

التعامل في التركة المستقبلية وفقاً للقانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012 النافذ في قطاع غزة "دراسة تحليلية نقدية"

د. حسام الدين محمود الدن^{1*}

لقسم الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، قطاع غزة، فلسطين

تاريخ الإرسال (2015/00/22)، تاريخ قبول النشر (2015/04/22)

ملخص البحث

يعتبر موضوع التعامل في التركة المستقبلية من الموضوعات الهامة والمستحدثة في القانون المدني الفلسطيني الجديد، بل ويُعتبر التعامل في التركة عموماً من أشهر أنواع التعاملات التي يتحتم على كل إنسان أن يتعامل بها سواء أكان بصفته وارثاً ابتداءً أم مورثاً انتهاءً. ولعل التعامل في التركة المستقبلية وإن كان من حيث الأصل محظور وفق التشريعات الفلسطينية والعربية، إلا أن المشرع الفلسطيني خرج عن هذا الأصل في القانون المدني الحالي، وأجاز بعض الاستثناءات التي يمكن عند تحققها أن يصبح التعامل في التركة المستقبلية جائزاً ومرتباً لآثاره. ونظراً لدقة التفرقة بين التعامل في التركة بعد وفاة مورثها، أو باعتبارها تركة مستقبلية يجري التعامل بها حال حياته، فقد يعترض هذا النوع من التصرفات العديد من الإشكالات التي يكون من شأنها إما أن تجعله تصرفاً صحيحاً، أو باطلاً بطلاناً مطلقاً لمخالفته للنظام العام والأداب العامة، وهذا ما يناقشه موضوع البحث.

الكلمات المفتاحية: التركة المستقبلية، القانون المدني الفلسطيني الجديد.

Dealing in Futuristic Legacy In Accordance with the Civil Code of the Palestinian No. 4 of 2012 Applicable in the Gaza Strip "Analytical and Critical Study"

Abstract

Dealing in futuristic legacy is one of the important topics and developed in the new Palestinian civil law, but is generally handled in the most popular types of transactions, which is imperative for everyone to deal with, either as heir beginning or the end of the inheritor legacy. Perhaps dealing with futuristic legacy albeit in principle is prohibited according to the Palestinian and Arab legislation, but the Palestinian legislature is out of this principle the current civil law, and permit some exceptions that can accrues to become a deal in the futuristic legacy permissible and tidy impacts Due to the accuracy of discrimination when dealing in the legacy after the death of inheritor, or mind the futuristic legacy the case of his life, oppose this kind of acts many of the problems that would either make it right act, or absolutely null and void for violating public order and public morality, and this is what being discussed on this research.

Keywords: Futuristic Legacy, The New Palestinian Civil Law.

* البريد الإلكتروني للباحث المرسل: helden@iugaza.edu.ps

مقدمة:

يعتبر التعامل في التركة المستقبلية من أهم المواضيع القانونية التي يعالجها القانون المدني، نظراً لشيوع وسيلة انتقال الملكية بالميراث كأصل عام، فالوفاة والميراث تعتبر سنة من سنن الحياة الإنسانية المؤقتة بطبيعتها، والتي لا يمكن للإنسان أن يبغى عنها حولاً.

والتصرف بأموال التركات من أكثر المواضيع إشكالاً في واقعنا الفلسطيني، وهي دائماً في معرض الاستفسارات، ومحط السؤال والإشكالات.

والتشريعات الفلسطينية والعثمانية وعلى رأسها مجلة الأحكام العدلية، وإن كانت تنظم تلك التصرفات من منطلق الشريعة الإسلامية ممثلة بالفقه الحنفي - المصدر الرئيسي للمجلة - بما قرره من مبادئ منها على سبيل المثال أن "لا وصية لوارث" (م62 مجلة)، إلا أننا نجد أن القانون المدني الفلسطيني الجديد قد خرج عن هذا الحكم على سبيل المثال لا الحصر، وأجاز القسمة والوصية للوارث.

بل وقرر أحكام جديدة لم تنظمها المجلة ابتداءً، أو أنها نظمها إلا أنه خالفها في ذلك، ومن ثم يكون القانون المدني الحالي بدهاء هو واجب الأعمال والتطبيق - رغم أهمية المجلة العدلية - لأن أعمال مجلة الأحكام العدلية لا يكون إلا بما لا يتعارض مع أحكام القانون المدني، وذلك تطبيقاً لنص المادة (1301) من القانون المدني الفلسطيني الحالي⁽¹⁾. أي أنه لم يلغها، بل أبقى عليها كمصدر احتياطي عند خلو القانون المدني من تنظيم مسألة معينة.

وترتيباً على ما تقدم، قرر الباحث التصدي لهذا الموضوع الجديد والشيق، والذي يعالج مسألة مستحدثة في القانون المدني الفلسطيني، بحيث لا تقتصر فائدتها على ترجيح رأي فقهي على آخر، أو الاستفاضة في الآراء القانونية أو الفقهية الجدلية، وإنما بيان واستجلاء موقف المشرع المدني الفلسطيني من التصرفات التي تقع على التركات المستقبلية بشتى أنواع التصرفات الصحيحة منها والباطلة. بحيث يأمل الباحث أن تحقق هذه الدراسة ما يلبي مراد للساتلين في هذا المضمار، على ضوء ما استجد من أحكام وتوجهات حديثة ومعاصرة للمشرع الفلسطيني، مع الاستعانة بأحدث آراء الفقه وأحكام القضاء الفلسطيني والمصري.

المبحث الأول: التصرف بالأموال المكونة للذمة المالية للشخص

التصرف القانوني هو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني سواء كان هذا الأثر هو إنشاء أم نقل أم تعديل أم إنهاء حق من الحقوق. بينما يعرفه البعض بأنه "كل عمل من شأنه أن يؤدي إلى زوال الحق من صاحبه كلياً أو جزئياً"⁽²⁾. وقد يتصرف الشخص في أمواله باعتبارها ذمة مالية حاضرة بجميع أنواع التصرفات القانونية، فيكون

(1) صدر القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012 في مدينة غزة بتاريخ : 2012/7/26 الموافق: 7 رمضان/1433هـ، في ظل وجود عقبات قانونية وظروف سياسية واجتماعية فلسطينية صعبة ومعقدة. وقد نصت المادة (1301) من هذا القانون على أنه "تسري أحكام مجلة الأحكام العدلية فيما لم يرد بشأنه نص في أحكام هذا القانون".

(2) د. خليل أحمد قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني "الحقوق العينية الأصلية"، ج 1، ط 3، 2000، بدون دار نشر ومكان نشر، ص498.

تصرفه صحيحاً طالما لم يخالف النظام العام والآداب العامة⁽¹⁾، وكان متمتعاً بالأهلية القانونية اللازمة لمباشرة هذه التصرفات، فضلاً على عدم تأثر إرادته بأي عارض من عوارض الأهلية.

ومع ذلك فقد يكون تصرف الشخص في الأموال المكونة لذمته المالية، ليس باعتبارها أموال حاضرة يجوز له التصرف فيها بكافة أنواع التصرفات، وإنما باعتبارها تركة مستقبلية، أي أنه يتصرف بأمواله على أساس أنه يتصرف في تركته التي ستؤول إلى ورثته من بعده، فما هي تلك التصرفات، وما حكمها، ومدى صحتها؟ وهذا ما نتناوله بالتفصيل والبيان في المطلبين الآتيين.

المطلب الأول: تصرف الشخص في أمواله باعتبارها ذمة مالية حاضرة:

التصرف القانوني لأي شخص طبيعي يكون جائزاً طالما كان محاطاً بالضوابط التي تتطلبها القانون في جميع التصرفات القانونية، بدءاً من توافر الأركان اللازمة لوجود وصحة جميع العقود والتصرفات القانونية عموماً، وعلى رأسها الرضا الصحيح، ووجود المحل ومشروعية السبب⁽²⁾. فضلاً على ضرورة أن يكون الشخص القائم بالتصرف متمتعاً بالأهلية القانونية اللازمة لمباشرة التصرف - كما ذكرنا - وأن تكون إرادته خالية من العيوب.

والتصرفات القانونية سواء أكانت معاوضات أم تبرعات، تكون صحيحة طالما تمت وفق الأركان والشروط التي تتطلبها القانون، لأن الشخص لا يُحظر عليه التصرف بأمواله على الوجه الذي يريد طالما لم يُلْم به أي عارض، وكان تصرفه مستوفياً لجميع شرائطه وأركانه.

إلا أن الأمر لا يقتصر على هذه الشروط وحدها، بل يمتد الأمر لينال من كل تصرف قد يخالف النظام العام أو الآداب العامة.

