

الفصل الأول التركات و أحكامها

و سوف نتناول في هذا الفصل عدة موضوعات نرى بأنها ضرورية ولازمة لمن يريد حقيقة دراسة التركات والمواريث ، فنعرف التركة و نبين مكوناتها حتى يتسنى لنا معرفة إطارها ثم نتناول بعد ذلك الحقوق المتعلقة بها، والإجراءات اللازمة لفض النزاعات المتعلقة بها وأخيرا وقت إنتقالها إلى الورثة و كيفية قسمة النفقات اللازمة لها و هذا كل في مبحث مستقل .

obeikandi.com

المبحث الأول

ماهية التركة و مكوناتها

سوف نتناول في هذا المبحث معنى التركة و مكونات و أساس إختلاف الفقهاء حولها وذلك كل في فرع مستقل .

الفرع الأول : معنى التركة :

التركة لغة : تطلق على الشيء المتروك .

أما شرعا : فهي كل ما يخلفه (1) الشخص من أموال و حقوق تعلقت بذمته أثناء حياته ومن هنا فإن التركات تشتمل على جميع ما كان للميت من أموال و حقوق ماعدا تلك الحقوق المتعلقة بشخصه بهذه الحقوق قد تضيق وقد تتسع تبعا لنوع المذهب ، فما يعتبر شخصا في مذهب قد لا يعتبر كذلك في مذهب آخر وكلما ضيق من نطاق دائرة الحقوق الشخصية زاد بالمقابل نطاق الحقوق المالية ، وإتسع بالتالي نطاق التركة و مكوناتها ، ويحدث العكس تماما لو ضيق من نطاق الحقوق المالية أو وسع في نطاق الحقوق الشخصية .

الفرع الثاني : مكوناتها :

لقد إحتد الخلاف فيما بين الظاهرية و الحنفية من جهة و جمهور الفقهاء من جهة ثانية فيما يخص مكونات التركة ، حيث لا يقر الظاهرية و الحنفية الميراث إلا للأعيان

(1) و على هذا فمن قسم أمواله على أولاده أثناء حياته لا يعد قسمة تركة و لو أجرى ذلك بقصد توثيقه فإنه غير جائز شرعا ولا قانونا لأن التركة لا تكون إلا عن دبر الوفاة وما كان أثناء الحياة دخل ضمن باب الهبات و العطايا لا ضمن التركات وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ : 28/09/1993 تحت رقم 93703 أنظر المجلة القضائية عدد خاص بالإجتهاد القضائي لفرقة الأحوال الشخصية لسنة 2001 ، ص 332 .

ذاتيا والمنفعة بها إنتفاعا عاديا سواء كانت عقارات(1)أم منقولات ، تحت يد المالك أو نائب عنه ، و كذلك الحقوق العينية المقومة بمال أو المتصلة بعين من أعيان التركة ، كحق الارتفاق و بعض الخيارات المالية .

1- حق الارتفاق : أول من سماه بهذه التسمية هو قنري باشا في كتابه مرشد الحيران.

و الارتفاق لغة : هو الإكساء على مرفق اليد .

و شرعا : هو حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك للغير مالك العقار الأول و لقد نص القانون المدني في المادة 867 على الارتفاق معرفا إياه بأنه (حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر ...) .

و لقد بين المشرع أساس هذا الارتفاق و منشأه في المادة 868 موضحا بأن أساسه إما الموقع الطبيعي للأمكنة وإما العقد الشرعي وإما الميراث ما لم يكن إرتفاق ظاهر ، فإن كان ظاهرا كحق المرور فإنه يمكن أن يكتسب بالتقادم متى تحققت باقي شروطه من كون الحيازة هادئة و علنية و مستمرة ، وهذا ما أقرته أيضا المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ : 1978/06/03 (2) .

ومن أبرز ما يشتمل عليه حق الارتفاق من حقوق حقي الشرب و المرور .

أما حق الشرب : فهو لغة : الحظ و النصيب من الماء و منه قوله تعالى

(1) لقد عرف القانون المدني العقار في المادة 683 ، بقوله ((كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ، ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار ، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول ، غير أن المنقول الذي يضمه صاحبه في عقار يملكه رسدا على خدمة هذا العقار أو إستغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص .

(2) المجلة القضائية ، العدد الثالث 1990 ، ص 33 .

: ((ونبئهم أن الماء قسمة بينهم كل شرب محتضر)) (1) أي يحضره صاحبه وقوله أيضا :
((هذه ناقة لها شرب و لكم شرب إلى يوم معلوم)) (2) .

و شرعا : هو النصيب من الماء لسقي الزرع و الشجر ، أو نوبة الإنتفاع بالماء
سقيا للشجر أو الزرع .

أما حق المرور : فهو حق الوصول إلى عقار معين عن طريق ليس مملوك
لصاحبه، سواء كان الطريق عاما أم خاصا ، مملوكا للغير .

و لقد نص القانون المدني في المادة 693 على أنه يجوز لمالك الأرض المحصورة
التي ليس لها أي ممر يصلها بالطريق العام ، أو كان لها ممر و لكنه غير كاف للمرور ،
أن يطلب حق المرور على الأملاك المجاورة مقابل تعويض يتناسب مع الأضرار التي
يمكن أن تحدث من جراء ذلك .

فالمشرع بهذا النص قد منح صاحب العقار الحق في المرور على عقار الغير و
ذلك متى توافرت إحدى الحالتين التاليتين :

- الحالة الأولى : عند إنعدام الممرات أصلا لهذا العقار بأن كان محصورا من
جهاته الأربع ، حيث في هذه الحالة لو لم يجعل له حقا على أحد هذه العقارات لإتعدمت
فائدته ولما إستطاع أحد أن ينتفع به ، و يلاحظ عند تقرير هذا الحق أن يكون من الجهة
التي تكون فيها المسافة بين العقار و الطريق العام ملائمة ، و أن يكون عند تقرير هذا
الحق بهذه الكيفية محققا لأقل ضرر ممكن بأملاك المجاورين ، وهذا ما أقرته المحكمة
العليا في قرارها الصادر بتاريخ : 1989/11/15 ، وكذلك بتاريخ : 1989/03/15 (3).

(1) الآية رقم 28 من سورة القمر .

(2) الآية رقم (155) من سورة الشعراء .

(3) المجلة القضائية ، العدد الأول ، 1991 ص 27 و كذلك العدد الرابع 1991 ص ، 61 .

-الحالة الثنية : عند وجود ممر للعقار و لكنه غير كاف ، حيث في هذه الحالة مادام الممر غير كاف فإنه لا يؤدي الغرض المطلوب منه ، و لو أداه فإنه لا يتحقق ذلك إلا بمشقة و يكون هذا عند وجود الممر الضيق الكافي للراجلين مثلا دون العربات أو السيارات لأرض كبيرة ذات إنتاج وفير و تحتاج إلى مؤن و أسمدة بصورة متكررة ، أو عند وجود الممر على سفوح الجبال أو الوديان ، و لو أراد المتضرر تسويته لكلفه ذلك نفقات باهضة لا تتناسب مع قيمة العقار ، مع إمكانية المرور بمخاطر أقل بكثير لهذا العقار عن طريق الأراضي المجاورة ، حيث في هذه الحالة يلزم صاحب العقار المجاور مقابل تعويض عادل و يتناسب مع الأضرار التي يمكن أن تحدث من جراء ذلك بتمكين جاره من المرور على أرضه تحقيقا للمنفعة العامة .

فهذه الحقوق بأنواعها تدخل ضمن عناصر التركة و مكوناتها و كذلك أيضا بعض الخيارات حيث تعتبر حقوقا مالية و تدخل ضمن مكونات التركة لأنه يمكن تقييمها بالمال .

2- خيار العيب : وهو حق يخلو الممتلك الحق في إبطال العقد أو فسخه إذا وجد عيب في محل العقد المعين غير المطلع عليه أثناء التعاقد وليس لهذا الخيار وقت معين فتمتد ظهر العيب الموجب للرد ثبت الحق ، ولو بعد زمن طويل .

3- خيار فوات الوصف المرغوب فيه : و هو غلط يؤدي إلى إختلاف في الصفة دون الجنس ، كمن يشتري ثوبا على أساس أنه من الحرير و مخطط في الجزائر فتبين أنه مخطط في فرنسا، أو يشتري فص ياقوت ليل على أساس أنه أحمر ، فيتبين أنه أصفر أو يتزوج امرأة على أنها بكر فتظهر ثيبا .

فكل هذه الصور تخول صاحبها حق الخيار في إبقاء الشيء أو إرجاعه ، وبما أن

جميع هذه الحقوق مالية ، لإمكانية تقييمها بالمال ، أو لكونها تابعة لعين مملوكة للمورث أو خادمة لها ، جاز إنتقالها وما عدا هذا فإنه لا ينتقل إلى الورثة عند الحنفية و الظاهرية و من ذلك .

أ- خيار الشرط و خيار الرؤية (1) :

1- خيار الشرط : وهو ما يسمى أيضا بخيار التروي وهو أن يكون لأحدهما أو لكليهما الحق في إمضاء العقد أو فسخه في مدة معلومة إذا شرط ذلك في العقد ، كمن يشتري دارا أو سيارة و يترك لنفسه الخيار مدة ثلاثة أيام و يقبل البائع . فهو مخير بين إمضاء العقد ، و فسخه أثناء هذه الفترة ، فإن مضت لزم العقد ، ويقول الرسول (ص) في هذا الشأن : (إذا بايعت فقل لاخلافة - لا غش ولا خديعة - ولي الخيار ثلاثا) (2) .

2- خيار الرؤية : و هو حق يثبت بمقتضاه للعاقدين أن يفسخا العقد بوقت لا يتخير فيه كان يشتري شخص دارا بوجهة كذا ، و يبين له المبيع بأوصافه ، فالمشتري في هذه الحالة يشتري شيئا لم يره ، فيثبت له الخيار بسبب عدم الرؤية لأن رضاه غير تام فمهما وصف البائع الشيء فإن ذلك غير كاف لأن معرفة السامع لا تبلغ معرفة الذي يرى

(1) الإمام أبو زهرة ، أحكام التركات و الموارث ، مطبعة دار الفكر العربي ، سنة 1946 ، ص 49 .

(2) رواه الدرقطني ، ج/3 ص 55-56 و الحميدي في مسنده ج/2 ص 292 - 293 .

و في هذا يقول رسول (ص) : (من إشتري مالم يره فله الخيار إذا رآه) .
4-المنافع : إلى جانب هذه الخيارات الشخصية التي لا تنتقل إلى الورثة توجد أيضا
المنافع حيث لا تعتبر من عناصر التركة و مكوناتها لأنها غير ذات قيمة ذاتية ، عند
الحنفية و الظاهرية .
لذا فمن توفي عن أرض مستأجرة فإن هذه الإجارة تنتهي بموته دون الانتقال إلى
خلفه من بعده .
بعكس جمهور الفقهاء الذين يقولون بانتقالها ، لأن المنافع هي الغاية المقصودة و
المرجوة من الأموال .

