

عنوان المذكرة

تصفية التركة
دراسة مقارنة بين القوانين المغاربية

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص القانون الخاص الشامل

تحت إشراف الأستاذة:

- إقروفة زبيدة

من إعداد الطالبتين:

- باكلي نجيمة

- عدوان نسيمة

أعضاء لجنة المناقشة

-الأستاذ (ة): تريكي دليلة..... رئيسا

-الأستاذة: إقروفة زبيدة..... مشرفا ومقررا

-الأستاذ (ة): نجوم نساء.....ممتحنا

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال الله تعالى:

"لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ
نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ

سورة النساء، الآية/7.

نَصِيبًا مَّفْرُوضًا"

شكر وتقدير

نحمد الله عزوجل أولاً على توفيقه لإتمام هذا البحث، ونسأل الله بأسمائه الحسنى وصفاته العلى أن يجعله خالصاً لوجهه الكريم، موجباً للفوز لديه في جنات النعيم.

نتقدم بأسمى معاني الشكر والتقدير إلى اللذين حملوا رسالة العلم والمعرفة.

نتوجه بالشكر الجزيل والامتنان الكبير للدكتورة "إفروفة زوييدة" لقبولها الإشراف على هذه المذكرة، وملاحظاتها القيمة التي أضاعت سبيل البحث جزاها الله خيراً.

كما نتوجه بالشكر إلى كل الأساتذة اللذين مدّوا لنا يد العون من بينهم الأستاذة "مقتانة مبروكة"، والأستاذ "فقيري عبد الله"، وبالخصوص "زغاب صحر" من جامعة تونس جزاهم الله خيراً.

والشكر موصول إلى كلّ من درّسنا وكان له فضل علينا، وإلى كلّ من مدّ لنا يد المساعدة من قريب أو من بعيد، توجيهاً ونصحا، كتابة أو طباعة.

إهداء

نحمد الله ونشكره شكرا يليق بجلاله، سهل لنا الصعاب ووقفنا وألهمنا القدرة لإنجاز هذا العمل الذي أهديته:

إلى التي كانت رمز العطف والحنان إليك يا أروع ما في الكون

"أمي الحنونة" أطل الله في عمرك.

إلى من حمل مشقة الدنيا من أجل حياتي "أبي".

إلى إخوتي وأخواتي وأبنائهم الصغار

(ياسر، يوسرة، إيمان، بلال، شيماء، سعيدة، صبرين، نسرین، آية).

إلى من قسمتني أتعاب هذه المذكرة وساعدتني على اجتياز الصعاب زميلتي "نسيمة" وإلى كل عائلتها الكريمة.

إلى من شاء القدر أن يلاقي بيني وبينهن زميلاتي

إلى كل من يعرفني أهدي لهم ثمرة جهدي المتواضع.

نجيمة

نحمد الله ونشكره شكرا يليق بجلاله، سهل لنا الصعاب ووقفنا وألهمنا القدرة لإنجاز هذا العمل الذي أهديته:

إلى صاحب العطاء الأكبر والتفاني الأعظم

والذي الكريم.

إلى من واستنتني في الألم وزودتني بالأمل

أمي الحنونة.

إلى زميلتي التي تعبت معي وساعدتني في إنجاز هذه المذكرة لإخراجها إلى حيز الوجود "نجيمة" وإلى كل عائلتها

الكريمة.

إلى جدي وجدتي أطل الله في عمرهما.

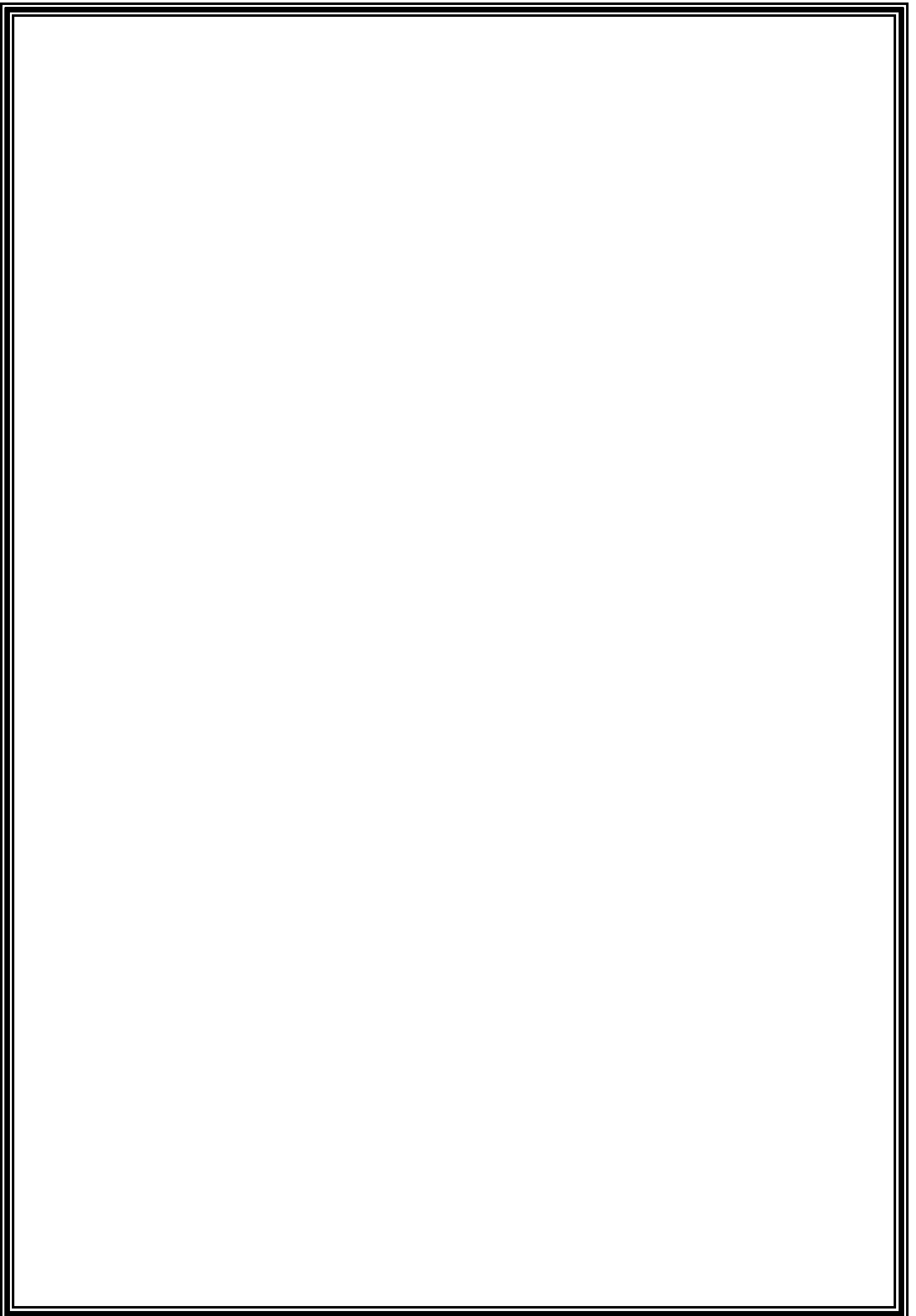
إلى من علمني حرفا، فكان شمعة تنير دربي من ظلمة الجهل القاتل

زوجي العزيز.

إلى من شاء الله أن يلاقي بيني وبينهن رفيقاتي

وإلى كل من وسعته ذاكرتي ولم تسعه مذكرتي أهدي لكم ثمرة جهدي.

نسيمة



قائمة أهم المختصرات

ج: جزء

ج ر: جريدة رسمية

(د.ب.ن): دون بلد النشر

(د.س.ن): دون سنة النشر

(د.د.ن): دون دار النشر

ص: صفحة

ص ص: من صفحة إلى صفحة

ط: طبعة

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري

ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ق.ح.م: قانون الحالة المدنية

ق.ع.ج: قانون العقوبات الجزائري

ق.ل.ع: مدونة الالتزامات والعقود المغربية

ق.م.ج: قانون المدني الجزائري

ق.م.م: قانون المسطرة المدنية المغربية

م.أ.ش: مجلة الأحوال الشخصية التونسية

م.ح.ع: مجلة الحقوق العينية التونسية

م.ح.ع: مدونة الحقوق العينية المغربية

م.س: مدونة الأسرة المغربية

م.ل.ع: مجلة الالتزامات والعقود التونسية

مقدمة

يمتاز نظام التوريث في الإسلام، بأنه أعدل النظم وأحكامها لموافقته للفطرة البشرية، بتحقيقه الملكية الفردية وحرية الانتفاع بها.

الميراث حق يثبت للمستحق بعد موت من كان له ذلك الحق لقرابة بينهما أو غيرها، وكل ما كان مملوكا للشخص قبل وفاته من الأموال والحقوق والمنافع فهي تعتبر من التركة وتنقل إلى الورثة كل حسب نصيبه الذي يستحق، وتعتبر واقعة الوفاة أحد أسباب انتقال الملكية، فإذا توفي الشخص انقضت شخصيته القانونية وزالت ذمته المالية فأصبح ما خلفه من المال يصطلح عليه بالتركة، والتركة هي الركن الأهم في الميراث فلولا وجود التركة لما كان توريث ولا موروث، ولقد بين القرآن الكريم كيفية توزيع التركة بعد الوفاة، وبين الحقوق المتعلقة بها، وترتيب الأسبقية في التنفيذ بشكل عام وعادل، وكيفية تصفيتها وتسليمها لمستحقيها.

التركة تتعلق بها حقوق يتعين إخراجها وتصفيتها قبل حقوق الورثة كمصاريف التجهيز والدفن، وديون المتوفي ووصيته، والأهم من دراسة هذه الحقوق معرفة مراتب قضاءها، لأن حقوق الورثة ثابتة بحكم الشارع لا بإرادة المورث ولا الوارث.

تحتاج التركة لتصفيتها تخليصها من الحقوق المتعلقة بها، حتى يبقى الرصيد خالصاً من كل شيء، إذن يمكن أن نقول بأن دراسة الحقوق المتعلقة بالتركة أول إجراء يجب البحث عنه لاستخراج الرصيد الصافي منها.

قد يكون من بين الورثة من يعميهم الطمع فيقومون بالاستيلاء على كل التركة أو بعضها قبل قسمتها دون وجه حق، ومن هذا المنطلق نجد أن كل من المشرع الجزائري والمغربي، والتونسي، قد تدخل لتوفير إجراءات حمايتها، سواء كانت إجراءات توثيقية، أو إجراءات النيابة الشرعية، أو إجراءات قضائية.

هذه الإجراءات لها أهمية بالغة في المحافظة على التركة، لأنه بعد الموت وقبل القيام بها تكون التركة في حالة فراغ، بلا حارس ولا رقيب، مما يستدعي تدخل القضاء.

ولتصفية التركة لا بد من إتباع مراحل متعددة أولها، تعيين شخص لتصفية تلك التركة، والذي تكون مهمته القيام بتصفية المال المتروك، وذلك من خلال قدراته ومهاراته أي تحت خبرته العملية في ذلك المجال.

وتتجلى أهمية موضوع تصفية التركة:

* وضع حد للنزاعات التي قد تثور من طرف أصحاب الدين والوصية بشأن الحصول على حقهم بين الورثة.

والأهمية الكبرى لموضوع تصفية التركة ارتباطها بالتركة ارتباطاً أدياً، وباعتباره موضوع لا يقبل أي تغيير أو تعديل.

أما عن دوافع اختيارنا هذا الموضوع ففي الدرجة الأولى تخصصنا القانون الخاص، والموضوع ضمن محاور قانون الأسرة:

* إضافة لكثرة النزاعات التي تثيرها الورثة للحصول على نصيبهم.

* معرفة الأحكام والإجراءات المتعلقة بالتصفية في كل من القانون الجزائري والقوانين المغاربية الأخرى.

وتجدر الإشارة إلى أننا حاولنا الإحاطة بمعظم عناصر الموضوع المتعلقة بتصفية التركة دراسة مقارنة بين القوانين المغاربية، رغم قلة المراجع في القوانين المغاربية، إضافة لندرة المراجع التي تناولت موضوع المذكرة بصفة مباشرة وهذا ما دفعنا إلى الإعتماد على الكتب العامة ومن شروح القانون وكذلك المذكرات الجامعية.

أما فيما يخص المنهج المتبع في دراستنا لهذا الموضوع، فقد اعتمدنا على منهجين، نظراً لطبيعة الموضوع الذي استوجب ذلك، المنهج الأول تحليلي إستقرائي، ويظهر ذلك في بسط وتحليل وشرح المواد القانونية المتعلقة بالموضوع، والمنهج الثاني المقارن وذلك بمقارنة أحكام وإجراءات تصفية التركة في القانون الجزائري والقوانين المغاربية، بغية تبيان أوجه الاختلاف والتشابه بينها.

يمكن حصر إشكالية الموضوع محل البحث في التساؤل الآتي:

* ما هي إجراءات وأحكام تصفية التركة في كل من القانون الأسرة الجزائري ومجلة الأحوال الشخصية التونسية ومدونة الأسرة المغربية؟

للإجابة على الإشكالية المطروحة سالفًا، قمنا بتقسيم الموضوع إلى فصلين ومقدمة وخاتمة، حيث في الفصل الأول الذي جاء تحت عنوان التركة ومكوناتها قسمناه إلى مبحثين: المبحث الأول مفهوم التركة والحقوق المتعلقة بها، وفي المبحث الثاني يتضمن مكونات التركة وإشكالاتها، أما الفصل الثاني الذي جاء بعنوان الإطار القانوني لتصفية التركة، فينقسم بدوره إلى مبحثين حيث المبحث الأول حماية التركة، والمبحث الثاني مراحل تصفية التركة.

ثم حوصلنا مجموع النتائج والتوصيات المتوصل إليها في هذه المذكرة ضمن الخاتمة.

الفصل الأول

التركة ومكوناتها

قسمة التركة من المواضيع ذات الأهمية في قانون الأسرة والمرتبطة بالميراث والتي كثيرا ما أثارت الجدل نظراً لكونها من المسائل المختلفة فيها، لأنّ علم الميراث كلّ لا يتجزأ، ولكلّ فريضة أحكام وقواعد خاصة بحسب الورثة فيها، لأنّهم محور الفريضة، وهم اللّذين يحددون الأنصبة وفقاً ما تقتضيه قواعد الشريعة والقانون.

ومن البديهي أن لا يثار الكلام عن الميراث إذا لم يكن المتوفي قد خلف شيئاً يورث عنه من بعده، فلا ميراث بدون تركة، لكن ما هي التركة التي يتوقف وجود الميراث على وجودها؟، وما هي مكوناتها وعناصرها؟، وما طبيعة هذه المكونات؟، وما هي الحقوق التي تتعلّق بها؟، وكيفية تنفيذ هذه الحقوق؟

للإجابة على هذه التساؤلات قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين نتناول مفهوم التركة والحقوق المتعلقة بها (المبحث الأول)، ثمّ مكونات التركة وأشكالاتها (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مفهوم التركة والحقوق المتعلقة بها

تعتبر الأموال العنصر الأساسي والجوهرية في التركة، وهي محل إتفاق بين أغلبية الفقهاء، ويعتبر جزءاً من حقيقة الشيء بحيث إذا تخلف زال هذا الشيء وأصبح في حكم العدم، إذن التركة تشمل الأموال والحقوق المتعلقة بها، وعليه سنعرض تعريف التركة ووقت انتقالها في (المطلب الأول) والحقوق المتعلقة بها في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

المقصود بالتركة ووقت انتقالها

يترك الشخص بعد وفاته أموالاً وحقوقاً تتعلق بذمته المالية، وللورثة الحق فيها، حسب أنصبتهم وأسهمهم المحددة شرعاً، حيث أنها لا تنتقل إليهم إلا بعد خصم حقوق المتوفى نفسه، ومن هنا يتبين لنا وقت انتقال التركة بعناصرها إلى الورثة، ولذلك نستعرض تعريف أو معنى التركة في (الفرع الأول)، ووقت انتقالها في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف التركة

لمعرفة المقصود بالتركة، ينبغي تعريف هذا المصطلح لغوياً لتقريب الفكرة إلى الأذهان، ومن بعدها تحديد المعنى الاصطلاحي له.

أولاً: تعريف التركة لغة

ترك الشيء تركاً، ويقال ترك الميت مالاً، أي خلفه¹، ويقال في المعاني ترك حقه إذا أسقطه، واسم التركة بتخفيف كسر الأول وسكون الراء، والتركة جمع تركات².

¹ - إبراهيم مصطفى، جابر عبد القادر، وآخرون، المعجم الوسيط، المكتبة الإسلامية للطباعة للنشر والتوزيع، تركيا، (د.س.ن)، ص 84.

² - أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، القاهرة، 2008، ص 49.

ثانيا: تعريف التركة اصطلاحا

هي اسم لما كان مملوكا لمورث إلى وقت وفاته، أو بمعنى آخر كل ما يتركه المتوفى بعد موته من مال أو متاع سواء كان منقولا أو عقارا خاليا من حقوق الغير¹، غير أنّ الورثة لا يقتسمون إلا ما بقي من المال المتروك بعد تصفيتها من كل الحقوق المتعلقة بها من دين وتكاليف أخرى خاصة بالمتوفى².

وإذا رجعنا إلى القانون الجزائري، فإنّ القانون المدني قد أحال أحكام المواريث إلى قانون الأسرة المادة 774 ق.م.ج نصت بأنّه: "تسري أحكام قانون الأحوال الشخصية على تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الميراث وعلى انتقال أموال التركة"³، وبما أن المشرع الجزائري لم يرد فإننا نطبق أحكام الشريعة الإسلامية، طبقا للمادة 222 ق.أ.ج التي نصت بأنّه: "كل ما لم يرد عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"⁴، والقانون المدني الجزائري إنّما يقرر بأن المال هو الحق ذو القيمة المالية، سواء كان حق عينيا أو حقا شخصا، أو كان من حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية، كما أشارت إلى ذلك المادة 682 ق.م.ج نصت بأنّه: "كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلا للحقوق المالية، والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية".

¹ - العربي بخي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص 221.

² - محمد العمراني، الميراث في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المؤسسة الوطنية للاتصال والنشر والإشهار، الجزائر، 2000، ص ص 27-28.

³ - أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر، عدد 78 الصادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

⁴ - قانون 84-11 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق ل 9 يونيو سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج ر، عدد 24 الصادرة في 12 يونيو 1984، معدل ومتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق ل 27 فبراير سنة 2005، ج ر، عدد 15 الصادرة في 27 فبراير 2005.

كما نصت مدونة الأسرة المغربية في الفصل 321 م.س بأنه: "أن التركة مجموع ما يتركه الميت من مال أو حقوق مالية"¹، والواضح أن جميع ما يتركه الهالك مما كان يملكه في حياته من أموال كالنقود والعقارات والمنقولات والحقوق المالية تعتبر من التركة.

أما المشرع التونسي عرف الميراث أنه هو انتقال المال من ذمة شخص أو أشخاص على قيد الحياة وذلك بناء على واقعة الوفاة فيفترض في الميراث وجود علاقة خلافة عامة بين سلف هو المورث² وخلفه وهو الوارث³ الباقي على قيد الحياة، فالوارث يعتبر خلفا عاما لمورثه، وتنتقل ملكية التركة من المورث إلى ورثته، والتركة هي كل ما يتركه المورث من أموال بعد وفاته⁴.

الفرع الثاني

وقت انتقال التركة

لم تتعرض القوانين المغربية في قانون الأسرة لمسألة انتقال الملكية من المورث إلى خلفه العام، أي إلى الورثة، ونرى أن هذا أمرا صائبا، إذ أن قانون الأسرة يعني بمسائل الأحوال الشخصية لا الأحوال العينية، وهذه الأخيرة إنما هي من مواضيع القانون المدني والنصوص الخاصة المتصلة به كالقانون المتعلق بمسح الأراضي وإعداد السجل العقاري الذي نظم مسألة في الملكية العقارية، ولقد نصّ المشرع الجزائري في المادة 2/15 أنه: "غير أن نقل الملكية عن

¹ - ظهير شريف رقم 1-04-22 صادرة في 12 من ذي الحجة 1424 (3فيفري 2004)، القانون رقم 03-07 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، ج ر، رقم 5184 الصادر يوم 5 فبراير 2004.

² - المورث: هو صاحب التركة الذي تمت نقل أمواله العقارية والمنقولة إلى الورثة بسبب وفاته، والمورث تنطبق عليه حالتان إما أن يتوفى وفاة حقيقية أو أن تكون بحكم القضاء مع احتمال وجوده على قيد الحياة كالمفقود.

³ - الوارث: هو الشخص الذي تنتقل إليه تركة مورثه والتركة تنتقل إليه بسبب من أسباب الميراث والمتعلقة أساسا بالقرابة والزوجية نقلا عن العربي بخي، المرجع السابق، ص 222.

⁴ - حاتم محمدي، دروس في القانون المدني قانون الأموال، ج1، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2012، ص

طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية¹، فهنا قد صرح المشرع بأن انتقال الملكية من المورث إلى الوارث يسري من يوم الوفاة، إذا تعتبر الوفاة واقعة مادية وسبب لنقل الملكية، فإذا حدث السبب تحقق الأثر، وتجدر الإشارة إلى أن المادة 108 ق.م.ج راعت في انتقال الآثار إلى الخلف العام القواعد المتعلقة بالميراث، ونذكر الدكتور السيد تناغو أنه: "معنى مراعاة قواعد الميراث في انتقال الآثار إلى الخلف العام هو أن ديون المورث تنتقل إلى الوارث في حدود ما آل إليه من التركة"²، وإذا كان المال الذي انتقل إلى الورثة بعد الوفاة مالا عقاريا، فإنه يجب أن يثبت بموجب شهادة توثيقية معدة من قبل الموثق ومشهرة بالمحافظة العقارية في مجموعة البطاقات العقارية باسم جميع المالكين سواء كانوا ورثة أو موصى لهم³، وكل من القوانين المغاربية موقف في هذه المسألة ونعرض الموقفين تباعاً.

أولاً: موقف المشرع الجزائري

إذا كانت التركة غير مدينة فإنه لا إشكال في انتقال ملكيتها إلى الورثة، أما بالنسبة للتركة المدينة فإنه لاحق للورثة إستفاء حقهم إلا بعد سداد جميع الديون وتنفيذ الوصايا. لا يصح تقسيم التركة قبل الوفاء بالديون، مع مراعاة أحكام المفقود والغائب، وكذلك ما ورد بشأن الملكية الشائعة في القانون المدني الجزائري، وكلّ تصرف يوقعه الورثة قبل سداد الديون يعتبر باطلاً.

أما بخصوص التركات المدينة فإذا كانت غير مستغرقة بالدين يقوم فيها الورثة بتسديد الديون من أموال التركة أو بيع بعض أعيانها، فإن كان من بينهم قاصر أو كانوا جميعاً قصراً، فإن القضاء هو الذي يتولى القسمة حسب نص المادة 181 ق.أ.ج بأنه: "يراعي في قسمة التركات

¹ - أمر رقم 74-75 مؤرخ في 8 ذي القعدة عام 1395 الموافق ل 12 نوفمبر سنة 1975، يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج ر، عدد 92 الصادرة في 18 نوفمبر 1975.

² - سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام: العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون، (د.د.ن)، مصر، 2000، ص 112.

³ - حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003، ص 35.

أحكام المادتين (109 و173) من هذا القانون وما ورد في القانون المدني فيما يتعلق بالملكية الشائعة، وفي حالة وجود قاصر بين الورثة يجب أن تكون القسمة عن طريق القضاء، فإذا ترك المورث وصيا فيما على التركة بإذنه فهو الذي يتولى تسديد الديون، فيتولى الوصي تسديد الديون إذا كانت الديون تستغرق جميع التركة، وذلك عن طريق بيع منقولات أو بعض العقارات إذا لم تكف المنقولات، ويضم الوصية إلى الدين، فإذا لم يوجد وصي، عين القاضي من يتولى ذلك. عند قسمة التركة فإنه ينبغي أن تحرر فريضة شرعية بحضور جميع الورثة، ولا يستثنى منهم أحداً ذكرًا كان أم أنثى، ويجوز لقاضي الموضوع في قضايا الميراث أن يعين خبيراً بإصدار حكم تحضيري بشأنه، للقيام بمهمة جرد التركة وحصرها¹.

ثانياً: موقف المشرع التونسي والمغربي

1. موقف المشرع التونسي:

فيما يتعلق بمسألة انتقال الملكية فإننا نجد أن القانون التونسي أوجب لانقالها طريقين الأول عن طريق الوفاة والثاني عن طريق الوصية.

أ. انتقال الملكية بموجب الوفاة:

يتميز انتقال الملكية بموجب الوفاة بأنه انتقال جبري يتم بقوة القانون على الرغم من إرادة المورث، فالوارث لا يستطيع أن يتخذ موقفاً يحول دون انتقال فوري يتم زمن الوفاة، وذلك عملاً بالفصل 85 م.أ.ش الذي ينص على ما يلي: "يستحق الإرث بموت المورث ولو حكماً ويتحقق حياة الوارث من بعده"²، فالمشرع يربط زمن استحقاق التركة بمجرد وفاة المورث، ولقد استمدت المشرع التونسي من الفقه الإسلامي وتحديدًا من المذهبي الشافعي والحنبلي اللذين يقرران انتقال التركة إلى ملك الورثة فور وفاة المورث مع تعلق الدين بها.

¹ - عزة عبد العزيز، أحكام التركات وقواعد الفرائض والمواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 41.

² - الأمر العلي في 13 أوت 1956 المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية بالرائد الرسمي التونسي، عدد 66 الصادر في 17 أوت 1956، المعدل بالقانون رقم 40 لعام 1957 المؤرخ في 27 سبتمبر 1957.

لكن التزام الوارث بتلك الديون مقيد بقيمة أموال التركة فالوارث يلتزم بأداء ديون التركة ولكن في حدود ما يتركه المورث له من أموال، فيستطيع الوارث التخلص من التزامه بديون التركة إذا تنازل عنها فينفك التزامه ويبقى من حق دائن المورث حينئذ، وخاصية المبرئ هي التي تجعل التزام الوارث بديون مورثه التزاما عينيا.

ب. انتقال الملكية بموجب الوصية

ترتبط الوصية بالميراث بارتباطها بواقعة الوفاة، والوصية تصرف انفرادي ناقل للملكية من الموصي للموصي له، ويجب أن تكون الوصية محررة بخط الموصي ومؤرخة وممضاة منه، ولا تثبت الملكية للموصي له إلا بقبوله للوصية.

يعد القبول إذن شرطاً لنهاذ الوصية، ويستحق الموصي له الملكية من تاريخ الوفاة طبقاً للفصل 181 م.أ.ش الذي ينص: "الموصي له يستحق الوصية مع ما زاد فيها من زمن وفاة الموصي"، والقبول تكون الملكية غير مستقرة بين الورثة والموصي له، فإذا تمّ القبول يدخل الملك في ذمة الموصي له، وإذا رد الموصي له الوصية تبقى الملكية في ذمة الورثة دون أن تدخل ذمة الموصي له وتبطل الوصية، ويلاحظ أن الوصية التي تعتبر سببا مكسبا للملكية هي بطبيعة الحال الوصية بالملكية دون الوصية بالمنفعة التي يقتصر مفعولها على إنشاء حق الإنتفاع لفائدة الموصي له¹.

2. موقف القانون المغربي:

المشرع المغربي أخذ برأي الجمهور حسب المادة 323 م.س نص بأنه: "الإرث انتقال حق بموت مالكة بعد تصفية التركة لمن استحق شرعا بلا تبرع ولا معارضة"، فتصبح التركة هي المسؤولة عن الدين إلى أن يسدد، ثم بعد سداد الديون وتنفيذ الوصايا يكون الباقي من نصيب الورثة، ويوزع عليهم كلّ بقدر حصته².

