أحكام تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني مقارنة بالفقه الإسلامي

بن غريب رابح
أستاذ مساعد
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل

مـــقـــدمـــة

لقد ذكر فقهاؤنا الذين أعملوا الباعث في تصرفات المريض مرض الموت، أن سببها والباعث عليها هو حرمان الورثة من التركة أو بعضها، فمثلا قضى الفقهاء بتوريث المبتوتة في مرض الموت، وذلك أن الباعث على هذا الطلاق غير مشروع؛ وهو حرمانها من الميراث، قال الدكتور الدريني: "يمكن القول بأن توريث المبتوتة في مرض الموت كان ضمن دائرة إعمال الباعث غير المشروع في إثر خاصة التصرف، وهو جزاء فرضه المشرع أساسه العمل بالمصلحة، وأنتجه إعمال الباعث غير المشروع في إثر التصرف الذي كان غاية لذلك الباعث"[1]، وقد ذكرنا أن الذين أعملوا الباعث غير المشروع –وإن لم يدل عليه التعبير– المالكية

[1]– فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، بيروت: مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، 1977، ص173.

والحنابلة والإباضية، ووافقهم هنا الحنفية الذين قالوا بتوريثها؛ استنادا إلى قاعدة الاستحسان الذي سنده المصلحة، "بل ذهب الإمام مالك إلى توريثها، ولو لم يقصد إلى ذلك [أي حرمانها من الميراث] لأنه لم ينظر ألى الصور الأحادية، بل ذهب إلى مظنة هذا القصد، وهو مرض الموت، وأقام المظنة مقام المئنة، قطعا لدابر الفساد من المجتمع إذا كثر الظن بتوقع وقوعه، قال بتوريث كل مبتوتة في مرض الموت اكتفاء بهذه المظنة، وإعداما لذات هذا التصرف من المجتمع مهما كان الدافع إليه"[1]، وأوضح الشيخ اطفيش –رحمه الله– أن توريث المبتوتة في مرض الموت مبني على الباعث[2].

وذكر ابن رجب –رحمه الله– أن إعمال الباعث في وصية الإضرار هو قياس مذهب أحمد، فضلا عما روي عن القول بردها، وعما روي عن الإمام مالك بذلك[3].

وكل ذلك يدل على أن جميع تصرفات المريض مرض الموت مبنية على الباعث، فلنتجه لدراستها في القانون الوضعي ثم في الفقه الإسلامي، معرفين مرض الموت أولا وما يتعلق به من أحكام.

---

[1]– المرجع نفسه، ص174.

[2]– سيأتي تفصيل ذلك.

[3]– انظر ابن رجب الحنبلي، جامع العلوم والحكم، بيروت : دار ابن حزم، ط 1، 1997، ص372.

المطلب الأول: مرض الموت، حقيقته، أمارا ته، والملحقون بمريض الموت

لم يبين القانون المدني الجزائري المقصود بمرض الموت ولا أماراته ولا من يلحق بالمريض مرض الموت، ولما كان مرض الموت من مسائل الأحوال الشخصية[1] فيكون المرجع في تعريفه إلى أحكام الشريعة الإسلامية، هذا فضلا عن أن المادة الأولى من القانون المدني الجزائري تحيل إلى مبادئ الشريعة الإسلامية فيما لا يوجد فيه نص، لذلك يجب في تحديد مرض الموت الرجوع إلى الفقه الإسلامي مفسرا بقضاء المحاكم.

الفرع الأول: تعريف مريض الموت وأمارا ته:

عرفه الشيخ علي الخفيف بقوله: " مرض الموت هو ما يتوافر فيه أمران : غلبة الهلاك عادة، واتصال الموت به، سواء أكان ذلك الموت بسببه أم بسبب آخر"[2]، وقد أكد الشيخ أبو زهرة أن هذان الشرطان متفق عليهما بين الفقهاء، وإن اختلفوا في التعبير عنهما، إذ قال –رحمه الله– : " إذا أردنا أن نعرف مرض الموت تعريفا نبين به حقيقته وماهيته أو خواصه وأوصافه، نجد أنفسنا أمام سيل من التعريفات المختلفة للفقهاء، غير أن المتتبع لهذه التعريفات المختلفة في عباراتها، المتضاربة في ظواهرها، يجد معنى لا يختلفون فيه، هو أن مرض الموت يجب أن

---

[1]–انظر محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، د ط، 2000، ص216.

