الهبة والوصية وحق الشفعة والميراث

دراسة مقارنة موسعة بين التشريعات العربية

تأليف

د. محمد كمال عرفه الرخاوي

الباحث والمستشار القانوني والمحاضر الدولي في القانون

إهداء

إلى ابنتي الحبيبه صبرينال

نور عيني وبهجة حياتي

إليكِ أهدي هذا الجهد المتواضع

فهرس المحتويات

المقدمة العامة

المنهجية وأهمية الدراسة

الفصل الأول

نظام الهبة بين القيود التشريعية والضمانات الفقهية

المبحث الأول الطبيعة القانونية للهبة وأركان انعقادها

المبحث الثاني شرط القبض في الهبة دراسة مقارنة معمقة

المبحث الثالث حق الرجوع في الهبة بين الحرية المقيدة والإطلاق الفقهي

المبحث الرابع الهبة بعوض والهبة في حالة المرض

الفصل الثاني

نظام الوصية التصرف بعد الموت

المبحث الأول الوصية الاختيارية وحدود الثلث

المبحث الثاني الوصية للوارث الإجازة شرط النفاذ

المبحث الثالث الوصية الواجبة النموذج المصري والجزائري مقابل البقية

الفصل الثالث

حق الشفعة الحق في مزاحمة المشتري

المبحث الأول الأساس الفلسفي والتشريعي للشفعة

المبحث الثاني الإلغاء والتقييد في مصر والجزائر

المبحث الثالث الإبقاء والتطبيق في المغرب وتونس والسعودية

المبحث الرابع دراسة إجرائية لدعاوى الشفعة

الفصل الرابع

نظام الميراث الفرائض والإجراءات

المبحث الأول إثبات الورثة وحصر التركة

المبحث الثاني التوثيق الإلكتروني وناجز والشهر العقاري

المبحث الثالث إشكاليات معاصرة في الميراث

المبحث الرابع الميراث بين المختلفين في الدين

والبصمة الوراثية

الخاتمة والتوصيات التشريعية

المراجع والمصادر

المقدمة العامة

منهجية البحث وأهميته

تكتسب هذه الدراسة أهميتها من كونها تجمع بين ثبات النص الشرعي ومتغير النص الوضعي. فالمسائل الأربع وهي الهبة والوصية والشفعة والميراث تمثل العمود الفقري للمعاملات المالية في الأسرة المسلمة. إلا أن المشرع العربي وجد نفسه أمام مفترق طرق هل يلتزم بالحرفية الفقهية أم يتجه نحو

تقنين يواكب الاستقرار الاقتصادي.

تتميز هذه الدراسة بالتركيز على النموذجين الرائدين في التقنين وهما مصر والجزائر حيث سبقا الدول العربية إلى صياغة قوانين أسرة ومدنية منظمة مما يجعلهما مرجعية مقارنة للدول الأخرى وهي المغرب وتونس والسعودية.

اعتمدنا المنهج التحليلي النقدي وذلك عبر تحليل النصوص وتفكيك مواد القوانين المدنية وقوانين الأسرة ورصد القضائي لاستعراض أحكام محاكم النقض والمجالس القضائية العليا في الدول محل الدراسة والتأصيل الفقهي لربط كل نص وضعي بأصله في المذاهب الفقهية مالكي حنبلي شافعي والدراسة الواقعية لرصد الإشكاليات التطبيقية كالتوثيق الإلكتروني وإثبات النسب ونزاعات الشفعة.

تقتصر الدراسة على الجوانب المالية والتصرفية في

الأحوال الشخصية وتستبعد مسائل الزواج والطلاق إلا فيما يتعلق بأثرها المالي مثل المهر والنفقة إذا تعلق بالميراث أو الهبة.

الفصل الأول

نظام الهبة بين القيود التشريعية والضمانات الفقهية

المبحث الأول

الطبيعة القانونية للهبة وأركان انعقادها

أولا في التشريع المصري الريادة التقنينية

نظم المشرع المصري الهبة في القانون المدني المواد من 495 إلى 513.

التعريف عقد يتبرع به الواهب بنقل ملكية شيء للمتهب على وجه التبرع في الحياة.