¹ - حاتم محمدي، المرجع السابق، ص ص 113-114.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج5، دار التراث العربي، بيروت، (د.س.ن)، ص 77.

يمكن استخلاص أنه لا يوجد خلاف بين التشريعات المغاربية في كيفية انتقال الملكية فكأنهم تفر على أن الوارث يستحق التركة بمجرد وفاة المورث مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث، والذي يعني أنه تنتقل التركة من المورث إلى الوارث في حدود ما آل إليه التركة.

المطلب الثاني

الحقوق المتعلقة بالتركة

نصت المادة 180 ق.أ.ج، والتي جاءت تحت عنوان قسمة التركات على ما يلي :

"يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي:

1. مصاريف التجهيز، والدفن بالقدر المشروع،
2. الديون الثابتة في ذمة المتوفي،
3. الوصية.

فإذا لم يوجد ذوو فروض أو عصابة ألت التركة إلى ذوي الأرحام، فإن لم يوجدوا ألت إلى الخزينة العامة".

أمّا القانون المغربي نص عليها في الفصل 322 م.س وذلك على النحو الآتي:

"تتعلق بالتركة خمسة حقوق تخرج على الترتيب الآتي:

1. الحقوق المتعلقة بعين التركة.
2. مصاريف التجهيز والدفن.
3. ديون الميت.
4. الوصية الصحيحة النافذة.

5. الموارد بحسب ترتيبها في هذه المدونة".

من خلال هذه المواد يتضح أنّ المشرع الجزائري جعل حق الميت في التجهيز والدفن مقدما على سائر الحقوق المتعلقة بالتركة، بما في ذلك قضاء الديون أيّا كان نوعها، مع الإشارة إلى أن القانون التونسي قد وردت هذه الحقوق بنفس الصياغة مع القانون المغربي وذلك في الفصل 87 م.أ.ش، وكلهما أدرجا الحقوق المتعلقة بعين التركة أولى في الترتيب من حقوق الأخرى، والتي

يقصد بها الحقوق العينية الأصلية التي قد تنترب للغير على أعيان التركة كحق الملكية والإنتفاع والإرتفاق، وكذلك الحقوق العينية التبعيّة لضمان تنفيذ الالتزام الأصلي عالق بالهالك كالرهون. وعليه سيتم التفصيل في هذه الحقوق من خلال فرعين الأول (الحقوق العينية) والثاني (الحقوق المتعلقة بالذمة) ونعرض هذا تباعاً.

الفرع الأول

الحقوق العينية

تعتبر الحقوق العينية من بين الحقوق المتعلقة بالتركة، والتي تتمثل في مصاريف التّجهيز وحقوق الورثة، وللتوضيح أكثرنا نعرض مصاريف التّجهيز أولاً، ثمّ حق الورثة ثانياً.

أولاً: مصاريف التّجهيز

يعرّف التّجهيز شرعاً بأنّه: "هو كلّ ما يحتاج إليه الميّت من حين موته إلى أن يوارى في قبره، من نفقات غسله وكفنه، وحمله ودفنه وحفر قبره"¹.

المقصود بهذا أنّه فعل ما يحتاج إليه الميّت من حين وفاته إلى أن يتم دفنه، فيشمل نفقات شراء الكفن، والغسل، وأجرة الحفر، والدّفن بما يليق بأمثاله، وهو واجب بالقدر المناسب، ويراعي في ذلك كله ما جاء به الشرع من غير إسراف، فإنّ لم يوجد فيجب تجهيزه من بيت المال². أمّا الأقارب كالولد والزوجة ممّن تلزم نفقتهم على الميّت، فقد أخذت التشريعات المغاربية بالرأي الجمهور لتّجهيز الزوجة، فيرى أبو يوسف، أنّه إذا كانت المرأة متزوجة، فإنّ تكفينها وتجهيزها واجباً على زوجها، فلا يخرج ذلك من مالها الذي تخلفه³.

تجدر الإشارة أن القوانين المغاربية قد قدمت مصاريف التّجهيز والدّفن على حقوق الدائنين الآخرين، لأنّ حاجة الميّت إلى التّجهيز والدّفن هي من الضروريات بالنسبة له.

¹ - وهبة الزحيلي، الوجيز في الفقه الإسلامي، ج8، ط6، دار الفكر للنشر والتوزيع، دمشق، 2010، ص 270.

² - عارف خليل أبو عيد، الوجيز في الميراث، ط5، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 41.

³ - محمد محي الدين عبد الحميد، أحكام الموارث في الشريعة الإسلامية على مذاهب الأئمة الأربعة، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، لبنان، 1984، ص 9.

ثانيا: حق الورثة

بعد استيفاء الحقوق السالفة الذكر، يوزع الباقي من التركة على الورثة الشرعيين، شريطة أن يحصل السبب، وأن تتحقق شروط الميراث وأن ينتفي الموانع، ويوزع عليهم بحسب درجاتهم في الإرث من فرض أو تعصيب، فإذا لم يوجد وارث آلت التركة إلى ذوي الأرحام، فإذا لم يوجدوا آل الإرث إلى الخزينة العامة على أساس أن هذا المال لا وارث له، وليس على أساس أن الخزينة العامة وارث¹.

الفرع الثاني

الحقوق المتعلقة بالذمة

لا تقتصر الحقوق المتعلقة بالتركة على الحقوق العينية المتمثلة في مصاريف التجهيز وحق الورثة فقط، بل تمتد لتشمل الحقوق المتعلقة بالذمة والتي تتمثل في الديون الثابتة في ذمة المتوفى وتنفيذ الوصايا، ونعرض هاتين المسألتين تباعاً.

أولاً: الديون الثابتة في ذمة المتوفى

تعتبر الديون الثابتة² هي التي تشغل ذمة الشخص حال الحياة بأحد الأسباب الموجبة لذلك والتي لها مطالب من الأشخاص وتتعلق بالتركة بعد الوفاة.

الوفاء بها في مرتبة تالية لنفقات التجهيز والدفن ومتقدمة عن باقي الحقوق الأخرى التي تتعلق بالتركة³، وهذا طبقاً لنص المادة 3/180 ق.أ.ج وعملاً بالفصل 3/322 م.س فهي عبارة عن ديون مطلقة والتي هي ديون عادية التي ليست محل امتياز ولا مضمونة برهن، وبمعنى أخرى هي ديون العباد التي انشغلت بها ذمة الهالك في حياته قبل الغير، وتشغل ذمة الهالك بالديون

¹ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الميراث والوصية)، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 110.

² - الديون الثابتة في ذمة الشخص، بمعنى أنها ديون غير متنازع فيها، وهي ثابتة بالإقرار أو البيّنة أو الكتابة، وقد نص المشرع الجزائري على وسائل الإثبات في ق.م.ج بموجب المواد 323 إلى 350.

³ - عيسى حداد، الوجيز في الموارث، مديرية النشر جامعة باجي مختار، الجزائر، 2003، ص 11.

الثابتة ثبوتاً لا نزاع فيه أما الديون التي بها شك فمن حقّ الورثة منازعتها، فيتوقف أدائها على صدور حكم في الموضوع.

خلاصة القول أنّ مرتبة قضاء الديون في التشريعات المغاربية هي في المرتبة الوسطى، أي بعد مصاريف التجهيز والدفن وقبل الوصايا، فقد قدم المشرع الجزائري الديون على الوصايا، وهو ما ذهب إليه الفقهاء بلا خلاف، فالكلّ يأخذ بقاعدة أن الواجب مقدّم على التطوع والتبرع، والدين لازم وواجب والوصية تبرع، فيقدم بإجماع¹.

لهذا ينقسم الدين إلى عدت تقسيمات، فبالنظر إلى الدائن صاحب الحق فيه، تنقسم الديون إلى ديون الله وديون العباد، وبالنظر إلى قوة إثبات الدين ينقسم الدين إلى ديون الصّحة وديون المرض، وبالنظر إلى وقت الوفاء فتتقسم إلى ديون حالة وديون مؤجلة.

أ. ديون الله وديون العباد:

1. ديون الله تعالى:

يقصد بها تلك التي لا مطالب لها من العباد، بل المطالب بها هو الله سبحانه وتعالى وحده، وأمثلة هذه الديون، دين الزكاة والكفّارات والنذور التي مات الشخص قبل وفائها².
اختلف الفقهاء في هذه الديون، وقال ابن حزم: "واختلفوا في ديون الله تعالى من كلّ فرض في المال أو مخير بمال فأسقطها قوم وأوجبها آخرون قبل ديون الناس ولم يجعلوا لديون الناس إلاّ ما فضل عن ديون الله تعالى، وإلاّ فلا شيء للغرماء"³.

¹ - عبد الله الدرقاوي، أحكام التركات والموارث وفق المذاهب الأربعة، دار الأفاق المغربية للنشر والتوزيع، الرباط، 2012، ص 31.

² - محمد علي الصابوني، الموارث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، لبنان، 1999، ص 35.

³ - ابن حزم، مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والمعتقدات، ط2، دار الأفاق الجديدة للنشر والتوزيع، لبنان، 1980، ص 129.

لقد ورد في السنة النبوية عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: "قال الرسول الله صلى الله عليه وسلم: نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضي عنه"¹، والجمهور يوجب أداء ديون الله عزوجل ولا يسقطها².

2. ديون العباد:

نعني بديون العباد، الديون التي انشغلت بها ذمة الهالك في حياته قبل الغير، وتتشغل ذمة الهالك بالديون الثابتة، ويطلق عليها بالحقوق الآدميين، لتمييزها عن ديون الله عزوجل، ويقصد بها، "تلك الديون التي لها مطالب من العباد، فهذه الديون وإن كانت في حياة المدين تتعلق بذمته إلا أنها بعد وفاته تتعلق بتركته"³.

أمثلة ديون العباد، قروض لم يف بها حال حياته، أثمان سلع وخدمات اشتراها ولم يدفع لصاحبها، وأجوراً لعماله لم يسددها⁴، فإن مات قبل الوفاء بهذه الديون المختلفة، فلهؤلاء الدائنين المطالبة بها، وتستوفى من التركة، والأصل في هذه الديون أنها تتعلق بذمة المدين حال حياته، إلا أنها بعد وفاته تتعلق بتركته وهي نوعين:

1. ديون عينية:

ويقصد بها: "هو ما يتعلق بعين المال قبل وفاة المدين كرهنه قطعة أرض، أو وديعة لديه"⁵.
ومن أمثلتها الأعيان المرهونة من ماله، والمبيع الذي قبضه ولم يؤد ثمنه⁶.

¹ - محمد بن يزيد بن ماجة، سنن ابن ماجة، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، (د.س.ن)، حديث رقم 2413، ص 412.

² - يحيى بن شرف النووي دمشقي، المجموع شرح المذهب، ج6، دار عالم الكتاب للنشر والتوزيع، لبنان، 2003، ص 14.

³ - أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون: التجهيز والدفن والوصايا والمواريث وتقسيماتها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 65.

⁴ - سعيد بوبزري، أحكام الميراث بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو، 2007، ص 18.

⁵ - شحاتة عبد الغني الصباغ، دروس في الفرائض، منشورات وزارة الشؤون الدينية، الجزائر، 1993، ص 42.

⁶ - محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص 8-9.

2- ديون عادية:

يطلق على الديون العادية تسمية الديون المطلقة أو الديون المرسلة، ويقصد بها: "المُسمّى شخصياً أو مرسلًا، وهذا الدين قد تعلّق بذمة ميت وهو حي"، يضاف إلى هذا أن الديون العادية، "تتعلّق بذمة المدين ولم تتعلّق بعين معينة"¹، أي أن الديون العادية تتعلّق بذمة الشخص وليس بعين محدّدة كما هو الحال في الديون العادية العينية، ومثالها: القرض والأجرة، وغيرها².

ب. ديون الصّحة وديون المرض:

1. ديون الصّحة: يقصد بها أنّه: "دين الصّحة هو ما ثبت بالبينة في حال الصّحة أو في حال المرض أو ما ثبت بإقرار المتوفى أو بنكوله عن اليمين حال الصّحة"³.
فنستنتج أن دين الصّحة إمّا أن يكون دين صحّة حقيقة: وهو ما كان ثابتاً بالبينة أو بالإقرار⁴، وإمّا أن يكون دين صحّة حكماً: وهو ما أقرّ به في مرضه.

2. ديون المرض:

يقصد بها: "هو ما ثبت بالإقرار في حال مرض الموت من غير أن يكون هناك دليل آخر عليه، ومرض الموت هو المرض الذي يؤدي إلى الموت غالباً ويعقبه الوفاة فعلاً"⁵.
شمل هذا التعريف دين المرض حقيقة فقط، وتتساءل عن وجودية دين مرض حكماً لا حقيقة مثلما يوجد دين صحّة حكماً، والجواب: نعم، يوجد دين مرض حكماً، وهو الدين في الحالات التي هي في حكم المرض، مثال ذلك: إقرار من خرج للمبارزة أو خرج للقتل قصاصاً⁶.

¹ - رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية (الخاصة بالميراث والوصية والوقف في الفقه والقانون والقضاء)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص 54.

² - سعيد بويزري، المرجع السابق، ص 18.

³ - رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 55.

⁴ - الإقرار: يقصد به الاعتراف، وهو وسيلة من وسائل الإثبات، نظمها المشرع الجزائري في المادة 341 و342 ق.م.ج.

⁵ - رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 55.

⁶ - أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص 71.

ج. ديون حالة وديون مؤجلة:

ينقسم الدين باعتبار وقت الأداء إلى ديون حالة وديون مؤجلة.

المراد بالديون الحالة هي الديون التي حل وقت أدائها، بمعنى أنه وجب على المدين أن يفي بها في الحال، أما الديون المؤجلة فالمراد بها، هي تلك الديون التي لم يحل وقت أدائها بعد أي يمتد فترة بعد الوفاة.

تتجلى أهمية تقسيم الديون إلى ديون حالة وديون مؤجلة بالنظر إلى ديون المتوفى وقت وفاته، فإذا كان الدين واجب الأداء في الحال فالأمر ظاهر ولا إشكال فيه، أما إذا كان الدين مؤجلاً لفترة تمتد بعد الوفاة¹.

اختلف آراء الفقهاء حول مسألة حلول أجل الدين المؤجل عند وفاة المدين فعند الجمهور يسقطون الأجل في الديون المؤجلة بالموت، أما الحنابلة فلم يذكروا فيها ابن قدامة أنه: "... المؤجل يحل بالموت، تساوا في التركة فاققسموها على قدر ديونهم، وأن قلنا: لا يحل بالموت، نظرنا؛ فإن وثق الورثة لصاحب المؤجل، إختص أصحاب الحال بالتركة، وإن امتنع الورثة عن التوثيق، حل دينه، وشارك أصحاب الحال، لئلا يفضي إلى إسقاط دينه بالكلية"².

ثانياً: حقوق متعلقة بالوصايا

بعد إخراج الحقوق السابقة المتعلقة بتجهيز الميت بالقدر المشروع، وسداد الديون الثابتة في ذمة المتوفى، لا بد من تنفيذ الوصية أو الوصايا الصحيحة النافذة³، وفقاً نص المادة 3/180 ق.أ.ج وعملاً بالفصل 3/323 م.س وكذا الفصل 3/87 م.أ.ش.

¹ - إسحاق آدم أحمد، طرق استحقاق التركة في الشريعة والقانون، مذكر لنيل شهادة ماستر في قانون التوثيق، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2013، ص 25.

² - عبد الله بن قدامة، المغني، ج2، ط3، دار عالم الكتب للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1997، ص ص 568-569.

³ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 78.

فلهذا تعتبر الوصية الحق الأول الثابت بعد الموت لغير المتوفى، والتي يتم إخراجها قهرا على الورثة، دون رضاهم مادامت في حدود الإطار الشرعي من التركة بعد استيفاء الحقين المتقدم ذكرهما¹.

سميت بالوصية لأن الميت يصل بها ما كان في حياته بعد موته وقد عرّف الشرع الوصية بأنّها: "عقد يوجب على عاقده حقا في ثلث ماله، يلزمه بموته أو نيابة عنه بعده"². وهناك من عرّفها بأنّها: هبة الإنسان غيره عينا أو دينا أو منفعة على أن يملك الموصى له الهبة بعد موت الموصى".

ولقد عرّفها المشرّع الجزائري في نص المادة 184 ق.أ.ج بأنّها: "الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع".

أمّا القانون المغربي فعرّفها في المادة 278 م.س بأنّها: "الوصية عقد يوجب حقا في ثلث مال عاقده يلزم بموته".

أمّا القانون التونسي فقد عرّفها في الفصل 171 م.أ.ش بأنّها: "الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان عينا أو منفعة".

الواضح من خلال هذه التعاريف جميعها بأنّها تتضمن معنى واحدا وإنّ اختلفت الصيغ والعبارات بين مضيق وموسع.

لم يعرّفها القانون المدني الجزائري، وإنّما أحال إلى قانون الأسرة، كما نصت المادة 775 ق.م.ج بأنّها: "يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها"، أي أنّه أحال إلى أحكام الوصية في قانون الأسرة³.

¹ - مسعود الهلالي، أحكام التركات والميراث في قانون الأسرة الجزائري، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 44.

² - نيابة عنه بعده: هي أنّ يعهد الموصي إلى أحد للقيام له بأمر، كأنّ ينظر في ماله أو في مصالح ولده، بما يعود عليهم من النفع في دينهم ودنياهم، نقلًا عن الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج4، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2008، ص 685.

³ - بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 7.

الأصل في الوصايا أنها على الاختيار والاستحاب، إلا أن المشرع الجزائري أدرج نوعاً آخر من الوصايا، وهو ما يطلق عليه بالوصية الواجبة¹، ولا تنفذ الوصية إلا إذا كانت صحيحة ونافذة، وهذا يكون بتوافر شروط قانونية منها:

أن تكون الوصية في حدود الثلث (1/3)، عملاً بأحكام المادة 185 ق.أ.ج أنه: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث توقف على إجازة الورثة".

الثلث المقصود هو ثلث ما يبقى من التركة بعد سداد الديون، لأنه لا تركة إلا بعد سداد الديون، والوقت الشرعي والقانوني لتقدير الثلث المسموح به شرعاً هو وقت القسمة وقبض كل من الورثة والموصى له حقوقهم، لأنه الوقت الذي تنفذ فيه الوصية ويستقر فيه مال التركة، وبعد سداد الديون²، حسب الفصل 183 م.أ.ش نصت على: "الوصية لاثنتين فأكثر ترد إلى الثلث إذا تجاوزته وتقع القسمة مع مراعاة قصد الموصى في المفاضلة والتساوي".

يتضح أن المشرع الجزائري حسب المادة 185 ق.أ.ج علق نفاذ ما زاد على الثلث على إجازة الورثة، لأن هذه الزيادة تعتبر من حق الورثة، فإن أجزواها نفذت، وإلا بطلت هذه الزيادة ونفذت في حدود الثلث، وهذا ما جاء به الفصل 179 م.أ.ش نصت بأنه: "لا وصية لوارث ولا فيما زاد على الثلث إلا بإجازة الورثة بعد وفاة الموصي".

هذا ما نص عليه المشرع التونسي في المادة 187 م.أ.ش بأنه: "الوصية لغير الوارث تمضي في الثلث من التركة بدون توقف على إجازة الورثة".

أما المشرع الجزائري فقد نص عليها في نص المادة 189 ق.أ.ج بأنه: "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي"، ويتضح من هذا النص أن الوصية للوارث لا تنفذ إلا إذا أجازها باقي الورثة، وحدد المشرع وقت الإجازة بما بعد وفاة الموصي.

¹ - ورد هذا الحكم مفصلاً، أنظر الصفحة 39 من هذه المذكرة.

² - بن ناصر نذير، بمرآة سليمة، حقوق غير الورثة في التركة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة بجاية، 2013، ص 30.

الملاحظ أنّ التشريعات المغاربية ترى بأنّ الوصية للوارث سواءً كانت بمقدار الثلث أو أقلّ أو أكثر، ففي جميع الأحوال تقف على إجازة الورثة.

يشترط في المجيز أن يكون من أهل التبرع بالغا عاقلاً، وأن يكون بعد وفاة الموصي، فلا تعتبر الإجازة في حال الحياة الموصي، لأنّها قبل ثبوت الحق إذا الحق يثبت لهم بالموت، وتعتبر باطلة إذا اقترنت بما يبطل مفعولها مثل ما إذا كان اشترط الورثة حين توقيعهم بإجازة الوصية على سندها الصادر من المورث لأحدهم بأن يبقى السند لدى أمين متفق عليه وإلا يسلم لمن صدر له، إلا برضاؤهم إذا يؤدي ذلك إلى عدم تمكين الصادر له السند من الانتفاع بها إلا بمشيئتهم¹.

يشترط في صحة الوصية أن يكون الموصي سليم العقل المادة 186 ق.أ.ج بأنه: "يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغا من العمر تسع عشرة (19) سنة على الأقل"، ونصت المادة 191 ق.أ.ج بأنه: "تثبت الوصية، بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك، وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم، ويؤشر به على هامش أصل الملكية".

يتبين من خلال هذه المادة أن يحرّر الموصي الوصية في عقد توثيقي، وعند الضرورة القصوى تثبت بحكم ويؤشر به على هامش أصل الملكية، وأن لا يتراجع الموصي عن الوصية ولا يردها الموصي له بعد وفاة الموصي المادة 201 ق.أ.ج نصت بأنه: "تبطل الوصية بموت الموصي له قبل الموصي، أو بردها"، ويشترط في الموصي له أن يكون موجوداً بالفعل وقت الوصية عملاً بالفصل 184 م.أ.ش التي نصت بأنه: "تصح الوصية للحمل بشرط أن يكون موجوداً في تاريخ الإيصاء وأن يوضع حياً في المدة المعينة"، والمشرّع الجزائري نص عليها في نص المادة 187 ق.أ.ج على: "تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حياً..."، ويثبت وجود الحمل وقت الوصية بأن يولد في أقل مدة الحمل وفي بعضها تكون المدة المعتبرة هي أقصى مدة الحمل².

¹ - كمال حمدي، المواريث والهبة والوصية، منشأة الناشر المعارف بالإسكندرية، مصر، 1998، ص 202.

² - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 291.

المبحث الثاني

مكونات التركة وإشكالاتها

قد يترك الشخص عندما يموت أموالاً وحقوقاً، والسؤال المطروح ما هي الأموال والحقوق التي تدخل في التركة؟.

يتفق الفقهاء على أن تركة المتوفى تشمل حقوقه وأمواله ولا يدخل فيها حقوقه الشخصية التي يستعملها خلال فترة حياته المستند فيها إلى الشرع والقانون كحقوق الارتفاق وحق قبول الوصية...، وكذلك الحقوق الشخصية اللاصقة بالإنسان التي تنتهي بوفاته مثل الاسم والفكر.

لكن الملاحظ أنّ التشريعات المغربية لم تنص على ما يورث وما لا يورث وما يكون مالا وما لا يكون مالا.

وللتفصيل نستعرض مكونات التركة (المطلب الأول)، والإشكالات العملية في التركات (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مكونات التركة

مكونات التركة تخضع حسب الموضوع أو الطبيعة لكل مال مادي أو حق قابل للاكتساب الشخصي للمورث الذي يكون مالكة الفعلي فإنّ هذا المال أو الحق خاضع لقبولية التوريث¹. يدخل ضمن الموضوع التركة كلّ من الأموال العينية سواء كانت عقارات² أو منقولات ممّا يشكل مالا محرزا ذاتيا أي ما يمكن حيازته مباشرة، كالأرض والأثاث والملابس والسيارات وغيرها، فهي محل اتفاق بين الفقهاء بأنّها ممّا يقع فيه الميراث وكذلك الحقوق المالية التابعة للأموال العينية كحقوق الارتفاق وحق التعلي وحق قبول الوصية الناتجة عن العقود، أي

¹ - عبد الفتاح تقية، الوجيز في الموارث والتركات، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2011، ص ص 27-28.

² - لقد عرّف ق.م.ج العقار في المادة 683 في نصه: "كلّ شيء مستقر وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكلّ ما عدا ذلك من شيء فهو منقول، غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص".

التي يكتسبها المورث بالعقد، فإنها تنتقل إلى الوارث بعد ذلك فهي من مكونات التركة¹، ولكن لا يدخل ضمن التركة ما كان بين أيدي المورث بصفته مسير أو وديع، أي بصفة عامة ما سيخصم من الذمة المالية للمورث بعد نيته لتسديد دين للغير أو لتسوية أي وضعية مالية كانت على عاتق المورث بصفة سلبية تجعل المورث ملزم بنقل هذا المال المستحق للغير².

لتوضيح نبيّن الحقوق المالية التابعة للأموال العينية (الفرع الأول)، والحقوق المالية المتعلقة بالشخص المورث (الفرع الثاني)، والحقوق المالية التي تتعلق بإرادة المورث لا بماله (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الحقوق المالية التابعة للأموال العينية

يدخل في هذا العنصر حق الإرتفاق وحق التعلية وحق قبول الوصية الناتجة عن العقود، أي التي يكتسبها المورث بالعقد، فإنها مّا تنتقل إلى الوارث بعد ذلك، فهي من مكونات التركة.

أولاً: حق الإرتفاق

الإرتفاق حق مقرر لعقار على عقار آخر مملوك للغير الأول كحق الشرب وحق المسيل وحق المرور ولقد نص القانون الجزائري في المادة 867 ق.م.ج³، كما نص عليه القانون التونسي في الفصل 165 م.ح.ع بأنه: "الإرتفاق حق مرتب على عقار لمنفعة عقار آخر يملكه شخص غير مالك العقار الأول"⁴، ومن خلال هذه المادة يتضح أنّ الإرتفاق هو منفعة يستفيد بها عقار يسمى العقار الموظف له الحق أو المرتفق أو المخدوم ويتحملها عقار آخر يسمى العقار الموظف

¹ - عزة عبد العزيز، المرجع السابق، ص 31.

² - عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص 28.

³ - تنص المادة 867 ق.م.ج على ما يلي: "الارتفاق حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر ويجوز أنّ يترتب الارتفاق على مال إنّ كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال".

⁴ - الحبيب بورقيبة، مجلة الحقوق العينية، صدر بتونس في 12 فيفري 1965، المنقح بمقتضى القانون عدد 46 لسنة 1992 المؤرخ في 4 ماي 1992.

عليه الحق أو المرتفق به أو الخادم، ففي حق المرور مثلاً يستفيد العقار موظف عليه الحق بحق المرور ويجب على العقار الموظف عليه تحمل المرور للعقار الموظف له الحق.

أما المشرع المغربي نص عليه في المادة 37 م.ح.ع بأنه: "الإرتفاق حق عيني قوامه تحمل مقرر على عقار من أجل استعمال أو منفعة عقار يملكه شخص آخر"¹.

حق الإرتفاق في نظر الفقهاء من قبيل ملك المنفعة، فهي منفعة بين عقارين تابعة لهما على الدوام مهما انتقلت ملكيتها، وأن مالك هذه المنفعة هو مالك العقار المنتفع، ولقد نص المادة 868 ق.م.ج بأنه: "ينشأ حق الإرتفاق عن الموقع الطبيعي للأمكنة، أو يكسب بعقد شرعي أو بالميراث إلا أنه لا تكسب بالتقادم إلا الإرتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور"، والواضح أن المشرع بين أساس هذا الإرتفاق هو إما الموقع الطبيعي للأمكنة، وإما العقد الشرعي، وإما الميراث ما لم يكن إرتفاق ظاهر، فإن كان ظاهراً كحق المرور فإنه يكتسب بالتقادم متى تحققت باقي شروطه من كون الحيابة هادئة وعلنية ومستمرة.