ولعل أهم ما يعيننا في هذا المقام هو أن تصرف الشخص في أمواله يجب ألا يكون محمولاً على أنها تصرفات واقعة على تركة مستقبلية، وإلا كانت هذه التصرفات باطلة بطلاناً مطلقاً. لأن تصرف الشخص في أمواله باعتبارها تركة مستقبلية - كأصل عام - هو تصرف مخالف للنظام العام، ولا يجوز الاتفاق على مخالفته، ولا يمكن تصحيحه أو إجازته، ولو تم ذلك التصرف من قبل المورث نفسه أو بموافقة⁽³⁾.

وبمفهوم المخالفة، فإن جميع تصرفات الشخص في أمواله حال حياته باعتبارها أموال حاضرة - كما ذكرنا - هي صحيحة طالما روعي في إبرامها الأركان والشروط التي نص عليها القانون، ولم تخالف النظام العام. فلا يمكن حرمان أي شخص من حقه في التصرف في أمواله على الوجه الذي يريد، وللشخص الذي يريد، سواء أكان ذلك على سبيل المعاوضة كالبيع، أم على سبيل التبرع كالهبة، أو غير ذلك من التصرفات القانونية.

إلا أن هذا الأمر يختلف عن ما يُعرف بحظر التعامل في التركة المستقبلية، والذي مفاده عدم جواز تصرف الوارث أو الموصى له بنصيب (جزء) من التركة بأي نوع من التصرفات في شأن هذه التركة، طالما أن المورث أو الموصى لازال على قيد الحياة. والتعامل المحظور هو الذي يجرى قبل الوفاة، على أن يتم تنفيذه بعد الوفاة، كما لو

(1) Jean Carbonnier -Droit Civil- Les Biens- Paris- 1980. P. 67.

(2) محكمة النقض الفلسطينية، نقض مدني رام الله، الطعن رقم 2003/19، جلسة 2003/3/20، حكم غير منشور وبحوزة الباحث. وقد ورد في هذا الحكم أن " أي عقد لا يتم إلا بإيجاب وقبول، فيجب أن تتوفر فيه أركانه وهي التراضي والمحل والسبب".

(3) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الفلسطيني، المجلد الثالث، ص 1111، 1112 وما بعدها.

كان تصرف مقترن بشرط واقف هو وفاة المورث أو الموصى، وهذا في غير الحالات (الاستثناءات) التي نص عليها القانون والتي تناولها الباحث تفصيلاً فيما بعد⁽¹⁾.

وصفوة القول أن أي تعامل في تركة مستقبلية، يقع باطلاً لتعلق هذا الحكم بالنظام العام. ومن ثم فإنه يجوز لكل ذي مصلحة التمسك بهذا البطلان، كما يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها.

المطلب الثاني: تصرف المورث في أمواله باعتبارها تركة مستقبلية:

قبل الخوض في موضوع تصرف المورث في أمواله باعتبارها تركة مستقبلية من عدمه، تجدر التفرة بين التركة، والتركة المستقبلية، وتعريف كل منهما بيان المقصود بهما، حتى نتمكن بناءً على ذلك من استجلاء ما يستتبع ذلك من أحكام.

التركة في اللغة بفتح التاء وكسر الراء: هي ما يتركه الميت من ممتلكاته بعد موته، وتخفف بكسر التاء وسكون الراء⁽²⁾.

في الاصطلاح القانوني: يُقصد (بالتركة) مجموع ما للشخص من أموال وما عليه من ديون منظوراً إليها وقت الوفاة⁽³⁾.

أما (التركة المستقبلية): فهي الذمة المالية الحاضرة لشخص حي ويرد عليها التعامل باعتبارها تركة وليس ذمة حاضرة⁽⁴⁾.

إن فالتركة هي مجموع ما تركه الإنسان عند وفاته من حقوق وديون، وهذه التركة لا يكون لها وجود - من الناحية القانونية- إلا من لحظة وفاة صاحبها (المورث أو الموصى)، أما قبل ذلك فتعد تركة مستقبلية يحظر التعامل فيها من غير صاحبها. كالشخص (الوارث) الذي يبيع عاجلاً مالم معيناً، على أنه سيرثه آجلاً في المستقبل بعد وفاة شخص آخر (المورث)، فهذا البيع يقع باطلاً. كما تكون التصرفات باطلة أيضاً حتى لو تم التعامل بها من صاحبها باستثناء بعض الحالات التي سمح بها القانون.

غير أنه يجب ملاحظة الفارق بين حظر التعامل في التركة المستقبلية، وبين حالة الرجل (المورث) الذي يخشى على وراثته الخلاف حول توزيع تركته بعد وفاته (القسمة)، فيقوم بتوزيعها عليهم حال حياته، وفقاً لأنصبة الميراث الشرعية، ويسلم لكل منهم نصيبه في هذه القسمة. بحيث يكون للمتصرف إليه (الوارث) أو الموصى له الحرية الكاملة في التصرف بنصيبه بجميع أنواع التصرف، سواء في حياة المورث أم بعد وفاته.

فإذا تعامل أيهم في حصته التي آلت إليه، فلا يكون هذا تعاملًا في تركة مستقبلية، بل تعامل في مال حاضر في مقدور المتعامل تسليمه للمتعامل معه عليه، ولا يدخل ذلك في نطاق الحظر لعدم تحقق علته. وعلة حظر التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة يرجع إلى سببين هما:

(1) المرجع والمكان السابقان.

(2) المصباح المنير، مادة (ترك).

(3) د. الدن، حسام الدين محمود، مصادر وأحكام الالتزام في القانون المدني الفلسطيني، محاضرات ملقاة على طلبة كلية الشريعة والقانون بالجامعة الإسلامية بغزة، إبريل 2014.

(4) المرجع والمكان السابقان.

الأول: هو انطواء التعامل في هذه التركة على مضاربة على حياة صاحبها (المورث أو الموصي)، فقد يؤدي إباحة هذا النوع من التعامل، إلى محاولة التخلص من صاحبها.

الثاني: هو احتمالية وقوع التعامل في التركة المستقبلية وهو الوارث أو الموصى له، فريسة سهلة لأصحاب الضمائر الخربة من الناس. لأن الحاجة للمال قد تدفعه إلى التضحية والتهاون والتصرف برعونة وعدم التدبير، من جراء التلهف والاستعجال والرغبة في التصرف، باعتبار ما سيكون له من تركة مستقبلية بعد وفاة مورثه.

والتعامل بالأموال التي تمثل الذمة المالية باعتبارها تركة وليست ذمة حاضرة هو تصرف محظور وفقاً للقانون المدني الفلسطيني، حيث يعتبر تصرفاً في تركة مستقبلية، وهذا كأصل عام يلحقه بعض الاستثناءات.

وعليه يعتبر التصرف بالتركة المستقبلية باطلاً بطلاناً مطلقاً لمخالفته النظام العام والآداب العامة من جانب، ونظراً لما يحمله من معنى المضاربة على حياة إنسان حي من جانب آخر⁽¹⁾. وهذا ما يؤكد نص المادة (2/134) من القانون المدني الفلسطيني، والتي نصت على أن "التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل، ولو كان برضاه، إلا في الأحوال التي نص عليها القانون"⁽²⁾.

والأحوال التي نص عليها القانون هي الاستثناءات التي تعرض لها الباحث بالتفصيل والبيان في المبحث الثاني، وهي أيضاً ما قصدها المشرع الفلسطيني وحصرها كاستثناء يتعلق بحظر التعامل في التركات المستقبلية. حيث حظرت الفقرة الثانية من المادة السابقة التعامل في التركات المستقبلية - كأصل عام - علماً بأن حظر التعامل فيها يشمل التصرفات عموماً كالبيع والمقايضة والشركة والصلح والنزول وما إلى غير ذلك.

والتصرفات التي تكون التركات المستقبلية محلاً لها باطلة بطلاناً مطلقاً، حتى ولو كانت صادرة من صاحب التركة نفسه، إلا إذا وجد نص يجيزها كما هو الحال في الوصية، والوقف⁽³⁾. ومن ثم يجوز للمحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها ولو لم يطلبه الخصوم، نظراً لتعلق الأمر بالنظام العام.

وقد جرى قضاء محكمة النقض المصري في أحكامه على أن " التحايل الممنوع على أحكام الإرث - لتعلق الإرث بالنظام العام - هو على ما جرى به قضاء محكمة النقض - ما كان متصلاً بقواعد التوريث وأحكامه المعترية شرعاً كاعتبار شخص وارثاً وهو في الحقيقة غير وارث أو العكس، وكذلك ما يتفرع عن هذا الأصل من التعامل في التركات المستقبلية كإيجاد ورثة قبل وفاة المورث غير من لهم حق الميراث شرعاً أو الزيادة أو النقص في حصصهم الشرعية"⁽⁴⁾.