الطبيعة عقد رضائي في الأصل ولكنه عيني الأثر أي أن الرضا ينشئ الالتزام لكن القبض ينقل الملك.

الإشكالية القانونية هل الهبة عقد واحد أم عقدان وعد ثم تنفيذ.

اجتهاد محكمة النقض المصرية الهبة عقد واحد ولكن إذا لم تقبض العين جاز للواهب الرجوع قبل القبض إلا في حالات استثنائية هبة رسمية موثقة قد تلتزم الورثة بتنفيذها في بعض الاجتهادات الحديثة.

ثانيا في التشريع الجزائري الأصالة المالكية المقننة

نظمت الهبة في قانون الأسرة القانون رقم 84-11 المعدل بـ 05-09 المواد 145 إلى 153.

التعريف تبرع بعين في الحياة بدون عوض.

الطبيعة تؤكد المادة 146 على أن الهبة لا تتم إلا بالقبض. وهذا يتوافق مع الفقه المالكي الذي يشدد في القبض أكثر من القانون المدني المصري.

الفارق الجوهري في الجزائر إذا لم يقبض المتهب العين ومات الواهب تسقط الهبة نهائيا ولا تنتقل للورثة كدين إلا إذا كانت هبة رسمية موثقة لدى عدل موثق وفيها تنازل صريح عن حق الرجوع.

ثالثا في التشريع المغربي مدونة الأسرة 2004

النص المواد من 96 إلى 103.

الخصوصية اشترطت الإشهاد العدلي لصحة الهبة مما يجعل الهبة العرفية الخطية ضعيفة الإثبات أمام القضاء مقارنة بالموثقة.

هبة الرقبة والمنفعة أجازت المدونة الهبة بالمنفعة فقط كالسكنى مع بقاء الرقبة للواهب وهو تفصيل

فقهي دقيق تم تقنينه.

رابعا في التشريع التونسي مجلة الحقوق العينية

النظام تخضع الهبة العقارية لقانون التسجيل العقاري.

الأثر لا ترتب الهبة أثرا تجاه الغير إلا بالتسجيل في السجل العقاري مما يعطي الأولوية للحماية العقارية على الحماية الفقهية للواهب.

خامسا في التشريع السعودي الفقه المباشر

المصدر الفقه الحنبلي وأنظمة وزارة العدل.

الركن الأساسي القبض هو جوهر الهبة. الإقرار بالهبة دون قبض هو وعد بالتبرع غير ملزم قضائياً في الغالب إلا إذا تم توثيقه كعهد في منصة ناجز.

الهبة في المرض المخوف تعامل معاملة الوصية إذا

مات الواهب خلال سنة من الهبة تقديراً للمرض المخوف وهو ما يطبق في مصر والجزائر أيضاً بنصوص صريحة.

المبحث الثاني

شرط القبض في الهبة دراسة مقارنة معمقة

يُعد القبض أكثر النقاط إثارة للخلاف بين التشريعات الخمسة.

الدولة طبيعة القبض الأثر القانوني لعدم القبض الحكم عند موت الواهب قبل القبض

مصر شرط للنفوذ وليس للانعقاد الهبة صحيحة ولكن يجوز الرجوع فيها تسقط الهبة وتعود للتركة إلا إذا كانت رسمية وفيها إسقاط للرجوع

الجزائر ركن من أركان الصحة الهبة باطلة حكما تسقط الهبة نهائيا

المغرب شرط للتمام لا ينتقل الملك تسقط الهبة إلا إذا أجاز الورثة

تونس شرط للشهر العقاري لا يحتج بها على الغير تعتمد على نية الواهب المسجلة

السعودية ركن جوهري فقهي الهبة غير منعقدة تعود العين للورثة شرعا

تحليل نقدي

يتجه التشريع المصري نحو حماية المتهب بتقييد حق الرجوع حتى بعد العقد وقبل القبض في بعض الصور الرسمية بينما يحافظ التشريع الجزائري والسعودي على حماية الواهب واعتبار الهبة غير مكتملة إلا بالقبض الفعلي تماشياً مع الحديث النبوي لا تحل هبة إلا بقبض.