كما نص عليه المشرع التونسي في مجلة الحقوق العينية في الفصل 166 م.ح.ع على أنه: "ينشأ الإرتفاق إما عن الوضعية الطبيعية للأماكن وإما عن القانون وإما عن اتفاقات بين مالكي العقارات"، والواضح أن حق الإرتفاق ينقسم بحسب مصادرها إلى ثلاثة أنواع، حق الإرتفاق الناشئة عن الوضعية الطبيعية للأماكن، وحقوق الإرتفاق الناشئة عن القانون، وحقوق الإرتفاق الناشئة عن فعل الإنسان².

أما المشرع المغربي نص عليه في المادة 38 م.ح.ع بأنه: "ينشأ الإرتفاق إما عن الوضعية للأماكن أو بحكم القانون أو باتفاق المالكين".

¹ - القانون رقم 08-39 المتعلق بمدونة الحقوق العينية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 178.11.1 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011).

² - مصطفى أحمد الرزقا، نظرية الإلتزام العامة في الفقه الإسلامي، دار القلم، دمشق، 1999، ص ص 47-48.

لا يجوز لمالك عقار أن ينشئ على عقاره حقوق إرتفاق أخرى، لأنّ في إنشائها تقييداً للملكية التامة، والأصل فيها أن لا تقبل تقييداً، وما قيدت بتلك الحقوق إلاّ إستثناء، ولا يتوسع في الإستثناء.

ثانياً: حق التعلية

القانون المغربي نص عليه المادة 138 م.ح.ع بأنّه: "حق الهواء والتعلية حق عيني قوامه تملك جزء معين من الهواء العمودي الذي يعلو بناء قائماً فعلاً يملكه الغير، وذلك من أجل إقامة بناء فوقه تسمح به القوانين والأنظمة".

يقصد به حق قيام بناء على بناء أسفل منه، فالعلو له حق التعلي على السفلى، وهو في حكم المال¹، فينتقل بالميراث تبعاً للبناء المستعلي أو مستقلاً عنه كما نص عليه المادة 140 م.ح.ع بأنّه: "... ينتقل حق الهواء أو التعلية بالشفعة أو بالميراث أو بالوصية"، فلو توفي صاحب العلو وعلوه قائم على السفلى، انتقل السفلى بما يتبعه من حق التعلي إلى الورثة، بل حتّى لو انهدم البناء الأعلى ثمّ توفيا صاحبه فإنّ حق التعلي ينتقل مستقبلاً إلى الوارث وله الحق في البناء على الأسفل من جديد، ويمكن بيع الهواء قبل بناء السفلى شرط انتفاء الجهالة والغرر بعد وصف ما يكون عليه البناءان الأسفل والأعلى وصفاً دقيقاً، ولا يجوز لصاحب الحق التعلية أن يفوت الهواء العمودي الذي بناه بغير رضى مالك السفلى²، كما نص عليه المادة 141 م.ح.ع بأنّه: "لا يجوز لصاحب حق الهواء والتعلية أن يفوت الهواء العمودي الذي يعلو بناءه بغير رضى مالك أسفل".

ثالثاً: حق قبول الوصية

أوضحنا أنّ الوصية تتم من غير حاجة إلى قبول قبل موت الموصي، ولكن لا يتأكد حق الموصى له فيها إلاّ بالقبول لقد نص عليه المادة 197 ق.أ.ج بأنّه: "يكون قبول الوصية صراحة أو ضمناً بعد وفاة الموصي".

¹ - عزة عبد العزيز، المرجع السابق، ص 32.

² - المرجع نفسه، ص 33.

القبول الصريح يكون باللفظ وبالكتابة والإشارة المتداولة عرفاً في حالة العجز، والقبول الضمني يكون بقبض الوصية أو السكوت عن التعبير بالقبول أو الرد، فالسكوت يحمل على القبول وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني، وكما نص عليه المادة 2/68 ق.م.ج.¹

الوصية في هذه الحالة لمصلحة الموصى له، فهو سيحصل عليها دون مقابل، ما لم تكن مقرونة بشرط أو محملة بالتزام معين، كما أنّ القبول يكون من الموصى له في الأساس، وفي حالة موت الموصى له يجوز لورثته القبول أو الرد، طبقاً لأحكام المادة 198 ق.أ.ج. بأنّه: "إذا مات الموصى له قبل القبول فلورثته الحق في القبول أو الرد".

لم ينص قانون الأسرة الجزائري على القبول في حالة الوصية للقاصر والجنين، وكان من المفروض أنّ ينص على القبول بواسطة من ينوب عنه قانوناً، وكذلك لم ينص على قبول في حالة تعدد الموصى لهم، فيقبل البعض دون البعض الآخر، فمن المفروض أنّ الوصية تنفذ في حق من قبل فقط.

أمّا القانون التونسي نص على القبول والرد في الفصول من 193 إلى 196 م.أ.ش، حيث نص في الفصل 193 م.أ.ش. بأنّه: "الوصية ترد برد الموصى له أو برد نائبه".

كما نص في الفصل 194 م.أ.ش. أنّه: "الرد يكون بعد موت الموصى في أجل أقصاه شهرين من تاريخ إعلام الموصى له بالوصية".

واعتبر النص أيضاً سكوت الموصى له مع سابق إعلامه بالوصية إلى انقضاء الأجل المذكور بمثابة قبول، ويحل الورثة محل الموصى له المتوفى من يوم إعلامهم بالوصية².

ونص في الفصل 2/195 م.أ.ش. أنّه: "في حالة تعدد الموصى لهم وقبول بعضهم دون البعض الآخر تنفذ بالنسبة لمن قبل وتلغى بالنسبة للآخر".

¹ نصت المادة 2/68 ق.م.ج. بأنّه: "ويعتبر السكوت في الرد قبولا، إذا اتصل بالإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه".

² - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 12.

أما القانون المغربي نص عليه في المادة 288 م.س بأنه: "أنّ الوصية لغير معين لا تحتاج إلى قبول ولا ترد برد أحد"، والمادة 189 م.س نصت بأنه: "الوصية لشخص معين ترد برده إذا كان كامل الأهلية، ويرث ورثته هذا الحق عنه".

لقد نصت المادة 291 م.س بأنه: "يجوز رد بعض الوصية وقبول بعضها، كما يجوز ذلك من بعض الموصى إليهم كاملي الأهلية، وتبطل بالنسبة للمردود والراد فقط".

الواضح أنّ مدونة الأسرة المغربية قد تأثرت بما نصّ عليه القانون التونسي، باستثناء حالة السكوت التي عالجها القانون التونسي فقط، ولمّ يتعرض لها القانون الجزائري والمغربي. لمّ يتحدث القانون المغربي هو أيضاً مثل القانون الجزائري عن القبول بالنيابة عن القصر والمحجور عليهم والجنين¹.

الفرع الثاني

الحقوق المالية المتعلقة بالشخص المورث

مادام أنّ مكونات التركة لا تكون إلاّ بما يدخل في دائرة التملك الخاص للمورث وينتقل إلى الخلف الخاص له عن طريق الميراث ويستثنى من ذلك الحقوق الشخصية التي تنعدم مع وفاة المورث، فهي متصلة بالشخص المورث وليس بالعين الموروثة²، كدين النفقة سواء كان لزوج أو قريب، فإنّه لا ينتقل إلى الوارث، وكذلك حق الرجوع الواهب في الهبة عند جوازها، حق متصل بشخص المورث فلا ينتقل إلى الورثة بعد وفاة الواهب، وكذلك حق الأجل في الدين فهو متصل بشخص المدين فلا يورث لأنّ الدين مبذول إلى المدين لاعتبارات شخصية في نفسه لا تورث، فإذا مات المورث عن بعض ديونه وكانت مؤجلة حال أجله، وسدّدت عنه من تركته، فإذا مات الدائن عن ديون له إلى أجل لم يحل أجلها، وعلى ورثته التريص حتّى يحل أجل الدين³.

¹ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 13.

² - عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص 28.

³ - عزة عبد العزيز، المرجع السابق، ص 33.

فكلّ حق ينظم الحالة المدنية للمورث هي غير قابلة للتوريث والشريعة الإسلامية تقبل الاعتراف بالقرابة ولو كانت تمس الحواشي وتفصل بين العلاقات المركزة على اعتبارات معنوية التي تعبر عن مجرد محبة فقط¹.

الفرع الثالث

الحقوق المالية التي تتعلق بإرادة المورث لا بماله

هذا النوع من الحقوق يتعلّق بمختلف الخيارات التي ينشئها المتعاقد في ذمته كخيار الشرط وخيار الرؤية وخيار التعيين وخيار العيب وخيار فوات الوصف المرغوب فيه، وكذلك حق الإحتجار وحق الرهن وخيار القبول والإقالة وغيرها.

أولاً: الخيارات المرتبطة بالعقد

وهي أنواع كثيرة منها:

1- خيار الشرط:

يسمى كذلك خيار التروي، وهو أن يختار أحد المتعاقدين إمضاء العقد بعد مدة معينة أو فسخه كثلاثة أيام مثلاً، ويختار ذلك لنفسه على سبيل الاشتراط كمن يشتري داراً ويختار ألا يمضي العقد إلا بعد مدة معينة².

2- خيار الرؤية:

هو حق يثبت بمقتضاه للعاقدين أنّ يفسخا العقد بوقت لا يتغير فيه كأن يشتري شخص داراً بوجهة كذا، ويبين له المبيع بأوصافه، فالمشتري في هذه الحالة اشترى شيئاً لم يره، فيثبت له الخيار بسبب عدم الرؤية لأنّ رضاه غير تام فمهما وصف البائع الشيء فإنّ ذلك غير كاف، لأنّ معرفة السامع لا تبلغ معرفة الذي يرى.

¹ - عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص 28.

² - المرجع نفسه، ص 29.

3- خيار الرد بالعيب:

هو حق يخول الممتلك الحق في إمضاء العقد أو فسخه إذا وجد عيب في العقد المعين غير المطلع عليه أثناء التعاقد وليس لهذا الخيار وقت معين فمتى ظهر العيب الموجب للرد ثبت الحق، ولو بعد زمن طويل¹.

4- خيار فوات الوصف المرغوب فيه:

هو غلط يؤدي إلى اختلاف في الصفة دون الجنس، كمن يشتري ثوبا على أساس أنه من حرير ومخيطة في الجزائر فتبين أنه مخيطة في فرنسا، أو يشتري سيارة ليلا على أساس أنها حمراء، فيتبين أنها سوداء.

5- خيار التعيين:

هو خيار يثبت نتيجة لاختلاط المال أو المبيعين كمن اشترى سيارتين أو سلعتين دون أن يحدد المقصود منهما بالشراء، فيكون له الحق في تعيين المبيع منهما دون الآخر. كل هذه الصور تخول صاحبها حق الخيار في إبقاء الشيء أو إرجاعه، وبما أن جميع هذه الحقوق المالية، إمكانية تقييمها بالمال، أو لكونها تابعة لعين مملوكة للمورث أو خادمة لها، جاز انتقالها².

ثانيا: حق الإحتجار في الأرض الموات

من سور أرضا أو أحاطها بالحجارة أو الأخشاب وغيرها مما يرمي به حمايتها والإستيلاء عليها قصد إحياءها، فإنه لا يملكها بمجرد التحجير ولكنه يصبح ذا أولوية في حيازتها مدة ثلاث سنوات في ملكية هذه الأرض وإحيائها، فالحق قائم وثابت مادامت المدة لم تنتهي بعد، وذلك التحجير لا يضيفي عليها صفة الإحياء لأن الإحياء لا يكون إلا بالعمارة لذا كان ذلك الحق مؤقتا، فإن مات قبل ذلك فإن حقه هذا ينتقل إلى ورثته فيكون لهم الأولوية في إحيائها.

¹ - محمد محدة، التركات والموارث، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2004، ص 18.

² - المرجع نفسه، ص 19.

المطلب الثاني

الإشكالات العمليّة في التركات

قد يصادف في توزيع التركة إشكالات عملية تكون عائق على الورثة في الحصول على حقهم في الأموال المتروكة والتي تتمثل في كل من البيع في مرض الموت، وبيع التركة، الميراث بالتقدير، الوصية الواجبة وهذا ما سيتم توضيحه أكثر في الفروع التالية:

الفرع الأول

البيع في مرض الموت

لم يعرف المشرع الجزائري المقصود بالبيع في مرض الموت، ومن ثمّ يجب الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي الذي عرف لنا هذا النوع من البيع، كما فعل كلّ من المشرع التونسي والمغربي¹.

أمّا القانون التونسي نص على أحكام البيع في مرض الموت في مجلة الالتزامات والعقود في المادة 565 م.ل.ع بأنه: "بيع المريض في مرض موته يجري عليه حكم الفصل 354 إذا كان لوارث وظهر فيه قصد المحاباة كأن يبيع له بأقل من الثمن المتعارف بكثير أو يشتري منه بأزيد وإذا كان البيع لغير وارث ينزل عليه حكم الفصل 355"².

أمّا القانون المغربي نص عليه في المادة 479 ق.ل.ع بأنه: "البيع المعقود من المريض في مرض موته تطبق عليه أحكام الفصل 344، إذا أجري لأحد ورثته بقصد محاباته، كما إذا بيع له شيء بثمن يقل كثيرا عن قيمته الحقيقية، أو اشترى منه شيء بثمن يجاوز قيمته، أمّا البيع المعقود من المريض لغير وارث فتطبق عليه أحكام الفصل 345"³.

¹ - عبد الحميد الشواربي، أحكام التركات في ضوء الفقه والقضاء، منشأة الناشر المعارف، الإسكندرية، 1990، ص 79.

² - قانون عدد 87 لسنة 2005 مؤرخ في 15 أوت، يتعلق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام "مجلة الالتزامات والعقود التونسية".

³ - الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.93.345 بتاريخ 9 رمضان 1331، (12 أغسطس 1913)، المتعلق بالقانون الالتزامات والعقود، مؤرخ في 18 فبراير 2016.

يشترط توافر شروط لاعتبار أنّ التصرف القانوني قد أبرم في مرض الموت فأولها، أن يعقد المرض المريض عن قضاء مصالحه، وثانيها، أن يغلب فيه الموت، وثالثها، أن ينتهي بالموت فعلاً.

الضوابط المقررة في تحديد مرض الموت، أن يكون مرض الموت ممّا يغلب فيه الهلاك ويشعر المريض فيه بدنو أجله وينتهي بموته، فإذا استطال المرض لأكثر من سنة فلا يعتبر مرض موت مهما يكن من خطورة هذا المرض واحتمال عدم براء صاحبه منه وتكون تصرفات المريض في هذه الفترة صحيحة ولا تعد حالة من حالات مرض الموت إلا في فترة تزايدها واشتداد وطأتها إذا العبرة بفترة الشدة التي تعقبها الموت، وكان لا يشترط في مرض الموت ملازمة صاحبه الفراش على وجه الاستمرار والاستقرار بل يكفي أن يلازمه وقت اشتداد العلة، ومن ثم فإنّ توجه مورث الطاعن إلى الموثق للتوقع على عقد البيع، على نحو ما أورده الحكم المطعون فيه، لا يحول دون اعتبار مرضه مرض موت متى كان شديداً يغلب فيه الهلاك وينتهي فعلاً بوفاته، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النّظر فإنّه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وشابه الفساد في الاستدلال جره إلى قصوره في استظهار ما إذا كان التصرف موضوع النزاع قد تم في فترة تزايد واشتداد وطأة مرض مورث الطاعن التي أعقبها الوفاة بما يوجب نقضه، وأن ثبوت مرض الموت أو انتفاؤه هو من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع¹.

لقد نصت المادة 776 ق.م.ج على أنه: "كلّ تصرف قانوني يصدر عن شخص في حالة مرض الموت يقصد التبرع يعتبر تبرعاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف"، ومن خلال هذا يتبيّن أنّ المشرّع اعتبر كلّ التصرفات التي تصدر من شخص وهو مريض مرض الموت والتي تمت بقصد التبرع، تبرعاً يضاف إلى ما بعد الموت، وهذا يعني تطبيق أحكام الوصية على هذه التصرفات مهما كانت التسمية التي أعطاها المتعاقدان للتصرفات، وهذا يعني أنّ تبرعات المريض مرض الموت لا يجوز أن تكون قيمتها أكثر من ثلث التركة، أمّا إذا زادت عن ثلث فإنّها تتوقف على إجازة الورثة، حسب

¹ - السيد خلف محمد، عقد البيع في ضوء الفقه وأحكام النقض، ط2، دار الفكر والقانون، مصر، 1999، ص ص 711-

نص المادة 185 ق.أ.ج، ويقع على الورثة عبء إثبات وقوع التصرف القانوني من مورثهم أثناء مرض الموت.

تنص المادة 408 ق.م.ج بأنه: "إذا باع المريض مرض الموت لوارث، فإنّ البيع لا يكون ناجزا إلاّ إذا أقره باقي الورثة، أما إذا تمّ البيع للغير في نفس الظروف فإنّه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال"، ويتبيّن لنا أنّه إذا وقع البيع من المريض مرض الموت لأحد الورثة، فإنّ البيع لا يكون ناجزا إلاّ في حالة إقراره من باقي الورثة، ومن ثمّ إذا لم يقر الورثة البيع بقي الشيء المبيع كعنصر من عناصر التركة، وبالتالي على البائع أنّ يرد الثمن للمشتري الذي يكون قد دفعه كثمن للمبيع، وإذا وقع البيع للغير من المريض مرض الموت، فإنّ البيع يعتبر غير مصادق عليه، ومن ثمّ يكون قابلا للإبطال لمصلحة المريض، وإذا تقرر البطلان بناء على طلب ممّن تقرر البطلان لمصلحته، على البائع أنّ يرد الثمن الذي ثبت دفعه للبائع وأنّ يرد المشتري المبيع للبائع، ونصت المادة 409 ق.م.ج بأنه: "لا تسري أحكام المادة 408 على الغير حسن النية إذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينيا الشيء المبيع". يتبيّن أن المشرّع أراد حماية الغير حسن النية الذي يتعامل مع المشتري وهو يجهل العيب الذي لحق سند سلفه والذي يتمثل بعدم نفاذ التصرف إلاّ إذا أقر الورثة البيع وخاصة إذا كان الغير قد كسب حقه بعوض على الشيء المبيع، ومن ثمّ إذا لم يقر الورثة التصرف الصادر للمشتري، فإنّ الشيء المبيع يعود إلى التركة محملا بحق الغير¹.

الفرع الثاني

بيع التركة

يقصد ببيع التركة أنّه عقد احتمالي، يبيع فيه الوارث أو الموصى له، نصيبه كلّه أو جزء منه، وبيع التركة لا يتمّ إلاّ بعد موت المورث وثبوت الحقّ في الميراث، أمّا قبل موت المورث فإنّ البيع يكون باطلا باعتبار تصرفه في تركة إنسان على قيد الحياة.

¹ - خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص 239.

بيع التركة هو الذي يقع على كل نصيب الوارث في التركة أو على بعض نصيبه فيها دون تحديد، أما إذا حدد الوارث المال الذي يبيعه فإن هذا العقد لا يعتبر بيعاً لتركة، ولو كان هذا المال هو كل ما آل إلى الوارث بالميراث¹.

لقد نص المادة 404 ق.م.ج بأنه: "من باع تركة دون أن يفصل مشتملاتها، لا يضمن إلا صفته كوارث ما لم يقع اتفاق يخالف ذلك"، وتبين أن بيع التركة يتميز أنها احتماليا، حيث يعرف ما سيؤول إليه بعد تقسيم التركة، وذلك لعدم معرفة على وجه اليقين، ما يشمله هذا النصيب من حقوق، وأنه يرد التعيين للمبيع على كل الحق الذي أو على جزء منه فقط دون أن يتجاوز التعيين هذا القدر، وإلا فقد بيع التركة ميزته، إذا ورد مثلا البيع على حق معين بذاته من حق الوارث ككل، ويمكن أن يقع البيع إلى وارث آخر، وقد يقع إلى شخص أجنبي عن الورثة. نظرا لأنه لا تركة إلا بعد سداد الديون فإن بيع التركة يرد على الحقوق التي تظل فيها بعد سداد ما عليها من ديون، فلا تنتقل للمشتري ملكية شيء قبل سداد ديون التركة².

إن إجراءات البيع نصت عليه المادة 405 ق.م.ج بأنه: "إذا بيعت التركة فلا يسري البيع في حق الغير إلا إذا قام المشتري بالإجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة، فإذا نص القانون على إجراءات لنقل الحقوق المذكورة بين المتعاقدين وجب أيضا أن تتم هذه الإجراءات"، ويتضح لنا أن بيع التركة من شأنه، كالبيع العادي، أن ينقل الملكية لما تشتمل عليه التركة من عقارات وديون إلى المشتري، سواء كان ذلك بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير، ومن ثم يجب إتباع جميع الإجراءات الواجبة لنقل كل حق من الحقوق المكونة للتركة، فإذا كانت تشتمل على عقارات، فإن نقل ملكيتها يقتضي اتخاذ إجراءات التسجيل لنقل ملكيتها بين المتعاقدين وبالنسبة للغير، وإذا كانت للتركة ديون، فيجب أن يعلن مديونها بحوالة هذه الديون حتى تكون نافذة في حقهم، وإذا كانت التركة مدينة فيجب أن يقر دائنوها بهذه الحوالة، حتى تكون نافذة قبلهم،

¹ - سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية، (د.س.ن)، ص 405.

² - خليل أحمد حسن قداة، المرجع السابق، ص 249.

على النحو الواجب في حوالة الدين¹، وبهذا تقرر المادة 252 ق.م.ج بأنه: "لا تكون الحوالة نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها".

الفرع الثالث

الميراث بالتقدير

الميراث بالتقدير هو من المسائل التي تتحكم فيها عدة عوامل، طبيعية وشرعية، ووقائع مادية تحدث في الحياة تفرض على الفقيه والمشرع إيجاد حل لها، لهذا يعتبر من بين الإشكالات المتعلقة بالتركة²، وتتمثل في الحمل أن يلد ولم يتبين بعد جنسه ولا عدده أو مفقودا لم يعرف مصيره حيا أو ميتا، أو شخصا شاذ لم ينكشف جنسه هل هو ذكر أو أنثى³.

فيما يخص الحمل رغم أنه من بين حالات الميراث بالتقدير إلا أنه لا إشكال فيه فيما يخص توزيع أو تقسيم التركة لأن مدة الحمل لا يطول كثيرا تقدر بالأشهر الحد الأدنى 6 أشهر وأقصى 10 أشهر وكذلك تم حله في مواد المواريث الذي يكون الحل بالإعطاء والوقف ولا إشكال فيه. أما المفقود وكذلك الخنثى فإنها يثران إشكالات تؤثر على التركة وذلك على أساس طول المدة، وهذا ما يؤثر في تصفية التركة، لذلك سنقتصر على بيان ميراث المفقود والخنثى فقط.

أولا: ميراث المفقود

المفقود هو من انقطع خبره ولم يعلم حاله حيا أم ميت نتيجة غياب عن الأهل والبلد، وهذا ما تطرق إليه المشرع الجزائري في نص المادة 109 ق.أ.ج التي تنص: "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم"، ومن خلال هذا يتبين لنا أن المفقود هو المجهول الحال جهلا أدى إلى تزعزع مركزه الشرعي، حيث يعتبر حيا في حق

¹ - خليل أحمد حسن قعادة، المرجع السابق، ص 240.

² - صالح ججيك، الميراث في القانون الأسرة الجزائري، ط2، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002، ص 166.

³ - مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الإسلامي المقارن والقانون، دار وائل للنشر، الأردن، 2006، ص 140.

نفسه وميتا في حق غيره، والمفقود قد يكون له أقارب فيموتون أو تكون له أموال فيغيب عنها، فما هو مصير تلك الأموال بعد الفقد، وكيف يكون حاله بالنسبة لغيره؟¹.

تبقى أموال المفقود على حالها، حتى تثبت الوفاة بحكم قضائي، وحتى يصدر القاضي حكم بالوفاة، فيجب أن يتقدم ذوي الحقوق إليه بطلب والقاضي أن يصدر الحكم في خلال أربعة سنوات من اختفاء الشخص المفقود بعد الحكم بالموت فيمكن تقسيم التركة، بين الورثة ابتداء من تاريخ صدور الحكم²، فلقد نص القانون الجزائري عليه في نص المادتين 114 و115 ق.أ.ج. التي وردت في متنها ما يلي:

المادة 114 ق.أ.ج بأنه: "يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة، أو النيابة العامة".

والمادة 115 ق.أ.ج بأنه: "لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته، وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها".

أما في القانون المغربي نص عليه في المادتين 326 و327 م.س.

المادة 326 م.س نصت بأنه: "المفقود مستصحب الحياة في حق نفسه وكذلك في حق غيره، فيوقف الحظ المشكوك فيه إلى أن يبيت في أمره".

أما المادة 327 م.س بأنه: "يحكم بموت المفقود في حالة استثنائية يغلب عليه فيها الهلاك بعد مضيء سنة من تاريخ اليأس من الوقوف على خبر حياته أو مماته".

ومن خلال المواد يتضح أن الفرق بين المشرع الجزائري والمشرع المغربي يكمن في أن إصدار حكم الوفاة على المفقود بالنسبة للقانون الجزائري بعد مضيء أربعة سنوات من اختفاء الشخص في الظروف الإستثنائية، أما المشرع المغربي يكون خلال سنة من الفقدان.

¹ - محمد محدة، المرجع السابق، ص 278.

² - عبد الفتاح نقيه، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء، حقوق النشر محفوظة لمنشورات تالة، الجزائر، 2011، ص ص 199-200.

أما القانون التونسي لا يختلف تعريف المفقود عن كل من القانون الجزائري والمغربي، فإذا كان الوارث مفقودا في تاريخ وفاة المورث، فإنه قبل الحكم بموته يعتبر حيا، فيوقف من تركة مورثه هذا ما جاء في الفصل 151 م.أ.ش بأنه: "يوقف للمفقود من تركة مورثه نصيبه فيها فإذا ظهر حيا أخذه وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه، فإن ظهر حيا بعد الحكم بموته أخذ ما بقي من نصيبه بأيدي الورثة"، فإن ظهر حيا قبل الحكم بموته فإنه يأخذ نصيبه من التركة، أما إذا صدر الحكم بموته فإن الأمر يختلف باختلاف تاريخ موت المفقود الذي يحدده القاضي في حكمه، إذا كان هذا التاريخ لاحقا لتاريخ وفاة المورث، فإن نصيب المفقود من تركة هذا الأخير يكون من حق ورثة المفقود، أما إذا كان تاريخ موت المفقود سابقا لتاريخ وفاة المورث، فإن المفقود لا يرث من تركة هذا الأخير، فيرد النصيب الذي وقف له إلى ورثة المورث، لكن إذا ظهر المفقود حيا بعد القسمة التركة التي لم يكن له منها نصيب، فإنه يبين نصيبه من تركة مورثه ثم يسترد ما بقي من هذا النصيب بأيدي الورثة¹.

ثانيا: ميراث الخنثى

المقصود بالخنثى من كانت له آلة الرجال وآلة النساء معاً، أو ليس له شيء منهما أصلاً، فميراث الخنثى إذا اتضحت معالم ذكورته يرث ذكر وإن اتضحت معالم أنوثته ورث أنثى، وإذا تساوت معالم ذكورته وأنوثته يرث مرة أنثى وأخرى ذكر وتجمع الحاليتين وتقسم على الاثنين بعد الجمع²، إذا أطلق اسم الخنثى بلا إضافة كلمة المشكل فإنه يعني عند الفقهاء الخنثى الواضح، وهو الشخص الذي تم تحديد نوعه، وألحق بأحد الجنسين الذكر أو الأنثى، فيكون له من الأحكام ما للجنس الملحق به.

