور التي أوردها فقهاء المذهب المالكي، حيث تبين من العرض السابق أن معظم الصور سواء أكانت جائزة أم لا يغلب عليها حكم البيع، إن لم نقل كلها يغلب عليها هذا الحكم، سواء البيع بمعناه الخاص، وهو حاضر في أغلب الصور، أو البيع بمعناه العام، وهو حاضر أيضا في هذه الصور، ولعل هذا ما يفسر ما جاء في تبصرة الحكام لابن فرحون²، حيث جاء في الباب الثاني والخمسون، وضمن فصل "الصلح بيع من البيوع" أنه: "والصلح بيع من البيوع إن وقع على الإقرار، وكذا إن وقع على الإنكار عند مالك؛ لاشتراطه فيهما ما يشترط في البيع..."³، وهو ما نقله عنه أيضا صاحب مواهب الجليل⁴، مما يدل على أن التخارج وهو جزء من الصلح وكيف في المذهب المالكي على أنه بيع من البيوع، وهذا ما يبرر اشتراطهم توافر أحكام البيع في صور التخارج.

البند الثالث: المذهب الشافعي والحنبلي

الفقرة الأولى: المذهب الشافعي

إن الصلح من الناحية الشرعية ليس له موضوع خاص به فهو ينصرف إليه، وإنما موضوعه عقود متعددة بحسب المعنى البارز؛ لذلك وجب تحكيم هذا المعنى البارز قصد إعطائه التكييف الصحيح، وبالتالي تطبيق أحكامه عليه. وإذا كان الصلح ينصرف إلى عقد البيع في حالات عديدة؛ باعتباره المعنى الغالب، فإنه في حالات أخرى ينصرف إلى عقود أخرى مثل الهبة والإبراء.

¹ الدردير، الشرح الكبير، المصدر السابق، ج3، ص316، 317؛ الدردير، الشرح الصغير، المصدر السابق، ج3، ص418؛ عيش، المصدر السابق، ج6، ص154؛ الخرشبي، المصدر السابق، ج6، ص07.

² ابن فرحون: هو إبراهيم بن علي بن محمد بن أبي القاسم بن محمد بن فرحون، مغربي الأصل، ولد ونشأ في المدينة في بيت علم، توفي عام 799 هـ وله من العمر نحو 70 عاما، له عدة مؤلفات منها: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، الدياج المذهب، تسهيل المهمات في شرح جامع الأمهات. ينظر: أحمد بابا التنيكتي، نيل الابتهاج بتطريز الدياج، عناية وتقديم عبد الحميد عبد الله الهرامة، دار الكتاب، ليبيا، ط2، 2000، ص33؛ الزركلي، المرجع السابق، ج1، ص52.

³ ابن فرحون، تبصرة الحكام، الكليات الأزهرية، مصر، ط1، 1986، ج2، ص48.

⁴ الخطاب، المصدر السابق، ج7، ص03.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

وإذا أردنا تطبيق هذا الكلام على تصالح الورثة؛ فإن فقهاء الشافعية يوردون الأمثلة والحالات الدالة عليه تحت مسمى الصلح لا التخارج، وهم يقسمونه، تبعاً للتقسيم العام للصلح إلى: صلح إقرار، و صلح إنكار.

ففي صلح الإقرار إذا كان المتخارج من الورثة قد أخذ بدلاً عن حصته الإرثية مقابلاً من غير التركة المتخارج عليها اعتبر هذا الصلح أو التخارج بيعاً، وخضع لأحكامه كاشتراط التقابض إن اشترك البذل والحصّة الإرثية في علة الربا، والتساوي إن كانا من الأموال الربوية، وغير ذلك من أحكام البيع.

أما إن كان بدل التخارج من التركة نفسها، وعادة ما يسمح المتخارج في بعض حقه، فهو في هذا يعتبر هبة، وتجري عليه أحكامها، هذا إذا كان في الأعيان، فإن كان في الدين اعتبر إبراء. هذا ما يتعلق بصلح الإقرار، أما ما يتعلق بصلح الإنكار فيعتبر باطلاً عندهم، باستثناء صلح الورثة فيما بينهم، حيث يجوزونه في حالة الإنكار للضرورة، لكن بشرط أن يكون بدل التخارج من التركة نفسها لا من خارجها، فإن كان من مال خاص بطل الصلح أو التخارج، وفي هذا الاستثناء يستوي أن يكون التصالح متساوياً، ويستوي أن يكون متفاوتاً، فيصح في الحالتين¹.

والظاهر أن هذا الاستثناء قد يكون فيه معنى الهبة، وقد يكون فيه معنى القسمة، والقسمة في المذهب الشافعي فيها قولان: قول يعتبرها إفراز حق، وقول يعتبرها بيعاً. وبهذا نرى أن التخارج في المذهب الشافعي منه ما يكيف هبة وتجري عليه أحكام الهبة، ومنه ما يكيف بيعاً وتجري عليه أحكام البيع.

الفقرة الثانية: المذهب الحنبلي

لم يذكر فقهاء المذهب الحنبلي صوراً معينة للتخارج بين الورثة، وإنما أجروه على القواعد العامة للصلح، وهذه القواعد تقضي بأن الصلح قد يكيف بيعاً، وقد يكيف هبة، وقد يكيف إبراء. والصلح في المذهب الحنبلي أيضاً نوعان صلح إقرار و صلح إنكار. فأما صلح الإقرار فينظر فيه إلى البذل، فإن كان من جنس حقه بقدره فهو وفاء له، وإن أخذ بعض حقه دون البعض الآخر كان إما إبراء وإما هبة.

¹ النووي، روضة الطالبين، المصدر السابق، ج4، ص193-202؛ زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، دط، ج2، ص215-218، ج3، ص173؛ الخطيب الشربيني، المصدر السابق، ج3، ص162-167.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

وإن كان البدل من غير جنس المتخارج عليه كان بيعاً، وجرت عليه أحكام البيع، وينبغي مراعاة شروط الصرف إن كان بيع النقد بنقد آخر، فلو فرضنا أن التركة عقار وتخرج أحد الورثة من حقه في العقار مقابل ذهب أو فضة فهذا المتخارج يعتبر بيعاً وتجرى عليه أحكام البيوع. وأما صلح الإنكار فيشترط فيه إذا كان بدل المتخارج من جنس حق المتخارج أن لا يأخذ أكثر من حقه، إذ يعتبر في هذه الحالة خالياً عن العوض والمقابل، فيكون أكل مال الغير بغير وجه حق، وإن كان من غير جنسه، ففي هذه الحالة فإنه يعتبر بيعاً في حق المتخارج (المدعي)، لاعتقاده أنه أخذه عوضاً عن حقه، ويعتبر في حق المنكر بمثلة الإبراء افتداء ليمينه ودفعاً للضرر عنه، لذلك لا يشترط فيه ما يشترط في الحالة الأولى¹.

وبهذا نرى أن المتخارج في المذهب الحنبلي؛ وإن كان يجري على القواعد العامة للصلح؛ فإنه يكيف في حالات إبراء وهبة ويخضع لأحكامهما، وفي حالات أخرى يكيف على أنه بيع وتجرى عليه أحكامه.

وخلاصة لما سبق فيما يتعلق بتكليف أو طبيعة المتخارج في الفقه الإسلامي فنرى أن اعتباره بيعاً هو الوجه الأبرز في المذاهب الفقهية، خاصة إذا اعتبرنا أن الصرف بيع من البيوع. أما اعتباره هبة وإبراء فأقل حضوراً، وفي صور محدودة، وهو أظهر في بعض الصور في المذهبين الشافعي والحنبلي، عكس المذهبين الحنفي والمالكي، إذ لا يكاد يظهر هذا التكليف، بل يغلب التكليف الأول، وهو البيع أو المعاوضة.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية

بداية سابدأ بذكر التكليف المعطى للمتخارج في الفقه القانوني، ثم أذكر موقف التشريعات القانونية من هذا التكليف.

البند الأول: موقف الفقه القانوني

يمكن إرجاع التكييفات المعطاة للمتخارج في الفقه القانوني إلى أربع تكييفات، هي كالاتي:

الفقرة الأولى: المتخارج بيع للحصة الإرثية

يرى أصحاب هذا التكليف أن الوارث حين يتخارج عن حصته الإرثية لغيره من الورثة، إنما يبيعهم حصته في الغالب الأعم، وقد يتخذ البيع صورة المقايضة، ومعلوم أن المقايضة هي مبادلة

¹ ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج4، ص357-359؛ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، السعودية، ط1، 1993، ج2، ص139-143؛ البهوتي، كشف القناع، ج3، ص391-397.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

مال بمال آخر غير النقود، كما جاء ذلك في المادة 413 ق.م.ج، والفصل 619 ق.ل.ع.م، والفصل 718 من م.ل.ع.ت، معنى هذا أن الوارث المتخارج يترك حصته الإرثية لوارث آخر أو أكثر مقابل عين معينة على سبيل المقايضة، والمقايضة وإن اختلفت بعض الشيء عن البيع إلا أنها داخلة في عمومها، وخاضعة لأحكامه¹.

وقد يتخذ صورة الصرف، والصرف هو مبادلة مال نقدي بمال نقدي آخر، ويكون ذلك إذا كانت التركة مكونة من إحدى العملات كالأورو مثلا أو الدولار، وأخذ المتخارج الدينار أو الدرهم مقابلا لحصته التي تخارج عنها، والصرف هو الآخر وإن اختلف بعض الشيء عن البيع؛ فإنه يندرج ضمن دائرته العامة، وتطبق عليه كثير من أحكامه. وبهذا نرى أن التخارج وفق هذا الاتجاه قد أخذ التكييف الآتي:

- يكيف على أنه عقد معاوضة، إذا كانت الحصة الإرثية عينا وما أُخذَ مقابلا لها أيضا عينا من الأعيان.
- يكيف على أنه بيع من البيوع إذا كان البدل الذي أخذه الوارث المتخارج مالا نقديا، والحصة الإرثية عينا، أو العكس.
- إذا كانت الحصة الإرثية نقدا والبدل المأخوذ من قبل المتخارج نقدا، كيف التخارج على أنه صرف².

الفقرة الثانية: التخارج طريق للقسمة

يرى هذا الاتجاه أن التخارج هو طريق لقسمة المال الشائع الناتج عن الميراث، حيث إن القسمة تعني تركيز المال في يد معينة، أو هي اختصاص كل شريك بجزء مفرز من المال المشترك، وهذا المعنى ملحوظ في التخارج، ذلك أن المتخارج يأخذ نصيبا مفرزا يعادل حصته الإرثية التي تخارج عنها، ولكن حتى يكون هذا المعنى مستقيما ومتطابقا تماما فلا بد أن يكون البدل من التركة نفسها، ففي هذه الحالة سنكون أمام قسمة خالصة، أما إن كان البدل من خارج التركة سواء أكان من وارث واحد، أو من بقية الورثة، فهو بيع³، ولكن حتى هذه الحالة وإن كيفت

¹ أحضع القانون الجزائري والمغربي والتونسي المقايضة لأحكام البيع حسب ما تسمح به طبيعتها راجع المواد: 415 م.ج، 625 ل.ع.م، 724 م.ل.ع.ت.

² صالح أحمد اللهبي، المرجع السابق، ص54، 55.

³ المرجع نفسه، ص55، 56.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

بأنها بيع، وهي كذلك، لكن نلمح فيها معنى القسمة أيضا، فالمتخارج قد أخذ البدل وترك كل المال الذي تركز في يد واحدة إن كان بقية الورثة شخصا واحدا، وهذه قسمة خالصة، وإن كان بقية الورثة أكثر من وارث فأخراج أحد الورثة من المال المشترك هو تمهيد للقسمة النهائية أو الكلية¹. وهنا يرى أصحاب هذا الاتجاه وجوب توفر شروط القسمة في الحالة الأولى؛ لأنها تكيف قسمة خالصة².

الفقرة الثالثة: التخارج يعتبر صلحا

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن التخارج يكيف على أنه صلح، ودليل ذلك أن أغلب التعاريف تورد التخارج على أنه صلح، وقد اعترض على هذا الاتجاه بأن الصلح لا يكون إلا إذا كان هناك نزاع بين الورثة حول استحقاق أحد الورثة، أو حول صفته الإرثية، فإذا اتفقوا معه على أن يأخذ مالا معيناً ويخرج من الشركة ويتنازل عن ادعائه الميراث في باقي الشركة، فهذا الوجه هو الذي يعتبر صلحا؛ لأنه جاء نتيجة نزاع، ولكن ليس كل حالات التخارج فيها نزاع، فقد يحدث أن يتخارج أحد الورثة من الشركة، ولم يسبق ذلك نزاع، فلا يعتبر هذا صلحا³.

ولكن الظاهر أن قولهم بأن التخارج صلح هكذا بإطلاق، أي في جميع الحالات، لعله نابع من ملحظين: الأول أن الصلح يطلق إذا سبقه نزاع فهذا لا إشكال فيه. والثاني أن الصلح يطلق أيضا إذا كان درءا لنزاع محتمل فهذا يعتبر أيضا صلحا، وبالتالي فالتخارج في جميع الحالات إما يكون بعد نزاع حال، وإما درءا لنزاع محتمل، فيكون الصلح إذن في جميع حالات التخارج. كما أن اشتراط سبق النزاع حتى يعد التصرف صلحا هو رأي الشافعية، أما المذاهب الأخرى فيعتبرون درءا لنزاع محتمل صلحا⁴.

الفقرة الرابعة: التخارج تنازل وإبراء

يرى أصحاب هذه الاتجاه أن التخارج هو تصرف تبرعي يتنازل فيه صاحب الحق عن حقه، فقد يأخذ كل حقه، وقد يتنازل عن حقه بعضه أو كله على سبيل التبرع.

¹ هذا الاستنتاج خاص بالباحث.

² صالح أحمد اللهبي، المرجع السابق، ص56.

³ علي هادي العبيدي، المرجع السابق، ص183؛ صالح أحمد اللهبي، المرجع السابق، ص56، 57.

⁴ جاء في روضة الطالبين أن: " لفظ الصلح لا يطلق إلا إذا سبقت خصومة". النووي، روضة الطالبين، المصدر السابق، ج4، ص194. وجاء في شرح مختصر خليل للخرشي أن الصلح يصح: " لرفع نزاع أو خوف وقوعه". الخرشي، المصدر السابق، ج6، ص01.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

وقد اعترض على هذا الرأي بأن التنازل يكون بين المدين والدائن، وفي هذه الحالة يمكن القول إن صاحب الحق (الدائن) قد تنازل عن حقه لمصلحة المدين، أما في حالتنا هذه فهذا الوصف لا ينطبق على التخارج، إذ الورثة ليست بينهم علاقة دائنية ومديونية؛ حتى نقول إنه تنازل، فهم في الميراث على درجة واحدة، إذ سبب استحقاقهم واحد، إما القرابة وإما الزوجية، وبالتالي فتكليف التخارج بأنه تنازل غير دقيق¹.

ولكن يجاب عن هذا بأن الانتقاد الموجه يصدق على الإبراء فهو الذي يتطلب وجود علاقة دائنية ومديونية، يعني بين الدائن والمدين، أما التنازل فلا يشترط فيه توفر هذه العلاقة، فصاحب الحق هو حر في ملكه له أن يتنازل عن حقه، خصوصا إذا استوفى بعض حقه وتنازل عن البعض الآخر على جهة التبرع، وهذا ينطبق على حالات كثيرة في التخارج، وإن لم يكن هو التكليف المهيمن أو الأوحد، لكنه موجود.

وخلاصة القول أن هذه هي أبرز التكييفات المعطاة للتخارج على المستوى الفقهي، ولعل أبرزها وأرجحها في نظر الفقه الرأي الذي يفرق بين حالتين في التخارج:

- **الحالة الأولى:** إذا كان بدل التخارج مالا دفع من التركة ذاتها، فيكيف التخارج على أنه قسمة أو صلحا، حيث إن الورثة الآخرين قد دفعوا للوارث المتخارج مالا من التركة، مقابل حصته الإرثية التي تخارج عنها، وبهذا سيختص الوارث المتخارج بهذا المال المدفوع له مقابلا لحصته، وباقي الورثة يختصون بباقي التركة، وفي هذه الحالة يقع الاتفاق بين الورثة صلحا إذا كان هناك نزاع في استحقاق أحد الورثة، حيث يتصالحون معه على مقابل معين في التركة ويتنازل عن ادعائه في الميراث في باقي التركة على سبيل الصلح، وإن لم يكن هناك نزاع على ميراث الوارث المتخارج، كان التخارج قسمة.
- **الحالة الثانية:** إذا كان الورثة أو أحدهم قد دفع للوارث المتخارج بدلا عن حصته من مالهم الخاص كان هذا التصرف بيعا وسرت عليه أحكامه².

البند الثاني: موقف التشريعات القانونية

بعد بيان موقف الفقه القانوني من طبيعة وتكليف التخارج، سأحاول في هذا العنصر تبين موقف التشريعات القانونية، الجزائري والمغربي والتونسي من التكليف المعطى للتخارج.

¹ صالح أحمد اللهبي، المرجع السابق، ص58، 59.

² السنهوري، الوسيط (ط3)، المرجع السابق، ج4، ص257، 258.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

الفقرة الأولى: موقف المشرع الجزائري

لم يتناول المشرع الجزائري - كما سبق بيانه - موضوع التخارج تحت هذا الوصف، ولم يشر إليه بتاتا في المواد المتعلقة بالميراث في قانون الأسرة، ولا حتى في القانون المدني، أقول بهذا المسمى، لكن ما ورد في بيع التركة، فقد سبق بيان أن هذا البيع المنصوص عليه في المواد من 404 إلى 406 من ق.م.ج يتضمن صورتان صورة بيع التركة لأجنبي غير وارث، وقد تم تناولها في الفصل الأول، وصورة ثانية وهي بيع التركة لوارث، وهذا هو التخارج المعروف في الفقه الإسلامي.

والسؤال المطروح هنا، هل التخارج ككل يكتفي على أنه بيع، وبالتالي يخضع للقواعد المنصوص عليها في بيع التركة في القانون المدني؟ أم أن تكييفه يبعث على حالة واحدة فقط؟ المشرع الجزائري لم يوضح شيئا من هذا، بل نص على بيع التركة بصفة عامة، كما لم يوضح هل تكون المخارحة على مال من التركة أو من خارجها؟ ولكن الفقهاء وشراح القانون قد أخذوا بهذا التفريق¹، وبنوا على أساسه التكييف المعطى - كما سبق بيانه - وبالخصوص الفقه المصري، والظاهر أن ما ذهب إليه الفقه المصري من تكييف للتخارج هو نفسه المعمول به في القانون الجزائري، حيث إذا كان أحد الورثة قد تخارج من التركة على مال من غير التركة كانت طبيعته بيعا، ولا يكون صحيحا إلا إذا استوفى شروطه، أما إذا كان المتخارج قد أخذ بدلا عن حصته الإرثية من التركة فيعتبر قسمة أو صلحا.

وهناك حالة أخرى لم يذكرها الفقه، وهي حالة ما إذا كان البدل من غير التركة، ولكن ليس ثمنا نقديا وإنما مالا آخر، حيث نكون أمام مقايضة مال بمال آخر غير نقدي، وهو ما يعرف بالمقايضة، ذلك أن البيع في النظر القانوني يختلف عن المقايضة من حيث كونه يشترط فيه أن يكون المقابل ثمنا نقديا، أما إن كان مالا آخر اعتبر مقايضة²، ولكن المقايضة في النهاية تخضع لأحكام البيع، وربما هذا ما دعا الفقه لإدراجها ضمن تكييف البيع كحالة واحدة.

¹ السنهوري، الوسيط (3)، المرجع السابق، ج4، ص257، 258؛ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص342.

² البيع في النظر القانوني هو: "عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي"، وفي الفقه الإسلامي يعرف البيع بأنه: "مبادلة مال بمال". فالبيع في القانون لا يشمل وفق هذا التعريف المقايضة، وإن كانت أحكامه تطبق عليها، أما في الفقه الإسلامي فهو يشمل المقايضة أيضا. ينظر: السنهوري، الوسيط (3)، المرجع السابق، ج4، ص20 وما بعدها؛ مصطفى الزرقا، العقود المسماة في الفقه الإسلامي (عقد البيع)، دار القلم، دمشق، ط1، 1999، ص21.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

الفقرة الثانية: موقف التشريع المغربي

ذكرت في المباحث السابقة أن المشرع المغربي لم ينظم التخارج تحت هذا الاسم، وإنما أوردتها ضمن باب الصلح في قانون الالتزامات والعقود، ولعل هذا جريا على ما درج عليه فقهاء الشريعة الإسلامية، الذين يعالجون التخارج ضمن كتاب الصلح، وهذا يعني أن المشرع المغربي قد كيف التخارج صلحا من حيث المعنى العام، ولكن الصلح في الغالب حين يقع بين الوارث الراغب فيه وبين بقية الورثة عادة قد يكون بمقابل، وهذا المقابل إذا كان من غير التركة فيتخذ صورة البيع أو المقايضة، وبالتالي فهذه الصورة تكيف بيعا، وتخضع لأحكامه المقررة في قانون الالتزامات والعقود، وإن كان المقابل من التركة فهو صلح إذا اعتبر درءا لتزاع قائم أو متوقع وخضع لأحكامه، وإن كان الصلح من غير مقابل فهو هبة أو إبراءً وخضع لأحكامهما¹.

جاء في الفصل 1116 من ق.ل.ع أنه: " إذا كان الاتفاق الذي سمي صلحا، يتضمن في الحقيقة وبرغم العبارات المستعملة، هبة أو بيعا، أو أية علاقة قانونية أخرى، وجب أن تطبق على ذلك الاتفاق بالنسبة إلى صحته وآثاره، الأحكام التي تنظم العقد، الذي أبرم تحت اسم الصلح". هذه هي أهم تكييفات التخارج في التشريع المغربي، ولكن التكييف الغالب هو البيع والمقايضة، وإن كانت المقايضة تخضع لأحكام البيع أيضا².

الفقرة الثالثة: في التشريع التونسي

إذا كان المشرع المغربي قد نص على التخارج في باب الصلح من قانون الالتزامات والعقود؛ فإن القانون التونسي قد سار على منواله، حيث نص على التخارج في باب الصلح كما يتضح ذلك من الفصل 1465 من م.ل.ع، وهذا معناه أن المشرع التونسي أيضا قد وضع التخارج ضمن الإطار الكلي لعقد الصلح، وبما أن المصالحة بين الورثة قد تتم بإخراج بعض أو أحد الورثة من نصيبه مقابل شيء معين، قد يكون من المخلف؛ أي التركة، وقد يكون من غيره³، فإن كان المقابل من التركة يمكن القول إن فيه درءا لتزاع حال أو متوقع ومن ثم فمعنى الصلح هو الغالب، وإن كان البديل من غير المخلف اتخذ الصلح صورة البيع إن كان المقابل ثمنا نقديا، أو صورة المعاوضة إن كان البديل مالا غير نقدي. وبهذا التكييف فإن التخارج وفق الصورة الأولى يخضع

¹ عبد الرحمان بلعكيد، المرجع السابق، ص36، 405، 412.

² راجع الفصل 625 ق.ل.ع.م.

³ حسين بن سليمة، المرجع السابق، ص92.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

للأحكام المنصوص عليها في عقد الصلح، أما في الصورة الثانية فيتطلب توافر شروط البيع وفق ما هو منصوص عليه في مجلة الالتزامات والعقود، وبالتالي يخضع لأحكامها بما في ذلك صورة المقايضة¹.

المبحث الثاني: الأثر المترتب في الالتزامات التعاقدية المتقابلة

سبق وتبين أن التخارج إذا كان البديل فيه من خارج التركة أو المخلف فهو بيع، وهذه الحالة ينطبق عليها ما ذكر من التزامات وأحكام تخص بيع الوارث حصته لأجنبي المذكورة في الفصل الأول، سواء أكان ذلك بين الفرقاء البائع والمشتري، أو مع طبقة الغير، لذلك لن أكرر ما تعلق بهذه الالتزامات والأحكام، إلا ما اقتضاه الموقف ودعت إليه الضرورة، ففي القانون الجزائري سنكون أمام التزامات المتقاسمين أو المتصالحين، لا التزامات المتبايعين؛ لأن التزامات المتبايعين - كما ذكرت أعلاه- ترجع إلى الصورة المذكورة في الفصل السابق، على خلاف ما عليه الأمر في التشريع المغربي والتونسي والفقهاء الإسلاميين، فالتخارج في هذه التشريعات يشكل كتلة واحدة، ولذلك سنكون أمام المتبايعين والمتعاونين أو المتصالحين، ولهذا سأقسم هذا المبحث إلى مطلبين، أتناول في المطلب الأول الالتزامات المتولدة بين الفرقاء (الطرفين)، وفي المطلب الثاني أتناول الالتزامات المؤثرة في طبقة الغير.

المطلب الأول: الالتزامات المتولدة بين الفرقاء (الطرفين)

أقسم هذا المطلب إلى فرعين، الفرع الأول: في انتقال الملكية والتسليم، والفرع الثاني: في الضمان.

¹ حاتم محمدي، المرجع السابق، ص324.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

الفرع الأول: في انتقال الملكية والتسليم

البند الأول: في القانون الجزائري: ذكرت أعلاه أنه في عقد التخارج إذا كان بدل التخارج من غير التركة فسنكون أمام حالة بيع، وتكون التزامات الأطراف المتبايعين، وبالتالي فالانتقال والتسليم للملكية في هذه الصورة سيكون وفق الأحكام المقررة في صورة بيع الوارث حصته لأجنبي المذكورة في الفصل الأول.

أما إذا كان البدل من داخل التركة أو المخلف فسنكون أمام التزامات المتقاسمين أو المتصلحين، ومعلوم عن عقد القسمة أو الصلح أنهما من العقود الكاشفة، أو ذات الأثر الكاشف. فما معنى العقود الكاشفة أو ذات الأثر الكاشف، وما علاقة التكييف بالرسومية والشهر وأثره في نقل الملكية؟

الفقرة الأولى: المقصود بالعقود الكاشفة

إذا كان حق الشريك المشتاع من الناحية المعنوية محمداً بحصته الشائعة؛ فإنه من الناحية المادية يرد على الملك الشائع كله، وهنا يبرز دور العقود الكاشفة، حيث يؤدي ترتيبها إلى إحداث التطابق بين الجانب المعنوي والجانب المادي للملكية المشاعة، وذلك بتركيزهما معا في شيء مفرز يكون ملكه خالصاً لصاحبه.

والتخارج سواء أكان قسمة أو صلحاً باعتباره من العقود الكاشفة، فهو يؤدي إلى تحقيق هذا التطابق، فهو لا ينشئ حقاً جديداً بقدر ما يكشف عن حق ثابت لهذا الشريك منذ بداية الشروع، وهو بهذا لا يمنح لهذا الشريك سنداً جديداً، بل سنده مستمد من السند الأصلي للملكية المشاعة، فالوارث الذي تلقى حصة مشاعة من مورثه في التركة المخلفة، فإذا تخارج مع الورثة سواء أكان ذلك صلحاً أم قسمة، على شيء من المخلف ذاته؛ فإن سند تملكه لهذا الشيء المفرز، والنتيجة كبديل للتخارج، إنما مرده ابتداء لواقعة الميراث لا للتخارج، فهو للمتخارج ليس حقاً جديداً، ومن ثم فلا ينقل إليه ملكية مال التركة، بل يقتصر أمره على إحداث تغيير في تركيبة التركة، بحيث يجمع بين الجانب المعنوي والجانب المادي، ويحصره في هذا الجزء المفرز الذي كان بدلاً للتخارج¹.

¹ راجع هذا الأثر في عقد القسمة في: عبد المنعم فرج الصده، محاضرات في القانون المدني، الملكية في قوانين البلاد العربية، معهد الدراسات العربية العالمية، جامعة الدول العربية، القاهرة، دط، 1962، ص 69، 70.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

وبهذا الأثر فإن الوارث المتخارج لا يلتزم بنقل ملكية أعيان التركة التي تخارج عنها إلى بقية الورثة، سواء أكان صلحا أم قسمة، إلى بقية الورثة، فهم يعتبرون مالكين لها منذ البداية، وفي المقابل لا يلتزم هؤلاء الورثة بنقل ملكية المال الذي أخذه الوارث المتخارج من التركة؛ لأنه مالك له هو أيضا منذ البداية.

كما ينتج عن تطبيق الأثر الكاشف أثر آخر لازم لحماية الملكية، يتمثل في أن جميع الحقوق العينية التي قد يكون بقية الورثة رتبوها على هذا المال الذي أخذه المتخارج، أو يكون الوارث المتخارج قد رتبها على أعيان التركة التي تخارج عنها، تسقط، إذ يعتبر الورثة نتيجة لهذا الأثر أنهم لم يملكوا شيئا من المال الذي أخذه الوارث المتخارج، كما يعتبر هذا الوارث أنه لم يملك شيئا من هذه الأعيان التي تخارج عنها، فيكون التصرف الذي أبرمه هؤلاء الورثة على بدل التخارج صادرا من غير مالك، فلا يكون نافذا في حق الوارث المتخارج إلا بإجازته، والشيء نفسه بالنسبة للتصرف الذي أبرمه الوارث المتخارج في أعيان التركة التي تخارج عنها، فتكون أيضا صادرة من غير مالك، ولا تكون نافذة في حق الورثة إلا بإجازتهم¹، والدليل على ما سبق ذكره ما ورد النص عليه في المادة 730 ق.م، حيث جاء فيها: "يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشروع، وأنه لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى". وجاء في المادة 463 أن: "للصلح أثر كاشف بالنسبة لما اشتمل عليه من الحقوق، ويقتصر هذا الأثر على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها". كما ورد أيضا في المادة 462: "ينهي الصلح التزاعات التي يتناولها. ويترتب عليه إسقاط الحقوق والادعاءات التي تنازل عنها أحد الطرفين بصفة نهائية".

وإذا كان عقد الصلح لا خلاف في أنه عقد كاشف، ونص المادة 463 صريح في ذلك؛ فإن عقد القسمة يلفه الغموض والتضارب، إذ نجد نصوصا مثل نص المادة 730 ق.م التي تقرر الأثر الرجعي للقسمة والبدال على الأثر الكاشف لها، نجد في المقابل نصوصا أخرى تنفي هذا الأثر الرجعي من ذلك المادة 1/731، والمادة 890 وأيضا المادة 2/714. ولعل هذا التضارب ناتج عن ما شاع من خلط بين الأثر الكاشف والأثر الرجعي، واعتبارهما مدلولوا واحدا؛ أي إن ذكر أحدهما يدل على الآخر، ولكن الفقه الحديث يفارق بينهما، حيث إن الأثر الكاشف يستند إلى أمر حقيقي وليس مفترضا، ذلك أن القسمة لا تعتبر سند تملك، بقدر ما تكشف عن حق ثابت

¹ السنهوري، الوسيط (3ط)، ج4، ص259، 260.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

منذ بدء الشيوع، وهذا الأثر له مجموعة من النتائج يؤخذ بها دون توضيح¹، في حين أن الأثر الرجعي يعتبر مخالفاً للحقيقة الواقعية، إذ هو مجرد افتراض واصطناع يجعل من الشخص المقتسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ بدء الشيوع، ولم يملك غيرها في بقية الحصة، وهذا غير صحيح، فقد كان مالكا في الشيوع حقيقة، ولذلك تخلى الفقه الحديث عن هذا الأثر؛ لأن الأثر الكاشف يغني عن ما يقرره الأثر الرجعي².

وإذا كان القضاء الجزائري - حسب اجتهاد المحكمة العليا- يغلب الأثر الناقل في عقد القسمة على الأثر الكاشف³، فإني أرى أن نصوص القانون المدني المتعلقة بالقسمة يظهر منها تغليب الأثر الكاشف على الأثر الناقل، وذلك للأسباب الآتية:

- إن نص المادة 730 ق.م واضح وصريح في الدلالة على الأثر الكاشف، وإن كان فيه تعبير عن الأثر الرجعي، لكن تبين فيما مضى أن الخلط الشائع قد جعل من إطلاق أحدهما دالا على الآخر، كما أن إقرار جواز نقض القسمة للغبن يدل على أنها عقد كاشف لا ناقل.

- إن المشرع وإن لم يبطل التصرفات الانفرادية المبرمة قبل الشيوع، والتي وقعت عند القسمة في عقار الشريك الآخر؛ إلا أنه قد أسقطها من هذا العقار ونقلها إلى عقار المتصرف بطريق الحلول، وهذا كله إعمالا للأثر الكاشف من جهة، ومن جهة أخرى سلوكه منهجا توفيقيا

¹ من هذه النتائج أو هذه الحلول العملية: عدم نفاذ التصرفات التي انفراد بتوقيعها أحد الشركاء، عدم صلاحية القسمة سندا للتقادم القصير، جواز نقض القسمة للغبن، راجع: عبد المنعم فرج الصده، محاضرات في القانون المدني، الملكية في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 78 وما بعدها.

² إن تقرير الأثر الرجعي مرده حماية المتقاسم من الحقوق التي أبرمها غيره من الشركاء على المال الشائع أثناء الشيوع، حيث إن عدم وقوع الجزء المتصرف فيه عند القسمة في حصة الشريك الآخر، يجعل هذا الشريك قد ملك الجزء الذي آل إليه مفرزا منذ عهد الشيوع طبقا للأثر الرجعي، وبالتالي يكون التصرف الواقع عليه قد صدر من غير مالك فلا ينفذ في حقه. وينحصر الأثر الرجعي في تحقيق هذا الغرض فقط، ولكن هذه النتيجة يؤدي إليها أيضا الأثر الكاشف، إذ مقتضى تطبيق هذا الأثر أنه لا يجعل المتقاسم خلفا لبقية المتقاسمين، ولذلك فهو يختص أيضا بالحق الذي آل إليه حاليا من أي حق رتبته شريك آخر غيره. ينظر: عبد المنعم فرج الصده، محاضرات في القانون المدني، الملكية في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 69، 82، 83، 84. راجع بحمل الآراء الواردة في الأثر الكاشف والناقل في: السنهوري، الوسيط، ج 8، ص 945 وما بعدها.

³ غ.ع قرار رقم 229261 صادر بتاريخ: 2002/04/24، إ.ق، ع خاص، 2004، ج 2، ص 269؛ غ.ع قرار رقم 462587 صادر بتاريخ: 2008/07/16، م.م.ع، ع 2، 2008، ص 261، نقلا عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء العقاري، المرجع السابق، ج 1، ص 275، ج 2، ص 668. ويظهر من هذه القرارات وقرارات أخرى أن قضاة الموضوع يرون أن القسمة كاشفة، ولذلك اعتدوا في أحكامهم بالعقود العرفية، وبالتالي فالقضاء ليس متفقا على رأي واحد.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

بين المصلحتين معا، دون مراعاة إحداهما وإهمال الأخرى¹، وبالتالي فلا تعني النصوص الدالة على هذا الأمر أن فيها دلالة على الأثر الناقل، بل ينبغي أن تفهم وفق هذا المعنى، حتى تجمع ونوفق بينها وبين نص المادة 730 ق.م، والجمع أولى من إهمال إحداهما وإعمال الأخرى.

- إن النصوص التي ترجع حساب قيمة الأموال إلى زمن القسمة لا إلى زمن بداية الشروع؛ أراها تنفي الأثر الرجعي لا الأثر الكاشف، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن الشروع من الناحية الواقعية كثيرا ما يكون ممتدا إلى زمن بعيد، وسنوات طوال، خصوصا الشروع الناتج عن الميراث، ولو أرجع التقييم إلى هذا الزمن لكان منافيا للعدالة، ولكان ضرره أكبر من نفعه، فالعدل يقتضي إرجاعه إلى الزمن القريب، ومن جهة ثالثة فإن الخلل والنقص الذي استدعى التقييم راجع إلى وقوع القسمة، فكان من المنطقي إرجاعه إلى زمنها². وبهذا يتبين أن نصوص القانون المدني تغلب في عقد القسمة الأثر الكاشف على الأثر الناقل وبالتالي فإن التخارج سواء أكان صلحا أو قسمة يعتبر ذا أثر كاشف، أو بالأحرى يغلب عليه الأثر الكاشف لا الناقل.

الفقرة الثانية: علاقة الرسمية والشهر بالأثر الكاشف

إذا كان التخارج كصلح أو قسمة يعتبر ذا أثر كاشف للملكية لا ناقلا لها، فهل معنى هذا أنه لا ضرورة لوجود الرسمية والشهر لقيام الحق بين الطرفين، وإنما الاحتجاج به على الغير فقط؟ أم أنه لا بد من وجوده حتى بين الطرفين؟ وهل معنى هذا أن الرسمية والشهر تشترطان فقط في العقود الناقلة؟ أم إنها تشترط في كل تصرف يكون واردا على عقار بغض النظر عن طبيعته؟ للإجابة عن هذه الأسئلة سأبدأ بالرسمية، ثم أنتقل إلى الشهر.

أولا: الرسمية

تنص المادة 324 مكرر 1 على أنه: "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية، أو محلات تجارية، أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو

¹ مصلحة المتقاسم في خلوص ملكية العين المفروزة خلوصا تاما، ومصلحة المتصرف إليه في ضمان وبقاء حقه قائما. والنصوص الدالة على مسألة التصرف الانفرادي في المال الشائع هي: المادة 2/714، والمادة 890 ق.م.ج.

² النصوص المقصودة في هذه المسألة هي المادة 731، والمادة 2/732 ق.م.ج.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد، كما يجب تحت طائلة البطلان إثبات العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي، وتودع الأموال الناتجة عن هذه العمليات لدى الضابط العمومي المحرر للعقد".

وجاء في المادة 793: " لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار"¹.

والظاهر من هذه المواد أنها تخص العقود الناقلة، اللهم إلا إذا قلنا إن عبارة " التنازل عن أسهم من شركة ... " تتضمن عقد الصلح، وإن كانت غير واضحة الدلالة، ولكن لا أعتقد أن المشرع قد قصد بهذا الإيراد الحصر، بل الأقرب أنه على سبيل المثال، إذ يبدو أن قصد المشرع هو إفراغ كل التصرفات الواردة على عقار في شكل رسمي، وهذا ضمناً لمبدأ الائتمان العقاري، باعتبار أن المحرر الرسمي² أكثر قوة وحجة وأكثر ضمناً من المحرر العرفي، ولذلك فإن هذه المواد تشمل بفحواها العقود الكاشفة، ومنها عقد التخارج سواء أكان صلحاً أو قسمة، ولا أرى تبعاً لهذا المقصد تعارض الرسمية مع الأثر الكاشف، خاصة وأن المشرع يوجب الشهر - كما سيأتي - والشهر يتطلب وجوب الرسمية³. وإذا كان نص المادة 324 مكرر¹ غير صريح بالنسبة للعقود الكاشفة؛ فإن نص المادة 324 مكرر⁴ قد أورد عبارة " العقود المعلنة " في مقابلة " العقود الناقلة" والظاهر أنه يقصد بها العقود الكاشفة، ومع ذلك فورودها في هذه المادة غير كاف في وجوب تطلب الرسمية، بل كان الأولى إيرادها في المادة 324 مكرر¹؛ حتى تكون دلالتها واضحة وقطعية، ولعل هذا الغموض وعدم الوضوح هو ما جعل الاجتهاد القضائي يختلف حول ضرورة وجوب الرسمية في العقود الكاشفة من عدمه، فحسب ما يظهر في كثير من القرارات التي

¹ تماثلها نص المادة 1/934 من القانون المدني المصري، مع العلم أن القانون المصري لا يشترط الرسمية، ولا حتى الشهر إلا في مواجهة الغير.

² أفضل استخدام مصطلح "المحرر" فهو أدق من مصطلح "العقد"، هذا الأخير الذي قد يؤدي في بعض الحالات إلى فكرة ازدواجية العقد، مثل بيع التركة كمجموع من المال.

³ راجع نص المادة 61 من المرسوم 63/76 المؤسس للسجل العقاري.

⁴ تنص المادة 324 مكرر⁴ على أنه: "بين الضابط العمومي في العقود الناقلة أو المعلنة عن ملكية عقارية، طبيعة وحالات ومضمون، وحدود العقارات وأسماء المالكين السابقين، وعند الإمكان صفة وتاريخ التحويلات المتتالية".

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

نقضت على مستوى المحكمة العليا أن قضاة الموضوع منهم من ذهب إلى أن عقد القسمة لا يشترط فيه الرسمية؛ لذلك حدا بهم الأمر إلى إقرار العقود العرفية، والظاهر أن صنيعهم هذا مستند إلى اعتبارهم عقد القسمة من العقود الكاشفة، التي لم تذكر في نص المادة 324 مكرر¹، وعلى خلاف هذا ذهب قضاة المحكمة العليا إلى أن عقد القسمة يجب أن يفرغ في شكل رسمي؛ حتى يكون مقبولاً، من هذه القرارات، القرار رقم 224884 الصادر عن الغرفة المدنية والذي جاء فيه: "من الثابت قانوناً أن القسمة الودية للعقار التي لم تفرغ في الشكل الرسمي ولم تمر عليها فترة خمسة عشر سنة من يوم وقوعها تكون قسمة غير نهائية، ويجوز التراجع عنها والمطالبة بقسمة قضائية نهائية"².

وفي قرار آخر رقم 414655 صادر عن الغرفة العقارية، جاء فيه أنه: "لا يمكن إثبات القسمة الودية المنصبة على عقار إلا بموجب عقد رسمي"³.

وإذا كان هذا القرار قد صرح بأن إثبات القسمة لا يكون إلا بعقد رسمي؛ فإن بعض القرارات الأخرى قد ذهبت إلى تبرير وجود الرسمية على أساس أن عقد القسمة عقد ناقل، من ذلك القرار رقم 226161 الصادر عن الغرفة العقارية والذي جاء فيه: "القضاء بالمصادقة على قسمة ودية تمت بعقد عرفي مؤرخ في 1993 هو قضاء مخالف للقانون، ما دام أن نقل ملكية أو عقار يجب أن يكون في الشكل الرسمي"⁴.

¹ من ذلك القرار 224884 الصادر عن الغرفة المدنية الذي نقض القرار الصادر عن مجلس قضاء البلدة الصادر بتاريخ: 1998/09/26 الذي أقر القسمة الودية المرمة سنة 1984 في شكل عرفي.

أيضاً القرار 462587 الصادر عن الغرفة العقارية بتاريخ: 2008/07/16، والذي نقض القرار الصادر عن مجلس قضاء تيزي وزو بتاريخ: 2005/11/15 والذي أقر ضمناً عقد قسمة بطريقة ودية عرفية تمت سنة 1996، ولم تفرغ في شكل رسمي. راجع تفصيل هذه القرارات في: جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، المرجع السابق، ج3، ص114 وما بعدها؛ جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء العقاري، المرجع السابق، ج2، ص668 وما بعدها.

² غ.م رقم 224884 صادر بتاريخ: 2000/05/17، م ق، ع2، 2001، ص129؛ جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، المرجع السابق، ج3، ص114.

³ غ.ع قرار رقم 414655 صادر بتاريخ: 2007/09/12، م.م.ع، ع1، 2008، ص211؛ جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء العقاري، المرجع السابق، ج2، ص645.