ولقد عرفت المنافع عدة تعاريف إسمت بالتقييد أحيانا و بالسعة و الشمولية أحيانا
أخرى، فمن قيدها قصرها على الأعراض المقابلة للأعيان فقط وذلك كسكنى الدار وركوب

(1) رواه القضاعي والبيهقي والديلمي عن أبي هريرة ، وفي سننه عمر بن إبراهيم الكردي وهو
مذكور بالوضع ، ونكر الدارقطني أنه تفرد به ، وقال هو والبيهقي المعروف أنه من كلام ابن سيرين
، وأخرجه ابن أبي شيبه والدارقطني والبيهقي من طريق أخرى مرسله عن مكحول رفعه بسند
فيه ضعيف لكنها أمثل من الموصولة ، وعلق الشافعي القول به على ثبوته ، ونقل النووي إتفاق
الحفاظ على تضعيفه وعند الطحاوي والبيهقي من طريق علقمة بن وقاص أن طلحة إشتري من
عثمان مالا ، فقيل لعثمان إنك غبنت ، فقال عثمان لي الخيار لأني بعث مالم أره ، وقال طلحة
لي الخيار لأني إشتريت مالم أره ، فحكما بينهما جبير بن مطعم ، ف قضى أن الخيار لطلحة ولا
خيار لعثمان ، وقد أورد الحديث كثير من السادة الحنفية في كتبهم مستدلين به كصاحب الهداية
بلفظ من إشتري مالم يره فله الخيار إذا رآه ، وهو المشهور على الألسنة ، لكن نقل عن الحافظ
ابن حجر أنه قال في تخريجه لأحاديث الهداية لأصل له ، أنظر العجلوني ، كشف الخفاء، ج/2
ص 303 ، وكذلك محمد درويش الحوت ، أسنى المطالب في أحاديث مختلفة المراتب ص 281 .

الدابة أو السيارة وتقديم الخدمات وما إليه دون أن تشمل ثمرات الزرع أو نتاج الحيوان أو أجرة الأرض، فالمنفعة عندهم لا تشمل الثمرات أو الأعيان المادية المتولدة عن أصل (1). ومن أطلقها ووسع مجالها فقد جعلها تحتوي و تشمل على الأعراض و الثمرات وإن كانت هذه الأخيرة كما يقول البعض أن جعلها من ضمن المنافع يعد من باب التجاوز فقط ، ولعل أكثر التعاريف شمولاً هو ما عرفها به أحمد إبراهيم حيث مما جاء فيه (بأنها ثمرات الأعيان المالية و ما يستفاد منها بحسب ما هي مهياة له خلقاً أو صنعا أو جعلاً ، سواء أكانت تلك الثمرات أعيان مادية متولدة من الأصل أم غير متولدة أم كانت أعراضاً قائمة بتلك الأعيان ، و الثمرات المتولدة تشمل ثمار الأشجار على إختلاف أنواعها والمحصولات الزراعية ، وغير المتولدة تشمل الأجور التي تعطى في مقابلة الإنتفاع بتلك الأعيان و إستعمالها كأجرة الأرض الزراعية و الدور ، و المراد بالأعراض الصفات اللازمة للأعيان التي تكون بها صالحة للإنتفاع بها ، كصلاحية الدواب للركوب و الحمل و الجر و الدور للسكنى) (2) .

و المشرع قد فرق بين نوعين من المنافع :

أولاً : ماكان منها ناتج عن عقود التبرع دون مقابل فإنها لا تورث ولا تعد من مكونات التركة ، فالقانون المدني في المادة 844 نص على الطرق المكسبة لحق الإنتفاع وقصرها على العقد و الشفعة و التقادم و مقتضى القانون و لم يجعل الميراث من هذه الطرق ،

(1) أنظر في تفصيل هذا الموضوع نهاية المحتاج ، ج/7 ، ص 61 و المغني ، ج/6 ، ص 59 .

(2) الإمام أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، ص 157 - 156 .

و أكد هذا بنص المادة 852 عندما وضع بأن وفاة المنتفع من الأسباب المؤدية إلى إنتهاء هذا الحق و ذلك بقوله : (ينتهي حق الإنتفاع بإنقضاء الأجل المعين ، فإن لم يعين أجل عد مقرا بحياة المنتفع ، وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع حتى قبل إنقضاء الأجل المعين ، وإذا كانت الأرض المنتفع بها مشغولة عند إنقضاء الأجل أو عند موت المنتفع بزرع قائم بقيت للمنتفع أو لورثته إلى حين إدراك الزرع بشرط أن يدفعوا أجرة إيجار الأرض عن هذه الفترة من الزمن) .

فالقانون إذن إختص الأرض المشغولة بزرع و إستثنائها من بين حقوق الإنتفاع الأخرى بإستمرار الإنتفاع بها وذلك لحين إدراك الزرع و حصاده ، وهذا دفعا لضرر قد يحصل للورثة نتيجة التوقف الآتي لحق الإنتفاع ، ومع هذا الإستثناء فإن المشرع لم يبق المدة الباقية لحين إدراك الزرع وحصاده على وصفها الأول من عقود التبرع ، بل قلبها إلى عقد من عقود الإيجار .

وهذا ما أكده أيضا المشرع في المادة 548 من القانون المدني عندما بين بأن العارية تنتهي بموت أحد الطرفين ما لم يوجد إتفاق يقضي بغير ذلك .

ثانيا : ما كان منها ناتج عن عقد إيجار وبمقابل فإنه ينتقل إلى الورثة ويعد من ضمن مكونات التركة ، حيث وضع المشرع في المادة 510 من القانون المدني من أنه لأثر لوفاة المؤجر أو المستأجر على العقد، وإذا ماتوفى المنتفع إنتقل حق الإستمرار في هذا العقد لورثته لإكمال المدة الباقية من العقد وجوز لهم - الورثة - إستثناء و بعد إبداء سبب جدي فسخ هذا العقد ، فالمشرع إذن جعل الأصل في عقود الإيجار هو الإستمرار فيها ومن ثم دخولها ضمن مكونات التركة ،والإستثناء هو جواز الفسخ من طرف الورثة متى

أبدو سببا جديا لذلك .

5 - حق الإحتجار في الأرض الموات :

فمن سور أرضا و إستولى عليها أو أعلن ذلك بوضعه الحجارة أو الأشواك لا يملك تلك الأرض أو الموات بالتحجير ، بل تكون له الأولوية والأسبقية مدة ثلاث سنوات في ملكية هذه الأرض وإحيائها، فالحق قائم وثابت مادامت المدة لم تنته بعد ، و ذلك التحجير لا يضيفي عليها صفة الإحياء لأن الإحياء لا يكون إلا بالعمارة لذا كان ذلك الحق مؤقتا .

فإذا إنتهت هذه المدة فلا حق له ، وفي هذا يقول عمر بن الخطاب (من أحيا أرضا ميتة فهي له و ليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين) ، ويقول أيضا : (من عطل أرضا ثلاث سنين لم يعمرها فجاء غيره فعمرها فهي له) ، هذه الأحكام كلها إذا كان المحتجر لازال موجودا وحيا ، لكن ما الحكم إذا ما توفي المحتجر قبل فوات هذه المدة و مضيها ، هل ينتقل هذا الحق إلى الورثة أم لا ؟ .

الحنفية ومن وافقهم في الرأي قالوا بعدم إنتقال هذا الحق لأنه ليس مالا ، بل كل ما يخوله هذا الحق لصاحبه هو الأولوية و الأسبقية على الغير فقط في إحياء تلك الأرض . أما الملكية فهي مشتركة و عامة -مادام كذلك فإنها لا تنتقل إلى الورثة ولا تدخل ضمن عناصر التركة .

إذا و بصورة مختصرة أن الحنفية و أهل الظاهرة لا يعتبرون من مكونات التركة إلا الأموال العينية سواء أكانت عقارات أم منقولات وكذا الحقوق المتعلقة بها و التابعة لها . أما الحقوق الشخصية و التي توسع فيها الحنفية ، بحيث أدخلوا فيها حقوقا لم يدخلها غيرهم من الفقهاء و كذلك المنافع فإنها لا تدخل عندهم ضمن عناصر التركة أو

مكوناتها ، وهذا هو رأي الحنفية .

أما جمهور الفقهاء فهو يقولون بانتقال جميع الحقوق الثابتة و التي لها صلة بالمال إلى الورثة مادامت غير مقصورة على شخص المورث .

لذا ما دامت الحقوق راجعة إلى المال كالخيارات و الشفعة و المنافع و الإحتجار أو راجعة أيضا إلى النشفي كالقصاص و حد القذف فإنها تنتقل إلى الورثة .

أما ما كان راجعا إلى شخصه أو صفة فيه فإنها لا تنتقل إلى الورثة ، فقذف الزوج زوجته أو ملاحظتها ، و خياره إذا أسلم على أكثر من العدد الشرعي ، و وظيفته و غيرها ، فهذه كلها أمور شخصية بحتة لا تورث عنه ولا تمتد إلى غيره .

قال القرافي في فروقه و الضابط لما ينتقل إلى الورثة من عدمه (أن ما كان متعلقا بالمال أو يدفع ضررا عن الوارث في عرضه بتخفيف ألمه إنتقل للوارث ، وما كان متعلقا بنفس المورث و عقله و شهواته لا ينتقل للوارث ، و السر في الفرق أن الورثة يرثون المال فيرثون ما تعلق به تبعاً له ولا يرثون من عقله و شهواته ولا نفسه فلا يرثون ما تعلق بذلك و ما لا يورث لا يرثون ما تعلق به) (1) ، قال محمد بن أحمد بنيس في قول القرافي يدفع ضررا عن الوارث في عرضه أو تخفيف ألمه هاتان الصورتان تنتقلان للوارث وهما ليستا بمال كحد القذف و قصاص الأطراف والجراح و المنافع في الأعضاء ، و كان ذلك لأجل شفاء غليل الوارث بما دخل على عرضه من قذف مورثه و الجناية عليه ، و أما قصاص النفس فهو غير موروث إذا لم يكن للمورث ، وما لم يثبت إلا بعد موته أو كان متعلقا بنفس

(1) القرافي ، الفروق ، ج/3 ص 275 - 276 .

المورث و عقله و شهوته لا ينتقل للوارث (1) ، ومن ثم فشجاعة الشخص و تضحيتيه وإقدامه و جهاده كلها أمور لا تورث ومن ثم لا يورث ما تعلق بها ولا تدخل ضمن تركة الإنسان ، و عليه فإن الرخص التي تمنح لأبناء الشهداء و أراملهم لا تعد ميراثا خلاف ما يمنح للمجاهدين الأحياء ذلك لأن هذه الرخص الممنوحة لبناء مقهى أو نزل أو رخصة لسيارة أجرة فإن هذه تصير مالية و تنتقل إلى الورثة كأى جزء من أجزاء التركة ، وهذا لإلتصاقها بأموال مالية فصارت تابعة لها ، فميراثهم لهذه الرخصة ليس لكونها تابعة لصفة من صفات المورث كالشجاعة أو الإقدام وإنما لإتصالها عنه و تبعيتها للأموال القائمة بها ، ومن ثم فمن توفى لا يرث عنه وراثته إمكانية إستخراج الرخص لكون هذا أمر شخصي ، فما كان مملوكا للإنسان أوله عليه حق أثناء حياته دخل ضمن تركته وما لم يكن له فلا .

كما أن التعويض عن الأضرار الذي يدفع للمتضررين عند وفاة مورثهم لا يدخل ضمن مكونات التركة و لا يعد ميراثا و لا دية ، و هذا لعدم دخوله ضمن ذمته أثناء حياته و هو ما قضت به المحكمة العليا في أكثر من قرار لها وبصريح العبارة ، حيث مما جاء في القرار الصادر بتاريخ : 13/07/1980 أن التعويض عن الأضرار ليس إرثا ثم كررت داخل القرار نفسه هذه العبارة مع زيادة حيث مما لا نقاش فيه أن التعويض عن الأضرار ليس إرثا ، كما جاء في القرار الصادر بتاريخ : 14/04/1982 أن التعويض عن الأضرار لا يدخل ضمن عناصر التركة لشموليته و إستحقاقه لكل متضرر وارثا كان أو غير وارث ، ولخضوع

(1) محمد بن أحمد بنيس ، بهجة البصر ، ص 17 .