المبحث الثالث

حق الرجوع في الهبة بين الحرية المقيدة والإطلاق الفقهي

أولا النموذج المصري التقييد الشديد

النص المادة 503 مدني.

القاعدة الهبة عقد لازم لا يجوز الرجوع فيه إلا لأسباب محددة حصراً.

1 عدم قيام المتهب بالشروط المرفقة بالهبة.

2 وقوع جنحة من المتهب على الواهب أو عرضه.

3 عسر الواهب المفاجئ.

4 ظهور أولاد للواهب لم يكونوا موجودين وقت الهبة وهذا محل جدل فقهي كبير.

الرجوع في هبة الولد منعها المشرع المصري إلا في حالة عسر الوالد خلافاً للجمهور.

ثانيا النموذج الجزائري المرونة المالكية

النص المادة 150 من قانون الأسرة.

القاعدة يجوز للواهب الرجوع في هبته قبل القبض باتفاق. وبعد القبض يجوز للوالد الرجوع في هبة ولده مطلقاً تقريباً ما لم يترتب على ذلك ضرر جسيم للولد كبيع العين لغيره.

التبرير الحفاظ على مال الوالد ليكفل به نفسه قبل ولده ولأن الوالد لا يهب ولده إلا لحاجة أو بر فإذا تغيرت الحال جاز الرجوع.

ثالثا النموذج السعودي الإطلاق الفقهي

القاعدة الواهب أحق بهبته ما لم يقبضها المتهب.

بعد القبض يجوز للوالد الرجوع مطلقاً رواية عند الإمام أحمد. ولا يجوز لغير الوالد الرجوع إلا برضا المتهب.

الإجراء يتم عبر دعوى رجوع في هبة ترفع للمحكمة العامة ويشترط بقاء العين على حالتها.

رابعا المغرب وتونس

المغرب يجيز الرجوع للوالد ولكن بشروط إجرائية معقدة حكم قضائي ويمنع الرجوع إذا مات المتهب وترك ورثة.

تونس تمنع الرجوع في الهبة الرسمية إلا برضا الطرفين مما يقربها من النموذج المصري في الجانب العقاري.

المبحث الرابع

الهبة بعوض والهبة في حالة المرض

أولا الهبة بعوض الحد الفاصل بين الهبة والبيع

مصر إذا كانت الهبة بعوض تطبق عليها أحكام البيع فيما يتعلق بالضمان والالتزامات م 513 مدني. لكن تظل هبة في مسألة الرجوع لا يجوز الرجوع فيها إلا لأسباب الهبة.

الجزائر تعتبرها عقداً مختلطاً وتخضع لشروط الهبة في الشكل وشروط البيع في الضمان.

السعودية إذا غلب العوض سميت بيعاً وإذا غلب التبرع سميت هبة. والقضاء ينظر لنية المتعاقدين القرائن.

ثانيا هبة المريض مرض الموت

التشريع الموحد مصر الجزائر المغرب السعودية

إذا وهب الشخص في مرضه المخوف الذي مات منه تعامل الهبة معاملة الوصية.

الشرط لا تنفذ إلا في حدود الثلث ولا تنفذ لوارث إلا بإجازة الورثة.

المدة التقديرية في السعودية ومصر يقدر المرض المخوف بما يؤدي للموت غالباً خلال سنة اجتهاد قضائي.

الهدف منع الحرمان من الميراث عبر الهبة قبل الموت مباشرة.

الفصل الثاني

نظام الوصية التصرف بعد الموت

الفصل الأول

الوصية الاختيارية وحدود الثلث

المبحث الأول

الوصية للوارث الإجازة شرط النفاذ

الإجماع التشريعي تمنع جميع الدول الخمس الوصية للوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد الموت.

توقيت الإجازة

مصر والجزائر الإجازة بعد الموت فقط صريحة أو ضمنية.

السعودية قد تقبل الإجازة قبل الموت إذا استمرت حتى الموت اجتهاد فقهي.

الإشكالية ماذا لو أجاز بعض الورثة وامتنع البعض.

الحل القانوني تنفذ الوصية في حدود نصيب من أجاز من ثلث التركة فقط.