⁴ غ.ع قرار رقم 229161 مؤرخ بتاريخ: 2002/04/24، أ.ق، ع.خ، 2004، ج1، ص269؛ نقلاً عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء العقاري، المرجع السابق، ج1، ص275.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

أيضا قرار صادر عن الغرفة العقارية تحت رقم 452587، جاء فيه: " تفرغ وجوبا القسمة الودية المنصبة على نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية في الشكل الرسمي"¹. فهذه القرارات في إثباتها أن عقد القسمة عقد ناقل أراها قد غلبت الأثر الناقل، رغم أن النصوص القانونية المتعلقة بالقسمة - كما سبق بيانه - يظهر منها أن الأثر الكاشف هو الغالب، ذلك أن المتقاسم ليس خلفا للمتقاسمين، حتى نقول إن عقد القسمة عقد ناقل، بل تلقاها من مصدرها الأصلي، وانتقلت إليه بهذا الطريق، ففي عقد التخارج الملكية تنتقل بواقعة الميراث، لا بعقد القسمة.

هذا عن عقد القسمة، أما عقد الصلح فهو الآخر يتطلب الإفراغ في محرر رسمي، وإن لم يظهر ذلك صريحا من نص المادة 324 مكرر¹، إلا أن القضاء قد استقر على وجوب إفراغ عقد الصلح في محرر رسمي؛ حتى يعتد به قانونا، حيث جاء في القرار رقم 274325 الصادر بتاريخ: 2004/07/21 عن الغرفة العقارية بالحكمة العليا أن: " الصلح المنصب على عقار يخضع للرسمية"، حيث جاء في حيثياته: " وحيث أن هذا الصلح الذي كان محله قطعة أرض تقع بالمنطقة الصناعية، وتخضع لقانون خاص، ودفتر شروط، ولا يمكن التنازل على الأرض أو جزء منها بمجرد صلح عرفي مخالف للقانون، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن هذا الصلح الذي ينصب على عقار لا بد أن يخضع إلى شروط نص المادة 324 الفقرة الثانية مكرر..."².

كما جاء في قرار آخر صادر بتاريخ: 2010/06/10 تحت رقم 586004، جاء فيه أنه: " ليس للصلح الحاصل أمام الخبير أي أثر قانوني، في حالة عدم اعتماده قضاء، وإنكاره من أحد الطرفين". حيث جاء في حيثياته أنه: "...لما كان المقرر قانونا أن الصلح المعتد به هو الذي يتم بموجب عقد رسمي أو حكم قضائي ما دام الأمر يتعلق بقسمة عقار طبقا لنص المادتين 459،

¹ غ.ع قرار رقم 462587 مؤرخ بتاريخ: 2008/07/16، م.م.ع، ج2، 2008، ص668؛ نقلا عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء العقاري، المرجع السابق، ج2، ص668.

² غ.ع قرار رقم 274325، مؤرخ بتاريخ: 2004/07/21، م.م.ع، ج2، 2004، ص287؛ نقلا عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء العقاري، المرجع السابق، ج1، ص466، 468.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

11/424 من ق.م فليس الصلح الذي تم أمام الخبير من دون اعتماده قضاء، أي أثر قانوني إن أنكره أحد الأطراف².

خلاصة لما سبق فإن عقد التخارج سواء أكان صلحا أو قسمة، باعتباره كاشفا للملكية، يتطلب الإفراغ في محرر رسمي، إذا كان مشمولاً بعقار، وهذا على أساس الإثبات وتدعيم الائتمان العقاري، لا على أساس أنه ناقل للملكية، وبهذا لا يتعارض مع خاصية الأثر الكاشف. هذا وإذا كان الإفراغ في محرر رسمي لا يتعارض والأثر الكاشف؛ فإنه ينبغي تعديل المادة 324 مكرر 1 وحذف العبارة: " تحت طائلة البطلان "، لأن المحرر الرسمي ليس داخلا في تركيبة وماهية العقد، ولذلك فلا يمكن أن يؤدي انعدامه إلى بطلان العقد.

ثانيا: الشهر

جاء في المادة 14 من الأمر 74/75 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام، وتأسيس السجل العقاري أنه: " تلزم الإشارة من أجل مسك مجموعة البطاقات العقارية إلى ما يلي: " جميع العقود الرسمية المنشئة أو الناقلة أو المصرحة أو المعدلة المتعلقة بالملكية العقارية التي ستعد بعد تأسيس مجموعة البطاقات العقارية...".

وجاء في المادة 15 من الأمر نفسه أن: " كل حق الملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية " .

أما المادة 16 من هذا الأمر أيضا فقد أكدت على: " أن العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرهما في مجموعة البطاقات العقارية " .

فهذه المواد تؤكد صراحة على أن العقود الكاشفة، يجب أن تشهر في البطاقات العقارية، وهذا ما يظهر من مصطلح " أو المعدلة " الذي يعني العقود الكاشفة.

وقد أكد هذا الاجتهاد القضائي، حسب ما جاء في قرارات المحكمة العليا، حيث جاء في القرار رقم 231832 الصادر عن الغرفة العقارية أنه: "من المقرر أن العقود الإدارية والاتفاقات التي

¹ الظاهر أنه وقع تصحيف، إذ المقصود المادة 1/462، لا المادة 424 فهذه المادة بعيدة عن موضوع الصلح.

² غ.ع قرار رقم 586004 صادر بتاريخ: 2010/06/10، م.م.ع، 1ع، 2011، ص126؛ نقلا عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء العقاري، المرجع السابق، ج2، ص801، 802.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية. ومن ثم فإن استبعاد وثيقة للقسمة الودية المحتج بها من الطاعنين لعدم شهرها والأمر بإجراء قسمة للتركة يعد تطبيقاً سليماً للقانون"¹.

يظهر من هذا القرار وقبله من المادة 16 أن عدم شهر العقود الكاشفة لا يكون له أي أثر حتى بين الأطراف، وهذا الحكم يبدو في ظاهره متعارضاً مع أثر العقود الكاشفة، بل حتى مع رضائية العقود بصفة عامة، وربما هذا ما دعى بعض الفقه إلا القول برجعية أثر الشهر، حتى وإن لم يقره غالبية الفقه الذي لا يرى للشهر أثر رجعي²، ولكن وجود هذا الرأي يظهر هذا التعارض الموجود في فكر هؤلاء الفقهاء. ومع هذا لا أرى أنه يشكل تعارضاً، ذلك أن الشهر لا يحول دون تطبيق نتائج الأثر الكاشف المشار إلى بعضها سابقاً، وهي معترف بها في القانون الجزائري، ربما ما ذكر في الفقه من عدم الحاجة إلى تسجيل وشهر العقود الكاشفة إلا للاحتجاج به اتجاه الغير، فهذه النتيجة إنما يذكرها فقه الدول التي تتبنى النظام الشخصي، وتفرق في قوانينها بين العقود الناقلة والعقود الكاشفة، ولكن الدول التي تتبنى نظام الشهر العيني، فلا تفرق في الشهر بين العقود الكاشفة والعقود الناقلة، ولذلك فلا يحول الشهر ولا يتعارض مع الأثر الكاشف ونتائجه التطبيقية، كما أن التخارج سواء أكان قسمة أم صلحاً ينبغي أن يفهم في ضوء نص المادة 15 من الأمر 74/75 والتي ترجع انتقال الملكية بواقعة المراث إلى زمن وفاة أصحاب الحقوق العينية؛ لا إلى زمن الشهر.

البند الثاني: في القانون المغربي والتونسي

الفقرة الأولى: في القانون المغربي

تبين فيما سبق أن التخارج في القانون المغربي قد يكون بيعاً أو معاوضة، ويخضع لأحكام البيع، وقد يكون صلحاً ويخضع لأحكام الصلح، ولذلك سأبدأ بحالة التخارج كبيع، ثم التخارج كصلح.

أولاً: التخارج كبيع أو معاوضة

¹ غ.ع قرار رقم 231832 مؤرخ بتاريخ: 2002/06/18، ا.ق، ع خاص، 2004، ج4، ص265؛ نقلاً عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء العقاري، المرجع السابق، ج1، ص277.

² حشود نسيمة، المرجع السابق، ص 181، 182.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

التخارج معاوضة وإن جاز اعتباره صورة من صور القسمة في معناها العام، باعتبارها تجري على مجموع المتروك أو البعض منه، وما يترتب عليها من تصفية الشيعاء، ولكن يبقى مع ذلك يختلف عن القسمة، من حيث كونه معاوضة، والمعاوضة تندرج تحت البيع، وتأخذ أحكامه، ولذلك فالتخارج معاوضة تجري عليه أحكام البيع¹.

والمشرع المغربي لم يورد للتخارج كبيع أحكاما خاصة، وإنما يخضع للأحكام المنظمة لعقد البيع بصفة عامة، ولذلك لن أغوص في التفاصيل الجزئية الموجودة في كتب العقود المسماة، وإنما أذكر ما أراه مهما، ويخدم البحث في إطاره العام. وقبل الحديث عن أهم النقاط المتعلقة بالتزام التسليم، أود الإشارة إلى نقل الملكية، حيث يعتبر نقل الملكية في القانون المغربي إحدى خصائص عقد البيع في حد ذاته، حيث تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري بقوة القانون حسب نص الفصل 491 ق.ل.ع، ولا يعتبر التزاما يقع على عاتق البائع، كما هو عليه الأمر في القانون الجزائري والمصري، وهو بهذا يماثل ما عليه الفقه الإسلامي، ويترتب على هذا أنه بمجرد إبرام عقد البيع تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري ويخرج من ذمة البائع، مع ما يترتب عن ذلك من آثار.

ولهذا المبدأ استثناءات بعضها اتفاقي؛ أي يخضع لاتفاق الأطراف كتحديد موعد انتقال الملكية، والبعض الآخر تشريعي، والتشريعي يتعلق فيما إذا كان محل التخارج عقارا أو حقوقا عقارية أو أشياء أخرى يمكن رهنها رهنا رسميا، حيث طبقا لنص الفصل 489 ق.ل.ع، إذا كان محل التخارج عقارات أو منقولات مثل السفن والطائرات والأصول التجارية، وغيرها من المنقولات التي يمكن أن تكون محلا للرهن الرسمي؛ فإن الملكية في هذه الحالة لا تنتقل بين المتعاقدين إلا بعد كتابة المخارحة في محرر ثابت التاريخ، مع تسجيلها لدى إدارة التسجيل²؛ حتى تسري آثارها على الغير.

وإذا كان محل المخارحة عقارات محفظة³ فلا تكفي لانتقال الملكية الكتابة في محرر ثابت التاريخ، وإنما لا بد من تسجيلها في سجلات المحافظة العقارية، حسب نص الفصل 67 من ظهير التحفيظ الصادر في: 12 أوت 1913 والمعدل والمتمم بالقانون رقم 07-14 الصادر بتاريخ:

¹ راجع هذا المعنى في: عبد الرحمان بلعكيد، ص 405.

² راجع المقصود بالتسجيل الوارد في الفصل 489 ل.ع.ل. والخلاف الفقهي فيه في الفصل الثاني من الباب الأول في هذا البحث.

³ العقارات المحفظة تقابلها العقارات غير المحفظة، والتحفيظ يقابل مصطلح المسح في القانون الجزائري.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

22 نوفمبر 2011، حيث جاء في هذا الفصل: " إن الأفعال الإرادية والاتفاقات التعاقدية، الرامية إلى تأسيس حق عيني أو نقله إلى الغير، أو الاعتراف به أو تغييره أو إسقاطه لا تنتج أي أثر ولو بين الأطراف إلا من تاريخ التسجيل، دون الإضرار بحقوق الأطراف بعضهم على بعض وكذا بإمكانية إقامة دعاوى فيما بينهم بسبب عدم تنفيذ اتفاقهم ".¹

إن هذا الفصل يقضي بأن التخارج إذا كان محله عقارات محفظة؛ فإن انتقال الملكية لا يكون إلا بتسجيل هذه العقارات في السجل العقاري، أما العقد ففي هذه الحالة لا ينشئ إلا التزاما بنقل الملكية من البائع إلى المشتري، وهذا هو ما عليه جانب مهم في الفقه المغربي، على خلاف الرأي الآخر الذي يرى أن الملكية تنتقل بمجرد تمام العقد ولو تعلق الأمر بعقار محفظ¹، وقد مال القضاء إلى الرأي الأول، وهذا ما نلمسه في كثير من القرارات القضائية، سواء الصادرة عن محكمة النقض، أو عن الدرجات الأدنى، فقد جاء في قرار صادر عن محكمة النقض أنه: " إلى أن يسجل على الرسم العقاري، فإن العقار المحفظ لا ينتج أي أثر ولو بين الأطراف ولا يكتسب المشتري أي حق عيني على العقار، كما لا يعطيه حق المطالبة بوضع يده عليه ولا المطالبة بثماره وأنه إذا كان من حقه كمشتري أن يطالب البائع بتنفيذ التزامه بالبيع، وتكون له المصلحة في أن يتخذ ضده كل الإجراءات التحفظية التي تحمي العقار من خطر تفويته؛ فإن الحراسة القضائية في الوقت الذي تؤدي إلى انتزاع العقار من إدارة مالكة شرعي وحرمانه من الانتفاع بثماره لا تشكل إجراء ضروريا للمحافظة على العقار من التفويت"².

وفي قرار آخر صادر عن الجهة نفسها، جاء فيه أنه: " لما كان البيع على حق عقاري محفظ لا مفعول له بين المتعاقدين حتى يقيد بالرسم العقاري، كما ينص على ذلك الفصلان 66 و67 من ظهير 12 غشت 1913، وأن ضمان الحقوق العينية لا يحصل ولو بين الطرفين إلا بإشهارها عن طريق تقييدها بالرسم العقاري، كما يصرح بذلك الفصل 2 من ظهير يونيو 1915 المتضمن الأحكام الجارية على العقار المحفظ³، فإن محكمة الاستئناف حين اعتبرت الطاعن الذي لم يسجل شراؤه للمدعى فيه بالصك العقاري قبل بيعه للمستأنف عليها غير مالك لما تصرف فيه البيع؛ لأن

¹ عبد الرحمان الشرفاوي، قانون العقود المسماة (الكتاب الأول، العقود الناقلة للملكية، عقد البيع)، مطبعة الأمنية، الرباط، ط1، 2011، ص152 وما بعدها؛ عبد الرحمان بلعكيد، المرجع السابق، ص415.

² قرار صادر عن م.أ بتاريخ: 1984/05/30 تحت رقم 920 في الملف المدني 91384، م.ق.أ، ع37، ص38، وما بعدها، نقلا عن محمد بفقير، المرجع السابق، ص194.

³ ألغي بموجب المادة 333 من القانون رقم 08.39 المتعلق بمدونة الحقوق العينية.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

حق المحتج به يعتبر غير موجود لا بالنسبة لمن تلقى الحق عنه، ولا بالنسبة للمستأنف عليها، ورتبت على ذلك بطلان البيع تكون قد طبقت المقتضيات المحتج بها تطبيقا سليما " ¹.

أما عن الدرجات الأدنى، فقد جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 2010/01/13 أنه: " إذا تعلق العقد بحق عيني مرتب على عقار محفظ؛ فإنه لا يعتبر موجودا إلا بعد تسجيله بالرسم العقاري عملا بالفصلين 66 و 67 من القانون العقاري " ².

هذا ما يتعلق بانتقال الملكية في القانون المغربي، حيث يظهر مما سبق بيانه أن نقل الملكية كقاعدة عامة ليست من التزامات البائع، بل هي أثر مباشر للعقد، ولعل هذا ما يفسر من اقتصار المشرع المغربي في الفصل 498 من ق.ل.ع على ذكر الالتزام بتسليم الشيء المبيع كالتزام أساسي من التزامات البائع دون ذكر نقل الملكية ³.

وإذا رجعنا إلى هذا الالتزام؛ أي الالتزام بتسليم الشيء المبيع، فإنه في عقد المخارجة نفرق بين حالتين: إذا كانت المخارجة معاوضة فإن الالتزام بالتسليم والتسلم يقع على الطرفين المتبادلين، المتخارج والمتخارج له، فالمتخارج يلتزم بتسليم ما تخارج منه للمتخارج له، وفي الوقت نفسه يلتزم بتسلم بدل التخارج، وفي المقابل يلتزم الطرف الآخر (بقية الورثة) وهو المتخارج له بتسليم بدل التخارج للمتخارج، وفي الوقت نفسه يلتزم بتسلم الأشياء المتخارج منها، و إذا كان التخارج بيعا فيقع على البائع (المتخارج) التزام تسليم الأشياء محل التخارج ، وفي المقابل يلتزم المشتري (المتخارج له) بتسليم الثمن للبائع، كما يلتزم أيضا بتسلم الشيء المبيع. وهذه الالتزامات التقابلية سواء أكان التخارج مقايضة أو بيعا؛ فإنها في الجملة تخضع لأحكام التسليم المنصوص عليها في عقد البيع. وسأحاول الحديث عن أهم النقاط المتعلقة بهذا الالتزام بشكل موجز ومجمل دون أن أغوص في تفاصيل ودقائق الأحكام المتعلقة بها؛ لأنها في مجملها راجعة إلى أحكام البيع، وأحاول في الوقت نفسه إسقاطها على عقد التخارج.

I. طرق التسليم: جاء في الفصل 500 ق.ل.ع أنه: " يتم التسليم بطرق مختلفة:

¹ قرار صادر بتاريخ: 2008/12/03، تحت عدد 4162 في الملف عدد 07/2442، منشور بكتاب قضاء محكمة النقض في البيوع العقارية لمحمد أوغريس، ص69، نقلا عن محمد بفقير، المرجع السابق، ص202.

² قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ: 2010/01/13 تحت عدد 16 في الملف عدد 09/332، منشور بقضاء محكمة الاستئناف بالرباط، ع2، ص72 وما بعدها، نقلا عن محمد بفقير، المرجع السابق، ص203.

³ عبد الرحمان الشرفاوي، المرجع السابق، ص163، 164.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

- تسلم العقارات بتخلي البائع عنها، وتسليم مفاتيحها إذا كانت من المباني بشرط أن لا يكون ثمة عائق يمنع المشتري من وضع اليد عليها؛
- تسلم الأشياء المنقولة بمناولتها من يد إلى يد أو بتسليم مفاتيح العمارة أو الصندوق الموضوعه فيه، أو بأي وجه آخر جرى به العرف؛
- يتم التسليم ولو بمجرد رضی الطرفين، إذا كان سحب المبيع من يد البائع غير ممكن وقت البيع، أو كان المبيع موجودا من قبل في يد المشتري على وجه آخر؛
- إذا كان المبيع عند البيع موجودا في مستودع عام، فإن حوالة أو مناولة شهادة إيداعه أو تذكرة شحنه أو نقله تكون بمثابة تسليمه " .

وجاء في الفصل 501 أنه: " يتم تسليم الحقوق المعنوية، كحق المرور مثلا، إما بتسليم السندات التي تثبت وجودها، وإما بالاستعمال الذي يباشره المشتري لها برضى البائع، وإذا اقتضى استعمال الحقوق المعنوية حيازة شيء معين، وجب على البائع أن يمكن المشتري من وضع اليد عليه بدون عائق".

يحدث التسليم في التخارج سواء أكان بيعا أو معاوضة بين الورثة، أو بين وارث وبقية الورثة حسب أنصبتهم في التركة، ويحدث التسليم وفق ما ورد في الفصول أعلاه إما حقيقة وإما حكما.

1. التسليم الحقيقي:

- **تسليم العقارات والحقوق الواردة عليها:** يقتضي التخارج في العقار والحقوق الواردة عليه تمكين المتخارج من وضع اليد على الشيء أو الحق موضوع التخارج، وتسليمه المفاتيح قصد التمكّن من استعماله واستغلاله والتصرف فيه دون عائق من أي أحد. كما يقتضي التخلي أيضا عن العقار والحقوق الواردة عليه تسليم المتخارج وثائق التملك والتصاميم والوثائق المتعلقة بالاستعمال والاستغلال في الماء والكهرباء وعقود الكراء وغيرها، جاء في الفصل 519 ق.ل.ع: " ويشمل بيع العقار كذلك الخرائط وتقدير المصروفات والحجج والوثائق المتعلقة بملكيته، وإذا تعلق حجج الملكية بالمبيع وبغيره من الأشياء التي لا تدخل في البيع، لم يكن البائع ملتزما إلا بأن يسلم نسخة رسمية للجزء المتعلق منها بالعين المباعة " .
- وإذا كان التخارج واقعا أيضا على حقوق واردة على عقارات مثل حق الاستعمال والسكنى، والكراء الطويل والارتفاق وغيرها، فيتم التسليم بالتخلي وتمكين المتخارج من

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

استعمالها والتصرف فيها واستغلالها دون أدنى عائق، وتسليمه كل ما يتعلق بها ويشتهر من وثائق وتصاميم وخرائط ومفاتيح وغيرها¹.

● **تسليم المنقولات:** يقتضي تسليم المنقولات التخلي عنها ووضعها في يد المتخارج بالمناولة والمعاطاة، أو بواسطة الغير من ناقلين ووسطاء وغيرها من الطرق المتداولة عرفا في المعاملات التجارية، والأصل في تسليم المنقولات أن يتمكن صاحبه من استعماله واستغلاله والتصرف فيه دون أي عائق يذكر، وإذا اقتضى التسليم نقله فلا يتم إلا بوصوله إلى المشتري أو نائبه، جاء في الفصل 503 ق.ل.ع: " إذا لزم نقل المبيع من مكان إلى آخر، فإن تسليمه لا يتم إلا في وقت وصوله إلى المشتري أو نائبه". كما يقتضي أيضا تسليم وثائق التملك كالفواتير وسندات الشحن و وصولات الأداء الجمركية وشواهد وسلامة المنتج، والإبراء من أي دين².

● **التسليم الحكمي أو المعنوي:** يفترض في التسليم الحكمي أو المعنوي أن يكون دالا على وقوع التسليم الفعلي، وهو يتخذ ثلاثة أضرب.

1. **الضرب الأول: التسليم الرضائي:** ويكون التسليم بمجرد رضی الطرفين إذا كان تسلمه من يد البائع غير ممكن وقت البيع، أو كان قبل العقد أو أثناءه بيد المتخارج، فيكون الرضى مع الإقرار عليه أو الإشهاد الرسمي أو العرفي دليل على وقوع التسليم، وهذا ما يفهم من نص الفصل 3 / 500 ق.ل.ع³.

وإذا كان ضمن مشتريات المتخارج دين أو حق الدائنية فإن تسليمه يتم حكما عن طريق الحوالة حسب نص الفصل 209 ق.ل.ع بشرط معرفة قيمة التركة وتتم هذه الحوالة بمجرد الانعقاد ودون الحاجة إلى أي إجراء، استثناء من القواعد العامة التي تحكم الحوالة⁴.

¹ عبد الرحمان بلعكيد، المرجع السابق، ص 418، 419، 421، 422؛ عبد الرحمان الشرقاوي، المرجع السابق، ص 167، 168.

² عبد الرحمان بلعكيد، المرجع السابق، ص 420، 421؛ عبد الرحمان الشرقاوي، المرجع السابق، ص 168.

³ عبد الرحمان بلعكيد، المرجع السابق، ص 422، 423؛ عبد الرحمان الشرقاوي، المرجع السابق، ص 168، 169.

⁴ عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح القانون الالتزامات والعقود المغربي، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، ط 1، ج 1، ص 216، 217.

2. **الضرب الثاني: التسليم السندي (أو بالسندات):** هذا التسليم من الوسائل المعروفة حديثا في المعاملات التجارية، حيث تعتبر سندات شحن البضائع بمثابة سندات الملكية والحيازة والنقل، ولذلك يكون تسليم هذه السندات والشواهد بمثابة سندات الملكية والحيازة، ولذلك يكون تسليم هذه السندات والشواهد بمثابة تسليم فعلي للبضائع المدونة فيها، ولهذا نص عليها المشرع في الفقرة الرابعة من الفصل 500 السابق الذكر، كما نجده نص في الفصل 246 من القانون التجاري على هذا التسليم السندي، حيث جاء فيها:

" إن تذكرة الشحن للأمر قابلة للتداول بالتظهير، ولا يجوز للربان أن يسلم البضائع إلا لحامل التذكرة المظهرة ولو كان التظهير على بياض"، وجاء في الفصل 247 من هذا القانون أن: " تذكرة الشحن المحررة للحامل قابلة للتداول بمجرد المناولة، ويتعين على الربان أن يسلم لكل شخص يتقدم إليه وهو حامل هذه التذكرة"، كما نجد أن المادة 448 من مدونة التجارة¹ قد اعتبرت سند النقل وسيلة لإثبات الحيازة، حيث جاء في الفقرة الأولى منها: " يجب على الناقل أن يرجع للمرسل نظير سند النقل بعد إمضائه، وإذا كان السند محررا للأمر أو للحامل فإن تظهير النظر الذي يحمل إمضاء الناقل أو تسليمه ينقل حيازة الأشياء القابلة للنقل...". وعلى هذا فإن التخارج إذا تم بين الورثة على العروض التجارية الموجودة في المستودع، أو لدى الشاحنين أو الناقلين أو بالموانئ، فإن التسلم يتم عن طريق إظهار السندات والشواهد المثبتة لها فقط².

3. **الضرب الثالث: التسليم المعنوي:** ويتعلق بالحقوق المعنوية المترتبة على الملكية التجارية والصناعية والحرفية والفكرية والفنية، ويكون التسليم في هذا النوع من الحقوق بتمكين المتخارج من الوثائق والشواهد الدالة على وجودها ومضمونها وتصاميمها³.

II. **ضوابط التسليم:** يقع التسليم في التخارج إذا كان مقايضة على الطرفين معا، ولذلك فهو أشد من التخارج المتمظهر في صورة البيع؛ لأن التسليم في البيع يكون على البائع أما المشتري

¹ قانون رقم 95. 15 المتعلق بمدونة التجارة، المعدل والمتمم. ينظر: الجريدة الرسمية عدد 4418 الصادرة بتاريخ: 03 أكتوبر 1996، ص 2187.

² عبد الرحمان بلعكيد، المرجع السابق، ص 424، 425.

³ عبد الرحمان بلعكيد، المرجع السابق، ص 425، 426.

فيسلم الثمن، والثمن يكون نقدياً، وبالتالي فإن تسليم الثمن يختلف عن تسليم المبيع، ويتمثل الحديث عن ضوابط التسليم من حيث زمانية وقوعه، وكذا المصروفات وتحمل تبعه الهلاك.

• **زمانية ومكانية التسليم:** تكون زمانية التسليم كقاعدة عامة حسب نص الفصل 504 ق.ل.ع فور إبرام العقد، إلا إذا تبين من طبيعة الشيء أو الاتفاق أو العرف أو الاتفاق على خلاف ذلك فيعمل به، وهذا الكلام يصدق على الثمن والمثمن¹. أما ما يتعلق بالمكان، فإن مكان التسليم حسب نص الفصل 1/502 من ق.ل.ع هو محل وجوده وقت تمام التخارج، إلا إذا تم الاتفاق على غير هذا، وإذا كان موجوداً في مكان آخر غير المكان الذي كان موجوداً فيه حقيقة وجب على البائع أو من يصدق عليه هذا اللفظ نقل المحل إلى المكان المبين في العقد إذا طلب ذلك الطرف الآخر، وهذا ما قرره الفصل 2/502، وإذا لزم نقل المنقولات موضوع التخارج، فالتسليم لا يتم إلا إذا وصلت إلى الطرف الآخر أو نائبه، كما دل على ذلك الفصل 503 ق.ل.ع "2".

• **مصروفات (صائر) التسليم:** في حالة التخارج معاوضة فإن المتخارج والمتخارج له كل واحد منهما له صفة البائع والمشتري في آن واحد، وهنا نميز بين نوعين من المصروفات: مصروفات التخارج، ومصروفات العقد، وينصرف الأول إلى مصروفات الإفراغ والنقل وما يقتضيه الحصاد والجني والوزن والكيل والعد والقياس والتغليف، وينصرف الثاني إلى السمسرة وكتابة العقد والتسجيل والضرائب والتقييد بالسجل العقاري وما يلزمها، فهذه المصروفات تقسم على النسبة بين المتخارجين حسب الفريضة، فيما يلزم كل طرف بصفته كبائع، وما يلزمه بصفته كمشتري، إلا إذا قضى الاتفاق على خلاف هذا. أما إذا كان التخارج بيعاً، ففي البيع يفرق بين ما يتحمله البائع من مصروفات، وبين ما يتحمله ويلتزم به المشتري، إلا إذا كان هناك اتفاق يقضي بخلاف هذا، حيث جاء في الفصل 509 ق.ل.ع أن: "مصروفات التسليم كالتى يقتضيها القياس أو الوزن أو العد أو الكيل تقع على عاتق البائع، وإذا كان المبيع حق معنوياً وقعت على عاتق البائع أيضاً المصروفات اللازمة لإنشاء هذا الحق أو لنقله، والكل ما لم تقض العادات المحلية أو اتفاق الطرفين بخلافه". هذا ما تعلق بالمصروفات

¹ المرجع نفسه، ص 427، 428؛ عبد الرحمان الشرقاوي، المرجع السابق، ص 173، 217.

² عبد الرحمان بلعكيد، المرجع السابق، ص 429، 430؛ عبد الرحمان الشرقاوي، المرجع السابق، ص 173، 174.

التي يتحملها كقاعدة عامة البائع، أما المصروفات التي يتحملها المشتري، فقد نص عليها الفصل 511 ق.ل.ع، والذي جاء فيه أنه: "على المشتري مصروفات رفع الشيء المبيع وتسلمه، وكذلك مصروفات أداء الثمن وتلك التي يقتضيها الصرف والتغليف والشحن والنقل، وتشمل مصروفات التسلم رسوم حق المرور (الترانزيت) والمكوس والضرائب الجمركية التي تجبى عند انتقال الشيء ووصوله، والكل ما لم يجز العرف أو الاتفاق بخلافه"، وجاء في الفصل 493 ق.ل.ع أنه: "بمجرد تمام العقد يتحمل المشتري الضرائب وغيرها من الأعباء التي يتحملها الشيء المبيع، ما لم يشترط غير ذلك، ويقع على عاتقه أيضا مصروفات حفظ المبيع وجني ثماره..."¹.

● **تبعة الهلاك:** الهلاك قد يكون بفعل أجنبي كالقوة القاهرة، وقد يكون بفعل أحد المتخارجين أو أحد أتباعه، ففي الحالة الأولى إذا كان الأمر يتعلق بالتخارج في صورة معاوضة، فإن كان الهلاك كلياً أو جزئياً ولكن ضرره كبير سقط التخارج، وإن كان جزئياً عدل، والأمر نفسه في حالة العيب الكلي والجزئي، أما إذا كان التخارج في صورة بيع فحسب الفصل 493 ق.ل.ع فتبعة الهلاك إذا كانت بسبب أجنبي فإن المشتري هو من يتحملها، ولو كان ذلك قبل التسليم؛ لأن تبعة الهلاك مرتبطة بانتقال الملكية لا بالتسليم، وانتقال الملكية يتم بمجرد التعاقد.

أما في الحالة الثانية ففي صورة التخارج معاوضة فمن تسبب في الهلاك الكلي طوبى بالقيمة أو المثل، وإن كان الهلاك جزئياً طوبى المتسبب بتعويض يعادل قيمة النقص، أو المثل، مع حفظ حق المتضرر في الحالتين معا في الحصول على تعويض عن الضرر إذا كان له موجب بناء على قواعد المسؤولية التقصيرية (245 ق.ل.ع)، ويكون التخارج في هذه الحالة ساقطاً إلا إذا ارتضاها الطرف المعني.

أما في حالة التخارج كبيع، فإن كان الهلاك بفعل البائع، كان للمشتري المطالبة بقيمة الشيء الهالك، أو بتعويض يعادل قيمة النقص، وإن كان الهلاك أو التعيب بفعل المشتري تحمل مسؤولية ذلك، وتسلم المبيع على الحالة التي هو عليها ودفع الثمن كاملاً للبائع، وهذا ما نص عليه الفصلان 513، 514 ق.ل.ع على التوالي.²

¹ عبد الرحمان بلعكيد، المرجع السابق، ص 429، 430؛ عبد الرحمان الشرقاوي، المرجع السابق، ص 174، 175.

² عبد الرحمان بلعكيد، المرجع السابق، ص 430، 431؛ عبد الرحمان الشرقاوي، المرجع السابق، ص 175، 176.

ثانيا: التخارج كصلح

التخارج كصلح هو اتفاق يجري بين الورثة لإنهاء نزاع بينهم، أو لتجنب نزاع محتمل أو وشيك الوقوع، وإذا تم الصلح على هذا النحو لا يجوز الرجوع فيه ولو باتفاق الطرفين، إلا إذا كان عقد معاوضة، وهذا ما نص عليه الفصل 1106 ق.ل.ع ويشترط فيه حسب الفصل 1103 معرفة قيمة التركة لكلا الطرفين، مع ثبوت الملكية للمورث، فإذا تم الصلح فإن جميع الحقوق والادعاءات الواقعة المحتملة، والتي كانت محلا لما تم الصلح عليه تنقضي وتسقط، حسب نص المادة 1105 ق.ل.ع¹، وهذا معناه أن عقد الصلح ليس من العقود الناقلة للملكية، وإنما هو من العقود الكاشفة، حيث لا تنتقل الملكية بين المتخارجين، وإنما هي أصلا ثابتة من قبل بواقعة الميراث، ولا يعتبر المتخارج خلفا للمتخارج له، فلا يلتزم الوارث المتخارج طبقا للأثر الكاشف للصلح أن ينقل ملكية الأعيان إلى الورثة لأنهم مالكين لها منذ البداية، كما لا يلتزم الورثة بنقل ملكية المال الذي أخذه الوارث الخارج من التركة، فهو يعتبر أيضا مالكا له منذ البداية، ولكن ما ورد في القانون المغربي من النص على الضمان في عقد الصلح، حسب نص الفصل 1107 ق.ل.ع، والذي يخالف ما هو مستقر عليه غالبية الفقه² من أن الأثر الكاشف لا يوجب الضمان؛ لأن المتخارج ليس خلفا للمتخارج له، ولا يتلقى الملكية منه، إلا إذا كان الصلح قد شمل مالا غير متنازع عليه، فيكون في هذا النوع من المال فقط ناقلا للملكية، ولعل هذا النص الذي يوجب الضمان هو ما فهم منه بعض الفقهاء في القانون المغربي من أن الصلح يعتبر بصفة عامة ناقلا للملكية لا كاشفا عنها، حيث جاء في أحد المؤلفات أنه: "بعد الصلح تنقضي جميع الإدعاءات الواقعة والمحتملة، وتنتقل الملكية بين الوارث والوارث الآخر أو الأجنبي، حيث يصير مالكا ملكية خاصة في الأسهم المتصالح بشأنها في كل المتروك أو جزء منه، ويجل محل الوارث المتصالح كخلف خاص في العلاقة مع الورثة الآخرين..."³. فهذا الكلام يجعل من عقد الصلح عقدا ناقلا بصفة عامة، ولكن ما يظهر من نص الفصل 1104 خلاف هذا، حيث يُثبِتُ هذا الفصل أن الصلح قد يكون "منشئا" أو "ناقلا"، وهذا إذا كان بيعا أو مقايضة أو هبة، وقد يكون "معدلا"، وهذا إذا كان محله الأموال المتنازع عليها فقط، وتحت مصطلح "التعديل" يُثبِتُ الأثر الكاشف،

¹ ينظر في صلح الورثة في القانون المغربي في: عبد الرحمان بلعكيد، المرجع السابق، ص 30 وما بعدها.

² راجع: السنهاوري، الوسيط، المرجع السابق، ج5، هامش(5)، ص 583، 584.

³ عبد الرحمان بلعكيد، المرجع السابق، ص 43.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

ولعل إثبات الأثر الكاشف والناقل والمنشئ لعقد الصلح هو ما جعل المشرع يورد النص على الضمان، ومع ذلك فإن الصلح كمنشئ أو ناقل سيخضع للعقود التي يظهر في صورتها إما بيعاً أو مقايضة أو هبة، وهذا ما نص عليه الفصل 1116 ق.ل.ع وبالتالي يبقى الصلح الذي محله أموالاً متنازعا عليها، كما إذا تنازع ورثة على أرض أو دار فتصالحا وأخذ أحدهم الأرض والآخر الدار، فإن الصلح يعتبر ذا أثر كاشف؛ أي معدل حسب تعبير نص الفصل 1104، وليس ناقلاً للملكية، أو منشئ لها.

هذا ما يتعلق بالأثر الكاشف أو الناقل لعقد الصلح، بقيت مسألة علاقة عقد الصلح سواء أكان كاشفاً أو ناقلاً مع التسجيل إذا كان يشتمل على عقار أو منقولات قابلة للرهن الرسمي، حيث نلاحظ أن المشرع المغربي، وحسب نص الفصل 1104 قد نص على أنه: "إذ شمل الصلح إنشاء أو نقل أو تعديل حقوق واردة على العقارات أو غيرها من الأشياء التي يجوز رهنها رسمياً، وجب إبرامه كتابة ولا يكون له أثر في مواجهة الغير ما لم يسجل بنفس الكيفية التي يسجل بها البيع". حيث يتضح من هذا النص أن الصلح سواء أكان منشئاً أو ناقلاً أو معدلاً لحقوق واردة على عقارات، أو منقولات، مثل السفن والطائرات والمحل التجاري، وغيرها من المنقولات القابلة للرهن الرسمي، لا يترتب أثره، ولا يعترف به قانوناً إلا إذا تم في محرر مكتوب، ولا يكون له أثر اتجاه الغير إلا إذا تم تسجيله لدى مصلحة التسجيل والتنبر حسب الفصل 489 ق.ل.ع المعني بالإحالة من الفصل 1104، وهذه الإجراءات تتعلق بالعقار غير المحفظ، أما إذا كان العقار محفظاً، فلا ينتج أثره سواء بين الطرفين أو اتجاه الغير إلا إذا تم التقييد في المحافظة العقارية، وهذا حسب الفصلين 66 و67 من قانون التحفيظ العقاري¹. وبهذا يشترط في التخارج كصلح أن يتم وفق هذه الإجراءات إذا كان مشتملاً على عقارات محفظة أو غير محفظة، وكذا المنقولات القابلة للرهن الرسمي.

الفقرة الثانية: في القانون التونسي

ذكرت فيما سبق أن التخارج في القانون التونسي قد ورد الحديث عنه ضمن كتاب الصلح، حيث يغلب عليه هذا المعنى إذا كان البدل من التركة، إذ غالباً ما يلجأ إلى التخارج لدرء نزاع

¹ المرجع نفسه، ص41 وما بعدها.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

حال أو محتمل، ولكن إذا كان البدل من غير التركة فهذه الصورة تعتبر بيعا أو معاوضة، وتخضع لأحكام البيع، ولذلك سأتناول نقل الملكية والتسليم في الصورة التي تعتبر بيعا، دون الغوص في الجزئيات والتفاصيل الدقيقة المذكورة عادة في أي بيع، ثم أتناول الملكية والتسليم في الصورة التي يغلب عليها معنى الصلح.

أولا: التخارج كبيع أو معاوضة

قبل الحديث عن التسليم باعتباره الالتزام الواقع على عاتق البائع، فإني أشير أولا إلى أن نقل الملكية في القانون التونسي ليست من التزامات البائع، بل هي أثر مباشر لعقد البيع، مثلما هو الحال في القانون المغربي وقواعد الفقه الإسلامي، حيث تنتقل إلى المشتري كقاعدة عامة بمجرد تراضي الطرفين وتام البيع، جاء في الفصل 583 م.أ.ع أنه: " إذا تم البيع بتراضي الجانبين انتقلت ملكية البائع للمشتري"، لكن هذه القاعدة تنصرف أساسا إلى القيميات أو الأشياء المعينة بالذات، أما الأشياء التي تحتاج إلى فرز وتمييز فلا بد من فرزها؛ حتى تنتقل الملكية فيها، أيضا البيوع التي تقوم على مبدأ التخيير وشرط التجربة فلا تنتقل حتى تستكمل هذه الفترة، ويندرج ضمن هذا أيضا بيع الأشياء المستقبلية، والبيع عن بعد المتعلق خاصة بالبيوعات البحرية حسب ما يظهر من الفصل 589 م.أ.ع.¹

أما بالنسبة لبيع العقارات والمنقولات التي يمكن رهنها كالسفن والطائرات وغيرها، فهذه الأشياء لا تنتقل الملكية فيها بمجرد التعاقد، بل لا بد من إجراء آخر، وهو إفراغ العقد في شكل كتابي ثابت التاريخ؛ حتى تنتقل الملكية، ثم التسجيل لدى قبضة المالية حتى يسري أثره اتجاه الغير، وهذا ما قرره الفصل 581 م.أ.ع، مع مراعاة الأحكام الخاصة بالعقارات المسجلة، والتي تعني أن الملكية في هذه العقارات لا تنتقل إلا بترسيمها في السجل العقاري، وابتداء من تاريخ الترسيم سواء بين الأطراف أو اتجاه الغير، وهذا ما نص عليه الفصل 305 م.ح.ع، والتي جاء فيها: " كل حق عيني لا يتكون إلا بترسيمه بالسجل العقاري وابتداء من تاريخ ذلك الترسيم "².

¹ نذير بن عمو، المرجع السابق، ص 155، 156، 159 وما بعدها؛ خليفة الخروبي، العقود المسماة، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، ط2، 2013، ص 187 وما بعدها.

² نذير بن عمو، المرجع السابق، ص 165؛ علي كحلون، التعليق على مجلة الحقوق العينية وقانون التحيين، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، ط1، 2014، ص 536 وما بعدها؛ رمزي ساسي، المرجع السابق، ص 194 وما بعدها؛ راجع أيضا قرار تعقيبي مدني عدد 14882 مؤرخ في: 07 فيفري 2008، نشرة محكمة التعقيب، القسم المدني، 2008، ج1،

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

هذا ما تعلق بنقل الملكية، أما ما تعلق بالتسليم فالتخارج إذا كان معاوضة فإنه يقع التسليم من الطرفين، إذ البائع يلتزم بالتسليم والتسلم، والمشتري يلتزم بالتسليم والتسلم، فكل منهما يعتبر بائعا ومشتريا في آن واحد، أما في حالة البيع فيقع على البائع التزام التسليم وعلى المشتري التزام التسلم وتسليم الثمن، وسأتناول شيئا من هذه الأحكام بصورة مختصرة.