التقدير فيه لجسامة الضرر (1) .

و بعد عرضنا للرأيين يجدر بنا أن نشير إلى الأشياء المتفق عليها و المختلف فيها و أساس ذلك .

كل الفقهاء : متفقون على عدم إنتقال الحقوق الشخصية ، و لكنهم إختلفوا في تفسير تلك الحقوق (2) ، فتوسع الحنفية فيها بحيث أدخلوا حقوقا إعتبرها الجمهور مالية .
كما أن الفقهاء مختلفون بشأن المنافع ، حيث لم يعتبرها الحنفية أموالا و بالتالي :
فإنها لا تورث ولا تنتقل ، بينما جمهور الفقهاء يعتبرونها أموالا و يقرون لها القيمة الذاتية ، و من ثم إنتقالها إلى الورثة .

الفرع الثالث : أساس الاختلاف في مكونات التركة

أما أساس هذا الاختلاف : فإنه يرجع إلى أمرين :

أ- معنى المال : هل يعتبر مالا إلا ما كان محرزا ذاتيا وماديا ؟.

قال بذلك الحنفية حيث إشتراطوا في المال حيازته المادية ، أما جمهور الفقهاء فأكتفوا بحيازة المصدر ، ومن هنا قال الجمهور بإنتقال المنافع لإعتبارها كذلك .

ب- الحديث : المروي عن الرسول (ص) (من ترك مالا أو حقا فلورثته) (3)

(1) المجلة القضائية ، العدد الرابع ، 1989 ، ص 55 .

(2) الإمام أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 53 .

(3) الحديث بلفظ الحق لم نعثر عليه في كتب السنة التي بين أيدينا ، وإنما ذكره القرافي في الفروق ج/3 ص 275 و كذلك أبو زهرة في أحكام التركات و المواريث ص 41 - 51 ، و كذلك بون أن صاحب خلاصة الفرائض ، ص 6 ، أما بلفظ من ترك مالا فلأمله أو لورثته فهو صحيح رواه البخاري ، أنظر فتح الباري ، ج/12 ص 9 - 10 .

حيث قال جمهور الفقهاء طبقا لهذا الحديث بميراث الأموال والحقوق التي للمورث،
بينما أنكر الحنفية هذه الرواية لما تتضمنه من زيادة حيث نص الحديث عندهم : من ترك
مالا فلورثته (1) دون كلمة حق التي يعتبرونها زيادة من الراوي (2) .

المبحث الثاني الحقوق المتعلقة بالتركة

إن أقصى ما يتعلق بالتركة من حقوق خمسة من هذه الحقوق ما هو ثابت قبل
الموت ومنها ما هو ثابت بالموت (3) .
و الثابت قبل الموت : إما أن يكون متعلقا بعين من أعيان التركة أولا .
فإن كان متعلقا بعين من أعيان التركة سمي حقا عينيا ، وإن لم يكن متعلقا بعين من أعيان
التركة سمي حقا عاديا أو دينيا عاديا .
و الثابت بالموت : إما أن يكون للميت أو لغيره .
فأما الذي للميت فهو مؤن التجهيز ، وأما الذي لغيره فهو الوصية والميراث .
هذه الحقوق الخمسة إتفق جمهور الفقهاء على ترتيبها كالتالي :
أولا : الديون العينية ، ثانيا : التجهيز ، ثالثا : الديون العادية ،

(1) صحيح مسلم ، ج/3 ، ط 1 ، 1955 ، ص 1237 ، و كذلك صحيح البخاري ، المجلد الرابع ،
ج/7 - 8 ، ص 5 .

(2) الإمام أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 51 .

(3) شمس الدين الشيخ محمد عرفة ، المرجع السابق ، ص 457 .

رابعاً : الوصايا ، خامساً : الإرث.

و لم يخرج عن هذا الإتفاق إلا الظاهرية حيث يقولون أن أول ما يخرج من رأس المال هو ديون الله تعالى إن كان عليه منها شيء - كالحج - و الزكاة - و الكفارات - والنذور ، فإن بقي شيء أخرجت منه ديون الغرماء لا فرق بين عاديه و ممتازه فإن فضل منه شيء كفن منه الميت فإن فضلت فضلة من المال كانت الوصية في الثلث فما بونه و كان للورثة بعد ذلك ما بقي (1) ، محتجين في هذا بقوله (ص) (فدين الله أحق أن يقضى ، أقضوا الله فهو أحق بالوفاء) .

و شد عما قيل من قبل أيضا الحنابلة و بعض من المالكية و بعض من الشافعية حيث قدموا مؤن التجهيز على الديون بأنواعها و هم يجمعون الحقوق المتعلقة بالتركة في لفظ (تدوم) فالتاء : للتجهيز ، و الدال : للدين ، والواو : للوصية ، و الميم : للميراث .

وهذا ما قال به قانون الأسرة في المادة 180 حيث نصت المادة على مايلي :

(يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي :

- 1- مصاريف التجهيز و الدفن بالقدر المشروع .
- 2- الديون الثابتة في ذمة المتوفي .
- 3- الوصية .

فإذا لم يوجد نوو فروض أو عصبه آلت التركة إلى نوي الأرحام ، فإن لم يوجدوا

(1) بن حزم الظاهري ، المحلى ج/9 ، نشر إدارة الطباعة المنيرية سنة 1315 هـ - ص 252-253 .

ألت إلى الخزينة العامة) .

و لقد إعتد القائلون بتقديم نفقات التجهيز على سائر الحقوق المتعلقة بالتركة على ما رواه خباب قال : قتل مصعب بن عمير رضي الله عنه يوم أحد و ليس له إلا غره كنسا إذا غطينا بها رأسه خرجت رجله وإذا غطينا رجله خرج رأسه ، فقال النبي (ص) (غطوا بها رأسه و اجعلوا على رجله من الإنخر) (1) ، و الإنخر حشيشة طيبة الرائحة تسقف بها البيوت فوق الخشب .

و كذلك ما روي عن النبي (ص) في الذي وقصته ناقة (كنفوه في ثوبه) ، ولم يسأل هل عليه دين أولا ؟ (2) ، ومما جاء في الصحيح أيضا أن النبي (ص) قال في قتل أحد (زملوهم في ثيابهم) (3) ، و لم يعتبر أرباب الديون ولا سأل عنهم فضلا عن غيرهم من أهل الوصية .

و السبب في ذلك أن التجهيز يعتبر من الحاجيات الشخصية و يأخذ حكم السكن و الملابس ، و إذا كانت هذه الأخيرة تبقى للشخص حتى عند الإفلاس فمن باب الأولى تجهيزه عند الوفاة ، كما أنه ليس من المعقول أن تكون للشخص أموال و لو كانت الديون

(1) رواه الجماعة إلا ابن ماجة مع إختلاف في اللفظ و ذكره عبد الرووف المناوي في كنوز الحقائق بهامش الجامع الصغير للسيوطي ، ج/2 ، ص 22 ، ونيل الأوطار ج/4 ، ص 34 .

(2) محمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، ج/3 ، المطبعة التجارية ، شركة ساهي ، سنة 1955 م ، ص 3 .

(3) رواه أحمد وأخرجه أبو داود بإسناد رجاله رجال الصحيح،أنظر نيل الأوطار،ج/4 ، ص 40 .

متعلقة بها و يستجدي له كفن (1) .

وفي هذا يقول اللخمي قال ابن يونس و الحكمة فيه - أي تقديم التجهيز - أن ستر الميت و صيانته حق لله عز وجل إذ لا يجوز ترك مواراته ، ولأنه لو لم يخلف كفنا لوجب على المسلمين تكفينه لأن حرمة حيا كحرمة ميتا ، وكما كان في حياته إذا فلس يكون أولى من غرمانه بما يحتاج إليه من نفقة و كسوة معتادة فكذا بعد موته .
بينما جمهور الفقهاء لا يقررون هذا ، و يقولون بتأخير التجهيز و التكفين على الديون العينية ، لأن الشخص لا يملك التصرف في الشيء المرهون أو الضامن لدين عليه و لو لحاجته الخاصة ، كالأكل و اللباس .

ومادام هذا الحق ممنوعا منه أثناء حياته ، فأولى أن لا يكون له هذا الحق بعد وفاته .
كما قالوا أيضا أن التركة بعد موت الشخص تعينت لقضاء الدين لتعلق حق رب الدين بعينها لخراب ذمة المالك ، فيكون القسم الأول ، و أما مؤن التجهيز فلا تتعين لها التركة لأنها إن عجزت عنها حملها بيت المال ، و جماعة المسلمين ، وما كان متعلقا بعين الشيء أولى مما كان متعلقا بذلك الشيء و شيء آخر .
و سوف ننتهج ما إنتهجه جمهور الفقهاء في ترتيب الحقوق المتعلقة بالتركة و ذلك بدارسة كل حق من هذه الحقوق في فرع مستقل .

الفرع الأول : الحقوق العينية :

وهي الحقوق المتعلقة بعين من أعيان التركة في حياة المورث ، و الحقوق التي تتعلق

(1) الإمام أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 56 .

بعين منها عشرة (1) وهي :

1- الرهن و الإختصاص : فلو رهن شخص لآخر شيئا سواء أكان رسميا أم حيازيا ثم مات الراهن قبل أداء الدين و لم يترك غير هذا الشيء المرهون فإن المرتهن أحق به من غيره .

و بالتالي فإنه يستو في دينه من ثمنه قبل أي شخص كما أن صاحب الدين الذي بيده حكم واجب النفاذ صادر في أصل الدعوى ، يقضي هذا الحكم بتخصيص عقارات معينة ضمنا لأصل الدين فإن صاحبه تكون له أولوية وأفضلية ، المادة 937 من القانون المدني.

2- الزكاة : سواء أكانت زكاة حرث أم ماشية ، وذلك إذا مات المالك بعد الطيب أو الحول ، بشرط أن لا تكون هذه الأموال مستغرقة بديون ممتازة للعباد فإن كانت مستغرقة قدم صاحب الدين على الزكاة لأن حق الأدمي يقدم على حق الله (2) .

3- الجناية من العبد : على نفس أو عضو أو مال الغير فالعبد في هذه الحالة بجنايته صار كالمرهون ، و ذلك لتعلق حق المجني عليه بذاته ، فإذا سلمه صاحبه للمجني عليه و رضي ببقاء دينه بلا رهن فيها و نعمت ، و إلا بقي للمجني عليه الحق في إستيفاء ماله قبل تكفين سيد العبد و تجهيزه (3) . وهذا تبعا للمعنى الثابت بالإجماع أن ((العبد فيما

(1) الحسن الشنقيطي ، المرجع السابق ، ص 5 .

(2) شمس الدين الشيخ محمد عرفة ، المرجع السابق ، ص 458 .

(3) صالح عبد السميع الأبي الأزهرى ، المرجع السابق ، ص 327 .

جنا)) حيث روي عن سيدنا علي وعن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما مثل هذا وكان
لك في محضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل الإتكاف عليهما من أحد منهم ممّا
جعله إجماعاً (1) .

4-5 المعتق لأجل و أم الولد : أي يعتقان من رأس المال و يقدمان على
الدين و الميراث .