أما إذا كان خنثى مشكلا فإنه يُعطى أسوأ نصيب، وهو النصيب الأدنى مما يصيبه من ميراث ذكر أو أنثى، أو عصبية (كمن ترك زوجا وأما وأختا لأب وخنثى لأب، يعامل كذكر لأنه أقل نصيب له، إذ لو فرض أنثى لأخذت السدس وعالت المسألة)، لأن الأقل ثابت في حقه

¹ - فرج القصير، أحكام الموارث في القانون التونسي، ط2، دار الميزان للنشر، تونس، 2001، ص 34.

² - منصور كافي، الموارث في الشريعة والقانون، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 117.

والزيادة في شك، والاستحقاق لا يثبت بالشك، تحل المسألة على تقديرين، فيعطى نصف ميراث الذكورة إن كان وارثا فقط بالذكورة، ونصف ميراث الأنوثة إن كان وارثا بالأنوثة فقط، وإن كان وارثا بالفرضين يعطى نصف ما يستحقه في كل تقدير الورثة بعد توحيد المسألتين¹.

مع الإشارة أنّ التشريعات المغربية لم يتعرض بتاتا لمسألة توريث الخنثى، بل ترك المجال مفتوحا أمام القاضي، مما يضطر المشرع الجزائري إلى عمل نص المادة 222 ق.أ.ج، والمشرع المغربي يرجع إلى نص المادة 400 م.س نصت بأنّه: "كلّ ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف".

الفرع الرابع

الوصية الواجبة

من المواضيع ذات الأهمية والتي تثير إشكالات في تصفية التركة نجد مسألة التنزيل أو الوصية الواجبة.

الأصل في الوصايا أنّها اختيارية، ينشؤها الشخص بمحض إرادته ولا يلزم بها قضاء، ولا تخرج الوصية من ماله دون أنّ يكون صاحب المال قد أنشأها قبل موته، لكن المشرع استحدث نوعا جديدا من الوصايا هي التنزيل، فالوصايا اتخذت صفة الوجوب لكونها تنفذ قضائيا لا دينيا، وأنّ القاضي هو الذي يوجبها في مال المتوفى للفئات التي نص قانون الوصية على إعطائهم إياها سواء أوصى لهم الميّت أو لم يوصي وسواء رضي الورثة أو لم يرضوا، وقد أوجب القانون هذا النوع من الوصايا لصنف معين من الأقارب حرّموا من الميراث لوجود من يحجبهم عن ذلك².

¹ - إقروفة زوبيدة، "أثر المستجدات العلمية في ضبط إشكالات التوريث (توريث الخنثى والحمل نموذجاً)"، مداخلة مقدمة لملتقى الدولي حول الميراث بين النصوص التشريعية والإشكالات العلمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، 4/3 ماي 2015، ص ص 4-5.

² - أزقاع بريزة، عزيرين صوفية، الوصية الواجبة في قانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2014، ص ص 24، 29.

القانون الجزائري قد سماها التنزيل بحسب المادة 169 ق.أ.ج، أما بقية التشريعات العربية أطلقت على الوضعية الوصية الواجبة، وقد نظم أحكام التنزيل ضمن أحكام الميراث في المواد من 169 إلى 172 ق.أ.ج، حيث نص في المادة 169 ق.أ.ج بأنه: "إحلال الحفدة الذين توفي والدهم قبل أو مع جدتهم أو جدتهم محل والدهم في تركة الجد أو الجدة بمقدار حصة مورثهم لو بقي حيا، وبالشروط القانونية المنصوص عليها في المواد 170 إلى 172 ق.أ.ج".

من خلال نصوص أحكام التنزيل يمكن استخلاص الضوابط القانونية للتنزيل وهي:

- 1- وفاة المورث وهو الجد أو الجدة حقيقة أو حكماً.
- 2- تحقق حياة الحفيد (المنزل له) عند موت المورث.
- 3- يشترط للتنزيل ألا يكون هؤلاء الأحفاد وارثين أصلاً من المتوفي مهما كان نصيبهم في الميراث كثيراً أو قليلاً.
- 4- ألا يكون المتوفى قد وهب حال حياته، أو أوصى للحفيد بمثل ما يستحقه بالتنزيل، فإن كان أقل من ذلك وجب له التنزيل بمقدار ما يتم نصيبه من التركة.
- 5- فيشترط أيضاً ألا يكون المنزل له قد ورث من أبيه أو أمه ما لا يقل عن نصيب مورثه من تركة أبيه أو أمه¹.

فالمستفيدون من الوصية الواجبة كالاتي:

- * فرع الولد الذي توفي حقيقة في حياة أصله (أبيه أو أمه).
- * فرع الولد الذي توفي وفاة حكومية كالمفقود في حياة أصله.
- * فرع الولد الذي توفي مع أبيه أو أمه في وقت واحد بسبب حادث سيارة أو طائرة أو أي حادث آخر ولم يعرض أيهما مات أولاً، وهذا هو موقف المشرع الجزائري.

يكون مقدار التنزيل حسب نص المادة 170 ق.أ.ج بأنه: "أسهم الأحفاد تكون بمقدار حصة أصلهم لو بقي حياً على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة"، فإذا زاد عن الثلث التركة فتعتبر وصية اختيارية أو تبرع، فإذا كان مجموع أسهم الأحفاد بمقدار حصة أصلهم، وإذا أوصى صاحب

¹ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 57.

التركة للأحفاد بأكثر من الثلث عن ذلك الزائد، تكون وصية اختيارية تنفذ بإجازة الورثة وتبطل بردهم إياها، وإنّ أجزت من بعض الورثة ورفضت من الباقي تنفيذ في أنصبة المجيزين لها، تطبيقاً للقواعد العامة للوصية حسب ما تضمنه نص المادة 185 ق.أ.ج بأنه: "تكون الوصية في حدود الثلث التركة، وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة".

انطلاقاً من هذا القيد في مقدار التنزيل يتضح أنّه في حالة إيصال أو إعطاء الجد للأحفاد من الأموال أقل من نصيب مورثهم، وجب لهم الحق في التنزيل بمقدار ما يتم به أو يكمل به نصيبهم في ذلك وهو ثلث التركة¹.

أمّا القانون التونسي نص على الوصية الواجبة في الفصل 191 ق.أ.ش بأنه: "من توفي وله أولاد ابن ذكراً أو أنثى مات والدهم أو والدتهم قبله أو معه وجبت لهؤلاء الأولاد وصية على نسبة حصة ما يرثه أبوهم أو والدتهم عن أصله الهالك باعتبار موته إثر وفاة أصله المذكور بدون أنّ يتجاوز ذلك ثلث التركة"، فنلاحظ أنّ المشرع التونسي يتفق مع القانون الجزائري في أحكامها وضوابطها.

أمّا القانون المغربي فنظم الوصية الواجبة ضمن أحكام الميراث في المواد 369 إلى 372 م.س ونص أيضاً على التنزيل ونضمه ضمن أحكام الوصية في المواد 316 إلى 320 م.س، فكان من المفروض أنّ تكون المسألة عكسية بحيث تنظم الوصية الواجبة ضمن أحكام الوصية، والتنزيل ضمن أحكام الميراث، علماً بأنّ أحكام الوصية الواجبة تركز أساساً على فروع الأبناء والبنات، أمّا التنزيل فلم يخص جهة معينة وإنّما جاءت النصوص عامة.

الفرق بينهما أنّ الوصية الواجبة ملزم تطبيقها إذا توفرت أحكامها وضوابطها ولو لم يوصي صاحبها، لأنّها مفروضة بقوة القانون، أمّا التنزيل فهو اختياري ينعقد بما تنعقد به الوصية، حيث جاء في تعريفه في المادة 315 م.س أنّه: "التنزيل إلحاق شخص غير وارث بوارث وإنزاله منزلته".

¹ - سعيد بوزري، المرجع السابق، ص ص 162-163.

والواضح في النص أنه أدرج الأحماد مجدداً، مع أنه نص عليه في الوصية الواجبة، وكما يبدو من النص أنّ المسألة شكلية لم تخرج عن الوصية من حيث المضمون، بحيث تسري عليه أحكامها¹.

يستخلص من المواد 369 إلى 372 م.س²، أنّ القانون المغربي استمد نصوصه من القانون السوري حيث يستحق أبناء الابن وأبناء البنت وصية واجبة في تركة جدهم أو جدتهم ولو مات أبوهم أو أمهم مع جدهم أو جدتهم في وقت واحد أو في أوقات مختلفة ولم يعرف من الذي مات قبل الآخر³، على أنّ يأخذوا مقدار حصتهم ممّا يرثه أبوهم من تركة أبيه فيما لو توفي بعده⁴، أي فرض تحقق شرط الإرث المتمثل في وفاة الابن أو البنت بعد وفاة الأصل، بشرط ألاّ يتجاوز الثلث، ولا يستحق الوصية الواجبة إذا كانوا من الورثة، أو إذا كانوا قد قدر نصيبهم، وذلك هما الشرطان الأول والثاني من شروط استحقاق الوصية الواجبة في القانون المغربي.

بينما نص المادة 371 م.س على شروط أخرى لاستحقاق أبناء الإبن أو البنت الوصية الواجبة المتمثلة في:

*ألا يكون الأحماد وارثين في تركة مورثهم بواسطة الإرث الشرعي.

¹ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص ص 54-55.

² - نصت المادة 369 م.س بأنه: "من توفي وله أولاد ابن أو أولاد بنت ومات الابن أو البنت قبله أو معه وجب لأحماد هؤلاء في ثلث التركة وصية بالمقدار والشروط الآتية". ونصت المادة 370 منه: "الوصية الواجبة لهؤلاء الأحماد تكون بمقدار حصتهم مما يرثه أبوهم أو أمهم عن أصله المتوفى عل قرض موت مورثهم إثر وفاة أصله المذكور على أنّ لا يتجاوز ثلث التركة". وتتص المادة 371: "لا يستحق هؤلاء الأحماد وصية أنّ كانوا وارثين لأصل مورثهم جدا كان أو جدة أو كان قد أوصى لهم أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحقون بهذه الوصية الواجبة، فإنّ أوصى لهم بأقل من ذلك وجبت تكملته وإنّ أوصى بأكثر كان الزائد متوقفا على إجازة الورثة وإن أوصى لبعضهم فقط وجبت تكملته وإن أوصى بأكثر كان الزائد متوقفا على إجازة الورثة وإن أوصى لبعضهم فقط وجبت الوصية لأخر بقدر نصيبه على نهج من ذكر"، وتتص المادة 372 أنه: "تكون هذه الوصية لأولاد الابن وأولاد البنت ولأولاد ابن الابن وإنّ نزلوا واحد كانوا أو أكثر للذكر مثل حظ الأنثيين يحجب فيها كل أصل فرعه دون غيره، ويأخذ كل فرع نصيب أصله فقط".

³ - العلمي الحراق، الوصية الواجبة وتطبيقاتها الإرثية وفق مدونة الأسرة، (د.د.ن)، الرباط، 2012، ص 68.

⁴ - إلياس ناصف، الوصية- الوصية للمسلمين وفي القانون الدولي الخاص-، ج2، لبنان، (د.ب.ن)، 2003، ص 299.

*ألا يكون المورث قد أوصى لهم بوصية اختيارية أو أنزلهم منزلة أبيهم أو أمهم أو تبرع عليهم في حياتهم بلا عوض مقدار ما يستحقونه بالوصية الواجبة¹.

والملاحظ أنّ المشرّع المغربي أخذ بنظام الوصية الواجبة وجاء النص عليها في القانون المتعلق بالميراث لا القانون المتعلق بالوصية وقد أخذها من القانون السوري، إلاّ أنّه ما ميز القانون المغربي أنّه تناول التنزيل في باب مستقل عن الوصية الواجبة، بحيث جعلها يختلفان عن بعضهما، عكس القانون الجزائري الذي لم يعتبرها ميراثا بحسب القانون المغربي بل أعطى لها تسمية أخرى وهي التنزيل، فهذا المصطلح يستعمل في علم الميراث، حيث ينزل الفرع منزلة أصله لو بقي حياً، وهو ما يفهم على أنّه ميراثا وليس وصية واجبة بحكم القانون.

كذلك فإنّ القانون الجزائري وعلى ما يبدو، قد سوى بين أبناء الابن وأبناء وبنات البنات بإطلاقه لفظ الأحفاد دون تحديد، خلافا للقواعد العامة في الميراث التي تقضي بأنّ أبناء وبنات الابن وإنّ نزل يستحقون الميراث إذا لم يوجد من هو أولى منهم، أمّا أبناء وبنات البنات فهم في مرتبة متأخرة عما ذكر، لأنّهم من ذوي الأرحام وليسوا من ذوي الفروض أو العصبية.

بالتالي كان على المشرّع الجزائري أنّ ينظم هذا الموضوع ضمن أحكام الوصية ويسميه وصية بقوة القانون أو وصية واجبة أسوة القانون المغربي والتونسي التي نظمتها ضمن أحكام الوصية، كما يتوجب على المشرّع أيضا أنّ يحدد المقصود بلفظ الأحفاد على أنّهم أبناء وبنات الأولاد من الذكور على عمود النسب، ولا يشمل الحكم أبناء وبنات البنات لأنّهم من ذوي الأرحام يأتون في مرتبة أبعد من الصنف الأول².

الإشكال الذي يطرح في مسألة التنزيل أنّه لا بد من الأخذ في الحسبان حق الحفدة في التركة فيخرج ضمن الحقوق المتعلقة بالتركة قبل توزيع الباقي على الورثة وفي حالة تصفيتهما ثمّ ظهر حفيد يطالب بنصيبه وأثبت ذلك مع تحقق الشروط النصوص عليه في القانون الأسرة يتعين الطعن في صحة التصفية.

¹ - العلمي الحراق، المرجع السابق، ص ص 77، 112.

² - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 56.

خلاصة الفصل الأول

من خلال ما وضعنا نصل إلى نتيجة مفادها أنّ موضوع تصفية التركة لا يقل أهمية عن موضوع الميراث في تحديد الأنصبة، والمستحقين كلاهما يجمعهما هدف واحد، وهو إعطاء لكلّ ذي حق حقه، ولهذا يجب الاهتمام بدراستها ومراعاة أحكامها، لأنّها أوّل خطوة لانتقال المال المتروك من الميت إلى ورثته الأحياء.

التركة التي تنتقل إلى الورثة المحددين شرعا ليست التركة في مجملها وإنّما هي التركة المصفاة إنّ صح تسميتها بهذا الاسم، والمقصود بها الرصيد الإيجابي الباقي بعد تخليصها من حقوق الغير والتي تتمثل في كلّ من مصاريف التجهيز والدّفن بالقدر المشروع وحق الورثة والديون الثابتة بذمة المتوفي وكذلك تنفيذ الوصايا.

لقد توصلنا في دراستنا أنّ وقت انتقال التركة إلى الورثة لا إشكال إذا كانت التركة غير مدينة حيث تنتقل أموال المورث وما كان داخلا ضمن ذمته إلى ورثته مباشرة فور الوفاة، ولكن الإشكال يحصل في حالة ما إذا كانت التركة مدينة حيث لم ينص القانون على ذلك، ولم يوضح كيفية التصرف في التركة سواء كانت مستغرقة بالديون أم غير مستغرقة، وقد أحالنا المشرّع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وذلك بنص المادة 222 ق.أ.ج.

أمّا مكونات التركة فإنّها تتكون من أعيان ذاتية والمنفعة بها انتفاعا عاديا، سواء كانت عقارات أو منقولات التي تكون تحت يد المالك أو النائب عنه وكذلك الحقوق العينية المقومة بمال أو المتصلة بعين من أعيان التركة، كحق الارتفاق وبعض الخيارات المالية.

ولكن قد تصادفنا في الحياة العملية بعض الإشكالات تخص أحكام التركة، التي تستوجب الوقوف عندها، والمتمثلة في بعض حالات الميراث بالتقدير كوجود وارث أو أكثر مفقود، أو وجود خنثى أو أكثر بين الورثة، وكذلك بيع التركة في مرض الموت، وكذلك الوصية الواجبة، وهذا يعتبر إشكالا يتعين حله قبل اللجوء إلى تصفية تلك التركة.

وفي العموم، فإن كل من التشريعات المغاربية المشار إليها لم تخالف أحكام الشريعة الإسلامية فيما نصت عليها أو أشارت إليها وفيما لم يرد النص عليها فقد أحالت فيه إلى أحكامها.

الفصل الثاني

الإطار القانوني لتصفية الشركة

نظام التصفية بوجه عام اعتنت به القوانين للضرورة، سواءً عند انحلال الشركات أو تصفية المال الشائع، أو في التصفية القضائية للمقاومات، أو في التركات، والجامع فيه وجود الاشتراك في الأموال وحقوق الشركاء المتباينة والدائنين والغير، ولا صفة لأي شريك في وضع يده على المال دون التراضي أو التقاضي، إلا بما تدعو إليه الضرورة المستعجلة وهو الشيء الذي يجعل التصفية من اللّوازم، حتّى لا يبقى المال دون رقيب ممّا يعرضه لخطر الضياع، أو عدم الانتفاع به خلاف مقاصد الشرع في الضروريات الخمس، ولو أن القانون لم يمنع على الشريك الحق في استعمال المال المشترك على نسبة حصته، لأنّه مجرد استعمال وليس بتصرف، ولكن مع شرط ألاّ يستعمله استعمالاً ينافي طبيعته، أو مع الغرض المعد له، أو أن يتعارض مع استعمال باقي الشركاء، والظاهر أنّ التصفية، لا يعني لزوماً إنهاء الشروع بين الشركات، وإنّما تصفيته من حقوق الغير، والمثال البارز في التركات حيث تتصرف مهمة المصفي عادة إلى إحصاء المتروك، وتصفية الشركة من الحقوق وحمايتها، وللزيادة في التوضيح أكثر حيث نقوم بتبيان حماية الشركة من خلال (المبحث الأوّل)، ومراحل تصفية الشركة (المبحث الثاني).

المبحث الأول

حماية التركة

إنّ الشريعة الإسلامية قرّرت نظام التوارث ليكون وسيلة من وسائل التضامن الاجتماعي والأسري، وكذا التكافل بين الأزواج وذوي القربى، وقد جاءت القوانين الوضعية فأقامت قواعد وأحكاما لحماية التركة وحماية حقوق الورثين من كلّ اعتداء سواء فيما بينهم أو من طرف الغير.

بالرغم من ذلك وللأسف قد بين الواقع العملي أنّه قد يوجد بين الورثة من يعميهم الطمع والجشع فيقومون بالاستيلاء على كلّ أو بعض من التركة قبل قسمتها دون وجه حق، ولقد تدخل كلّ التشريعات المغاربية لتوفير الحماية للقواعد المتعلقة بالتركة، وذلك خوفا من ضياع الحقوق عن أصحابها، وما يطرأ عليها من عوارض كالوفاة والغيبة وتجميد المال واندثاره، وذلك بإتباع إجراءات مختلفة لحماية التركة، وهذا ما يتم توضيحه (المطلب الأول)، إلاّ أنّه هناك حالة وجود تركة دون وجود ورثة، وهذا ما يسمى بالتركة الشاغرة، يتم توضيحه (المطلب الثاني).

المطلب الأول

إجراءات حماية التركة التي فيها ورثة

لقد وضعت كلّ من التشريعات المغاربية إجراءات لحماية القواعد المتعلقة بالتركات، سواء كانت إجراءات توثيقية أو إجراءات النيابة الشرعية أو إجراءات قضائية، وهذه الأخيرة هي التي يتجلى دورها أكثر في حماية حقوق الورثة القصر من الإعتداء على حقوقهم في التركة من طرف الورثة البالغين، وهذا ما يتم تبياناه بالتفصيل (الفرع الأول) المتمثل في إجراءات توثيقية (الفرع الثاني) إجراءات النيابة الشرعية (الفرع الثالث) إجراءات القضائية.

الفرع الأول

الإجراءات التوثيقية

نميّز في هذه الإجراءات أساسا بين تثبيت الوفاة وعدد الورثة، ثبوت الزوجية والقرابة، وإعداد الفريضة.

أولاً: تثبيت الوفاة وعدد الورثة

تثبيت الوفاة هو عنصر أساسي وجوهري، في إثبات صفة الورثة، حتى يحلّوا محلّ مورّثهم في تملك متروكه حسب أسهم كلّ منهم بعد تصفية التركة¹.

نصت المادة 79 ق.ح.م بأنه: "يحرر عقد الوفاة ضابط الحالة المدنية التابع لبلدية التي وقعت فيها الوفاة بناء على تصريح من أحد أقرباء المتوفى التصريح شخص توجد في حالته المدنية المعلومات الموثوق بها وعلى الأكمل بقدر الإمكان، يجب أن يتم التصريح بالوفاة في أجل أربعة وعشرين ساعة ابتداء من وقت الوفاة، ويجوز تمديد هذا الأجل بموجب مرسوم بالنسبة لولايتين الواحات والساورة، ينجر عن عدم مراعاة هذا الأجل المحدد، من قبل الأشخاص الذين حصلت عندهم الوفاة وكذا أقارب المتوفى تطبيق العقوبات المنصوص عليها في المادة 441 المقطع ثاني من قانون العقوبات، يقبل تصريح الوفاة حتى ولو كان متأخراً ويحرر العقد بالوفاة مهما كانت المدة المنقضية منذ حدوث الوفاة بمجرد التمكن من إجراء تحقيق بواسطة فحص اللجنة²، من خلال هذه المادة يتضح أنها أوجبت التصريح بكل وفاة تقع فوق التراب الوطني أو فوق الإقليم الجزائري، ويكون تسجيل المتوفى في سجلات الحالة المدنية من طرف ضابط الحالة المدنية الذي وقعت دائرة اختصاصه الوفاة وذلك خلال مدة أربعة وعشرين ساعة من تاريخ لحظة فراق الهالك الحياة، وفي حالة انقضاء الأجل المحدد لا يمكن لضابط الحالة المدنية تسجيل الوفاة إلاّ بأمر من رئيس المحكمة المختص³.

¹ - عدلى أمير خالد، أحكام وإجراءات التقاضي في إسهاد الوراثة وتوزيع التركات، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 2001، ص 8.

² - أمر رقم 12/70 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1379، الموافق ل 19 فيفري 1970، المتعلق بالحالة المدنية، ج ر، عدد 21، مؤرخة في 27 فيفري 1970، المعدل والمتمم بالقانون رقم 08/14 المؤرخ في 9 أوت 2014، الموافق ل 13 شوال عام 1435، ج ر، عدد 49 مؤرخة في 2014.

³ - بن عبيدة عبد الحفيظ، الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص48.

أما بالنسبة للقانون المغربي يعرّف برسم الإرث وذلك بالإشهاد العدلي على شهود اللّيف الذين يشهدون بثبوت الموت وعدد الورثة، وهو من الأمور التي جرى بها العمل، ويشهد اللّيف على الموت بأنّهم يعرفون فلانا بن فلان المعرفة التامة بالاسم والذات والنسب، والشرط المعرفة فالشهادة على المجهول لا تعتبر شرعا، ومع ذكر سبب الوفاة عند الاقتضاء، ولا مانع من تعدد اللّيف إذا كان البعض يعلم الموت ولا يعلم عدد الورثة والبعض الآخر يعلم عدد الورثة ولا يعلم الموت، كما يتعين على الشهود استقصاء الورثة وحصر عددهم، ففي حالة شهادة على وجود ورثة دون حصر عددهم فإنّ شهادتهم ترد لعدم الحصر¹.

أما في القانون التونسي لترسيم الوفاة، فيجب إعلام ضابط الحالة المدنية بالوفاة ليتولى ترسيمها بدفاتره بالتاريخ الذي وقعت فيه أو بالتاريخ الذي عيّنه لها القاضي، وعندما تكون الوفاة ثابتة يجب إعلام ضابط الحالة المدنية بها في أجل أقصاه ثلاثة أيام من تاريخ حصولها، فإذا لم يقع الإعلام في هذا الأجل فإنّ ضابط الحالة المدنية لا يمكنه ترسيم الوفاة إلاّ بمقتضى إذن صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها المكان الذي حصلت به الوفاة².

ثانيا: ثبوت الزوجية والقرابة

الأصل في تعيّن الوفاة، أن يثبت سبب الميراث من زوجية أو قرابة وقد نص عليها القانون الجزائري في المادة 126 ق.أ.ج بأنه: "أسباب الإرث: القرابة والزوجية"، لكن المشرع الجزائري لم يعرف عقد الزواج وإنما حدد شروط انعقاده التي تتمثل في الرضا، الأهلية، حضور الولي، الصداق، حضور الشاهدين، خلو المرأة من موانع الزواج، هذا ما جاء في المادة 9 مكرر، ولقد اشترط المشرع الجزائري تحريره من قبل الشخص المكلف بذلك قانوناً، حتى يرتب آثاره القانونية، منّا ثبوت صفة الزوجية والنسب، حسب نص المادة 18 ق.أ.ج بأنه: "يتم عقد

¹ - عبد الرحمان بلعكيد، تصفية التركة (حماية المتروك - القسمة - المخارعة بين القديم والجديد)، (د.د.ن)، الرباط، 2012، ص 63.

² - فرج القصير، المرجع السابق، ص 17.

الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانوناً مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و9 مكرر من هذا القانون".

أمّا القانون المغربي فقد نص عليه في المادة 16 م.س بأنه: "تعتبر وثيقة عقد الزواج الوسيلة المقبولة لإثبات الزواج، إذا حالة أسباب قاهرة دون توثيق العقد في وقته، تعتمد المحكمة في سماع دعوى الزوجية عن سائر وسائل الإثبات وكذا الخبرة..."، فالعدل لا يشهد إلاّ بما ثابت شرعاً والشهود يشهدون على وقائع مادية ليس غير، والوثائق المادية تثبت بمختلف وسائل الإثبات، وعليه لو عرّف الشهود الورثة في ذواتهم فقط دون أسمائهم وألقابهم، لكانت الإرثية صحيحة، لأنّ كلّ اسم ولقب يلحق بصاحبه ذاته المعرفة، وبطاقة التعريف الوطنية أداة فعالة لاختيار المطابقة والتطابق، وفي حالة النزاع يؤول الأمر إلى إختصاص قضاء الموضوع، واللّيف يعتد به على جرى به العمل، على شرط لتسلم شهادتهم، ماداموا على العلم الثابت والمعرفة الحقيقية بالميت والورثة¹.

أمّا القانون التونسي فنثوت الزوجية يكون بعقد الزواج الصحيح سواء تمّ الدخول بالزوجة أو لم يتمّ الدخول قبل الوفاة.

ثالثاً: إعداد الفريضة

الفريضة هي عقد يحررها الموثق أثناء وفاة مورثهم، ويذكر فيه معلومات خاصة بالمورث والتي تتعلّق بحالة التوريث، ويتضمن هذا العقد قائمة كلّ الورثة مهما كانت درجاتهم²، وهذا العقد لا يعتد به ضد الغير في نسيان ذكر وارث أو بأمر من الجهة القضائية خلال رفع دعوى القسمة، ويذكر حسب الأولوية أصحاب الفرض ثمّ العاصب ثمّ الموصى لهم وفي حالة غيابهم تنتقل إلى بيت المال³.

¹ - عبد الرحمان بلعكيد، المرجع السابق، ص ص 63-64.

² - طاهري حسين، دليل الموثق، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 46.

³ - عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص 31.