[2]–علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، القاهرة: دار الفكر العربي، ط1، 1996، ص 279.

يتحقق فيه أمران: أحدهما: أن يكون مرضا يحدث منه الموت غالبا، وثانيهما: أن يموت الشخص بالفعل موتا متصلا به، فلا تكاد تجد اختلافا بين الفقهاء في أن هذين الأمرين لا بد من تحققهما لكي يتحقق وصف الشخص بأنه مريض مرض الموت"[1].

وقد أضاف الشيخ عبد الوهاب خلاف شرطا ثالثا، وهو عجز المريض عن قضاء مصالحه، إذ قال –رحمه الله– :"مرض الموت هو المرض الذي يعجز الرجل عن القيام بمصالحه خارج البيت، ويعجز المرأة عن القيام بمصالحها داخل البيت، أي يعجز كلا منهما عن القيام بما من شأنه أن يقوم به، ويغلب فيه الهلاك، ويتصل به الموت، فإن كان المرض لا يعجز أحدهما عن ذلك، أو كان يعجزهما ولا يغلب فيه الهلاك، أو لم يتصل به الموت، بأن برئ المريض منه، لم يعتبر مرض موت"[2].

وهذا الشرط أيضا ذكرته المجلة العدلية، إذ جاء في المادة 1595 منها: "مرض الموت هو الذي يغلب فيه خوف الموت، ويعجز فيه المريض عن رؤية مصالحه خارجا عن داره إن كان من الذكور، وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث، ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة، سواء أكان صاحب فراش أو لم يكن ...".

---

[1]– محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، القاهرة: دار الفكر العربي، د ط، 1996، ص 299.

[2]–عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية، الكويت: دار القلم، ط2، 1990، ص 147.

والحقيقة أن هذا الشرط الأخير –أعني عجز المريض عن قضاء مصالحه– هو أمارة من أمارات مرض الموت لا شرطا من شروطه، قال الشيخ أبو زهرة: " ...ولكن اختلاف التعريفات إنما يدور حول الأمارات والأوصاف الظاهرة التي بها يتبين أن المرض مشتمل على الوصف الأول، وهو إحداثه للموت غالبا، فمن قائل إن من أماراته أن يمون الشخص صاحب فراش، وهو الذي لا يقوم بحوائجه في البيت كما يعتاده الأصحاء، ومن قائل إن علامته أن لا يخطو الشخص ثلاث خطوات من غير أن يستعين بغيره، ومن قائل إن أماراته أن لا يقدر على الصلاة قائما، ومن قائل إن أماراته أن يعجز الشخص عن الإشراف على مصالحه خارج الدار إن كان ذكرا، وإن كان أنثى يعجز عن رؤية مصالحه داخل الدار، وهكذا تختلف تعريفات الفقهاء، لا عن اختلاف في حقيقة مرض الموت، ولكن للاختلاف في أماراته"[1]، ثم رجح الشيخ أبو زهرة أن المعنى المقصود بمرض الموت أن يكون الشخص في حال يغلب فيها الهلاك ويتوقعه هو، " ولذلك عبر في الأصل عن محمد بأن مرض الموت هو الذي يخاف الهلاك، فالمناط هو خوف المريض الهلاك، ولذا وجب أن تكون كل عناية القاضي الذي ينظر في أمر يتعلق بتصرف طعن فيه بصدوره في حال المريض، في البحث عن الأمارات والشواهد التي تدل على حال المريض النفسية، ليعلم أهي حال يأس من الحياة صدر التصرف تحت تأثيرها؟ أم هي حال اطمئنان، وقرار نفس، ورجاء في

[1]–أبو زهرة، المرجع السابق، 299.

الحياة، وأمل فيها قد استغرق في النفس واستولى عليها، لأنه إذا جعل القاضي كل عنايته في تعرف ذلك، فقد سار على سمت الفقه وروحه ولبه ومعناه في مرض الموت، إذ المناط... في تقييد تصرفات المريض مرض الموت، هو الخشية أن يكون قد تصرف فيما تصرف، لينال من حقوق الورثة أو الدائنين ما يقيدهم من بعد الوفاة"[1].