6- سلعة المفلس : حيث للغريم أخذ عينة التي لدى المفلس إذا مات قبل سداد ثمنها
، أو إرجاعها له ، بعد مطالبة صاحبها له بالثمن فوجده مفلساً و حكم له بأخذها ثم مات
المفلس قبل أخذ صاحبها لها .

7-8 - الهدى بعد التقليد ، و الغنم بعد السوق : فالهدى إذا ما قلد و كذلك الغنم إذا
ما سبقت للذبح فإنها تأخذ حكم الديون العينية لتخصيصها و بيانها ، و بالتالي تقدم على
التجهيز و الديون العادية ، و التقليد يكون بجعل قلادة من جلد أو غيره ليعلم أنها مهداة
إلى الحرم ، فهذه السمة تأخذ طابع الإمتياز .

9- الأضحية (2) : و تأخذ حكم الحق العيني إذا ما عينت ، و تعيينها يكون بذبحها
لا بفرزها ، و لذا لو توفي صاحبها قبل الذبح فإنها تباع في الكفن و الدين .

10- سكن الزوجة أو قيمة الكراء : إن سكن الزوجة إذا كان للزوج

(1) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ، ج/7 ، ص 259 .

(2) الأضحية : إسم لما يذبح في أيام النحر بنية القرية إلى الله تعالى .

مسكن أثناء العدة أو قيمة الكراء إن لم يكن له مسكن يقدم في الوفاء به من التركة على غيره من مؤن التجهيز أو الديون العادية .

الفرع الثاني : مؤن التجهيز :

و هي الحق الثاني و الثابت بالموت و المتعلق بالميت .

و التجهيز : هو ما يلزم الميت من وقت وفاته إلى أن يوارى في قبره من نفقات شراء الكفن ، و الحنوط و القطن و أجرة الحفر و الغسل و الحمل و شراء الأرض ، ويتم هذا كله حسب حاله من فقر أو غنى و بما هو جار به العرف أيضا إلا إذا كان العرف مخالفا للشرع (1) ، و هذا كقراءة القرآن بالأجر ليلة الوفاة أو بعدها أو البناء على القبور و تجسيصها أو الأطعمة التي تتفق هنا و هناك فكل هذه تدخل ضمن أكل أموال اليتامى ظلما و خاصة إذا كان له صغارا ، و لا يلزم بها الورثة ، ومن تصرف من الورثة بإسراف في نفقات التجهيز وزاد عن المعروف بلا إذن باقي الورثة كان ضامنا له في ماله أو نصيبه ، قال عثمان الجعفي صاحب سراج السالك (وضمن من أسرف في ذلك من الورثة ما زاد على المعروف بلا إذن بقيتهم) (2) .

كذلك يجهز من تركة الميت من كان تلزمه نفقته برق ، إذا ما توفي و لو بلحظة قبل وفاة سيده ، فإن مات العبد و السيد معا و ليس معه إلا كفن واحد ، يكفن فيه العبد

-
- (1) و يطلب شرعا عدم إتباع الجنازة بنار لإتخاذ الإجماع على كراهية ذلك ، و قال النخعي يكره أن يكون آخر زاده في الدنيا نار تتبعه ، وكان من وصيته ألا يتبع بنار ، أنظر في ذلك المجموع ، ج/2 ، ص 241 و كذلك موسوعة فقه إبراهيم النخعي ، ج/2 ص 851 .
- (2) عثمان الجعفي المالكي سراج السالك شرح أسهل المسالك ، ج 2 ، ص 236 .

لأنه لا حق له في بيت مال المسلمين ، أما سيده فكفنه من بيت المال أو على المسلمين إن لم يكن ، و جيء بكلمة - لمن تلزمه نفقته برق - إحترازاً ممن كانت تلزمه نفقته بقرابة أو زوجية حيث لا يجهز من تركة الميت ، و هذا هو المروي عن ابن القاسم و سحنون و يعد مشهور المالكية و الحنابلة و بعض الحنفية .

لذا فمن كانت له زوجة و ماتت قبله و مات هو قبل أن تجهز و تكفن فإن تجهيزها و تكفينها يكون من مالها الخاص إن كانت موسرة وإلا فعلى وليها المنفق عليها عند عدم الزوج وإذا إنعدم فمن بيت مال المسلمين ، قال العدوي و هذا هو المشهور مما جاء في كلامه (وإذا لم يكن لها مال فمن بيت المال ، فإن لم يكن فعلى المسلمين و الزوج كرجل منهم) (1) .

و عدم التجهيز عند هؤلاء مؤسس على أن الزوجية قد انقطعت بالوفاة ، وما دامت الزوجية قد انقطعت و هي أساس الإتفاق فبالتالي لا تجهز ، كما أنه بوفاتها يمنع عليه شرعا النظر إليها و تغسيلها و يحل له الزواج بأختها مما يؤكد إنقطاع الصلة بينهما .

و الذي جاء في كفاية الطالب الرباني شرح أبي الحسن لرسالة أبي زيد القيرواني أن للمالكية ثلاثة آراء الأول رأي ابن القاسم و سحنون و هو المشهور أنها لا تجهز من مال زوجها مطلقا و الثاني للإمام مالك في الواضحة و عبد الملك قيل ابن حبيب و قيل ابن الماجشون أنها تجهز من مال زوجها مطلقا و لو غنية ، و الثالث لمالك في العتبية و سحنون إن كانت غنية فهو في مالها وإن كانت فقيرة فهو في مال الزوج .

و نظرا لدقة القول وإختصاره فإننا ننقله : قال ابن القاسم و سحنون وهو المشهور

(1) حاشية العدوي ، ج/2 ، ص 125 .

(ولا يلزم الزوج غنية كانت أو فقيرة لأن الكفن من توابع النفقة ، و هي إنما كانت لمعنى وهو الإستماع و قد ذهب بالموت ، وإذا ذهب المتبوع ذهب التابع و قال مالك في الواضحة و عبد الملك قيل هو ابن حبيب ، وقيل هو ابن الماجشون هو في مال الزوج وإن كانت غنية ، لأن علاقة الزوجية باقية بدليل أنه يغسلها و يطلع على عورتها و الموارثة قائمة بينهما ، و قال مالك في العتية و سحنون أيضا إن كانت مليئة فهو في مالها وإن كانت فقيرة فهو في مال الزوج (1) .

أما الرأي الثاني : فهو للشافعية و بعض من الحنفية حيث يقررون تجهيز الزوجة من مال زوجها و هو يعتبر أكثر منطقية من سابقه ، مؤسسين ذلك على أن الزوجية التي كانت سببا في الحقوق بين الزوج و زوجته أثناء الحياة مازالت مرتبة لآثارها حتى بعد الوفاة ، ومما يدل على ذلك هو ثبوت الميراث ، فلو كانت الوفاة تقطع الآثار المترتبة على الزواج ما ثبت الميراث ، و لكنه ثبت بنص الشرع .

الفرع الثالث : الديون العادية :

وهي تلك الديون الثابتة في ذمة المتوفي بالبينة ، أو الإقرار حال الصحة أو المرض . و لم يفرق جمهور الفقهاء ومن بينهم المالكية بين ديون الصحة ، و ديون المرض ، بينما الحنفية فرقوا بين النوعين من الديون ، وقدموا ديون الصحة على ديون المرض عند ضيق التركة .

و ديون الصحة : هي تلك الديون الثابتة بالبينة حال الصحة أو المرض أو الإقرار حال الصحة .

(1) حاشية الحوي ، ج/2 ، ص 125 .

أما ديون المرض : فهي تلك الديون الثابتة بالإقرار أثناء المرض فقط ، و خوفا
من المحاباة في ديون المرض و دفعا للشك باليقين ، قدم الحنفية ديون الصحة على ديون
المرض في الأداء .

أما جمهور الفقهاء : فكما قلنا سابقا لم يقرؤا هذه التفرقة و أعطوا الديون غير
المتأثرة كلها مرتبة واحدة ، وإن كان المالكية ومن وافقهم فرقوا بين ديون الله ، و ديون
العباد ، و أعطوا الأولوية في الوفاء لديون العباد ، لوجود من يطالب بها ، و فسي هذا
يقول صاحب خلاصة الفرائض (1) :

و بعد ذلك مؤن التجهيزي ... ثم ديونه على التمييزي

فدين الآدمي بلا إشتباه ... مقدم على ديون الله

و ديون الله كما نعلم هي ما على الشخص من واجبات كالزكاة و الكفارات و النذور
، قال ابن عرفة (إذ شهد الشخص أثناء صحته بتعلقها بزمته أخرجت من التركة بكاملها
سواء أوصى بإخراجها أو لم يوص ، حيث الإيصاء بعد الشهادة ما هو إلا تأكيد فقط .
أما إذا لم يشهد عليها أثناء صحته وأوصى بإخراجها أخرجت من الثلث معتبرة
كالوصية) (2) .

وفي رواية أخرى لمالك أن الشخص إذا لم يوص بما عليه من زكاة لم يلزم الورثة

(1) الحسن الشنقيطي ، المرجع السابق ، ص 6 .

(2) شمس الدين الشيخ محمد عرفة ، المرجع السابق ، ص 458 .

إخراجها لا من رأس المال ولا من التلت بينما ألزم الشافعي إخراجها من رأس المال (1) ، هذه الديون التي نحن بصددنا قد تكون مؤجلة و تنزل الوفاء بالدائن أو المدين ، فما هو الحكم يا ترى ؟ هل تحل أجال الديون أو تبقى سارية المفعول من حيث التأجيل حتى تتقضي المدة ؟ .

للإجابة على هذا التساؤل لا بد من التفرقة أولا بين موت الدائن وموت المدين .
فبالنسبة لوفاء الدائن : لم يقل أحد من الفقهاء بحلول الديون المؤجلة بوفاته إلا الظاهرية (2) وذلك لأن الديون محلها هو ذمة المدين لا الدائن ، وبما أن ذمة المدين لم تتأثر بوفاء الدائن فبالتالي لا داعي لحلول أجل الدين .

أما الظاهرية وهم الذين قالوا بحلولها ، إستندوا إلى أن التأجيل أساسه إتفاق شخصي بين الدائن و المدين ، هذا الإتفاق مبني على الثقة المتبادلة ومادام أحد طرفي هذه العلاقة قد توفي فإن ذلك الإتفاق لا يستمر ولا ينتقل إلى الورثة ، كما أن القول بسقوط أجال الديون بموت المدين و عدم القول بذلك بوفاء الدائن يؤدي إلى عدم التساوي في الحقوق و الواجبات لذا فإنهم يقولون بإعتبار الوفاء مسقطا للأجل سواء أكانت الوفاء نازلة على الدائن أم المدين .

أما بالنسبة لوفاء المدين فإن جمهور الفقهاء ، ومن بينهم المالكية يقولون بحلولها أي بحلول الديون المؤجلة (3) بخلاف الحنابلة الذين قالوا بعدم حلولها تباعا لعدم حلولها

(1) إبن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج/2 ، ط ، دار الفكر ، بيروت ص 282.

(2) الإمام أبو زهرة المرجع السابق ، ص 38 .

(3) شمس الدين الشيخ محمد عرفة ، المرجع السابق ، ص 458 .

عند وفاة الدائن ، و القاعدة العامة عند المالكية هي حلول الدين كما ذكر ذلك ابن عرفة ، وإن كان من فقهاءهم من يشترط لحلولها شرطين :

الشرط الأول : ألا يشترط المتدينان عدم حلول الدين بوفاء المدين .

الشرط الثاني : ألا تكون وفاة المدين بعدوان من الدائن (1) حتى لا تكون الجرائم سببا في النعم .