ويستوي أن يكون التصرف المتعلق بالتركة المستقبلية صادراً من أحد الورثة لوارث آخر، أو من موصى له لشخص آخر أو لأجنبي عن الورثة. كما يستوي أن يكون التصرف واقعاً على التركة بكاملها أم على جزء منها، ويستوي كذلك أن يكون التصرف على الشيوخ أم تعلق بعين معينة أو جزء مفرز، طالما كان داخلاً ضمن أموال التركة.

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الفلسطيني، شرح نص المادة 134 من القانون.

(2) ويقابلها نص المادة (2/160) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

(3) د. جاد الحق، إياد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مكتبة ومطبعة دار المنارة، ط2، فلسطين، 2011، ص 197.

(4) نقض مدني مصري، الطعن رقم 351 لسنة 33 قضائية، جلسة 1967/12/7، مجموعة المكتب الفني 18، ص 1833.

وبغض النظر عن التسمية التي تطلق على هذا التصرف سواء أكان بيعاً أم هبة أم غيرهما، فإن هذا التصرف يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً كما ذكرنا، حتى ولو كان التصرف كان من قبل المورث نفسه، أو بمجرد رضاه وموافقته على التصرف دون أي اعتراض. لأن المنع هنا متعلق بالنظام العام وليس بمصلحة طرف من الأطراف (مصلحة خاصة)، ومن ثم لا يمكن التنازل عنه.

وترتيباً على ما تقدم، يكون التصرف الصادر من المورث نفسه إذا كان محله تركة مستقبلية تصرفاً باطلاً بطلاناً مطلقاً. وعلّة هذا البطلان هو الإخلال بقواعد الميراث وهي متعلقة بالنظام العام، فيجب أن يقتصر التصرف على الحدود التي أجازها القانون - كاستثناء على الأصل - كالقسمة أو الوصية أو الوقف، أو وفقاً للأحوال التي نص عليها القانون، على حد تعبير الفقرة الثانية من المادة (134) من القانون المدني الفلسطيني.

وعلى الرغم من أن المشرع الفلسطيني قد نص صراحةً على البطلان المطلق للتصرفات التي ترد على التركة المستقبلية، إلا أنه حدد أحوال تكون تصرفات المورث فيها صحيحة رغم كونها تصرفات واردة على أمواله باعتبارها تركة مستقبلية، وهي ما قصدته المادة في عبارة (وفقاً للأحوال التي نص عليها القانون) وهو ما تعرض له الباحث على نحو أكثر تفصيلاً في المبحث الثاني.

المبحث الثاني: الحالات التي أجاز فيها القانون المدني الفلسطيني التعامل بالتركة المستقبلية

رغم حظر القانون لتصرف الشخص في أمواله باعتبارها تركة مستقبلية كأصل عام، إلا أنه قد سمح ببعض التصرفات على التركة المستقبلية على سبيل الاستثناء، وفي حالات محددة على سبيل الحصر. أي أن هذه التصرفات تكون صحيحة طالما تمت وفق الشروط التي حددها القانون، رغم أنها ترد على تركة مستقبلية.

وتتمثل هذه الاستثناءات في حالة قسمة المورث لأمواله حال حياته، وهو ما تناوله الباحث في المطلب الأول، وحالة الإيضاء بأموال التركة، وهو ما تعرض له الباحث في المطلب الثاني من هذا المبحث، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: قسمة المورث لأموال التركة حال حياته:

قد يقوم المورث بقسمة أموال التركة على ورثته حال حياته، فيعطي كل واحد منهم قسماً معيناً من التركة، غالباً ما يكون بقدر نصيبه في تركة مورثه بعد وفاته. ويأتي ذلك من باب الحرص على مصالح الورثة، وفي سبيل التيسير والتوفيق بينهم، ومنع النزاع الذي قد ينشب بينهم بعد وفاة مورثهم. إلا أن هذا مشروط بعدم استبقاء المورث لنفسه حق التصرف أو الانتفاع بالأموال التي قام بقسمتها، لأن هذا من شأنه أن يجعل التصرف من قسمة منجزة تمت بشكل حقيقي وفعلي، إلى وصية، أي تصرف مضاف إلى ما بعد الموت. فمن المعلوم أن الوصية لها أحكام قانونية خاصة يجب أن تخضع لها بحيث تختلف عن تصرف الشخص بأمواله حال حياته، أو تصرفه بقسمة أمواله على ورثته حال حياته حفاظاً على مصالحهم.

والقسمة - كأصل عام - تتم بصور متعددة، وقد تكون في حدود نصيب الوارث، وقد تزيد أو تقل عن ذلك. وقد تبدأ وتُنَفَّذُ صحيحة، وقد تتغير بزيادة عدد الورثة أو بوفاة أحدهم، أو قد تتحول إلى قسمة باطلة. كما أنها قد يجريها المورث حال حياته بأن يقوم بقسمة أمواله على ورثته حال حياته - كما ذكرنا - وقد تجري القسمة بين الورثة بعد وفاة مورثهم. ومع ذلك يجب مراعاة عدم تغيير الأنصبة عند قيام المورث بقسمة أمواله حال حياته على ورثته لضمان

صحة هذه القسمة. ويتحقق ذلك من الناحية العملية عند زواج المورث الأرملاً مثلاً، أو أن يولد له مولود جديد، أو أن يتوفى أحد الورثة الذي قام بتقسيم المال عليه حال حياته بما يعادل حصته.

ومن ناحيةٍ أخرى، فقد تتم القسمة بالتوافق بعد وفاة المورث، وقد تتم من خلال اللجوء إلى القضاء⁽¹⁾. فالقسمة ما هي إلا طريقة لانقضاء الشيوخ، بحيث تؤدي إلى تقسيم المال الشائع إلى عدة أقسام أو حصص، بحيث يستقل كل واحد من هؤلاء الشركاء بقسم من الأقسام دون سائر الشركاء⁽²⁾. وهذا ما تعرض له الباحث بشيء من التفصيل في الفروع الثلاثة الآتية.

الفرع الأول: طرق إجراء القسمة:

وفقاً لنص المادة (1031) من القانون المدني الفلسطيني " تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصي، بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه، فإن زادت قيمة ما عين لأحدهم على استحقاقه في التركة تأخذ الزيادة حكم الوصية"⁽³⁾.

قد يحرص الشخص قبل وفاته على أن يتولى قسمة التركة بنفسه، رغبةً منه في تجنب ورثته ما قد تثيره قسمة التركة بعد وفاته من نزاعات ونفقات، فيقوم المورث بقسمة أموال التركة بين ورثته حال حياته⁽⁴⁾. إلا أن هذه القسمة يجب أن ترد في قالب قانوني معين، وإلا كانت باطلة، فإذا لم ترد تلك القسمة في صورة وصية يجوز الرجوع فيها، فإنها تكون باطلة بطلاناً مطلقاً لأنها تعامل في تركة مستقبلية.

فالتكييف القانوني الصحيح للقسمة التي تقع حال حياة المورث، يجب أن يكون في صورة وصية يجوز الرجوع فيها، وإلا كان باطلاً بطلاناً مطلقاً كما أسلفنا.

والحكمة من ذلك تعود إلى أن الوصية مستثناة من حكم بطلان التعامل في التركة المستقبلية، مما يمكن المورث من تنظيم تركته وقسمتها بين الورثة بما يحقق المصلحة أو الغاية التي يبتغيها. فيجوز للمورث أن يعين لكل وارث قدر نصيبه في التركة، وأن يوصي بأن يكون وارثاً لما عينه له، وتكون وصيته بهذا الصدد صحيحة ونافاذة.

والأصل أن الوصية تجوز للوارث بالثلث دون حاجة لموافقة أو إجازة باقي الورثة، كما يجوز للمورث أن يزيد في بعض الأنصبة، ولكن مع ضرورة عدم تجاوز مجموع الزيادات ثلث التركة. فإن زاد عن الثلث دون أن يجيز الورثة تلك الزيادة، لزم تقسيم الثلث فقط (الزيادة) بين أصحاب الأنصبة الذين رغب المورث في زيادتهم بنسبة ما زاده لكل واحد منهم. مع رد ما زاد عن الثلث دون أن يجزه الورثة إلى التركة⁽⁵⁾.

وتعتبر قسمة المورث هي وصية من جانب، وقسمة من جانب آخر. وباعتبارها وصية فإنه يجوز للمورث الرجوع فيها طالما بقي حياً، ولا تصبح لازمة إلا بوفاته. وباعتبارها قسمة، يجب أن تخضع للقواعد والأحكام

(1) عمران، مازن، القسمة الرضائية في العقار، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، 2008، ص 23 وما بعدها.