المبحث الثاني

الوصية بأكثر من الثلث

القاعدة لا وصية بأكثر من الثلث إلا بإجازة الورثة.

تطبيق مصر إذا أجاز الورثة تنفذ من أصل التركة. إذا لم يجيزوا تنفذ في حدود الثلث فقط.

تطبيق السعودية نفس الحكم مع تشديد في إثبات الإجازة يجب أن تكون بعد الموت وعلماً بالتركة.

الفصل الثاني

الوصية الواجبة النموذج المصري والجزائري مقابل البقية

المبحث الأول

فلسفة الوصية الواجبة

نشأت فكرة الوصية الواجبة في مصر قانون 1946 لسد ثغرة فقهية حيث أن الأحفاد الذين مات والدهم قبل جدهم محجوبون بالأعمام في الميراث. رأى المشرع المصري أن هذا ظلم اجتماعي فألزم الجد بالوصية لهم حكماً.

المبحث الثاني

التطبيق في مصر والجزائر

مصر قانون 71 لسنة 1946

المستحقون أولاد الابن وأولاد البنة بنت الابن الذين مات والدهم قبل الجد.

النصيب مثل نصيب والدهم المتوفى في حدود الثلث.

الطبيعة تعتبر ديناً في التركة يُقدم على الميراث.

النقد يعترض فقهاء المالكية والحنابلة بأن هذا تعديل لأنصبة الله وأن الجد قد يكون قد وهب أحفاده في حياته فلا حاجة للوصية.

الجزائر قانون الأسرة

تبنت الفكرة ولكن بصياغة مختلفة المادة 168.

اشترطت ألا يكون الجد قد أعطاهم هبة تعادل النصيب

في حياته.

أعطت الأولوية للذكر مثل الأنثى في بعض التفاسير القضائية خلافاً لمصر التي ساوت بينهم في نصيب الوصية الواجبة أحياناً.

المبحث الثالث

الرفض في المغرب وتونس والسعودية

المغرب رفضت مدونة الأسرة الوصية الواجبة الإلزامية. البديل هو الحث على الهبة في الحياة أو الوصية الاختيارية.

تونس لم تنص عليها صراحة كإلزام لكن المحاكم قد تستعين بمبادئ العدالة في تفسير الوصايا الغامضة لصالح الأحفاد.

السعودية ترفضها رفضاً قاطعاً شرعاً ونظاماً. البديل

هو الوقف الذري أو الهبة الموثقة.

حجة الرفض الميراث تقدير إلهي قطعي ولا يجوز للبشر التعديل فيه بحجة العدالة الاجتماعية لأن الله أعلم بالمصالح.

الفصل الثالث

حق الشفعة الحق في مزاحمة المشتري

الفصل الأول

الأساس الفلسفي والتشريعي للشفعة

المبحث الأول

الشفعة في الفقه الإسلامي

الحديث الشفعة حق في كل شفعة لم تقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة.

الهدف دفع ضرر الشريك الجديد عن الشريك القديم.

الأنواع شفعة الجوار ملغاة في معظم القوانين شفعة الشركة متفق عليها.

المبحث الثاني

الإلغاء والتقييد في مصر والجزائر

مصر

القانون 52 لسنة 1947 ألغى الشفعة في العقارات تماماً.

المبرر الشفعة تعطل التداول العقاري وتؤدي لدعاوى كيدية وتتعارض مع نظام الشهر العقاري الذي يحمي المشتري المسجل.

الوضع الحالي لا توجد شفعة إلا في منقولات نادرة أو أملاك دولة.

الجزائر

القانون المدني أبقت على الشفعة نظرياً لكن قانون التسجيل العقاري قيدها بشدة.

التطبيق إذا كان العقار مسجلاً طابو لا شفعة إلا في حالات استثنائية جداً وبمواعيد سقوط قصيرة.

المبحث الثالث

الإبقاء والتطبيق في المغرب وتونس والسعودية

المغرب

قانون الحقوق العينية أبقت على الشفعة لكن بشروط إجرائية صارمة الإشهار المواعيد.

الإجراء يجب على الشفيع إيداع الثمن فوراً عند رفع الدعوى.