I. كيفية التسليم ومصاريفه:

● **كيفية التسليم:** في المخارحة على سبيل المعاوضة يقع التسليم التزاما على الطرفين في آن واحد، وفي المخارحة بيعا يقع الالتزام بالتسليم على عاتق البائع، أما تسلم المبيع فيقع الالتزام به على الطرفين معا في الصورة الأولى، ويقع على المشتري في الصورة الثانية. فبالنسبة لالتزام التسليم فإنه يقتضي تخلي البائع عن الشيء المبيع وتمكين المشتري من حوزة بلا مانع، ويقتضي التسليم التخلي عن البيع وفق الحالة التي هو عليها حين العقد؛ أي المطابقة المادية والوظيفية للشيء المتفق عليه في العقد. ويكون التسليم بتخلي البائع عن الشيء المبيع وما يلحقه من غلال وتوابع، وتختلف كيفية التسليم حسب نوع المبيع، ففي العقارات يفرق المشرع التونسي بين المباني وبين الأراضي، ففي المباني يكون التسليم بتخلي البائع للمشتري عن المفاتيح، وفي الأراضي بتخليه عنها، وفي الحالتين معا يكون التخلي للمشتري من دون وجود مانع، وهذا ما نص عليه الفصل 1/593 م.ل.ع. أما بالنسبة للمنقولات فيتم التسليم بطرق مختلفة، فقد يكون بالمناولة أو بتسليم المفاتيح (2/593 م.أ.ع)، أو طريق وصل المستودع أو وثيقة الشحن (4/593 م.أ.ع)، أو باتفاق الطرفين إن كان المبيع بحوزة المشتري بوجه آخر كالكراء مثلا (3/593)، أو بكل طريق آخر جرت به العادة والعرف في التسليم (2/593 م.أ.ع). أما الحقوق المجردة كحق الارتفاق، أو حق المؤلف، فيتم التسليم بتخلي البائع عن حججها للمشتري، أو التصرف فيها بإذن البائع (م 594 م.أ.ع)¹. أما التسلم فهو التزام يقع على عاتق

ص299، وأيضاً قرار تعقيبي مدني عدد 24259 مؤرخ في: 10 أبريل 2008، نشرية محكمة التعقيب، القسم المدني، ج1،

ص279، نقلا عن مصطفى صخري، المرجع السابق، ص237.

¹ نذير بن عمو، المرجع السابق، ص185، 186، 201، 202.

المشتري، أو على عاتق الطرفين في حالة المعاوضة، وقد سماه المشرع التونسي بالقبض، ويخضع الامتناع عن التسلم إلى الأحكام العامة المتعلقة بالماطلة¹.

● **مصاريف التسليم:** هناك مصاريف يتحملها البائع من مصروفات التسليم كالتالي يقتضيها الكيل والوزن والعد والقياس، وكذا مصروفات الرسوم اللازمة لإثبات أو إحالة الحق الجرد (المعنوي)، بالإضافة إلى مصروفات السمسرة إذا تم البيع بواسطتها، وهذا ما لم يكن هناك عرف أو اتفاق يقضي بخلاف ذلك (603، 604 م.أ.ع). وهناك مصاريف يتحملها المشتري، وقد جاء النص عليها في الفصل 605، حيث إنه: "على المشتري مصاريف نقل المبيع من مكان تسليمه ومصاريف قبوله وأداء ثمنه مع الصرف وأجر العدول عن رسم الشراء والتامير² والتسجيل ولف البضائع³ ووسقها⁴ ونقلها. وتشمل مصاريف القبول معالم الديوانية والمكس ومراكز العبور أثناء النقل وعند وصولها للمكان المقصود، كل ذلك ما لم يكن في العقد أو العرف ما يخالفه".

هذا إذا كان التخارج بيعا فيفرق بين ما يتحملة البائع وما يتحملة المشتري، أما في صورة التخارج معاوضة فكل طرف يعتبر بائعا ومشتريا في آن واحد، ولذلك تكون المصروفات بينهم على النسبة حسب الفريضة، ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بخلاف ذلك.

II. **ضوابط التسليم:** أتناول ضوابط التسليم من حيث الفورية (الزمانية) والمكانية، ثم من حيث تحمل تبعة الهلاك.

● **زمانية ومكانية التسليم:** حسب الفصل 597 م.أ.ع فإن التسليم يقتضي الفورية، أي لحظة إبرام العقد، إلا إذا اقتضى العرف أو نوع البيع أو اتفاق الأطراف خلاف ذلك، فهذه القواعد ليس من النظام العام، أما عن الثمن فالأصل أن يكون نقدا؛ أي حاضرا عند تسليم المبيع، وهي لحظة العقد، وهذا إذا خلا الاتفاق من تحديد ذلك، فإن نص على

¹ المرجع نفسه، ص 263، 264.

² التامير: الطابع الجبائي.

³ لف البضائع: تغليفها.

⁴ وسقها: أي حملها وشحنها.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

تحديده عمل بهذا الاتفاق¹. وإذا كان التخارج موضوعه ديون التركة ، فهذه الديون تنتقل عن طريق الحوالة، ويشترط فيها معرفة المتخارجين قيمة التركة فقط لا غير، حيث لا يشترط إعلان الحوالة، وهذا استثناء من القواعد العامة للحوالة، وهذا ما نص عليه الفصل 219 ، الذي جاء فيه: "من أحال تركة لا يلزمه إلا ضمان كونه وارثا، ولا تصح الإحالة إلا إذا علم قيمتها الطرفان، وتنتقل بهذه الإحالة للمحال له الحقوق والالتزامات المتعلقة بالمخلف". أما عن مكان تسليم المبيع فهو مكان وجوده وقت البيع، ما لم يقع خلاف ذلك (595 / 1 م.أ.ع) ، وإذا نص على وجود المبيع في مكان غير الذي هو فيه واقعا، تحمل البائع مسألة نقله إلى المكان المنصوص عليه إن طلب المشتري ذلك (2/595 م أ ع)، فإن لزم نقله من مكان إلى مكان آخر ؛ فإن التسليم يكون عند وصوله للمشتري أو نائبه (596 م.أ.ع). أما مكان الوفاء بالثمن فالمشروع لم يحدده، ولذلك يرجع فيه إلى القواعد العامة المقررة بالفصل 262 م.أ.ع ، التي تقضي بأن الوفاء يخضع لمبدأ حمل الدين إلى الدائن².

● **تبعة التلف قبل التسليم :** التلف قد يكون بفعل أجنبي ، وقد يكون بفعل المتخارجين ، فإن كان التخارج معاوضة وحدث التلف بفعل القوة القاهرة كلياً سقط التخارج ، وإن كان جزئياً عدل وكُمّل النقص ، وإن كان التخارج بيعاً ، وحدث التلف الكلي بفعل القوة القاهرة تحمل المشتري تبعة ذلك ؛ لأن المخاطر تنتقل " من البائع إلى المشتري تبعا لانتقال الملكية ، وعملا بالمبدأ المأخوذ من القانون الروماني والقاضي بأن المخاطر تنتقل إلى المشتري منذ إبرام العقد ، فإذا تلف المبيع بعد إبرام العقد وقبل التسليم يكون المشتري مبدئياً ملزماً بدفع الثمن " ³ ، وهذا ما نص عليه الفصل 585 م.أ.ع ، مع ملاحظة أن : " المثليات لا تملك وأن الاستحالة لا تتوفر إلا إذا كان الأداء متعلقاً بشيء من القيميات

4"

¹ نذير بن عمو، المرجع السابق، ص202، 203، 259، 260.

² المرجع نفسه ، ص 203 ، 261 .

³ المرجع نفسه ، ص 158 .

⁴ المرجع نفسه ، ص 158 .

أما إذا كان التلف بسبب أحد المتخارجين في حالة التخارج معاوضة ، أو بفعل البائع في حالة التخارج بيعا ؛ فإنه يطالب المتسبب بقيمة التلف أو مثله قدرا وصفة في حالة التلف الكلي ، والتعويض أو المثل في حالة التلف الجزئي ، وهذا ما نص عليه الفصل 607 م.أ.ع ، ويكون للطرف المتضرر في حالة المقايضة، وللمشتري في حالة البيع حق المطالبة بالتعويض عملا بالقواعد العامة حسب الفصل 277 م.أ.ع ، إذا كان له موجبا .
وأما إذا كان التلف بفعل المشتري في حالة التخارج بيعا، أو بفعل أحد المتخارجين في النصيب الذي آل إليه إذا كان التخارج معاوضة، ففي هذه الحالة لا يكون على البائع أو الطرف الآخر شيء، بل يكون على المشتري أو المتسبب في التلف تسلم المبيع، أو الجزء الذي آل إليه على تلك الحالة التي صار عليها، ويكون مطالبا بتنفيذ التزاماته اتجاه الآخرين، فيلزم بدفع الثمن كاملا للبائع، وفي التخارج معاوضة يلزم بتنفيذ التزاماته اتجاه بقية المتخارجين ، وهذا ما نص عليه الفصل 608 م أ ع ¹ .

ثانيا: التخارج كصلح

ذكرت سابقا أن المشرع التونسي قد تناول التخارج في باب الصلح، وإذا كان التخارج بين الورثة قد حدث لرفع نزاع قائم أو وشيك الوقوع، وكان بدل التخارج من التركة فالتخارج وفق هذه الصورة تحكمه القواعد المنصوص عليها في باب الصلح من مجلة الالتزامات والعقود، حيث إذا تم التخارج وفق هذه الصورة فلا يجوز التراجع عنه، ولو باتفاق الطرفين، وهذا ما نص عليه الفصل 1467 م.أ.ع، والذي جاء فيه: " يترتب على الصلح سقوط الحقوق والدعاوى التي انعقد الصلح عليها، وبموجب ذلك يثبت لكل من المتعاقدين ملكية الأشياء والحقوق التي وقع تسليمها له من الطرف الآخر. والصلح بشيء من الدين كالإبراء في الباقي، ولا رجوع في الصلح ولو باتفاق الطرفين إن لم يكن بمعنى المعاوضة "

وإذا استثنينا التخارج معاوضة أو بيعا، وهو من العقود المنشئة أو الناقلة، فإن التخارج كصلح يعتبر من العقود الكاشفة التي لا تنقل الملكية، رغم أن المشرع التونسي قد أورد فصلا ينص على الضمان في الصلح، وهو من الأحكام التي تتعارض مع الأثر الكاشف كما هو مقرر فقها. ومهما يكن فإن التخارج كصلح باعتباره من العقود الكاشفة التي لا تنقل الملكية، بل تكشف عنها

¹ نذير بن عمو، المرجع السابق، ص 193 ، 194 ، مع ملاحظة أن ما تعلق بالتخارج معاوضة تم ذكره قياسا على ما ورد في عقد البيع ؛ نظرا لتطابق الأحكام .

فقط، وبالتالي فالملكية لا تنتقل بين المتخارجين في هذه الصورة، ولا يلتزم الوارث المتخارج - طبقاً لهذا الأثر - أن ينقل ملكية الأعيان المتخارج عنها إلى بقية الورثة، بحكم أنهم مالكيين لها منذ البداية بواقعة الميراث، كما لا يلتزم بقية الورثة بنقل المال الذي أخذه الوارث المتخارج بدلا عن التركة، إذ يعتبر مالكا له منذ البداية أيضا بواقعة الميراث، ولكن إذا تعلق الأمر بأشياء قابلة للرهن العقاري مثل العقارات أو المنقولات كالسفن والطائرات وغيرها، فالتخارج لا يعترف به قانونا إلا إذا كان مفرغا في وثيقة مكتوبة، ولا يحتج به قبل الغير إلا إذا سجل كما يسجل عقد البيع، أي أن يسجل لدى قبضة المالية، وهذا ما نص عليه الفصل 1466 م.أ.ع، وكذا الفصل 581 م.أ.ع. يضاف إلى هذا أن التخارج إذا كان يشتمل على عقارات مسجلة فإنه حسب الفصل 305 و372 من م.ح.ع فإنه لا يتكون أصلا لا بين الطرفين ولا بين الغير إلا من تاريخ ترسيمه في السجل العقاري، سواء أكان العقد كاشفا أو منشئا أو ناقلا، فالنص ورد بصيغة تعم كل العقود المنصبة على عقارات مسجلة¹.

البند الثالث: في النظر الشرعي

تبين فيما سبق أن التخارج في الفقه الإسلامي، يغلب عليه معنى البيع والمبادلة، وإن كان قد يقع إبراء وهبة، ولكن المعنى الأول هو الغالب، ولذلك يشترط في التخارج كقاعدة عامة ما يشترط في البيع.

ومعلوم أن انتقال الملكية في الفقه الإسلامي ليست التزاما يقع على عاتق البائع؛ وإنما هي أثر مباشر ونتيجة فورية لعقد البيع، ولا يتوقف هذا الحكم على التقابض والتسليم²، وإن كان للتقابض أثره كما سيأتي. وسأحاول ذكر القواعد المتعلقة بالتسليم وما إليه في عقد البيع بصفة عامة، ثم أورد بعض القواعد المتعلقة أيضا بالتسليم، والمذكورة في باب الصلح والتخارج، وإن كانت هذه القواعد راجعة إلى القواعد العامة وليست قواعد خاصة، وهذه القواعد قد سبق ذكرها أو ذكر بعضها أثناء عرض صور التخارج في المذاهب الفقهية، وإن كان ذكرها فيما سبق

¹ أثارت لفظة "يتكون" الواردة في الفصل 305 من م.ح.ع نقاشا وجدلا في مجلس النواب، وتساءل البعض عن الطبيعة القانونية الناتجة عن هذه المادة، وردت الحكومة بأنه يمكن اعتبارها "عقد معلقا على شرط ألا وهو شرط الترسيم". راجع. علي

كحلون، التعليق على مجلة الحقوق العينية وقانون التحيين، المرجع السابق، هاش(2)، ص765.

² مصطفى الزرقا، العقود المسماة في الفقه الإسلامي، عقد البيع، المرجع السابق، ص101 وما بعدها.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

على وجه التكييف، لكن في هذا الموضوع لن أعيد ذكرها مرة أخرى تفاديا للتكرار، بل أقتصر على ماله علاقة بالتسليم وما إليه.

الفقرة الأولى: كيفية التسليم

أولاً: التسليم في البيوع بصفة عامة

في البيوع ليس للتسليم كيفية معينة لاختلاف الأشياء، والأصل الجامع لها هو تخلي البائع عن الشيء المبيع وتمكين المشتري منه وإذنه له باستلامه، وتختلف كيفية التسليم بحسب اختلاف نوع المبيع، ففي العقار بناية كان أو أرضاً يعتبر وقوف المشتري بداخله أو قريباً منه، أو إغلاق البناية أو تسليم المفتاح كافياً للتسليم، وإن كان بعيداً يشترط الذهاب إليه مع ملاحظة أن التسجيل العقاري وتسجيل البائع العقار في السجل العقاري على اسم المشتري يعتبر تسليمياً كافياً شرعاً وقانوناً، وهذا أمر ليس فيه نص شرعي، وإنما اقتضاه النظر الفقهي والاستصلاح. وإذا كان المبيع منقولاً ففي العروض والأمتعة بالمناولة يداً أو وضعها عنده، أو بإرادته إياها وإذنه بقبضها، وإن كانت في صندوق أو مستودع مقفل فإعطاء المفتاح والإذن بالقبض يعتبر تسليمياً، وإن كان مكيلاً أو موزوناً فكيله ووزنه ووضعها في الظرف المسلم له من قبل المشتري يعتبر تسليمياً¹. أما إن كان المبيع حيواناً، فإن كان إمساكه بلا مشقة، أو كان معيناً كالغنم، فأرأته إياه والإذن باستلامه يكون تسليمياً، وإن كان كبيراً ولا يمسك إلا بزمامه، فأخذه بزمامه يعتبر تسليمياً². ونلاحظ في التخارج أنه إذا كان صرفاً ففي هذه الحالة فإن التسليم يجب أن يكون يداً بيد تفادياً للربا، وكذا إذا كان البيع في الأصناف الربوية فيشترط التقابض يداً بيد مع التساوي، وهذه القواعد ليست خاصة بالتخارج بل تعم كل البيوعات³.

ثانياً: القبض السابق

¹ مصطفى الزرقا، العقود المسماة في الفقه الإسلامي، عقد البيع، المرجع السابق، ص 115، 116، 118؛ سيد علي حسين، المرجع السابق، ج 3، ص 1170.

² مصطفى الزرقا، العقود المسماة في الفقه الإسلامي، عقد البيع، المرجع السابق، ص 116.

³ راجع صور التخارج في المبحث الأول من هذا الفصل.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

إذا كان المبيع في يد المشتري قبض سابق، وبعد ذلك اشتراه فهل يعتبر هذا القبض تسليماً، أم لا بد من تحديد القبض لتمام التسليم؟ .

يقسم الفقهاء عادة القبض إلى نوعين: قبض ضمان، وقبض أمانة، فأما الأول فيكون القابض فيه مسؤولاً عما قبضه، فإن هلك هلك على ذمته ومسئوليته، كالمغصوب في يد الغاصب، والمبيع في يد المشتري. أما الثاني فهو ما كان القابض فيه غير مسؤول عن الهلاك إلا ما كان بالتعدي والتقصير كالوديعة والعارية، ويعتبر قبض الضمان أقوى من قبض الأمانة، وبناء عليه يكون القبض السابق نائباً عن القبض الواجب إذا كانا متجانسين في الضمان، أو كان السابق أقوى، فإن كان السابق أضعف من القبض الواجب لم ينب عنه، وعلى هذا يكون قبض الضمان نائباً عن قبض الأمانة، أما قبض الأمانة فلا ينوب عن قبض الضمان، بل ينوب عن قبض الأمانة، أو ما يساويها كقبض الموهوب¹.

ولهذا جاء في الفقه الحنفي في صورة ما إذا كانت التركة ذهباً فأخذ المتخارج فضة، أو العكس أن المتخارج صحيح سواء أكان ما أخذه أكثر من نصيبه أو أقل لاختلاف الجنس لكن يشترط التقابض في المجلس لكونه صرفاً، لكن إن كان الوارث المتخارج في يده بقية التركة، وكان جاحداً ومنكراً وجودها في يده، فيكتفي بهذا القبض؛ لأنه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح؛ لأنه في هذه الحالة يعتبر بمثابة معتصب، ويد المعتصب يد ضمان، وإن كان مقراً لها؛ فإنه يعتبر قبض أمانة فلا بد من تحديد القبض، إلى مكان يتمكن من قبضه بالتخلية².

الفقرة الثانية: مشتملات التسليم وضوابطه

أولاً: مشتملات التسليم

لا أقصد بهذا العنوان ما يشتمل عليه المبيع بصفة عامة، وإنما أقصد به مسألة ما إذا وقع التخارج على التركة، ثم بعد ذلك ظهر شيء من التركة، فهل يندرج ضمن التخارج أم لا؟ إذا تم التخارج ثم ظهر شيء من التركة فإن كان عيناً فالأشهر أنها لا تندرج تحت التخارج الذي تم بين الورثة، بل تقسم بين كل الورثة؛ لأنهم إنما تخارجوا على ما كان معلوماً ظاهراً عندهم لا عن المجهول، فكانت هذه العين الظاهرة بعد ذلك كالمستثنى من التخارج، فيصح

¹ مصطفى الزرقا، العقود المسماة في الفقه الإسلامي، عقد البيع، المرجع السابق، ص 117.

² الزيلعي، المصدر السابق، ج 5، ص 50؛ ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المصدر السابق، ج 5، ص 642.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

التخارج، وهي تقسم بين الورثة، ولذلك تسمع الدعوى بها على هذا الأساس، وقيل تدخل في التخارج؛ لأنه وقع عن التركة، والتركة اسم للكل، ولذلك فلا تسمع الدعوى بها. ولو صدر بعد التخارج إبراء عام ثم ظهر للمتخارج عين هل تسمع دعواه، فالأصح أنها تسمع بناء على القول بعدم دخولها في التخارج، وهذا إذا اعترف بقية الورثة بأن العين من التركة، وإلا لم تسمع دعواه بعد هذا الإبراء.

وإن كان ما ظهر في التركة دينا فعلى القول الأول بعدم دخول ما ظهر في التخارج يصح التخارج، ويقسم الدين بين الورثة كلهم، وأما على القول الثاني الذي يرى دخول ما ظهر في التخارج، فالتخارج حينئذ يفسد ويبطل، كما لو كان الدين ظاهرا وقت التخارج، إلا أن يكون مخرجا من الصلح بأن وقع التخارج عن غير الدين من أعيان التركة فيقسم الدين الظاهر بين كل الورثة، وإن وقع التخارج على كل التركة فسد التخارج، كما لو كان الدين ظاهرا وقت التخارج.

وهذه المسألة قد صرح بها الحنفية¹، أما بقية المذاهب فلم أطلع على قول لهم في هذه المسألة، وإن كانت الموسوعة الفقهية قد اعتبرت قواعد هذه المذاهب مسaire في الجملة لقول الحنفية².

ثانيا: ضوابط التسليم

أقصد بضوابط التسليم ما تعلق بالفورية ومكان التسليم، ثم مصروفات التسليم وتبعة الهلاك.

● **فورية التسليم ومكانه:** الأصل في عقد البيع في الفقه الإسلامي أن يقتضي كقاعدة عامة الفورية في الثمن والمثمن، إلا إذا كان ثمة شرط أو اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك فيعمل به ويراعى، ما لم يتعارض مع قاعدة شرعية.

أما مكان التسليم فالأصل فيه أن يكون محل وجود المبيع، إلا إذا نص العقد أو تضمن شرطا بتحديد محل آخر فيتم التسليم والتسلم في هذا المكان المشروط أو المحدد في العقد، ولو كان المبيع موجودا في غير المحل الذي حدده العقد، ولم يكن المشتري يعلم ذلك حين العقد، وبعد ذلك علم به، كان مخيرا بين الإمضاء وقبض المبيع حيث هو موجود، وإن شاء فسخ

¹ ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج5، ص644، 645.

² الموسوعة الفقهية الكويتية، (ط1)، المرجع السابق، ج11، ص15.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

العقد¹. ويلزم المشتري في عقد البيع تسليم الثمن أولا وهذا عند الحنفية والمالكية والشافعية في قول، إلا إذا كانت هناك موجبات تقضي بغير ذلك، وذلك لأن حق المشتري متعين وحق البائع غير متعين، وبالقبض يتعين، فيتحقق التوازن بين الطرفين².
أما في المذهب الشافعي والحنبلي فيلزم البائع بالتسليم أولا، ثم يلزم المشتري بالتسليم ثانيا؛ لأن حق المشتري متعين فيقدم، وحق البائع ثابت في الذمة فيؤخر³.
هذا في الجملة ما تعلق بعقد البيع، أما إذا كان التخارج مقايضة وكثير من صورته من هذا القبيل ففي هذه الحالة يكون التسليم والتسلم في زمن ومكان واحد، بمعنى أن التسليم منهما معا يكون في وقت واحد؛ تحقيقا للتساوي⁴. وإن كان التخارج صرفا أو اجتمع الصرف مع البيع فيكون التسليم في آن واحد في مجلس العقد تحقيقا لقاعدة "التقابض يدا بيد"، كما يشترط أن تكون أعيان التركة كلها حاضرة أو في حكمها، خصوصا إذا اجتمع البيع مع الصرف، وقد سبق بيان هذا في صور التخارج⁵.

• المصاريف وتبعة الهلاك:

1. **مصاريف التسليم:** المصاريف الناشئة عن التخارج باعتباره بيعا منها ما يلزم المشتري ومنها ما يلزم البائع، والعبرة في التحديد للاتفاق والعرف، فإن لم يكن هناك اتفاق أو عرف اتبعت القواعد الآتية:

- ما يلزم المشتري: نفقة تسليم الثمن وأجرته، ومؤونة حمله إن كان يحتاج إلا حمل ونقل.
- أجرة كتابة السندات والحجج، وأيضا رسوم التسجيل في البيوع العقارية.
- تكاليف استلام المبيع إذا بيع جزافا.

¹ سيد علي حسين، المرجع السابق، ج3، ص1170؛ مصطفى الزرقا، العقود المسماة في الفقه الإسلامي، عقد البيع، المرجع السابق، ص107، 110.

² الكاساني، المصدر السابق، ج2، ص288، ج5، ص238؛ ابن جزري، المصدر السابق، ص164، ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، دط، 1983، ج4، ص420.

³ ابن حجر الهيتمي، المصدر السابق، ج4، ص420؛ ابن قدامة، المغني، ج4، ص149.

⁴ الكاساني، المصدر، ج2، ص288، ج5، ص238؛ الدسوقي، المصدر السابق، ج3، ص147؛ ابن حجر الهيتمي، المصدر السابق، ج4، ص421؛ ابن قدامة، المغني، ج4، ص149.

⁵ راجع هذه الشروط في صور التخارج في المبحث الأول من هذا الفصل.

- ما يلزم البائع: المصاريف التي تتعلق بتسليم المبيع كأجرة الكيال والوزان وإخراج البضاعة من المستودع، أجرة الدلال وهو من يرافق السلعة أو ينادي عليها لأجل بيعها.

- ما يرجع فيها إلى العرف لتحديد الملتزم بها: كالأشياء التي تباع محمولة إلى البيوت كالخطب والفحم، فهذه أجرة نقلها وإيصالها إلى بيت المشتري يرجع في تحديد الملتزم بها عرف مكان البيع، كذلك أجرة السمسار يتبع في تحديد الملتزم بها العرف¹.

● **تبعة الهلاك قبل التسليم:** إذا كان التلف والهلاك بفعل آفة سماوية (قوة قاهرة) وكان التلف كلياً سقط التخارج، فإن كان بيعاً رجوع المشتري على البائع بالثمن إن كان قد قبضه، وإن كان الهلاك الكلي بفعل أحد المتخارجين في النصيب الذي آل إليه فلا يسقط التخارج بل يستلمه كما هو ويؤدي الثمن أو المقابل للآخرين كاملاً. وإن كان الهلاك جزئياً بأفة سماوية وكان في قدر المبيع كالتخارج في الحيوان وتلف واحد منه، أو تلفت كمية من القمح، فهنا يسقط من المقابل حصة الجزء التالف، ويكون للمتخارج الخيار بين أخذه بهذا المقابل أو الفسخ.

وإن كان الهلاك الجزئي في الوصف، كما لو كان ثوباً فاحترق جانبه، أو حيواناً فتلف بعض أعضائه فهنا يخير المتخارج بين الأخذ بكل المقابل المتفق عليه أو فسخ التخارج. وإن كان التلف الجزئي بفعل البائع سقط من المقابل ما يعادل التالف، وخير المتخارج بين الإمضاء أو الإسقاط.

وهذا التفصيل هو مذهب الحنفية، وقريباً من هذه التفاصيل مذهب الشافعية². أما في المذهب المالكي فثمة قاعدة في تحمل تبعة الهلاك، وثمة استثناء من هذه القاعدة، أما القاعدة العامة: فتبعة الهلاك تكون على المشتري بمجرد تمام العقد وصحته، وأما الاستثناء فيظهر في خمسة مواضع: بيع الغائب على الصفة، والبيع على الخيار، وبيع الثمار قبل كمال طيبها، وبيع ما فيه توفية من كيل أو وزن أو عدد، والبيع الفاسد، فهذا الاستثناء

¹ مصطفى الزرقا، العقود المسماة في الفقه الإسلامي، عقد البيع، المرجع السابق، ص111، 112.

² راجع هذه الأحكام في عقد البيع في المراجع الآتية: الكاساني، المصدر السابق، ج5، ص238؛ الخطيب الشريبي، المصدر السابق، ج2، ص457 وما بعدها؛ مصطفى الزرقا، العقود المسماة في الفقه الإسلامي، عقد البيع، المرجع السابق، ص121 وما بعدها؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج4، ص3193.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

تكون تبعة الهلاك فيه قبل القبض على البائع¹، ومعنى هذا أنه لا بد من القبض حتى يصبح المشتري هو المسؤول والضامن، وبناء على هذا إذا كان التخارج بيعا وحدث تلف كلي بأفة سماوية كانت تبعته على المشتري طبقا للقاعدة العامة السابقة الذكر، أما في الاستثناء فتكون تبعة الهلاك على البائع، وبالتالي يفسخ التخارج.

وإذا كان التلف جزئيا بأفة سماوية تحمله المشتري وهذا في القاعدة العامة، أما الاستثناء فينظر: إن تلف نصف المبيع وبقي النصف الآخر لزم المشتري أن يأخذ الباقي ويسترد مقابل ما تلف، وهذا في حالة المبيع المتعدد، أما في حالة المبيع المتحد فالمشتري بالخيار بين رد المبيع واسترجاع الثمن، أو أخذ الباقي مع استرجاع مقابل ما تلف، وإن كان الباقي بعد التلف أقل من النصف وجب رد المبيع في القيمي واسترجاع الثمن، وخير المشتري في المثلي بين الفسخ واسترجاع كل الثمن، أو مسك الباقي القليل بحصته من الثمن واسترجاع مقابل ما تلف.

وإن كان التلف بفعل المشتري سواء أكان كليا أو جزئيا، كان بمثابة قبض ولزمه الثمن كله، وكذلك إذا كان من فعل أحد المتخارجين في النصيب الذي آل إليه أخذه كما هو. أما إن كان التلف بفعل البائع سواء أكان عمدا أم خطأ، وسواء أكان هو الضامن أو المشتري، وسواء أكان التلف كليا أو جزئيا غرّم قيمة ما تلف إن كان قيميا، ومثله إن كان مثليا²، وهذه القواعد في المذهب تطبق أيضا على حالة التخارج إذا كان مقايضة أو معاوضة.

أما المذهب الحنبلي فعندهم أيضا قاعدة واستثناء مثل المذهب المالكي، فالقاعدة أن المبيع يدخل في ضمان المشتري بمجرد تمام البيع صحيحا، وأما الاستثناء فيكون في المكيل والموزون والمعدود فإنه يبقى على ضمان البائع حتى يقبضه المشتري، ولهذا كان الهلاك والتلف على ضمان المشتري في الحالة الأولى (القاعدة العامة في البيع) ولزمه كل الثمن، أما في حالة الاستثناء وهو ما كان على ضمان البائع فينظر إن كان التلف بأفة سماوية (قوة

¹ ابن جزى، المصدر السابق، ص164.

² الدردير، الشرح الكبير، المصدر السابق، ج3، ص147 وما بعدها؛ الدسوقي، المصدر السابق، ج3، ص147 وما بعدها؛ الخرشى، المصدر السابق، ج5، ص159 وما بعدها.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

قاهرة) بطل العقد (التخارج) واسترجع المشتري الثمن، وهذا في التلف الكلي، وإن تلف جزئيا بأفة سماوية خير المشتري بين الإمضاء ناقصا، أو الفسخ واسترجاع الثمن. وإن كان التلف بفعل المشتري كان التلف بمثابة قبض له، وإن كان بفعل البائع ثبت للمشتري الخيار بين الفسخ واسترجاع الثمن، أو الإمضاء ومطالبة المتلف بمثله إن كان مثليا، وهذا إن كان التلف كليا، وإن كان التلف جزئيا كان المشتري أيضا مخيرا بين الفسخ واسترجاع كل الثمن، وبين الإمضاء والرجوع على البائع بعوض ما أتلّف¹.

الفرع الثاني: الالتزام بالضمان

يعتبر الالتزام بالضمان من بين الالتزامات التي تقع على عاتق البائع، وإذا ذكر الالتزام بالضمان فإنه ينصرف عادة إلى ضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية، ولكن بيع التركة وبالخصوص في القانون الجزائري له بعض المميزات على مستوى الضمان، ولذلك سأحاول تبين هذا الضمان في القانون الجزائري، ثم في القانون المغربي والتونسي مع المقارنة بالفقه الإسلامي.

البند الأول: في القانون الجزائري

الفقرة الأولى: ضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية

إن ضمان التعرض والاستحقاق من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق البائع في عقد البيع بصفة عامة، والتعرض قد يكون من الغير، وقد يكون من البائع، وقد يكون ماديا وقد يكون قانونيا، أما الاستحقاق فقد يكون كليا، وقد يكون جزئيا، وإذا كان التزام البائع بالتسليم يقتضي تخلية المبيع من كل الشواغل التي تحول دون انتقال الملكية وانتفاع المشتري بالشيء المبيع، فإن تعرض البائع أو غيره تعرضا ماديا أو قانونيا يحول دون التخلي والانتفاع بالمبيع، يعتبر إخلالا بالتزامه كبائع، لذلك يقع على البائع التزام ضمان التعرض عن أعماله الشخصية، ومن هنا كان على الوارث المتخارج ضمان أعماله الشخصية، سواء أكان المتخارج يبيع - وهذه الصورة ينطبق عليها ما ذكر في بيع الوارث الأجنبي في الفصل السابق - أو كان المتخارج صلحا أو قسمة. أما ضمان الاستحقاق فالوارث المتخارج لا يضمن للمتخارج له أي مال معين في الحصة التي تخارج منها، ولذلك إذا استحق أي مال، أو استرده صاحبه فالمتخارج له لا يمكنه أن يرجع على

¹ ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج4، ص82 وما بعدها؛ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، المصدر السابق، ج2، ص58.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

الوارث المتخارج بضمان الاستحقاق، وهذا على خلاف القواعد العامة في عقد البيع، ولعل هذه أهم ميزة يتميز بها المتخارج سواء أكان يبيعا أو صلحا أو قسمة¹.

هذا عن ضمان التعرض والاستحقاق، أما عن ضمان العيوب الخفية، وهو يعتبر أيضا من بين الالتزامات التي تقع على عاتق البائع في عقد البيع بصفة عامة، فالمبيع إذا كان معيبا، فهذا العيب من شأنه أن يجعله غير صالح للغرض المعد له، وهذا إخلال من البائع بالتزامه. والعيب الموجب للضمان هو العيب الخفي الذي لا يمكن أن يميزه إلا الخبير المتخصص، وأن يكون قديما؛ أي وقت تسلم المشتري المبيع، وأن يكون مؤثرا؛ أي ينقص من قيمته ونفعه بحسب الغرض الذي أعده له، فإذا وُجد عيب بهذه الأوصاف والشروط فالأصل أن يضمه البائع؛ بحسب القواعد الموجبة لهذا الضمان، والمنصوص عليها في عقد البيع، وهذا الضمان يختلف عن الضمان المقرر في القواعد العامة سواء بسبب دعوى الفسخ، أو دعوى الإبطال، فهذا الضمان يثبت مع قيام العقد لا فسخه وإبطاله.

وإذا كان الضمان كما هو مقرر في الفقه ليس خاصا بعقد البيع فقط، بل يمتد ليشمل كل عقد ناقل للملكية أو الانتفاع، وبخاصة إذا كان من عقود المعاوضات؛ فإن بيع الشركة ومن ثم المتخارج سواء أكان يبيعا أو صلحا أو قسمة يعتبر على خلاف هذه القواعد، حيث لا يلتزم الوارث البائع في هذا النوع الالتزام بهذا الضمان، ولا يكون للمتخارج له أو المشتري حق الرجوع بدعوى ضمان العيوب إذا وجد عيبا في حصة الوارث المتخارج، وهذا أيضا أهم ما يتميز به هذا النوع من البيوع².

الفقرة الثانية: ضمان الصفة الإرثية

جاء في المادة 404 ق.م أنه: "من باع شركة دون أن يفصل مشتملاتها، لا يضمن إلا صفته كوارث، ما لم يقع اتفاق يخالف ذلك".

ثبت في الفصل الأول أن بيع الشركة المنصوص عليه في هذه المادة يشمل بيع الوارث حصته لأجنبي، كما يشمل بيع الوارث حصته لوارث آخر، وهو ما يعرف بالتخارج، ولذلك كان بيع الشركة أعم من التخارج، وحسب هذه المادة فإن البائع الوارث غير ملزم إلا بإثبات الصفة

¹ السنهوري، الوسيط (3ط)، المرجع السابق، ج4، ص248، 261، راجع ضمان التعرض والاستحقاق في هذا المرجع، ج4، ص618 وما بعدها.

² السنهوري، الوسيط (3ط)، المرجع السابق، ج4، ص248، 261

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

الإرثية، وقد ثبت في الفصل السابق أن الصفة الإرثية تثبت للوارث الحقيقي لا الوارث الشرعي فقط، وهذا الوارث الحقيقي هو من يستحق التركة ويرث فعلا دون أن يمنعه مانع أو يحجبه حاجب، وقد ثبت أيضا في هذا الفصل أن الصفة الإرثية لا يشترط لثبوتها أو إثباتها وجود الشهادة التوثيقية، بل تثبت هذه الصفة بكل الطرق القانونية، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا مخالفة بذلك مجلس الدولة¹.

وعلى هذا الأساس فإن الوارث الخارج سواء أكان ذلك في التخارج بيعا أو قسمة، فإنه لا يضمن للمتخارج له إلا ثبوت الصفة الإرثية، أما في التخارج كصلح فالوارث الخارج لا يضمن للمتخارج له حتى ثبوت صفته الإرثية، ذلك أنه: " قد يدعي الورثة وينازعه الورثة في ذلك، ثم يتصلحون على التخارج، فالتخارج هنا صلح لحسم النزاع، فلا يجوز أن يتجدد النزاع بعد ذلك"².

ولعل هذا الحكم مأخوذ من الفقه الإسلامي، فقد ثبت أن زوجة عبد الرحمان بن عوف - رضي الله عنه - قد ادعت الورثة بعد أن طلقها عبد الرحمان بن عوف فنازعها الورثة في ذلك ثم تصالحوا وأخرجوها من التركة على مال قدره ثلاثة وثمانين ألفا³، وكان هذا ادعاء الورثة من هذه الزوجة، ولكن بقية الورثة نازعوها في ذلك بسبب الطلاق، ومع ذلك تصالحوا معها على مقدار من التركة، فقد حدث التخارج صلحا بينها وبين الورثة، رغم عدم إثباتها وضمانها للصفة الإرثية.

ومع ذلك فالظاهر في هذا الحكم أن ادعاء الورثة والنزاع فيها ينبغي أن لا يكون من أي شخص، وإن كان أجنبيا تماما عن الميراث، فهذا لا يجوز، وإن حدث وتبين فيما بعد كذبه جاز للورثة إبطال التخارج بناء على الغش والتدليس.

وبالتالي فمدعي الورثة ينبغي أن تكون له علاقة بالميراث، ولكن وجود شبهة ما جعلت بقية الورثة ينازعونه فيها، مثلما حدث في واقعة زوجة عبد الرحمان بن عوف - رضي الله عنه - فقد كانت لها علاقة بالميراث بسبب الزوجية، ولكن شبهة الطلاق هي التي جعلت الورثة الآخرين ينازعونها في ثبوت هذه الصفة.

¹ راجع ثبوت الصفة الإرثية والخلاف بين المحكمة العليا ومجلس الدولة في الفصل الأول من هذا الباب.

² السنهوري، الوسيط (ط3)، المرجع السابق، ج4، ص 260، 261.

³ سبق تخريجه في المبحث الأول من هذا الفصل.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

وهذه ميزة أخرى من مميزات وسمات بيع التركة في القانون الجزائري.

الفقرة الثالثة: ضمان الغبن

يمكن تصور الغبن في التخارج قسمة فقط، أما التخارج صلحا أو بيعا فلا يتصور ذلك، ففي التخارج صلحا لا يمكن للوارث الرجوع بدعوى الغبن على بقية الورثة، أو العكس؛ أي لا يمكن لبقية الورثة الرجوع على المتخارج بدعوى الغبن إن هم وقعوا فيه، ذلك أن المقابل في التخارج كصلح وإن كان قليلا لا يمكن أن يوصف بأن فيه غبنا؛ لأن المتخارج، أو المتخارج له في حالة الصلح لا يستحق إلا هذا المقابل سواء أكان قليلا أم كثيرا، وبالنسبة للتخارج كبيع، فهذه الصورة احتمالية وتقوم على المضاربة، وبالتالي فلا يتصور قيام الغبن في التخارج بيعا. وعليه لا تبقى إلا صورة التخارج قسمة، حيث يجوز فيها النقص إذا زاد الغبن عن الخمس، ولمعرفة ما إذا كان هناك غبن أم لا؛ فإن العبرة بتقدير قيمة التركة يكون وقت حصول التخارج قسمة، فإذا وقع أحد المتخارجين في غبن يزيد عن الخمس بأن أخذ الوارث الخارج أو بقية الورثة مالا أقل من قيمة الحصة المقررة بما يتجاوز الخمس، كان له طلب نقض التخارج، ولتفادي هذا النقص يمكن للطرف الآخر منع نقض التخارج وذلك بإكمال الحصة الناقصة للطرف المتضرر. ولقبول دعوى الغبن يجب أن ترفع خلال السنة التالية لوقوع التخارج، وهذا ما نصت عليه المادة 732 ق.م.¹

البند الثاني: القانون المغربي والتونسي

سأتناول أحكام الضمان في القانون المغربي والتونسي معا؛ نظرا لتشابه أحكامهما، وسيكون الحديث عن ضمان التعرض والاستحقاق وضمن العيوب الخفية، على أن ضمان صفة الوارث فقط متعلقة بالدين، لذلك أرجئ الحديث عنها عند الحديث عن المدينين.

الفقرة الأولى: ضمان التعرض والاستحقاق

ذكرت سابقا أن التخارج في القانون المغربي والتونسي قد يكون بيعا أو معاوضة، كما قد يكون صلحا، وقد أخضع كل من المشرع المغربي والمشرع التونسي هذه الصور من حيث ضمان التعرض والاستحقاق إلى ما ورد النص عليه في عقد البيع، جاء في الفصل 623 ق.ل.ع.م في

¹ راجع هذه الأحكام في السنهوري، الوسيط (ط3)، المرجع السابق، ج4، ص261. وهذه الأحكام المحالة إلى الوسيط للسنهوري مطابقة لما هو مقرر في القانون الجزائري؛ نظرا لتطابق النصوص القانونية بين القانون المدني المصري والقانون المدني الجزائري.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

عقد المعاوضة أنه: " يلتزم كل من المتعاضين نحو الآخر بنفس الضمان الذي يتحمل به البائع، إما بسبب الاستحقاق، أو بسبب العيوب الخفية في الشيء الذي أعطاه ". وفي باب الصلح جاء النص في الفصل 1107 ق.ل.ع.م أنه: " يضمن كل من الطرفين للآخر الأشياء التي يعطيها له على أساس الصلح وإذا سلم الشيء المتنازع عليه لأحد الطرفين بمقتضى الصلح، ثم استحق منه أو اكتشف فيه عيب موجب للضمان ترتب على ذلك إما فسخ الصلح كلياً أو جزئياً وإما دعوى إنقاص الثمن حسبما هو مقرر بالنسبة للبيع...".

أما القانون التونسي فقد جاء في نص الفصل 722 م.ل.ع في باب المعاوضة أنه: " على كل من المتعاضين للآخر ما على البائع من ضمان العيوب الخفية و ضمان الاستحقاق ". وفي باب الصلح جاء في الفصل 1/1468 م.ل.ع أنه: " على كل من المتصلحين ضمان ما يسلمه للآخر بموجب الصلح فإذا استحق الشيء المسلم لأحد المتصلحين بموجب الصلح أو وجد به عيب ساغ القيام بفسخ الصلح كله أو بعضه أو بالنقص من القيمة حسبما تقرر في باب البيع... ". وبهذا يثبت أن الضمان في التخارج يخضع لما هو مقرر في عقد البيع وليست له قواعد خاصة به، والوارث باعتباره يحل محل مورثه فيما آل إليه من ميراث يجعله مسؤولاً عن الضمان؛ لأنه يعتبر مالكا للتركة سواء أكان حسن النية أو سيئها، فالضمان يقع بقوة القانون، جاء في الفصل 532 ق.ل.ع.م: " والضمان يلزم البائع بقوة القانون وإن لم يشترط، وحسن نية البائع لا يعفيه من الضمان ". وهو أيضا ما نص عليه الفصل 630 م.ل.ع.ت في الفقرة الثانية، والتي جاء فيها: " والبائع محمول على هذا الضمان ولو لم يشترط صراحة في العقد ولا تنفك عهده منه بثبوت شبهة له".