أما بقية الفقهاء من شافعية و أحناف فقد ذهبوا إلى سقوط أجل الدين وبالتالي حلولها مطلقا دونما قيد أو شرط .

الفرع الرابع : الوصايا :

الحق الرابع و الثابت بالموت لغير المتوفي و بسببه لأن الوصايا لا تخرج إلا إذا أوصى بها الميت .

و الوصايا بأنواعها يتم إخراجها من التركة قهرا على الورثة ودون رضاهم مدامت في حدود الثلث المتبقي من التركة بعد إستيفاء الحقوق الثلاثة المتقدم ذكرها .

الوصايا لغة : جمع وصية كالهدايا مأخوذة من وصيت الشيء بالشيء إذا وصلته به فكان الموصي لما أوصى بها وصل ما بعد الموت بما قبله في نفوذ التصرف (2) .

(1) الإمام أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 36 .

(2) عثمان الجعفي المالكي ، المرجع السابق ، ج/2 ، ص 245 .

إصطلاحاً : فهي عهد خاص مضاف إلى ما بعد الموت (1) ، يوجب حقاً في التركة لمجرد الوفاة (2) ، و هي في عرف الفقهاء عقد يوجب حقاً في ثلث عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده .

و الوصية شرعت قصد الزيادة في العمل الصالح وإستدراك الإنسان ما فاتته من خير ، و لقد نص قانون الأسرة عليها في المواد من 184 إلى 201 و عرفها القانون بأنها تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع .

وهو بقوله عن طريق التبرع أخرج بعض الوصايا المعتبرة لدى بعض الفقهاء كابن ثور ومن وافقه من المالكية واجبة ، حيث يقول الشوكاني (وقال أبو ثور ووجوب الوصية يختص بمن عليه حق شرعي يخشى أن يضيع على صاحبه إن لم يوص به كالوديعة و الدين و نحوهما) (3) .

و المشرع بالتعريف السابق لم يجعلها شاملة لكل أنواع الوصايا كما ذهب إليه الفقهاء بل قصرها على الخيري منها فقط الشيء الذي جعلها تفقد أحد الأحكام الشرعية ، قال الإمام الباجي (وأما من كانت عليه ديون (4) ، فقد قال كثير من مشايخنا أن ذلك

(1) محمد الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج/6 ص 3 . و كذلك ابن دقيق العيد أحكام الأحكام ، ج/4 ص 4 .

(2) و عرفها الكراخي بقوله الوصية ما أوجبه الموصي في ماله تطوعاً بعد موته أو في مرضه الذي مات فيه ، أنظر الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج/7 ، ص 333 .

(3) الشوكاني ، ج/6 ، ص 34 .

(4) والديون المقصودة بالوصية هنا ليست الديون المتكررة أو الديون اليومية وهي محل زيادة أو نقصان، أو قضاء يومياً بل المقصود الديون التي تبقى في الذمة لزمان وهذا رفع للحرج والمشقة.

واجب عليه ، قال في النوادر وأما من عليه تباعه أو ما فرط فيه من كفارة وغيرها من زكاة أو غير ذلك بما يوصى فيه فواجب عليه أن يوصى بذلك (1) ، ومن ثم فمثل هذه الوصايا لا تدخل ضمن التبرع وليست قاصرة على الثلث فقط .

حكمها :

ذهب جماعة من السلف إلى أنها واجبة وحكاه البيهقي عن الشافعي في قوله القديم .

وقيل إن الوصية تعتريها الأحكام الشرعية الخمسة :

فتكون واجبه عند ضمانها وحفظها لحقوق الغير وخوف الإنسان بتركها ذهاب ديون تعلقت بذمته أو ودائع وضعت عنده أو أموال أيتام لم تتميز عن ماله أو مال مغصوب لم يعلم به .

وتكون مندوبة على من يرجى منها كثرة الخير وهو موسر لديه المال وورثته أغنياء ، حكى ابن حبيب أن علي رضي الله عنه قال لعليل ذكر الوصية له لا توصي إنما قال الله سبحانه وتعالى ((إن ترك خيرا)) وأنت لا تترك إلا اليسير ، دع مالك لبنيك .
وقيل لعائشة رضي الله عنها أيوصي من ترك أربعمائة وله عدة من الولد بنون فقالت مافي هذا فضل عن ولده (2) ، وهذا مطابق لقول النبي (ص) لسعد بن أبي وقاص

(1) الإمام الباقي ، المنتقى شرح الموطأ ، ج 6 ، ص 145 وما بعدها .

(2) أنظر تفصيل هذا الموضوع الإمام الباقي ، المنتقى ، ج 6 ، ص 145 وما بعدها وكذلك عثمان الجعفي ، ج 2 ، 245 .

(... إنك إن تذر وريثك أغناء خيرٌ من أن تدعهم عائلة يتكفون الناس) (1) .
و قد تكون مكروهة في عكس ذلك أي إن كان الورثة فقراء و كانت من قليل المال
لما في ذلك من الإضرار بالورثة ، أو كانت لأهل فسوق .
و قد تكون مباحة فيمن إستوى الأمران فيه ، وإن كان دائما المطلوب فيها هو
ما دون الثلث .

و قد تكون محرمة إذا كان فيها إضرار أو محاباة أو ذهاب لبعض المال بغير وجه
شرعي ، ثبت عن ابن عباس (الإضرار في الوصية من الكبائر) رواه سعيد بن منصور
موقوفا بإسناد صحيح ، و رواه النسائي مرفوعا (2) .
و هذا كمن يوصي بنباحه عليه أو ببناء قبر أو إتخاذ فتيل عليه للضوء يعلق في
قبره فتتفقد هذه هذه الوصايا حرام و ترجع الأموال ميراثا (3) .
مقدار الوصية :

إن الوصية محددة و مقيدة بما لا يزيد عن الثلث من التركة عينا كانت أو منفعة ،

(1) هو جزء من حديث متفق عليه ، أنظر مختصر صحيح مسلم ، ص 259 ، و كذلك ابن حجر
العسقلاني ، تلخيص الحبير ، ج/3 ، ص 91 .

(2) الشوكاني ، ج/6 ، ص 34 ، وابن دقيق العيد ، ج/4 ، ص 4 .

(3) ذكر الطحطاوي عن صاحب التبیین : (و الوصية أربعة أقسام واجبة كالوصية لرد الودائع
و الديون المجهولة و مستحبة كالوصية بالكفارات و فدية الصلاة و الصيامات و نحوها و مباحة
كالوصية للأغنياء من الأجانب و الأقارب ، و مكروهة كالوصية لأهل الفسوق و المعاصي)
حاشية الطحطاوي علي الدر المختار ج/4 ص 314 .

فإن قيل بما حددتم الوصية بالثلث و الآية القرآنية جاءت مطلقة : قال تعالى ((من بعد وصية يوصون بها أو دين)) نقول إن تحديد الوصية و تقييدها بالثلث جاء أخذا بالسنة النبوية الشريفة حيث مما روي عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قال : عانني رسول الله (ص) في حجة الوداع من وجع أشفيت منه على الموت (1) فقلت يا رسول الله بلغ بي من الوجع ما ترى ، وأنا ذو مال ولا يرثني إلا أئنة لي واحدة ، أفأتصدق بثلثي مالي ؟ قال لا قلت أفأتصدق بشطره ؟ قال ((الثلث و الثلث كثير إنك إن تذر ورتك أغناء خير من أن تذرهم عالة يتكفون الناس ...)) (2) .

كما حددت بحديث آخر وإن كان ضعيفا عن النبي (ص) قال (إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم) (3) .

و على هذا نقول إن السنة النبوية قيدت مطلق القرآن الكريم فمن أوصى بما زاد عن الثلث خرج عما أذن به شرعا ووقف بذلك تصرفه على إذن غيره فيما زاد عن الثلث ، ومن ثم قيل أنها عطية منهم ، و هو ما نص عليه قانون الأسرة في المادة 185 بقوله (تكون الوصية في حدود ثلث التركة ، و ما زاد عن الثلث تتوقف عن إجازة الورثة) .

(1) أي قاربته و أشرفة عليه .

(2) متفق عليه .

(3) رواه الدرقي عن أبي الدرداء ، وأخرجه أحمد و البيهقي وابن ماجه و البزار من حديث أبي هريرة ، أنظر تلخيص الحبير ، ج/3 ، ص 91 و كذلك نيل الأوطار ، ج/6 ، ص 38 .

أركان الوصية :

للوصية أربعة أركان وفق ما قاله الجمهور وهي :

1- الموصي ، 2- الموصى له ، 3- الموصى به ، 4- الصيغة .

و ذهب الحنفية إلى أن للوصية ركنين فقط هما الإيجاب و القبول ، و قيل عندهم إن ركنها هو الإيجاب وحده، أما القبول فهو شرط لزوم لها وهو ماعليه قانون الأسرة عندنا .

1- الموصي : و هو الشخص المالك الذي يريد إخراج جزء مما يملك و يدخل ضمن تركته بعد وفاته عينا كان أو منفعة على سبيل التبرع ، أو الأداء أو الإبراء .

و يشترط في الموصي أن يكون :

أهلا للتصرف ، سليم العقل ، غير مجنون ولا مغمى عليه بالغاً من الرشد ، ومن ثم فهي تصح من الكافر والفاسق على السواء ، و يأخذ حكم الوصايا الهبة في مرض الموت ، حيث أن هذه الهبة إذا كانت في مرض الموت وهو المرض الذي تعقبه الوفاة مباشرة أو كما قالت المحكمة العليا هو المرض الأخير إذا كان خطيراً و يجر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعليه وتمييزه (1) فإنها تعتبر وصية وتطبق عليها أحكام الوصايا(2).

و لقد نص قانون الأسرة في المادة 186 منه على أنه يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل بالغاً من العمر 19 سنة على الأقل .

2- الموصى له : وهو كل شخص غير وارث يصبح تملكه للموصى به شرعا

حالا أو مالا و لو حملا مسلماً كان أو كافرا إلا المحارب تبعا للمعتمد في المذهب .

(1) أنظر المجلة القضائية العدد الثالث ، السنة 1989 - ص 51 .

(2) أنظر المجلة القضائية عدد خاص بالإجتهااد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية السنة 2001 ، ص 281 وكذلك أيضا الصفحة 287 .

ومن ثم فإن الموصى له قد يكون من الأشخاص الذين يصح تملكهم ابتداءً وقد يكون الموصى له حملاً أو غير موجود أصلاً كالوصية لمن سيكون من ولد فلان، وقد تكون لشخص معنوي فكل هؤلاء متى جاز لهم تملك الموصى به شرعاً وهذا يكونه حلالاً صحت الوصية ونفذت (1) .

و لقد نص قانون الأسرة على هذه الأحكام في عدة مواد منها المادة 189 التي تكلم فيها على أنه لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي ، ومنها المادة 187 التي تنص على أنه لا يشترط في الموصى له أن يكون ممن يصح تملكه وقت الوصية ، بل تجوز حتى للحمل ، و لكن النص لم يوضح حكم الوصية للمعدوم أصلاً ، أي لمن سيولد مستقبلاً رغم تجويز الفقهاء لها .

أما المادة 200 فلقد وضحت بأن إختلاف الدين بين الموصي و الموصى له لا أثر له على صحة الوصية فتجوز الوصية للمسلم و الكافر ، وإن كان الفقهاء قد إشتراطوا في الموصى له إذا ما كان كافراً بالألا يكون محارباً .