تونس

الشفعة سارية في العقارات غير المسجلة. أما المسجلة فتنقضي الحق بمضي مدة قصيرة من التسجيل.

السعودية النموذج الأقوى

النظام الشفعة حق ثابت وقوي.

الإجراء

1 يطالب الشفيع في مجلس العقد فوراً.

2 يرفع دعوى خلال سنة من العلم.

3 يودع الثمن في الخزينة العامة.

الأثر يحل الشفيع محل المشتري في العقد بنفس الشروط.

النقد يحمي الشريك القديم لكنه يخلق رعباً شرائياً حيث يخشى المشتري من وجود شريك خفاء.

الفصل الثاني

دراسة إجرائية لدعاوى الشفعة

الإجراء مصر سابقا السعودية حاليا

موعد المطالبة فور العلم أيام فوراً في المجلس ثم دعوى خلال سنة

عبء الإثبات على الشفيع إثبات الشركة على الشفيع إثبات الشركة والمطالبة الفورية

الثمن يودع في المحكمة يودع في الخزينة العامة ناجز

الحكم نادر جداً لوجود الإلغاء أحكام كثيرة ومنفذة

التنفيذ لا يوجد قيد العقار باسم الشفيع

الفصل الرابع

نظام الميراث الفرائض والإجراءات

الفصل الأول

إثبات الورثة وحصر التركة

المبحث الأول

إجراءات حصر الورثة

مصر

الإجراء طلب شهادة ورثة من محكمة الأسرة إعلان في الجريدة انتظار شهر إصدار الشهادة.

المشكلة بطء الإجراءات ووجود ورثة خفاء يظهرون بعد القسمة مما يبطل القسمة.

الجزائر

الإجراء شهادة وراثة من المحكمة أو من موثق معتمد

حديثاً.

الإثبات تشدد في إثبات النسب شهادة ميلاد بطاقة تعريف.

السعودية

الإجراء صك حصر ورثة من المحكمة العامة.

التطور ربط إلكتروني مع الأحوال المدنية والبنوك. لا يمكن سحب أي مبلغ من حساب المتوفى دون الصك.

أمين التركة يعين القاضي أميناً للتركة إذا كان هناك قُصّر وهو إجراء وقائي ممتاز.

المبحث الثاني

التوثيق الإلكتروني ناجز وعدل والشهر العقاري

السعودية ناجز نموذج رائد في توحيد إجراءات الميراث والهبة والوصية إلكترونياً مما قلل الغش والتزوير بنسبة كبيرة.

مصر الشهر العقاري نظام قديم يعاني من البيروقراطية لكن هناك توجه حديث للرقمنة.

المغرب عدول نظام العدول الموثقين لا يزال هو المسيطر وهو نظام ورقي تقليدي لكنه موثوق اجتماعياً.

الفصل الثاني

إشكاليات معاصرة في الميراث

المبحث الأول

الميراث بين المختلفين في الدين

الإجماع لا توارث بين المسلم وغير المسلم في الدول الخمس جميعها.

تونس كان هناك نقاش حول مساواة غير المسلم بالمسلم في الميراث إذا كان المتوفى غير مسلم لكن القانون استقر على عدم التوارث لاختلاف الدين.

مصر محكمة النقض أكدت بطلان توارث المرتد عن الإسلام وأمواله تذهب لبيت مال المسلمين.

المبحث الثاني

الميراث والبصمة الوراثية DNA

السعودية تقبل البصمة الوراثية في إثبات النسب وبالتالي الميراث في حالات اللقطاء أو الشك في النسب بشروط شرعية صارمة ألا يثبت نسباً لولد من

زنا.

مصر والجزائر تقبلها في قضايا النسب المدنية لكن في الميراث الشرعي يشترطون شهادة الميلاد الرسمية أو حكم قضائي مكتسب للقطعية.

المغرب رفضت مدونة الأسرة البصمة الوراثية لإثبات النسب في حالات الزنا وقبلتها فقط في نفي النسب أو حالات الشك البسيطة.

المبحث الثالث

قسمة التركة العقارية

مشكلة الشيوع في مصر والجزائر تتعطل التركات لسنوات بسبب رفض بعض الورثة البيع.