وسأعرض لأحكام الضمان في هذين القانونين دون أن أغوص في التفاصيل والجزئيات؛ لأنها واردة في كل بيع، وإنما أقتصر في ذلك على أهم معالمه وأحكامه.

أولا: ضمان التعرض

جاء في الفصل 533 ق.ل.ع.م أن: " الالتزام بالضمان يقتضي من البائع الكف عن كل فعل أو مطالبة ترمي إلى التشويش على المشتري أو حرمانه من المزايا التي له حق في أن يعول عليها، بحسب ما أعد له المبيع والحالة التي كان عليها وقت البيع ". وجاء في الفصل 631 م.ل.ع.ت أن: " ضمان الاستحقاق يقتضي أن البائع يكف عن كل دعوى تؤول إلى مشاغبة المشتري أو حرمانه من الفوائد التي له الحق أن يعول عليها نظرا لما أعد له المبيع وإلى الحالة التي كان عليها

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

وقت البيع". حيث يتبين من هذين النصين أن المتخارج عليه أن يتعد عن أي فعل من شأنه أن يعرقل المتخارج الآخر عن ممارسة حق الملكية، وما يعنيه هذا الحق في النصيب الذي انتقل إليه، أو يشوش عليه أو يجرمه من مزايا حق الملكية، سواء أكان ذلك بفعله المادي كأن يتصرف مرة أخرى في الحق الذي تخارج منه، أو بفعل قانوني كأن يدعي عليه حقا ما، أو يكون الحرمان والشغب عن طريق الغير كادعاء هذا الغير حقا على الشيء محل التخارج، فهذه الحالات كلها تلزم المتخارج الذي تسبب فيها بالضمان لمن وقع عليه الضرر جراءها¹.

ثانيا: ضمان الاستحقاق

جاء في الفصل 534 ق.ل.ع.م.: "ويلتزم البائع أيضا بقوة القانون بأن يضمن للمشتري الاستحقاق الذي يقع ضده بمقتضى حق كان موجودا عند البيع ويكون الاستحقاق واقعا ضد المشتري في الحالات الآتية:

- إذا حرم المشتري من حوز الشيء كله أو بعضه؛

- إذا كان المبيع في حوز الغير ولم يتمكن المشتري من استرداده منه؛

- إذا اضطر المشتري لتحمل الخسارة من أجل افتكاك المبيع".

وجاء النص على هذه الحالات بشكل مطابق في الفصل 632 م.ل.ع.ت.

حيث يتبين من هذا أن استحقاق الشيء المتخارج به يتخذ ثلاثة أشكال:

1. **الشكل الأول:** حرمان المتخارج من الحوز الكلي أو الجزئي: كأن يجوز المتخارج النصيب الذي آل إليه لكن يصدر حكم يقضي بملكية الغير، أو تقرير حق ارتفاق عليه.

2. **الشكل الثاني:** أن لا يتمكن المتخارج من حوز ما آل إليه بسبب وجوده عند الغير الذي يدعي عليه حقا، ولم يستطع المتخارج استرداده منه.

3. **الشكل الثالث:** اضطرار المتخارج إلى تحمل خسارة ومصاريف إضافية لفك المتخارج به كأن يتحمل المتخارج ضرائب، أو يتطلب الأمر منه أداء الدين لفكاه من الرهن أو الحجز، أو يضطر لممارسة حق الشفعة قصد استرجاع جزء من الشيء المتخارج به.

كما يمتد الضمان أيضا إلى الاستحقاق الجزئي (535 ق.ل.ع.م، 633 م.ل.ع.ت)، وهذا إذا كان الاستحقاق الجزئي مؤثرا جدا، بحيث لو علمه الطرف الآخر ما تخارج معه.

¹ عبد الرحمان بلعكيد، المرجع السابق، ص 450، 451؛ عبد الرحمان الشرقاوي، المرجع السابق، ص 180، 181؛ نذير بن عمو، المرجع السابق، ص 216 وما بعدها؛ خليفة الخروبي، المرجع السابق، ص 203 وما بعدها.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

كما يمتد الضمان أيضا إلى بعض التحملات والارتفاقات التي يمكن أن تقع على الشيء المتخارج به، ولم تكن ظاهرة، أو لم يصرح بها عند التخارج، ويستثنى من هذا حسب الفصل 536 ق.ل.ع.ت ضمان الارتفاقات الملازمة لحق الملكية طبيعة كحق المرور لعقار محاط من كل الجوانب¹.

ثالثا: عدم الضمان

جاء في الفصل 546 ق.ل.ع.م أنه: " لا يلتزم البائع بأي ضمان أصلا:

1. إذا وقع انتزاع المبيع بالإكراه أو نتيجة قوة القاهرة؛
 2. إذا حصل الانتزاع بفعل السلطة، ما لم يكن فعلها مبنيا على حق سابق ثابت لها يخولها العمل على احترامه، أو على فعل يعزى للبائع.
 3. إذا حصل للمشتري عرقلة في التصرف نتيجة تعدد من الغير بدون أن يدعي أي حق على العين المبيعة". ويطابقه في القانون التونسي نص الفصل 644 م.ل.ع. وجاء في الفصل 547 ق.ل.ع.م أن: " البائع ولو أدخل في الدعوى في وقت مفيد، لا يتحمل بأي ضمان إذا حصل الاستحقاق بغش المشتري أو بخطئه، وكان هذا الخطأ هو السبب الدافع للحكم الذي قضى بالاستحقاق، وعلى وجه الخصوص:
- إذا ترك المشتري التقادم البادئ قبل البيع والساري ضده يتم، أو إذا أهمل إتمام تقادم بدأه البائع.
- إذا بنى الاستحقاق على فعل أو سبب شخصي للمشتري".
- ويطابقه في القانون التونسي نص الفصل 645 م.ل.ع، مع إضافة هذا الفصل فقرة لم ينص عليها في القانون المغربي مفادها: " ثانيا: إذا وقع تسجيل عقاري مضر بحقوق المشتري وكان له أن يعارض فيه ولم يفعل ذلك في الوقت اللازم".

يتبين من النصوص السابقة أن الضمان يسقط عن المتخارج في الحالات الآتية:

1. انتزاع المتخارج فيه بالإكراه أو القوة القاهرة: إذا نزع المتخارج فيه بالإكراه أو الاغتصاب من الغير أو بفعل القوة القاهرة، ولم يكن للمتخارج البائع يد فيه، فلا ضمان بين المتخارجين.

¹ عبد الرحمان بلعكيد، المرجع السابق، ص 451 وما بعدها؛ عبد الرحمان الشراوي، المرجع السابق، ص 184، 185؛ نذير بن عمو، المرجع السابق، ص 219 وما بعدها.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

2. نزع المتنازع فيه بفعل السلطة: قد يترع المتخارج فيه من يد المتخارج من قبل السلطة العامة، كما في حالة نزع الملكية للمنفعة العامة بعد المخارحة، فلا ضمان بين المتخارجين إلا إذا كانت إجراءات نزع الملكية قد بدأت قبل وقوع التخارج فيلزم حينها البائع المتخارج بالضمان، بل قد يتحمل التعويض إذا أخفى الواقعة، أو كان على علم بها، أما لو نزع المتخارج فيه من قبل السلطة وتم حجزه كما في السلع والبضائع المهربة والمحظورة والتي تركها المورث في المستودعات أو غيرها، فهذه لا ضمان فيها بين المتخارجين، بل قد تثبت مسؤوليتهم في حالة ثبوت العلم والفعل؛ وهذا لأن المحل في حد ذاته غير مشروع.

3. تعدد الغير على المتخارج فيه: قد يتعدى الغير على النصيب المتخارج فيه بفعل السرقة أو النصب أو التزوير أو التدليس فلا يكون ضمان على المتخارج البائع.

4. خطأ المتخارج أو غشه في عدم استحقاقه: ومثال هذه الحالة ترك المتخارج التقادم الساري ضده يتم دون أن يقوم بقطعه، أو أن يهمل تقادما كان قد بدأه المتخارج البائع، ففي هذه الحالة لا ضمان على البائع المتخارج. وربما يندرج تحت هذه الحالة إذا قام المتخارج بالاستمرار في الدعوى باسمه الشخصي دون أن يقوم بإعلام البائع، فلا رجوع هنا على البائع المتخارج سواء أربح الدعوى أم فشل فيها، وهذا ما نص عليه الفصل 537 ق.ل.ع.م، والفصل 635 م.ل.ع.ت.

هذا وإذا وقع الاتفاق بين المتخارجين على أن لا ضمان على البائع المتخارج؛ فهذا الشرط يعمل به في إسقاط التعويض عن الخسارة، أما إرجاع الثمن كله أو بعضه في حالة الاستحقاق فلا يسقطه هذا الاتفاق، كما أن هذا الشرط وهذا الاتفاق يصبح عديم الأثر إذا كان موجب الاستحقاق راجعا إلى فعل البائع المتخارج، أو تغريره، أو علمه بذلك ولم يعلم المشتري المتخارج، وهذا ما نص عليه الفصل 544 ق.ل.ع.م، والفصل 642 م.ل.ع.ت.¹

رابعا: أثر الضمان

قد يكون استحقاق الشيء المتخارج فيه كليا وقد يكون جزئيا.

I. أثر الاستحقاق الكلي: إذا استحق الشيء المتخارج فيه كان للمتخارج الذي وقع الاستحقاق في نصيبه، إذا لم يقر بهذا الاستحقاق أن يطلب استرداد النصيب الذي قدمه

¹ عبد الرحمان بلعكيد، المرجع السابق، ص 454 وما بعدها؛ عبد الرحمان الشرفاوي، المرجع السابق، ص 187، 191، 192؛ نذير بن عمو، المرجع السابق، ص 224، 225؛ خليفة الخزوي، المرجع السابق، ص 205، 206، 210.

إلى الطرف الآخر، وللمشتري أن يطالب باسترداد الثمن¹، وكذا استرداد المصاريف التي أنفقها على دعوى الاستحقاق. وإذا كان المتخارج سيء النية؛ أي كان يعلم سبب الاستحقاق، أو إذا ارتكب تدليسا حمل الطرف الآخر على التخارج معه، كان عليه أن يرد له جميع المصروفات التي أنفقها بما فيها مصروفات الزينة والترف.

وبالإجمال فإنه يلتزم بتعويضه عن الخسائر التي لحقته بسبب الاستحقاق، خصوصا إذا كانت قيمة الشيء المستحق قد ازدادت عند حصول الاستحقاق، فهذه الزيادة تدخل في مبلغ التعويض، وهذه الأحكام قد نصت عليها الفصول من 538 إلى 541 ق.ل.ع.م، والفصول من 536 إلى 639 م.ل.ع.ت.²

II. أثر الاستحقاق الجزئي: إذا كان الاستحقاق الجزئي يسيرا جدا فيعطى حكم العدم؛ أي إنه لا يؤثر في المخارجة، أما إذا كان الاستحقاق الجزئي قد بلغ حدا من الجسامة، بحيث لو علمه المتخارج لما أقدم على هذا التصرف، وذلك كالنقص البين في المقدار المتخارج به، أو وجود ضرائب مكلفة، أو ارتفاقات أو حقوق أخرى، أو رهن أو حجز، ولم يتم التصريح بها، ففي هذه الحالة يخير من وقع الاستحقاق الجزئي في نصيبه الذي آل إليه بين استرداد قيمة الجزء المستحق والاحتفاظ بالنصيب الباقي، أو الفسخ الكلي واسترداد كل النصيب المقدم أو الثمن، وإذا كان الاستحقاق الجزئي جسيما لكنه لم يبلغ حد المطالبة بالفسخ، لم يكن للمتخارج المتضرر إلا المطالبة باسترجاع قيمة الجزء المستحق، وإذا وردت المخارجة على أشياء منقولة جملة واحدة وبقيمة إجمالية، ثم استحق بعضها كان للمتخارج المتضرر أن يطلب قيمة ما استحق قولاً واحداً، إلا إذا كانت المنقولات لا تقبل الفصل أو القسمة بطبيعتها ففي هذه الحالة يثبت للمتخارج المتضرر طلب الفسخ الكلي واسترداد كل النصيب المدفوع، أو الثمن، وقد نص على هذه الأحكام الفصلين 542، 543 ق.ل.ع.م، والفصلين 640، 641 م.ل.ع.ت.³

¹ عكس المشرع الجزائري الذي يوجب استرداد قيمة المبيع زمن الاستحقاق، لا الثمن.

² عبد الرحمان بلعكيد، المرجع السابق، ص 464 وما بعدها؛ عبد الرحمان الشرفاوي، المرجع السابق، ص 189، 191، 192؛ نذير بن عمو، المرجع السابق، ص 227، 228؛ خليفة الخروي، المرجع السابق، ص 207، 208، 209، 210.

³ القانون 09.24 المتعلق بسلامة المنتجات والخدمات المؤرخ في 17 أوت 2011، ج ر، ع 5890، صادرة بتاريخ: 22 سبتمبر 2011، ص 4678.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

الفقرة الثانية: ضمان العيوب الخفية

نص على أحكام هذا الضمان الفصول من 549 إلى 575 ق.ل.ع بالإضافة إلى بعض النصوص من قانون سلامة المنتجات والخدمات رقم 09.24، هذا في القانون المغربي، أما في القانون التونسي فقد تناولته الفصول 647 إلى 674 م.ل.ع. وسأتناول في هذا الضمان أهم النقاط المتعلقة به دون الغوص في جزئياته، وعليه سيكون التناول متمحورا في النقاط الآتية: من حيث المفهوم والشروط والآجال، ثم من حيث أثر هذا الضمان.

أولاً: من حيث المفهوم والشروط والآجال

يعرف العيب بأنه كل ما يصيب الشيء من خلل فيخرجه عن طبيعته أو ما اتفق عليه إن جزئيا أو كلياً، وهو بهذا المعنى له علامات دالة عليه، إما نقص يبين في قيمته، وإما عدم صلاحيته للاستعمال حسب الطبيعة أو المتفق. وإذا رجعنا إلى المادة 3/106 ق.ل.ع.م المتمم بقانون 09.24 المتعلق بسلامة المنتجات والخدمات، نرى أن هذه المادة قد أعطت بعداً آخر لمفهوم العيب يتماشى مع التطور التقني الذي يشهده هذا العصر، حيث لم يعد العيب ينظر إليه على النقص الذاتي فقط، بل تعداه حسب هذه المادة إلى ما قد يترتب عن المنتج من أضرار رغم سلامته الذاتية، وذلك لعدم مراعاة طرق السلامة في حق الغير، ووقايته من الإصابة بالأضرار المحتملة، أو بعض المضاعفات أو التفاعلات¹.

وإذا كان القانون المغربي والتونسي قد وسعا في ميدان ضمان العيوب إلى ضمان الصفات المصرح بها والمشرطة في العقد، فإنه وفق البعد الجديد لمفهوم العيب، تدخل المعاملة وفق النموذج، حيث يلتزم المتخارج بضمان الصفات التي التزم بها بمقتضى النموذج المعروض.

وإذا كان التعرف على العيب لا يكون في بعض الأشياء إلا بعد إحداث تغيير في طبيعتها كالثمار الموجودة في القشور، أو قطع الغيار بعد تركيبها، فإن الضمان في هذه الأشياء مرهون بالاتفاق وما قضى به العرف والعمل التجاري.

¹ عبد الرحمان بلعكيد، المرجع السابق، ص475، 477.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

ويستخلص من هذا ومن النصوص المنظمة للعيوب وضمائها، أن العيب إذا كان ظاهرا جليا أو بالإمكان التعرف عليه بيسر فلا ضمان، إلا إذا صرح بعدم وجوده، وبناء على هذا فإنه يشترط في العيب؛ حتى يترتب عليه الضمان، أن يكون مؤثرا؛ أي قد بلغ من الجسامة حدا لو علمه المتخارج لما أقدم على هذا التصرف، وأن يكون قديما؛ أي راجعا إلى زمن الإبرام أو التسليم، وأن يكون خفيا؛ أي يحتاج إلى خبرة ومهارة واحتراف لتبينه، وإلا فالعيوب الجلية الظاهرة لا يشملها سهولة التعرف عليها¹.

فإذا وجد في الشيء المتخارج فيه عيب توفرت فيه الشروط السابقة، كان على المتخارج المتضرر مراعاة بعض المدد؛ حتى لا يسقط حقه في المطالبة بالضمان، وهذه المدد تختلف بحسب الأشياء المعيبة، وهي في القانون المغربي تختلف عنه في القانون التونسي، بعد تعديل الأول بقانون 31.08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك، حيث جاء في المادة 65 منه على أنه:

" خلافا لأحكام المواد 2573² و3553³ من الظهير الشريف بتاريخ: 09 رمضان 1331 هـ (12 أغسطس 1913 م) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، كل دعوى ناشئة عن العيوب الموجبة للضمان، أو عن خلو المبيع من الصفات الموعود بها يجب أن ترفع في الآجال الآتية، وإلا سقطت: - بالنسبة للعقارات، خلال سنتين بعد التسليم.

¹ المرجع نفسه، ص 477، 478؛ نذير بن عمو، المرجع السابق، ص 229 وما بعدها؛ خليفة الخروبي، المرجع السابق، ص 211 وما بعدها.

² ينص الفصل 573 ق.ل.ع على أنه: " كل دعوى ناشئة عن العيوب الموجبة للضمان، أو عن خلو المبيع من الصفات الموعود بها يجب أن ترفع في الآجال الآتية، وإلا سقطت:

- بالنسبة إلى العقارات خلال 365 يوما بعد التسليم؛

- بالنسبة إلى الأشياء المنقولة والحيوانات خلال 30 يوما من التسليم، بشرط أن يكون قد أرسل للبائع الإخطار المشار إليه في الفصل 553.

ويسوغ تمديد هذه الآجال أو تقصيرها باتفاق المتعاقدين، وتسري أحكام الفصول 371 إلى 377 على سقوط دعوى ضمان العيب".

³ ينص الفصل 553 ق.ل.ع: " إذا ورد البيع على الأشياء المنقولة، عدا الحيوانات، وجب على المشتري أن يفحص الشيء المبيع فور تسلمه، وأن يخطر البائع حالا بكل عيب يلزمه ضمانه خلال السبعة الأيام التالية للتسلم، وإذا لم يجر ما سبق، اعتبر الشيء مقبولا، ما لم تكن العيوب مما لا يمكن التعرف عليها بالفحص العادي، أو كان المشتري قد منع لسبب خارج عن إرادته، من فحص الشيء المبيع، وفي هذه الحالة يجب إخطار البائع بعيوب الشيء فور اكتشافها، فإن لم يحصل الإخطار اعتبر الشيء مقبولا، ولا يسوغ للبائع سعي النية أن يتمسك بهذا التحفظ الأخير".

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

- بالنسبة إلى الأشياء المنقولة خلال سنة بعد التسليم.

ولا يسوغ تقصير هذه الآجال باتفاق المتعاقدين " 1.

أما القانون التونسي فقد حددها بالفصل 672 م.ل.ع بسنة (365 يوما) في العقارات من وقت التسليم، وفي المنقولات والحيوان بشهر (ثلاثين يوما) من يوم التسليم أيضا مع مراعاة ما ورد في الفصل 652²، وهذه الآجال لا تتعلق بالنظام العام، حيث يمكن الاتفاق على خلافها إما بالزيادة أو النقصان، وهذا في القانون التونسي³، أما في القانون المغربي فقد دلت الفقرة الأخيرة من المادة 65 من قانون 08.31 على عدم جواز تقصير هذه المدد باتفاق الأطراف، وإن كانت قد سكتت عن تمديدتها، رغم صعوبة فرض مدة أطول على البائع من قبل المشتري⁴، وعلى هذا فيجب على المتخارج المتضرر أن يراعي هذه الآجال، وإلا سقط حقه في الضمان. وإن كانت المادة 65 من قانون 08.31 قد أثارت إشكالا مفاده هل الإخطار المنصوص عليه في المادة 553 والمتعلق بالأموال المنقولة لا يزال ساري المفعول، أم أن ذكره في المادة 65 قد ألغى العمل به؟ الظاهر كما ذهب إلى ذلك أحد فقهاء القانون المغربي⁵ أن الفصل 553 لم يلغ بأي نص صريح، والدليل على ذلك من وجهين:

- **الوجه الأول:** أن شرط الإخطار المنصوص عليه في الفصل 553 قد أعيد ذكر فقرة منه في الفصل 573، هذا الأخير الذي عمل قانون حماية المستهلك على تعديله، حيث حذفت الفقرة المكررة فيه فقط، دون الإشارة إلى إلغاء الفصل 553 صراحة، وهو فصل أساس في الإخطار وإجراءاته.

¹ قانون 08-31 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك، مؤرخ في: 18 فبراير 2011، ج ر، ع 5932، صادرة بتاريخ: 07 أبريل 2011، ص 1072.

² جاء في الفصل 652 م.ل.ع: " إذا بيع شيء من المنقولات ما عدا الحيوانات فعلى المشتري أن يقبله عند وصوله له، فإن ألقى به عيبا وجب عليه إعلام البائع بذلك حالا، وإن لم يعلمه في السبعة الأيام الموالية ليوم وصول المبيع له اعتبر سكوته قبولا، إلا إذا كانت تلك العيوب من شأنها أن تخفى عند التقليب على من لم يتأمل، أو إذا حصل للمشتري مانع عاقه عن التقليب، وفي هذين الحالتين يجب عليه إعلام البائع بمجرد اطلاعه على العيب، وإلا اعتبر راضيا، هذا إذا كان البائع غير مدلس، وإلا فلا يعد سكوت المشتري رضاء".

³ نذير بن عمو، المرجع السابق، ص 239 وما بعدها؛ خليفة الخروبي، المرجع السابق، ص 220.

⁴ عبد الرحمان الشرقاوي، المرجع السابق، ص 203، 204.

⁵ هو الفقيه الدكتور عبد الرحمان بلعكيد.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

- الوجه الثاني : أن المادة 65 المعدلة قد ورد في صدرها أن التعديل المدرج يخص العلاقة بين المستهلك والمورد لا غير¹، مما يدل على أن العمل بها في غير هذه العلاقة لا يزال ساري المفعول ، وبالتالي فيجب على المتخارج المتضرر من العيب الخفي أن يخاطر البائع الوارث ، وفق ما جاء في هذا الفصل.

ثانيا : أثر الضمان :

يمكن أن نرجع أثر ضمان العيوب الخفية في القانون المغربي والتونسي إلى وجود قاعدة عامة ، أو أصل عام واستثناء ، أو حل استثنائي ، وبيان ذلك كالآتي :

I. القاعدة العامة : تتمثل القاعدة العامة في الفسخ مع الاسترداد ، والتعيب قد يكون كلياً ، وقد يكون جزئياً.

أ. الفسخ: في حالة التعيب، الكلي، أو خلوه من الصفات الملتزم بوجودها كان للمتخارج المتضرر أن يطلب فسخ التخارج، ورد المتخارج به المعيب مع توابعه، وفي المقابل يسترد ما دفع من مقابل (556 ق.ل.ع.م، 655 م.ل.ع.ت)، كما يمكن أن يكون الفسخ في حالة التعيب الجزئي؛ إذا كان التخارج محله عدة أشياء صفقة واحدة وبمقابل إجمالي، حيث يمكن فسخ الجزء المعيب ورده مع استرداد مقابله، إذا كان لا يضرها التبعيض، فإن كان يضرها لم يجز الفسخ إلا في الكل (558 ق.ل.ع.م، 657 م.ل.ع.ت)، أيضا إذا كان التخارج واردا على أشياء قيمة وظهر البعض منها معيبا كان للمتخارج المتضرر أن يطلب الفسخ مع رد المتخارج به واسترداد ما دفعه (557 ق.ل.ع.م، 656 م.ل.ع.ت)، وفي هذه الحالات المذكورة إذا قرر المتخارج الاحتفاظ بالشيء المعيب، لم يكن له حق المطالبة بإنقاص الثمن، على أن له المطالبة بالتعويض في صور ثلاث سيأتي ذكرها (556، 557 ق.ل.ع.م، 655، 656 م.ل.ع.ت). وإذا كان العيب في التوابع فلا يفسخ التخارج إلا في ما تعلق بها؛ أي إن أصل التخارج لا يفسخ، أما إن فسخ التخارج كلية امتد الفسخ للتوابع، ولو كان لكل منها مقابلا معيناً (559 ق.ل.ع.م، 558 م.ل.ع.ت)².

¹ عبد الرحمان بلعكيد، المرجع السابق، ص 518 وما بعدها.

² عبد الرحمان بلعكيد، المرجع السابق، ص 487، 488، 490؛ عبد الرحمان الشرفاوي، المرجع السابق، ص 207 وما بعدها؛ نذير بن عمو، المرجع السابق، ص 250، 251؛ خليفة الخروبي، المرجع السابق، ص 221، 222 .

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

ب. الاسترداد: المتخارج المتضرر من العيب في النصيب الذي آل إليه بالتخارج، مطالب برد الشيء المعيب وتوابعه المتعلقة به منذ العقد، وكذا ما انضاف إليه بعد العقد، أيضا الثمار والغلة منذ التراضي على الفسخ، أو الحكم به، والثمار السابقة على هذا التاريخ إلا إذا كانت غير معقودة¹، و بالإجمال فإنه يسلم الشيء المعيب على الحالة التي تسلمه عليها (561 ق.ل.ع.م، 660 م.ل.ع.ت)، لكن إن هلك نصيب المتخارج المتضرر بالعيب الذي فيه، أو بسبب ناشئ عن هذا العيب، كان هلاكه على المتخارج الآخر (563 ق.ل.ع.م، 662 م.ل.ع.ت)، وفي المقابل يلتزم المتخارج الضامن رد الأصل الذي تخارج به وتوابعه ومصروفات الثمار، والمصروفات التي أنفقها فيها (56 ق.ل.ع.م، 660 م.ل.ع.ت)، فإن تعذر على المتخارج المتضرر رد الشيء المعيب الذي آل إليه بالتخارج؛ بسبب هلاكه بخطأ منه، أو ممن هو مسؤول عنه، أو بفعل القوة القاهرة، أو إذا سرق أو ضاع، أو إذا حوله وغيره، بحيث صار غير صالح للاستعمال فيما أعد له، لم يكن للمتخارج المتضرر حق استرداد مقابل التخارج أو إنقاظه (562 ق.ل.ع.م، 661 م.ل.ع.ت)².

II. الحل الاستثنائي: يتمثل الحل الاستثنائي في ثلاث صور: إنقاص مقابل التخارج، والتعويض، والخيار بين الاحتفاظ بالنصيب المتخارج به أو رده.

أ. إنقاص مقابل التخارج: تكون هذه الصورة في حالتين اثنتين نص عليهما الفصل 564 ق.ل.ع.م، وكذا الفصل 663 م.ل.ع.ت، وتتعلق أساسا بالعيب اللاحق بفعل المتخارج المتضرر.

● الحالة الأولى: إذا كان الشيء محل التخارج معيبا منذ البداية، ولكن أضاف المتخارج إليه عيبا جديدا بخطئه أو خطأ من يسأل عنهم، فليس له إلا طلب إنقاص مقابل التخارج واسترداده، كما يطالب المشتري إنقاص الثمن المدفوع (564 ق.ل.ع.م، 663 م.ل.ع.ت).

¹ غير معقودة: أي لم تظهر.

² عبد الرحمان بلعكيد، المرجع السابق، 494 وما بعدها؛ نذير بن عمو، المرجع السابق، ص251؛ خليفة الخروبي، المرجع السابق، ص 223، 224

● الحالة الثانية: إذا استعمل المتخارج المتضرر الشيء المعيب استعمالاً أنقص من قيمته نقصاً بينا قبل العلم بالعيب، فله أن يطلب أيضاً إنقاصاً مقابل التخارج كما يفعل المشتري بطلبه إنقاص الثمن (564 ق.ل.ع.م، 663 م.ل.ع.ت)، أما إذا استعمله بعد العلم بالعيب فيسقط حقه في الضمان باستثناء السكنى في العقارات أو استغلالها (572 ق.ل.ع.م، 671 م.ل.ع.ت).¹

ب. التعويض: إذا قرر المتخارج المتضرر الاحتفاظ بالشيء المعيب لم يكن له إلا المطالبة بالتعويض وفق الصور الوارد النص عليها في الفصل 556 ق.ل.ع.م، 655 م.ل.ع.ت، وهي كالاتي:

● إذا كان المتخارج الضامن عالماً بوجود العيوب، أو بانعدام الأوصاف المتزعم بها، ولم يشترط عدم الضمان، وإذا كان المتخارج قد ورث حرفة التجارة أو الصناعة، وحدث التخارج في أشياء من مقتضيات حرفته؛ فإنه يفترض فيه العلم.

● إذا صرح المتخارج الضامن بعدم وجود العيوب، ثم وجدت، فتبعة الضمان والتعويض عليه؛ حتى ولو كانت ظاهرة، أو سبق العلم بها، أو كان بالإمكان معرفتها قبل التسليم، إلا إذا كانت هذه العيوب قد ظهرت بعد التخارج، أو كان المتخارج الضامن يجهلها بحسن نية، فلا تعويض حينئذ.

كما يثبت التعويض أيضاً إذا ثبت ما يبرره ويوجهه، في حالة التعيب الجزئي للأشياء المثلية، ففي هذه الحالة يثبت للمتخارج المتضرر كأصل عام المطالبة باستبدال الجزء المعيب بآخر سليم، وإذا أثبت الضرر كان له طلب التعويض أيضاً (557 ق.ل.ع.م، 656 م.ل.ع.ت)، كما يثبت التعويض عن الخسارة في حالة ما إذا كان المتخارج البائع مدلساً أو سيء النية وهلك المبيع لعيب أو طارئ نشأ عن هذا العيب (563 ق.ل.ع.م، 662 م.ل.ع.ت).

● إذا كان الشيء المتخارج به قد ثبت خلوه من الصفات المشترط وجودها صراحة، أو كان العرف التجاري يقتضيها، والتعويض هنا يرجع في تقديره إلى المحكمة المختصة. ويضاف إلى هذا صورة المتخارج المدلس في حالة فسح التخارج،

¹ عبد الرحمن بلعكيد، المرجع السابق، 496؛ نذير بن عمو، المرجع السابق، ص 251، 252؛ خليفة الخروبي، المرجع السابق، ص 222، 223.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

حيث يحق للمتخارج المتضرر المطالبة بالتعويض عن الخسائر التي تسبب له فيها المتخارج الآخر المدلس (561 ق.ل.ع.م، 660 م.ل.ع.ت)¹.

ت. الخيار بين الاحتفاظ بالنصيب المتخارج به أو رده: إذا كان الشيء المتخارج به قبل المخارجة معيبا، ثم لحقه عيب بعد المخارجة بسبب لا يرجع إلى المتخارج المعني، بل بفعل الغير، أو بالاستعمال العادي قبل العلم بالعيب القديم (السابق)، ففي هذه الحالة يثبت حق الخيار بين المتخارجين، كما يثبت ذلك بين المتبايعين، حسب نص الفصل 565 ق.ل.ع.م، 664 م.ل.ع.ت، وهذه الحالات التي يثبت فيها الخيار كالاتي:

- المتخارج المتضرر له حق الخيار بين الاحتفاظ بالشيء المعيب على حالته والرجوع بالضمان على أساس العيب الأول ، أو طلب الفسخ مع تعويض العيب اللاحق (إنقاص المقابل الذي تخارج منه).
- إذا رغب المتخارج الضامن باسترداد الشيء المعيب على حالته ، مع تنازله عن المطالبة بأي تعويض عن العيب اللاحق ، ففي هذه الحالة يكون للمتخارج الآخر إما الاحتفاظ بالشيء المعيب على تلك الحالة الموجود عليها ، أو طلب الفسخ والرد دون أي تعويض.

هذا ويثبت أيضا الخيار وفق ما سبق ذكره بين الفسخ والرد أو الاحتفاظ مع التعويض وفق ما نصت عليه الفصول (556، 557 ق.ل.ع.م، 655، 656 م.ل.ع.ت) والمتعلقة بالتعيب الكلي أو الجزئي ، مع الإشارة إلى أنه في حالة التعيب الجزئي، وفي الأشياء القيمة إذا قرر المتخارج المتضرر الفسخ والرد؛ فإن التقويم قصد معرفة قيمة الجزء المعيب يخضع للمعيار المنصوص عليه في الفصل (560 ق.ل.ع.م، 659 م.ل.ع.ت) أي حساب الفرق بين قيمته دون عيب، وقيمته بالعيب، إلى جانب التعويض².

وبالإجمال فإن الضمان في التخارج سواء تعلق بالعيوب أو الاستحقاق مبني على النسبة، وهذا بسبب تعدد الورثة المتخارجين، إذ إن كل متخارج يحمل في الوقت نفسه صفة البائع وصفة

¹ عبد الرحمان بلعكيد، المرجع السابق، 488، 490، 491؛ نذير بن عمو، المرجع السابق، ص 252، 253 ؛ خليفة الخروبي ، المرجع السابق ، ص 224 وما بعدها .

² عبد الرحمان بلعكيد، المرجع السابق، 492، 497؛ نذير بن عمو، المرجع السابق، ص 252، 253.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

المشتري في آن واحد إذا كان التخارج معاوضة أو مقايضة، حيث يحمل صفة البائع في أسهمه التي ينقلها إلى المتخارج الآخر، وصفة المشتري في الأسهم التي تلقاها كمشتري فهي على ذمته محملة بعبء ضمانه.

فإذا فرضنا أن تركة مكونة من قطعة أرض فلاحية وبستان ومحل تجاري، وعقار سكني، وكان الورثة ثلاثة أبناء وبنت وزوجة، حيث يكون لكل ابن سهمان وللبنت والزوجة لكل منهما سهم واحد، فإذا اتفق الورثة وتخرجوا بينهم على أن تستقل البنت والزوجة بالعقار السكني، وأحد الأبناء بالمحل التجاري، والآخر بالأرض الفلاحية، والثالث بالبستان، فالتخارج يقتضي أن ينقل الأبناء الثلاثة أسهمهم في العقار السكني إلى الزوجة والبنت، وأن ينقل الابن الآخر إلى الزوجة والبنت أسهمهم في المحل التجاري إلى الابن الذي استقل به، وهكذا في الأرض الفلاحية والبستان، وعليه فإن الأبناء مثلا لا يضمنون إلا أسهمهم التي نقلوها إلى الزوجة والبنت في العقار السكني على نسبتها، سواء في العيوب أو في الاستحقاق، أما أسهمها (الزوجة والبنت) فهي على ذمتها؛ لأنه لم يحدث فيها أي تغيير أو تفويت¹.

هذه هي أهم الأحكام المتعلقة بالضمان في التخارج سواء عن الاستحقاق أو العيوب الخفية، وهي مخرجة في هذين القانونين (المغربي والتونسي) على أحكام البيع .

البند الثالث: في النظر الشرعي

يتركز أساسا في ضمان الاستحقاق أو الدرك، وضمان العيوب الخفية .

الفقرة الأولى : ضمان الاستحقاق

إن التخارج عادة يذكر في كتاب الصلح؛ لأنه جزء منه، وإن كان غالبا ما يأخذ حكم البيع، ولكن الفقهاء في هذا الباب يذكرون أحكاما تتعلق بالاستحقاق وتعم كل أقسام وأنواع الصلح، حيث نجد أن الحنفية والحنابلة يفرقون في الصلح بين الصلح عن إقرار والصلح عن إنكار أو سكوت، ففي الأول يحيلون في حكم الاستحقاق فيه إلى حكم الاستحقاق في المبيع باعتبار أن هذا النوع بيع، والتخارج بين الورثة يغلب عليه حكم البيع، وسيأتي الحديث عن هذا القسم، أما النوع الثاني من الصلح، وهو الصلح عن إنكار أو سكوت، فهو في حق المدعي معاوضة، وفي حق المدعى عليه افتداء لليمين وقطعا للخصومة، وعلى هذا الأساس يكون استحقاق بدل الصلح كله مبطلا للصلح، وترجع فيه الخصومة، وإذا حدث استحقاق جزئي بطل هذا الجزء وعادت إليه

¹ عبد الرحمان بلعكيد، المرجع السابق، 492، 493 .

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

الخصومة، وإن كان الاستحقاق واردا على محل النزاع (محل الصلح) بطل الصلح لانعدام محله، ويكون للطرف الآخر استرداد البديل الذي قدمه؛ لأن أخذه لم يعد له وجه حق¹.
ونرى أن حكم الاستحقاق في هذا النوع يماثل حكم الاستحقاق في البيع مقايضة، وبالتالي فهو يرجع إليه.

أما عند الملكية ففي الصلح عن إقرار إذا استحق البديل رجوع الطرف الآخر في العين المتصالح منها واستردها إن كانت قائمة، فإن هلكت استرد قيمتها إن كانت قيمة، أو مثلها إن كانت مثلية، فإن كان الصلح عن إنكار واستحق البديل رجوع بالعوض مطلقا، ولا يرجع بالعين ولو كانت قائمة. أما إن استحق المتصالح عنه (محل النزاع)؛ فإن كان الصلح عن إنكار رجوع المدعى عليه على المدعي بما دفع له إن كان قائما، أو قيمته إن كان قيميا، أو مثله إن كان مثليا، وهذا في حالة فواته، وإن كان الصلح عن إقرار لا يرجع المقر على المدعي بشيء لاعترافه أنه ملكه، وأن المستحق أخذه منه ظلما².
أما الشافعية فقد سبق أن الصلح عندهم يجوز فقط في الإقرار، وعليه فإن استحق بدل الصلح وكان معينا، سواء استحق كله أو بعضه فالصلح يفسخ، وإن كان بدل الصلح ثابتا في الذمة أخذ المدعي بدله، ولم يفسخ الصلح³.

وهذه الأحكام تعم الصلح بأنواعه، ومنه الصلح بين الورثة إذا كان فيه نزاع بينهم، لكن ما ذكر في المبحث الأول من صور للتخارج؛ فإنه يغلب عليها تكييف البيع، سواء أكان بمعناه العام المشتمل على الصرف والمقايضة، أو بمعناه الخاص، خصوصا إذا كان البديل من غير التركة، فهو ثابت قطعا أنه بيع، ومن ثم فلا بد من التعرض لأحكام الاستحقاق في عقد البيع؛ لأنها تنطبق على التخارج الموصوف بيعا.

أولا : المذهب الحنفي

إذا استحق الشيء المتخارج عنه (المبيع) كله، فإن ثبت الاستحقاق بإقرار المشتري المتخارج أو بنكوله عن اليمين، فلا يحق له الرجوع على البائع المتخارج بشيء؛ لأن الإقرار حجة قاصرة

¹ محمد الدين أبو الفضل الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، تعليق محمود أبو دقيقة، مطبعة الحلبي، القاهرة، دط، 1937، ج3، ص5، 6؛ ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المصدر السابق، ج5، ص630، 631؛ البهوتي، كشاف القناع، المصدر السابق، ج3، ص400.

² الدسوقي، المصدر السابق، ج3، ص470 وما بعدها.

³ النووي، روضة الطالبين، المصدر السابق، ج4، ص202، 203.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

على المقر ، والنكول عن الحلف راجع إلى الإقرار، أما إن ثبت الاستحقاق بالبينه فحكم له به لم يفسخ التخارج (أو البيع)، بل يبقى موقوفا على إجازة المالك الجديد وهو المستحق، فإن أجازه مضى، ورجع هذا المستحق على البائع المتخارج ، وتصبح العملية كوكالة، وتكون الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، فإن لم يجره ففسخ التخارج (أو البيع) ورجع المشتري المتخارج على الطرف الآخر (البائع). وإن كان التخارج مقايضة، واستحق أحد العوضين بطل التخارج، وكان على المتخارج المتضرر استرداد ما دفع؛ لأنه لم يعد يحق له أخذها¹.

وتطبق الأحكام والشرائط نفسها في حالة الاستحقاق الجزئي، لكن الفسخ في حالة عدم الإجازة ينصب على الجزء المستحق فقط ، ويكون البائع المتخارج ملتزما اتجاه المشتري المتخارج له بإعادة مقابل الحصه المستحقة . والفرق بين الاستحقاقين يكمن في أنه في حالة استحقاق الجزء ستفرق الصفقة ، وبالتالي يثبت للمشتري المتخارج له - زيادة على الحكم السابق - خيار تفرق الصفقة ؛ حيث يكون له حق الاحتفاظ بالباقي من الشيء المتخارج منه (المتبقي من المبيع) ، كما له حق فسخ العقد والرجوع بكامل ما دفع ، إلا إذا كان استحقاق البعض قد وقع بعد قبض المشتري المتخارج له جميع المتخارج منه (المبيع) ، وكانت هذه الأشياء قابلة للتجزئة دون ضرر ، فحينئذ لا يثبت له هذا الخيار. وإن كان الاستحقاق بسبب الرهن أو الإجارة ، ففي حالة عدم إجازة المستحق كان على المشتري المتخارج له إما الفسخ ، وإما انتظار مدة انتهاء الإجارة وفكك الرهن ، وفي حالة الإجازة تنفسخ الإجارة أو الرهن².

ثانيا : المذهب المالكي

في المذهب المالكي ينظر في حالة الاستحقاق إلى الباقي فإن كان النصف وكان الشيء المتخارج منه (المبيع) متعددا، لم يكن للمتخارج المتضرر سوى إمساك الباقي والرجوع على المتخارج الآخر بحصه ما استحق، وإن كان الشيء المتخارج منه متحدا كان للمشتري الخيار بين الفسخ، أو الإمساك مع الرجوع بمثل ما استحق أو قيمته. أما إذا كان الباقي بعد الاستحقاق أقل من النصف فإن كان قيميا فسخ واسترد المقابل، ولم يجز الإمساك، وإن كان مثليا خير بين الفسخ واسترداد المقابل، أو إمساك الباقي مع استرداد ما يقابل الجزء المستحق، وهذه الأحكام تخص

¹ مصطفى الزرقا، العقود المسماة في الفقه الإسلامي، عقد البيع، المرجع السابق، ص128، 129.

² المرجع نفسه، ص131، 132.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

المستحق إذا كان معيناً وكان الشيء محل التخارج (المبيع) معيناً سواء أكان متعدداً أم متحداً باستثناء العقار فسيأتي حكمه ، أما إذا كان محل التخارج (المبيع) شيئاً متعدداً شائعاً؛ أو كان عقاراً (من الدار أو الأرض) معيناً أو شائعاً؛ فإنه في حالة الاستحقاق ينظر إلى الجزء المستحق إن كان كثيراً كالثالث فأكثر أو كان قليلاً (أقل من الثلث)، ففي الحالة الأولى يثبت للمشتري التخارج الخيار بين إمساك ما بقي والرجوع على البائع المتخارج بمقابل ما استحق، أو الفسخ واسترداد ما دفع، أما في الحالة الثانية؛ أي إذا كان المستحق قليلاً (أقل من الثلث) فينظر في محل التخارج (الشيء المبيع) إن كان قابلاً للقسمة أم لا، أو متَّخِذاً للغلة (الاستغلال) أم لا، فإن كان غير منقسم وغير متَّخِذٍ للغلة (الاستغلال) فيلحق بالحالة الأولى، ويثبت للمتخارج المشتري حق الخيار بين الفسخ أو التماسك، وإن كان منقسماً اتَّخِذَ للغلة أم لا، أو كان غير منقسم وأُتِّخِذَ للغلة ففي هذه الحالات لا يثبت للمتخارج المشتري حق الخيار، بل يتعين عليه إمساك الباقي مع الرجوع على المتخارج البائع بما يقابل الجزء المستحق¹.