(2) د. الكزبري، مأمون، الحقوق العينية الأصلية والتبعية تقسيم الأشياء والأموال، مطبعة جامعة دمشق، 1962، ص 364.

(3) ويقابلها نص المادة 908 من القانون المدني المصري، والمادة 1117 من القانون المدني الأردني.

(4) د. السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، ج 8، تحديث المستشار: أحمد المراغي، طبعة 2006، بدون دار نشر، ص 168 وما بعدها.

(5) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الفلسطيني، المجلد الثالث، ص 111.

المنظمة للقسمة، وأهمها أحكام ضمان التعرض والاستحقاق وأحكام امتياز المتقاسم. ويستثنى من ذلك أحكام الغبن فهي لا تسري على قسمة المورث، لأن الزيادة في نصيب أحد الورثة تعتبر وصية، وتنفذ دون حاجة لإجازة الورثة طالما لم تزد عن الثلث.

وواقع أنه طبقاً لنص المادة (1032) من القانون المدني الفلسطيني "يجوز الرجوع في القسمة المضافة إلى ما بعد الموت، وتصبح لازمة بوفاة الموصي". فموجب نص المادة السابقة يجوز الرجوع في القسمة التي يجريها المورث حال حياته⁽¹⁾، لأنها تُكَيَّف على أنها وصية مضافة إلى ما بعد الموت. والقول بغير ذلك من شأنه أن يجعل من هذه القسمة تعاملاً في تركة مستقبلية، ومن ثم بطلانها بطلاناً مطلقاً، مع عدم إمكانية تنفيذها إلا بعد وفاة المورث. وعلى صعيد آخر، إذا استجد للمورث أموال معينة بعد قيامه بإجراء القسمة بين ورثته، دون أن يتمكن من إدخال هذا المال الجديد في القسمة التي أجراها، أو لعدم رغبته في ذلك. فتبقى القسمة التي أجراها المورث قائمة صحيحة على حالها، مع ضم المال الذي استجد إلى التركة. بحيث يكون مملوكاً للورثة على الشيوع لكونه لم يدخل في القسمة، وتطبق عليه قواعد الميراث. وهذا على العكس تماماً من الحالة التي يتصرف فيها المورث في بعض الأموال التي دخلت في القسمة، فهذه القسمة تبطل، ويجب إجراء قسمة جديدة تتوافق مع الظروف والأحوال التي استجدت⁽²⁾.

الفرع الثاني: وفاة أحد الورثة بعد إجراء القسمة قبل وفاة المورث:

وفقاً لنص المادة (1034) من القانون المدني الفلسطيني "إذا مات قبل وفاة المورث واحد أو أكثر من الورثة المحتملين الذين دخلوا في القسمة فإن الحصة المفترزة التي وقعت في نصيب من مات تؤول شائعة إلى باقي الورثة طبقاً لقواعد الميراث"⁽³⁾.

فإذا توفي أحد الورثة قبل المورث، دون أن تتغير أنصبة باقي الورثة بعد هذا الوفاة، فإن الحصة المفترزة التي وقعت في نصيب المتوفى تؤول شائعة لباقي الورثة كل بنسبة حصته في الميراث.

ولكن إذا زاد عدد الورثة وقت الوفاة عما كانوا عليه وقت الوصية، فإن القسمة تصبح باطلة، بسبب تغير أنصبة الورثة. أما إذا دخل في القسمة بعض الورثة دون البعض الآخر، وبقي الورثة وقت الوفاة كما كانوا وقت الوصية بالقسمة، فهنا تبقى قسمة المورث صحيحة، ويعتبر المورث أنه قد أفرز نصيب بعض الورثة دون الآخرين. مع مراعاة أن أنصبة الورثة في هذه الحالة لم تتغير وقت الوفاة عما كانت وقت الوصية بالقسمة.

ومن الجدير بالذكر أن القسمة المضافة إلى ما بعد الموت تسري عليها أحكام القسمة، عدا تلك الأحكام المتعلقة بالغبن، فلا يجوز نقض القسمة إذا ما لحق أحد المتقاسمين غبن يزيد عن الخمس⁽⁴⁾، وذلك طبقاً لنص المادة (1035)

(1) ويقابلها نص المادة 909 من القانون المدني المصري، والمادة 1118 من القانون المدني الأردني.

(2) وبهذا الصدد نصت المادة (1033) من القانون المدني الفلسطيني على أنه "إذا لم تشمل القسمة جميع أموال المورث وقت وفاته فإن الأموال التي لم تدخل في القسمة تؤول شائعة إلى الورثة طبقاً لقواعد الميراث". ويقابلها نص المادة 910 من القانون المدني المصري، والمادة 1119 من القانون المدني الأردني.

(3) ويقابلها نص المادة 911 من القانون المدني المصري، والمادة 1120 من القانون المدني الأردني.

(4) د. سوار، محمد وحيد الدين، الحقوق العينية الأصلية، مطابع الأديب، دمشق، 1969، ص 552.

من القانون المدني الفلسطيني⁽¹⁾ والتي نصت على أنه "تسري على القسمة المضافة إلى ما بعد الموت أحكام القسمة ما عدا أحكام الغبن". والعلة في استبعاد أحكام الغبن عن قسمة المورث قبل وفاته، تعود إلى اعتبار الزيادة في نصيب الوارث وصية.

الفرع الثالث: سُبُل إجراء القسمة:

تنص المادة (1036) من القانون المدني الفلسطيني على أنه "إذا لم تشمل القسمة ديون التركة، أو شملتها ولكن لم يوافق الدائنون على هذه القسمة، جاز لأي وارث عند عدم الاتفاق مع الدائنين أن يطلب من المحكمة إجراء القسمة وتسوية الديون، وللمحكمة أن ترتب لكل دائن تأميناً عينياً على أموال التركة أو على أي عقار أو منقول منها، على أن تراعى بقدر الإمكان القسمة التي أوصى بها المورث والاعتبارات التي بنيت عليها"⁽²⁾.

يتبين من المادة السابقة، أن نفاذ قسمة المورث في حق دائني التركة يكون معلقاً على موافقتهم، فإذا لم يوافقوا على القسمة أو لم تشمل القسمة ديون التركة، فإنها تظل مثقلة بهذه الديون. فإذا اتفق الورثة على تسوية هذه الديون مع الدائنين، فيكون كل ما اتفقوا عليه جميعاً بهذا الشأن نافذاً.

وإذا لم يستطع الورثة الاتفاق مع الدائنين، فإن قسمة المورث تكون عندئذ غير كاملة إذا لم تدرج فيها الديون، ويجوز عندئذ لأي وارث أن يطلب من المحكمة المختصة أن تتولى قسمة التركة من جديد، (قسمة قضائية)⁽³⁾.

ويجب على المحكمة حينئذ أن تلتزم بقدر الإمكان بالقسمة التي أوصى بها المورث، والاعتبارات العائلية والشخصية التي بنيت عليها هذه القسمة، بما يتوافق مع وصية المورث وإرادته قدر المستطاع. وللمحكمة وهي تقوم بإعادة القسمة من جديد أن ترتب ما تراه مناسباً وكافياً من التأمينات على أموال التركة لضمان حقوق دائني التركة.

وإذا لم يتم اتباع الإجراءات والأحكام التي نص عليها القانون لتصفية التركة، جاز للدائنين العاديين أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصى لهم على عقارات التركة التي حصل التصرف فيها، أو التي رُتبت عليها حقوق عينية لصالح الغير. شريطة أن يكون هؤلاء الدائنون قد أوقعوا عليها حجزاً لقاء ديونهم قبل تسجيل التصرفات، واتخذوا كذلك جميع الإجراءات القانونية اللازمة في تسجيل تلك الحقوق أو التصرفات⁽⁴⁾.

(1) ويقابلها نص المادة 913 من القانون المدني المصري.

(2) ويقابلها نص المادة 912 من القانون المدني المصري، والمادة 1122 من القانون المدني الأردني.

(3) د. كبيرة، حسن، الموجز في أحكام القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1975، ص 202. وأيضاً، عبد التواب، معوض، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، الجزء الأول، ط 4، منشأة المعارف، الإسكندرية 1998، ص 303.

(4) وهذا ما يؤكد نص المادة (1037) من القانون المدني الفلسطيني، والتي نصت على أنه "إذا لم تكن التركة قد صيغت وفقاً للأحكام السابقة جاز لدائني التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصى به لهم على عقارات التركة التي حصل التصرف فيها أو التي رُتبت عليها حقوق عينية لصالح الغير، إذا أوقعوا عليها حجزاً لقاء ديونهم قبل تسجيل التصرفات". ويقابلها نص المادة 914 من القانون المدني المصري، والمادة 1123 من القانون المدني الأردني.