الموثق أثناء تحريره للفريضة التأكد من صحتها، وذلك حسب نص المادة 12 من قانون رقم 02/06 المتضمن تنظيم مهنة الموثق التي نصت بأنه: "يجب على الموثق أن يتأكد من صحة العقود الموثقة وأن يقدم نصائحه إلى الأطراف، قصد انسجام اتفاقهم مع القوانين التي تسري عليها..."¹، والتأكد من مطابقتها لنص القرآني وذلك لكل وارث حصته المقدره شرعا، لأنّ الخطأ في تحديد الأنصبة يترتب عليه أثارا سيئة وخطيرة في حق الورثة ومخالفته للشرع، فأصل الفريضة هو البحث عن أصغر مقام مشترك تجتمع فيه كسور الفريضة، ويتعين على العدليين إقامة أصل الفريضة في رسم الإرث لكي تحدد الأنصبة، ويمكن أن يتم تأصيل الفريضة دون انكسار، فالأسهم يجب أن تكون محددة ومتكاملة ومقسومة في مجموعها على الورثة دون تشطير في السهم كنصف السهم أو ثلثه أو ربعه... وهو ما يصطلح عليه في الفرائض بالانكسار².

كما يمكن أن يكون هناك مناسخة في فريضة المتوفي، ويقصد بها نقل نصيب بعض الورثة بموته قبل القسمة إلى من يرث منه، وهذا يعني إذا مات إنسان وترك ورثة فمات أحد ورثته قبل قسمة تركه الأولى، فإن نصيب الميت الثاني ينتقل إلى من يرثه، ومن هنا عرّف بعضهم المناسخة بأنها، موت ورثة وأصل الميراث قائم لم يقسم، وسميت بذلك لأنّ المسألة الأولى نسخت بالثانية أو لأنّ المال ينتقل فيها من وارث إلى وارث آخر³.

الملاحظ أن كلّ من التشريعات المغاربية لا يوجد أي فرق بينهم في إتباع الإجراءات التوثيقية لحماية التركة من الضياع.

¹ - قانون رقم 02/06 المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق ل 20 فيفري 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق.

² - عبد الرحمان بلعكيد، المرجع السابق، ص 101.

³ - فؤاد عبد اللطيف السرداوي، الوجيز في الوصايا والموارث، دار يافا العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص

الفرع الثاني

إجراءات النيابة الشرعية

تناول المشرع الجزائري أحكام النيابة الشرعية في الكتاب الثاني من القانون الأسرة الجزائري، وتعتبر ضمانات حقوق القاصر ويخضع له وجوبا وفقا لأحكام القانون.

تكون هذه النيابة في الولاية والوصية والتقديم والحجر، والغاية في ذلك عناية بالفئات الضعيفة والعاجزة، خاصة فئة القصر، فوفرت لهم الحماية اللازمة لرعاية شؤونهم ومصالحهم¹، والولاية هي تنفيذ القول على الغير والإشراف على شؤونه وتنظيم دورها إلى ثلاثة أقسام، الولاية على النفس، والولاية على الأموال، والولاية على النفس والمال معاً، وما يهمننا هي الولاية على أموال القاصر، حيث يمكن للقاضي مراقبة الولاية من تلقاء نفسه أو بناء على طلب ممثل النيابة العامة أو بطلب من شخص تهمة مصلحته، وهذا ما نصت عليه المادة 465 ق.إ.م.إ. نصت بأنه: "يمكن للقاضي مراقبة الولاية من تلقاء نفسه أو بناء على طلب ممثل النيابة العامة أو بطلب من أي شخص تهمة مصلحة من وضع تحت الولاية"².

الوصي هو كل شخص أوكل إليه بالقيام بمهمة الإشراف والتولي شؤون القاصرين سواء كان ذكراً أو أنثى، متى كان مؤهلاً وفقاً للشروط التي حددها الشرع والقانون، سواء كان من الأقارب أو غير الأقارب ومن المستحسن أن يكون من الأقارب، والوصي قد يعينه الأب أو الجد إذا لم يكون للقاصر أم تتولى أمره أو عدم أهليتها لذلك³، وهذا ما نصت عليه المادة 92 ق.أ.ج.ع: "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون".

¹ - وسام قوادري، حماية أموال القاصر على ضوء التقنين المدني وتقنين الأسرة، دراسة مقارنة تحليلية، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2013، ص 11.

² - قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 أكتوبر 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، عدد 21 بتاريخ 23 أبريل 2008.

³ - إقروفة زوييدة، الإبانة في أحكام النيابة، الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، نيزي وزو، 2014، ص ص 63-64.

يجعل المشرع الجزائري التقديم أحد أنظمة النيابة الشرعية التي يخضع لها القاصر، في حالة عدم وجود ولي أو وصي يتولى رعاية أمواله، وهذا ما جاء في المادة 182 ق.أ.ج نص على: "في حالة عدم وجود ولي أو وصي يجوز لمن له مصلحة أو للنيابة العامة أن يتقدم إلى المحكمة بطلب تصفية التركة ويتعين مقدّم".

الحجر نصت عليه المادة 102 ق.أ.ج على: "يكون الحجر بناء على طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة، أو من النيابة العامة".

أما ما يخص القانون المغربي فإن قاضي القاصرين يقوم بفتح ملف النيابة الشرعية وذلك بالرجوع إلى ما جاء في المادة 266 م.س بأنه: "في حالة وجود ورثة قاصرين للمتوفي، أو وفاة الوصي أو المقدم، يتعين على السلطات الإدارية المحلية والأقارب الذين كانوا يعيش معهم، إبلاغ القاضي المكلف بشؤون القاصرين بواقعة الوفاة خلال فترة لا تتعدى ثمانية أيام، ويقع نفس الالتزام على النيابة العامة من تاريخ العلم بالوفاة- ترفع الفترة المنصوص عليها في الفقرة السابقة إلى شهر، في حالة فقدان القريب أو الوصي أو المقدم للأهلية"، يتبين من هذا النص، أن المشرع المغربي تنبه إلى حالة الوفاة التي تقع من بين ورثة قصر، حيث أوجب على السلطة المحلية والأقارب والنيابة العامة لمحل الوفاة، إخبار القاضي المكلف بشؤون القاصرين لموطن الهالك، خلال ثمانية أيام من تاريخ الوفاة ليعمل على فتح ملف النيابة الشرعية¹.

نلاحظ من خلال النص أن هذا الإخبار قد لا يقع رغم صراحة النص، وندعو إلى ضرورة العمل به، لأنّ الوضع الذي تكون عليه التركة بعد الوفاة، يقتضي التعجيل بحماية القاصر وعدم تعريض حقوقه المشاعة للضياع.

قد تنبه المشرع المغربي إلى هذه الإشكالية من خلال العمل القضائي، الذي تحايل الورثة، فقد منع العدول من إقامة رسم ثبوت الموت وعدة الورثة عند وجود قاصر، إلا بعد استئذان القاضي المكلف بشؤون القاصرين، وبالتالي يحصل الإخبار حتما، لأنّ الورثة يتوقفون على هذا

¹ - عبد الرحمان بلعكيد، المرجع السابق، ص ص 102، 125.

الرسم كإجراء أساسيا لإثبات الصفة، وهذا ما جاء في نص المادة 267 م.س بأنه: "يأمر القاضي المكلف بشؤون القاصرين بإقامة رسم عدة الورثة وبكل إجراء يراه مناسباً للمحافظة على حقوق ومصالح القاصرين المالية والشخصية"، وبعد إعلام القاضي بوجود قاصر بين الورثة يقوم هذا الأخير بفتح ملف النيابة الشرعية وتقييده بسجل خاص يمسك بهذه الغاية.

النائب الشرعي في القانون المغربي إما ولي أو وصي أو مقدم، فالولي هو الأب أو الأم فالذي يعينه الأب أو الأم في وصية النظر هو الوصي، والذي تعينه المحكمة أساساً هو المقدم، حسب نص المادة 230 م.س على أنه: "يقصد بالنائب الشرعي في هذا الكتاب، الوالي وهو الأب والأم والقاضي، الوصي وهو وصي الأب أو وصي الأم، المقدم وهو الذي يعينه القضاء"، والقاضي القاصر هو الذي يقوم برقابتهم جميعاً بالشروط، فهو صاحب الولاية العامة، المعين في الشرع، حسب نص المادة 2/235 م.س التي نصت بأنه: "... يخضع النائب الشرعي في ممارسة هذه المهام للرقابة القضائية طبقاً لأحكام المواد الموالية"، وتعرض الوصايا بمجرد وفاة الأب أو الأم على قاضي القاصرين لتنشيتها، وفي حالة وجود الأب مع الأم، فإن مهمة الوصي تقتصر على تتبع الأم لشؤون الموصي عليهم ورفع الأمر إلى القضاء عند الاقتضاء، المادة 237 م.س¹.

الفرع الثالث

الإجراءات القضائية

ترمي هذه الإجراءات إلى حماية التركة، وضمان الحقوق فيها لأصحابها، ونفوق في هذه الحماية بين الحماية التحفظية، والحماية بالحراسة القضائية، والحماية بوضع الأختام.

¹ - نصت المادة 237 م.س بأنه: "يجوز للأب أن يعين وصياً على ولده المحجور أو الحمل، وله أن يرجع عن إيصائه، تعرض الوصية بمجرد وفاة الأب على القاضي للتحقق منها وتنشيتها".

أولاً: الحماية التحفظية

قد يموت الشخص وذمته عامرة بديون له أو عليه، أو بالتزامات أخرى متنوعة، أو بإتمام أشغال وصفقات وعود وتوريد وتصفية حسابات أو وصايا... وقد عمل القانون على تنظيم هذا الوضع عامة حتى تستقر الأمور، فأجاز للدائن ولو قبل حلول أجل الدين أن يطلب الحجز التحفظي أو الرهن أو الكفالة.

1- الحجز التحفظي

الحجز التحفظي يقصد به في القانون الجزائري، وضع أموال المدين المادية المنقولة والعقارية تحت يد القضاء، وتكون المحكمة المختصة في ذلك هي محكمة موطن المال المراد وضعه تحت الحجز، وهذا حسب نص المادة 646 ق.إ.م.إ نصت بأنه: "الحجز التحفظي هو وضع أموال المدين المنقولة المادية والعقارية تحت يد القضاء ومنعه من التصرف فيها، ويقع الحجز على مسؤولية الدائن"، ويتم الحجز التحفظي بموجب أمر على عريضة يصدرها رئيس المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المدين أو مقر الأموال المطلوب حجزها ويصدر أمر الحجز في أجل أقصاه خمسة أيام من تاريخ إيداع العريضة بكتابة الضبط¹، وذلك حسب نص المادة 649 ق.إ.م.إ نصت بأنه: "يتم الحجز التحفظي بموجب أمر على عريضة من رئيس المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المدين أو مقر الأموال المطلوب حجزها، يلزم رئيس المحكمة في طلب الحجز في أجل أقصاه خمسة أيام من تاريخ إيداع العريضة بأمانة الضبط".

أما في القانون المغربي فالحجز التحفظي هو وضع مال المتروك في يد القضاء، وذلك بأمر من رئيس المحكمة الابتدائية، سواء كان عقارا أو منقولا التي يشملها في حدود الدين باستثناء ما لا يحجز، ومنع المدين الوارث من التصرف فيها تصرفا يضر بدائنه أو بالموصى

¹ - فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 263.

له¹، وإذا فعل كان التصرف باطلا، حسب الفصل 453 ق.م.نصت بأنه: "لا يرتب على الحجز التحفظي سوى وضع يد القضاء على المنقولات والعقارات التي انصب عليها ومنع المدين من التصرف فيها تصرفا يضر بدائنه ويكون نتيجة لذلك كلّ تفويت تبرعا أو بعوض مع وجود الحجز باطلا وعديم الأثر"²، ويكون العقاب زجريا، وذلك عملاً بالفصل 523 ق.م.نصت بأنه: "يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وغرامة من مائة وعشرين إلى ألف درهم أحد الورثة أو مدعي الورثة الذي يتصرف بسوء نية في التركة أو جزء منها قبل إقتسامها، ويعاقب بنفس العقوبة المالك على الشياخ أو الشريك الذي يتصرف بسوء نية في المال المشترك أو رأس المال"، ولا ينفذ إلاّ بعد تحويله قضائيا إلى حجز تنفيذي وقد تظن القانون إلى فريضة الأحكام القضائية التي يتوفى أطرافها قبل التنفيذ، حيث وضع إجراءات تحفظية حماية لحقوق التركة، وهذا ما جاء في الفصل 442 ق.م.نصت على: "إذا توفي المستفيد من الحكم قبل التنفيذ أخطر الورثة الرئيس مثبتين صفتهم، فإذا قام نزاع حول إثبات هذه الصفة قرر القاضي متابعة التنفيذ مع إيداع القدر المحصل عليه بكتابة الضبط، يأمر القاضي العون المكلف بالتنفيذ، بإجراء حجز تحفظي صيانة لحقوق التركة".

2- الحجز ما للمدين لدى الغير

يعتبر القانون الجزائري حجز ما للمدين لدى الغير إذا كان مع الدائن سند تنفيذي تتوفر فيه الشروط القانونية التي يتطلبها القانون، فإنّ هذا لا يؤثر في إجراءات توقيع الحجز، وهنا يمكن أن يقع حجز دون أنّ يسبق إعلان السند التنفيذي وتكليف المدين بالوفاء، وفي هذا الحجز هناك ثلاثة أطراف، وتتمثل في الحاجز وهو الدائن، والمحجوز عليه وهو المدين، وكذلك المحجوز لديه وهو مدين المدين، وتبدأ هذه الإجراءات بإعلان الحجز إلى المحجوز لديه للوفاء بالدين أو تسليم المنقول إلى المحجوز عليه، يجب على الحاجز إذا كان قد أوقع الحجز بإذن من رئيس المحكمة برفع دعوى صحة الحجز، فالأثر الجوهري لهذا الحجز هو منع المدين من

¹ - عبد الرحمان بلعكيد، المرجع السابق، ص ص 77-78.

² - ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447، بتاريخ 11 رمضان 1394، الموافق لـ 28 شتبر 1974، المصادقة على قانون المسطرة المدنية.

التصرف في مال المحجوز إضراراً بالدائن الحاجز ويجب أن يكلف المحجوز لديه بالحضور في دعوى تثبيت الحجز التحفظي¹.

أما القانون المغربي تعتبره من بين الضمانات للدائنين، وذلك بأمر من رئيس المحكمة الابتدائية في حدود ديونهم ولذا الموصى لهم وهذا حسب نص المادة 491 ق.م.م نصت بأنه: "يتم حجز ما للمدين لدى الغير بناء على سند تنفيذي أو بأمر يصدره رئيس المحكمة الابتدائية بناء على طلب بشرط الرجوع إليه عند وجود صعوبة"، لكن لا بد من السرعة واليقظة في حالة وفاة المدين، ذلك حتى لا يلجؤوا الورثة برسم الإرث إلى البنك لاقتسام الرصيد على حصصهم، هذا هو الشيء الذي يدفع إلى القول بعدم تعطيل الحجز، لأن التركة حق للدائن قبل حق الموصى له والوارث، وهي بمقتضى الشرع مما لا ينقسم قبل الدين والوصية، والحجز لدى الغير يراعي ما لا يحجز، والأثر المترتب عليه هو حبس مبالغ مالية ومستندات الموروث، والوارث الذي يحل محله، بين يدي الغير ولا ينفذ إلا بعد تحويله إلى حجز تنفيذي².

3- الحجز الإستحقاقى

القانون الجزائري نص في المادة 658 ق.إ.ج.م.إ على أنه: "يجوز لمالك المنقول أو من له حق الحبس عليه، قبل رفع دعوى استرداد المنقول، أن يحجز تحفظياً على ذلك المنقول عند حائزه، وفي هذه الحالة، يجب تعيين المنقول في الطلب وفي الحجز، وإذا اعترض حائز المنقول المراد حجزه على الحجز، وجب على المحضر القضائي وقف إجراءات الحجز وتحرير محضر إشكال يسلمه للأطراف لعرضه على رئيس المحكمة في أجل أقصاه ثلاثة أيام من تاريخ الاعتراض"، ومن خلال النصّ يجوز توقيع الحجز التحفظي الإستحقاقى على المنقول، وعلى المالك أو صاحب الحق العيني تتبعه³.

¹ - فريجة حسين، المرجع السابق، ص 266.

² - عبد الرحمان بلعكيد، المرجع السابق، ص 80.

³ - فريجة حسين، المرجع السابق، ص 274.

أما القانون المغربي يكون الحجز الإستحقاقي بأمر من رئيس المحكمة الابتدائية للحفاظ على المال بحيث يجيز لأي شخص حتى الموصى له بإدعاء حق الملكية أو حيازة قانونية أو ضمانه على شيء منقول في حيازة الغير أو ورثته، أن يطلب وضعه تحت يد القضاء، وذلك لتفادي تلفه حسب الفصل 500 ق.م.م نصت بأنه: "يمكن لكل شخص يدعي حق ملكية أو حيازة قانونية أو ضمانا على شيء منقول في حيازة الغير أن يعمل على وضع هذا الشيء تحت يد القضاء تجنباً لتلفه".

إلا أنه يراعي عند الإقتضاء، تعرض الحائز في هذا النوع من الحجوز، وترفع الصعوبة فيه أمام رئيس المحكمة الابتدائية¹.

ثانيا: الحماية بالحراسة القضائية

القانون الجزائري نص أنه يجوز لقاضي الإستعجال محافظة التركة من الضياع والإستيلاء عليها من طرف بعض الورثة أن يتخذ عن طريق الإستعجال جميع التدابير التحفظية مثل تعيين حارس لإدارة أموال المتوفى إلى أن يتم تصفية التركة، كما يجب أن تتبع الإجراءات المستعجلة في قسمة التركات طبقاً لنص المادة 499 ق.أ.ج.م. نصت بأنه: "يجوز لقاضي شؤون الأسرة، وعن طريق الإستعجال، أن يتخذ جميع التدابير التحفظية، لاسيما الأمر بوضع الأختام، أو تعيين حارس قضائي لإدارة أموال المتوفى إلى غاية تصفية التركة"، ومن المقرر قانوناً أن الحراسة القضائية تحوز على المشتركة وهي من إختصاص قاضي الإستعجال لإقامة دعوى إستعجالية عن طريق تعيين حارس لحماية أموال التركة²، وهذا ما جاء في نص المادة 183 ق.أ.ج.م. نصت بأنه: "يجب أن تتبع الإجراءات المستعجلة في قسمة التركات فيما يتعلق بالمواعيد وسرعة الفصل في موضوعها وطرق الطعن في أحكامها".

¹ - عبد الرحمان بلعكيد، المرجع السابق، ص 80.

² - عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص 354.

أما القانون المغربي فإنّ الغاية من الحراسة القضائية وضع الشيء المتنازع عليه بين يدي الحارس إلى غاية ثبوت استحقاقه الشرعي لأحد المتنازعين، ومن أمثلة حالة الشيوخ بين الورثة أو الشركاء وفي حالة ما إذا تضرر أحد الأطراف فله طلب وضع المال المشاع تحت الحراسة القضائية حفاظا عليه من الضياع أو النهب، ويترتب إجراءات التصفية والقسمة، وإذا ادعى أحد الورثة أو الغير ملكية لمنقول أو عقار، فإنّه يترتب عن ذلك تنازع الورثة حول استحقاق الموروث لملكية، وطعن باقي الورثة في السبب الذي يقوم عليه هذا الاستحقاق الشرعي ويقوم الطرف المتضرر بطلب وضع الشيء المتنازع عليه تحت الحراسة القضائية¹.

الغاية من الحراسة القضائية هي المحافظة على المال من الضياع لوجود نزاع، فإنّه يجب اتخاذ الحيطة والحذر حتّى لا يسخرها أحد الورثة حسب هواه، إذن هذا ما يؤكد وجود عنصر الخطر العاجل، وهذا ما يميز طلب الحراسة القضائية ويجعلها في صميم إختصاصات قضاة المستعجلات وهذا ما نص عليه القانون بالحرف في الفصل 149 ق.م.م نصت بأنّه: "يختص رئيس المحكمة الابتدائية وحده بالبت بصفته قاضيا للمستعجلات كلّما توفر عنصر الإستعجال في الصعوبات المتعلقة بتنفيذ حكم أو سند قابل للتنفيذ أو الأمر بالحراسة القضائية أو أي إجراء آخر تحفظي سواء كان النزاع في الجواهر قد أحيل على المحكمة أم لا، بالإضافة إلى الحالات المشار إليها في الفصل السابق والتي يمكن لرئيس المحكمة الابتدائية أن يبت بصفته قاضيا للمستعجلات"، والخطر يتمثل في وضع أحد الورثة يده على شيء من المال المتروك دون وجه حق ويعمل على استعماله واستغلاله، دون المساس بحقوق الآخرين، والحال أن القسمة لم تتم بعد، وبصر على حرمان الورثة من حقوقهم وبنازعهم، والحرمان يطول لأنّه يمتنع في الغالب عن القسمة الإتفاقية، والقسمة القضائية أمنها طويل لأنّها تتطلب إجراءات طويلة ومتعددة، لهذا كانت الحراسة القضائية معاملة له بنقيض القصد، لأنّها تقوم على إيداع الشيء المتنازع عليه بين يدي حارس قضائي الفصل 818 ق.ل.ع²، وأنّ مهمة الحارس تكمن

¹ - عبد الرحمان بلعكيد، المرجع السابق، ص 82.

² - نصت المادة 818 ق.ل.ع بأنّه: "إيداع الشيء المتنازع عليه بين يدي أحد من الغير يسمى حراسة، ويجوز أن ترد الحراسة على المنقولات أو العقارات، وهي تخضع لأحكام الوديعة الاختيارية والأحكام هذا الباب".

في حسن الإدارة والتدابير، حسب الفصل 821 ق.ل.ع نصت بأنه: "لحارس حفظ الشيء وإدارته، ويجب عليه أن يجعله يدر كل الثمار التي في مكانه أن يدرها".

ثالثا: الحماية بوضع الأختام

عمل المشرع الجزائري على حماية أموال التركة وذلك بوضع الأختام عليها وإيداع النقود والأوراق المالية كإجراءات تحفظية لتفادي تهريبها، أو العبث بها وفقا نص المادة 182 ق.أ.ج نصت بأنه: "... لرئيس المحكمة أن يقرر وضع الأختام، وإيداع النقود والأشياء ذات القيمة، وأن يفصل في الطلب"، فلا تكتسب بالتقادم الحقوق الميراثية إلا إذا دامت الحيازة ثلاثا وثلاثين سنة وفقا لأحكام المادة 829 ق.م.ج التي نصت بأنه: "لا تكتسب بالتقادم في جميع الأحوال الحقوق الميراثية، إلا إذا دامت الحيازة ثلاثا وثلاثين (33) سنة"، وتعاقب المادة 363 ق.ع.ج¹، كل شخص يدعي أن له الحق في التركة أو يستولي بطريق الغش أو الاحتيال أو التدليس على كامل الإرث أو على جزء منه قبل القسمة الشرعية بعقوبة الحبس من شهرين إلى 3 سنوات وبغرامة من 500 إلى 3000 دج².

أما المشرع المغربي قد نص في المادة 222 ق.م.م على ما يلي: "يجب على القاضي أن يتخذ عند الإقتضاء جميع الإجراءات المستعجلة والضرورية للمحافظة على التركة وله بوجه خاص أن يقرر وضع الأختام وإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء ذات القيمة"، فيبين من هذا النص أن القانون أوجب على قاضي الاستعجال ولو تلقائيا عند الإقتضاء، اتخاذ جميع الإجراءات المستعجلة والضرورية للمحافظة على التركة سواء كان الورثة رشدا أو بينهم قاصر.

¹ - أمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج ر، عدد 49، الصادر في 21 جوان 1966 معدل ومتمم.

² - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 52.

المطلب الثاني

حماية التركة الشاغرة

قد يحدث أن تكون هناك تركة ليس لها وارث، فتكون الدولة هي صاحبة الحق في هذه الحالة، وهذا ما نص عليها كل من المشرّع الجزائري، والمشرّعين المغربي والتونسي، وسوف نقوم بتعريف التركة الشاغرة (الفرع الأوّل)، وإجراءاتها (الفرع الثاني).

الفرع الأوّل

تعريف التركة الشاغرة

إذا لم يوجد أحد من الورثة، سواء كانوا من أصحاب الفروض أو العصابات أو ذوي الأرحام، آلت التركة إلى الخزينة العامة¹، ولقد نص عليه المشرّع الجزائري في الفقرة الأخيرة من نص المادة 180 ق.أ.ج بأنه: "...فإذا لم يوجد ذوي فروض أو عصابة آلت التركة إلى ذوي الأرحام، فإنّ لم يوجدوا، آلت إلى الخزينة العامة"، ولا تختلف هذه الأحكام ما ورد في نص المادة 773 ق.م.ج نجد أنّها اعتبرت الأملاك الشاغرة التي لا صاحب لها ملك للدولة حيث تنص المادة أنّها: "تعتبر ملكا من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي لها مالك، وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون عن غير وارث أو الذين تهملوا تركتهم"، ولقد عرّفها المادة الأولى من الأمر رقم 102/66 المؤرخ في 1966/05/06 والذي ينظم وضعية الأموال المنقولة والعقارية الشاغرة تنتقل إلى الدولة².

أمّا القانون المغربي يعتبر التركة التي لا وارث لها غير مملوك لأحد، وبناء على ذلك فإنّ الدولة تملكها بحكم القانون بمجرد موت المالك الذي لا وارث له، والمغرب باعتباره من الدول

¹ - أعرم يحيوي، نظام الموارث الإسلامي في تقنين الأسرة الجزائري، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 300.

² - أمر رقم 102/66 المؤرخ في 1966/05/06، المتضمن انتقال الأموال الشاغرة إلى الدولة، ج ر، عدد 36، سنة 1996.

الآخذة بالمذهب المالكي، لذا فإنّ بيت المال في ظل هذا المذهب يعتبر من الورثة ويصنف في الدرجة الأخيرة من الورثة بالتعصيب، ولقد نص عليه في الفصل 322 م.س.

أمّا القانون التونسي نص في الفصل 87 م.أ.ش بأنّه: "... فإذا لم يوجد ورثة ألت الشركة أو ما بقي منها إلى صندوق الدولة"، ونظم التركات الشاغرة في الأمر العلي الصادر في 15 فيفري 1932¹، والمعروف باسم اللقيطة البرية وهذا على خلاف كلّ من القانون الجزائري والقانون المغربي الذي يعرف باسم الشركة الشاغرة، وأنّ صندوق الدولة في القانون التونسي هو مجرد وارث احتياطي، لأنّه لا يرث إلّا عند عدم وجود وارث أو موصى له بكامل الشركة، وهذا ما تضمنه أحكام الأمر العلي المؤرخ في 15 فيفري 1932 المتعلّق باللقيطة البرية، ولقد ورد تعريف الشركة الشاغرة في الفصل 24 من أمر 1932 التي نص على: "إنّ المخلف يكون لا وارث له إذا لم يحضر من يطالب به انقضاء الآجال المعينة لتحرير تقييد الشركة وإجراء النظر القانوني (ثلاثة أشهر وأربعون يوما)، أو لم يكن هناك وارث معروف أو تنازل الورثة المعروفون عن حقوقهم"، ومن خلال هذا النص بيّن أنّه لكي يكون المخلف عاريا عن وارث له يكون في ثلاثة صور وهي أولها إذا لم يحضر من يطالب به بعد انقضاء الآجال المبينة، وثانيها إذا لم يكون هناك وارث معروف، وثالثها إذا تنازل الورثة المعروفون عن حقوقهم.

أول إجراء تقوم به الدولة كلما كانت بصدد شركة شاغرة هو طلب تقييد تلك الشركة وهو ما يعبر عنه بضبط المخلف الذي يتولاه قاضي الناحية ولو بغير طلب من الدولة وذلك بالتوجه إلى مكان افتتاح الشركة بحثا عن أعيانها وتحرير محضر في ضبطها².

¹ - الأمر العلي المؤرخ في 9 شوال 1350 الموافق ل 15/02/1932، المتعلّق باللقيطة البرية.