وخلاصة لما سبق أن المذهب المالكي في الاستحقاق على وجه العموم يوجب للمتخارج المتضرر في حالات معينة الخيار بين الفسخ واسترداد كل ما دفع، أو إمساك المتبقي مع استرداد الحصة المستحقة، وفي حالات أخرى يوجب على المتخارج المتضرر إمساك المتبقي قولاً واحداً مع استرداد مقابل الحصة المستحقة.

ثالثاً: المذهب الشافعي

الظاهر من كتب المذهب أنه في حالة الاستحقاق الكلي فالعقد يبطل وينفسخ، وبالتالي يسترد المتخارج ما دفع، أما إذا كان الاستحقاق جزئياً ففي المذهب روايتان، رواية بصحة العقد في الباقي وبالتالي يرجع المشتري المتخارج بحصة ما استحق، والرواية الثانية البطلان، وبالتالي يسترد كل ما دفع².

رابعاً: المذهب الحنبلي

الذي يظهر من كتب المذهب أن الاستحقاق الكلي عندهم مبطل ومفسخ للعقد قولاً واحداً، وبالتالي فالمشتري المتخارج يسترد ما دفع، أما الاستحقاق الجزئي ففي المذهب قولان:

¹ الدردير، الشرح الكبير، المصدر السابق، ج3، ص147، 148؛ الدسوقي، المصدر السابق، ج3، ص147، 148.

² الشيرازي، المذهب، المصدر السابق، ج2، ص152؛ النووي، المجموع، المصدر السابق، ج14، ص37.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

- الأول: بطلان العقد في الجميع المستحق وغير المستحق، وبالتالي نرجع إلى حالة الاستحقاق الكلي.

- القول الثاني: لا يبطل العقد في الجميع، بل في الجزء المستحق فقط، ووجب رد هذا الجزء، ولكن له الخيار بين الرد الكلي، أو الجزئي، فإن ردها كلية كانت مثل حالة الاستحقاق الكلي، وإن رد الجزء المستحق فقط وأمسك الباقي فله المطالبة بالأرش أو التعويض عما استحق¹.

الفقرة الثانية: ضمان العيوب الخفية

يخضع أيضا ضمان العيوب في التخارج لقواعد الضمان في البيع، والفقهاء يشترطون لضمان هذا النوع أن يكون العيب الموجود في محل التخارج أو الشيء المتخارج به مما تخلو منه الفطرة السليمة عادة؛ أي الحالة الأصلية المعتادة في الشيء، ولهذا لا يعتبر الرديء عيبا بل مجرد وصف، كما يشترط أن يؤدي هذا العيب إلى نقصان قيمة الشيء المعيب في عرف التجار، ويشترط أيضا أن يكون العيب قديما؛ أي موجودا وقت التخارج وقبل التسليم². ولمعرفة الحكم الفقهي من الشيء المعيب، وهل يوجب الرد أم لا؟ سأتناول كل مذهب على حده:

أولا: الفقه الحنفي

إذا ظهر في الشيء المتخارج به أو محل التخارج عيبا قديما، ولم يكن يعلمه المتخارج الآخر (المشتري)، ولم يبرأ منه المتخارج البائع؛ فإن الفقه الحنفي يفرق بين أمرين اثنين:

● الأمر الأول: عدم وجود مانع يمنع من الرد: وفي هذه الحالة فإن المتخارج المتضرر يخير

بين الفسخ ورد الشيء المعيب واسترجاع ما دفع، أو الإمساك بكل ما يقابله، وليس له أن ينقص منه شيئا إلا برضى الطرف الآخر، هذا في حالة ظهور العيب في كلية الشيء المتخارج منه³، فإن ظهر العيب في البعض دون البعض الآخر، فإن لم يكن قد قبضه كلية كان له أن يرده كله؛ لأن رد البعض وإمساك البعض فيه تفريق للصفقة قبل تمامها

¹ ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج4، ص404؛ المرادوي، المصدر السابق، ج15، ص457.

² ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المصدر السابق، ج5، ص 03 ما بعدها؛ مصطفى الزرقا، العقود المسماة في الفقه الإسلامي، عقد البيع، المرجع السابق، ص 133 وما بعدها؛ سيد عبد الله علي حسين، المرجع السابق، ج3، ص 1179، 1180.

³ ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المصدر السابق، ج5، ص04، 05؛ مصطفى الزرقا، العقود المسماة في الفقه الإسلامي، عقد البيع، المرجع السابق، ص 137، 138.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

بالقبض، إلا بالتراضي، وإن كان ظهور العيب في البعض قبل القبض الكلي، وكان محل التخارج واحدا كان للطرف المتضرر رد الكل أو أخذ الكل دون رد البعض المعيب فقط، وإن كان متعددا كان للطرف المتضرر رد البعض المعيب فقط مقابل استرجاع ما يقابله، وليس رد الكل إلا بالتراضي، باستثناء ما إذا ترتب على التجزئة ضرر أو زيادة تعيب فحينئذ كان له رد الكل¹.

● الأمر الثاني: إذا وجد مانع يمنع الرد²: ففي هذه الحالة يثبت للمتضرر حق الرجوع على المتخارج الآخر (البائع) بنسبة نقصان العيب من مقابل المدفوع؛ إذا كان هذا المانع لا يعتبر معه المتخارج المشتري في حكم الممسك للشيء المعيب³.

ثانيا : الفقه المالكي

يذكر ضمان العيوب الخفية في الفقه المالكي تحت عنوان خيار النقيصة ، وهو قسمان : ما وجب لفقد شرط ، وما وجب لظهور عيب ، حيث يثبت فيهما للطرف المتضرر الخيار بين الرد أو الإمساك، والعيب الموجب لهذا الخيار هو ما كان كثيرا ؛ أي الثلث فما فوق ، أما ما كان دون الثلث فلا خيار فيه ، فإن كان يسيرا جدا فلا شيء فيه ، وإن كان أقل من الثلث وأعلى من اليسير جدا ففيه الرجوع بقيمة ماله بال فقط ؛ أي من هذا العيب القليل، فإذا ثبت الخيار كان له

¹ المرجع نفسه، ص138.

² موانع الرد هي :

أ - المانع الطبيعي: كالهلاك بأفة سماوية .

ب- المانع الشرعي : كحصول زيادة منفصلة متولدة ، أو متصلة غير متولدة ، كالولد في الأولى ، والصبيغ أو الخياطة في الثانية.

ج- المانع لحق المتخارج (البائع) كحدوث عيب جديد عند المشتري بعد القبض.

د- مانع لحق الغير : مثل قيام المتخارج المشتري ببيع الشيء المشتري أو هبته مثلا ، فهذا يمنع معه الرد والرجوع إلا إذا زال المانع، بأن فسخ العقد الثاني .

ه- إتلاف المشتري ما اشتراه ، وفي هذه الحالة يمنع معه الرد والرجوع مطلقا ، فلا يحق للمتضرر سواء في الحالة الرابعة أو الخامسة الرجوع على المتخارج البائع ، لا بالرد ولا بقيمة النقصان . ينظر : مصطفى الزرقا ، العقود المسماة في الفقه الإسلامي، عقد البيع، المرجع السابق ، ص 140 وما بعدها .

³ ابن عابدين ، رد المختار على الدر المختار ، المصدر السابق ، ج5 ، ص 16 وما بعدها ؛ مصطفى الزرقا ، العقود المسماة في الفقه الإسلامي ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص 139 وما بعدها .

تعرف نسبة النقصان بتقويم السلعة سليمة، ثم معيبة، والفارق بين القيمتين يرجع بنسبته إلى الثمن المسمى، فلو قومت مثلا بثمانين معيبة ومائة سليمة فإنه يرجع بنسبة الخمس من الثمن المسمى.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

الرد واسترداد ما دفع ، وكانت له ثمرته مقابل ما أنفق عليه ، فإن اختار الإمساك رجع بقيمة ما أنقصه العيب، ويسقط حق الرد إن بان من المتخارج المتضرر ما يدل على الرضا بقول ، أو فعل ، أو سكوت طال أكثر من يومين بلا عذر ، وهذا كله بعد الاطلاع على العيب. وإن حدث عيب جديد عند المتخارج المشتري كان له الخيار بين التماسك والرجوع على المتخارج البائع بالتعويض عن العيب القديم ، أو إرجاعه له مع دفع تعويض عن العيب الحادث ، وهذا الخيار يثبت للمتخارج المشتري ، أما المتخارج البائع إن رضي بقبول العيب الحادث فلا شيء لأحدهما على الآخر ، فإن فات الشيء المعيب أو تلف عند المتخارج المشتري كان له حق الرجوع بالتعويض¹ عن العيب القديم .

وأما ما ورد في المذهب من قولهم إن بيع الوارث " بيع براءة " فمحلّه إذا لم يكن عالماً بالعيب ولا مدلساً ، وهو محصور في بيع الرقيق فقط دون الأموال الأخرى².

ثالثاً : المذهب الشافعي

المذهب الشافعي يأخذ في العيوب مثل القاعدة العامة المقررة في المذهب الحنفي ، فإذا حدث عيب قبل التسليم ثبت للمتخارج المتضرر إما الفسخ واسترداد ما دفع ، وإما الإمساك ولا شيء له ، فإن فات أو هلك رجع بالتعويض عن العيب القديم³. ولو كان المال ربويًا كذهب بذهب فبان معيباً بعد تلفه فلا تعويض فيه ، بل يفسخ العقد ويسترد المقابل⁴.

رابعاً : المذهب الحنبلي

إذا ظهر محل التخارج معيباً فالمذهب الحنبلي يوجب الخيار للمتخارج المتضرر ، فإما أن يفسخ العقد ويرد للمتخارج البائع ما أخذ منه ويسترد منه ما دفع ، وإما أن يمسك المعيب مقابل رجوعه على المتخارج البائع بأرش المعيب، فإن حدث عند المشتري عيب بعد العيب القديم ففي المذهب روايتان : الرواية الأولى ليس له الرد ، وله أرش العيب القديم ؛ لأن إرجاعه فيه ضرر

¹ أيضاً في المذهب المالكي معرفة نسبة التعويض بقيمة المبيع سليماً ومعيباً والفرق بين القيمتين يرجع فيها المشتري بنسبة هذا الفرق إلى الثمن المسمى. الدردير، الشرح الصغير، المرجع السابق، ج3، ص168.

² المرجع نفسه، ج3، ص151 وما بعدها؛ سيد عبد الله علي حسين، المرجع السابق، ج3، ص1179.

³ يخضع تقدير التعويض في المذهب الشافعي للكيفية نفسها السابق ذكرها في المذهب المالكي والحنفي. ينظر: ابن حجر الهيتمي، المصدر السابق، ج4، ص363.

⁴ ابن حجر الهيتمي، المصدر السابق، ج4، ص351 وما بعدها ؛ الخطيب الشريبي، المصدر السابق، ج2، ص424.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

للبيع المتخارج ، أما الرواية الثانية فله حق الرد مع رد أرش العيب الحادث عنده ، مقابل استرداد كل ما دفعه ، وإن شاء أن يمسكه فله أرش العيب القديم ¹ .

فإن كان في الأموال الربوية كالذهب أو الفضة مثلاً فله رده ، وليس له أخذ التعويض؛ حتى لا يفضي إلى ربا التفاضل ، وإن حدث به عيب عنده (عند المشتري)، ففي المذهب روايتان ، إحداهما توجب الرد مع التعويض عن العيب الحادث ، والثانية توجب الفسخ بحكم القاضي ، ويُرجع المتخارج البائع الثمن ويطلب بقيمة ما باع ، وإن تلف المعيب (الذهب أو الفضة) فسخ العقد ، وأرجع قيمته واسترد ما دفع ² .

وبهذا يتبين أن المشرع المغربي والتونسي قد أخذوا في ضمان العيوب الخفية كقاعدة عامة بما ذهب إليه الفقه الحنفي والشافعي ، ولذلك لم يميزا في حالة الإمساك الرجوع بقيمة المعيب .

المطلب الثاني : الالتزامات المؤثرة في الغير

يمكن إرجاع طبقة الغير في التخارج إلى ثلاث فئات : فئة بقية الورثة ، وهذا إذا تخارج أحد الورثة مع وارث آخر فقط ، بأن باعه نصيبه في التركة ، فيكون بقية الورثة بالنسبة لعقد التخارج من الغير ، الفئة الثانية : دائنو التركة ومدينوها ، أما الفئة الثالثة فهي فئة الخلف الخاص للوارث البائع .

الفرع الأول: فئة بقية الورثة

إذا تخارج أحد الورثة مع بقية الورثة على أن يأخذ مقابل حصته شيئاً معيناً من التركة ففي هذه الحالة لا يعتبر بقية الورثة غيراً ، بل الصلح أو التخارج قد تم معهم جميعاً ، وهم طرف في هذا التخارج ، حيث تقسم التركة على فرض أنه موجود ، ثم تطرح سهامه من أصل المسألة ، ويقسم الباقي على سهام الباقي من الورثة ، بحيث يعتبر الأصل الباقي هو الأصل الجديد للمسألة ، وإذا تم التخارج بين أحد الورثة وبين باقي الورثة على أن يأخذ هذا المتخارج نصيبه من غير التركة؛ أي يأخذ ما لا يعطيه له بقية الورثة من مالهم الخاص ، ففي هذه الحالة فالتخارج قد تم مع كل الورثة وبالتالي لا يعتبرون غيراً ، بل هم طرف في التصرف ، حيث تقسم التركة أيضاً مثل الصورة السابقة؛ أي على فرض عدم وجود تخارج ، ثم تطرح سهام المتخارج من أصل المسألة ،

¹ أيضاً المذهب الحنبلي يتفق مع بقية المذاهب في تحديد نسبة الأرش. ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج4، ص111، 112.

² ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج4، ص122، 123.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

ويقسم الباقي على سهام بقية الورثة، أما حصة المتخارج فتقسم بين هؤلاء الورثة المتبقين بحسب الاتفاق الحاصل في التخارج، إما على قدر سهامهم، وإما بالتساوي¹.

فهذه الصور المذكورة سواء أكان التخارج صلحا أو قسمة، أو بيعا إذا تم على هذا النحو؛ أي مع جميع الورثة، فباقي هؤلاء الورثة لا يعتبرون من الغير، بل هم أطراف في العقد².

أما إذا تم التخارج بين أحد الورثة وبين وارث آخر على أن يترك له نصيبه من التركة مقابل مال خاص يدفعه له، فهذا يعتبر بيعا، وفي هذه الحالة يعتبر بقية الورثة من فئة الغير؛ وحتى يكون نافذا في حقهم يجب أن يفرغ في شكل رسمي وأن يشهر في المحافظة العقارية، وهذا إذا كان الأمر يتعلق بعقارات أو منقولات قابلة للشهر والتسجيل.

وللاعتداد بهذه الصورة من التخارج يجب أن يعلن لبقية الورثة؛ حتى يراعى أثناء القسمة، ويمكن لهؤلاء الورثة أن يعتدوا بهذا التخارج ولو لم يعلن لهم ويتقاسموا التركة فيما بينهم؛ وكان الوارث البائع غير موجود، وتكون هذه القسمة نافذة في حقه؛ باعتبار أن نصيبه قد تخارج منه واشتراه أحد الورثة. ومن حقهم ألا يعتدوا به؛ حتى يخطروا به، وفي هذه الحالة لهم أن يتقاسموا التركة وكان التخارج غير موجود، على أساس عدم علمهم به، فإن بدأت إجراءات القسمة كان على الوارث المشتري أن يخطر بقية الورثة بهذا التخارج (البيع)، وله أن يطلب إخراج الوارث البائع من إجراءات القسمة، باعتباره قد حل محله في النصيب الذي اشتراه منه، حيث تتم القسمة معه في حصته وحصة الوارث البائع³.

هذا ما يتعلق بالقانون الجزائري، أما بالنسبة للقانون المغربي والتونسي فالتخارج كبيع إذا تعلق بعقار أو منقول يشهر فيجب أن يرد في شكل مكتوب؛ وحتى ينفذ في حق هؤلاء الورثة فيجب أن يسجل في قبضة المالية، وإن تعلق الأمر بعقار محفظ فبالإضافة إلى الإجراءات السابقة يجب أن يرسم أو يسجل؛ حتى يتكون بين الطرفين ويكون نافذا في حق بقية الورثة.

¹ الموسوعة الفقهية الكويتية، (ط1)، المرجع السابق، ج1، ص15، 16.

² السنهوري، الوسيط (ط3)، المرجع السابق، ج4، ص260.

³ المرجع نفسه، ج4، ص252، 253.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

أما عن كيفية القسمة فالظاهر أنها تتم وفق ما ورد في الفقه الإسلامي، حيث تقسم التركة بين الورثة كلهم على فرض أنه لم يحصل تخارج، ثم يؤول المتخارج بعد ذلك لمن اشتراه منه؛ أي من دفع له البذل¹.

الفرع الثاني: دائنو التركة ومدينوها

البند الأول: في النظر القانوني:

الفقرة الأولى: في القانون الجزائري :

أولاً: دائنو التركة

أ. حالة التخارج كبيع: إذا تخارج أحد الورثة من التركة وباع نصيبه لأحد الورثة، فلا شيء يتغير بالنسبة لدائني المورث؛ إذ يبقون دائنين للتركة ذاتها رغم حدوث التخارج، إذ لا تركة إلا بعد سداد الدين، والدائن يستوفي حقه من التركة مقدماً على حق الورثة وحق الموصى لهم، وكل من يتلقى حقاً من الوارث البائع، وإذا اشترى أحد الورثة نصيب وارث آخر على سبيل التخارج، وتسلم هذا النصيب، كان هذا النصيب محملاً بحق الدائنين، حيث يبقى مسؤولاً عن ديون التركة مثله مثل بقية الأنصبة، ويكون بمقتضاه للدائنين حق تتبع هذا المال والتنفيذ بحقهم عليه²، فالوارث لا ينتقل إليه الدين أصلاً، كما يظهر ذلك من نص المادة 180 ق.أ، والمادة 108 ق.م، وبالتالي فلا يكون هناك محل لحالة الدين من الوارث البائع إلى الوارث المشتري، ولا يكون ملزماً باتخاذ إجراءات حوالة الدين، إذ الوارث ليس مديناً، بل يبقى الدين في حدود دائرة التركة ولا يتعدها إلى ذمة الوارث³.

ب. حالة التخارج كقسمة أو صلح: يبقى أيضاً في حالة التخارج كقسمة أو صلح دائنو التركة دائنين لها، ولا يتغير شيء في رابطة الدين، حيث بإمكان هؤلاء الدائنين الرجوع بحقهم على الوارث المتخارج على حسب القدر الذي ناله من التركة، ولكن في المقابل يكون لهذا الوارث الخارج حق الرجوع على بقية الورثة بما دفعه من ديون التركة؛ لأنه إنما تقاسم معهم أو تصالح على أساس التنازل عن حصته لهم مقابل ما يأخذه من مال من هذه التركة صافياً⁴.

¹ حسين بن سليمة، المرجع السابق، ص92 وما بعدها.

² راجع تفصيل ذلك في مبحث تصرف الورثة في التركة المدينة في الفصل الثاني من الباب الأول في هذا المبحث.

³ راجع هذه الأحكام في: السنهوري، الوسيط (ط3)، المرجع السابق، ج4، ص253، 254.

⁴ السنهوري، الوسيط (ط3)، المرجع السابق، ج4، ص260.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

ثانيا: مدينو التركة :

أ. حالة التخارج كبيع: في حالة التخارج كبيع فإن مديني التركة سيصبحون مدينين للوارث المشتري، بقدر حصته وحصه الوارث المتخارج، التي اشتراها منه؛ لأن حقوق التركة تنتقل بالميراث إلى الورثة على خلاف الديون، حيث تنتقل بواسطة الحوالة إلى هذا الوارث المشتري، وتخضع في هذا الانتقال إلى القواعد العامة المقررة في باب حوالة الحق، ومن بين أهم القواعد المقررة في حوالة الحق الإعلان، ذلك أن الحوالة لا تكون نافذة في حق مديني التركة إلا إذا قبلوها أو أعلنوا بها (م 241 ق.م)، وعليه فإذا لم يقبل هؤلاء المدينين الحوالة ولم يعلنوا بها، وقاموا بأداء ما في ذمتهم من ديون التركة للوارث المتخارج، وعلى قدر حصته من هذه الديون؛ فإن هذا الوفاء يكون نافذا في حق المشتري، ولكن يكون لهذا الأخير حق الرجوع بالضمان على الوارث البائع المتخارج؛ لأن استيفاء ديون الحصص الإرثية يعتبر من قبيل الأعمال الشخصية التي تستوجب الضمان، وكما سبق ذكره فالوارث البائع ضامن لأعماله الشخصية¹.

ب. حالة التخارج كصلح أو قسمة: إذا تخارج أحد الورثة من التركة على سبيل الصلح أو القسمة مقابل مال يأخذه من التركة، ولم يكن هذا مقابل حقوق للتركة؛ فإن مديني التركة سيكونون مدينين لبقية الورثة، كل بقدر حصته الإرثية، ولا شيء من هذه الديون للوارث الخارج؛ لأنه قد أخذ نصيبه من التركة، ولم يدخل في شيء من هذه الديون، وفي هذه الحالة إذا قام أحد مديني التركة بدفع شيء من الدين الثابت في ذمته إلى الوارث المتخارج، فإن كان المدين حسن النية، فإنه حسب نظرية الظاهر يعتبر الدفع ميرثا للذمة، أما إذا أعلن التخارج للمدين، فلا يعتبر الدفع للوارث المتخارج ميرثا للذمة².

الفقرة الثانية: في القانون المغربي والتونسي

أولا: دائنو التركة

أ. حالة التخارج كبيع أو معاوضة: الأصل في هذه الحالة ألا تخارج إلا بعد سداد الدين؛ إذ لا ميراث إلا بعد سداد، وحيث لا ميراث فلا تخارج، وهذا ما يظهر من نصوص مدونة

¹ السنهوري، الوسيط (3)، المرجع السابق، المرجع نفسه، ج4، ص254.

² المرجع نفسه، ج4، ص260؛ وانظر في الفقه الفرنسي:

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

الأسرة المغربية، وكذا نصوص مجلة الأحوال الشخصية التونسية¹، وإن كان ذلك بطريقة ضمنية لا صريحة، لكن إذا رجعنا إلى نصوص قانون الالتزامات والعقود؛ فإننا نجد يتضمن جملة من النصوص تقضي بانتقال الديون من المورث إلى الوارث²، كلّ بنسبة منابه، وبالتالي ففي حالة التخارج كبيع أو معاوضة؛ فإن نسبة الدين التي يتحملها مناب المتخارج البائع أو المعاوض تنتقل إلى المتخارج الآخر أو المشتري المتخارج، وفي هذه الحالة إذا تم مراعاة نسبة الدين في الثمن لم يكن للمتخارج المشتري حق الرجوع بالضمان على الوارث البائع، إلا إذا كان الدين يحيط بالتركة كلها واستحقت التركة لأجل ذلك، فيكون له حق الرجوع بالثمن، ولو كان يعلم بالاستحقاق طبقاً لنص الفصل 545 ق.ل.ع.م، والفصل 643 م.ل.ع.ت.

وفي كل إذا تم مراعاة نسبة الدين في الثمن جاز للمشتري المتخارج في حالة الاستحقاق الكلي أو الجزئي للنصيب المشتري بسبب الدين، الرجوع على الوارث البائع باسترداد الثمن أو الحط منه، طبقاً للفصلين المذكورين أعلاه.

ب. في حالة التخارج كصلح: الأصل أن يتم التخارج كصلح على أساس أن المتخارج المتصالح يتنازل عن حصته الإرثية مقابل ما يأخذه من هذه التركة يكون صافياً وخالياً من أي حق، ولكن طالما أن الدين ينتقل بنسبة المناب إلى الورثة، فإنه يجوز للدائنين حق الرجوع على هذا الوارث المتخارج؛ لأنه قد أخذ شيئاً من التركة، والتركة مدينة، فإن استغرق الدين كل التركة فلا شيء له، وإلا كان له حق الرجوع على بقية الورثة بمقتضى ضمان الاستحقاق حسب نص الفصل 1107 ق.ل.ع.م، والفصل 1468 م.ل.ع.ت.

ثانياً: مدينو التركة

إذا كانت ديون المورث في القانون المغربي والتونسي تنتقل إلى الورثة فمن باب أولى الحقوق التي له على الغير، وهنا نميز حالتين:

أ. حالة التخارج كبيع أو معاوضة: في هذه الحالة فإن مدينو التركة سيكونون بهذا التخارج مدينين للوارث المشتري، إذ نصيب الوارث البائع من هذه الديون قد انتقل إلى الوارث

¹ راجع تفصيل ذلك سواء في القانون المغربي أو التونسي في الفصل الأول من الباب الثاني من هذا البحث.

² راجع في القانون المغربي الفصول الآتية: الفصل 186، والفصل 229 ق.ل.ع. وفي القانون التونسي راجع الفصول الآتية: الفصل 196، والفصل 241 م.ل.ع.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

المشتري أو المتخارج، ويتم هذا الانتقال عن طريق الحوالة أو الإحالة، وبمجرد انعقاد التخارج ومنه الحوالة تنتقل هذه الحقوق بقوة القانون إلى المشتري المتخارج، وتكون نافذة في حق الجميع دون الحاجة إلى إجراءات الإعلان أو القبول، وهذا استثناء من القواعد العامة التي تحكم الحوالة¹.

وعلى هذا الأساس إذا قام مدينو الشركة بعد انعقاد الحوالة بوفاء الوارث البائع حصته من الديون التي في ذمتهم للشركة لم يكن هذا الوفاء مبرئا للذمة، وكان للوارث المشتري حق مطالبتهم بحصة الدين التي آلت إليه بالبيع، أما ما دفعوه للوارث البائع فلهم حق الرجوع عليه طبقا لقواعد الدفع غير المستحق.

هذا ويشترط لصحة هذه الحوالة أو الإحالة أن يكون الطرفان على علم بقيمة الشركة، وإلا لم تصح الحوالة، وهذا ما نص عليه الفصل 209 ق.ل.ع.م، والفصل 219 م.ل.ع.ت.

كما نلاحظ أيضا أن الوارث البائع لا يضمن للطرف الآخر سوى كونه وارثا²، فلا يضمن له يسار مديني الشركة، إلا إذا تم الاتفاق على خلاف ذلك.

أما عن ثبوت صفة الإرث: فإنها في القانون المغربي تثبت بمجرد الوفاة وبالتالي يمكن إثباتها بجميع طرق الإثبات بما في ذلك شهادة السماع، وهذا ما يتضح من بعض القرارات الصادرة عن قضاء المجلس الأعلى، من ذلك: قرار عدد 795 صادر بتاريخ: 2000/02/23 والذي جاء فيه: "شهادة السماع في الإرث ليس هناك ما يمنع الأخذ بها إذا كانت مستوفية لما يشترطه الفقهاء من ذكر تاريخ الوفاة ومعرفة الشهود للورثة"³. أيضا القرار عدد 3058 صادر بتاريخ 97/05/21، حيث جاء فيه: "من المقرر فقها أن شهادة السماع يعمل بها في الميراث، فقد جاء في التحفة: "وأعملت شهادة السماع ... إلى أن قال والحيز والميراث

¹ راجع في حوالة الشركة: عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص 217.

² المرجع نفسه، ص 216.

³ قرار عدد 795 صادر بتاريخ: 2000/02/23، ملف مدني عدد 99/4/1/1986، مجلة قضاء المجلس الأعلى، ع 57، ص 58.

ص 92؛ نقلا عن الحسن البوعيسي، المرجع السابق، ص 13.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

والميلاد" ، وقد علق الشيخ التسولي¹ على ذلك بقوله: " حيث شهدوا أنه يجتمع معه في الحد الفلاني أو جد واحد" والمحكمة بالتالي عندما أبعدت الإرث المدلى بها من الطاعن لإثبات صفتهم بعلة أنها ساقطة عن درجة الاعتبار لاعتمادها على السماع فإنها تكون قد خرقت الفقه المعمول به في هذا المجال"². وبهذا فإن إقامة رسم الإرث³ يعتبر وسيلة من وسائل إثبات الصفة، وهي وسيلة مثبتة لا منشئة، وهذا معناه أن الصفة الإرثية ثابتة منذ الوفاة، والدليل على أنها وسيلة من وسائل الإثبات الكاشفة لا المنشئة ما جاء في بعض القرارات القضائية، من ذلك القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، الغرفة الشرعية، والذي جاء فيه: "رسم الإرث منشئ محق - لا إن الإرث غير منشئ للحق، وإنما ينحصر دورها في إثبات وفاة الموروث في تاريخ وفاته وحصر ورثته، أما الحق المتروك فينتقل تلقائياً من السلف إلى الخلف، كما أن الفريضة التي تتضمنها الإرث لا تعتبر هي بدورها منشئة للحق، وأن فائدتها تنحصر في العمليات الحسابية وتوزيع الأنصبة على الورثة حسبما حدده المشرع لكل وارث " 4 .

بل إنها تثبت في العقار بمجرد الوفاة، ولو قبل تسجيل الإرث في الرسم العقاري، جاء في القرار عدد 3870 المؤرخ في: 2007/11/28 أن: " انتقال تركة المالك إلى ورثته بمجرد تحقق وفاته حقيقة أو حكماً، ولو قبل تسجيل إرثه في الرسم العقاري.

¹ التسولي: هو أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي المدعو مديش. من تصانيفه: شرح التحفة، حاشية على شرح الشيخ التاودي على لامية الزقاق، شرح الشامل. توفي عام 1258هـ (1842 م). ينظر: محمد بن محمد مخلوف، المرجع السابق، ص 568، 567.

² قرار عدد 3058 صادر بتاريخ: 97/05/21، ملف مدني عدد 94/1319، مجلة المجلس الأعلى، عدد 53، 54، ص 92. نقلا عن الحسن البوعيسي، المرجع السابق، ص 113.

³ رسم الإرث: تشبه إلى حد ما الشهادة التوثيقية عندنا في الجزائر. راجع رسم الإرث في: عبد الرحمان بلعيد، المرجع السابق، ص 109 وما بعدها.

⁴ قرار صادر بتاريخ: 1989/11/55، ملف عدد 548-88، مجلة المحاكم المغربية، عدد 60، ص 142، نقلا عن الحسن البوعيسي، المرجع السابق، ص 13.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

والمحكمة لما صرحت في القرار المطعون فيه بأن الطالبين احتلوا الرسم العقاري المدعى فيه قبل تسجيل إراثهم فيه، واعتبرهم محتلين له بدون موجب قانوني، فإنها لم تركز قضاءها على أساس، وعللته تعليلا ناقصا يتزل متزلة انعدامه وعرضته للنقض¹.

أما عن ثبوتها في القانون التونسي فالظاهر من الفصل 85 من م.أ.ش أنه قد أخذ بمبدأ الانتقال الفوري للتركة بموجب الوفاة؛ أي إن التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة ودون أن يطالبوا باتخاذ أي إجراء من أي نوع²، وهذا معناه أن الصفة الإرثية تثبت للورثة بمجرد الوفاة، وبالتالي يمكن إثباتها بجميع الطرق³، وحتى "من الممكن الاحتجاج بفريضة قانونية"⁴، ولعل هذا ما يومئ إليه القرار القضائي الصادر عن محكمة التعقيب والذي جاء فيه: "عدم ترسيم حجة الوفاة بالسجل العقاري لا يعوق الوارث عن القيام بالشفعة لحلوله محل المورث فيما له من الحقوق وما عليه من الواجبات عملا بالفصل 241 من مجلة الالتزامات والعقود، ويعتبر غيرا وفقا لأحكام الفصل 305 من مجلة الحقوق العينية..."⁵، فهذا القرار يوضح أن الصفة الإرثية في العقارات تثبت بمجرد الوفاة ولو قبل الترسيم بالسجل العقاري، فتكون هذه الصفة ثابتة بمجرد الوفاة في التركة المكونة فقط من منقولات أو ديون من باب أولى.

ب. التصالح كصلح: إذا تخارج أحد الورثة من التركة على سبيل الصلح مقابل مال من التركة، ففي هذه الحالة؛ فإن مديني التركة سيكونون مدينين لبقية الورثة، كل بحسب حصته الإرثية، ولا شيء للوارث المتخارج من هذه الديون؛ لأنه قد خرج من هذه التركة وأخذ نصيبه منها، وعلى هذا الأساس إذا قام أحد مديني التركة بسداد ما عليه من دين التركة،

¹ قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 3870 مؤرخ في: 2007/11/28، ملف مدني عدد 2007/1/3/87، نقلا عن أحمد اليوسفي العلوي، المرجع السابق، ج1، ص155.

² علي كحلون، التعليق على مجلة الحقوق العينية وقانون التحيين، المرجع السابق، ص 751؛ حسين بن سليمان، المرجع السابق، ص29.

³ وإن كان قد ذكر البعض أن الصفة الإرثية لا تثبت إلا بوسيلة وحيدة معتمدة إداريا وقضائيا وهي حجة الوفاة. راجع: نور الشريف، حجة الوفاة، رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء (تونس)، إشراف محمد الصالح بن حسين، 2004، 2005، ص18.

⁴ علي كحلون، التعليق على مجلة الحقوق العينية وقانون التحيين، المرجع السابق، هامش ص 753.

⁵ قرار تعقيبي مدني عدد 37256 مؤرخ في 31 أكتوبر 1995، نشرية محكمة التعقيب، القسم المدني، 1995، ص269، نقلا عن مصطفى صخري، المرجع السابق، ص232.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

ودفعه لهذا الوارث المتخارج، فإن كان حسن النية؛ أي لا يعلم بوقوع التخارج كان هذا الوفاء ميرثاً للذمة، أما إذا أعلن له التخارج، فلا يعتبر هذا الدفع ميرثاً للذمة.¹

الفقرة الثالثة: في النظر الشرعي

أولاً: بالنسبة للدائنين

المعروف في الفقه الإسلامي أن التركة تنتقل إلى الورثة بأصولها لا بخصوصها، إذ الخصوم تبقى في حدود دائرة التركة وتوفي منها، ولا ينتقل شيء منها إلى الورثة، حيث يبقى دائنو المورث دائنين للتركة لا للورثة.

ومعلوم في الفقه الإسلامي أن الدين مقدم في الأداء على حقوق الورثة لقوله تعالى:

﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ ﴾

[النساء 12].

ونتيجة لهذا التقديم فقد اختلف الفقه في وقت ابتداء ملكية الوارث للتركة المدينة أيكون بعد سداد الدين أم قبله؟ حيث ذهب رأي إلى القول بأن وقت الملكية يكون بعد سداد الدين، وذهب رأي آخر أن الملكية تنتقل ولو قبل سداد الدين، لكن مع تعلق هذا الدين بالتركة، وقد سبق بحث هذه المسألة مع ما ترتب عليها من فوائد، بما في ذلك التصرف في التركة المدينة.²

كما تبين أن الفقهاء منهم من يرى بطلان التصرف قبل سداد الدين، ومنهم من يرى صحته، لكن مع مراعاة حق الدائن؛ أي يجب على الورثة الوفاء بالدين، وإلا بطل التصرف، وعلى هذا إذا تصالح الورثة فيما بينهم، وتخرج أحدهم من التركة، وكانت التركة مدينة، أو ظهر دين بعد التخارج، فعلى رأي من يرى بطلان التصرف قبل سداد الدين كان التخارج باطلاً، وحق للدائن استيفاء دينه من كل التركة، أما على رأي من يرى صحة التصرف، فإن قضى الورثة الدين، أو تنازل الغرماء، أو ضمن كفيل الدين بشرط عدم الرجوع على الورثة كان التخارج صحيحاً، وإلا بأن امتنع الورثة عن الوفاء، ولم يقيم أحد بكفالة الدين، ولم يتنازل الغرماء، كان التخارج باطلاً³، وهذا الحكم

¹ راجع في صحة الوفاء إذا كان المدين حسن النية، وكان الوارث ظاهراً، الفصل 240 ق.ل.ع.م، والفصل 252 م.ل.ع.ت.

² راجع مبحث التصرف في التركة المدينة قبل سداد الدين في الفقه الإسلامي في الفصل الثاني من الباب الأول من هذا البحث.

³ راجع في هذا: ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، المصدر السابق، ج5، ص643؛ الزيلعي، المصدر السابق، ج5، ص52؛ الدسوقي، المصدر السابق، ج3، ص514 وما بعدها.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

هو في الجملة على أن هناك بعض التفصيلات في كل مذهب، قد سبق بيانها عند الحديث عن التصرف في التركة المدينة فلتراجع هناك.

ثانيا : بالنسبة لمديني التركة

الديون التي للتركة تنتقل إلى الورثة؛ لأنها من جانب المورث حقوق؛ لذلك تنتقل إلى الورثة، وهي على خلاف الديون التي على التركة، فهذه لا تنتقل - كما سبق بيانه - ولذلك يصبح مدينو المورث مدينين للورثة، كل بحسب حصته الإرثية في الدين، وإذا كان هذا الأمر متفقا عليه فقها، ولا خلاف في ذلك؛ فإن السؤال المطروح إذا كانت التركة بعضها ديناً وبعضها عينا، وحدث فيها التخارج فهل يجوز هذا التخارج أم لا؟ وهل تنتقل هذه الديون (الحقوق الشخصية) أم لا؟

هذه المسألة اختلف فيها الرأي الفقهي؛ تبعا لاختلافه في جواز بيع الدين لغير من عليه الدين من عدمه، وتفصيل هذه الاتجاهات كالآتي:

1. المذهب الحنفي: في هذه الحالة فالتخارج باطل سواء في العين أم في الدين، ففي الدين لأن

فيه تملك للدين - وهو حصة المتخارج - من غير من عليه الدين، وهم الورثة، أما في العين، فلأن الصفقة واحدة، فتعدى لها البطلان، وهنا سواء بين حصة الدين أم لم يبين، هذا عند أبي حنيفة، وعند الصحابين في الأصح من قولهما، وحتى يصح هذا التخارج، فقد ذكر هؤلاء الفقهاء بعض الحيل التي ينبغي أن يقع وفقها التخارج، وهي:

● أن يشترط الورثة على الوارث المتخارج أن يبرئ المدينين من حصته في الدين، فيكون هذا إسقاط منه، أو تملك للدين ممن هو عليه، وهو جائز.

● أن يجعل الورثة قضاء نصيب الوارث المتخارج من الدين تبرعا، ويحيلهم بحصته. والملاحظ أن الصورة الأولى والثانية فيهما ضرر ببقية الورثة، حيث في الأولى لا يمكنهم الرجوع على الغرماء بقدر المتخارج به، وفي الثانية فقد لا يحصل لهم الدين، كما أن النقد خير من النسئة، ولهذا اقترحوا صورا أخرى أوجه من هذه الصور، وهي:

- أن يقرضوا المتخارج مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين، ويحيلهم إلى استيفاء نصيبه من الغرماء، وفي هذه الصورة يكون الدين في مقابلة الدين، ولكن يبقى فيها ضرر النقد.

- أن يبيعه شيئا في مقابلة مقدار الدين، ثم يحيلهم على الغرماء.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

- أن يحيلهم ابتداء من غير بيع شيء ليقبضوه له وكالة، ثم يأخذوه لأنفسهم¹. وهذه الحيل كلها نتيجة لعدم جواز حوالة الدين لغير من هو عليه ، ومن هنا إذا وقع التخارج وفق هذه الصور أصبح مدينو التركة مدينين لبقية الورثة دون الوارث المتخارج ، حيث ينتقل نصيبه إلى هؤلاء حوالة وفق هذه الصور الجائزة .

هذا وأشار ختاما إلى مسألة ظهور دين للمورث بعد حدوث التخارج ، حيث يذكر فقهاء المذهب أن في المسألة قولان: قول بعدم دخول هذا الدين في التخارج، ومن ثم فالتخارج صحيح، ويقسم هذا الدين بين جميع الورثة على حسب نسبة إرثهم، أما القول الثاني فيدخل هذا الدين في التخارج، وبناء عليه يبطل التخارج، وهذا كما لو كان الدين ظاهرا وقت التخارج، إلا إذا وقع التخارج على التركة دون استثناء كان التخارج باطلا قولاً واحداً، كما لو كان الدين ظاهرا وقت التخارج².

2. **المذهب المالكي:** يجوز في المذهب المالكي بيع الدين لغير من هو عليه ، لكن بشروط ، وعلى هذا الأساس يجوز التخارج عن الدين الذي على الغير ، قياسا على البيع ، حيث يجوز الصلح أو التخارج حيث يجوز البيع ، ويمنع حيث يمنع البيع ، فيجوز بالتالي التخارج عن الدين بشرط أن يكون هذا الدين حيوانا ، أو عرضا ، أو طعاما من قرض ، فإن كان من غيرها لم يجز ، كما يشترط أيضا أن يكون المدين حاضرا ، مقرا بالدين ومكلفا³ . فإن توافرت هذه الشروط صح الصلح أو التخارج في الدين ، حيث ينتقل نصيب المتخارج من الدين عن طريق الحوالة (حوالة الحق) إلى بقية الورثة ، ويصبح مدينو التركة مدينين لبقية الورثة دون الوارث المتخارج ؛ لأنه قد خرج من حصته في الدين .

3. **المذهب الشافعي:** بيع الدين لغير من عليه باطل في الرأي الأظهر عند الشافعية، وبالتالي يكون الصلح في الدين باطلا وفق هذا الرأي، وفي الرأي المعتمد يجوز بيع الدين لغير من عليه

¹ الزيلعي، المصدر السابق، ج5، ص51؛ المرغيناني، المصدر السابق، ج3، ص198؛ الكاساني، المصدر السابق، ج5، ص182؛

ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار ، المصدر السابق، ج5، ص643.

² ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار ، المصدر السابق، ج5، ص644، 645.

³ الدسوقي، المصدر السابق، ج3، ص316، 317.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

الدين، بشرط أن يكون المدين مليا (موسرا) والدين حالا مستقرا¹، وعلى هذا الرأي يجوز الصلح عن الدين، وينتقل بطريق الحوالة إلى بقية الورثة.

جاء في روضة الطالبين: " لو قال صالحتك من نصيبي على هذا الثوب، فإن كانت أعيانا فهو صلح عن العين، وإن كانت ديونا عليه، فهو صلح عن الدين، وإن كانت على غيره، فهو بيع دين لغير من عليه... وإن كان فيها عين ودين على الغير، ولم يجوز بيع الدين لغير من عليه بطل الصلح في الدين، وفي العين قولاً تفريق الصفقة"².