و مما سبق نستنتج الشروط المطلوبة في الموصى له وهي :

- 1- أن يكون الموصى له أهلاً للتملك والإستحقاق فمن أوصى لحيوان لاتصح وصيته .
- 2- أن يكون الموصى له معلوماً أو يمكن علمه ، فإن جهل جهالة فاحشة لا يمكن رفعها بطلت الوصية ، ومن نظر إلى قانون الأسرة يجد أنه لا يجيز الوصية للمعدوم كما قالها المالكية بل كل الذي أجازة القانون في المادة 187 هو أنها تصح للحمل متى ولد حياً و هو لا يعد معدوماً لأنه كان موجوداً وقت الوصية ، وإن كان يرجعنا للمادة 222 من

(1) إين عرفه ، حاشية الدسوقي ، ج/4 ص 423 ، أحمد النفراوي ، الفواكه الدواني ، ج/2 ، ص 144 - 145 ، عثمان الجعفي ، المرجع السابق ج/2 ، ص 245 ، إين رشد الحفيد ، بداية المجتهد ، ج/2 ، ص 250 - 251 .

قانون الأسرة نستطيع القول بهذا لكونها تحيلنا على أحكام الشريعة عند فقدان النص.
3- ألا يكون الموصى له قاتلا للموصى قتل عمدا عدوان وهذا لما روي عنه (ص) أنه قال (لا وصية لقاتل) و يروى أنه قال أيضا (ليس لقاتل شيء) و ذكر الشيء نكرة مطلقا فشمّل الميراث و الوصية جميعا (1) .

ومن ثم فمن قتل من أوصى له عمدا عدوانا فسواء كان قاعلا أصليا أم شريكا منع من هذه الوصية وفق أحكام المواد 135 - 188 من قانون الأسرة لأنه بقتله هذا قد تسبب في قطع جميع روابط الصلة بينه و بين الموصى ، كما أن القول بجوازها و نفاذها يجعل الجرائم سببا في النعم ، وهذا لا يتماشى مع قواعد الموارث و الوصايا التي تستدعي زجره بأبلغ وجوه الزجر و لعل حرمانه من الوصية يعد واحدا من تلك الأوجه .
أما إذا كان الموصى له قد قتل الموصى قتل خطأ فإن الوصية نافذة و صحيحة في ما تركه الموصى دون الدية ومن ثم فإنه عند إخراجنا لثلث الوصية نستبعد الدية من ضمن مكونات التركة .

4- أن لا يكون الموصى له وارثا ، ذلك لأن الوصية للوارث منهي عنها شرعا (2)، بقوله (ص) (لاوصية لوارث) وهذا لما تحمله في طبيعتها من الإضرار بالغير وهو يعد من الكبائر، كما أنها تؤدي إلى قيام الأحقاد والضغائن بين الورثة الشيء الذي يؤدي إلى قطع الرحم وهو أمر منهي عنه وحرام ، ولذلك فمن أوصى لوارث كانت وصيته غير نافذة إلا

(1) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج/7 ، ص 339 .

(2) وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1997/07/29 تحت رقم 166090 ومما جاء في ذلك القرار جواز الوصية لأبناء الإبن متى كان الإبن حيا (أي والدهم) لكونهم محجوبون في تلك اللحظة ، أنظر في ذلك مجلة الإجتهد القضائي العدد الخاص بغرفة الأحوال الشخصية لسنة 2001 ص 298 .

إذا أجازها الورثة و المشرع بهذا قد قال بما قاله الحنفية و المالكية (1) ، و الشافعية و الحنفية حيث يرون جميعا أن الوصية للوارث تصرف صحيح و لكنه يبقى موقوفا على إجازة باقي الورثة فإن أجازوها نفذت وإلا فلا ، ومما جاء ذكره في موطأ مالك قوله (السنة الثابتة عندنا التي لا إختلاف فيها أنه لا تجوز وصية لوارث إلا أن يجيز له ذلك ورثة الميت ، وإنه إن أجاز له بعضهم و أبى بعض جاز له حق من أجاز منهم ومن أبى أخذ حقه) و علق على ذلك الزرقاني بقوله لأن المنع في الأصل هو حق للورثة فإذا أجازوه لم يتمتع (2) ، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا بقولها أنه من المقرر شرعا و قانونا أنه لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة المورث وذلك في القرار الصادر بتاريخ : 1992/11/14 و ذلك تحت رقم : 86039 (3) .

3- الموصى به : وهو كل ما يصح تملكه من المباح عينا كان أو منفعة مؤقتة هذه الأخيرة أو مؤبدة كما تصح بالحمل الموجود في البطن منفردا على أمه أو معها ، وإن إشتراط لصحتها انفصاله حيا ، وكذلك الغلال أيضا (4) .

(1) و لقد ذهب بعض المالكية كابن عرفة ومن وافقه إلى بطلان الوصية للوارث أصلا وعدوا موافقة الورثة تصرفا جديدا بمثابة عطايا قائمة بذاتها ، حيث مما ذكره ابن عرفة عند شرحه لقول الدردير (وبطل الإيصاء لوارث) أي ولو بقليل زيادة على حقه ، وذكر عند قوله (فعطية) أن هذا هو المشهور وهو مذهب المدونة ، حاشية الدسوقي ، ج/4 ، ص 427 .

(2) محمد الزرقاني ، شرح الزرقاني على موطأ مالك ، ج/4 ، ص 68-69

(3) المجلة القضائية عدد خاص بالإجتihad القضائي في الأحوال الشخصية السنة 2001 - ص 292 .

(4) أنظر تفصيل هذا الموضوع حسن الحسن الكوهجي ، زاد المحتاج بشرح المنهاج ، ج/3 ، ص 78-79 .

ولقد ذهب بعض الحنفية و أهل الظاهر إلى عدم جواز الوصية بالمنافع تبعاً لكونها لا تعد من مكونات التركة وأنها ليست على ملك الموصي

ولقد ذهب قانون الأسرة إلى جواز الإيصاء بالمنفعة متبعاً في ذلك قول الجمهور من مالكية وشافعية ومن وافقهم وهذا وفق مانص عليه في المادة 190 ووضح في المادة 196 أن الوصية بالمنفعة إذا كانت لمدة غير محددة-أي مؤبدة- فإنها تنتهي بوفاة الموصي له .

4-الصيغة : وهي كل لفظ من الموصي يفيد أو يفهم منه الإيصاء و ذلك مثل قوله أوصيت لك بكذا أو ملكتك بعد موتي كذا ، وهذا يعد إيجاباً يفتر إلى قبول صادر من الموصي له بعد وفاة الموصي صراحة أو ضمناً ، أو من ورثته إن توفي الموصي له قبل القبول أو الرد .

و لقد ذهب النفاوي إلى وجوب الإشهاد عليها فبدون إشهاد لا يجب تنفيذها و تبطل ولو كانت بخط الموصي لإحتمال رجوعه عنها ، إلا أن يقول ما وجدتم بخطي يدي فأنفذوه فإنه ينفذ .

ولابد هنا من التفرقة بين الصيغة التي تتعقد بها الوصية ووسيلة الإثبات اللازمة لها قانوناً .

فالمشرع قد تكلم عن الصيغة التي تبرم بها بإعتبارها تملك مضاف إلى ما بعد الموت في المادة 191 من قانون الأسرة و هذا بقوله أنها تكون (بتصريح أمام الموثق و تحرير عقد بذلك) و هذه المادة يفهم منها أن المشرع قد إقتفى أثر بعض الحنفية الذين قالوا بأن الوصية تتعقد بالإيجاب وحده وهو الركن الوحيد لها ، وهو أمر يسير مع قاعدة التبرعات التي يكفي في وجودها شرعاً ما يصدر عن المتبرع وحده وليس بلام أن يكون ما يصدر من الطرف الثاني ركناً في العقد .

و ما قلناه هذا نجد ما يؤكد صراحة في القانون حيث إن المشرع في المادتين 197- 198 قد نص عن القبول و وضع بأنه يكون بعد وفاة الموصي بينما في المادة 191 أوضح بأن العقد يكون بتصريح من الموصي أمام الموثق فإذا إنعقدت الوصية فما الذي يبقى بعد ذلك من الأركان ؟ .

أما فيما يتعلق بما تثبت به الوصية فلقد نص القانون في المادة 191 على أنها تثبت بواحد من أمرين :

أولا : العقد التوثيقي :

و يكون ذلك بتصريح أمام الموثق و تحرير عقد بهذا التصريح تكتمل فيه كل إجراءات العقود من بيان صفة الموصي و الموصى له و الموصى به و إزالة اللبس عن كل ما يمكن أن يؤدي إلى الإشتباه أو إختلاط الوصية بما يماثلها من عقود أو موضوعها من أعيان .

ثانيا : الحكم القضائي :

ويؤثر به على هامش أصل الملكية و هذا في حال عدم التمكن من إثبات الوصية بالعقد التوثيقي نتيجة مانع قاهر من ذلك و الحكم القضائي المقصود هنا هو الحائز لقوة الشيء المقضي فيه وهذا يكون بنشر الموصى له دعوى أمام القضاء طالبا فيها تثبيت الوصية نتيجة ما بين يديه من وسائل إثبات ، و هذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ : 97/12/23 تحت رقم 160350 ومما جاء فيه أنه من المقرر قانونا أن الوصية تثبت بتصريح الموصي أمام الموثق أو تحرير عقد بينك ، و في حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم و يؤشر على هامش أصل الملكية (1) .

(1) أنظر المجلة القضائية ، الاجتهاد القضائي الخاص بغرفة الأحوال الشخصية - عدد

خاص لسنة 2001 - ص 215 .

ما يلحق بالوصايا :

لقد ألحق القانون المدني الجزائري تصرفين إثنين بالوصايا و ذلك وفق ما نص عليه في المادتين : 776-777 .

الأول منهما : تصرفات التبرع أثناء الموت .

حيث إعتبر المشرع في المادة 776 الفقرة 1 من القانون المدني أن (كل تصرف قانوني يصدر من شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر مضافا إلى ما بعد الموت ، و تسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطي لهذا التصرف) . و عد المشرع هذه التصرفات بمثابة الوصايا أت من أن هذه التصرفات وإن كانت منجزة وحالة إلا أنها في حكم المضاف إلى ما بعد الموت من جهة و لدخول تهمة الإيثار عليها من جهة ثانية ، و المشرع بنصه هذا قد حافظ على حقوق الورثة و ذلك بسده البلب على المريض وهذا بمنعه من المحاباة في الأموال و تهريبها بغير وجه شرعي .

و النص القانوني السالف الذكر يجد سنده الشرعي في أقوال الأئمة و الفقهاء من مالكية و أحناف و من وافقهم ، حيث يقول الخرشي المالكي عند قول خليل في الهبة أن تكون (ممن له تبرع بها) فالمعنى أن من له أن يتبرع بما يريد يصح له أن يهبه ومن لا فلا ، فالمريض و الزوجة إذا أرادا هبة تلتئها يصح لهما لأن لهما ذلك لأن لهما أن يتبرعا به (1) ، وقال ابن عرفة في رسالته بالنسبة للشئ الموهوب (فإن مات - أي الواهب - قبل أن تحاز منه فهي ميراث إلا أن يكون ذلك في المرض فذلك نافذ في الثلث إن كان لغير وارث) وقال شارحها زروق وفيما حيز - أي من الهبات - في مرض موت معطيه ثلاثة - أي ثلاث أقوال - بطلانها وصحتها في ثلث الشئ الموهوب للمعطي ،

(1) الخرشي ، ج/7 ، ص 103 .

وكونها في ثلث المعطي بجملتها (1) .