المطلب الثاني: الإيصاء بأموال التركة:**الفرع الأول: مفهوم الوصية:**

الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت مقتضاه التملك بلا عوض⁽¹⁾. وقد عرفتها المادة (1038) من القانون المدني الفلسطيني الوصية بقولها " الوصية هي تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت"⁽²⁾. فالوصية إذن هي تصرف قانوني مضاف إلى ما بعد الموت، صادر من جانب واحد، ويتم بإرادة الموصي وحده، أما قبول الموصى له فلا شأن له في إبرام الوصية، وإنما في لزومها فقط، فلا تلزم الوصية إلا بقبولها من الموصي صراحةً أو دلالة بعد وفاة الموصي⁽³⁾.

وترد الوصية على أموال التركة المستقبلية، ولا تنفذ إلا بعد موت الموصي، لذا فالوصية، استثناء من الحكم القاضي ببطان التعامل في التركة المستقبلية، وهي تتم بإرادة الموصي المنفردة. وترتيباً على ذلك يجوز للشخص أن يتصرف في تركته المستقبلية حال حياته من خلال الوصية، باعتبار أن هذا استثناء على الأصل. فالوصية ما هي إلا تصرف مضاف إلى ما بعد الموت. وسواء أكانت الوصية لأحد الورثة أم لغير الورثة فهي صحيحة ونافذة، طالما أنها تمت وفق الشروط والحدود التي نص عليها القانون.

الفرع الثاني: الشكل الذي ترد فيه الوصية وإثباتها:

وفقاً لنص المادة (1040) من القانون المدني الفلسطيني، لا تُسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الرجوع عنها بعد وفاة الموصي إلا إذا وجد سند رسمي بها، أو كانت محررة بخط المتوفي وعليها إمضاءه، ومصداقاً على توقيع الموصي من الجهة المختصة⁽⁴⁾. وترتيباً على ذلك يجب أن ترد الوصية في شكل معين⁽⁵⁾ نص عليه القانون⁽⁶⁾، وتفصيل ذلك على النحو الآتي:

أولاً- الشكل الذي ترد فيه الوصية:

يرد شكل الوصية، وفقاً لأحد هذين الشكلين:

1- أن تحرر بها ورقة عرفية مكتوبة جميعها بخط الموصي، وموقع عليها بإمضاءه، ومصداقاً على توقيعه من الجهة المختصة.

2- أن تحرر بها ورقة رسمية.

وحقيقةً، لا يعتبر الشكل ركناً من أركان الوصية باعتبارها تصرفاً قانونياً يصدر بإرادة الموصي المنفردة، إلا أنها تعتبر شرطاً لسماح دعوى الوصية عند إنكار دعوى الوصية، أو لدى الرجوع عنها بعد وفاة الموصي. وهذا يعني أنه لا يلزم هذا الشكل في الوصية في حالة إقرار الورثة بالوصية، أو إذا وُجهت إليهم اليمين فنكلوا. ويترتب

(1) د. الفضل، منذر، الوسيط في شرح القانون المدني، ط 1، دار ناس للطباعة والنشر، العراق، 2006، ص 252. وأيضاً، د. الذنون، حسن، النظرية العامة للالتزامات، بغداد، 1976، بدون دار نشر، ص 196، 197.

(2) ويقابلها نص م(1) من قانون الوصية المصري رقم 71 لسنة 1946، والمادة 1125 من القانون المدني الأردني.

(3) د. السنهوري، عبد الرزاق، أسباب كسب الملكية، ط 2006، مرجع سابق، ص 193.

(4) ويقابلها نص المادة الثانية من قانون الوصية المصري رقم 71 لسنة 1946م، والمادة 1127 من القانون المدني الأردني.

(5) Antoine Vialard- Droit Civil- La Formatio Du Contrat- Alger- 1981. p. 37.

(6) Ali Benchneb- Theorie Generale De Contrat- Alger- 1980. p. 30.

على الإخلال بشكل الوصية، جزاء قانوني يتمثل في عدم سماع الدعوى من مقدمها، علماً بأن هذا الحكم يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية.

ثانياً- الوصية الواقعة في مرض الموت:

طبقاً لنص المادة (1041) من القانون المدني الفلسطيني ترد على الوصية تلك الأحكام التي تسري على التصرف الصادر عن المريض في مرض الموت، ولا سيما ما يتعلق بمسائل الإثبات والاحتجاج بها على الورثة⁽¹⁾. الأصل أن للشخص حرية التصرف في أمواله بمقابل أو بدون مقابل، مادام التصرف ينتج أثره في حال حياته، وليس لورثته المحتملين أي حق في المساس بحريته في ذلك، ولو كان التصرف تبرعاً، أو كان قصده حرمان ورثته من أمواله بعد موته. إلا أن هذه الحرية تنقيد بصدد التصرفات الصادرة في مرض الموت.

مرض الموت هو: المرض الذي من شأنه أن يحدث الوفاة، ويتصل به الموت فعلاً. وعلّة هذا التقييد ترجع إلى حق الورثة في خلافة المورث على أمواله يثبت من وقت حدوث هذا المرض⁽²⁾.

فعند قيام الشخص ببيع شيء من أمواله لأحد ورثته في مرض الموت لا ينفذ بحق باقي الورثة إلا إذا أقره⁽³⁾. وبالتالي فإن البيع يكون صحيحاً وليس باطلاً، لكنه موقوف النفاذ على إقرار الورثة له⁽⁴⁾، فإذا أقره أصبح نافذاً في حقهم من وقت إبرامه، وإذا رفضوه لم ينفذ في حقهم وبقي الشيء المباع كعنصر من عناصر التركة، وعلى الورثة أن يردوا إلى المشتري المبلغ الذي يكون قد دفعه كتمن للمبيع. وإذا أقر بعض الورثة البيع ولم يقره البعض الآخر، نفذ في حق من أقره بنسبة حصصهم في الميراث ولم ينفذ في حق البقية.

ويرى بعض الفقهاء⁽⁵⁾ أن الحكمة من وضع الأحكام المتعلقة بالمريض مرض الموت هو خوفه من الهلاك، لذلك فقد ألحق بالمريض كل الأصحاء الذين يكونون في أحوال تجعلهم يترقبون الموت لشعورهم بدنو الأجل، حيث تأخذ تصرفاتهم حكم تصرفات المريض مرض الموت. كالمقاتل إذا التحمت الطائفتان، ولم تستتب الطائفة القاهرة، والطائفة المقهورة، والمحكوم عليه بالإعدام الذي ينتظر التنفيذ، ومن ركب البحر وكان على متن سفينة أشرفت على الغرق، والمحبوس إذا عُرف الأسر بقتل المحبوسين، ومن داهمه حريق لا سبيل للنجاة منه، ومن عقد عزمه على الانتحار... وغيرهم.

وترتيباً على ذلك يُعد كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع، بحكم الوصية المضافة إلى ما بعد الموت، وتسرى عليه أحكام الوصية، بغض النظر عن التسمية التي تعطي لهذا التصرف. ويجب على ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات.

(1) ويقابلها نص المادة 916 من القانون المدني المصري، والمادة 1128 من القانون المدني الأردني. وفيما يتعلق بالإثبات راجع المادة 508 من القانون المدني الفلسطيني.

(2) د. سوار، محمد وحيد الدين، مرجع سابق، ص 561.

(3) نقض مدني مصري، الطعن رقم 1859 لسنة 70 قضائية، جلسة 6/12/2001، مجموعة المكتب الفني 52، الجزء الثاني، ص 861.

(4) د. الزعبي، محمد يوسف، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون الأردني، ط1، عمان، 1993، ص 507.

(5) د. أبو زهرة، محمد، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، مصر، ص 316.

ثالثاً- إثبات صدور التصرف في مرض الموت:

لا يقع على عاتق الورثة عبء إثبات وقوع تصرف مورثهم على سبيل التبرع. فيكفي أن يقوموا بإثبات أن تصرف مورثهم قد صدر في مرض موته. وإثبات قصد التبرع يكون إلى حد ما أمر نفسي، ومن الصعب إثباته، وبذلك يكون المشرع قد يسر على الورثة في هذا الأمر، لأن المرض واقعة مادية، ومن ثم يجوز إثباتها بكافة وسائل الإثبات⁽¹⁾.

كما لا يمكن الاحتجاج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً، ومن ثم إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع، ما لم يُثبت من صدر له التصرف عكس ذلك.