وبهذا فعلى الرأي الذي يجوز بيع الدين لغير من عليه، يكون الصلح في الدين صحيحا، وبذلك ينتقل إلى بقية الورثة بطريق الحوالة (حوالة الحق)، ويصبح مدينو التركة مدينين لبقية الورثة فقط دون الوارث المتخارج، أما على الرأي الذي لا يجوز بيع الدين لغير من عليه، فيكون الصلح عن الدين الذي على الغير باطلا، ومن ثم يبقى مدينو التركة مدينين لكل الورثة.

4. المذهب الحنبلي: في المذهب الحنبلي مثل المذهب الحنفي لا يجوز عندهم بيع الدين لغير من عليه الدين³، وعلى هذا يكون الصلح في الدين باطلا، ومن ثم فإن مدينو التركة يبقون مدينين لكل الورثة.

الفرع الثالث: الخلف الخاص للوارث المتخارج

البند الأول: في النظر القانوني

الفقرة الأولى: في القانون الجزائري

أولا: التخارج كبيع

قد يحدث أن يتخارج أحد الورثة من التركة، وذلك ببيع حصته الإرثية لأحد الورثة، ثم يقوم بعد ذلك، أو قبل التخارج، ببيع حصته الإرثية كمجموع من المال لوارث آخر، غير الوارث المشتري الأول، أو لشخص أجنبي، أو يقوم ببيع جزء من حصته عقارا أو منقولا معينا أو دينا لوارث آخر أو شخص أجنبي، فإن المشتري الثاني سواء أكان من الورثة أو كان أجنبيا يعتبر خلفا للوارث المتخارج، وهو من طبقة الغير بالنسبة للتخارج كبيع المبرم مع الوارث الأول.

¹ الخطيب الشريبي، المصدر السابق، ج2، ص466.

² النووي، روضة الطالبين، المصدر السابق، ج5، ص472.

³ ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج4، ص360؛ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، المصدر السابق، ج2، ص97؛ البهوتي، كشاف القناع، المصدر السابق، ج3، ص307.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

فهؤلاء الأغيار لا يسري في حقهم التخارج كبيع، إلا إذا قام الوارث المشتري (المتخارج له) باتخاذ كل الإجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة حسب نص المادة 404 ق.م، فإن كان عقارا وجبت فيه الرسمية مع الشهر، وإن منقولاً فبالحيازة، وإن كان ديناً فبإجراءات حوالة الحق، وفق التفصيل الذي سبق ذكره في الفصل الأول من هذا الباب¹، على أنه يحق للوارث المشتري إذا تم البيع لأجنبي، وقام هذا الأخير باتخاذ كل الإجراءات اللازمة لنقل الملكية قبل الوارث المشتري، أن يستخدم حق الاسترداد حسب نص المادة 721 ق.م، إذا كان البيع الذي تم لأجنبي قد وقع على منقول شائع، أو مجموع من المال ولو كان مشتملاً على عقار، أو له حق استخدام الشفعة حسب نص المادة 794 إذا كان البيع وارداً على عقار معين.

ثانياً: التخارج كصلح أو قسمة

إذا ترتب لشخص أو عدة أشخاص حقاً عينياً من جهة الوارث المتخارج على حصته كمجموع من المال، أو على أموال أخرى للتركة عقاراً كان أو منقولاً أو ديناً، فهذا الشخص يعتبر خلفاً خاصاً للوارث المتخارج، وطبقاً للأثر الكاشف للتخارج كصلح أو قسمة، فإن هذه الحقوق المترتبة للخلف الخاص ستسقط كلية، بغض النظر عن زمن التسجيل أو التقييد، سواء أتم قبل التخارج أم بعده².

الفقرة الثانية: في القانون المغربي والتونسي

أولاً: التخارج كبيع أو معاوضة

إذا تخارج أحد الورثة من حصته الإرثية مع وارث آخر بأن باعه نصيبه من التركة، أو تخارج معه معاوضة على شيء ما من غير التركة، ثم قام هذا الوارث المتخارج ببيع حصته الإرثية، أو معاوضتها، كلية أو جزءاً منها مرة ثانية لوارث ثان، أو لأجنبي؛ فإن هذا الوارث الثاني أو الأجنبي يعتبر بالنسبة للتخارج الذي تم مع الوارث الأول من طبقة الغير، والأصل في القانون المغربي والتونسي أن تنتقل الملكية بمجرد تمام عقد التخارج باستثناء العقار وبعض المنقولات الخاصة، فإذا تعلق الأمر بدين التركة فإنه ينتقل حوالة بمجرد تمام عقد التخارج، ولا يحتاج لأي إجراء آخر حسب الفصل 209 ق.ل.ع.م، والفصل 219 م.ل.ع.ت، فعلى هذا فمن تم له التخارج أولاً انتقل إليه وسرى في حق الغير. أما إذا تعلق الأمر بالمنقول فالأصل أنه تنتقل ملكيته

¹ راجع المبحث المتعلق بالالتزامات التعاقدية المؤثرة في الغير في الفصل الأول من هذا الباب.

² السنهوري، الوسيط (ط3)، المرجع السابق، ج4، ص260.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

إلى الطرف الآخر بمجرد تمام العقد، ومن تم العقد معه أولاً انتقلت إليه الملكية، لكن الحيازة تعتبر سندا صحيحا لمن حاز المنقول أولاً، ويفترض في الحائز حسن النية، وعلى من يدعي خلاف ذلك أن يثبت العكس¹، وعلى هذا يعتبر من حاز الحصة المنقولة أولاً مالكا لها إلا إذا ثبت العكس². أما بالنسبة للعقار والمنقولات القابلة للرهن فيشترط فيها، حسب الفصل 489 ق.ل.ع.م، والفصل 581 م.ل.ع.ب أن تُضمن في شكل كتابي ثابت التاريخ مع التسجيل لدى قبضة المالية، فإن تعلق الأمر بعقار مسجل أو محفظ فلا بد فيه لانتقال الملكية أن يسجل في الرسم أو السجل العقاري، وعليه فأيهما قام بهذه الإجراءات أولاً انتقلت إليه الملكية وسرت في حق الغير، وكان للطرف الآخر حق الرجوع على البائع بالضمان.

هذا ونلاحظ هنا أنه إذا تم التخارج بالبيع أو المعاوضة مع أحد الورثة، ثم قام الوارث البائع ببيع حصته الإرثية كلها أو بعضها لأجنبي؛ فإنه يثبت للوارث المشتري، إذا مضى البيع لهذا الأجنبي، أن يستردها عن طريق حق الشفعة، سواء أكان البيع وارداً على عقار أو منقول، وهذا في القانون المغربي، ذلك أن هذا القانون يميز ثبوت الشفعة في العقار والمنقول على حد سواء³. أما في القانون التونسي فالوارث المشتري أو المتخارج له لا يستطيع استخدام حق الشفعة إلا في العقارات؛ نظراً لعدم جوازها في المنقول وفق المعمول به في القانون التونسي، لكن يمكنه استخدام الاسترداد لاسترجاع هذه المنقولات وفق ما تنص عليه الفصول 53/54/55 م.ح.ع.⁴

ثانياً: التخارج كصلح

إذا تم التخارج بين أحد الورثة وبقية المتخارجين صلحاً؛ فإن أي حق ترتب للخلف الخاص على هذه الأموال سواء أكان كمجموع من المال أو حصة معينة، سيسقط بموجب الأثر الكاشف للصلح، وهذا ما يمكن الوقوف عليه من خلال نص الفصل 1105 ق.ل.ع.م، والذي جاء فيه:

¹ راجع في اعتبار الحيازة قرينة على سند الملكية: الفصل 456 ق.ل.ع.م، والفصل 488 م.ل.ع.ب.

² فإن كان الحائز يعلم، أو من حقه أن يعلم أن الشخص الذي باعه المنقول لم يعد مالكا له، يخوله أمر التصرف فيه فلا تعتبر الحيازة قرينة له، وهذا ما نصت عليه المادة 53 من م.ح.ع.ب في فقرتها الثانية.

³ راجع في أحكام الشفعة في القانون المغربي في: محمد بن معجوز، المرجع السابق، ص 164، 165، 181.

⁴ راجع أحكام الشفعة والاسترداد في القانون التونسي، علي كحلون، التعليق على مجلة الحقوق العينية وقانون التحيين المرجع السابق، ص 225، 263.

ولكن حق الاسترداد المنصوص عليه في هذه الفصول ليس هو حق الاسترداد المعروف في القانون الجزائري والمقتبس من القانون الفرنسي.

الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال

" يترتب على الصلح أن تقضي نهائياً الحقوق والادعاءات التي كانت له محلاً، وأن يتأكد لكل من طرفيه ملكية الأشياء التي سلمت له، والحقوق التي اعترف بها من الطرف الآخر...". وهو الحكم أيضاً الذي دل عليه الفصل 1467 م.ل.ع.ت. فهذان الفصلان يدلان على أن الأثر الكاشف للصلح يسقط جميع الحقوق والادعاءات التي تثبت للغير على هذه الأموال التي هي محل الصلح، وتسقط وتنقضي هذه الحقوق ولو اتخذت إجراءاتها قبل وقوع التخارج.

البند الثاني: في النظر الشرعي

إذا تخارج أحد الورثة عن حصته الإرثية وقام ببيعها لأحد الورثة، ثم قام ببيعها مرة أخرى سواء لأجنبي أو لوارث آخر، فإن كان البيع الثاني قد وقع قبل لزوم العقد الأول كان هذا البيع محرماً لورود النهي عنه، حيث جاء عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: « لا يبيع بعضكم على بيع بعض »¹.

وقد اختلف في بطلان هذا البيع أو صحته، فذهب رأي أول إلى صحته، لكن مع إثم صاحبه، وذهب رأي ثان إلى القول بفساده²، والسبب في الخلاف مرده إلى الخلاف في القاعدة الأصولية، وهي: هل النهي يقتضي فساد المنهي عنه أم لا؟ فمن قال يقتضي الفساد حكم بفساد البيع، ومن قال لا يقتضي الفساد حكم بالصحة، لكن يبقى الإثم قائماً لورود النهي عنه.

أما إذا كان البيع الثاني أو التخارج قد صدر بعد انعقاد ولزوم العقد الأول، فيكون بيعاً لملك الغير؛ لأنه بانعقاد البيع الأول ولزومه انتقلت الملكية إلى المشتري المتخارج له وخرجت من ملك البائع المتخارج، وأي تصرف منه في حصته الإرثية التي تخارج منها بالبيع يعتبر تصرفاً في ملك الغير، ويعرف في الفقه الإسلامي بتصرف الفضولي، وقد سبق في الفصل الأول بيان الموقف الفقهي من تصرف الفضولي، فليراجع هناك³.

¹ أخرجه مسلم في صحيحه من حديث ابن عمر - رضي الله عنهما - ، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه وسومه وعلى وسومه وتحريم النجش، حديث رقم 1412، ج3، ص1153

² راجع في هذه الآراء: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج5، ص3507، 3508.

³ راجع الفقرة المتعلقة بأثر بيع التركة في الخلف الخاص في الفصل الأول من هذا الباب.

خلاصة الفصل

وكخلاصة لما سبق ذكره في هذا الفصل؛ فإن التخارج في القانون الجزائري يمكن أن يظهر في صورة بيع أو معاوضة، كما يمكن أن يظهر في صورة صلح أو قسمة، وهو يعتبر من البيوع الخاصة الخاضعة لأحكام القانون المدني، وبالتحديد النصوص المتعلقة ببيع التركة. ويتميز التخارج باعتباره - كقواعد عامة - يباعا للتركة، بأنه بيع احتمالي؛ إذ لا يلتزم البائع المتخارج بتفصيل مشتملاته، كما يتميز أيضا بأنه بيع احتمالي؛ إذا لا يضمن المتخارج للمتخارج له (المشتري) دخول مال معين، وإنما يضمن له صفته كوارث فقط، بل إن هذه الصفة قد لا يضمنها له إذا تعلق الأمر بالتخارج كصلح، وينتج عن هذا أن البائع المتخارج لا يضمن إلا أعماله الشخصية، أما ضمان الاستحقاق والعيوب الخفية، فلا يضمنها، إلا إذا اتفقا على ذلك.

أما في القانون المغربي والتونسي فقد ورد الحديث فيهما عن التخارج ضمن باب الصلح في قانون العقود والالتزامات، وبالتالي فهو يخضع لأحكامه، ويظهر التخارج في هذين القانونين في صورة بيع أو معاوضة، أو صورة صلح، ويخضع في مجمل أحكامه للقواعد المقررة في عقد البيع. أما في الفقه الإسلامي فقد ورد الحديث عنه في كتاب الصلح، وتظهر صور التخارج في مجملها في شكل مبادلة أو بيع أو صرف، على أن الصرف يعتبر بيعا في معناه العام، ولذلك كان التخارج في الفقه الإسلامي يخضع للقواعد المقررة في عقد البيع، فيجوز في التخارج ما يجوز في البيع، ويمنع ما يمتنع فيه، ويعتبر البائع المتخارج ملزما بضمان الدرك الذي يشمل ضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية وبهذا يظهر أن التخارج في القانون المغربي والتونسي مقتبس من الفقه الإسلامي في معظم أحكامه، على خلاف القانون الجزائري الذي اقتبس أحكام التخارج من القانون الفرنسي، وبالتالي يتضمن أحكاما مخالفة لما جاء في الفقه الإسلامي.

الختام

في ختام هذا البحث يمكن تسجيل النتائج والمقترحات الآتية :

أولاً: النتائج:

- ❖ الدّمة المالّية ظرف أو وعاء يستوعب الأموال الرمزية ، التي ليس لها وجود في الخارج ، كما يستوعب أيضا الديون التي تثبت بين العبد وربّه ، أما في الفقه القانوني فالدّمة المالّية يقصد بها مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات مالية .
- ❖ الدّمة في الفقه الإسلامي تتلاشى بالموت ولا تمتد إلى الدّمة الوارثة ؛ لأنها شخصية تزول بزوالها ، ولكن هذا التلاشي يكون عقب الموت مباشرة في رأي ، وفي رأي آخر تستمر قائمة إلى غاية سداد الدين ضرورة واستثناء .
- أما في الفقه القانوني الغربي على وجه الخصوص فهي تمتد وتستمر في شخصية الوارث .
- ❖ إن انتقال ملكية التركة من الدّمة الموروثة إلى الدّمة الوارثة يكون بمجرد الوفاة مباشرة ، سواء أكانت التركة مدينة أم لا ، وهذا ما قضى به النظر القانوني سواء الجزائري أم المغربي أم التونسي ، أما الفقه الإسلامي ففيه خلاف ، رأي يقضي بمثل ما قضى به النظر القانوني ، ورأي يقضي بانتقالها بعد سداد الديون إذا كانت مدينة ، وهذا في الجملة.
- ❖ يبني على زمنية انتقال التركة أثر في نداء التركة ونفقتها واستحقاق الشفعة ، فمن يرى انتقالها بعد الدين فالنداء على ملك المورث ويحق للغرماء التنفيذ فيه ، كما أن النفقة تكون منها ، ولا يكون للورثة حق الشفعة لعدم ثبوت ملكيتهم للتركة زمن البيع .
- أما الرأي الثاني الذي يرى انتقالها بمجرد الوفاة فالنداء للورثة ولا حق فيه للغرماء ، والنفقة تكون على الورثة لأنها ملكهم ، ولهم حق الشفعة لأن الملكية ثابتة لهم .
- ❖ الديون في الفقه الإسلامي لا تنتقل إلى الورثة إذ الميراث غنم لا غرم ، وهذا عند جمهور الفقهاء .
- ❖ حملّ الفقه الإباضي الورثة مسؤولية تضامنية كاملة عن ديون مورثهم إن هم دخلوا في التركة بالتصرف فيها قبل سداد الدين ، في مقارنة تتقف مع ما أخذ به القانون الألماني .

- ❖ الديون في القانون الجزائري على وفق رأي الجمهور ؛ أي لا تنتقل إلى الورثة وهو ما عليه القضاء ، أما في نظر القانون المغربي والتونسي فتنتقل إلى ذمة الورثة ، وفي حدود مناب كل وارث .
 - ❖ الدين العادي المتعلق بالتركة لا يتحول بالوفاة إلى دين ممتاز ، بل يبقى في دائرة الديون العادية ، وإن كان تعلقه بالتركة كتعلق الرهن ، فهو من باب التشبيه في التعلق فقط .
 - ❖ يوجد في الفقه الإسلامي فيما يتعلق بالديون المؤجلة ثلاث اتجاهات :
 - الاتجاه الأول: يقضي بسقوطها وزوالها بالموت .
 - الاتجاه الثاني: يرى عدم حلها ، وبقائها في ذمة الميت إلى حلول زمنها .
 - الاتجاه الثالث: يرى انتقالها كما هي إلى ذمة الورثة .
- أما في النظر القانوني ، فالقانون الجزائري والمغربي يرى كل منهما عدم حلول الأجل بالوفاة ، فيما يرى القانون التونسي حلوله بالوفاة .
- ❖ يحكم التصرف في التركة المدينة - عموماً - مبدآن :
 - المبدأ الأول : مدى انتقال ملكية التركة إلى الورثة مباشرة عقب وفاة المورث .
 - المبدأ الثاني : مدى مراعاة حق الدائن .
 - ❖ التصرف بالقسمة في التركة قبل سداد الدين في الفقه الإسلامي يعتبر صحيحاً في أحد آراء هذا الفقه ، وهذا بشرط سداد الدين وعدم اعتراض الدائنين عليها ، فإذا تحقق هذا الشرط صحت وجاز إجبار الممتنع عنها .
 - وفي رأي ثان تعتبر غير صحيحة ، ولا يجوز إجبار الممتنع على تنفيذها؛ إلا إذا زال الدين بسبب من الأسباب ، فهنا تصح وتلزم الجميع .
 - ❖ التصرف بالبيع في التركة المدينة في الفقه الإسلامي يحكمه إجمالاً رأيان اثنان:

- الأول: بطلان البيع وعدم صحته ، ولا مجال للحديث عن آثاره والالتزامات المترتبة بين البائع والمشتري ، وهنا يكون للدائن حق تتبع العين المبيعة والتنفيذ عليها بحقه ، ويكون للمشتري حق استرداد الثمن المدفوع. وهذا الرأي مبني عند البعض على مبدأ انتقال التركة إلى الورثة قبل سداد الدين ، وعند البعض الآخر على اعتبار تعلق الدين بالتركة كتعلق الرهن بالرهون .

- الثاني: التصرف يقع صحيحا ، لكن على شرط واقف وهو مراعاة وحفظ حق الدائن ، فإن تحقق الشرط ترتبت التزامات تقابلية بين البائع والمشتري ، وانتقلت على إثره ملكية المبيع إلى المشتري والثمن إلى البائع ، وكان على الطرفين تنفيذ كل الالتزامات التي يولدها عقد البيع ، وإن لم يتحقق الشرط بطل البيع وفسخ العقد ، وكانت الحالة مثل الرأي الأول .

❖ يعتبر تصرف الورثة في التركة المدينة قبل سداد الدين صحيحا من وجهة النظر القانونية سواء في القانون الجزائري أو المغربي أو التونسي ، غير أن الدائن في القانون التونسي له حق الطعن في تصرفات الورثة ، إن كانت تضر بمصلحه ، وهذا عن طريق الدعوى البوليائية على أساس الفصل 551 ، الذي يقدم الدائن على الوارث .

❖ الفقه الإسلامي يطبق قاعدة : " لا تركة إلا بعد سداد الدين " بصرامة ، ويطلب كل تصرف لا يراعي حق الدائن ، وهذا تقديرا لشأن الدين .

❖ في الجانب القانوني يعتبر القانون المصري الأكثر حماية لحق الدائن العادي بما شرعه من نظام التأشير الهامشي على حق الإرث ، وهذا في محاولة للموازنة بين مصلحة دائن التركة العادي، ومصلحة المشتري حسن النية ، ثم يليه القانون المغربي بما شرعه من بعض النظم المعطاة لدائن التركة لحماية حقه كنظام " تسجيل الحجز التحفظي " مباشرة بعد الوفاة ، ثم القانون التونسي ، وأخيرا النظام الجزائري ، الذي يظهر الأضعف في حماية حق دائن التركة العادي .

❖ يعتبر نظام التصفية الجماعية للتركات أمرا جوازيا اختياريا ، لكنه نظام فيه حماية لحق دائن التركة العادي بما يقتضيه من غل أيد الورثة عن التصرف في أعيان التركة إذا كانت خاضعة لهذا النظام ، حتى وإن كان هذا الغل لا يرقى إلى درجة البطلان ، إلا أن فيه عدم نفاذ هذا التصرف في حق الغير، وهذا النظام يعرفه القانون المصري والمغربي ، ولا يوجد في القانونين الجزائري والتونسي .

❖ إن بيع التركة بمعناه الخاص ينصرف إلى صورة بيع الوارث حصته الإرثية كمجموع من المال إلى وارث آخر وهو ما يعرف بالتخارج ، أو بيعها لأجنبي غير وارث ، أما بمعناه العام فيضاف إلى هاتين الصورتين صورة بيع التركة المستقبلية ، وبيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الدين.

❖ ينصرف لفظ بيع التركة عند إطلاقه إلى المعنى الخاص.

❖ إن بيع التركة في القانون الجزائري بمعناه الخاص مأخوذ عن القانون الفرنسي.

❖ مصطلح بيع التركة لم يرد في القانون المغربي ولا في القانون التونسي، وإنما ورد في القانون الجزائري.

❖ إن المشرع الجزائري قد أخضع صورتي بيع التركة لما هو منصوص عليه في القانون المدني، تبعا لمصدر هذا البيع وهو القانون الفرنسي ، وهذا معناه أن التخارج المعروف في الفقه الإسلامي يخضع في القانون الجزائري لأحكام القانون المدني .

أما في القانون المغربي والتونسي ، وإن كانت صورة التخارج تخضع لأحكام قانون الالتزامات والعقود ، إلا أن أحكامها في مجملها مستنبطة من الفقه الإسلامي ، وبالتحديد المذهب المالكي ، وبالتالي لا يكاد يتعارض مع الفقه الإسلامي ، عكس القانون الجزائري .

❖ إن أهم ما يتميز به بيع التركة عن غيره من البيوع أنه بيع احتمالي ، لا يضمن فيه البائع الوارث للمشتري دخول مال معين في الحصة الإرثية ، ولا حتى يسار التركة ، وهذا فقط في القانون الجزائري .

❖ بيع التركة كما ورد النص عليه في القانون الجزائري يعتبر صورة ممنوعة في الفقه الإسلامي وتأباه قواعده ، لكونه عقدا احتماليا يشتمل على الكثير من الغرر والجهالة ، ومعلوم في الفقه الإسلامي أن العقد المشتمل على غرر فاحش أو جهالة فاحشة لا يجوز ، وإنما لا بد من معلومية المحل وانتفاء الجهالة ؛ حتى يعرف كل طرف حقوقه والتزاماته ، اللهم إلا ما ورد في بعض المذاهب من جواز الجهالة في عقد التخارج شريطة أن لا يقتضي التسليم ، فإن اقتضاه منع ، وقد تبني المشرع التونسي والمغربي في عقد التخارج هذه القواعد المقررة في الفقه الإسلامي .

❖ من مميزات بيع التركة أيضا أن الوارث البائع لا يضمن للمشتري إلا صفته الإرثية ، ويترتب عن هذا أن ما يعرف في عقد البيع بصفة عامة من ضمان التعرض والاستحقاق و ضمان العيوب الخفية ، لا يلتزم بهما البائع الوارث ، إلا ما تعلق بضمان أعماله الشخصية ، أو حدث الاتفاق على الالتزام بهما.

❖ يتميز بيع التركة من حيث إن البائع لا يفصل مشتملات الشيء المبيع.

❖ تتحدد مشتملات المبيع في بيع التركة بكل ما آل إلى الوارث البائع من المورث ، وتنصرف هذه المشتملات إلى هو مال أو راجع إليه لحظة الوفاة ؛ إلا إذا اتجهت إرادة الأطراف إلى غير ذلك .

❖ يسلم المبيع في بيع التركة على الحالة التي هو عليها لحظة البيع لا لحظة افتتاح التركة ، وبذلك تكون الزيادة للمشتري ، والنقصان عليه.

❖ إن بيع التركة سواء أكان لوارث أم لأجنبي ، إذا بيع كمجموع من المال فالأصل أن تنتقل الملكية فيه بمجرد التعاقد ، فهو في الأساس عقد رضائي ، لكن إذا تطلب القانون اتخاذ إجراء معين ، كما إذا كان هذا المجموع يشتمل على عقار أو دين ، أو منقول قابل للرهن ، فلا بد من اتخاذ هذه الإجراءات ؛ حتى تنتقل الملكية ؛ إذ يعتبر وكأنه مشتر لكل حصة على حده ، وهذا ما يتميز به أيضا بيع التركة عن غيره من البيوع.

- ❖ يعتبر مصطلح الغير مصطلحا مبهما ومتلون المفهوم، حيث يختلف من قانون إلى آخر، وإن الغير في بيع التركة يشمل ثلاث طوائف: طائفة بقية الورثة، وطائفة دائني ومديني التركة، وطائفة الخلف الخاص للوارث البائع.
- ❖ يثبت لبقية الورثة - وهم من طائفة الغير - في حالة بيع أحد الورثة حصته لأجنبي حق الاسترداد .
- ❖ حق الاسترداد المعروف في القانون المدني الجزائري والمصري مأخوذ في أصله من القانون المدني الفرنسي - قبل إلغاءه - ويعرف في هذا القانون باسم حق الاسترداد الوراثي . وهو حق يثبت في المنقول ، أو المجموع من المال ولو اشتمل على عقار ، إذا بيع لأجنبي غير شريك ، ولا يثبت في عقار إذا كان معيناً بذاته .
- ❖ لا يعرف القانون المغربي والتونسي وكذا الفقه الإسلامي حق الاسترداد ، بل تعرف هذه التشريعات حق الشفعة فقط .
- ❖ يشترط لصحة بيع التركة - كقاعدة عامة - توافر شرطين اثنين : الأول : افتتاح التركة ، والثاني : ضمان الصفة الإرثية .
- ❖ ينبني على فقدان شرط افتتاح التركة صورة بيع التركة المستقبلية ، وهي من الصور الممنوعة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، لما فيها من المضاربة على حياة المورث ، وكذا إخلالها بقواعد النظام العام .
- ❖ يعتبر العنصر الذاتي معياراً فاصلاً أو فارقاً بين بيع ملك الغير ، وهو من البيوع الموقوفة أو القابلة للإبطال ، وبين بيع التركة المستقبلية وهو من البيوع الباطلة بطلاناً مطلقاً .
- ❖ ينبني على احتمالية الشرط الثاني من شروط صحة بيع التركة فكرة التعامل مع الوارث الظاهر ، والوارث الظاهر هو من يبدو في الظاهر وارثاً ، ولكن الحقيقة غير ذلك .
- ❖ تثبت الصفة الإرثية للوارث بمجرد وفاة المورث سواء في النظر القانوني أو النظر الشرعي .

❖ ثبوت الصفة الإرثية لا يحتاج إلى وجود الشهادة التوثيقية ، بل تثبت بكل الطرق القانونية ، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا ، عكس ما ذهب إليه مجلس الدولة ، الذي يشترط لثبوتها وجود الشهادة التوثيقية .

❖ تعتبر الردة في نظر الفقه الحنفي موتا حكما تفتتح به تركة المرتد ، ويشترط لاعتبار الردة كذلك لحوق المرتد بدار الحرب وصدور حكم قضائي بذلك .

❖ التخارج سواء في الفقه الإسلامي أو في القانون المغربي أو التونسي يثبت فيه ضمان التعرض والاستحقاق وضمن العيوب الخفية مثله مثل باقي عقود المعاوضات ، ويخضع في أحكام هذا الضمان لمثل الأحكام المقررة في عقد البيع .

❖ إذا كان بيع التركة تخارجا في صورة صلح فيمكن للبائع الوارث أن لا يضمن حتى صفته كوارث .

❖ يشترط في التخارج بالإضافة إلى شرط افتتاح التركة ، وشرط ثبوت صفة الوارث ما يلي:

- أن يكون التخارج بين الورثة .
- أن يكون على كامل الحصة الإرثية .
- أن يكون محل التخارج معلوما .
- أن يرد على تركة مفتوحة .

ثانيا: المقترحات:

◀ أقترح إدخال مجموعة من النصوص القانونية تقضي بتحديد كيفية إجراءات تصفية التركة ، وهذا في القانون الجزائري .

◀ أقترح أن يدرج في القانون الجزائري فكرة التأشير الهامشي للدائن العادي للتركة ، كما هو مقرر في القانون المصري ، وهذا من أجل إحداث التوازن بين مصلحة دائن التركة وبين المشتري حسن النية .

◀ أقترح أن يعدل نص المادة 211 من القانون المدني الجزائري بإدخال عنصر الوفاة كسبب من أسباب سقوط أجل الدين .

◀ إدراج نصوص في القانون الجزائري مستنبطة من الفقه الإسلامي تتحدث عن التخارج باعتباره جزءا من الميراث ، وإلغاء النصوص المتعلقة ببيع التركة : نظرا لتعارضها مع قواعد ومبادئ الفقه الإسلامي .

◀ إدخال مجموعة تعديلات على نص المادة 721 ق.م.ج ، تتمثل هذه التعديلات في :

- إضافة شرط أن يكون البيع بطريق الممارسة .
- إضافة فقرة تنص على أن مدة الشهر الواردة في المادة هي لرفع الدعوى وليس لإعلان الرغبة .
- تعديل العبارة الآتية : " للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول، أو العقار أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة " ، حيث تصبح :
" للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة " .

◀ إدخال تعديل في نصوص القانون المدني المتعلقة بالعقد الرسمي (المواد من 324-326 مكرر 2) ، وذلك باستبدال مصطلح " العقد الرسمي " بمصطلح " المحرر الرسمي " ، إذ العقد ينصرف إلى الفعل الرضائي بين الطرفين ، لا إلى الشكل .

◀ جعل المحرر الرسمي شرطا للشهر ، يؤدي انعدامه إلى عدم قبول الشهر ، وليس إلى البطلان ، ذلك أن الرسمية خارجة عن ماهية الشيء ، إذ لا يمكن أن يؤدي انعدامها إلى البطلان .

وفي الختام ما يسعني إلا أن أردد ما قاله صاحب ملحمة الإعراب :

" فَانظُرْ إِلَيْهَا نَظَرَ الْمُسْتَحْسِنِ وَأَحْسِنِ الظَّنَّ بِهَا وَحَسِّنِ وَإِنْ تَجِدَ عَيْبًا فَسُدِّ الخَلَا فَجَلَّ مَنْ
لَا فِيهِ عَيْبٌ وَعَلَا وَالْحَمْدُ لِلَّهِ عَلَى مَا أَوْلَى فَنِعَمَ مَا أَوْلَى وَنِعَمَ الْمَوْلَى " ¹ .
فإن أصبت فمن الله وحده وذاك المأمول ، وإن كانت الأخرى فمن نفسي والشيطان ، ولكن
حسبي أني بذلت الجهد واستفرغت الوسع ، وأسأل الله أن يقيّل عثرتي ويغفر زلتي ، إنه جواد
كريم ، و آخر دعوانا : أن الحمد لله رب العالمين ، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله
وصحبه
أجمعين .

¹ الحريري ، ملحة الإعراب ، دار السلام ، القاهرة ، ط1 ، 2005 ، ص 87 .

الفهارس

الفنية

- فهرس الآيات القرآنية .
- فهرس الأحاديث النبوية .
- فهرس الأعلام .
- فهرس المصطلحات والحدود .
- فهرس المصادر و المراجع .
- فهرس الموضوعات .

فهرس الآيات القرآنية

الصفحة	رقمها	طرف الآية
سورة النساء		
29 ، 32 ، 81 ، 91 ، 311	12	﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دِينَ غَيْرِ مُضَارٍّ ﴾
سورة الأنفال		
177	73	﴿ وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾
سورة التوبة		
03	10	﴿ لَا يَرْقُبُونَ فِي مُؤْمِنٍ إِلَّا وَّلَا ذِمَّةٍ ﴾
سورة الإسراء		
169	85	﴿ وَدَسَّكُلُونَا عَنْ الرُّوحِ قُلِ الرُّوحُ مِنْ أَمْرِ رَبِّي ﴾

سورة الأنبياء		
169	07	﴿ فَسَّئَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴾

فهرس الأحاديث النبوية والآثار

الصفحة	الراوي	طرف الحديث
أ		
227	أم سلمة	« إنكم تختصمون إلي، وإنما أنا بشر... »
ب		
04	علي بن أبي طالب	« ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم »
04	علي بن أبي طالب	« ذمتي رهينة و أنا به زعيم »
ج		
48	سلمة بن الأكوع	« صلوا على صاحبكم »
د		

30	أبو هريرة	« من ترك حقا أو مالا فلورثته »
ن		
48	أبو هريرة	« نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه »
لا		
318	عبد الله بن عمر	« لا يبيع بعضكم على بيع بعض »

64.....	البحيرمي
176	أبو بكر
152.....	بوتيه
309.....	التسولي
229.....	تماضر
112.....	تورانس
الصفحة	اسم العلم
95.....	الشميني
145.....	ابن جزى
155 ، 154.....	جلفيكسي ثيبارج

فهرس الأعلام

الصفحة	اسم العلم
29 ، 52 ،	أحمد بن حنبل
229 ، 74 ، 53	
.....	أحمد عبد اللطيف بك
67	إسحاق بن راهويه
53
212.....	أشهب
146.....	أصبغ
51	اطفيش
204	أليكس فيه
76	الأمدي
19.....	أوبري
152.....	أوسيل

طاووس 53	ابن حبيب 212
ابن عابدين 245 ، 232 ، 221	ابن حزم 84 ، 77
عبد الحميد بدوي بك 66	الحموي 05
عبد الرحمان بن القاسم 28	أبو حنيفة 313 ، 177 ، 145 ، 79
74 ، 146 ، 147 ، 171 ، 180	الخطابي 229
عبد الرحمان بن عوف 284 ، 283 ، 229	الدردير 212 ، 17
عبد العزيز أبو غنيمة 67	دوما 152
عبد العزيز البخاري 04	رو 19
عبد الله ابن بطة 76	ربيعة 180
عبد الله بن نافع 146	ابن رشد 146 ، 28
عبد المنعم فرج الصده 66	أبو زهرة 06
عبد الوهاب خلاف 05	الزهري 53
ابن عرفة 91	سحنون 212 ، 74
العز بن عبد السلام 05	أم سلمة 228
عمر بن الخطاب 171 ، 04	سلمة بن الأكوع 48
علي أحمد السالوس 148	السنهوري 149 ، 136
علي بن أبي طالب 04	سيد عبد الله علي بن حسين 148
علي زكي العراقي 66	الشافعي 146 ، 76 ، 29
66 غستان 155 ، 154	الطحاوي 87
الغزالي 170	
ابن فرحون 242	
أبو قتادة 48	
ابن قدامة 170	
القرافي 17 ، 16 ، 09 ، 06 ، 05	

ابن القيم	150 ، 151 ، 165
كايتان	184 ، 189
كريميو	204
اللخمي	81
أبو الليث	29 ، 88
الليث بن سعد	180
المازري	91
مالك	145 ، 146 ، 147 ، 148
ابن محرز	91
محمد البناني	212
محمد بن سيرين	53
محمد بن معجوز	45
مصطفى الزرقا.....	06 ، 149 ، 233
وهبة الزحيلي	149
أبو يعلى.....	54

فهرس المصطلحات والحدود

المصطلح	الصفحة	المصطلح	الصفحة
أثر رجعي.....	36 ، 83 ، 103 ، 161 ، 160 ، 121 ، 191 ، 162 ، 192 ، 196 ، 198 ، 252 ، 253 ، 258	الإلتزام العقاري.....	257
أثر العقد.....	39 ، 57 ، 156	الإبراء.....	33 ، 231 ، 238 ، 246 ، 249 ، 266 ، 276 ، 279
أثر كاشف.....	73 ، 75 ، 77 ، 250 ، 251 ، 252 ، 253 ، 254 ، 255 ، 256 ، 257 ، 258 ، 267 ، 268 ، 273 ، 315 ، 316	إبطال.....	79 ، 85 ، 90 ، 102 ، 109 ، 111 ، 116 ، 117 ، 118 ، 120 ، 133 ، 174 ، 177 ، 186 ، 195 ، 205 ، 215 ، 216 ، 284 ، 285 ، 327 ، 285
أثر منشئ.....	73 ، 75 ، 77 ، 120	اتحاد الذمة.....	132 ، 133 ، 143 ، 163
أثر ناقل.....	74 ، 75 ، 77 ، 253 ، 254 ، 256 ، 268	الابن.....	56 ، 77 ، 134 ، 184 ، 196 ، 299
أثر مسقط.....	100 ، 101 ، 108	الاتفاقات التعاقدية.....	261
الإجازة.....	86 ، 87 ، 88 ، 91 ، 139 ، 169 ، 175 ، 186 ، 191 ، 193 ، 194 ، 231 ، 301	الإثبات.....	158 ، 172 ، 176 ، 258 ، 309 ، 310
		الإثراء	بلا
		سبب.....	215

المصطلح	الصفحة
الأجل.....	53
54، 55، 58، 59، 61، 63، 116،	
117، 162، 324	
الإجراءات التحفظية.....	262
إحالة.....	226، 35
231، 270، 273، 274، 309، 310	
الأحوال الشخصية.....	35
38، 40، 61، 109، 309	
الأخ الشقيق.....	208، 196
إخطار.....	298، 154
الأخلاق.....	182
الآداب.....	182
إدارة.....	123، 121
262	
الإرادة.....	156، 155
الإرادة الباطنة.....	133
الأرش.....	302، 94
أسباب الملكية.....	34
أسباب الميراث.....	196
الاستبدال.....	131
المصطلح	الصفحة
الاستحقاق.....	30
74، 104، 110، 116، 117، 119،	
122، 125، 142، 162، 209، 211،	
218، 236، 282، 285، 286، 287،	
288، 289، 290، 297، 298، 299،	
300، 308، 319، 327	
الاستدلال.....	32
استرداد.....	115، 101
118، 157، 158، 159، 160، 161،	
162، 163، 164، 192، 193، 206،	
207، 213، 215، 217، 286، 287،	
289، 290، 293، 294، 295، 296،	
298، 299، 300، 303، 304، 308،	
315، 317، 322، 325، 326	
الاسترقاق.....	15
الاستصلاح.....	276
الاستغلال.....	300، 263
أسطاما.....	228
الإسقاط.....	280، 230، 229

الإكراه البدني 15، 26 ،	أسهم.....211، 255 ،268
70	297
الإلزام 5، 6، 8، 14،	المصطلح الصفحة
47، 16	الإشهاد..... 264
المصطلح الصفحة	إشهار 36، 38، 113،
الالتزامات 4، 6،	114، 125، 160، 197، 259، 262
7، 8، 10، 11، 12، 24، 25، 37،	الأصول 10،
38، 39، 40، 43، 45، 46، 50، 56،	21، 34، 56، 59، 60، 82، 154
57، 59، 60، 61، 62، 68، 69، 86،	الأصول التجارية..... 260
99، 101، 102، 107، 110، 115، 118،	الأموال الرمزية 10، 69،
128، 129، 132، 134، 152، 155،	310
156، 160، 182، 208، 213، 216،	الإقرار 192
218، 219، 223، 224، 248، 249،	243، 244، 264، 298، 299
250، 262، 272، 273، 281، 291،	آفة سماوية 280، 281
303، 307، 310، 318، 321، 322،	افتتاح التركة..... 27
323	35، 38، 111، 115، 115، 117،
الالتزام 5،	132، 133، 142، 169، 176، 180،
8، 11، 14، 16، 22، 39، 47، 53،	181، 186، 193، 194، 325، 326،
58، 59، 61، 62، 102، 129،	327
140، 141، 142، 161، 180،	إفراز حق 75، 76، 77، 78، 84
181، 182، 188، 208، 213،	الأفعال الإرادية 261

البائع 89	261، 262، 269، 270، 281
90، 92، 95، 96، 99، 100، 104	282، 285
105، 109، 111، 112، 115، 116	
117، 118، 119، 125، 128، 130	الالتزام بالتسليم 140
131، 132، 133، 134، 135، 136	261، 270
142، 143، 144، 148، 149، 150	الالتزام بالضمان 141
151، 152، 156، 157، 160، 161	281، 285
163، 164، 165، 166، 167، 168	
175، 186، 190، 209، 212، 213	المصطلح
214، 215، 218، 251، 260، 261	الصفحة
262، 263، 264، 266، 267، 268	أمهات الأولاد 177
270، 271، 272، 273، 274، 275	انقضاء الالتزام 142
276، 278، 279، 280، 281، 282	الأهلية 3، 7،
283، 285، 286، 287، 288، 289	8، 226
293، 296، 297، 299، 300، 302	أهلية الأداء..... 16
303، 304، 305، 306، 307، 308	أهلية التصرف 34
309، 316، 318	أهلية التملك 34
باطل 31	أهلية الوجوب 8
49، 80، 84، 87، 88، 89، 90، 92	الأورو 244
93، 95، 96، 106، 108، 115	الأوصاف المقدرة..... 13
122، 137، 140، 145، 148، 167	الإيجاب..... 129
168، 172، 173، 181، 182، 183	
184، 185، 190، 191، 192، 193	
206، 242، 246، 311، 312، 313	
314	----- ب -----

بيع الجراف 134،	بدل التخارج 221،
278، 135	226، 230، 231، 233، 236، 237،
بيع المجهول 237	238، 240، 242، 243، 247، 250،
بيع الدين 150،	251، 261، 273
151، 165، 241، 311، 313، 314	البطاقات العقارية 36،
البيع العقاري 138، 140	196، 257، 258
المصطلح	المصطلح
الصفحة	الصفحة
بيع الغائب 145،	البضائع 264،
240، 279	271، 287
بيع الغرر 145	البلوغ 16
بيع الفضولي 167	بيت المال 176، 178
البينة 172،	بيع التركة 33،
174، 203، 230، 301	44، 46، 77، 83، 84، 86، 88، 90،
البينة الشرعية 172،	92، 124، 125، 127، 128، 129،
203، 204	132، 134، 135، 136، 137، 140،
----- ت -----	141، 143، 144، 146، 147، 148،
التأشير الهامشي 105،	149، 155، 156، 160، 168، 180،
111، 112، 127، 325، 329	181، 183، 184، 187، 188، 193،
التأمين 125،	195، 207، 208، 209، 210، 211،
127، 133، 134	213، 218، 222، 229، 230، 232،
	233، 234، 247، 248، 281، 282،
	283، 318، 321، 323، 324، 326

213، 214، 215، 217-258، 264،
267، 272-284، 296، 298، 303،
318، 320

تركة شاغرة 176

المصطلح الصفحة

تركة المدينة 27،
30-42، 51، 81، 85، 86، 87، 89،
90، 93، 94، 96، 97، 98، 100،
104، 108، 113، 114، 115، 118،
120، 307، 311، 320، 322