أما الحنفية فلقد ذكر صاحب المختار أن الهبة تنفذ إن كانت من (مقعد ومفلوج و
أشل و مسلول من كل ماله إن طالت منته و لم يخف موته منه وإلا فمن ثلثه) وقال
صاحب الفتاوى البزازية (المريض الذي يكون تصرفه من الثلث من يكون ذا فراش بأن
لا يطبق القيام لحاجة ونحوه وتجوز له الصلاة قاعدا ويخاف عليه من الموت) (2) .

وفي الأخير نود الإشارة إلى أن تصرفات المريض مرض الموت تقسم إلى قسمين :
القسم الأول : وهي تصرفات المريض مرض الموت إلى أحد ورثته وهذه
التصرفات تنفرع بدورها إلى فرعين .

الفرع الأول : وهي تصرفات التبرع وقد سبق ذكرها .

الفرع الثاني : وهي التصرفات غير التبرعية : فإذا ما باع المريض مرض
الموت لأحد ورثته عقارا أو منقولا أو أجر له لأجل بعيد فإن كل هذه التصرفات لا تكون
ناجزة ولا نافذة في حق باقي الورثة إلا بعد إقرارهم لها ذلك لأن هذه التصرفات وإن
كانت بعوض إلا أنها مادامت لوارث فإن مظنة المحاباة وخشية وقوعها تكون محتملة
وواردة وعلى هذا منحت الشريعة لباقي الورثة حق الاحتجاج على هذه التصرفات متى
أضرت بحقوقهم أو ألحقت بهم غيبا .

ومن نظر إلى المادة 408 من القانون المدني يجد أنها قد نصت على هذه الحالة بقولها
(إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة) .

القسم الثاني : تصرفات المريض مرض الموت لغير الوارث .

إن تصرفات الشخص لغير الوارث تعتبر صحيحة و نافذة و الورثة لا يستطيعون

(1) زروق شرح الرسالة ج/2 ص 196 .

(2) الطحطاوي ، حاشية الطحطاوي ، ج/4 ، ص 320 .

الإحتجاج عليها مادام الشخص مدركا مميزا ، لكن إذا أدى به المرض إلى أن فقد وعيه وتمييزه جاز لورثته بناءا على ذلك طلب إبطال تصرفه لعدم إدراكه ، و يشترط في هذه الحالة حصول الغبن أو الضرر ، ذلك لأن العلة و الحكمة من إبطال التصرف هو إنعدام الإدراك و التمييز لا حصول الضرر .

وهذا ما قررتة المحكمة العليا أيضا في قرارها الصادر بتاريخ : 1984/07/09 حيث ذهبت إلى أن المرض الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا و يجر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه و تمييزه (1) .

وهو ما نصت عليه المادة 408 الفقرة 2 أيضا بقولها أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال .

وعليه فإننا نقول كل ما للورثة في هذه الحال هو جواز إبطال هذا التصرف متى أثبتوا بما لا يدع مجالا للشك أن مورثهم عند تصرفه كان غير مدرك نتيجة للمرض الذي أدى إلى وفاته ، وللجهة القضائية المطروح أمامها النزاع السلطة التقديرية ، فمتى إقتنعت بأن ما قدم من شهادات طبية و تقارير عن الحالة الصحية للمريض مرض الموت قد يؤدي فعلا إلى فقدان الشخص تمييزه وصحة عقله أبطلت ذلك التصرف ، و إذا لم تقتنع رفضت دعوى الإبطال و ينفذ التصرف .

و لقد نص المشرع في المادة 409 على حالة إستثنى فيها عدم البطلان و هذا حماية لحقوق الغير حسني النية و ذلك متى إشتروا من المريض مرض الموت شيئا ثم إكتسبوا حقا عينا آخر على ذلك الشيء ، و هذا كمن يشتري من مريض أرضا و يبني عليها ، أو يقوم بزراعتها أو إصلاحها وما إليه مع كونه حسن النية لا يشتمل تصرفه هذا على أي

(1) المجلة القضائية ، العدد الثالث 1989 ص 51 .

خداع أو تواطىء مع المريض .

التصرف الثاني : وهو التصرف للوارث مع الإحتفاظ بالإنتفاع و الحيابة .

لقد نص القانون المدني في المادة 777 على أنه (يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته و إستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه و الإنتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك) ، فالمشرع بهذا النص قد إعتبر هذا التصرف وصية ومتى حصل النزاع بين المتصرف إليه وباقي الورثة وإستطاع هؤلاء الأخيرون إثبات مايلي :-

أولا : أن التصرف كان من المورث للوارث .

ثانيا : أن المورث قد إحتفظ بهذا الشيء حيازة و منفعة له طول حياته أبطل طبقا لأحكام المادة 189 من قانون الأسرة ، الشيء الذي يجعلنا نقول أن هذه المادة قد عدلت ضمينا بمجيء قانون الأسرة ، لأن المادة 777 تعتبر هذا التصرف متى توافرت شروطه وصية ، و المادة 189 تنص على أنه لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي ، و المادة 223 من قانون الأسرة تنص على أنه تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون .

و مع هذا نقول أن المادة 777 تجد لها مجالا و يبقى مفعولها ساريا نسبيا وإن حولت عبء إثبات صحة التصرف على المتصرف إليه ومن ثم فمتى إستطاع المتصرف إليه إثبات أن التصرف كان حقيقة بيعا وأنه قد قام بدفع الثمن الحقيقي و أثبت ذلك كواقعة ، وأن هذا الثمن لم يكن بخسا ، ولا يقصد من ورائه التستر وأن الوارث قد أنفق هذه الأموال في وجهة كذا وكذا ، كان التصرف صحيحا و نافذا تجاه باقي الورثة .

الفرع الخامس : الميراث : و هو الحق الثابت بالموت و لغير الميت و بغير سبب منه و هو حق الورثة من التركة بعد إخراج الحقوق الأربعة السابقة .
هذا الحق يكون لكل شخص على حسب ما هو مقدر شرعا ، ونصيبه قد يكون فرضا كما قد يكون تعصيبا .
و ترتيب هذه الحقوق كما هو ترتيب إستحقاق ، فعند ضيق التركة أول ما ينظر إليه هو الديون العينية ، فإن فضلت من المال فضلة جهز منها ، فإن فضلت فضلة سددت بها ديونه العادية ، فإن زادت و كان قد أوصى أخرج من المتبقي الثلث ، و الباقي بعد ذلك يكون ميراثا .

المبحث الثالث

الإجراءات اللازمة لفض النزاعات المتعلقة بالتركات و المواريث

سوف نتناول في هذا المبحث الكلام عن الجهة القضائية المختصة في هذه النزاعات ثم الأشخاص المؤهلون لرفع دعاوى التركات و تقديم الطلبات و أخيرا طبيعة إجراءات هذه الدعاوى و ذلك في الفروع التالية :

الفرع الأول : الجهات القضائية المختصة :

باديء ذي بدىء نقول إن فض النزاعات المتعلقة بالتركات و المواريث و الهبات و الوصايا يكون أصلا أساسا في القسم الشخصي أمام قاضي الأحوال الشخص في المحكمة الابتدائية .

ولكن إذا ما رفعت مثل هذه القضايا أمام القاضي المدني فإن الخصم أو القاضي نفسه لا يستطيعا الاحتجاج بعدم الاختصاص النوعي ، وذلك لأن المحكمة المدنية صاحبة إختصاص عام و من ملك الكل ملك الجزء ، و من ثم تدخل هذه القضايا ضمن صلاحياتها هي أيضا تبعا لأحكام المادة الأولى من الإجراءات المدنية التي تخولها حق النظر في جميع القضايا المدنية .

ومواء أريد رفع دعوى فض النزاع أمام القاضي الشخصي أو المدني فإنه لا بد وأن يتأكد المدعي من أن المحكمة مختصة محليا ، ذلك لأن مواد المواريث و متعلقاتها الإختصاص فيها يعود إلى المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها مكان إفتتاح التركة ، المادة 8 فقرة 4 إجراءات مدنية .

و المنازعة المتعلقة بالتركة قد تكون من وارث وقد تكون من صاحب مصلحة كالخزينة أو الدائن أو الموصى له ، وهي سواء كانت من هذا أم ذاك فإنه لا بد لها من وسائل إثبات كالقريضة التي تبين إستحقاق الوارث في التركة ودرجة قرابته بالمورث ونوعها ، أو العقود التوثيقية المثبتة للوصية أو الدين أو ما يقوم مقامهما من أحكام قضائية حائزة لقوة الشيء المقضي فيه .

الفرع الثاني : الأشخاص المؤهلون لرفع دعاوى التركات وتقديم طلبات تصفيتها :
إن الدعاوى المتعلقة بتقسيم التركات وطلبات تصفيتها ترفع إما من صاحب المصلحة وإما من الوارث وإما من النيابة العامة ، وهذا بناء على وجود النزاع وعدمه .
فإذا رفعت الدعوى من ذي مصلحة غير وارث و هذا كالدائن أو الموصى له أو الخزينة فإنه بدعواه هذه يعين القاضي حارسا على هذه التركة يقوم بين الحين والآخر بتقديم حساب عن كيفية إدارته لهذه الأموال وما أنفقه عليها أو كان من عائداتها ، ويكون مسؤولا عما لحق هذه الأموال من أضرار بسبب تقصيره .

و تستمر هذه الحراسة حتى يتم حصر التركة و جردها و تقسيمها كلية ، فإن كفت التركة الحقوق المتعلقة بها فيها و نعمت ، وإلا قدمت نفقات التجهيز على غيرها من الحقوق ، المادة 180 من قانون الأسرة وما بقي بعد ذلك يقسم بين الدائنين قسمة غرماء أي بالنسب اللازمة بينهم محاصة ، و ذلك كل بقدر دينه دون تفرقة بين دين الصحة ودين المرض أو ما كان متقدما منها أو متأخرا مادامت كلها ثابتة .

أما إذا رفع الدعوى كل الورثة أو بعضهم طالبين تقسيم التركة بعد حصرها ، فإن كلنا جميعا بالغين فعلى القاضي تقسيمها وذلك بعد التأكد من إستيفاء أصحاب الحقوق حقوقهم.

هذا التقسيم بينهم يكون وفق أحكام المواريث كل بحسب نصيبه و يتبع في ذلك قواعد تقسيم الملكية الشائعة ، فما قبل القسمة دون ضرر أو ضياع للفائدة قسم ، و أما ما كان أصلا غير قابل للقسمة أو كانت قسمته تضيع فائدته أو فائدة جزء آخر من التركة فإنه لا يقسم و يكون فيه التخارج .

و عند عدم الإتفاق يباع بالمزاد ، و تطبق أحكام بيع الأموال غير المنقولة فيما يتعلق بيع العقارات غير القابلة للتقسيم ، و تأخذ هذا الحكم أيضا المؤسسات الصناعية أو التجارية أو الزراعية ، حيث على القاضي أن يبيعها بجميع عناصرها دون تفرقة بين العقار و المنقول ما لم تكن التفرقة أكثر فائدة للورثة .

أما إن كان من بين الورثة قصرا ولا ولي لهم ولا وصي فإن على القاضي بعد تقسيم التركة تعيين مقنما على أموال القصر يتصرف فيها لحسابهم تصرف الرجل العادي ويكون مسؤولا عما يلحق أموالهم من ضرر بسبب تقصيره ، وهذا طبقا لمقتضيات القانون العام ، وعلى هذا فإن كل القضايا التي من ضمن ورثتها قصرا فإن تقسيمها لا يكون إلا عن طريق القضاء و يجب عرض الملف على النيابة قبل 10 أيام على الأقل من يوم الجلسة ، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ : 1992/12/22 تحت رقم 84551 و الذي مما جاء ((أنه من المقرر قانونا في حالة وجود قاصر يتوجب أن تكون قسمة التركة بين الورثة عن طريق القضاء)) (1) وكذلك أيضا القرار رقم 112773 الصادر بتاريخ : 1995/01/31 والذي يذكر بوضوح أن إجراء قسمة التركة إذا كان بها قصر يستدعي و يستوجب اللجوء إلى القضاء ولا أعتبرت القسمة باطلة .