وقد جرى قضاء محكمة النقض المصرية على أنه " إذا باع المريض مرض الموت لوarith أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت، فإن البيع يسري في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تجاوز ثلث التركة داخلاً فيها المبيع ذاته. أما إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة، فإن البيع - فيما يجاوز الثلث - لا يسري في حق الورثة إلا إذا أقروه أو رد المشتري للتركة ما بقي بتكملة الثلثين"..... فكل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت، ويكون مقصوداً به التبرع يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف..... وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك" - يدل على أنه إذا أثبت الورثة أن البيع صدر في مرض موت مورثهم، فإن المشرع يفترض أن هذا البيع هو في حقيقته هبة ما لم ينقض المشتري هذه القرينة القانونية غير القاطعة بإثبات أنه دفع ثمناً للمبيع لا يقل عن قيمته، فيكون البيع صحيحاً نافذاً في حق الورثة دون حاجة إلى إجازتهم لانقضاء شبهة المجاملة في الثمن، وإذا ثبت أن ما دفعه من ثمن يقل عن قيمة المبيع بمقدار الثلث، فإن البيع يسري أيضاً في حق الورثة لدخول ما تمت المحاباة فيه من الثمن في نطاق ما يجوز الإيصاء به، وفي الحالتين لا يكون ثمة محل لتحقيق صدور البيع في مرض الموت، أما إذا تجاوزت الزيادة الثلث فإن البيع يأخذ حكم الوصية، ولا يسري في حق الورثة - في حدود هذه الزيادة - إلا بإجازتهم أو بتقاضيمهم ما يكمل ثلثي التركة من المشتري، وعندئذ يتعين تحقيق الدفع بصدور البيع في مرض الموت⁽²⁾.

المطلب الثالث: الوقف

الوقف هو: حبس العين على حكم ملك الله تعالى، والتصرف بربيعها على جهة من جهات الخير في الحال أو في المال⁽³⁾. أو هو عبارة عن حبس العين على حكم ملك الواقف⁽⁴⁾.

وينقسم الوقف إلى نوعين:

(1) د. السنهوري، عبد الرزاق، أسباب كسب الملكية، ط 2006، مرجع سابق، ص 209 وما بعدها.
(2) نقض مدني مصري، الطعن رقم 1859 لسنة 70 قضائية، جلسة 2001/06/12، مجموعة المكتب الفني 52، الجزء الثاني، ص 861.
(3) حيدر، علي، ترتيب الصنوف في أحكام الوقوف، ترجمة: أكرم عبد الجبار، محمد أحمد العمر، مطبعة بغداد، بغداد، 1950، ص 6 وما بعدها.

(4) ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، 2000، ص 319.

- 1- وقف ذري (أهلي): وهو الوقف الذي يوقف على ذات الواقف أو أشخاص معينين⁽¹⁾.
- 2- وقف خيرى: وهو الوقف الذي يُوقف على جهة من جهات الخير كمستشفى أو مدرسة أو معهد ديني... الخ⁽²⁾.
- قد يقوم الشخص بوقف أمواله على أن يُصرف ريعها على جهة من جهات الخير (خيرى)، وقد يقوم بوقفها على أن يكون ريعها لذريته أو لورثته (ذري أو أهلي).
- فإذا تصرف الشخص بأمواله من خلال وقفها وفقاً خيرياً في الحال أو في المآل، فلا مجال لاعتبارها تصرفات ترد على تركة مستقبلية، ولا يشملها الحظر الذي نصت عليه المادة (2/134) من القانون المدني الفلسطيني. أما إذا كان الوقف ذرياً (أهلياً) فما هو الحكم في هذه الحالة؟.
- الحقيقة أن تصرف الشخص في ماله بالوقف على أن يخصص الربح لورثته يعتبر تصرفاً في تركة مستقبلية، سواء أكان في الحال أو في المآل. وهذا على الرغم من أن المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الفلسطيني اعتبرت الوقف والوصية من التصرفات المضاف إلى ما بعد الموت، ومن ثم يجوز استثناءً أن ترد على التركة المستقبلية⁽³⁾.
- على الرغم من هذا يتناقض مع الفرضية التي يمكن أن يكون فيها الوقف فيها حالاً لا مآلاً، لأن التصرف المضاف إلى ما بعد الموت لا يعتبر تصرفاً حالاً، لأنه ينفذ بعد وفاة المورث أو الموصي.
- والقانون المدني الفلسطيني، أجاز استثناءً التصرف في التركة المستقبلية في الأحوال التي نص عليها القانون وفقاً لنص المادة (2/134) سالف الذكر، إلا أن القانون المدني الفلسطيني لم ينص صراحةً على جواز هذا التصرف بالوقف كاستثناء على الأصل المتمثل في حظر التصرف في التركة المستقبلية إلا في الأحوال التي نص عليها القانون. ومن المعلوم أن الوقف يعتبر من قبيل أعمال التصرف التي يجيز القانون لصاحب المال التصرف بها، سيما إذا كان الشخص كامل الأهلية. بل وأجازت المادة (113) من القانون المدني الفلسطيني، تصرف المحجور عليه لسهفه أو لغفلة بالوصية والوقف باعتبارهما تصرفين مضافين لما بعد الموت، ولا يحققان ضرراً للمحجور عليه، ومن ثم اعتبرته تصرفاً صحيحاً متى أذنته المحكمة بذلك⁽⁴⁾. وعلى ذلك يكون من باب أولى، صحة تصرف الشخص الذي لم يلم به أي عارض من عوارض الأهلية (كامل الأهلية) بالوصية أو الوقف، سواء أكان التصرف في الوقف حالاً أم تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت (مآلاً).

(1) الزحيلي، وهبة، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، دار الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ط1، 1987، ص 161.

(2) كلوب، محمود، تطور الملكية العقارية وأثره على التشريعات المستحدثة، رسالة ماجستير، أكاديمية شرطة دبي، الإمارات، 2006، ص50.

(3) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الفلسطيني بصدده شرح المادة (134) بأنه "... وكذلك وجد استثناء يتعلق في التعامل في التركات المستقبلية، حيث حظرت الفقرة الثانية من المادة التعامل في التركات المستقبلية، وحظر التعامل فيها يشمل التصرفات عموماً كالبيع والمقايضة والشركة والصلح والنزول وما إلى ذلك. ويرجع الحظر لأن التصرف في التركات المستقبلية يخالف الآداب ويحتوي على معنى المضاربة على حياة صاحب التركة. والتصرفات التي تكون التركات المستقبلية محللاً لها باطلة حتى ولو كانت صادرة من صاحب التركة نفسه، إلا إذا وجد نص يجيزها كما هو الحال في الوصية، والوقف".

(4) وهي تنص على أنه " يكون تصرف المحجور عليه لسهفه أو لغفلة بالوقف أو بالوصية صحيحاً متى أذنته المحكمة في ذلك".

فإذا كان التصرف بالوقف الذري (الأهلي) حالاً، فإنه يعتبر تصرفاً في ذمة مالية حاضرة لشخص حي، وينفذ حال حياته، ويعتبر تصرفاً للشخص في ماله باعتبارها ذمة مالية حاضرة، أي حال حياته، وهو تصرف صحيح طالما صدر من كامل الأهلية كما ذكرنا. ومن ثم لا مجال لاعتباره من قبيل التصرف الوارد على تركة مستقبلية بما يخالف النظام العام، تأسيساً على ما يحمله من معنى المضاربة على حياة إنسان حي، كما سبق البيان.

أما إذا كان التصرف بالوقف الذري مآلاً، فإن هذا التصرف يعني حبس العين على ملك الله سبحانه وتعالى، وتخصيص ريعه لورثة أو ذرية الواقف بعد وفاته، أي أنه تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، ويأخذ حكم الوصية، ومن ثم يشمل الاستثناء الذي سمح به القانون المدني الفلسطيني في نص المادة (2/134)، والمتعلق بجواز التصرف في أموال التركة المستقبلية استثناءً وفقاً للأحوال التي نص عليها القانون.

وترتيباً على ذلك، يرى الباحث جواز تصرف الشخص بوقف أمواله لورثته أو ذريته، باعتبارها تركة مستقبلية (الوقف الذري أو الأهلي)، باعتباره تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت ويأخذ حكم الوصية، وهذا على الرغم من غياب النص الصريح في القانون المدني الفلسطيني على ذلك.

المبحث الثالث: تصرف المورث بالتركة مع استبقائه للانتفاع بها حال حياته

المطلب الأول: تصرف المورث مع احتفاظه بحقه في الانتفاع بأموال التركة حال حياته:

قد يتصرف المورث بالتركة بالبيع أو الهبة، أو بأي نوع من أنواع التصرفات القانونية الأخرى، ولكنه رغم ذلك يستبقي لنفسه حق الانتفاع بهذه الأموال (محل البيع أو الهبة وغيرها) حال حياته، فما هو الحكم من وجهة نظر القانون المدني الفلسطيني في هذه الحالة؟.