تركة مستقبلية 173،
180-194، 236، 323، 325

التزوير 287

التسليم الحقيقي 262

التسليم الرضائي 263

التسليم السندي 264

التسليم المعنوي 163، 165

التشريع الوضعي 163

التصاميم 262

التأمينات العينية 125

التجارة 266، 297

التحفيظ العقاري 45

118، 270

المصطلح الصفحة

التخارج 128

150، 220 - 240، 244 - 253،

256-294، 290-303، 305-309،

312-320، 325

التدليس 133

285، 289

التذكرة 266

التراضي 75

82، 109، 130، 295، 303

التركة 01

2، 22، 27، 29، 31-42، 69، 71،

72، 73، 74، 75، 76، 77-137،

140-151، 153-160، 164، 165،

165، 166، 167، 168، 173، 175-

195، 199، 200، 201، 203-211،

التلف 133،
175، 274، 275، 281، 282، 283
التنازل 24،
50، 81، 92، 98، 182، 191، 192،
246، 254، 257، 305

المصطلح الصفحة

التنبر 268
التزويل 194
تنفيذ العقد 154،
155، 193

ث

الثلث 13،
16، 17، 89، 92، 99، 118، 131،
132، 133، 135، 139، 141، 145،
150، 160، 161، 162، 163، 164،
188، 206، 208، 209، 211، 230،
231، 238، 240، 254، 262، 265،
266، 267، 270، 271، 273،
277، 278، 279، 280، 284، 288،
289، 293، 294، 303، 321، 322
الثمار 212،
213، 215، 216، 279، 290، 293

التصرفات الشرعية 174
تصفية التركة 36،
116، 132، 168، 326

التظهير 264

المصطلح الصفحة

التعويض 36،
109، 111، 138، 139، 184، 209،
214، 215، 273، 287، 288، 293،
300، 302، 303، 394

التفويت 120،
121، 122، 260

التقايض 236،
237، 274، 275، 276، 278

التقادم 133،
186، 194، 195، 289، 290

التكليف 66،
68، 73، 78، 83، 84، 85، 86،
116، 124، 237، 238، 240، 242،
246، 247، 249، 250، 251، 252،
277

تكوين العقد 156

08 الحرية	180 الثورة الفرنسية
322، 116 الحجز التحفظي	----- ج -----
51، 34، 33 الحجة	179، 17 الجنين
255، 161	48 جنازة
الصفحة	المصطلح
310، 46 حجة الوفاة	91 الجهالة
89 حسن النية	217، 148، 147، 146، 145، 144
97، 100، 101، 105، 107، 109	232، 238، 230، 228
111، 117، 118، 126، 162، 184	----- ح -----
204، 207، 208، 209، 210، 212	100 الحائز
213، 214، 216، 284، 306، 310	315، 188، 118، 108
326، 322، 315	10 الحالة المدنية
158 حصة مشاعة	175، 171
11 حق الارتفاق	194، 193 الحجب
132، 143، 270، 286	204، 194 حجب الحرمان
10 حق الإرث	278، 263 الحجج
45، 47، 101، 102، 103، 104	224، 153 الحدود
107، 109، 110، 111، 112، 113	94، 31 الحجر
114، 119، 120، 121، 122، 195	260 الحراسة القضائية
322، 209	294 حرفة

270، 11 حق الملكية	156 حق الاسترداد
10 حق النفقة	157، 158، 159، 160، 162، 216، 293، 314، 321، 324، 325
133 الحق الوقفي	11 حق الرهن
12، 11 الحقوق الأصلية	66، 126، 154
10 حقوق الإنسان	
الصفحة	المصطلح
12، 11 الحقوق التبعية	09 الحق الشخصي
11 حقوق الدائنية	11، 64، 65، 67، 131، 134، 135، 165، 166، 229، 233
12، 101، 150، 223	
84 حقوق الوارث	81، 91 حق العباد
198، 199، 310	
11 الحقوق الشخصية	09 الحق العيني
131، 134، 167، 223، 311	35، 64، 65، 66، 100، 108، 119، 120، 122، 126، 131، 132، 154، 161، 196، 209، 258، 260، 270، 261
11 الحقوق العينية	
36، 112، 113، 117، 119، 135، 166، 196، 251، 254، 258، 259، 310، 261	81، 08 حق الله
	90، 95
265، 262 الحقوق المعنوية	11، 35 حق المؤلف
36 الحقوق الميراثية	93، 196، 200، 258، 285، 286
292، 290 حماية المستهلك	262 حق المرور
	266، 268

الخبير 259، 284	حوالة الحق 134،
الخرائط 265	164، 166، 306، 313، 314
الخصوم 10،	حوالة الدين 164،
11، 56، 59، 60، 154، 193، 299،	305، 312
313	حوالة الذمة 223
الخطأ 102،	
212، 289	
المصطلح	المصطلح
الصفحة	الصفحة
الخطأ العمدي 218	حوز 270،
الخلافة 89،	285، 286
93، 179	الحيازة 100،
الخلف الخاص 39،	101، 108، 109، 124، 118، 124،
57، 154، 156	166، 207، 208، 264، 314، 315
الخلف العام 154،	حياة الوارث 38، 201
155، 157، 167، 193، 219، 305،	الحيض 308
316، 318، 326	حكم قضائي 37،
الخيار 281،	172، 173، 174، 177، 178، 191،
282، 296، 297، 301، 302، 304،	210، 257، 325
305	الحكم المستأنف 197
	الحلول العيني 20، 22
----- د -----	----- خ -----

101 دعوى النسب	الدائن 11
281 الدلال	25، 26، 39، 40، 51، 52، 55، 62، 67، 79، 85، 87، 89، 90، 91، 92، 93، 94، 95، 96، 99، 103
13 دليل	دار السلام 179
22، 31، 32، 33، 34، 119، 124، 197، 198، 199، 200، 225، 229، 230، 231، 248، 253، 265، 294، 311	دار الحرب 178
247 الدولار	179، 180، 327
	الدرهم 246
	المصطلح
	الصفحة
الصفحة	المصطلح
الدين 1، 9، 14، 20، 22، 27، 28-34، 36، 38، 39-46، 49-55، 58، 62، 63، 64، 65، 69، 71، 78، 79-98، 100، 103، 104، 108، 109، 118، 122، 125، 126، 131، 142، 150، 164، 165، 212، 229، 230، 233، 241، 243، 272، 273، 277، 284، 286، 305، 306، 307، 308، 310، 311، 312، 313، 314، 320، 321، 322، 323، 326	الدعوى 36، 39، 140، 161، 163، 173، 193، 194، 195، 199، 200، 201، 202، 203، 212، 285، 286، 287، 289، 299
الدينار 77، 241، 243، 247	دعوى البنوة 10
	الدعوى البوليانية 122، 125، 324
	دعوى الزوجية 10
	دعوى ضمان الاستحقاق 110، 116، 119، 122، 126، 211، 212، 278، 284، 285، 290
	دعوى ضمان التعرض 122، 199

الذمة المالية 01،
2، 3، 7، 9، 10، 11، 12، 13، 14،
18، 19، 20، 21، 22، 24، 25، 26،
39، 50، 69، 153، 154، 185،
320، 224

الذمة الموروثة 01،
2، 7، 320

الذمة الوارثة 01،
2، 27، 320

الصفحة

المصطلح

ذهب 236
237، 239، 240، 241، 243، 276

الراهن 93،
95، 169، 194

الربا 81،
150، 231، 240، 243

الربان 264

الرتب 133

الرديء 292

الدين الأصلي 313

الدين العادي 65،
67، 68، 321

الدين العيني 65،
67، 68

الدين المستغرق 87،
89، 90، 95

الديون الحالة 51،
54، 60

الصفحة

المصطلح

الديون المؤجلة 51،
54، 57، 58، 60، 63، 321

الديون المرسلة 38

الديون الممتازة 68

الذمة 03،

4، 6، 7، 8، 9، 10، 13، 14، 15،
16، 17، 18، 19، 4، 47، 49، 51،

52، 53، 54، 61، 69، 131، 132،

142، 162، 221، 236، 278، 297،

320

س		رسمية	
226	سبب	136	137، 138، 139، 140، 161، 209
44، 35	السجل العقاري	314، 257، 256، 255، 254، 250	327
166، 161، 120، 119، 108، 46			
196، 257، 260، 265، 269، 270		309، 45	رسم الإرث
274، 275، 310، 315		38	الرسم العقاري
287	السرقه	309، 261، 260، 120، 45	
182	السلطة التقديرية	16	الرشد
271، 265	السمره	75	الرضا
		302، 240، 225	
الصفحة	المصطلح	الصفحة	المصطلح
262، 138	السندات	117	رهن جبري
278، 264، 263		64	رهن جعلي
104	سيء النية	64	رهن شرعي
205، 118، 117، 111، 109، 105		126، 97، 96، 85	
216، 215، 214، 213، 212، 209			
295، 288، 217			
ش		ز	
14	الشخص الطبيعي	171	الزواج
23، 19، 16		194	الزوجه
11	الشخصية	296، 283، 282	
49، 40، 38، 35، 25، 23-17، 15		10	الزوجية
		283، 246، 206، 203، 195، 194	

الشكلية 141	50، 55، 56، 57، 61، 69، 102،
الشكل الرسمي 139،	106، 108، 110، 122، 131، 133،
257، 141، 140	134، 139، 140، 141، 165، 167،
شهادة الأقارب 172،	217، 224، 281، 306، 307، 311،
173، 172	318، 320، 324
الشهادة التوثيقية 36،	شخصية حكومية 15
196، 197، 198، 199، 200، 201،	شخصية معنوية 24، 25
326، 283، 202	الشركاء 44،
شهادة السماع 309	79، 121، 157، 158، 159، 220،

المصطلح	الصفحة
الشريعة الإسلامية	04 ،
	6 ، 57 ، 58 ، 59 ، 62 ، 63 ، 65 ،
	66 ، 69 ، 70 ، 108 ، 109 ،
	223 ، 226 ، 227 ، 230 ، 234 ،
	248
الشريعة العامة	39
الشغب	277
الشفعة	41
	44 ، 45 ، 46 ، 75 ، 152 ، 159 ،
	160 ، 161 ، 163 ، 164 ، 287 ، 311 ،
	315 ، 317 ، 321 ، 326 ،

الصناعة 295	صائر 286
----- ض -----	الصالح العام 193
ضابط 137، 255	الصرف 237،
الضرر 52،	238، 240، 242، 244، 245، 246،
53، 54، 58، 60، 76، 89، 99،	267، 272، 275، 279، 299، 319،
132، 163، 204، 215، 216، 244،	الصك العقاري 262
267، 274، 285، 286، 296، 299،	الصالح 226
302، 304، 313	
ضريبة 142، 143	
المصطلح	المصطلح
الصفحة	الصفحة
ضمان التعرض والاستحقاق 103،	الصالح 87
109، 117، 119، 122، 125، 141،	221، 225، 226، 228، 229،
209، 218، 281، 282، 285، 286،	230، 231، 232، 233، 234،
297، 298، 308، 319، 325، 327،	236، 243، 244، 245، 247، 248،
الضمان العام 19	249، 251، 252، 253، 255، 256،
22، 23، 53، 65	257، 258، 260، 268، 269، 270،
الضمان المخفف 196	274، 275، 278، 282، 283، 284،
الضمان الخاص 132، 53	285، 298، 299، 305، 306، 307،
----- ط -----	308، 311، 314، 317، 319، 327،
الطاعن 139	صلح إقرار 243، 244
200، 259، 262، 309	صلح إنكار 243،
	244، 298

287, 276, 269, 266, 264, 254
 297, 300, 305, 310, 315, 316
 326, 325, 317
 العقارات المحفوظة 45
 112, 113, 261, 262, 269, 305
 العقارات غير المحفوظة 112
 113, 269
 العقد الباطل 87
 208, 145, 192, 193

الصفحة

المصطلح

عقد رضائي 137
 140, 326, 327
 العقد الرسمي 137
 104, 254, 256, 257
 العقد الموقوف 192
 العقود الإدارية 218
 العقود العرفية 138
 140, 255
 العقود الكاشفة 250
 252, 253, 258, 167, 273, 274
 العلة 243, 132

طبيب شرعي 171
 الطعن 122
 125, 200, 323
 الطلاق 172, 284
 ع
 العارية 277
 عدم النفاذ 115, 116

الصفحة

المصطلح

العرض 28
 202, 239, 242
 العروض التجارية 265
 العصمة 08
 العقار 44
 45, 59, 73, 84, 100, 101, 102
 103, 104, 105, 107, 108, 109
 110, 111, 112, 114, 116, 119
 120, 121, 124, 132, 136, 138
 140, 143, 153, 156, 158, 159
 161, 162, 163, 166, 196, 197
 208, 210, 211, 232, 237, 244

الغرماء 28
42، 43، 79، 80، 84، 91، 96، 97،
214، 314، 315، 323

غلة 131
215، 295، 302

الغنائم 73

الغير المطلق 155، 156

----- ف -----

الفاسد 81
87، 88، 149، 281

الفرقاء 130
131، 155، 156، 252

الفريضة 201
267، 273، 311

الفريضة الجدالية 197

الفساد 81
88، 90، 95، 226، 319

الفسخ 91
28، 282، 284، 291، 295، 297،
298، 300، 301، 304، 305

الفصل القيمي 67

العيب 132
241، 174، 268، 283، 291، 292،
295، 296، 297، 298، 302، 303،
304، 305

العين 09
28، 44، 47، 69، 90، 95، 96، 99،
105، 146، 215، 265، 278، 288،
299، 314، 315، 323

العين المرهونة 31
89، 94، 132

العيوب الخفية 142
219، 282، 283، 286، 291، 294،
298، 302، 304، 305، 320، 326،
328

----- غ -----

الغبين 73
213، 214، 255، 285، 286

الغرر 145
146، 147، 151، 219، 324

الغرر الفاحش 148
149، 324

الغرف المجتمعة 141، 139

قرينة 100،	الفضولي 87،
109، 101	90، 169، 319
القسمة 39،	فضة 238
58، 61، 62، 72-86، 96، 148،	239، 240، 242، 243، 245، 278
157، 158، 160، 217، 221، 223،	الفواتير 265
226، 227، 233، 235، 244، 246،	فيما 179
248، 249، 251، 252، 260، 282،	----- ق -----
283، 284، 190، 300، 305، 306،	القبض 44،
307، 315، 316، 319، 322	92، 131، 140، 146، 151، 166،
قسمة القرعة 77، 74	231، 238، 272، 276، 277، 278،
قسمة قضائية 257	280، 281، 299، 302
قسمة المراضاة 77، 74	قبض الأمانة 277، 276
قسمة ودية 256	قبض ضمان 277، 276
257، 279	القبول 26،
قضاة الموضوع 57	40، 129، 201، 271، 308
139، 159، 256	القراءة 195،
القواعد العامة 31، 26	196، 204، 247
79، 105، 130، 134، 136، 137،	القرارات القضائية 45،
141، 143، 149، 150، 157، 158،	261، 310
161، 190، 192، 193، 213، 214،	القرعة 74، 73
229، 230، 233، 235، 243، 244،	75، 77، 230
264، 272، 273، 274، 281، 306،	
308	

82، 72..... المال المتلي	القوة القاهرة 266
73، 72 المبادلة	293، 287، 272
،221 المتخرج	القياس 207
،238، 237، 236، 235، 234، 233	271، 266، 265
،245، 244، 243، 241، 240، 239	القيميات 73
،265، 263، 262، 261، 251، 248	272، 269
،283، 281، 279، 276، 273، 266	----- ل -----
،290، 289، 288، 287، 286، 285	اللجوء السياسي 178
،298، 296، 295، 294، 293، 292	----- ك -----
،313، 312، 310، 306، 300، 299	كفالة شخصية 131
329، 321، 318، 317، 315، 314	كفالة عينية 131
،221 المتخرج له	كسب 34
،283، 281، 266، 265، 262، 261	326، 215
321، 318، 317، 316، 299، 298	الكيال 278
،27 المتوفى	كفيل 47
،57، 54، 50، 49، 47، 44، 37، 31	311، 131، 79، 60، 53
،200، 194، 94، 83، 80، 63، 59	----- م -----
206	المال الشائع 112
272، 73..... المثليات	150، 226، 245
145 المثمون	المال القيمي 82، 72
،38 المجلس الأعلى	
308، 45، 43	

المخارجة 219	مجموع من المال 19
223, 238, 248, 260, 261, 270	20, 21, 22, 23, 25, 127, 135
287, 288, 289, 295	136, 137, 140, 147, 158, 161
المخاصمة 224	164, 166, 207, 217, 218, 234
المخاطر 149, 272	314, 316, 323, 324, 325
المخلف 41	المحال له 223, 131
67, 122, 124, 224, 249, 250	المحرر 103
251, 272	153, 155, 200, 268
المديرين 177	المحرر الرسمي 137
المدعي 197	195, 256, 257, 327
243, 297	محكمة الاستئناف 261
المدين 11, 14	306
22, 26, 28, 39, 52, 54, 58, 61	محكمة التعقيب 46
62, 134, 135, 150, 165, 166	310
246, 306, 313	المحكمة العليا 36
المرتد 175	57, 58, 138, 139, 140, 158
176, 177, 178, 325	168, 171, 172, 190, 198, 199
المرتمن 89	200, 201, 253
95, 174	محكمة النقض 43
المرسوم 110	66, 159, 182, 183, 207, 210
195, 198, 199, 200, 201	260
مركز قانوني 202	محل تجاري 296

316, 317, 318, 321, 322, 323,	المزاد العلني 159
324, 326	المسؤولية التقصيرية 215, 260
المشروع 23	مسح الأراضي 35
24, 35, 37, 39, 45, 55, 56, 57,	257, 44
58, 61, 63, 66, 70, 100, 101,	المشاركة 181
102, 103, 107, 108, 109, 110,	المشاهدة 171
111, 116, 122, 123, 124, 125,	المشتري 45
126, 128, 131, 135, 136, 139,	88, 89, 90, 92, 94, 95, 96, 97,
141, 143, 158, 159, 160, 161,	99, 100, 102, 103, 104, 105,
171, 174, 179, 190, 205, 206,	106, 107, 108, 109, 111, 114,
209, 210, 213, 222, 223, 224,	116, 117, 118, 119, 121, 122,
226, 228, 229, 230, 232, 233,	123, 124, 125, 126, 129, 130,
234, 247, 248, 249, 253, 254,	131, 132, 133, 134, 135, 138,
155, 259, 261, 264, 268, 270,	141, 142, 143, 147, 150, 151,
271, 272, 273, 284, 303, 309,	153, 156, 157, 159, 160, 161,
323, 324	162, 163, 164, 165, 166, 167,
المصادقة 256	174, 184, 189, 195, 207, 208,
مصاريف التجهيز 38	209, 210, 211, 212, 213, 214,
مصروفات الزينة 288	216, 217, 250, 259, 260, 261,
المصفي 59	262, 263, 265, 266, 267, 271,
106, 107, 115, 116, 118, 121,	272, 275, 277, 278, 279, 280,
123, 124	281, 282, 285, 286, 287, 288,
	294, 296, 298, 299, 300, 301,
	302, 304, 306, 308, 314, 315

مقتضى العقد 62، 39	المصلحة 34
المكلف 16، 5	261، 198، 192، 190، 85
المكوس 267	المضاربة 284
المكيل 73	326
281، 75	المعاطاة 264
ملك الرقبة 13	المعاوضة 258
ملك النكاح 13	245، 250، 260، 271، 272، 274
الملكية 23، 11	316، 285
27، 29، 31، 32، 34، 35، 36، 37	المعاينة 172
38، 39، 40، 41، 44، 45، 46، 69	المغتصب 214
73، 74، 75، 79، 80، 88، 89، 90	277، 216
92، 93، 94، 95، 97، 99، 100	المفاتيح 263
101، 102، 109، 110، 111، 113	271، 264
115، 118، 121، 124، 129، 134	المفقود 172
136، 139، 156، 161، 166، 167	173، 175، 186، 205، 206، 207
174، 176، 178، 182، 183، 188	211، 215، 216، 217
192، 196، 198، 199، 200، 201	المفلس 28
208، 217، 250، 251، 254، 256	مفهوم المخالفة 58
257، 258، 259، 260، 261، 263	131
264، 265، 266، 267، 268، 269	المقامرة 145
270، 273، 274، 281، 282، 285	148، 149
286، 287، 311، 314، 315، 316	
317، 320، 322، 324	

المورث 23	الملكية العقارية 101
27، 30، 36، 37، 38، 40، 41، 42،	109، 121، 136، 137، 138، 143،
43، 44، 45، 46، 50، 51، 55، 56،	165، 209، 254، 257
57، 59، 60، 61، 62، 63، 66،	المناب 39، 59
67، 69، 93، 94، 96، 103، 108،	117، 124، 272، 274، 285، 316
114، 114، 122، 124، 125، 126، 131،	المناوله 263
132، 133، 141، 142، 147، 151،	270، 275
164، 168، 174، 178، 182، 190،	المنتوج 263
195، 197، 199، 201، 203، 206،	289، 290
215، 223، 235، 237، 307، 310،	المنقول 100
311، 312، 320، 325	101، 108، 109، 118، 119، 121،
الموزون 73	124، 134، 166، 167، 207،
75، 280	208، 259، 262، 315، 316،
الموصى له 113، 117،	325
206، 231، 232، 233، 305	المهر 13
موقوف 88	الموانئ 264
90، 176، 192، 205	الموت التقديري 179
الميت 32	الموت الحكمي 179
33، 34، 35، 42، 48، 49، 51، 52،	185
53، 54، 59، 61، 64، 80، 84، 87،	الموثق 137
96، 115، 151، 164، 169، 194،	139، 140، 160، 195، 200
203، 221	
الميلاد 308	

النظرية الشخصية 18،
19، 22، 23، 25، 50، 69

نظرية الظاهر 204،
206، 208، 209، 210، 211، 213،
215، 217، 307

النقد 230،
238، 239، 240، 243، 244، 245،
248، 249، 265، 271، 312

النيابة الظاهرة 207

النياشين 133

----- ه -----

الهبة 93،
130، 192، 242، 243، 265، 266،
244، 248، 249، 268، 274

الهلاك 79،
132، 265، 266، 267، 271، 275،
277، 278، 279، 280، 293

----- و -----

الوارث 01،
2، 19، 22، 23، 24، 29، 30، 31،
33، 35، 37، 38، 41، 43، 44، 45،
50، 54، 55، 56، 57، 59، 63، 69

الميراث 28،
29، 30، 31، 33، 34، 35، 36، 38،
51، 57، 58، 54، 67، 101، 121،
122، 131، 132، 133، 142، 147،
149، 173، 181، 190، 194، 198،
201، 205، 209، 215، 220، 222،
226، 229، 231، 232، 246، 247،
251، 283، 284، 306، 308، 320

----- ن -----

نزاع 34،
147، 148، 163، 200، 201، 202،
224، 225، 234، 238، 245، 246،
247، 248، 249، 252، 267، 269،
273، 282، 283، 297، 298

النصب 287

النظام الإقطاعي 181

نظام التصفية الجماعية 102،
101، 107، 114، 116، 118، 123،
124، 323

نظام الرق 105

النظر الفقهي 276

نظرية التخصيص 07،
18، 24، 25، 28، 50

الوارث الظاهر	70، 71، 79، 86، 87، 88، 89، 90،
202، 203، 204، 205، 206، 207،	93، 94، 95، 96، 97، 98، 99،
208، 210، 211، 216، 232، 325،	100، 101، 102، 103، 104، 105،
168	106، 108، 109، 111، 114-132،
الواقعة القانونية	133، 134، 141، 142، 143، 144،
الوفاء	145، 147، 148، 149، 150، 151،
22، 26، 33، 39، 60، 79، 81،	153، 155، 156، 157، 159، 160،
165، 207، 272، 306، 308، 310،	161، 162، 163، 164، 165، 166،
311	167، 168، 174، 178، 184، 185،
الوفاة	187، 190، 192، 193، 194، 195،
27، 29 - 47، 49، 50، 51، 53،	196، 197، 198، 199، 200، 201،
55، 56، 58، 60، 62، 63، 64، 66،	203، 204، 205، 206، 208، 209،
67، 69، 82، 83، 85، 86، 93، 94،	211، 212-219، 221، 226، 229،
95، 96، 100، 108، 109، 110،	230-237، 244، 247، 248، 250،
113، 114، 115، 116، 118، 121،	251، 262، 267، 272، 273، 274،
124، 140، 141، 168، 170، 171،	276، 281، 282، 283، 284، 292،
172، 173، 174، 179، 182، 185،	302-318، 320-326،
191، 196، 197، 198، 199، 201،	الوارث الحقيقي
223، 258، 259، 308، 309، 310،	193، 194، 195، 202، 203، 204، 205،
320، 321، 322، 324، 325، 326،	206، 207، 208، 209، 210، 211،
168	212، 213، 214، 215، 216، 232،
الوفاة الحقيقية	233، 282،
الوصية	الوارث الشرعي
32، 84، 90، 132، 133، 142،	193، 194، 201، 203، 210، 212، 232،
143، 153، 194، 203، 204، 206،	282
232	

الوصية الاختيارية 232

الوصية الصحيحة 38، 133

الوصية الواجبة 232

الوكيل 123،

124، 167، 178، 211، 212

جامعة القاهرة
مركز الدراسات والبحوث
الاسلامية
عبد القادر للعطوم الإسلامية

فهرس المصادر و المراجع

----- القرآن الكريم وعلومه -----

القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم .

----- كتب الحديث الشريف وعلومه -----

1. ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت، دط، 1979.
2. أحمد بن حنبل، المسند، تحقيق شعيب الأرنؤوط وآخرون بإشراف عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، دمشق، ط1، 2001.
3. الألباني، إرواء الغليل، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1985.
4. البخاري، صحيح البخاري، تحقيق مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، بيروت، ط3، 1987.
5. الترمذي، سنن الترمذي، دار الفكر، بيروت، ط2، 1983.
6. ابن حجر، التلخيص الحبير، اعتنى به أبو عاصم حسن بن عباس بن قطب، مؤسسة قرطبة، دط، 1995.
7. الخطابي، معالم السنن شرح سنن أبي داود، المطبعة العلمية، حلب، ط1، 1932.
8. الدارقطني، سنن الدارقطني، تحقيق عبد الله هاشم يماني المدني، دار المعرفة، بيروت، 1966.
9. أبو داود، سنن أبي داود، تحقيق شعيب الأرنؤوط، محمد كامل قره بللي، دار الرسالة العالمية، بيروت، ط1، 2009.
10. سعيد بن منصور، سنن سعيد بن منصور، تحقيق حبيب الرحمان الأعظمي، الدار السلفية، الهند، ط1، 1982.

11. السيوطي، الجامع الصغير، دار الفكر، بيروت، ط1، 1981.
12. ابن ماجة، سنن ابن ماجة، تحقيق وتعليق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر بيروت، دط، دت.
13. المتقي الهندي، كتر العمال، مؤسسة الرسالة، سوريا، د ط، د ت.
14. مسلم، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دط، دت.

----- كتب القواعد وأصول الفقه -----

1. الحموي، غمز عيون البصائر شرح الأشباه و النظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1985.
2. ابن رجب الحنبلي، القواعد، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، دت.
3. السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1983.
4. عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار عن أصول البزدوي، الفاروق الحديثة، القاهرة، ط2، 1995.
5. عبد الوهاب خلاف، علم الأصول، دار القلم، الكويت، ط9، 1970.
6. القرافي، الفروق، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1998.
7. القرافي، نفائس الأصول في شرح المحصول، دراسة وتحقيق عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معرض، مكتبة نزار مصطفى الباز، مصر، ط1، 1995.
8. محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، دت.
9. محمد بن علي بن حسين، تهذيب الفروق (بهامش الفروق)، عالم الكتب، السعودية، دط.
10. منلا خسرو، مرآة الأصول شرح مرقاة الأصول، دار الطباعة الصحافية العثمانية، 1321هـ.

----- كتب المذاهب الفقهية -----

----- أولاً : المذهب الحنفي -----

1. البابرقي، العناية شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، دط، دت.
2. بدر الدين العيني، البناء شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، ط2، 1990.
3. بدر الدين العيني، البناء شرح الهداية، دار الكتب العلمية، ط1، 2000.
4. أبو الحسن السغدري، التنف في الفتاوى، تحقيق صلاح الدين الناهي، دار الفرقان، الأردن، ط2، 1984.
5. الزيلعي، تبين الحقائق، ط1، 1315هـ، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر.
6. السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، دط، 1993.
7. الشرنبلالي، حاشية الشرنبلالي (بهامش درر الحكام)، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، دط، دت.
8. شهاب الدين الشلبي، حاشية الشلبي (بهامش تبين الحقائق)، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، ط1، 1313هـ.
9. الطحطاوي، حاشية الطحطاوي على الدر المختار، مطبعة بولاق، مصر، ط3، 1282 هـ.
10. ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ط2، 1992.
11. ابن عابدين، قرّة عين الأختار لتكملة رد المختار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، دط، دت.
12. الكاساني، بدائع الصنائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1986.
13. مجد الدين أبو الفضل الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، تعليق محمود أبو دقيقة، مطبعة الحلبي، القاهرة، دط، 1937.
14. مجموعة من علماء الدولة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، تحقيق نجيب هوايني، نشر محمد نور، باكستان.
15. المرغيناني، الهداية في شرح البداية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دط، دت.
16. نظام الدين البلخي وآخرون، الفتاوى الهندية، دار الفكر، بيروت، ط2، 1310هـ.
17. ابن الهمام، فتح القدير، دار الفكر، بيروت، دط، دت.

----- ثانياً : المذهب المالكي -----

1. الآبي، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، المكتبة الثقافية، بيروت، دط، دت.

2. التسولي، البهجة شرح التحفة، ضبطه وصححه محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1998.
3. ابن جزري، القوانين الفقهية، دون معلومات النشر.
4. الخطاب، مواهب الجليل، تحقيق، زكريا عميرات، دار عالم الكتب، السعودية، طبعة خاصة، 2003.
5. الخرشبي، شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، دط، دت.
6. الدردير، الشرح الصغير، خرج أحاديثه و فهرسه مصطفى كمال وصفي، دار المعارف، القاهرة، دت.
7. الدردير، الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، دط، دت.
8. الدسوقي، حاشية الدسوقي، دار الفكر، بيروت، دط، دت.
9. الرصاع، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، المكتبة العلمية، بيروت، ط1، 1350 هـ.
10. ابن رشد (الجد)، البيان والتحصيل، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، 1988.
11. ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، دط، 2004.
12. شهاب الدين المالكي، إرشاد السالك إلى أشرف المسالك، مطبعة مصطفى بابي الحلبي، مصر، ط3، دت.
13. الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك (حاشية الصاوي على الشرح الصغير)، دار المعارف، مصر، دط، دت.
14. القاضي عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1998.
15. العدوي، حاشية العدوي (بهامش الخرشبي على مختصر خليل)، مطبعة بولاق، مصر، ط2، 1317 هـ.
16. عليش، منح الجليل، دار الفكر، بيروت، دط، 1989.
17. ابن فرحون، تبصرة الحكام، الكليات الأزهرية، مصر، ط1، 1986.
18. القراني، الذخيرة، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994.
19. مالك بن أنس، المدونة الكبرى برواية الإمام سحنون، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1994.

20. المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1994.

----- ثالثا : المذهب الشافعي -----

1. البجيرمي، البجيرمي على الخطيب، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1996.
2. ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، دط، 1983.
3. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1994.
4. الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (وبهامشه حاشيتا الشبراملسي، والرشيدي)، دار الفكر، بيروت، ط الأخيرة، 1984.
5. الروياني، بحر المذهب، تحقيق أحمد عزو عناية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 2002.
6. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، دط، دت.
7. الشبراملسي، حاشية الشبراملسي (بهامش نهاية المحتاج)، دار الفكر، بيروت، ط الأخيرة، 1984.
8. الشيرازي، المهذب، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، دت.
9. الماوردي، الحاوي الكبير، تحقيق علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1999.
10. محمد نجيب المطيعي، تكملة المجموع النووي، مكتبة الإرشاد، جدة، ط2، دت.
11. المزني، مختصر المزني (مطبوع في ج8 من كتاب الأم)، دار المعرفة، بيروت، دط، 1990.
12. النووي، روضة الطالبين، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد عوض، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، دت.
13. النووي، المجموع، دار الفكر، بيروت، دط، دت.

----- رابعا : المذهب الحنبلي -----

1. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، السعودية، ط1، 1993.
2. البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، دت.
3. ابن قدامة، المغني، مكتبة القاهرة، دط، 1968.
4. ابن قدامة، المقنع، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، دار هجر للطباعة، السعودية، ط1، 1995.

5. ابن القيم ، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1991.
6. شمس الدين بن قدامة، الشرح الكبير (بهامش المنع)، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، محر للطباعة، السعودية، ط1، 1996.
7. المرادوي، الإنصاف (بهامش المنع و الشرح الكبير)، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر، القاهرة، ط1، 1995.
8. ابن مفلح، المبدع شرح المنع، المكتب الإسلامي، دط، دت.

----- خامسا : المذهب الظاهري -----

1. ابن حزم، المحلى بالآثار، دار الفكر، بيروت، دط، دت.

----- سادسا : المذهب الإباضي -----

1. اطفيش ، شرح النيل وشفاء الغليل ، مكتبة الإرشاد ، جدة ، دار الفتح ، بيروت ، ط2 ، 1972.

----- سابعا : المذهب الجعفري -----

1. الطوسي، المبسوط في فقه الإمامية ، صححه وعلق عليه محمد تقي الكشفي، مؤسسة الغري للمطبوعات، بيروت، دت ، دط.

----- كتب عامة -----

1. الغزالي، إحياء علوم الدين، دار المعرفة، بيروت، دط، دت.

----- كتب فقهية حديثة -----

1. أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين إبراهيم، انتقال ما كان يملكه الإنسان حال حياته إلى غيره بعد موته (التركة والحقوق المتعلقة بها ...)، المكتبة الأزهرية للتراث ، القاهرة.

2. حسن بن محمد تقي الجواهري، بحث في الفقه المعاصر (نظرية الذمة في الفقه الإسلامي)، دار الذخائر، دط، دت .
3. جمال خليل النشار، تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، دط، 1999.
4. السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي، بيروت، ط2، 1998.
5. سيد عبد الله بن حسين، المقارنات التشريعية، تحقيق محمد أحمد سراج، علي جمعة محمد، أحمد جابر بدران، دار السلام، مصر، ط2، 2006.
6. علي أحمد السالوس، فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر، مؤسسة الريان، بيروت، ط2، 2008.
7. علي الخفيف، الحق والذمة وتأثير الموت فيهما وبحوث أخرى، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 2010.
8. علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنة بالشرائع الوضعية، دار الفكر العربي، مصر، دط، 1996.
9. علي زكي العراي، مركز الوارث في الشريعة ونتائجه في القانون، مطبعة الشعب، مصر، 1923.
10. محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، دار الفكر العربي، القاهرة، دط، دت.
11. مصطفى أحمد عمران الدراجي، الحقوق المتعلقة بالذمة المالية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2008 .
12. مصطفى الزرقا، العقود المسماة في الفقه الإسلامي (عقد البيع)، دار القلم، دمشق، ط1، 1999.
13. مصطفى الزرقا، مدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، دار القلم، دمشق، طو، 1970.
14. مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط1، 1998.
15. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط4، دت.
16. أبو اليقضان عطية الجبوري، حكم الميراث في الشريعة الإسلامية، دار حنين، عمان، دط، 1995 .

----- كتب قانونية -----

1. أحمد الخالدي، القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، دط، 2008.
2. أحمد اليوسفي العلوي، النهج المفيد للممارسين والباحثين من خلال قرارات المجلس الأعلى (محكمة النقض). مادة العقار، دار أبي الرقراق، الرباط، ط1، 2015.
3. إدريس الفاحوري، التحفيظ القانوني وفق مستجدات القانون رقم 07. 14 ، دار نشر المعرفة، الرباط، طبعة 2013.
4. إدريس الفاحوري، الحقوق العينية وفق القانون رقم 08-39 ، دار نشر المعرفة، الرباط، دط، دت.
5. أنور سلطان، العقود المسماة بشرح البيع والمقايضة، مطبعة دار نشر الثقافة، الإسكندرية، ط2.
6. بلحاج العربي، أحكام المواريث ، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية ، الجزائر، ط4، 2010.
7. توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، دط، 1969، دار الكتب العلمية، مصر.
8. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية، بيروت، ط3، دت.
9. جاك غستان بالتعاون مع كريستوف جامان ومارك بيو، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت، ط1، 2000.
10. جلال محمد إبراهيم، التعامل في التركات المستقبلية، جامعة الكويت، الكويت، ط1، 1995.
11. جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء العقاري، منشورات كليك، الجزائر، ط2، 2013.
12. جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، منشورات كليك، الجزائر، ط1، 2013.
13. جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، منشورات كليك، الجزائر، ط1، 2013.

14. حاتم بن عبد الحميد الرواتي ، الحماية القانونية للدائن العادي ، دار الميزان للنشر ، سوسة (تونس) ، 2008.
15. حاتم محمدي، دروس في القانون المدني (المواريث والتبرعات، الكتاب الأول المواريث)، مجمع الأطرش، تونس، 2017.
16. الحسن البوعيسي، كرونولوجيا الاجتهاد القضائي في مادة العقار والأحوال الشخصية ، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء، ط1، 2004.
17. حسن كيرة ، الحقوق العينية الأصلية (أحكامها ومصادرها) ، منشأ المعارف ، الإسكندرية ، ط4 ، 1995.
18. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط5، دت.
19. حسين بن سليمة، أحكام المواريث في الشريعة والقانون، دروس ملقاة بكلية العلوم القانونية بتونس، ط2، 2011-2012.
20. حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، دار هومة، دط، 2011 .
21. خليفة الخروبي ، العقود المسماة ، مجمع الأطرش للكتاب المختص ، تونس ، ط2 ، 2013.
22. رمزي ساسي، إشهار الحق العيني، مجمع الأطرش، تونس، ط1، 2015 .
23. رمضان أبو مسعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية، مصر، دط، 1986.
24. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني(في العقود المسماة)، دار الكتب القانونية، مصر، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت، ط5، 1990.
25. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الإسكندرية، دط، 1986.
26. سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.
27. السنهوري، نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط2، 1998.
28. السنهوري، الوسيط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط9، 1998.
29. السنهوري، الوسيط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط3، 2009.
30. السنهوري ، الوسيط ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، دط ، دت .

31. شوفي بناسي، أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، دط، 2009.
32. عبد الحق صافي، القانون المدني (العقد)، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1.
33. عبد الرحمان بلعكيد، تصفية التركة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1، 2012.
34. عبد الرحمان الشرقاوي، قانون العقود المسماة (الكتاب الأول، العقود الناقلة للملكية، عقد البيع)، مطبعة الأمنية، الرباط، ط1، 2011.
35. عبد العزيز أبو غنيم، طبيعة حقوق الدائنين في التركة وأثرها في أحكام التركات وتصفية الديون، دار مرجان، مصر، ط1، 1982.
36. عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح القانون الالتزامات والعقود المغربي، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، ط1.
37. عبد المنعم فرج الصده، أصول القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، دت.
38. عبد المنعم فرج الصده، محاضرات في القانون المدني (الملكية الشائعة)، معهد الدراسات العربية، مصر، دط، 1962.
39. عبد المنعم فرج الصده، محاضرات في القانون المدني، الملكية في قوانين البلاد العربية، معهد الدراسات العربية العالمية، جامعة الدول العربية، القاهرة، دط، 1962.
40. علي فيلاي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، دط، 2010.
41. علي كحلون، التعليق على مجلة الحقوق العينية وقانون التحيين، مجمع الأطرش، تونس، ط1، 2014.
42. علي كحلون، القانون العقاري الخاص، مجمع الأطرش، تونس، 2010.
43. علي هادي العبيدي، العقود المسماة، البيع والإيجار، دار الثقافة للنشر، الأردن، دط، 2005.
44. مأمون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية والأصلية والتبعية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1978.
45. محمد بفقير، ظهير التحفيظ العقاري الجديد والعمل القضائي المغربي، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، دط، 2014.

46. محمد بن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط2، 1999.
47. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985.
48. محمد خيرى، العقار وقضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، دار نشر المعرفة، الرباط، طبعة 2014.
49. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري (التأمينات العينية)، دار الهدى، عين مليلة، دط، 2010.
50. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني(الحقوق العينية الأصلية)، منشأة المعارف، الإسكندرية، دط، 2005.
51. محمد يوسف الزغبى، العقود المسماة: شرح عقد البيع في القانون المدني، ط1، 2006، دار الثقافة، عمان.
52. مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، العقود المسماة، وزارة العدل.
53. مصطفى الزرقا، شرح القانون المدني السوري العقود المسماة، دون معلومات نشر، ط6.
54. مصطفى صخري، مجلة الحقوق العينية معلق عليها بأحدث قرارات محكمة التعقيب وأحكام المحكمة العقارية، دون مكان نشر، تونس، دط، 2010.
55. منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون المدني العقود المسماة البيع والمقايضة والإيجار، دط، 1956-1957، دار المعارف، مصر.
56. نذير بن عمو، العقود الخاصة (البيع والمعاوضة)، مركز النشر الجامعي، تونس، المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت، ط1، 2008.
57. وهبة الزحيلي، العقود المسماة في قانون المعاملات الإماراتية والقانون المدني الأردني، دار الفكر، دمشق، ط1، 1987.

----- كتب التراجم -----

1. أحمد بابا التنبكي، نيل الابتهاج بتطريز الديباج، عناية وتقديم عبد الحميد عبد الله الهرامة، دار الكتاب، ليبيا، ط2، 2000.

2. ابن خلكان، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تحقيق إحسان عباس، دار صادر، بيروت، دط، 1990.
3. الذهبي، سير أعلام النبلاء، تحقيق مجموعة من المحققين بإشراف شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، دمشق، ط3، 1985.
4. الزركلي، الأعلام، دار العلم للملايين، بيروت، ط15، 2002.
5. زين الدين عبد الرحمان السلامي، ذيل طبقات الحنابلة، مكتبة العبيكان، الرياض، ط1، 2005.
6. السبكي، طبقات الشافعية، تحقيق محمود محمد الطناحي، عبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة، القاهرة، ط2، 1413 هـ.
7. الشيرازي، طبقات الفقهاء، تهذيب ابن منظور، تحقيق إحسان عباس، دار الرائد العربي، بيروت، ط1، 1970.
8. صلاح الدين الصدي، الوافي بالوفيات، تحقيق أحمد الأرنؤوط، وتركي مصطفى، دار إحياء التراث، بيروت، دط، 2000.
9. ابن عبد البر، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، تحقيق علي محمد البحاري، دار الجيل، بيروت، ط1، 1992.
10. عبد الرزاق الميداني الدمشقي، حلية البشر في تاريخ القرن الثالث عشر، تحقيق محمد بھجة البيطار، دار صادر، بيروت، ط2، 1993.
11. عبد القادر بن محمد القرشي، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، نشر مير محمد كتب خانة، كراتشي، دط، دت.
12. عمر رضا كحالة، معجم المؤلفين، مكتبة المثنى، بيروت، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دط، ط ت.
13. القاضي عياض، ترتيب المدارك، تحقيق عبد القادر الصحرأوي، مطبعة الفضالة، المغرب، ط1، 1970.
14. القاضي عياض، ترتيب المدارك، تحقيق سعيد أحمد عراب، مطبعة فضالة، المحمدية، المغرب، ط1، 1981.