² - الحبيب شيخ روجه، "حالات الشركة الشاغرة في القانون التونسي"، اليومية المستعملة الأولى في تونس الصباح، منشور على موقع، www.assabah.com.tn/article/116076، بتاريخ 2016/05/17.

الفرع الثاني

شروط إعتبار التركة شاغرة

بما أن نص المادة 773 ق.م.ج النص الوحيد الذي تحدث عن موضوع الشغور، فبعد رجوعنا إليها لاحظنا أنها لم تحدّد أي شروط لاعتبار الملك أو المال شاغرا، ولكن بعد قراءتنا لها نستنتج منها شرطين وهي:

أولاً: خلو المال من المالك

من خلال المادة 773 ق.م.ج نستنتج أنها لكي تكون هناك أملاك شاغرة لا بد من خلو ذلك المال من المالك أي أنها أموال مجهولة مالكة أصلاً، أي خالياً من أي مالك، أو يجهل شخص مالكة، إذن خلو المال من مالك قرينة لاعتباره شاغرا، وبالتالي تكون الدولة الوارثة الوحيدة في هذه الحالة.

ثانياً: تركة دون وجود ورثة

لقد سبق وأنّ تحدثنا عن التركات الشاغرة عندما قمنا بتعريف معنى التركة الشاغرة، بحيث تكون عند إثبات عدم وجود أي وارث شرعي لها، فعادة ما يتوفى شخص ويترك عقارات أو منقولات دون وارث لتلك الأموال المتروكة، في هذه الحالة تعتبر تركة شاغرة فتؤول إلى بيت المال أي الدولة، إذن أيضاً عدم وجود أي وارث قرينة قاطعة على اعتبار التركة شاغرة إذن يشترط على التركة لكي تؤول إلى الدولة ويحكم بشغورها¹.

الملاحظ أنّ كلّ من المشرّع المغربي والمشرّع التونسي أخذت بهذه الشروط لاعتبار التركة شاغرة، وذلك في حالة إذا لم يوجد للمتوفى ورثة أصلاً، ولا مقر له بالنسب على الغير، ولا موصى له فيما زاد على الثلث، فإنّ تركته توضع في بيت المال.

¹ - حمدي باشا عمر، زروقي ليلي، المنازعات العقارية، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 243.

الفرع الثالث

إجراءات أيلولة الشركة الشاغرة للدولة

إعتبرت المادة 773 ق.م.ج الأملاك التي لا وارث لها تعد ملكا من أملاك الدولة، فهذا لا يعني أن إلحاق هذه الأملاك يتم بقوة القانون، بل يجب أن تتخذ جملة من الإجراءات لأيلولة هذه الشركة الشاغرة لملكية الدولة الخاصة¹.

أولاً: التحقيق والبحث عن الورثة

تلتزم الإدارة قبل أن تطلب بالشركة أمام القضاء، بإجراء تحقيق وقصد البحث والتحري حيث تتم إجراءاتها، عن طريق نشر إعلانات بشغور شركة فلان... بأعمدة الجرائد الرسمية. فبعد إعلام الوالي بمقتضى المادة 88 وما يليها من المرسوم التنفيذي رقم 454/91²، عن وجود ملك بدون صاحب، يقوم الوالي بتبليغ مديرية أملاك الدولة ويطلب منها القيام بتحقيق أولي حول طبيعة ملكية الشركة محل الشغور. وبعد ذلك تقوم مديرية الدولة بإجراء تحقيق حول الطبيعة الأصلية للملكية، وهذا الإجراء من إختصاص المدير، لكن لهذا الأخير أن يفوض وفق قواعد تفويض الإختصاص أي عون من أعوان الإدارة المؤهلين للتحقيق.

وفي الحقيقة وكأصل، إن التحقيق هو من إختصاص المفتشيات الفرعية التابعة للمديرية تحت الوصاية المباشرة للمدير، وبعد إجراء المفتشية التحقيق يطلع المدير على الملف يبين أصل وطبيعة ملكية ذلك محل الشغور ثم يقوم المدير برفع تقرير وملف التحقيق إلى الوالي.

¹ - بوزيدي بشرى، سليمان حليمة وآخرون، الأملاك الشاغرة، مذكرة لنيل شهادة الليسانس، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدينة، 2013، ص 59.

² - المرسوم التنفيذي رقم 454/91 المؤرخ في 1991/11/23، يحدد شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة وتسييرها ويضبط كفيات ذلك، ج ر، عدد 60، الصادر بتاريخ 1991/11/24.

يمكن للوالي أن يطلب من المدير تكفل بالمال محلّ الشغور مؤقت عند طلب التحقيق في أصل ملكيته، وهذا للضرورة التي تفرضها المحافظة على الملك من خطر استيلاء الغير عليه¹.

ثانيا: إصدار حكم بانعدام الورثة ووضع الشركة تحت الحراسة

بعد الانتهاء من عملية التحقيق والبحث والتحري وبعد انقضاء المدة لتلقي الاعتراضات دون تقديم أي اعتراضات بخصوص إعلان الشغور المنشور في الجرائد الرسمية، وفي حالة انتهاء إجراءات التحقيق بنتيجة إيجابية كان على الوالي أن يطالب الجهة القضائية المختصة الواقعة بدائرة اختصاصها مكان الشركة، التصريح بانعدام الوارث، ويكون ذلك بموجب عريضة يطالب فيها ما يلي:

* الترخيص لإدارة أملاك الدولة بجرد الممتلكات التي تضمنها الشركة.

* الترخيص لإدارة الدولة بتسيير الشركة.

* تحديد الأجل الممنوح للوالي لطلب إعلان الشغور.

* نشر النيابة لمستخرج الحكم المراد النطق به في الصحافة².

بعد ذلك يقوم القاضي بدوره بتعيين الدولة بواسطة ممثلها القانوني كحارس قضائي على أساس أنها الوسيلة الضرورية لحفظ حقوق ذوي الشأن طبقا للمادتين 603 و604 ق.م.ج حيث نصت المادة 603 ق.م.ج بأنه: "يجوز للقاضي أن يأمر بالحراسة..."، والمادة 604 ق.م.ج تنص بأنه: "تجوز الحراسة القضائية على الأموال المشتركة في شغور الإدارة أو قيام نزاع بين الشركاء، إذا تبين أن الحراسة هي الوسيلة الضرورية لحفظ حقوق ذوي الشأن وتنتهي الحراسة في هذه الأحوال إذا عين مسؤول إداري بصفة مؤقتة أو نهائية".

يترتب على الحكم النهائي بانعدام الوارث وضع الشركة وإيداع العقار تحت يد التي تبدأ بممارسة الحراسة القضائية عليه، وذلك بالمحافظة عليه وإدارته طبقا للمادة 607 ق.م.ج التي

¹ - حمدي باشا عمر، زروقي ليلي، المرجع السابق، ص 244.

² - شرفي حسان، الأملاك الوطنية الخاصة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2007، ص 127.

تنص: "يلتزم الحارس بالمحافظة على الأموال المعهودة إليه حراستها، وإدارة هذه الأموال مع القيام بها قيام الرجل المعتاد"، إذن مركز الدولة على العقار بعد الحكم بانعدام الوارث هو مركز حارس قضائي، غير أنّ تسيير إدارة أملاك الدولة للتركة يكون فقط في حدود الصلاحيات التي خولة لها بموجب الحكم القضائي النهائي بانعدام الوارث.

أمّا المشرّع المغربي فقد نص عليه في الفصل 267 ق.م.م.¹، وبتبيين من خلال المادة عند موت أي شخص، وعند عدم وجود من يرثه يتعين على السلطة المحلية لكان الوفاة إخبار وكيل الملك مع تبليغه بكشف تقريبي عن المتروك، فيرفع وكيل الملك طلبا إلى رئيس المحكمة الابتدائية في إطار مسطرة الأوامر المبنية على طلب، قصد تعيين كاتب لإحصاء المتروك وحراسته عند الإقتضاء.²

ثالثا: إعلان شغور وتسليم التركة

يترتب على الحكم التصريحي بانعدام الوارث تطبيق نظام الحراسة القضائية، وبعد بلوغ الأجل المحدد في الحكم القضائي الذي صرح بانعدام الوارث لنهايته، أوجب القانون على الوالي إيداع عريضة أخرى جديدة يذكر فيها حكم القاضي بانعدام الوارث والوقائع المتعلقة به، ويطلب بإصدار حكم إعلان حالة شغور وتسليم التركة للدولة ولكي تصبح الدولة مالكة لمحتويات التركة ملكية تامة وبالتالي تدرجها في أملاكها الخاصة ومعلوم أن أحكام القضائية في المواد لا تنتقل الملكية، وإنما تحتاج إلى نص قانوني يثبت لها تلك الصفة كما هو الحال عليه بالنسبة للحكم القضائي بتثبيت الشفعة، أو الحكم المتعلقة برسوا المزاد.³

¹ - نص المادة 267 ق.م.م. بأنه: "إذا كانت الدولة مؤهلة عند انعدام وارث معروف للإرث، أخبرت السلطة المحلية لكان الوفاة، وكيل الملك بذلك، مع بيان المتروك على وجد التقريب، ويصدر رئيس المحكمة الابتدائية المحال عليه الطلب من طرف وكيل الملك أمرا على طلب يعين فيه كاتب ضبط، لإحصاء الأموال والقيم المتروكة، ويعينه فيما إن كان لها أهمية ما لحراستها، ويضع هذا الكاتب الأختام عند الحاجة، ويحرر محضرا بمختلف هذه العمليات، إذا كانت الأموال تشتمل على عناصر قابلة للتلف، استأذن القاضي، في بيعها بالكيفيات المقررة لبيع منقولات القاصر، وتوضع الأموال الناتجة عن هذا البيع، بعد خصم المصاريف بصندوق الإيداع والتدبير".

² - عبد الله الدرقاوي، المرجع السابق، ص 274.

³ - شرفي حسان، المرجع السابق، ص 127.

المبحث الثاني

مراحل تصفية التركة

تعتبر مرحلة تصفية التركة من بين أهم المراحل، فهي تعتبر المرحلة التي تتكون من مجموعة الأعمال التي غايتها حصر حقوق المتوفى والتزاماته وأداء الحقوق المتعلقة بالتركة لأصحابها من الدائنين والموصى لهم والورثة.

ومنه فإنَّ القسمة جاءت حلاً لمشكلة حقيقية وواقعية، كما أوجب القانون هذا النوع من القسمة لعدة أصناف من المشاكل، وللتوضيح أكثر سوف نبيّن ذلك من خلال مطلبين بحيث يكون (المطلب الأوّل) المراحل الأولية لتصفية التركة، (المطلب الثاني) قسمة التركة.

المطلب الأوّل

المراحل الأولية لتصفية التركة

قبل اللّجوء إلى تصفية التركة لا بد أن تمر التركة بعدة مراحل لتكون التصفية بصفة نهائية دون لبس أو غموض، لأنّه لا حق للورثة في المال المتروك إلاّ بعد سداد الدّيون وتنفيذ الوصايا، ولا يصح الحديث عن تصفية التركة قبل وفاء بالدّيون والوصايا، وهذا ما سوف يتم توضيحه من خلال المراحل المبينة في الفروع التالية.

الفرع الأوّل

تعيين المصفي وصفته

تعتبر مرحلة تعيين المصفي المرحلة الأولية لتصفية التركة، وتقتضي التصفية تعيين من يعمل على تصفية المال الشائع بين الورثة خاصة في حالة ما إذا كان هناك حقوقاً متعلّقة بالتركة وديونا وحقوقاً للغير، وقد يتعدد الورثة والدائنون والغير والموصى لهم، فلا تسلط على الأموال دون وجه حق، والغائب على التعيين أنّ يتم بين الورثة على قدر المستطاع وإلاّ من الغير إمّا بالتراضي أو التقاضي¹.

¹ - حسن كيرة، الوجيز في أحكام القانون المدني الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1998، ص 383.

وأثناء الكلام عن تصفية الشركة تقتضي المحكمة بتعيين شخص للقيام بمهام التصفية للمال المتروك من خلال قدراته ومهاراته أي تحت خبرته العلمية في ذلك المجال وهذا ما يعرف بالمصفي.

أولاً: تعيين المصفي

يتطلب على الشركة حكم التصفية الجماعية بتعيين مصف لها، يمكن أن يكون المصفي معيناً في الأصل من قبل المورث بوصفه وصياً للشركة، وفي حالة ما إذا لم يعين المورث وصياً لتركته، فلا تخضع الشركة لنظام التصفية الجماعية إلا إذا طلب إلى المحكمة أحداً من ذوي الشأن كالمورث أو الموصى لهم أو دائني الشركة لتعيين مصف لتلك الشركة، والقاضي حر في تقدير هذا الطلب وإجابته أو رفضه لذلك حسب ما تبين من ظروف الشركة، لأن الشركة في الغالب الأعم تتضمن أسراراً عائلية يكون من مصلحة الورثة أنفسهم أبعادها بعيدة عن متناول الغرباء.

المصفي ليس مجبراً في جميع الأحوال على قبول هذا التعيين، لأنه حر في ذلك أي أنه يمكن رفض ذلك الطلب، وفي حالة ما إذا قام بمهمته أي قبل ذلك التعيين فليس له الحق التنحي عنها بعد ذلك لأنه يعتبر من مقام الوكيل وهو يخضع لأحكام الوكالة في التنحي فيلتزم بما تفرض عليه من قيود¹.

أما القانون المغربي نصت المادة 375 م.س بأنه: "تعيين المحكمة لتصفية الشركة من ينفق الورثة على اختياره، على أن يكون من الورثة بقدر المستطاع، وذلك بعد سماع أقوال هؤلاء وتحفظاتهم"، يتبين لنا أنه يجب التمييز بين صورتين، صورة الإرثة التي بها قاصر، وصورة إرثة الرشداء.

فيما يخص الصورة الأولى أي صورة الإرثة التي بها قاصر، على القاضي القاصرين إتخاذ الإجراءات المستعجلة للمحافظة على الشركة إلى أن يتم تعيين المصفي، أما فيما يخص الصورة الثانية أي صورة إرثة الرشداء فإنه يفرق بين حالة الاتفاق وحالة النزاع، فيما يخص حالة الاتفاق فإن الورثة أحرار سواء بشأن تعيين المصفي أو القسمة أو حتى في حالة ما إذا

¹ - حسن كيرة، المرجع السابق، ص 384.

أرادوا البقاء في الشيوخ، أما في حالة النزاع يرجع أمر التعيين المصفي إلى المحكمة بحسب الإختصاص.

الهدف من تعيين المصفي من بين الورثة ترجع بالأساس إلى معرفتهم بأحوال مورثهم وبالمتروك، كما أنّها تهدف أيضاً إلى الحفاظ على العائلة والقرابة من العنصر الأجنبي. كلّما كانت التركة متضمنة لعقارات وأصول تجارية وأراضي زراعية وغيرها، فهنا يجب الإسراع لتعيين مصفٍ لأته في واقع الأمر من بين الإجراءات التحفظية، كما أجاز القانون استبدال المصفي من طرف المحكمة التي عينته، إما تلقائياً أو بطلب من أحد المعنيين بالأمر متى توفرت أسبابا لاستبدال¹.

أما فيما يخص تعيين المصفي في القانون التونسي مكن المشرع الوارث في طلب تعيين المصفي للتركة إذ ينص في الفصل 135 م.ح.ع على أنه: "إذا طلب أحد الورثة تعيين مصف للتركة عين رئيس المحكمة المختص بإذن على عريضة مصفي يكون من تجمع الورثة على اختياره أو يكون بقدر المستطاع من بين الورثة".

لا يشترط تعيين مصف للتركة أن يستبد أحد الورثة بالتصرف فيها باعتبار أن كيفية التصرف بالتركة لا تؤثر لها على حق الوارث في طلب الإذن مصف التركة وإذا استجابة محكمة لرأي الأغلبية بتعيين مصف لتركة في نطاق ما يسمح به القانون، فليس من الجائز لبعض الورثة أن يطعنوا في هذا المصفي بالعجز ما لم يقدموا دليلا على ذلك².

ثانيا: صفة المصفي

يخضع المصفي في قيامه بمهامه لرقابة القاضي، ويكون مسؤولاً في ذلك، حتى ولو لم يكن مأجورا، مسؤولية الوكيل المأجور القائمة على بذل عناية الرجل العادي وللقاضي إمكانية عزله في حالة وجود أسباب تستدعي ذلك وتبرير أسباب العزل، وذلك بناء على طلب أحد من ذوي الشأن أو المصلحة أو من طرف النيابة العامة أو من تلقاء نفسه.

¹ - عبد الرحمان بلعكيد، المرجع السابق، ص 160.

² - حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 384.

أما القانون المغربي فإنّ الصفة في المصفي هي المرجع في شرعية الأعمال التي يقوم بها، في أموال الغير ومصالحهم المختلفة وكأنّهم القائمون على أعمالهم. الصفة ستظهر، من طبيعة الالتزام الذي يلتزم به المصفي، فهو الجوهر الذي يميز بين سائر العقود¹.

المصفي قد يكون واحدا أو متعددا عند التعيين، وذلك تبعا لقدرة الشركة وقيمتها وأنواعها وخصوصيتها والمعرفة بها، وهذا ما جاء في نص المادة 379 م.س نصت بأنّه: "يكون المصفي واحدا أو متعددا- وتجرى في حقه أحكام الوكالة فيما ينص عليه في مقرر تعيينه"، أما القانون التونسي أنّه يجري المصفي ضبط الشركة وقسمتها بوصفه نائبا قانونيا عن الورثة في قسمة الشركة برضائهم وعند عدم موافقتهم على ذلك، يلزم باللجوء إلى القضاء للحصول على الإذن اللازم لانتداب الخبراء قصد تحرير مشروع القسمة، ويمكن للمحكمة من تلقاء نفسها أن تأمر بقسمة الشركة إذا طلب أحد الورثة الطعن لهذا الحكم بعلة أو بحجة أنّ القسمة وقعت عن غير مصف، كما يمكن تعويض مصف بمصف آخر، وذلك إذا تعذرت عليه أعمال التصفية ومضت ثلاثة أشهر أن يقدم خلالها تقريرا في أعماله².

الفرع الثاني

جرد الشركة

تعتبر مرحلة جرد الشركة المرحلة الثانية بعد مرحلة تعيين المصفي في كلّ تصفية جماعية، إذا بهذا الجرد يمكن حصر كلّ موجودات الشركة وحقوقها وتحديد ديونها وهذا ما يبيّن مركز الشركة الحقيقي الذي يقوم بدورها في تصفية الشركة ولقد أوجب المشرع على المصفي أن يوجه تكليفا علنيا للدائني الشركة ومدينها ويأمرهم بتقديم بيان بما لهم من حقوق وما عليهم من ديون.

يقوم المصفي بإعداد قائمة بجرد الشركة ويبين فيها حقوقها وديونها وكذلك تحديد قيمة أموالها، ويقوم بدوره بإيداع هذه القائمة في المحكمة خلال أربعة أشهر من يوم تعيينه، ما لم

¹ - عبد الرحمان بلعكيد، المرجع السابق، ص 160.

² - حاتم محمدي، المرجع السابق، ص 252.

يأذن القاضي في مدى هذا الميعاد ظروف تبرر ذلك، كما يجب عليه أن يخطر بكتاب موسى عليه في الميعاد المقدم كلّ ذي شأن بحصول هذا الإيداع مع الإخطار عنه، يفتح ميعاد في قائمة الجرد خلال ثلاثين يوماً التالية للإخطار، كلّ من ذي مصلحة التنازع في صحة الجرد وذلك بتقديم عريضة إلى المحكمة بذلك في الميعاد المذكور، ويقوم القاضي بالتحقيق على ذلك للتأكد ما إذا كانت المنازعة جدية أصدر أمراً بقبولها، أما إذا كانت غير جدية أمر برفضها، ويجوز التظلم في كلا الأمرين وذلك وفقاً لقانون المرافعات.

كما يجوز للورثة بمجرد انقضاء الميعاد المقرر للمنازعات المتعلقة بالجرد بالمطالب استلام الأشياء والنقود بصفة مؤقتة، والتي لا يحتاج إليها في تصفية الشركة أو بعض منها، وذلك في مقابل تقديم كفالة أو دون تقديمها¹.

أما القانون المغربي، وذلك بالرجوع إلى نص المادة 377 م.س التي تنص بأنها: "على المصفي بمجرد تعيينه، أن يقوم بإحصاء جميع ممتلكات الهالك"، ومن خلال هذه المادة يقوم المصفي بإحصاء جميع ممتلكات الهالك بواسطة عدلين على ما جرى به العمل، ويشمل الإحصاء كلّ من المنقولات والعقارات والأصول التجارية والشركات والأراضي الزراعية والعمرانية والأوراق التجارية وغيرها، ويجب تقويم المتروك، لذلك يستعين المصفي في تقدير قيمة المتروك بالخبراء، ويحدد أتعابهم، وهذا حسب نص المادة 388 م.س ونصت بأنه: "يستعين المصفي في تقدير قيمة أموال الشركة بالخبراء أو بمن يكون له في ذلك دراية خاصة".

يتعين على المصفي التعجيل بالإحصاء فهو حماية المتروك وإشهار على الورثة وعلى حائزها خاصة، وهذا ما أشار إليه المشرع المغربي بوضوح في نص المادة 382 م.س التي جاء فيها: "يحدد في مقرر التعيين، الأجل الذي يجب فيه على المصفي أن يقدم نتيجة إحصاء الشركة"، وفي حالة ما إذا طرأت صعوبات عند الإحصاء كامتناع أحد الورثة أو الشريك الهالك أو الغير، عن عرض المنقولات المتروكة والأشياء الثمينة والكشف عن النقود المخزونة والأرصدة البنكية، يتعين على المصفي إشعار الجهة التي عينته، وله وللورثة أو الحاجر المطالبة بما يجب القيام به بما ذلك المتابعة الجزرية عند الاقتضاء².

¹ - حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 387.

² - عبد الرحمان بلعكيد، المرجع السابق، ص 175.

أما القانون التونسي فقد نص على جرد الشركة في الفصل 10 من قانون المتعلق بالمصفيين والمؤتمنين العدليين وأمناء الفلسة والمتصرفين القضائيين بأنه: "يقدم المصفي خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تكليفه بالمأمورية إلى القاضي المراقب كشفا عاما عن وضعية الشركة أو المؤسسة التي كلف بتصفيتها...جردا شاملا للشركة أو المؤسسة بحسب الأحوال مع بيان مختلف عناصرها بكامل الدقة"¹.

الفرع الثالث

تسوية ديون الشركة

تعتبر مرحلة تسوية ديون الشركة في الأصل، الديون التي تشملها الشركة أو كان يجب أن تشملها قائمة الجرد وفق نتيجة الفصل في المنازعات المتعلقة بالجرد، إذن فلا يلتزم المصفي بسداد الديون التي لم يخطر بها من قبل أصحابها بصفة مطلقة، حتى ولو تمت تصفية الشركة وتسلم كل وارث نصيبه خاصا من الديون، ذلك أن هذه الديون قد تكون مضمونة بتأمينات عينية فيظل لأصحابها حق التنفيذ بالأولوية على العين الضامنة للدين تحت يدا الورثة أو حق تتبعها تحت يد الغير لاقتضاء ديونهم من قيمتها بالأولوية كذلك، ولكن يراعي أن عدم ظهور هذه الديون في قائمة الجرد أمر نادر، لأن المصفي ملزم بأن يثبت في هذه القائمة ما يكون ثابت في السجلات العامة ومنها سجلات الشهر العقاري، ولكن يبقى لهم الحق في كل الأحوال الرجوع على الورثة في حدود ما عاد عليهم مقابل التصرف من ثمن أو بدل أو عوض، وهذا ما نصت عليه المادة 897 ق.م.ج نص بأنها: "دائنوا الشركة الذين لم يستوفوا حقوقهم لعدم ظهورها في قائمة الجرد، ولم تكن لهم تأمينات على الأموال الشركة، لا يجوز لهم أن يرجعوا على من كسب بحسن نية حقا عينيا على تلك الأموال، وإنما لهم الرجوع على الورثة سبب إثرانهم".

¹ - قانون عدد 71 لسنة 1997 مؤرخ في 11 نوفمبر 1997، يتعلق بالمصفيين العدليين وأمناء الفلسة والمتصرفين القضائيين.

يقيد المشرع الجزائري المصفي بقواعد معينة في شأن كيفية سداد ديون الشركة فيفوق بين الشركة المعسرة والشركة الموسرة¹.

إذا رأى المصفي أن الشركة معسرة أو هناك احتمال لأن تكون معسرة فعليه أن يقف وفاء أي دين ولو لم يقم في شأنه نزاع، ذلك لأنه إذا تبين نهائياً أن الشركة معسرة، فإن دائن الشركة لا يستطيع الحصول على حصته ولا بد أن يكتفي بحصة منه، والمصفي لا يستطيع أن يعرف مقدماً مقدار هذه الحصة بل ينتظر حتى يفصل نهائياً في الديون التي رفعت في شأنها منازعات.

أما إذا رأى المصفي أن الشركة موسرة مع حساب الديون المتنازع فيها فإنه لا يقوم حينئذ مانع من الوفاء بالديون من أموال الشركة وذلك من خلال اقتضاء ثلاثين يوماً المحددة لرفع المنازعات المتعلقة بقائمة الجرد، وذلك بعد استئذانه في الوفاء بها المحكمة الابتدائية التي تنتظر شؤون التصفية، أما فيما يخص الديون المتنازع فيها، فلا يوفى بها إلا عند الفصل في النزاع القائم في شأنها نهائياً، لأنها بما أن الشركة موسرة إذن فإنها تتسع لوفاء كل هذه الديون، ويقوم بالوفاء من ديون الشركة وبمبدأ هذه الأموال بما تقتضيه من حقوق لها في ذمة مدينها وبما تشمل عليه الشركة من نقود وهي كلها مبالغ حاضرة يستطيع أن يوفي منها ديون الشركة فوراً².

أما القانون المغربي، فإنه يتحمل المصفي مشقة البحث عن ديون الشركة أو التي عليها، وكذلك الوصايا والديون تثبت بالوثائق الرسمية والعرفية والإلكترونية والأوراق التجارية والحسابات الجارية والدفاتر التجارية المسوكة بانتظام ومستخلصات سجلات التسجيل والضرائب وبدائيات الحجج المفترزة بالشهادات أو القرائن، كما يثبت بالشهادة في حدود عشرة آلاف درهم أو أقل تبعا **للفصل 443 ق.ل.ع³**، ويقنصر دور المصفي هنا على التأكيد من ثبوت الدين حسب ظاهر

¹ - حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 389.

² - عبد الحميد الشوربي، المرجع السابق، ص 44، 46.

³ - نص المادة 443 ق.ل.ع بأنها: "الاتفاقات وغيرها من الأفعال القانونية التي يكون من شأنها أن تنشئ أو تنتقل أو تعدل أو تنهي الالتزامات أو الحقوق، التي يتجاوز مبلغها أو قيمتها عشرة آلاف درهم، لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود، ويلزم أن تحرر بها حجة رسمية أو عرفية، وإذا إقتضى الحال ذلك أن تعد بشكل إلكتروني أو أن توجه بطريقة إلكترونية".