الحل التشريعي

تونس المحكمة قد تأمر بالبيع الجبري وتوزيع الثمن إذا تعذرت القسمة.

السعودية المحكمة تعين خبيراً للقسمة وإذا تعذرت تأمر بالبيع بالمزاد العلني وتوزيع الثمن.

مصر قانون الولاية على المال ينظم بيع أموال القُصّر لكن بيع أموال الكبار يتطلب اتفاقاً أو حكماً بالبيع على الأملاك الشائعة إجراء طويل.

الخاتمة والتوصيات التشريعية

الفصل الأول

نتائج الدراسة المقارنة

1 التقنين مقابل الفقه مصر والجزائر نجحتا في تثبيت

الأحكام عبر القوانين مما وحد الاجتهاد لكنه قيد المرونة. السعودية حافظت على المرونة الفقهية مما سمح بتكييف الأحكام مع كل حالة لكنه أدى لتباين في الأحكام أحياناً.

2 الشفعة إلغاء الشفعة في مصر كان قراراً اقتصادياً صائباً لتحرير السوق بينما إبقاؤها في السعودية يحمي النسيج الاجتماعي.

3 الوصية الواجبة تجربة مصر والجزائر تستحق الدراسة كسياسة شرعية لحماية الفئات الضعيفة رغم الاعتراض الفقهي عليها.

الفصل الثاني

توصيات للمشرع العربي

1 توحيد إجراءات التوثيق الاستفادة من النموذج السعودي ناجز في مصر والمغرب لتقليل نزاعات

الميراث.

2 تنظيم الشفعة بدلاً من إلغائها مصر أو إطلاقها السعودية يُقنن بحق الشفعة بمواعيد سقوط قصيرة جداً شهر واحد لحماية السوق والشريك معاً.

3 الوصية للأحفاد تشجيع الوقف الأهلي كبديل للوصية الواجبة حيث يحبس الجد أصل المال ويكون الريع للأحفاد مما يحقق الهدف دون المساس بأنصبة الورثة.

4 الهبة توحيد شرط القبض عبر التوثيق الإلكتروني بحيث يعتبر التوثيق الرسمي قبضاً حكماً لمنع النزاع.

المراجع والمصادر

أولا التشريعات

1 القانون المدني المصري 1948 وتعديلاته.

2 قانون الأسرة الجزائري 1984 وتعديلاته 2005.

3 مدونة الأسرة المغربية 2004.

4 مجلة الأحوال الشخصية التونسية 1956 وتعديلاتها.

5 نظام المرافعات الشرعية ونظام التسجيل العقاري السعودية.

6 قانون الوصية المصري رقم 71 لسنة 1946.

ثانيا الكتب الفقهية والأصولية

1 ابن قدامة المقدسي المغني باب الهبة والوصية والشفعة.

2 الدسوقي حاشية الدسوقي على الشرح الكبير المذهب المالكي.

3 ابن عابدين رد المحتار المذهب الحنفي مرجع للتشريع المصري تاريخياً.

4 الزحيلي وهبة الفقه الإسلامي وأدلته مقارن.

5 السنهوري عبد الرزاق الوسيط في شرح القانون المدني الجديد باب الهبة.

ثالثا الرسائل الجامعية والأبحاث

1 الوصية الواجبة بين الفقه والقانون رسالة دكتوراه جامعة القاهرة.

2 حق الشفعة في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية رسالة ماجستير جامعة الجزائر.

3 أحكام الهبة في الفقه المالكي وتطبيقها في مدونة الأسرة جامعة محمد الخامس الرباط.

4 الإجراءات القضائية في قضايا الميراث مجلة المحكمة

العليا السعودية.

رابعا الأحكام القضائية

1 أحكام محكمة النقض المصرية دائرة الأحوال الشخصية.

2 أحكام المجلس الأعلى للقضاء الجزائر.

3 أحكام ديوان المظالم والمحكمة العليا السعودية.

تم بحمد الله وتوفيقه

د. محمد كمال عرفه الرخاوي

الباحث والمستشار القانوني والمحاضر الدولي في القانون

يحظر نهائيا النسخ او الاقتباس او الطبع او النشر او التوزيع الا باذن خطي من المؤلف