في الحقيقة لقد أجابت المادة (1042) من القانون المدني الفلسطيني على هذا التساؤل بقولها "إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته، عد التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية ما لم يقر دليل على خلاف ذلك".

فإذا ما تصرف شخص لأحد ورثته، واحتفظ بأي طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف بها وعلة ذلك أن تصرف الشخص في أمواله مع استبقائه بحيازة هذه الأموال، أو بحقه في الانتفاع بها حال حياته يُحمل على أنه وصية، وليس تصرفاً بالمعنى الذي ورد ذكره في العقد أو التصرف.

المطلب الثاني: التصرفات الصورية

الصورية هي اتفاق طرفي التصرف القانوني على إخفاء إرادتهما الحقيقية تحت شعار أو مظهر كاذب، سواء أكانت الصورية مطلقة أم نسبية، وذلك لغرض ما يخفيانه عن الغير. فيكون المتعاقدان في مركزين قانونيين متعارضين، أحدهما ظاهر ولكنه كاذب يعتقد الغير أنه هو الحقيقة، والآخر حقيقي، ولكنه خفي عن الغير⁽¹⁾.

(1) د. الشواربي، عبد الحميد، الدناصوري، عز الدين، الصورية في ضوء الفقه والقضاء، ط5، بدون دار نشر ومكان نشر، 1997،

وكثيراً ما يلجأ الأفراد من الناحية العملية إلى وصف تصرفاتهم بأنها تصرفات منجزة كالبيع مثلاً أو الهبة، رغم أنها تكون في حقيقتها تصرفات مضافة إلى ما بعد الموت، وهذا ما يُعتبر سترًا للوصية، ويُعد تحايلاً على أحكام القانون الأمرة (النظام العام) المقيدة لحرية الإيضاء، والتي سبق الإشارة إليها⁽¹⁾.

بيد أن القصد الحقيقي هنا هو التبرع من ناحية، وإضافة التملك إلى ما بعد الموت من ناحية أخرى، وبالتالي تتحقق بناءً على هذا التصرف القانوني كل أهداف الوصية دون أن تنتقيد بأحكامها الأمرة⁽²⁾.

فقد يلجأ المتعاقدين على سبيل المثال إلى إظهار الوصية بمظهر البيع، فيذكر في العقد ثمن صوري لا يلتزم المشتري به في حقيقة الأمر، أو يُسبغان عليه مظهر الهبة بإبرامه في شكل تصرف منجز، ولكنهما يحرصان على أن تبقى للبائع المزايا العملية للملكية، فيحتفظ البائع بحق الانتفاع بالعين المبيعة طول حياته، أو يشترط منع التصرف في العين محل العقد طوال حياة المتصرف.

وواقع أنه لا يجب التقيد في هذا الصدد بما يضيفه الأفراد على تصرفاتهم من أوصاف، وإنما يجب الاعتداد بما يثبت من الناحية الواقعية⁽³⁾، وعليه يكون لكل ذي مصلحة كالوارث -بوصفه من الغير- أن يتمسك بالتصرف الحقيقي، وأن يثبت التحايل وقصد التبرع، وإضافة التملك إلى ما بعد الموت.

وغالبا ما يتم الإثبات عن طريق القرائن القضائية، كأن تستخلص نية التبرع من كون المتصرف إليه لم يقبض ثمن المبيع، أو من عدم جدية الثمن، أو عدم قدرة المشتري الفعلية على دفعه. أو كأن تثبت نية إضافة الملك إلى ما بعد الموت من عدم تنفيذ التصرف قبل الوفاة أو تأجيله، أو من شمول التصرف لكافة ممتلكات المتصرف، أو عدم تسجيل سند التصرف، والاحتفاظ به لدى المتصرف طوال حياته⁽⁴⁾.

فإذا تصرف الشخص في أمواله تصرفاً صورياً، فإن هذا التصرف إذا ما ثبتت صورته، فلا يكون نافذاً في حق الورثة، ولا يعمل به. فإذا ما تم إبرام عقد صوري فلكل صاحب مصلحة - كأصل عام- أن يتمسك بالعقد المستتر (الحقيقي)، كما يكون له الحق في التمسك بالعقد الصوري متى كان حسن النية⁽⁵⁾. أما إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر (صوري)، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي، أي أن العقد الذي يكون نافذاً بحق الورثة في هذه الحالة هو العقد الحقيقي وليس الصوري⁽⁶⁾.

(1) وقد عرّفت محكمة النقض الفلسطينية الصورية بقولها "الصورية هي اتفاق العاقدين على إخفاء التعاقد الحقيقي بينهما بعقد ظاهر غير حقيقي ويشترط فيها إتحاد العاقدين واتحاد موضوع التعاقد وتزامن العقدين الظاهر والمستتر والاتفاق على إخفاء إرادتهما الحقيقية " نقض مدني فلسطيني، الطعن رقم 186/2004، جلسة 2005/1/29، منشور في المقتفي، منظومة التشريع والقضاء في فلسطين.

(2) د. تناغو، سمير عبد السيد، عقد البيع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990، ص 29.

(3) د. فرج، توفيق حسن، الوجيز في عقد البيع، الدار الجامعية، مصر، 1988، ص 23.

(4) د. السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، الجزء التاسع، ص 230.

(5) وهذا ما يؤكد نص المادة (1/256) من القانون المدني الفلسطيني والتي تنص على أنه "إذا أبرم عقد صوري فلكل صاحب مصلحة متى كان حسن النية أن يتمسك بالعقد الصوري، كما له أن يتمسك بالعقد المستتر، ويثبت بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر به".

(6) وهذا ما يؤكد نص المادة (257) من القانون المدني الفلسطيني والتي تنص على أنه "إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي".

وغني عن البيان أنه يمكن لصاحب المصلحة إثبات الصورية بجميع وسائل الإثبات⁽¹⁾. فإذا ادعى الورثة وجود وصية مستترة تحايلاً على تقييد حرية الإيضاء، فإنهم يستمدون حقهم من القانون مباشرة لا من المورث، حماية لهم من تصرفات المورث التي قصد بها التحايل على القانون، باعتبار أن التركة حق مقرر للوارث، وأن الوصية لا تنفذ إلا بعد وفاة المورث. فإذا ما تعدت نصابها مست بالميراث، وبالتالي يتغير المركز القانوني للورثة من الخلف العام إلى الغير، ومن ثم يجوز لهم الإثبات بكافة الطرق، دون التقييد بقاعدة عدم جواز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة، على أساس وجود غش أو تحايل على القانون⁽²⁾.

وترتيباً على ما سبق، إذا تصرف المورث لأحد ورثته أو الغير بالبيع، وتبين أن حقيقة هذا التصرف لا يدعو عن كونه هبة بعوض أو بلا عوض، فإن هذا التصرف يجب أن يخضع لقواعد وأحكام عقد الهبة، وليس الأحكام المتعلقة بعقد البيع، مع الأخذ بعين الاعتبار الشروط والضوابط التي تطلبها القانون لإبرام عقد الهبة، والتي تعتبر أكثر تشدداً سيما فيما يتعلق بالأهلية على سبيل المثال، لكون الهبة من عقود التبرع.

وتأكيداً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه "إذ كان الحكم المطعون فيه قد نهج في تكييف العقد محل الداعي تكييفاً صحيحاً ولم يخرج في تفسيره عما تحتمله نصوصه فلقد استخلص من عباراته الظاهرة أن تصرف الأب المطعون ضده لابنه الطاعن في حق الانتفاع بالأرض الزراعية التي سلمها إياه كان بغير عوض مما يعتبر من التصرف تبرعاً أي هبة، وقد وقعت الهبة باطلة لعدم مشروعيتها سببها المخالف للنظام العام بانصرافه إلي تعامل في تركة مستقبلية، وكان من المقرر أن تعيين الورثة وأنصبتهم وانتقال الحقوق في التركات بطريق التوريث لمن لهم الحق فيها شراء مما يتعلق بالنظام العام وتحريم التعامل في التركات المستقبلية بأي نتيجة لهذا الأصل، فلا يجوز قبل وفاة إنسان الاتفاق على شيء يمس بحق الإرث وإلا كان الاتفاق باطلاً، وكان الحكم قد استدل على قيام ذلك السبب غير المشروع - وهو الباعث الدافع إلي التبرع - بما ورد في الاتفاق من بيان صريح يفصح عن أن ما تسلمه الابن الطاعن من أرض زراعية يمثل مقدار نصيبه ميراثاً عن أبيه الذي لم يزل علي قيد الحياة، ومن اشتراط علي هذا الابن بعدم المطالبة بميراث أرض أخري من بعد وفاة الأب وهو ما يعد استدلالها سائغاً له مأخذه الصحيح من واقع ما أثبت بالاتفاق الذي انعقد بين الطرفين، فإن الحكم يكون قد التزم صحيح القانون في تفسير الاتفاق وتكييف التصرف الثابت به الذي لحقه البطلان"⁽³⁾.