المستندات فقط، لأنه ليس بجهة قضائية، ويجرد في القائمة التي يقدمها عن التركة خلال الأجل الذي يحدد له، جميع الحقوق والديون التي جاءت في نص المادة 389 م.س.¹

من خلال هذا النص يبين لنا أنه كلما ثبت الدين وتحققت ملائمة التركة، وجب الأداء فلا صفة للوارث في الإرث ما لم يؤدي الدين، وإنما صفته بعد موته مباشرة، أنه خلف عام لمورثه، يعمل على تنفيذ جميع التزاماته الصحيحة، والمصفي مجرد وكيل عن الورثة، وعلى المصفي أو الورثة عند التراضي على أداء ديون التي على التركة، وهذا ما ورد في نص المادة 376 م.س. نص بأنه: "لا يجوز لأي وارث قبل تصفية التركة أن يتصرف في مال التركة إلا بما تدعوا إليه الضرورة المستعجلة، ولا أن يستوفي مالها من ديون، أو يؤدي ما عليها بدون إذن المصفي، أو القضاء عند انعدامه"، لأن التراضي بين جميع الورثة الرشداء يرفع يد المصفي ويد القضاء عن النزاع، وفي حالة وجود قاصر أو ناقص الأهلية يلزم المصفي باستئذان قاضي القاصرين أو المحكمة عند الاقتضاء وموافقة باقي الورثة الراشدين للوفاء بالديون.²

المشرع المغربي قد تطرق إلى حالة إعسار التركة بالمقارنة مع المشرع الجزائري تطرق إلى حالة التركة الموسرة والتركة المعسرة، إذن فالمشرع المغربي أوجب في المادة 390 م.س. بأنه: "يجب على المصفي في حالة إعسار التركة، أو في حالة احتمال إعسارها، أن يوقف تسوية أي دين ولو لم يقدّم بشأنه نزاع، حتى يفصل نهائيا في جميع المنازعات المتعلقة بديون التركة"، على المصفي عند إعسار التركة أو احتمال إعسارها، وقف تسديد جميع الديون الثابتة والمنازعات بشأنها إلى أن يثبت فيها نهائيا، حين يفهم منه بمفهوم المخالفة، أنه بعد ثبوت جميع الديون نهائيا، يستأنف عمله بالطبع في ضوء في حالة الإعسار وما تقتضيه من تطبيق لمسطرة المحاسبة، ولو لم يرد النص صراحة، لأنها من تطبيقات القواعد العامة، والمصفي يختص بهذا العمل، ما لم تكن ثمة مسطرة -قانون- لبيع الأشياء المتروكة المحجوزة وذلك

¹ - نص المادة 389 م.س. بأنه: "يقوم المصفي بعد استئذان القاضي المكلف بشؤون القاصرين أو المحكمة وموافقة الورثة، بأداء ديون التركة التي تعين قضائها، أما الديون المتنازع فيها فتسوى بعد الفصل فيها نهائيا، لا تتوقف قسمة الموجود من مال التركة على استفاء مالها من ديون، إذا كان على التركة ديون أو وقعت قسمة التركة في حدود مبلغ الدين المطالب به، إلى حين البت في النزاع"

² - عبد الرحمان بلعكيد، المرجع السابق، ص ص 176، 186.

حسب الفصل 504 ق.ل.ع التي تنص: "يتعين على الدائنين إذا كان المبالغ المحجوزة لدى الغير، أو ثمن بيع الأشياء المحجوزة لا يكفي لوفاء حقوقهم جميعا أن يتفقوا مع المحجوز عليه خلال 30 يوما من التبليغ الذي يوجهه إليهم بناء على طلب رئيس المحكمة المختصة على التوزيع بالمحاصة".

يقوم المصفي ببيع منقولات الشركة وعقاراتها لتسديد ديونها بالمزاد العلني، وهذا ما جاء في نص المادة 391 م.س التي نص على ما يلي: "يقوم المصفي بأداء ديون الشركة مما يحصله من حقوقها ومما تشمل عليه من نقود ومن ثمن ما فيها من منقول، فإن لم يكن كل ذلك كافيا فمن ثمن ما يفي بذلك من عقار، تباع منقولات الشركة وعقاراتها بالمزاد العلني، إلا إذا إتفق الورثة على أن يتولوا ذلك بأنفسهم على أساس الثمن المحدد بواسطة خبرة بقيمتة المقررة من طرف ذوي الخبرة من عرفاء وغيرهم، أو بواسطة المزايذة فيما بينهم"، من خلال هذا النص يظهر أنه عند عدم كفاية النقود المتروكة في تسديد جميع الديون، يشرع في بيع المنقولات المتروكة، وإلا يلجأ إلى بيع العقار المتروك عند الاقتضاء بالمزاد العلني، ما لم يفضل الورثة حيازة ذلك لأنفسهم جميعا أو بواسطة الثمن المحدد في المزاد العلني¹، وذلك ما جاء في المادة 274 م.س بأنه: "يتم بيع العقار أو المنقول المأذون به طبقا لإجراءات المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية".

الفرع الرابع

تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف

أوجب المشرع الجزائري على المصفي بعد تسوية ديون الشركة أن يتولى تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف، فالوصايا تكون بمال معين من مال الشركة لا بكل الشركة أو بحصة شائعة فيها²، والوصية تنفذ في حدود ثلث الشركة بعد سداد ديونها أيضا إذ أن ديون الشركة تقدم على الوصايا وما جاوز حدود الثلث لا ينفذ إلا بإجازة الورثة، فالمصفي إن بعد الوفاء بالديون الشركة

¹ - عبد الرحمان بلعكيد، المرجع السابق، ص 186.

² - حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 392.

والتي هي مقدمة على الوصايا والتكاليف الأخرى، ينفذ التكاليف التي على التركة، وينفذ الوصايا إن وجدت في الحدود المقدمة الذكر¹.

أما القانون المغربي فقد نصت المادة 392 م.س على أنه: "يتولى المصفي بعد تسوية ديون التركة بالترتيب المنصوص عليه في المادة 322، تسليم وثيقة الوصية للموكل إليه تصفيتها للمادة 298"، والترتيب المقصود بتصرف إلى الحقوق المتعلقة بالتركة كما ورد في المادة 322 م.س، والتي ورد فيها الوصية الصحيحة النافذة والتي هي في المرتبة الرابعة بعد ديون الميت وقبل الموارث بحسب ترتيبها في المدونة المغربية، وتراعي فيها الأولوية في الترتيب، والأولوية بين الديون الممتازة والمرهونة والعادية، وديون الله إذا أوصى بها، فالوصية في الثلث، وما فاق الثلث في إجازة الورثة².

المطلب الثاني

تقسيم التركة

لم يضع المشرع الجزائري في القانون المدني تعريف القسمة، وإنما ترك ذلك للفقهاء مثل بقية المشرعين، حيث أنه بالرجوع إلى أحكام المادة الأولى من القانون المدني التي نصت بأنها: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"، نجد أن المشرع الجزائري نص أنه إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، وبالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه نجد أن الفقهاء قد وضعوا القسمة عدة تعاريف، لأنها تعتبر من بين طرق تصفية التركة وتكون هذه القسمة في حالة ما إذا كان للمورث ورثة أحياء، للحصول على أنصبتهم المقدره شرعا، ولتوضيح أكثر هذا ما يتم تبيانه من خلال هذه الفروع:

¹ - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 51.

² - عبد الرحمان بلعكيد، المرجع السابق، ص 185.

الفرع الأول

تعريف القسمة

سننظر في هذا الفرع إلى تعريف القسمة في اللغة والاصطلاح.

أولاً: تعريف القسمة لغة

قسم الشيء قسماً، أي جزأه أجزاء وجعله نصفين، ويقال قسم القوم الشيء بينهم أي أخذ كل منهم نصيبه منه¹.

ويقال اقتسموا المال فيما بينهم، واسم القسمة أطلقت على النصيب².

ثانياً: تعريف القسمة إصطلاحاً

القسمة في الإصطلاح هي: "السبيل لإزالة الشيوخ وبمقتضاه يختص كلّ شريك بجزء يتناسب مع حصته في المال الشائع".

القسمة إذن هي التي تزد على الملكية فتزيل عنها وصف الشيوخ وتعطيها وصف الإفراز وتعطي لكلّ شريك الجزء المفرد المقابل والمعادل لحصته الرمزية ليكون محلاً لملكية الخالصة الاستثنائية دون مزاحمة من باقي الشركاء³.

أمّا فيما يخص تعريف القسمة في القانون المغربي، أنّها تجعل الشيء المشاع بين المالكين أو أكثر مقسوماً فيما بينهم حيث يعين ويفرز حصة كلّ شريك، ويختص كلّ شريك في التصرف في حصته بإسمه وبكل حرية، أي إفراز الحصص بالتراضي أو التقاضي، إذن هي طريقة لإنقضاء الشيوخ، بمقتضاه يفرز الشيء المشترك بمقياس ما إلى عدة أقسام وحصص كالوزن والكيل... وغيرها⁴.

¹ - إبراهيم مصطفى، جابر عبد القادر، وآخرون، المرجع السابق، ص 724.

² - أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المرجع السابق، ص 304.

³ - أحمد خالدي، القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص ص 21-22.

⁴ - عبد الرحمان بلعكيد، المرجع السابق، ص 245.

أما القانون التونسي فقد عرّفها بأنها اختصاص كلّ شريك بجزء مفرز من المال الشائع يتناسب مع حصته الشائعة في هذا المال¹.

الفرع الثاني

أنواع القسمة

تعد القسمة إحدى الطرق للتخلص من المال المشاع، وفي الأصل تتم باتفاق وتراضي جميع الشركاء وهذا ما يصطلح عليه بالقسمة الاتفاقية، ولكن قد يتعذر ذلك مما يلزم اللجوء إلى القضاء وهذا ما يطلق عليه بالقسمة القضائية.

أولاً: القسمة الاتفاقية

القسمة الرضائية تعتبر إحدى طرق الخروج من الشروع وإنّها تتم باتفاق وتراضي بين جميع الشركاء دون معارضة أحدهم².

لقد تطرق إليها المشرع الجزائري في المادة 723 ق.م.ج التي تنص: "يستطيع الشركاء إذا إنعقد إجماعهم، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها، فإذا كان بينهم ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون"، إذن القسمة الاتفاقية هي إتفاق يبرمه الشركاء فيما بينهم لإنهاء حالة الشروع.

القسمة الاتفاقية بإعتبارها عقداً وجب أنّ تسري عليها أحكام سائر العقود مع مراعاة حالة وجود ناقص الأهلية أو غائب بين الشركاء، إذن من شروط القسمة الاتفاقية تراضي جميع الشركاء وإجماعهم على ذلك، وإلا كانت باطلة، وفي حالة موافقة البعض على القسمة الاتفاقية ومعارضة البعض الآخر في هذه الحالة تكون القسمة ملزمة لمن وافق منهم، وتعد هذه القسمة كإيجاب موجه من الشركاء الموافقين إلى المعارضين، وللمعارضين الحرية في ذلك بالقبول أو الرفض.

¹ - حاتم محمدي، المرجع السابق، ص 238.

² - تيقيرين تيزيري، حماني حكيمة، قسمة المال الشائع في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013، ص 14.

كما يمكن أن يكون إتفاق الشركاء ضمنيا، ولا يشترط أن يكون الاتفاق عليها صراحة، بل يجوز أن تستنتج من ظروف الحال¹.

إذا كان المال المتروك عقارا فلاحيا، فإنّ المشرّع الجزائري وضع قيودا على القسمة وهذا ما نصت عليه المادة 55 من قانون التوجيه العقاري التي تنص بأنّه: "... لا تلحق هذه المعاملات المختلفة ضرا بقابلية الأراضي للاستثمار ولا تؤدي إلى تغيير وجهتها الفلاحية ولا سبب في تكوين الأراضي قد يتعارض بحجمها مع مقاييس التوجيه العقارية وبرامجه..."².

يمكن الطعن في القسمة الإتفاقية إذا كان المال المراد قسمته مخالفا للنظام العام، كأن يكون المال بضاعة محظورة حظرا مطلقا، وقد يطعن فيها لإبطال نقص الأهلية أو غائب ولم يراعي الإجراءات الواجبة الإلتباع، كما يمكن الطعن فيها أيضا للإبطال من أجل عيب من عيوب الإرادة كالغلط أو التدليس أو الاستغلال أو الغبن³.

أمّا فيما يخص القسمة الرضائية في القانون المغربي يكون ذلك جماع بين الشركاء أو الورثة وأنّ مصطلح الرضائية بين الورثة في القسمة دلالة بينهم جميعا على التراضي على مبدأ القسمة وطريقتها والغالب عليه أنّه يأتي خلال مراحل، حين يصرح كل وارث في البداية في رغبته في القسمة تحت تأثير الرغبة المجردة أو ضرر الشيوخ، وينتهي مشروع القسمة في مخطط ثم محرر مكتوب يتقدم كل وارث من باقي الورثة بالتوقيع عليه دلالة منهم جميعا على التراضي والقبول والالتزام⁴.

أمّا بالنسبة للقانون التونسي فإنّ القسمة الإتفاقية أو الرضائية هي عقد يتفق بموجبه كافة الشركاء على إنهاء حالة الشيوخ بينهم فيصبح كل شريك ملكاً ملكية مفرزة من ذلك المال.

¹ - كيرة حسن، المرجع السابق، ص 204.

² - قانون رقم 90-25 المؤرخ في 18/11/1990، المتضمن قانون التوجيه العقاري، المعدل والمتمم بأمر 95-26 المؤرخ في 25/09/1995.

³ - رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص 550.

⁴ - عبد الرحمان بلعكيد، المرجع السابق، ص ص 250-251.

تخضع القسمة الاتفاقية بوصفها عقداً إلى النظرية العامة للعقد ويشترط فيها توفر أركان العقد المتمثلة في الرضا، المحل، السبب والأهلية¹.

ثانياً: القسمة القضائية

الأصل في القسمة الرضائية التي تتم باتفاق وتراضي جميع الشركاء إلا أنه في كثير من الأحيان يتعذر الإجماع على ذلك، لأنه في بعض الحالات فإن القانون هو الذي يفرض على الشركاء أن تتم القسمة عن طريق القضاء وهذا ما يعرف بالقسمة القضائية، وعلى كل فإن المشرّع الجزائري حدد ثلاثة حالات معينة بوجودها فلا سبيل للشركاء في الشروع إلا اللجوء إلى القضاء لقسمة المال الشائع وهي:

1- إذا لم يتفق الشركاء على القسمة الاتفاقية وأراد أحدهم الخروج من حالة الشروع وذلك ما ورد في نص المادة 1/724 ق.م.ج بأنه: "إذا اختلف الشركاء في إقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشروع أن يرفع الدعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة".

2- إذا انعقد اجتماع الشركاء على إجراء القسمة الاتفاقية، ولكن كان بينهم ناقص الأهلية أو غائب، فالوالي أو المقدم أو الوصي هو الذي يستأذن القاضي، وللقاضي حرية القبول أو الرفض وهذا ما نصت عليه المادة 723 ق.م.ج بأنه: "يستطيع الشركاء إذا انعقد إجتماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها، فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون".

3- هي الحالة التي تنص عليها المادة 181 ق.أ.ج والتي تتعلق بقسمة التركات والتي تفرض على الورثة المالكين على الشروع أن تكون القسمة عن طريق القضاء متى كان معهم وارث قاصر².

أما فيما يخص القانون المغربي فإن القسمة القضائية هي أيضا نفسها بالنسبة للقانون الجزائري والتي تجري بواسطة القضاء فيما لا يقوى الأطراف على تحقيقه بأنفسهم يحققونه عن طريق القضاء وهو في هذه الحالة يملك هذه السلطة من وجهين هما:

¹ - حاتم محمدي، المرجع السابق، ص 239.

² - تيفرين تيزيري، حماني حكيمة، المرجع السابق، ص 28.

الوجه الأول أنه لا يجبر أحد على البقاء في الشروع وهو من النظام العام لا يمكن مخالفته فحق الملكية حق فردي يضمنه الدستور والقانون، فحق الملكية في حرية المبادرة الخاصة والمحافظة على الحق وتأمينه وفرزه على مقومات الوجود فيه.

أمّا في الوجه الثاني أنه عند إمتناع أحد الأطراف وعدم رغبته في الإنصياع في رغبة شريكه مباشرة الحق في اللجوء إلى القضاء، لأنّ مهمة القاضي تكمن في الفصل بين المتنازعين ولو كان حقه ظاهراً، فالقضاء ينوب عن المجتمع في الحفاظ على الحقوق ومنع انتزاعها والاعتداء عليها، والأصل فيه أنه لا ينشئ الحقوق وإنّما يكشف عنها ليس غير، ولو أن الطرف الممتنع أقرب بحق غيره لَمّا أجبره على طرق باب القضاء لأنّ دور القضاء هو كشف الغطاء عن الحقوق حتّى تستقر الجماعة، ومنه كان مبدأ الحياد في القضاء، فالقاضي لا يضع الأدلة ولا يفسرها حسب هواه وإنّما هو الإثبات بين الأطراف فقط هذا ما جاء في الفصل 400 ق.ل.ع والتي تنص: "إذا أثبت المدعي وجود الإلتزام كان على من يدعي إنقضاءه أو عدم نفاذه تجاهه إذا أثبت إدعاءه"¹.

أمّا بالنسبة للقانون التونسي فإنّ القسمة القضائية تكون في حالة عدم اتفاق الشركاء على القسمة الرضائية، حيث يتم اللجوء إلى المحكمة لإجراء القسمة، كما يمكن أيضا اللجوء إليها إذا وقعت قسمة رضائية بين الشركاء دون البعض الآخر فهذه القسمة لا تحول دون طلب القسمة الحكمين بين جمع الشركاء، ولكن إذا سبقت قسمة عقار بالحجة العادلة بين الشركاء إلاّ واحدا منهم لم يحضر في تلك القسمة ومع من لم يعارض فيها فإنّ المحكمة لا يجوز لها أن تجيبه إلى طلب القسمة وإن فعلت يكون حكمها قد إنبنى على إفراط في السلطة، ويضع المشرع نوعين من القواعد المنظمة لدعوى القسمة قواعد عامة وقواعد خاصة بدعوى قسمة التركات².

¹ - الظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.93.345 بتاريخ 9 رمضان 1331، (12 أغسطس 1913)، المتعلق بالقانون الإلتزامات والعقود، مؤرخ في 18 فبراير 2016.

² - حاتم محمدي، المرجع السابق، ص 242.

الفرع الثالث

طرق القسمة

باعتبار القسمة القضائية يتولى إجرائها القاضي، فإنه يقوم بقسمة المال الشائع فتكون القسمة عينية يختص كل شريك بنصيبه المفرز، وإذا كانت لا يقبل القسمة العينية حينئذ تكون القسمة بطريق التصفية.

أولاً: القسمة العينية

تعتبر القسمة العينية الأصل في المال الشائع نصت عليه المادة 2/724 ق.م.ج بأنه: "تعين المحكمة إن رأت وجهاً لذلك خبيراً أو أكثر لتقويم الشائع وقسمته حصصاً إذا كان المال الشائع وقسمته حصصاً إذا كان المال يقبل القسمة عينية دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته". ومن خلال نص المادة نستنتج أن الأصل في القسمة هو أن تكون عينية وحينها يختص كل شريك بجزء مفرز من المال الشائع وبالتالي فيمكن للأطراف التمسك بها مادامت ممكنة. يتولى القاضي بنفسه قسمة المال الشائع، وله في ذلك أن يعين خبيراً خاصة إذا كان المال المراد قسمته عقاراً، وللخبير دوراً كبيراً في هذا المجال يهدف بذلك إلى تحقيق العدالة وفرض مبدأ المساواة في القسمة، وبالتالي إرضاء جميع الخصوم حيث يقوم الخبير المعين من قبل القاضي بقسمة المال الشائع، فيقرر حصة كل شريك وذلك على أساس أصغر نصيب وإذا تعذرت القسمة إلى حصص فإنه يعد مباشرة إلى تحديد حصة مفرزة لكل شريك من ذلك المال على أساس أصغر نصيب للشركاء¹.

في حالة ما إذا كان أحد الشركاء أو بعضهم يريدون التخلص من حالة الشيوخ دون البعض الآخر، يقوم الخبير بالفرز للأولين نصيبهم ويقسمه إلى حصص وبراغي في ذلك عدم تقويت المنفعة على أحد الشركاء، وفي حالة ما إذا كان عقاراً تمسح الأرض وتفرز الحصص على أساس أصغر نصيب مثال ما إذا كان أنصبة الشركاء هي النصف، الثلث، السدس فتقسم المال سدساً، لأنه هو الذي يعتبر أصغر نصيب من بين الأنصبة السابقة.

¹ - خالدي أحمد، المرجع السابق، ص 105-106

أما بالنسبة للقانون المغربي فإنّ القسمة العينية هي القسمة الواقعة على أعيان الأشياء المشاعة بتقسيمها إلى أجزاء مفروزة عن بعضها البعض ومتناسبة مع حصص الورثة يستقل فيها كل وارث عن غيره، بالجزء المتناسبة عن حصته والملاحظ إذن من خلال هذا التعريف أن القسمة العينية تقوم على التجزئة والفرز في ذات الشيء مثل القسمة عن طريق الكيل أو الوزن أو القياس أو العدد، والقسمة العينية لا تصح إلاّ إذا كان الشيء المتروك أو المال المشاع قابلاً للتجزئة وإلاّ لا قسمة عينية فيه، وإنّما يكون بالتصفية بالبيع مثل الأصول التجارية دون عناصرها المادية، وكذلك السفن والطائرات والعقارات في السكنى الواحدة التي تستحيل تقسيمها من الورثة في الإسكان¹.

أما بالنسبة للقانون التونسي فإنّ القسمة العينية، الأصل فيها أنّ المحكمة هي التي تقوم بنفسها أو عن طريق الاستعانة بخبير بقسمة المال المشترك قسمة عينية ويقصد منها قسمة المال الشائع إلى أجزاء مادية مفروزة يختص كلّ شريك بواحد منها، وذلك حسب ما نص عليها الفصل 119 م.ح.ع الذي تضمن ما يلي: "تتولى المحكمة ضبط نصيب كلّ شريك والشركاء إمكانية إستغلال كلّ مناب مفرز بأكثر منفعة".

ومن خلال هذا الفصل فإنّ للمحكمة ضبط المناوبات² وفرز ما يمكن أن يمتاز به كلّ شريك من الأعيان إلاّ أنّها تعذر عليها القيام بذلك لوحدها لأنّها تحتاج للقيام بذلك إلى معرفة وخبرة عالية في ذلك المجال، لذا يستوجب عليها الرجوع إلى أهل الخبرة والمعرفة لذلك، وفي حالة إن رأت المحكمة أنّها مخالفة لرأي الخبير فيتعين عليها بيان السبب وتعليل رأيها في ذلك ولكن بشرط مراعاة مصلحة الشركاء في ذلك³.

¹ - عبد الرحمان بلعكيد، المرجع السابق، ص 363.

² - المناوبات تعني الحصص والأنصبة التي يستحقها كل شريك في المال الشائع.

³ - حاتم محمدي، المرجع السابق، ص ص 245، 248.

ثانيا: قسمة التصفية

تكون القسمة عن طريق التصفية في حالة ما إذا لم يكن هناك سبيل للقسمة المال الشائع عن طريق القسمة العينية أو غيرها والمقصود بالتصفية هو بيع المال الشائع في المزاد العلني وقسمة ثمنه بين الشركاء وذلك على أساس نسبة حصصهم الشائعة.

وفي حالة ما إذا كان الثمن الذي يرسوا به المزاد هو مبلغ من المال، فإنّ قسمة بين الشركاء تكون دائما ممكنة، وفي حالة إتفاق الشركاء جميعا على أن يكون في مزاد المال الشائع ينحصر فيهم فقط فلا يدخل في المزايدة أجنبي عنهم، فإنّه يرسوا المزاد بالضرورة على أحد الشركاء فهنا نكون بصدد قسمة بطريق التصفية، أما في حالة عدم إتفاق الشركاء على إنحصار المزاد فيهم، فإنّه يجوز أن يدخل شريك أجنبي في المزاد وفي حالة رسوا المزاد على أجنبي ففي هذه الحالة لا يعتبر رسوا المزاد قسمة التصفية وإنما يكون بيعا عاديا صدر من جميع الشركاء إلى الأجنبي عن طريق المزاد، وإذا رسا المزاد على الشريك رغم وجود أجنبي ففي هذه الحالة يعتبر قسمة بطريق التصفية لأنّ المال الشائع يرجع إلى يد شريك من بين الشركاء¹.

أما قسمة التصفية في القانون المغربي فإنّه يقصد بها أنها القسمة التي تتم عن طريق بيع الشيء المشاع، وتوزيع ثمنه بعد إخراج الصائر بين الشركاء أو الورثة حسب فريضتهم ويتم اللجوء إليها في حالة إستحالة العمل بالقسمة العينية ويكون الاستحالة في اللجوء إلى القسمة العينية في أربعة حالات تتمثل في:

- * إذا كان الشيء المشاع لا يقبل التجزئة أو لا يقبل قسمة عينية مثل الشقة.
- * إذا كان المشاع لا يقبل القسمة العينية بقوة القانون، كأرض في المجال العمراني.
- * في حالة حدوث نقص كبير في الشيء المشاع أثناء قسمة العينية مثل قسمة أرض زراعي إلى أجزاء صغيرة لا تصلح للزراعة مجددا.
- * في حالة ما إذا كان الشيء المشاع يقبل قيمة عينية إلى اثنين أو ثلاثة لا أكثر وكان عدد الورثة متعددون في هذه الحالات يكون البيع في المزاد العلني².

¹ - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 42.

² - المرجع نفسه، ص 43.

الثابت في القواعد العامة أن القسمة بالتصفية يتم اللجوء إليها كلما دعت الضرورة لذلك، سواءً ورد النص بها أم لم يرد، لأنها تعتبر من مستلزمات الخروج من الشياخ ورفع الضرر عن الشركاء¹.

أمّا فيما يخص قسمة التصفية في القانون التونسي هو نفس التعريف بالنسبة للقانون الجزائري والمغربي والذي يعرف بأنه إجراء قسمة التصفية إذا تعذر إجراء القسمة العينية ويتم ذلك عن طريق البيع بالمزاد العلني وتوزيع ثمن المال الشائع بين الشركاء بكلّ حسب حصته ويخضع البيع إلى القواعد المنظمة لبيع المنقول أو العقار بمجلة المرافعات المدنية والتجارية، ويمكن للشركاء حصر المزايدة فيما بينهم فتتم دون لزوم الإشهار إذا أجمعوا على ذلك وكانت لهم أهلية التصرف في حقوقهم²، ويوزع الثمن على الشركاء حسب نصيب كل واحد منهم وهذا حسب الفصل 120 م.ح.ع نص بأنها: "إذا لم تمكن القسمة عينا أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المشترك المراد قسمته بيع هذا المشترك صفقة بالمزاد".

الفرع الرابع

آثار القسمة

بواسطة القسمة يتعين نصيب أو حصة كلّ شريك مستقلا عن نصيب غيره من الشركاء، فيملك حصته مستقلا عن غيره وينقطع حق إشتراك الآخر فيها، وفي حالة إذا عدلة جميع الحصص وسويت وقبض كل شريك حصته من المقسوم يثبت له الملك وتتم القسمة، وبالقسمة يملك الشريك المقسوم له جميع التصرفات الثابتة لصاحب الملكية المطلقة، وبالقسمة أيضاً ينتفي حق الشفعة، لأنه يثبت في المبادلة المحضة كالبيع مثلا والقسمة مبادلة في وجه واحد فلا تحتل الشفعة³.

أمّا فيما يخص القانون التونسي فإن آثار القسمة لا تمنح لأي متقاسم حقا جديدا لم يكن له، وإنما تكشف حق ملكيته السابق القائم أصلا من الشيوخ، ولكن بتغيير جوهري في محله، بعد

¹ - عبد الرحمان بلعكيد، المرجع السابق، ص 382.

² - حاتم محمدي، المرجع السابق، ص 249.

³ - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 142.

ما كان يملك الحصة الشائعة تأتي القسمة لتحديد ملكيته في جزء مفرز من الشيء المملوك، وهذا الاعتبار تعد القسمة تصرفا كاشفا، وهو تصرف الذي يستند إلى وضع قانوني سابق يسجل وجوده السابق وذلك بتغيير جوهري في عناصره بما يمكنه من إنتاج كل آثاره القانونية¹.