أما النيابة العامة فإنها تتقدم بطلبات تصفية للتركة في حالتين .

(1) أنظر المجلة القضائية العدد الأول لسنة 1995 ص 117 .

الحالة الأولى : إذا كان كل الورثة قصرا أو بعضهم كذلك ولا ولي لهم ولا وصي عليهم ، حيث تتقدم النيابة في هذه الحالة للقاضي بطلب تصفية متضمنا تعيين مقدم على هذه الأموال حتى بلوغ القصر سن الرشد ، و ببلوغهم تسلم لهم الأموال و يقدم لهم عليها حسابا بالمستندات كما يقدم صورة عن ذلك الحساب المذكور إلى القضاء المادتان 97 - 182 من قانون الأسرة .

الحالة الثانية : و هي عند عدم وجود الوارث الظاهر للمتوفي حيث في هذه الحالة و محافظة على الأموال من الضياع تتقدم النيابة العامة لرئيس المحكمة بطلب تصفية وبناء على ذلك يقوم بحصر التركة و جردها و إيداع النقود و الأشياء الثمينة التي يجدها من أموال المتوفي في أحد البنوك أو المصارف ، كما يقوم ببيع ما يخشى فساده ، حتى إذا ما إنتهى من عملية الصرف و التصفية سلمها للدولة و ألت الأموال إلى الخزينة المادتان 180 - 182 من قانون الأسرة .

وفي حالة ما إذا ظهر وارث بعد ذلك و أثبت صفته و أنه أحق بالإرث من الخزينة رجع على الدولة بأمواله بشرط أن لا يتقدم حقه وذلك بمضي 33 سنة من تاريخ الوفاة . و كان من المفروض على المشرع ألا يقول بالتسليم للخزينة مباشرة بل يضرب أجلا توضع فيه الأموال بين يدي حارس أو قيم كالخمس أو العشر سنوات تحسبا لظهور أي وارث محتملا حتى إذا ما ظهر الوارث و أثبت صفته إستطاع أخذ الأموال بإجراءات أسهل و بكلفة أقل .

و الفارق في الإجراءات بين الأشخاص المؤهلين لرفع هذه الدعاوى أو تقديم الطلبات هو أن النيابة تتقدم بطلباتها لدى رئيس المحكمة و الفصل فيها يكون بأوامر و ذلك لإتعدام الخصومة و النزاع .

بينما باقي الأشخاص يقومون برفع دعاوى، وفض النزاع يكون بأحكام إلا ما أسستني .

الفرع الثالث : طبيعة إجراءات سير الدعاوى و الطلبات :

إن طبيعة إجراءات سير الدعاوى المتعلقة بالتركات هي ذات وصف إستعجالي وإن لمن تدخل ضمن الإطار العادي لقاضي الأمور المستعجلة جملة و تفصيلا في كل موضوعاتها ، ذلك لأنه يجب ألا يتبع فيها ما يتبع في القضايا العادية أمام القاضي المدني فيما لم يكن إستعجاليا أصلا .

ومن نظر في قانون الأسرة يجد على أنه قد نص في المادة 183 عن هذه الطبيعة وذلك بقوله يجب أن تتبع الإجراءات المستعجلة في قسمة التركات فيما يتعلق بالمواعيد وسرعة الفصل في موضوعها و طرق الطعن في أحكامها .

و المشرع بهذا النص قد أصاب ذلك لأن التركة غالبا ما تحتوي على أموال لا تحتمل طول الأمد و هذا كالزروع و الحيوانات و عروض التجارة وما إليه ، كما أن هذه التركات غالبا ما تكون لذي حاجة إما لصغر و إما لعوز ، فالولد الصغير يحتاج إلى نفقة من يوم وفاة المورث ، و الأرملة تحتاج إلى معيل ينفق عليها من أول يوم في عنتها ، فلو أخرت التركة لسنوات لذهبت فائنتها بالنسبة للمرأة و الصغير المحتاج ، ذلك لأن حاجة هؤلاء لأموال مورثهم عن دبر وفاته و إستخلافه فيها أولى مما يؤول إليهم بعد سنين ، وعلى هذا تطلب المشرع الإستعجال في كل ما تعلق بها من إجراءات .

المبحث الرابع

وقت إنتقال التركة و كيفية قسمتها و النفقات اللازمة لها

إذا كانت الذمة المالية للإنسان في غالبيتها تتكون مما يدخل ضمنها عن رضا وطيب خاطر وهذا إما عن طريق الإحياء و إما عن طريق النقل كالشراء أو الإيجار ، فإنها مع ذلك قد تتخلها أشياء و أموال جبرا عن صاحبها و بحكم الشرع وهذا هو الميراث .

وفي هذا المبحث نتناول وقت إنتقال التركة ثم كيفية تقسيمها بينهم و أخيرا النفقات لحفظها و صيانتها ومن الملزم بدفعها و هذا في الفروع التالية :

الفرع الأول : وقت إنتقال التركة إلى الورثة :

لا إشكال في حال ما إذا كانت التركة غير مدينة حيث تنتقل أموال المورث و ما كان داخلا ضمن ذمته إلى ورثته مباشرة فور الوفاة ، و هذا لاختلاف فيه بين الفقهاء وهو ما نص عليه قانون الأسرة في المادة 127 بقوله و يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو بإعتباره ميتا بحكم القاضي .

و كذلك ما نص عليه القانون المدني في المادة 730 بقوله يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشيوع .

و لكن الإشكال يحصل في حال ما إذا كانت التركة مدينة حيث لم ينص القانون على ذلك و لم يوضح كيفية التصرف في التركة سواء كانت مستغرقة بالديون أم غير مستغرقة و بالنظر إلى المادة 222 من قانون الأسرة نجد أنها تحيلنا على أحكام الشريعة

و الذي قاله المالكية في هذا الصدد أن التركة إذا كانت مستغرقة كلية بالديون فإنها لا تنتقل إلى الورثة ذلك لأن الورثة لا يتحملون ما تعلق بتركة المورث و هذا نتيجة فصل النظم عن بعضها البعض و هو تطبيق للقاعدة القائلة أنه لا تركة إلا بعد سداد الديون .
أما إذا كانت التركة غير مستغرقة فإن الذي ينتقل إلى الورثة فور وفاة المورث هو ما زاد عن الديون و باقي الحقوق الأخرى من نفقات تجهيز ووصايا و ذلك تبعا للترتيب السابق و المنصوص عليه المادة 180 من قانون الأسرة .

الفرع الثاني : كيفية تقسيم التركة بين الورثة :

الأصل أن تقسيم التركة و عدم تقسيمها راجع إلى إرادة الورثة ، فإن إتفقوا جميعا على عدم تقسيمها إستمرت على حالها ، وإن أرادوا جميعا تقسيمها قسمت بالطريقة التي يرونها ما لم يكن فيها قصر ليس لهم ولي والتركة تحتوي على عقار ، حيث في هذه الحالة التقسيم لا يكون إلا بإذن من المحكمة ذلك لأن قسمة العقار تكون باطللة والخبرة فيها غير مجدية ما لم يتحصل الولي على الإذن الواجب من المحكمة حسب المادة 88 من قانون الأسرة والمادة 459 إجراءات مدنية وهذا هو الذي عليه الجانب العملي أيضا(1) .
وأما إن أراد البعض منهم التقسيم و طلب ذلك فإن على الآخرين الإستجابة له ولو كان لا يملك منها الطالب إلا القليل فإن لم يستجيبوا لطلبه رفع دعواه أمام القضاء تبعا لما قلناه سابقا في التركة ، و هذا ما نصت عليه المواد 722 - 723 - 724 من القانون المدني .

(1) المجلة القضائية العدد 2 السنة 1991 ، ص 63 .

و إذا ما قسمت التركة قسمة مراضاة و حصل للبعض منهم غبن بسببها يصل إلى الخمس أو يزيد وقت إجرائها فإن من حق المغبون أن يرفع دعوى لإبطال هذه القسمة خلال سنة من وقت حصولها المادة 732 من القانون السدني .

و إذا استمرت قسمة المراضاة قائمة إلى خمسة عشرة سنة فأزيد فإنها تكتسب الحجية و تصبح نهائية وفق ما نص عليه في الفقرة الأخيرة من المادة 733 حيث تقول (وإذا دامت قسمة المهاداة خمسة عشرة سنة إنقلبت إلى قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك) .

وهو أيضا ما نجد المحكمة العليا قد أقرته في قرارها الصادر بتاريخ : 1990/05/09 رافضة بذلك طلب إعادة القسمة التي أجريت عام 1959 والتي يعترف بها أطراف النزاع (1).
و الحكمة من صيرورة هذه القسمة نهائية هو المحافظة على حقوق الأشخاص وخاصة حسني النية منهم من جهة و دفع الأشخاص إلى مواصلة العمل و الإستغلال لهذه التركة من جهة ثانية لأن أطراف القسمة متى علموا أن القسمة تكتسب حجية وجد عندهم نوع من اليقين و التأكد من عدم وجود المنازع ، ومن ثم يكون ذلك حافزا في الزيادة .

الفرع الثالث : النفقات اللازمة للتركة :

إن النفقات التي تتفق على التركة من وقت وفاة المورث إلى حين التقسيم النهائي لها طالت المدة أم قصرت هي على الورثة و ذلك كل بحسب نصيبه منها ، فأجرة العامل

(1) المجلة القضائية ، العدد 2 ، السنة 1991 ، ص 35 .

و نفقة الماء إن كان الأرض مسقية و الكهرباء إن إحتاجت إليه و أجرة الحرث و الحصاد و ما إليه كل ذلك يتقاسمه الورثة فيما بينهم ، وهذا ما نص عليه القانون في المادة 719 وذلك بقوله (يتحمل جميع الشركاء كل بقدر حصته نفقات إدارة المال الشائع و حفظه والضرائب المفروضة عليه و سائر التكاليف الناتجة عن المشروع أو المقررة على المال كل ذلك ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك) .

و هذا الأمر ناتج من أن للورثة الحق في القسمة أو البقاء و الإستمرار فيها على الشيوع دون تحديد أو قيد بأجل ، ومتى إستمرت التركة على هذه الكيفية فإنها تبقى مملوكة لكل الورثة ومن توفي منهم نزل وراثته منزلته و يلزمون هم بدفع النفقات التي كانت على مورثهم بقدر ميراثه منها ، و عليه فإن حقهم فيها لا يسقط بالتقادم و لو مضت عليه مدة 33 سنة ذلك لأن التقادم الذي قال به القانون المدني في المادة 899 إقتداء فيه برأي الحنفية يكون متى إستولى بعض الورثة على كل التركة أو جزء منها و حرموا بذلك بعض الوارثين أو الوارثات كما هو معروف عندنا في بعض المناطق ، و إستمر الطرف المحروم أو المأخوذ حقه ساكتا مع علمه بذلك لمدة 33 سنة ، أما حالتنا هذه فإن التركة مستغلة من طرف كل الورثة و حيازتهم لها جميعا لم تنقطع ومن ثم لا أثر للتقادم .