الخاتمة:

لا شك في أن خاتمة كل شيء نهايته، وأن أحسن ما يُختم به الشيء أفضله، وأفضل ما يُمكن الإشارة إليه في هذا الصدد هو بيان ما انتهينا إليه من نتائج وتوصيات يمكن الاستفادة منها.

(1) مرداوي، عرفات، الصورية في التعاقد، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، 2010، ص74.

(2) د. الجمال، مصطفى محمد، نظام الملكية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص407.

(3) نقض مدني مصري، الطعن رقم 626 لسنة 46 قضائية، جلسة 1979/11/29.

أولاً: النتائج:

- 1- أن تصرف الشخص في أمواله باعتبارها ذمة مالية حاضرة، وتصرفاته في ماله حال حياته هي تصرفات صحيحة ومعتبرة قانوناً، ولا ينال منها سوى ما تطلبه القانون من قواعد عامة في جميع التصرفات القانونية من اكتمال أهلية وسلامة إرادة أو ما يتعلق بالشكل في بعض التصرفات.
- 2- أن التصرف في التركة المستقبلية كأصل عام هو تصرف باطل بطلاناً مطلقاً، ولا يجوز الاتفاق على مخالفته لأنه بطلان متعلق بالنظام العام والآداب العامة.
- 3- أن التصرف في التركة المستقبلية - في غير الاستثناءات التي سمح بها القانون الفلسطيني - هي تصرفات لا تلحقها الإجازة أو التصحيح، سواء صدرت من المورث أم من أحد الورثة أم منهم جميعاً، وسواء أكان ذلك التصرف تم من قبل المورث نفسه، أم بعلم المورث وبموافقته، لكونه يحمل معنى المضاربة على حياة إنسان حي.
- 4- أن التصرف في التركة المستقبلية بالقسمة أو الوصية هو تصرف يجوز كاستثناء على الأصل المتمثل في منع التصرف في التركة المستقبلية، وهو استثناء لا يجوز التوسع فيه أو القياس، وشرع لحكمة التوفيق بين الورثة المتقاسمين، والحيلولة دون أن ينشب بينهم أي نزاع بعد وفاة مورثهم.
- 5- أن التصرفات الصورية لا تكون نافذة في حق الورثة، وإنما يكون العقد الحقيقي هو العقد الصحيح النافذ في حقهم.

ثانياً: التوصيات:

- 1- يوصي الباحث بأن ينص المشرع الفلسطيني صراحةً على جواز الوصية للورثة كتصرف مستقل، دون إدغامها بالقسمة، (الإيصاء بالقسمة) والنص على جوازها بذاتها صراحةً دونما اعتبارها قسمة، طالما أنها لم تزد عن الثلث، أو زادت عنه وأجازها الورثة، وهذا تماهياً مع أحكام الشريعة الإسلامية الغراء.
- 2- يوصي الباحث أن يضع المشرع الفلسطيني ومن ورائه الفقه الفلسطيني، معياراً واضحاً لإزالة اللبس الحاصل للتمييز بين التركة الحالية، والتركة المستقبلية، نظراً لما يبني على ذلك التمييز من نتائج وآثار هامة، وعلى رأسها البطلان المطلق للتصرف في التركة المستقبلية لمخالفته للنظام العام الفلسطيني.
- 3- يوصي الباحث أن ينص المشرع الفلسطيني صراحةً على جواز تصرف المورث بالوقف، سيما الوقف الذري باعتباره تصرفاً جائزاً رغم تعلقه بتركة مستقبلية، لكونه تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وهذا على غرار نصه الصريح على جواز التصرف بالقسمة والوصية التي يجريها المورث على ورثته حال حياته باعتبارها تركة مستقبلية، وعدم الاكتفاء بما ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني.
- 4- وأخيراً يوصي الباحث الفقه الفلسطيني وباحثي القانون بوجه خاص، بتناول مسألة حظر التعامل في التركات المستقبلية في أبحاثهم القادمة بإذن الله، نظراً لندرة الأبحاث القانونية الفلسطينية في هذا المضمار، رغم أهميتها وتعلقها بمسألة محل اهتمام، ومحل خلاف (نسبياً) في واقعنا الفلسطيني، مما يسترعي مزيداً من العناية والبحث العلمي في هذا الموضوع.

المراجع:**أولاً: المراجع العامة:**

- 1- ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، 2000.
- 2- حيدر، علي، ترتيب الصنوف في أحكام الوقوف، ترجمة: أكرم عبد الجبار، محمد أحمد العمر، مطبعة بغداد، بغداد، 1950.

3- الزحيلي، وهبة، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، دار الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ط1، 1987.

4- معجم: المصباح المنير

ثانياً: المراجع المتخصصة:

- 1- د. أبو زهرة، محمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، مصر.
- 2- د. الجمال، مصطفى محمد، نظام الملكية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 407.
- 3- د. الدن، حسام الدين محمود، مصادر الالتزام في القانون المدني الفلسطيني، محاضرات ملقاة على طلبة كلية الشريعة والقانون بالجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، إبريل 2014.
- 4- د. الذنون، حسن، النظرية العامة للالتزامات، بغداد، 1976، بدون دار نشر.
- 5- د. الزعبي، محمد يوسف، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون الأردني، ط1، عمان، 1993.
- 6- د. السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، ج9، تحديث المستشار: أحمد المراعي، طبعة 2006، بدون دار نشر.
- 7- د. السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، ج 8، تحديث المستشار: أحمد المراعي، طبعة 2006، بدون دار نشر.
- 8- د. الشواربي، عبد الحميد، الدناصوري، عز الدين، الصورية في ضوء الفقه والقضاء، ط5، بدون دار نشر ومكان نشر، 1997.
- 9- د. الفضل، منذر، الوسيط في شرح القانون المدني، ط 1، دار ناس للطباعة والنشر، العراق، 2006.
- 10- د. الكزبري، مأمون، الحقوق العينية الأصلية والتبعية تقسيم الأشياء والأموال، مطبعة جامعة دمشق، 1962.
- 11- د. تتاغو، سمير عبد السيد، عقد البيع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990، ص 29.
- 12- د. جاد الحق، إياد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مكتبة ومطبعة دار المنارة، ط2، فلسطين، 2011.
- 13- د. سوار، محمد وحيد الدين، الحقوق العينية الأصلية، مطابع الأديب، دمشق، 1969.
- 14- د. فرج، توفيق حسن، الوجيز في عقد البيع، الدار الجامعية، مصر، 1988، ص 23.
- 15- د. قدارة، خليل أحمد، الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني "الحقوق العينية الأصلية"، ج1، ط 3، 2000، بدون دار نشر ومكان نشر.
- 16- د. كيرة، حسن، الموجز في أحكام القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1975.

- 17- عبد التواب، معوض، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، الجزء الأول، ط 4، منشأة المعارف، الإسكندرية 1998.
- 18- عمران، مازن، القسمة الرضائية في العقار، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، 2008.
- 19- كلوب، محمود، تطور الملكية العقارية وأثره على التشريعات المستحدثة، رسالة ماجستير، أكاديمية شرطة دبي، الإمارات، 2006.
- 20- مرداوي، عرفات، الصورية في التعاقد، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، 2010.

ثالثاً: القوانين:

- 1- مجلة الأحكام العدلية
- 2- القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012
- 3- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 وتعديلاته
- 4- القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 وتعديلاته
- 5- قانون الوصية المصري رقم 71 لسنة 1946
- 6- المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الفلسطيني لسنة 2012

رابعاً: الأحكام القضائية:

- 1- أحكام محكمة النقض الفلسطينية- (مجموعة غير منشورة 2003).
- 2- أحكام محكمة النقض المصرية، مجموعة المكتب الفني رقم (52) - الجزء الثاني.
- 3- أحكام محكمة النقض المصرية، مجموعة المكتب الفني رقم (18).
- 4- المقتفي، منظومة التشريع والقضاء في فلسطين.

خامساً: المراجع الأجنبية:

- 1-Jean Carbonnier -Droit Civil- Les Biens- Paris- 1980.
- 2- Antoine Vialard- Droit Civil- La Formatio Du Contrat- Alger- 1981.
- 3-Ali Benchneb- Theorie Generale De Contrat- Alger- 1980.