أمّا بالنسبة للقانون المغربي فإنّ الأثر الحقيقي للقسمة أثر مزدوج، كاشف ومنشئ دون تغليب واحد على الآخر، فإنّ الأثر الكاشف للقسمة لا ينكره أحد، فكل متقاسم يستند إلى حظه منذ بدء الشيوخ ويعتمد عليه، لكن لا أساس أنّ الجزء المفرز كان موجودا من قبل، فهذا الوجود غير صحيح بالطبع بالنظر إلى صورة أشياء قبل القسمة وبعدها، وإنّما على أساس ثبوت الملكية من قبل، فهذه الملكية هي التي تعطي الحق في طلب القسمة، وتجعل المتقاسم يكتسب المشروعية في حديثه عن القسمة مع غيره، وترحل به إلى التملك الفردي بعد القسمة والفرز، وهذا هو الأثر الكاشف، أمّا الأثر المنشئ فلا أحد يشك بذلك، لأنّ الجزء بعد الفرز وليس قبله، بل هو مشاع لا نعلم وجهته، وقبل الفرز فإنّ للمالك على الشيوخ أنّ يتجول فيه وأنّ يستعمله أو يستغله على شرط الأغلبية وأن يجبر غيره على المساهمة معه في سائر أعمال المحافظة والصيانة بقدر نصيبه، وأمّا بعد الفرز يبدو غريبا لا يتجزأ على المساس بملكية الآخر، والملكية لها حرمتها².

¹ - حاتم محمدي، المرجع السابق، ص 255.

² - عبد الرحمان بلعكيد، المرجع السابق، ص 347.

خلاصة الفصل الثاني

من خلال ما قدمناه نستنتج أنه نظرا لأهمية موضوع الاستيلاء على الشركة في الحياة العملية وما يترتب عليها من آثار وخيمة بإهدار حقوق الورثة التي كفلها الشرع والقانون نتيجة استعمال الغش والتدليس من طرف البعض، لذلك لابد من إتباع إجراءات لحماية الشركة، والتي تقتضي التعجيل في حماية للمتروك، وتكون هذه الأخيرة إما قضائية بين الورثة والدائنين والغير، أو توثيقية بين الورثة ليس الغير لإثبات الصفة بينهم وإحصاء الشركة، والتماطل في اتخاذ هذه الإجراءات يعرض المتروك لخطر الضياع أو السرقة، أو النيباء الشرعية لحفظ على أموال فاقدي وناقصي الأهلية خاصة بعد الموت، وذلك للحفاظ على أموال القاصرين من الضياع.

هذه الإجراءات لها أهمية بالغة في المحافظة على الشركة سواء تركة بوجود وراثته، أو تركة شاغرة، لأنه بعد الموت وقبل القيام بهذه الإجراءات تكون الشركة في حالة فراغ، بلا حارس ولا رقيب، ولتصفية الشركة تمر بعدة مراحل أولية تتمثل في أولها تعيين المصفي وصفته جرد الشركة، تسوية ديون الشركة، تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف.

عندما يتم الانتهاء من المراحل الأولية، يجب إجراء قسمة حقيقية للشركة بين الشركاء الذين هم غير مجبرين على البقاء على الشروع، لأنّ الشركة تعتبر مال شائع، وهذه القسمة تتخذ أشكالاً وأوجهاً متعددة، وتكون طريقة القسمة إما إتفاقية أو قضائية، والاتفاقية بإتفاق جميع الورثة فيما بينهم دون تدخل القضاء، عكس القضائية التي تستوجب اللجوء إلى القضاء، والقسمة تجعل الشيء المشاع بين مالكين أو أكثر، مقسوماً بينهما، حيث يعين ويفرز نصيب كلّ منها.

فالحكمة من مشروعية القسمة إزالة ضرر الشركة من أصله أو التقليل منه فقط، فلا يمكن إجبار أحد على البقاء على الشراع، فلكلّ من استحق نصيباً في الشركة جاز أن يطالب به بطريقة شرعية.

خاتمة

من خلال دراستنا لمختلف جوانب موضوع تصفية التركة سعينا بقدر الإمكان أن نقدم صورة واضحة للموضوع، وذلك بالتعرض لأغلب العناصر التي تمكن الطالب من الحصول عليها بصفة عامة والتي تكشف عن الموضوع.

ومن أهم ما توصلنا إليه من النتائج ما يتم توضيحه:

- المصدر الرئيسي لأحكام تصفية التركة لكل من التشريعات المغاربية هو التشريع الإسلامي وذلك عملاً بنصوص القرآن الكريم والسنة التي تناولت حفظ المال من التلف والضياع.
- تتعلق بالتركة حقوق يتعين إخراجها وتصفيتها قبل حقوق الورثة، والمتمثلة في مصاريف التجهيز، والدفن بالقدر المشروع، وبعدها تأتي الديون الثابتة في ذمة المتوفي، ثم الوصية في حدود ثلث التركة، لأن الوصية خلافة إختيارية ليتدارك الموصى ما فاته في حياته من واجبات، وبعدها يأتي حق الورثة.
- أوجب المشرع قبل تقسيم التركة خصم ديون المتوفى سواء كانت للعباد أو لله عزوجل، لكن سبحانه وتعالى غني عن العالمين لقوله: "يَا أَيُّهَا النَّاسُ أَنْتُمُ الْفُقَرَاءُ إِلَى اللَّهِ وَاللَّهُ هُوَ الْغَنِيُّ الْحَمِيدُ"¹.
- يعتبر انتقال الملكية مؤجلة إلى ما بعد سداد الديون، لأن التركة تبقى موقوفة ومعطلة لا مالك لها حتى تدفع ديون المورث، سواء كانت معلومة للوارث أو غير معلومة.
- كل من التشريعات المغاربية لم تخالف أحكام الشريعة الإسلامية فيما نصت عليها أو أشارت إليها، وفيما لم يرد النص عليها فقد آلت فيه إلى أحكامها، إما بالإحالة إلى مذهب معين كما هو في مدونة الأسرة المغربية (المادة 400 م.س)، أو إلى المذاهب المتعددة كما في قانون الأسرة الجزائري (المادة 222 ق.أ.ج).

¹ -سورة فاطر، الآية/15.

- جعلت كلّ من القوانين إستحقاق الميراث إجباريا وليس إختياريا، بمعنى أنّه ليس للمورث أنّ يحرم أحداً من ميراثه ما دام مستحقاً، كما أنّه ليس للوارث أنّ يرّد إرثه لأنّه خليفة المتوفى وذلك قبل الإستحقاق أمّ بعده فالنتازل ممكن.
- اختلف المشرّع الجزائري مع التشريعات المغاربية فيما يخص ترتيب حقوق المورث حيث المشرّع نص على أربعة حقوق بينما كلّ من المشرّع المغربي والتونسي نص على خمسة حقوق.
- الأموال المكوّنة للتركة هي الأموال الثّابتة للمورث في تاريخ وفاته، أي كلّ الأشياء التي كانت للمورث والقابلة للتعامل فيها والتي يمكن أنّ تكون موضوع حق ذو قيمة نقدية.
- وجود بعض الإشكالات العملية المتعلقة بالميراث التي تستدعي حلا قبل اللّجوء إلى تصفية التركة، والمتمثلة في حالة مرض الموت، بيع التركة، وجود مفقود أو خنثى ضمن الورثة، التنزيل.
- الإختصار الشديد في موضوع تصفية التركة ممّا يترك فراغا كبيرا يصعب مهمة القضاة والموثقين، وهذا ما يوصي بإيجاد قضاة مؤهلين في هذا المجال.
- الإشكال الذي يطرحه التنزيل في موضوع تصفية التركة أنّه لا بد من الأخذ بالحسبان حق الحفدة في التركة فيخرج ضمن الحقوق المتعلقة بالتركة قبل توزيع الباقي على الورثة، وفي حالة تصفيتها وظهر حفيد يطالب بنصيبه، وأثبت ذلك مع تحقق الشروط المنصوص عليها في قانون الأسرة يتعيّن الطعن في صحة التصفية.
- حالة الإختلاف حول تصفية التركة يتعيّن اللّجوء إلى القضاء لوضع حدّ للنزاع الذي قد يثور بين الورثة، وذلك بتعيّن مصفي لها للقيام بمهمة التصفية.
- يقوم المصفي بالقيام بإحصاء جميع ممتلكات الوارث، وتسوية ديون التركة، ينفذ التكاليف التي على التركة وينفذ الوصايا، تسليم أموال التركة وقسمتها.
- إتباع الإجراءات المستعجلة في قسمة التركات فيما يخص بالمواعيد وسرعة الفصل في موضوعها، وطرق الطعن في أحكامها.

- لتوفير حماية التركة لا بد من إتباع إجراءات مختلفة سواء كانت توثيقية أو قضائية أو النيابة الشرعية فهذا الأخير يعمل على محافظة على أموال القاصرين من الضياع.
- ومن أجل الوصول إلى مرحلة تقسيم أموال التركة وتصفيته بصفة نهائية لا بدّ من تطهيرها من كلّ الحقوق والديون المتعلقة بها.
- الحكمة في مشروعية القسمة إزالة ضرر الشركة من أصله أو التقليل منه فقط، فلا يمكن إجبار أحد على البقاء على الشروع، فكلّ من إستحق نصيباً في التركة جاز أنّ يطالب به بطريقة شرعية.

بعد عرض النتائج المتوصل إليها ننقل لاستعراض بعض التوصيات المقترحة في الموضوع:

❖ وجوب تحديد بكل دقة إجراءات تصفية التركة، وكيفية جلب حقهم حتى يتمكن الوارث من ممارسة هذا الحق دون إشكال.

❖ سدّ الثغرات القانونية ومحاولة إصلاح الأحكام والقواعد المتعارضة في المنظومة القانونية السارية المفعول، وذلك عن طريق ضبط القوانين وتعديلها وفقاً لما يتماشى مع الأولويات الراهنة.

❖ نقترح على المشرع الجزائري إعادة النظر بدقة في القوانين المنظمة لتصفية التركة، والتعمق فيها من أجل وضع حدّ للنزاعات والتقليل من العقبات التي يواجهها أهل الإختصاص في تنفيذ بعض الأحكام القضائية، لإستحالة تنفيذها لصعوبة إثبات الملكية.

❖ وضع حد للإشكالات التي تعيق سير التصفية حتى تكون تصفية بصفة نهائية، وذلك بوضع نصوص قانونية خاصة بها، لأنّ الشريعة الإسلامية عالجتها تحت عنوان الميراث بالتقدير، والفقهاء الإسلامي مختلف في أحكامها.

ختاماً نتمنى أن نكون قد وفقنا في استجلاء ما ينبغي استجلائه، ولو بالقدر اليسير في إنجاز هذه المذكرة المتواضعة التي تناولت موضوع تصفية التركة.

قائمة المراجع

أولا/ الكتب:

- 1- إبراهيم مصطفى جابر عبد القادر، وآخرون، المعجم الوسيط، المكتبة الإسلامية للطباعة للنشر والتوزيع، تركيا، (د.س.ن).
- 2- ابن حزم، مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والمعتقدات، ط2، دار الأفاق الجديدة للنشر والتوزيع، لبنان، 1980.
- 3- أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، القاهرة، 2008.
- 4- أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون: التجهيز والدفن والوصايا والموارث وتقسيماتها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
- 5- إقروفة زوبيدة، الإبانة في أحكام النيابة الشرعية، الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو، 2014.
- 6- إلياس ناصف، الوصية- الوصية للمسلمين وفي القانون الدولي الخاص-، ج2، (د.د.ن)، لبنان، 2003.
- 7- بن عبيدة عبد الحفيظ، الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
- 8- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الميراث والوصية)، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
- 9- _____، أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 10- بخي العربي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013.
- 11- بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

- 12- بوبيزري سعيد، أحكام الميراث بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- 13- حاتم محمدي، دروس في القانون المدني قانون الأموال، ج1، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2012.
- 14- حداد عيسى، الوجيز في المواريث، مديرية النشر جامعة باجي مختار، الجزائر، 2003.
- 15- حسن كيرة، الوجيز في أحكام القانون المدني الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1998.
- 16- حمدي باشاعمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003.
- 17- حمدي باشا عمر، زروقي ليلي، المنازعات العقارية، دار هومة، الجزائر، 2006.
- 18- ججيك صالح، الميراث في القانون الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002.
- 19- خالدي أحمد، القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
- 20- خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996.
- 21- رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية (الخاصة بالميراث والوصية والوقف في الفقه والقانون والقضاء)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.
- 22- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002.
- 23- سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام: العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون، (د.د.ن)، مصر، 2000.

- 24- _____، عقد البيع، الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية، (د.س.ن).
- 25- السيد خلف محمد، عقد البيع في ضوء الفقه وأحكام النقض، ط2، دار الفكر والقانون، مصر، 1999.
- 26- شحاتة عبد الغني الصباغ، دروس في الفرائض، منشورات وزارة الشؤون الدينية، الجزائر، 1993.
- 27- الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج4، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2008.
- 28- طاهري حسين، دليل الموثق، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- 29- عارف خليل أبو عيد، الوجيز في الميراث، ط5، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.
- 30- عبد الحميد الشواربي، أحكام التركات في ضوء الفقه والقضاء، منشأة الناشر المعارف، الإسكندرية، 1990.
- 31- عبد الله بن قدامة، المغني، ج2، ط3، دار عالم الكتب للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1997.
- 32- عبد الله الدرقاوي، أحكام التركات والمواريث وفق المذاهب الأربعة، دار الأفاق المغربية للنشر والتوزيع، الرباط، 2012.
- 33- عبد الرحمان بلعكيد، تصفية التركة (حماية المتروك- القسمة- المخارجه بين القديم والجديد)، (د.د.ن)، الرباط، 2012.
- 34- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج5، دار التراث العربي، بيروت، (د.س.ن).
- 35- عبد الفتاح تقيّة، الوجيز في المواريث والتركات، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2011.
- 36- ، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء، حقوق النشر محفوظة لمنشورات ثالة، الجزائر، 2011.

- 37- عدلى أمير خالد، أحكام وإجراءات التقاضي في إسهاد الوراثة وتوزيع التركات، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 2001.
- 38- عزة عبد العزيز، أحكام التركات وقواعد الفرائض والمواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
- 39- العلمي الحراق، الوصية الواجبة وتطبيقاتها الإرثية وفق مدونة الأسرة، (د.د.ن)، الرباط، 2012.
- 40- فؤاد عبد اللطيف السرداوي، الوجيز في الوصايا والمواريث، دار يافا العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.
- 41- فرج القصير، أحكام المواريث في القانون التونسي، ط2، دار الميزان للنشر، تونس، 2001.
- 42- فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
- 43- كافي منصور، المواريث في الشريعة والقانون، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
- 44- كمال حمدي، المواريث والهبة والوصية، منشأة الناشر المعارف بالإسكندرية، مصر، 1998.
- 45- محمد العمراني، الميراث في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المؤسسة الوطنية للاتصال والنشر والإشهار، الجزائر، 2000.
- 46- محمد بن يزيد بن ماجة، سنن ابن ماجة، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، (د.س.ن).
- 47- محمد علي الصابوني، المواريث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، لبنان، 1999.
- 48- محمد محدة، التركات والمواريث، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2004.

- 49- محمد محي الدين عبد الحميد، أحكام المواريث في الشريعة الإسلامية على مذاهب الأئمة الأربعة، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، لبنان، 1984.
- 50- مصطفى أحمد الرزقا، نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، دار القلم، دمشق، 1999.
- 51- مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الإسلامي المقارن والقانون، دار وائل للنشر، الأردن، 2006.
- 52- الهلالي مسعود، أحكام التركات والمواريث في قانون الأسرة الجزائري، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
- 53- وهبة الزحيلي، الوجيز في الفقه الإسلامي، ج8، ط6، دار الفكر للنشر والتوزيع، دمشق، 2010.
- 54- يحي بن شرف النووي دمشقي، المجموع شرح المذهب، ج6، دار عالم الكتاب للنشر والتوزيع، لبنان، 2003.
- 55- يحيوي عمر، نظام المواريث الإسلامي في تقنين الأسرة الجزائري، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.

ثانيا/ الرسائل والمذكرات الجامعية:

- 1- شرفي حسان، الأملاك الوطنية الخاصة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2007.
- 2- أزقاغ بريزة، عزرين صوفية، الوصية الواجبة في قانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2014.
- 3- إسحاق آدم أحمد، طرق استحقاق التركة في الشريعة والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماستر في قانون التوثيق، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2013.

- 4- بن ناصر نذير، بمرأو سليمة، حقوق غير الورثة في التركية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة بجاية، 2013
- 5- بوزيدي بشرى، سليمان حليمة وآخرون، الأملاك الشاغرة، مذكرة لنيل شهادة الليسانس، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدينة، 2013.
- 6- تيقيرين تيزيري، حماني حكيمة، قسمة المال الشائع في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013.
- 7- قوادري وسام ، حماية أموال القاصر على ضوء التقنين المدني وتقنين الأسرة، دراسة مقارنة تحليلية، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2013.

ثالثا/ النصوص القانونية:

1- النصوص التشريعية:

أ- النصوص الجزائرية:

- 1- أمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج ر، عدد 49، الصادرة في 21 جوان 1966 معدل ومتمم.
- 2- أمر رقم 102/66 المؤرخ في 06/05/1966، المتضمن انتقال الأموال الشاغرة إلى الدولة، ج ر، عدد 36، سنة 1996.
- 3- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر، عدد 78 الصادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.
- 4- أمر رقم 75-74 مؤرخ في 8 ذي القعدة عام 1395 الموافق ل 12 نوفمبر سنة 1975، يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج ر، عدد 92 الصادرة في 18 نوفمبر 1975.
- 5- قانون رقم 90-25 المؤرخ في 18/11/1990، المتضمن قانون التوجيه العقاري، المعدل والمتمم بأمر 95-26 المؤرخ في 25/09/1995.

6- قانون 84-11 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق ل 9 يونيو سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج ر، عدد 24 الصادرة في 12 يونيو 1984، معدل ومتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، ج ر، عدد 15 الصادرة في 27 فبراير 2005.

7- قانون رقم 06/06، المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق ل 20 فيفري 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق.

8- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 أكتوبر 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، عدد 21 بتاريخ 23 أبريل 2008.

9- أمر رقم 12/70 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1379، الموافق ل 19 فيفري 1970، المتعلق بالحالة المدنية، ج ر، عدد 21، مؤرخة في 27 فيفري 1970، المعدل والمتمم بالقانون رقم 08/14 المؤرخ في 9 أوت 2014 الموافق ل 13 شوال عام 1435، ج ر، عدد 49، مؤرخة في 2014.

ب- النصوص المغربية والتونسية:

1- الأمر العلي المؤرخ في 9 شوال 1350 الموافق ل 15/02/1932، المتعلق باللقب البرية.

2- الأمر العلي في 13 أوت 1956 المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية بالرائد الرسمي التونسي، عدد 66 الصادر في 17 أوت 1956، المعدل بالقانون رقم 40 لعام 1957 المؤرخ في 27 سبتمبر 1957.

3- الحبيب بورقيبة، مجلة الحقوق العينية، صدر بتونس في 12 فيفري 1965، المنقح بمقتضى القانون عدد 46 لسنة 1992 المؤرخ في 4 ماي 1992.

4- ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447، بتاريخ 11 رمضان 1394، الموافق ل 28 شتنبر 1974، المصادقة على قانون المسطرة المدنية.

5- قانون عدد 71 لسنة 1997 مؤرخ في 11 نوفمبر 1997، يتعلق بالمصنفين العدليين وأمناء الفلسة والمتصرفين القضائيين.

6- ظهير شريف رقم 1-04-22 صادرة في 12 من ذي الحجة 1424 (3فيفري 2004)، القانون رقم 03-07 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، ج ر، رقم 5184 الصادرة يوم 5 فبراير 2004.

7- قانون عدد 87 لسنة 2005 مؤرخ في 15 أوت، يتعلق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام "مجلة الالتزامات والعقود التونسية".

8- القانون رقم 08-39 المتعلق بمدونة الحقوق العينية الصادر بتنفيذه الظهير شريف رقم 178.11.1 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011).

9- الظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.93.345 بتاريخ 9 رمضان 1331، (12 أغسطس 1913)، المتعلق بالقانون بالالتزامات والعقود، مؤرخ في 18 فبراير 2016.

2/ النصوص التنظيمية:

1- المرسوم التنفيذي رقم 454/91 المؤرخ في 1991/11/23، يحدد شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة وتسييرها ويضبط كفاءات ذلك، ج ر، عدد 60، الصادرة بتاريخ 1991/11/24.

رابعاً/ المداخلات:

1- إقروفة زوبيدة، "أثر المستجدات العلمية في ضبط إشكالات التوريث (توريث الخنثى والحمل نموذجاً)"، مداخلة ملقاة لملتقى الدولي حول الميراث بين النصوص التشريعية والإشكالات العلمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، 4/3 ماي 2015.

خامساً/ المواقع الإلكترونية:

1- الحبيب شيخ روجه، "حالات التركة الشاغرة في القانون التونسي"، اليومية المستعملة الأولى في تونس الصباح، منشور على موقع، www.assabah.com.tn/article/116076، تم الإطلاع عليه في 2016/05/17.

فهرس

الصفحة	المواضيع
2	مقدمة.....
6	الفصل الأول: التركة ومكوناتها.....
7	المبحث الأول: مفهوم التركة والحقوق المتعلقة بها.....
7	المطلب الأول: تعريف التركة ووقت انتقاله.....
7	الفرع الأول: تعريف التركة.....
7	أولاً: تعريف التركة لغة.....
8	ثانياً: تعريف التركة اصطلاحاً.....
9	الفرع الثاني: وقت انتقال التركة.....
10	أولاً: موقف المشرع الجزائري.....
11	ثانياً: موقف المشرع التونسي والمغربي.....
13	المطلب الثاني: الحقوق المتعلقة بالتركة.....
14	الفرع الأول: الحقوق العينية.....
14	أولاً: مصاريف التجهيز.....
15	ثانياً: حق الورثة.....
15	الفرع الثاني: الحقوق المتعلقة بالذمة.....
15	أولاً: الديون الثابتة في ذمة المتوفي.....
19	ثانياً: حقوق متعلقة بالوصايا.....
23	المبحث الثاني: مكونات التركة وإشكالاتها.....
23	المطلب الأول: مكونات التركة.....
24	الفرع الأول: الحقوق المالية التابعة للأموال العينية.....
24	أولاً: حق الإرتفاق.....
26	ثانياً: حق التعلية.....
26	ثالثاً: حق قبول الوصية.....
28	الفرع الثاني: الحقوق المالية المتعلقة بالشخص المورث.....
29	الفرع الثالث: الحقوق المالية التي تتعلق بإرادة المورث لا بماله.....
29	أولاً: الخيارات المرتبطة بالعقد.....
30	ثانياً: حق الاحتجار في الأرض الموات.....

31	المطلب الثاني: الإشكالات العملية في التركة.....
31	الفرع الأول: البيع في مرض الموت.....
33	الفرع الثاني: بيع التركة.....
35	الفرع الثالث: الميراث بالتقدير.....
35	أولاً: ميراث المفقود.....
37	ثانياً: ميراث الخنثى.....
38	الفرع الرابع: الوصية الواجبة.....
45	الفصل الثاني: الإطار القانوني لتصفية التركة.....
46	المبحث الأول: حماية التركة.....
46	المطلب الأول: إجراءات حماية التركة التي فيها ورثة.....
46	الفرع الأول: إجراءات التوثيقية.....
47	أولاً: تثبيت الوفاة وعدد الورثة.....
48	ثانياً: ثبوت الزوجية والقرابة.....
49	ثالثاً: إعداد الفريضة.....
51	الفرع الثاني: إجراءات النيابة الشرعية.....
53	الفرع الثالث: إجراءات القضائية.....
54	أولاً: الحماية التحفظية.....
57	ثانياً: الحماية بالحراسة القضائية.....
59	ثالثاً: الحماية بوضع الأختام.....
60	المطلب الثاني: حماية التركة الشاغرة.....
60	الفرع الأول: تعريف التركة الشاغرة.....
62	الفرع الثاني: شروط اعتبار التركة شاغرة.....
62	أولاً: خلو المال من المالك.....
62	ثانياً: تركة دون وجود ورثة.....
63	الفرع الثالث: إجراءات أيلولة التركة الشاغرة للدولة.....
63	أولاً: التحقيق والبحث عن الورثة.....
64	ثانياً: إصدار الحكم بإنعدام الوراثة ووضع التركة تحت الحراسة.....
65	ثالثاً: إعلان شغور وتسليم التركة.....
66	المبحث الثاني: مراحل تصفية التركة.....

66	المطلب الأول: المراحل الأولية لتصفية التركة.....
66	الفرع الأول: تعيين المصفي وصفته.....
67	أولاً: تعيين المصفي.....
68	ثانياً: صفة المصفي.....
69	الفرع الثاني: جرد التركة.....
71	الفرع الثالث: تسوية ديون التركة.....
74	الفرع الرابع: مرحلة تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف.....
75	المطلب الثاني: تقسيم التركة.....
76	الفرع الأول: تعريف القسمة.....
76	أولاً: تعريف القسمة لغة.....
76	ثانياً: تعريف القسمة اصطلاحاً.....
77	الفرع الثاني: أنواع القسمة.....
77	أولاً: القسمة الإتفاقية.....
79	ثانياً: القسمة القضائية.....
81	الفرع الثالث: طرق القسمة.....
81	أولاً: القسمة العينية.....
83	ثانياً: القسمة التصفية.....
84	الفرع الرابع: آثار القسمة.....
88	خاتمة.....
92	قائمة المراجع.....
101	فهرس.....

ملخص:

يكتسي موضوع تصفية التركة أهمية بالغة، ذلك بالنظر إلى آثاره المترتبة عن الوفاة، حيث إذا توفي الشخص انقضت شخصيته القانونية وزالت ذمته المالية، فأصبح ما خلفه الميت من المال سواء كان عقارا أو منقولاً، ينتقل إلى ورثته المحددين شرعا بعد تخليصها من حقوق الغير، ويمكن أن تكون في التركة بعض الإشكالات العملية تستدعي حلها بعد تصفيتها. لذلك لا بد من اتخاذ حماية صارمة، تتمثل في مجموعة من الإجراءات، سواء كانت توثيقية أو قضائية، وهذه الإجراءات تختلف باختلاف نوع التركة سواء كانت تركة شاغرة أو تركة مع وجود ورثة.

وبما أن التركة أصلها مال شائع، لا بد من إتباع إجراءات القسمة لفرز نصيب كل وارث وتبيان حقه من التركة، وهذه القسمة إما أن تكون قسمة إتفاقية أو قضائية حتى يتم قسمة أموال التركة وتسليمها للورثة حسب أنصبتهم المقررة شرعا.

Résumé

La liquidation de la succession est un sujet d'une importance capitale, compte tenu des effets qui découlent du décès. Quand la personne décède, elle perd sa personnalité juridique et son patrimoine. Tous les biens qu'il laisse derrière lui, mobiliers ou immobiliers, sont transférés vers ses héritiers qui sont définis légalement, après leur apurement des droits des tiers.

Certaines difficultés pratiques qui peuvent survenir dans la succession doivent être résolues après sa liquidation. C'est pour cela qu'elle est entourée d'une protection minutieuse qui consiste en des procédures notariales ou judiciaires. Ces dernières diffèrent selon la nature de la succession : avec ou sans héritiers.

Du moment que l'origine de la succession est un bien indivis, il faut suivre des procédures de division pour désigner la part de chaque héritier et son droit dans la succession. Cette division peut être soit conventionnelle soit judiciaire afin de liquider la succession et donner pour chaque héritier sa part légale.