15. ابن فرحون، **الديباج المذهب**، تحقيق وتعليق محمد الأحمدى أبو النور، دار التراث، القاهرة، دط، دت.
16. ابن قنفذ، **الوفيات**، تحقيق عادل نويهض، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ط4، 1989.
17. محمد بن محمد أبي يعلى، **طبقات الحنابلة**، تحقيق محمد حامد الفقي، دار المعرفة، بيروت.
18. محمد بن محمد مخلوف، **شجرة النور الزكية**، علق عليه عبد المجيد خيالي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2003.
19. أبو نعيم الأصبهاني، **معرفة الصحابة**، تحقيق عادل يوسف العزازي، دار الوطن، المملكة العربية السعودية، ط1، 1998.
20. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، **علماء وأعلام كتبوا في مجلة الوعي الإسلامي الكويتية**، ط1، 2011.

----- كتب المعاجم واللغة -----

1. إبراهيم مصطفى وآخرون، **المعجم الوسيط**، دار الدعوة، مصر، دط، دت.
2. الحريري، **ملحة الإعراب**، دار السلام، القاهرة، ط1، 2005.
3. ابن فارس، **معجم مقاييس اللغة**، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، بيروت، دط، 1979.
4. الفيروز آبادي، **القاموس المحيظ**، تحقيق مكتب التراث بإشراف محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، ط2، 2005.
5. الفيومي، **المصباح المنير**، دار القلم، بيروت، دط، دت.
6. محمد بن أبي بكر الرازي، **مختار الصحاح**، تحقيق يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، بيروت، ط5، 1999.
7. مرتضى الزبيدي، **تاج العروس**، تحقيق مجموعة من المحققين، دار الهداية، دط، دت.
8. ابن منظور، **لسان العرب**، دار صادر، بيروت، ط1، دت.
9. أبو نصر إسماعيل الفارابي، **الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية**، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، ط4، 1987.

----- الملتقيات والمؤتمرات -----

1. إبراهيم فكري، **تمام بيع العقار وما يترتب عليه من حقوق وأشياء...** ، مداخلة مقدمة في أشغال الندوة العلمية الوطنية المنظمة من قبل مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية، بكلية الحقوق بمراكش يومي 12، 11/04/2005.
2. جيهان بونبات، **الكتابة في عقد البيع العقادي**، مداخلة في الندوة العلمية الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية، المدنية والعقارية تحت عنوان توثيق التصرفات العقارية، يومي 11 و 12 فبراير 2005، كلية الحقوق، جامعة القاضي عياض، مراكش.
3. مجلة الفقه الإسلامي، **منظمة المؤتمر الإسلامي**، الدورة الثالثة، عمان (11 - 15 أكتوبر 1986)، ع3، 1987.
4. مجلة المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، **الدورة العاشرة**، (10/17 إلى 1987/10/21)، ع21، 2006.

----- الدوريات والموسوعات -----

1. أحمد إبراهيم بك، **التركة والحقوق المتعلقة بها والمواريث**، مجلة القانون والاقتصاد، ع3، 1937.
2. أحمد بلحاج جراد، **المجال الزمني لمبدأ المفعول المنشئ للترسيم**، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق، جامعة صفاقس، ع9، 2002.
3. أحمد الخمليشي، **مسؤولية الورثة عن ديون المورث**، المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، الرباط، ع2، يونيو 1977.
4. أحمد عبد اللطيف بك، **مركز الوارث في القوانين المصرية**، مجلة المحاماة، ع3، 1921.
5. رانية الحشيشة، **إدارة الملكية العقارية والترسيم**، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق، جامعة صفاقس، تونس، ع19، 2012.
6. صالح أحمد الهيبي، **عقد التخارج دراسة قانونية مقارنة**، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون جامعة الإمارات العربية، ع49، يناير 2012.
7. عبد الحميد بدوي بك، **مركز الوارث في القوانين المصرية**، مجلة المحاماة، ع4، 1923.
8. علي الخفيف، **تأثير الموت في حقوق الإنسان والتزاماته (القسم الأول)**، مجلة القانون والاقتصاد، ع5، 6، 1940.

9. علي الخفيف، مدى تعلق الحقوق بالتركة، مجلة الحقوق والاقتصاد (القسم الأول)، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ع1، 2، 1942.
10. ماجد راغب الحلو، نظرية الظاهر في القانون الإداري، مجلة الحقوق والشريعة، الكويت، ع1، يناير 1980، مج4.
11. محسن البيه، نظرية الوارث الظاهر، مجلة المحامي، مجلة المحكمة تصدر عن جمعية المحامين الكويتية، أعداد أبريل، مايو، يونيو، 1987.
12. محمد بونبات، العقار في المغرب وترسيم المعاملات العقارية في دولة تونس، مجلة الأملاك، المغرب، ع2، 2007.
13. محمد بن إبراهيم التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، بيت الأفكار الدولية، الرياض، ط1.
14. محمد علي البار، موت القلب وموت الدماغ، مجلة الإعجاز العلمي، الهيئة العالمية للإعجاز العلمي في القرآن والسنة التابعة لرابطة العالم الإسلامي، ع15.
15. محمد علي عرفة، الاتجاهات الحديثة في الميراث وتصفية التركة، مجلة القانون والاقتصاد، ع2، 1948.
16. محمد علي عرفة، استرداد الحصة الشائعة في قضاء محكمة النقص والإبرام، مجلة القانون والاقتصاد، ع1، مارس 1948.
17. محمود داود يعقوب، اختلاف الدين في الميراث "دلو في بشر الجدل"، حوليات العلوم القانونية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والتصرف، جندوبة، ع1، 2007.
18. منير الفرشيشي، الفريضة في نطاق الملكية العقارية، مجلة التنوير، المعهد العالي لأصول الدين، جامعة الزيتونة، تونس، ع8، 2006.
19. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، مطابع دار الصفوة، مصر، ط1، 1404هـ.
20. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، طباعة ذات السلاسل، الكويت، ط2، 1988م.

----- الرسائل الجامعية والمذكرات -----

1. بلقاسم مطالي، أحكام الذمة المالية للزوجة، مذكرة ماجستير(غير منشورة)، إشراف أ.د نذير حمادو، كلية أصول الدين، جامعة الأمير عبد القادر، 2008.
2. حاتم الأخضر، انتقال التركة في النظام القانوني التونسي، رسالة لنيل شهادة الدروس بالمعهد الأعلى للقضاء، إشراف حسين بن سليمة، السنة القضائية، 2011، 2012.
3. حشود نسيم، الشكلية في البيع العقاري، رسالة ماجستير، إشراف محمودي مراد، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002.
4. عاطف محمد فخري، الغير في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، إشراف مصطفى محمد الجمال، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1970.
5. عبد اللطيف كرازي، إدارة المال المشاع في التشريع المغربي، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، إشراف أ.د سعيد الدغيمر، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، أ.كдал، الرباط، 2006، 2007.
6. النصري فؤاد، وضعية الورثة إزاء مورثهم، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، إشراف د.زيد قدرى الترجمان، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط، 1991، 1992.
7. نور الشريف، حجة الوفاة، رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء (تونس)، إشراف محمد الصالح بن حسين، 2004، 2005.

----- القرارات القضائية -----

----- أولا: القضاء الجزائري -----

----- قرارات المحكمة العليا -----

----- الغرف المجتمعة -----

1. غ.مج، قرار رقم 136156 صادر بتاريخ: 18/02/1997 م ق، ع1، 1997.

----- غرفة الأحوال الشخصية -----

1. غ.أ.ش، قرار رقم 118621 مؤرخ في 1995/05/02، م ق، ع2، 1995.
2. غ.أ.ش، قرار رقم 179557 مؤرخ في 1998/03/17، م ق، ع2، 1998.
3. غ.أ.ش، ملف رقم 93703 مؤرخ في : 1998/09/28، إق، ع خ، 2001.
4. غ.أ.ش، قرار رقم 290808 مؤرخ في 2002/04/10، م ق، ع1، 2003.

----- الغرفة العقارية -----

1. غ.ع قرار رقم 179321 صادر بتاريخ: 1998/03/25، م ق، ع1، 1998.
2. غ.ع قرار رقم 229261 صادر بتاريخ: 2002/04/24، إق، ع خ، 2004.
3. غ.ع قرار رقم 231832 صادر بتاريخ: 2002/06/18، إق، ع خ، 2004.
4. غ.ع قرار رقم 274325 صادر بتاريخ: 2004/07/21، م م ع، ع2، 2004.
5. غ.ع قرار رقم 348247 صادر بتاريخ: 2006/05/17، م م ع، ع2، 2006.
6. غ.ع قرار رقم 391380 صادر بتاريخ: 2007/01/17، م م ع، ع خ، 2010.
7. غ.ع قرار رقم 394379 صادر بتاريخ: 2007/03/14، م م ع، ع خ، 2010.
8. غ.ع قرار رقم 394305 صادر بتاريخ: 2007/03/14، م م ع، ع خ، 2010.
9. غ.ع قرار رقم 414655 صادر بتاريخ: 2007/09/12، م م ع، ع1، 2008.
10. غ.ع قرار رقم 462587 صادر بتاريخ: 2008/07/16، م م ع، ع2، 2008.
11. غ.ع قرار رقم 477874 صادر بتاريخ: 2008/12/17، م م ع، ع2، 2008.
12. غ.ع قرار رقم 547042 صادر بتاريخ: 2009/10/15، م م ع، ع خ، 2010.
13. غ.ع قرار رقم 586004 صادر بتاريخ: 2010/06/10، م م ع، ع1، 2011.
14. غ.ع قرار رقم 572702 صادر بتاريخ: 2011/02/17، م م ع، ع1، 2011.
15. غ.ع قرار رقم 713016 صادر بتاريخ: 2011/06/09، م م ع، ع2، 2011.

----- الغرفة المدنية -----

1. غ.م قرار رقم 25699 صادر بتاريخ: 1982/07/07، ن.ق، ع.خ، 1982.
2. غ.م قرار رقم 46609 صادر بتاريخ: 1988/10/12، تطبيقات قضائية في المادة العقارية، 1995.

3. غ.م قرار رقم 61796 صادر بتاريخ: 19/11/1990، تطبيقات قضائية في المادة العقارية، 1995.

4. غ.م قرار رقم 102567 صادر بتاريخ: 22/12/1993، م.ق، ع3، 1994.

5. غ.م قرار رقم 101180 صادر بتاريخ: 25/07/1995، القضاء العقاري، 2011.

6. غ.م قرار رقم 224884 صادر بتاريخ: 17/05/2000، م.ق، ع2، 2001.

7. غ.م قرار رقم 295913 صادر بتاريخ: 22/06/2005، م.م ع، ع1، 2005.

----- قرارات مجلس الدولة -----

1. م.د قرار رقم 146142 صادر بتاريخ: 11/01/1999.

2. م.د قرار رقم 206652 صادر بتاريخ: 10/07/2000.

----- ثانيا: القضاء المغربي -----

1. قرار عدد 1508 صادر بتاريخ 12/10/1983 في الملف المدني عدد 92297، مجلة قضاء المجلس الأعلى، ع 33، 34.

2. قرار رقم 1141 في الملف العقاري عدد 84/19، صادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ: 13/11/1985، مجلة المحاكم المغربية عدد 41202.

3. قرار المجلس الأعلى عدد 15 صادر بتاريخ: 14 فبراير 1969، مجلة قضاء المجلس الأعلى 4 يناير 1996.

4. قرار عدد 3870 المؤرخ في 28/11/2007، الملف المدني عدد 87/03/01/2007.

5. قرار رقم 363، ملف عدد 08/891 صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ: 26/01/2010، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 73.

6. قرار عدد 3191 المؤرخ في: 01/11/2006، الملف المدني عدد 2891/3/1/2005.

7. قرار صادر عن م.أ بتاريخ: 30/05/1984 تحت رقم 920 في الملف المدني 91384، م.ق.أ، ع37، 38.

8. قرار صادر بتاريخ: 03/12/2008، تحت عدد 4162 في الملف عدد 2442/07، منشور بكتاب قضاء محكمة النقض في البيوع العقارية لمحمد أوغريس.

9. قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ: 2010/01/13 تحت عدد 16 في الملف عدد 09/332، منشور بقضاء محكمة الاستئناف بالرباط، ع2.
10. قرار عدد 795 صادر بتاريخ: 2000/02/23، ملف مدني عدد 99/04/01 1986، مجلة قضاء المجلس الأعلى، ع 57، 58.
11. قرار عدد 3058 صادر بتاريخ: 97/05/21، ملف مدني عدد 94/1319، مجلة المجلس الأعلى، ع 53، 54.
12. قرار صادر بتاريخ: 1989/11/55، ملف عدد 548 - 88، مجلة المحاكم المغربية، ع60.
13. قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 3870 مؤرخ في: 2007/11/28، ملف مدني عدد 2007/1/3/87.

----- ثالثا: القضاء التونسي -----

1. قرار تعقيبي مدني عدد 37256 مؤرخ في : 31 أكتوبر 1995 نشرية محكمة التعقيب، القسم المدني.
2. قرار تعقيبي مدني عدد 24259 مؤرخ في: 10 أبريل 2008، نشرية محكمة التعقيب، القسم المدني، 2008.
3. قرار تعقيبي مدني، عدد 10330 مؤرخ في: 7 ماي 1974، نشرية محكمة التعقيب، القسم المدني، 1974.
4. قرار تعقيبي مدني 49089 مؤرخ في: 26/11/1996. نشرية محكمة التعقيب، القسم المدني، 1996.
5. قرار تعقيبي مدني عدد 14882 مؤرخ في: 07 فيفيري 2008، نشرية محكمة التعقيب، القسم المدني، 2008.
6. قرار تعقيبي مدني عدد 24259 مؤرخ في: 10 أبريل 2008، نشرية محكمة التعقيب، القسم المدني.
7. قرار تعقيبي مدني عدد 37256 مؤرخ في: 31 أكتوبر 1995، نشرية محكمة التعقيب، القسم المدني، 1995.

----- المراجع الإلكترونية -----

1. www.alisalous.com/message/about
2. www.legifrance.gouv.fr
3. www.islamweb.net.
4. www.islamweb.net
5. www.ejaz.org
6. ar.jurispedia.org/index.php/

----- القوانين والأوامر والمراسيم -----

----- أولاً: القوانين الجزائرية -----

1. أمر رقم 70 - 91 المؤرخ في : 15 ديسمبر 1970 والمتضمن قانون التوثيق ، ج ر ، ع 107، صادرة بتاريخ: 25 ديسمبر 1970.
2. أمر رقم 75 - 58 المؤرخ في : 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج ر ، ع 78، صادرة بتاريخ: 30 سبتمبر 1975.
3. أمر رقم 75 - 59 المؤرخ في : 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم ، ج ر ، ع 101 ، صادرة بتاريخ : 19 ديسمبر 1975 .
4. أمر رقم: 74 - 75 المؤرخ في: 12 نوفمبر 1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري ، ج ر ، ع 92، صادرة بتاريخ : 18 نوفمبر 1975.
5. أمر رقم 76 - 105 المؤرخ في : 9 ديسمبر 1976 والمتضمن قانون التسجيل المعدل والمتمم بقوانين المالية ، ج ر ، ع 81 ، صادرة بتاريخ : 18 ديسمبر 1977 .
6. قانون رقم 84 - 11 المؤرخ في : 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، ج ر ، ع 24 ، صادرة بتاريخ: 12 يونيو 1984 .
7. قانون رقم 85 - 05 صادر بتاريخ 16 فيفري 1985، والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها . ج ر ، ع 8 ، صادرة بتاريخ: 17 فيفري 1985.

8. قانون رقم 88 - 14 المؤرخ في : 03 مايو 1988 يعدل ويتمم الأمر رقم 75 - 58 المتضمن القانون المدني ، ج ر ، ع18 ، صادرة بتاريخ: 04 مايو 1988 .
9. قانون رقم 90 - 17 المؤرخ في 31 جويلية 1990 ، والمعدل للقانون رقم 05/85 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها ، ج ر ، ع35 ، صادرة بتاريخ: 15 أوت 1990.
10. قانون رقم 98 - 12 المؤرخ في: 31 أوت 1998 المتضمن قانون المالية لسنة 1999. ج ر ، ع98 ، صادرة في 31 ديسمبر 1998 .
11. قانون رقم 03 - 22 المؤرخ في 28 ديسمبر 2003 المتضمن قانون المالية لسنة 2004 ، ج ر ، ع83 ، صادرة في: 29 ديسمبر 2003 .
12. مرسوم 76 - 63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري. ج ر ، ع30 ، صادرة بتاريخ: 13 أبريل 1976.

----- ثانيا: القوانين المغربية -----

1. ظهير شريف رقم 1.11.177 صادر في 25 ذي الحجة 1432هـ (22 نوفمبر 2011) بتنفيذ القانون 07. 14 المغير والمتمم بمقتضاه الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331هـ (12 أوت 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري. ج ر ، ع5998 ، صادرة بتاريخ: 24 نوفمبر 2011.
2. ظهير 12 أغسطس 1913 بمثابة قانون الالتزامات والعقود، المعدل والمتمم.
3. قانون رقم 95. 15 المتعلق بمدونة التجارة، المعدل والمتمم. ينظر: ج ر ، ع4418 ، صادرة بتاريخ: 03 أكتوبر 1996.
4. قانون رقم 03. 70 بمثابة مدونة الأسرة، المعدل والمتمم، الصادر الأمر بتنفيذه بمقتضى ظهير شريف رقم 1.04.22 بتاريخ: 03 فبراير 2004، ج ر ، ع5184 ، صادرة بتاريخ: 05 فبراير 2004.
5. قانون رقم 03. 72 بمثابة تعديل المسطرة المدنية ، الصادر الأمر بتنفيذه بمقتضى ظهير شريف رقم 1.04.23 بتاريخ: 03 فبراير 2004، ج ر ، ع5184 ، صادرة بتاريخ: 05 فبراير 2004.
6. قانون رقم 09. 24 المتعلق بسلامة المتوجات والخدمات المؤرخ في 17 أوت 2011، ج ر ، ع5890 ، صادرة بتاريخ: 22 سبتمبر 2011.

7. قانون رقم 08-31 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك، مؤرخ في: 18 فبراير 2011، ج ر، ع5932، صادرة بتاريخ: 07 أبريل 2011.

----- ثالثا: القوانين التونسية -----

1. أمر مؤرخ في 15 ديسمبر 1906 المتعلق بإصدار مجلة الالتزامات والعقود، والمعدل بالقانون ع 87 صادر بتاريخ: 15 أوت 2005. الرائد الرسمي التونسي، ع68، صادر بتاريخ: 15 أوت 2005.
2. أمر مؤرخ في 13 أوت 1956 المعدل والمتمم يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية. الرائد الرسمي التونسي، ع66، صادر بتاريخ: 17 أوت 1956.
3. ينظر قانون ع3 المؤرخ في: 01 أوت 1957. الرائد الرسمي التونسي، ع102، صادر بتاريخ: 10 جويلية 1957.
4. قانون ع5 لسنة 1965 المؤرخ في 12/02/1965 يتعلق بإصدار مجلة الحقوق العينية، الرائد الرسمي التونسي، ع10، صادر بتاريخ: 19 - 23 فيفري 1965.
5. قانون ع46، يتعلق بتنقيح وإتمام بعض الفصول من مجلة الحقوق العينية، المؤرخ في 04 ماي 1992. الرائد الرسمي التونسي، ع29، صادر بتاريخ: 12 ماي 1992.
6. القانون ع47 لسنة 1992، يتعلق بتنقيح الفصل 581 من مجلة الالتزامات والعقود، المؤرخ في 04 ماي 1992، الرائد الرسمي التونسي، ع29 صادر بتاريخ: 12 ماي 1992.
7. القانون ع37 المؤرخ في 24 أبريل 1995، يتعلق بالتمديد في مفعول الأحكام القانونية الانتقالية المرتبطة بتحيين الرسوم العقارية، الرائد الرسمي التونسي، ع33، صادر بتاريخ: 25 أبريل 1995.
8. القانون رقم 30 المؤرخ في 20 أبريل 1998، يتعلق بالتمديد في مفعول الأحكام القانونية الانتقالية المرتبطة بتحيين الرسوم العقارية، الرائد الرسمي التونسي، ع32، صادر بتاريخ: 21 أبريل 1998.

----- القوانين المصرية و الفرنسية -----

----- أولاً: القوانين المصرية -----

1. قانون رقم 77 لسنة 1943 المتعلق بشأن الميراث، الوقائع المصرية، ع93 ، صادرة بتاريخ: 1943/08/12.
2. قانون رقم 114 لسنة 1946 المتعلق بتنظيم الشهر العقاري، صادر بتاريخ: 12 أغسطس 1946 ، المعدل والمتمم ، الوقائع المصرية ، ع85 ، صادرة بتاريخ : 24 أغسطس 1946.
3. قانون رقم 131 لسنة 1948 المتعلق بإصدار القانون المدني، صادر بتاريخ: 16 يوليو 1948 ، المعدل والمتمم ، الوقائع المصرية، ع108 مكرر(أ) ، صادرة بتاريخ: 29 جويلية 1948.

----- ثانياً: القوانين الفرنسية -----

1. قانون 21 مارس 1804 المتضمن القانون المدني الفرنسي .
2. القانون رقم 1135-2001 المؤرخ في ديسمبر 2001، المتعلق بتعديل القانون المدني. ينظر الجريدة الرسمية الفرنسية رقم 281 صادرة بتاريخ: 04 ديسمبر 2001، ص19279.

----- المراجع باللغة الفرنسية -----

- 1- Baudry et saignat ,**Traité Théorique et pratique de droit civil (de la vent et de l'échange)** , sirey, paris, 3^{ème} édit,1908.
- 2- Christian larroumet , **Droit Civil** , economica , paris, 3^{ed}, 1998.
- 3- **Larousse** , Dictionnaire Encyclopédique , paris , 1998 .
- 4- **Le Petit Larousse** , Grand Format , paris , 2005 .
- 5- George Huberch , Eric Agostini , **Droit Civil** , Sirey , paris , 13^{ed} , 1983 .

فهرس الموضوعات

المقدمة.....أ- ي

1 الباب الأول: بيع الوارث لعين معينة في التركة قبل سداد الديون.....

2 الفصل الأول: العلاقة بين الذمة الموروثة والذمة الوارثة.....

3 المبحث الأول: في مفهوم الذمة المالية وبيان أساس ثبوتها.....

المطلب الأول: تعريف الذمة

3.....المالية

3 الفرع الأول: تعريف الذمة المالية.....

3 البند الأول: الدلالة اللغوية:.....

4 البند الثاني: الدلالة الاصطلاحية:.....

4 الفقرة الأولى: في النظر الشرعي:.....

7 الفقرة الثانية: في النظر القانوني:.....

7 الفرع الثاني: الفرق بين الذمة والأهلية:.....

9 الفرع الثالث: مكونات الذمة المالية:.....

9 البند الأول: في النظر الشرعي:.....

10 البند الثاني: في النظر القانوني:.....

13 المطلب الثاني: ثبوت الذمة المالية وأساسها:.....

13 الفرع الأول: في النظر الشرعي:.....

13 البند الأول: المذهب الأول: إنكار فكرة تقدير الذمة:.....

13 الفقرة الأولى: عرض الرأي:.....

14 الفقرة الثانية: تقدير هذا الرأي:.....

16	البند الثاني: المذهب الثاني: ثبوت تقدير الذمة:
16	الفقرة الأولى: الاتجاه الأول:
16	أولا: عرض الرأي:
17	ثانيا: تقدير هذا الاتجاه
17	الفقرة الثانية: الاتجاه الثاني:
17	أولا : عرض الرأي:
18	ثانيا :تقدير هذا الاتجاه:
19	الفرع الثاني: في النظر القانوني:
19	البند الأول: النظرية التقليدية (نظرية الشخصية):
19	الفقرة الأولى: عرض النظرية.....
21	الفقرة الثانية : تقدير النظرية
21	أولا: الانتقاد الموجه للنظرية:
23	ثانيا : تقييم الانتقاد الموجه للنظرية.....
24	البند الثاني : نظرية التخصيص
24	الفقرة الأولى: عرض النظرية
25	الفقرة الثانية: تقدير النظرية
25	البند الثاني: النظرية الحديثة
25	الفقرة الأولى: عرض النظرية
26	الفقرة الثانية: تقدير النظرية
27	المبحث الثاني: زمنية انتقال التركة من الذمة الموروثة إلى الذمة الوارثة:
27	المطلب الأول: وقت انتقال عناصر الذمة المالية:
28	الفرع الأول: تحديد وقت الانتقال:
28	البند الأول: في النظر الشرعي:

28	الفقرة الأولى: عرض الرأي الأول و أدلته:
30	الفقرة الثانية: عرض الرأي الثاني و أدلته
32	الفقرة الثانية: المناقشة والترجيح:
36	البند الثاني : في النظر القانوني:
42	الفرع الثاني: أثر الخلاف السابق على مركز الوارث والدائن
42	البند الأول : نماء التركة و نفقتها:
42	الفقرة الأولى: نماء التركة:
44	الفقرة الثانية: نفقة التركة:
45	البند الثاني: استحقاق الشفعة:
المتعلقة	المطلب الثاني: مصير	الذمة والديون
47	بما:
47	الفرع الأول: مصير الذمة بعد الوفاة
47	البند الأول: في النظر الشرعي:
51	البند الثاني: في النظر القانوني:
52	الفرع الثاني : أثر الوفاة في الديون:
52	البند الأول : الديون الحالية والمؤجلة:
52	الفقرة الأولى: في النظر الشرعي:
56	الفقرة الثانية : في النظر القانوني:
57	أولا : القانون الفرنسي:
58	ثانيا: في القانون الجزائري:
60	ثالثا: في القانون المغربي:
62	رابعا: القانون التونسي:
64	البند الثاني: طبيعة تعلق الديون بالتركة :

65	الفقرة الأولى: في النظر الشرعي:
67	الفقرة الثانية: في النظر القانوني:
71	خلاصة الفصل: الموازنة بين النظريين:
الفصل الثاني: الأثر المترتب عن تصرف الوارث بالبيع أعيان	
	التسوية قبل سداد الدين
73
74	المبحث الأول: موقف النظر الشرعي
	المطلب الأول: التصرف
	بالقسمة.....74
74	الفرع الأول: طبيعة القسمة (أو تكييفها الفقهي):
74	البند الأول: تكييفها في المذاهب السنية الأربعة:
74	الفقرة الأولى : في المذهب الحنفي
75	الفقرة الثانية: في المذهب المالكي:
76	الفقرة الثالثة: في المذهب الشافعي:
77	الفقرة الرابعة: في المذهب الحنبلي:
79	البند الثاني: تكييف القسمة في المذاهب الأخرى:
79	الفقرة الأولى: في المذهب الظاهري:
79	الفقرة الثانية: في المذهب الإباضي:
80	الفقرة الثالثة : في المذهب الجعفري الإمامي
80	الفرع الثاني: بيان حكم التصرف بالقسمة.....
81	البند الأول: حكم التصرف في المذاهب السنية الأربعة:
81	الفقرة الأولى: في المذهب الحنفي:

- 83 الفقرة الثانية: في المذهب المالكي:
- 85 الفقرة الثالثة : المذهب الشافعي:
- 86 الفقرة الرابعة: المذهب الحنبلي:
- 87 البند الثاني :حكم التصرف بالقسمة في المذاهب الأخرى
- 87 الفقرة الأولى: في المذهب الظاهري:
- 87 الفقرة الثانية: المذهب الإباضي
- 88 الفقرة الثالثة : المذهب الجعفري الإمامي
- المطلب الثاني: التصرف بالبيع في التركة
89..... المدينة
- 89 الفرع الأول: موقف المذاهب السنية الأربعة
- 89 البند الأول: في المذهب الحنفي:
- 93 البند الثاني : في المذهب المالكي
- 96 البند الثالث: المذهب الشافعي:
- 98 البند الرابع: المذهب الحنبلي:
- 99 الفرع الثاني: موقف المذاهب الأخرى:
- 99 البند الأول: موقف المذهب الظاهري:
- 99 البند الثاني: موقف المذهب الإباضي:
- 101 البند الثالث : موقف المذهب الجعفري الإمامي:
- 103..... المبحث الثاني: موقف النظر القانوني:
- المطلب الأول :
القانون في :
المصري:.....103
- 103 الفرع الأول: التصرف في المنقول:

104	الفرع الثاني: التصرف في العقار:	104
105	البند الأول : التركات غير الخاضعة لنظام التصفية:	105
108	البند الثاني: التركات الخاضعة لنظام التصفية الجماعية	108
109	الفقرة الأولى : أثره بالنسبة للدائنين:	109
109	الفقرة الثانية: أثره بالنسبة للورثة:	109
110	الفقرة الثالثة: أثره بالنسبة للغير:	110
المغرب	المطلب الثاني: في قوانين	
	العربي:	107
111	الفرع الأول: في القانون الجزائري:	111
111	البند الأول: التصرف في المنقول	111
112	البند الثاني: التصرف في العقار:	112
115	الفرع الثاني : في القانون المغربي:	115
115	البند الأول: شهر حق الإرث:	115
117	البند الثاني: التصرف في عقارات ومنقولات التركة المدينة:	117
117	الفقرة الأولى: التصرف في العقار:	117
117	أولاً: التركات الخاضعة لنظام التصفية:	117
119	ثانياً: التركات غير الخاضعة لنظام التصفية:	119
121	الفقرة الثانية: التصرف في المنقول:	121
122	الفرع الثالث: في القانون التونسي:	122
122	البند الأول: شهر حق الإرث:	122
124	البند الثاني: القواعد الحاكمة لموضوع تصرف الورثة بالبيع في التركة المدينة	124
124	الفقرة الأولى: إدارة التركة من طرف الورثة:	124
126	الفقرة الثانية: إدارة التركة من طرف المصفي:	126

129.....	خلاصة الفصل:
131	الباب الثاني: بيع الوارث لنصيبه في مجموع من المال
132.....	الفصل الأول : بيع الوارث حصته في التركة لأجنبي غير وارث
133.....	المبحث الأول: الالتزامات المتولدة.....
بين	المطلب الأول:
	الالتزامات التعاقدية
133.....	الفرقاء.....
133	الفرع الأول: في النظر القانوني
133	البند الأول: في التزامات البائع الوارث
133	الفقرة الأولى: الالتزام بنقل ملكية الحصة المبيعة للمشتري الأجنبي
134	أولاً: مشتريات المبيع
138	ثانياً: كيفية نقل الحقوق
145	الفقرة الثانية: الالتزام بالتسليم
146	الفقرة الثالثة: الالتزام بالضمان
146	البند الثاني: التزامات المشتري الأجنبي
146	الفقرة الأولى: القواعد الحاكمة للموضوع
146	أولاً: الالتزام برد ديون التركة وتكاليفها.....
147	ثانياً: الالتزام برد ديون البائع الوارث.....
148	الفقرة الثانية: تعديل الأحكام السابقة
148	الفرع الثاني: في النظر الشرعي.....
149	البند الأول: ضوابط الغرر والجهالة عند الفقهاء
152	البند الثاني: بعض النصوص الفقهية الواردة في المسألة
154	البند الثالث: الصورة الجائزة في الفقه الإسلامي

المطلب	الثاني	:	في	الالتزامات	المؤثرة	في
الغير	157				
الفرع الأول: مفهوم الغير وطوائفه	157				
البند الأول: تاريخية المصطلح وغموض عبارته	157				
البند الثاني: تعريف الغير	158				
الفقرة الأولى: المقاربة التقليدية	158				
الفقرة الثانية: المقاربة الجديدة	159				
الفرع الثاني: في الالتزامات المؤثرة	161				
البند الأول: بقية الورثة	161				
الفقرة الأولى: قسمة الملكية	161				
الفقرة الثانية: حق الاسترداد	162				
أولا: نطاق حق الاسترداد	163				
ثانيا: شروط الاسترداد	164				
ثالثا: إجراءات الاسترداد	164				
رابعا: آثار الاسترداد	165				
البند الثاني: دائنو التركة ومدينوها	169				
الفقرة الأولى: دائنو التركة	169				
الفقرة الثانية: مدينو التركة (المورث)	170				
البند الثالث: الخلف الخاص للوارث البائع	170				
الفقرة الأولى: بيع شيء معين من مشتملات الحصة المبيعة	171				
أولا: إذا كان عقارا معيناً	171				
ثانيا: إذا كان البيع منقولاً أو حقاً شخصياً	171				
الفقرة الثانية: بيع الحصة كمجموع لشخصين على التعاقب	172				

173	المبحث الثاني: شروط بيع التركة
وجود	المطلب الأول :
	شروط
168	التركة.....
174	الفرع الأول: افتتاح التركة وشروط ذلك
174	البند الأول: الوفاة الحقيقية
177	البند الثاني: الوفاة بطريق حكمي
177	الفقرة الأولى: حالة المفقود
181	الفقرة الثانية: حالة المرتد
181	أولاً: مدى سقوط الملكية بالردة
182	ثانياً: مدى اعتبار الردة موتاً حكماً مع أيلولة التركة للورثة
184	البند الثالث: الوفاة بطريق تقديري
186	الفرع الثاني: الأثر المترتب عن عدم افتتاح التركة
186	البند الأول: مفهوم التعامل في التركة المستقبلية
186	الفقرة الأولى: تعريف التعامل في التركة وتمييزه عن بيع ملك الغير
186	أولاً: تعريف التعامل في التركة ومنه التصرف بالبيع فيها
190	ثانياً : تمييزه عن بيع ملك الغير
191	الفقرة الثانية : معايير التعامل في التركة المستقبلية (شروط)
191	أولاً: أن يكون محل التصرف في دائرة تركة مستقبلية
193	ثانياً: معيار الصفة الوراثية لمحل التعامل
194	ثالثاً: معيار الحق الاحتمالي
195	البند الثاني: الأثر المترتب عن مخالفة الحظر
195	الفقرة الأولى: طبيعة البطلان
196	الفقرة الثانية: نتائج البطلان المطلق

196	أولاً: من له الحق في التمسك بالبطلان
197	ثانياً: الإقرار والإجازة:
198	ثالثاً: تقادم دعوى البطلان والدفع به
صفة	المطلب الثاني: شرط ضمان
199	الوارث
199	الفرع الأول: مفهوم الوارث وكيفية إثبات صفة الوارث
199	البند الأول: مفهوم الوارث
200	أولاً: الوارث الشرعي
200	ثانياً: الوارث الحقيقي
201	البند الثاني: كيفية إثبات صفة الوارث
201	الفقرة الأولى: المبدأ العام للضمان
201	الفقرة الثانية: علاقة الشهادة بإثبات صفة الإرث
202	أولاً: على مستوى النصوص القانونية
203	ثانياً: على المستوى القضائي
208	الفرع الثاني: أثر احتمالية شرط الصفة الإرثية
208	البند الأول: مفهوم وحالات الوارث الظاهر
208	الفقرة الأولى: مفهوم الوارث الظاهر
209	أولاً: مفهوم الظاهر
209	ثانياً: مفهوم الوارث الظاهر
211	الفقرة الثانية: حالات الوارث الظاهر
211	أولاً: ظهور الوارث الحقيقي المفقود حياً بعد الحكم بموته
212	ثانياً: استيلاء شخص بغير حق على تركة المورث باعتباره وارثاً
213	ثالثاً: ظهور دائن يستغرق التركة أو جزءاً منها

213	البند الثاني: حكم التصرف ورصد العلاقة الناشئة.....
213	الفقرة الأولى: حكم التصرف
214	أولاً: التصرف المنقول
215	ثانياً: التصرف في العقار
219	الفقرة الثانية: رصد العلاقة الناشئة
220	أولاً: العلاقة الناشئة بين الوارث الظاهر و المشتري الأجنبي
221	ثانياً: العلاقة الناشئة بين الوارث الظاهر والوارث الحقيقي
222	ثالثاً: العلاقة الناشئة بين الوارث الحقيقي والمشتري
223	خلاصة الفصل
	الفصل الثاني: بيع الوارث حصته في التركة لوارث آخر (التخارج)
225
225	المبحث الأول: مفهوم وطبيعة التخارج
	المطلب الأول : مفهوم
226	التخارج.....
226	الفرع الأول: تعريف التخارج والمصطلحات ذات الصلة
226	البند الأول: تعريف التخارج
226	الفقرة الأولى: التعريف اللغوي
226	الفقرة الثانية: المعنى الاصطلاحي
227	أولاً: في النظر الشرعي
229	ثانياً: في النظر القانوني
231	البند الثاني: بعض المصطلحات المشابهة
231	الفقرة الأولى: مصطلح الصلح

231	أولاً: الدلالة اللغوية
231	ثانياً: الدلالة الاصطلاحية
232	الفقرة الثانية: مصطلح القسمة
232	أولاً: في المعنى اللغوي
232	ثانياً: المعنى الاصطلاحي
233	الفرع الثاني: شروط التخارج
234	البند الأول: شرط المعلوماتية
234	الفقرة الأولى: الشق المتعلق بالتركة محل التخارج
234	أولاً: في النظر الشرعي
236	ثانياً: في النظر القانوني
237	الفقرة الثانية: بدل التخارج
237	أولاً: في النظر الشرعي
237	ثانياً: في النظر القانوني
238	البند الثاني: أن يكون التصرف بين الورثة
238	الفقرة الأولى: في النظر الشرعي
240	الفقرة الثانية: في النظر القانوني
240	أولاً: في القانون الجزائري
240	ثانياً: في القانون المغربي والتونسي
240	البند الثالث: أن يرد التصرف على كامل الحصة
240	الفقرة الأولى: في النظر الشرعي:
241	الفقرة الثانية: في النظر القانوني
242	البند الرابع: أن يرد التصرف (التخارج) على تركة مفتوحة

طبيعة	المطلب	الثاني:
243.....	التخارج.....	243.....
243	الفرع الأول: الطبيعة الفقهية	243
243	البند الأول: المذهب الحنفي	243
245	البند الثاني: المذهب المالكي	245
249	البند الثالث: المذهب الشافعي والحنبلي	249
249	الفقرة الأولى: المذهب الشافعي	249
250	الفقرة الثانية: المذهب الحنبلي	250
251	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية	251
251	البند الأول: موقف الفقه القانوني	251
251	الفقرة الأولى: التخارج يبع للحصة الإرثية	251
252	الفقرة الثانية: التخارج طريق للقسمة	252
253	الفقرة الثالثة: التخارج يعتبر صلحا	253
253	الفقرة الرابعة: التخارج تنازل وإبراء	253
254	البند الثاني: موقف التشريعات القانونية	254
255	الفقرة الأولى: موقف المشرع الجزائري	255
256	الفقرة الثانية: موقف التشريع المغربي	256
256	الفقرة الثالثة: في التشريع التونسي	256
257.....	المبحث الثاني: الأثر المترتب في الالتزامات التعاقدية المتقابلة	257.....
)	المطلب الأول: الالتزامات المتولدة بين الفرقاء)
257.....	(الطرفين).....	257.....
258	الفرع الأول: في انتقال الملكية والتسليم	258
258	البند الأول: في القانون الجزائري	258

258	الفقرة الأولى: المقصود بالعقود الكاشفة
261	الفقرة الثانية: علاقة الرسمية والشهر بالآثر الكاشف
261	أولاً: الرسمية
265	ثانياً: الشهر
266	البند الثاني: في القانون المغربي والتونسي
266	الفقرة الأولى: في القانون المغربي
266	أولاً: التخارج كبيع أو معاوضة
275	ثانياً: التخارج كصلح
276	الفقرة الثانية: في القانون التونسي
277	أولاً: التخارج كبيع أو معاوضة
281	ثانياً: التخارج كصلح
282	البند الثالث: في النظر الشرعي
283	الفقرة الأولى: كيفية التسليم
283	أولاً: التسليم في البيوع بصفة عامة
283	ثانياً: القبض السابق
284	الفقرة الثانية: مشتملات التسليم وضوابطه
284	أولاً: مشتملات التسليم
285	ثانياً: ضوابط التسليم
289	الفرع الثاني: الالتزام بالضمان
289	البند الأول: في القانون الجزائري
289	الفقرة الأولى: ضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية
290	الفقرة الثانية: ضمان الصفة الإرثية
292	الفقرة الثالثة: ضمان الغبن

292	البند الثاني: القانون المغربي والتونسي
292	الفقرة الأولى: ضمان التعرض والاستحقاق
293	أولاً: ضمان التعرض
294	ثانياً: ضمان الاستحقاق
295	ثالثاً: عدم الضمان
296	رابعاً: أثر الضمان
298	الفقرة الثانية: ضمان العيوب الخفية
298	أولاً: من حيث المفهوم والشروط والآجال
301	ثانياً : أثر الضمان :
305	البند الثالث: في النظر الشرعي
305	الفقرة الأولى : ضمان الاستحقاق
306	أولاً : المذهب الحنفي
307	ثانياً : المذهب المالكي
308	ثالثاً: المذهب الشافعي
308	رابعاً: المذهب الحنبلي
309	الفقرة الثانية: ضمان العيوب الخفية
309	أولاً: الفقه الحنفي
310	ثانياً : الفقه المالكي
311	ثالثاً : المذهب الشافعي
311	رابعاً : المذهب الحنبلي
في	المؤثرة	الالتزامات
		: الثاني
		المطلب
		الغير
312	الفرع الأول: فئة بقية الورثة

314	الفرع الثاني: دائنو الشركة ومدينوها
314	البند الأول: في النظر القانوني:
314	الفقرة الأولى: في القانون الجزائري :
314	أولا: دائنو الشركة
315	ثانيا: مدينو الشركة :
315	الفقرة الثانية: في القانون المغربي والتونسي
315	أولا: دائنو الشركة
316	ثانيا: مدينو الشركة
320	الفقرة الثالثة: في النظر الشرعي
320	أولا: بالنسبة للدائنين
321	ثانيا : بالنسبة لمديني الشركة.....
323	الفرع الثالث: الخلف الخاص للوارث المتخارج
323	البند الأول: في النظر القانوني
323	الفقرة الأولى: في القانون الجزائري
323	أولا: التخارج كبيع
324	ثانيا: التخارج كصلح أو قسمة.....
324	الفقرة الثانية: في القانون المغربي والتونسي
324	أولا: التخارج كبيع أو معاوضة
325	ثانيا: التخارج كصلح
326	البند الثاني: في النظر الشرعي
327	خلاصة الفصل

319 **الخاتمة**

الفهارس

329 الفنية

330..... فهرس الآيات القرآنية

330..... فهرس الأحاديث النبوية

331..... فهرس الأعلام

333..... فهرس المصطلحات والحدود

358..... فهرس المصادر والمراجع

382..... فهرس الموضوعات

القادر للعلوم الإسلامية