ويرجع في تقدير غلبة الهلاك إلى رأي الأطباء، ويكفي أن يكون المرض من الأمراض التي تسبب الموت عادة كالسرطان والكوليرا، والذبحة الصدرية... وأن يعلم المريض ذلك، لأن المعول عليه هو ما يبعثه المرض في النفس من شعور بدنو الأجل، يحمل المريض على إبرام تصرفات ما كان يبرمها لو لم يشعر بذلك[2].

الفرع الثاني: الملحقون بمريض الموت:

المراد بمن يلحق بمريض الموت، هو من يكون صحيحا، ولكنه في حال يغلب فيه الهلاك دون السلامة، فإنه حينئذ يأخذ حكم المريض في كل تصرف يحدث منه كما لو حدث من المريض، "لأن المناط الذي كان سببا في شرع الأحكام المتعلقة بالمريض، هو خوفه الموت... [فقد] ألحق بالمريض كل الأصحاء الأقوياء الذين يكونون في أحوال تجعلهم يترقبون الموت، ويغلب عليهم فيها اليأس على الرجاء، والموت على الحياة،

---

[1]-المرجع نفسه، ص 300 بتصرف قليل.

[2]-انظر سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني: عقد البيع، مكتبة صادر، ط6، 1998، ج7، ص774-775.

والهلاك على النجاة"[1]، وقد ذكر الفقهاء أمثلة كثيرة لذلك، كمن قدم لتنفيذ حكم إعدامه، أو خرج من صف القتال ليبارز، أو كان في سفينة اشتدت بها العاصفة وتلاطمت عليه الأمواج وخيف غرقها، وكالمقدم على تجربة سفر إلى القمر أو المريخ في إحدى سفن الفضاء[2]، وما أشبه ذلك.

وهناك أمراض يمتد زمنها ويطول كالسل، والسرطان، والشلل، والجذام والبرص، ونحو ذلك من الأمراض التي يطول أمدها، فهل يكون الشخص في مرض الموت مهما يطل أمد الأمراض؟ قد أجاب الفقهاء على ذلك بأنه إذا طالت مدة المرض، وأصبح لا يخاف الموت منه كالشلل بأن تقادم وألف، من غير أن يخاف الموت بسببه، ففي هذه الحال يكون المريض كالصحيح، وقد اختلف الفقهاء في أمارات المرض الذي إذا تقادم أصبح لا يخاف الموت منه، فمنهم من قال: إنه الذي لا يتزايد يوما بعد يوم، بل يستمر على حال واحدة، كالشلل، ومنهم من قال: إنه هو الذي يرجى البرء منه بالتداوي، كبعض أنواع الفالج، ومنهم من قال: إنه الذي يستمر سنة فأكثر، وقد سار على هذا كثيرون من الكتاب في الفقه، واختارته المجلة العدلية مع تقييده، فالمادة 1595 نصها ما يأتي:"مرض الموت هو الذي يغلب فيه خوف الموت، ويعجز فيه المريض عن رؤية مصالحه خارجا عن داره إن كان من الذكور، وعن رؤية مصالحه داخل

---

[1]-أبو زهرة، مرجع سابق، ص301.

[2]-انظر خلاف، مرجع سابق، ص 147-148، وعلي الخفيف، مرجع سابق، ص 279، ومرقس، المرجع السابق، ص 775، وبتفصيل أكبر، أبو زهرة، المرجع السابق، ص301-303.

داره إن كان من الإناث، ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة، سواء أكان صاحب فراش أم لم يكن، فإن امتد مرضه، ومضت عليه سنة، وهو على حال واحدة، كان في حكم الصحيح، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد المرض، وتتغير حاله، ولكن لو اشتد المرض وتغيرت حاله، ومات قبل مضي سنة، تعد حاله ابتداء من وقت التغير إلى الوفاة، مرض موت"، وهذا رأي بعض الفقهاء، وفي الحق أنه يجب أن يجعل لإخبار أهل الخبرة المقام الأول في تقدير قوة تأثير المرض وامتداده[1].

"ويعتبر وقوع التصرف حال مرض الموت، أو حال اشتداد المرض وانتهى إلى الموت، من مسائل الواقع التي لا يخضع فيه القاضي لرقابة محكمة النقض، على أن يبين نوع المرض، ويقيم حكمه على أسباب سائغة، وتجري محكمة النقض على نقض الأحكام التي تقتصر على إثبات وقوع التصرف في أثناء مرض انتهى إلى الموت دون أن تبين نوع هذا المرض، وهل كان الهلاك غالبا فيه وقت حصول التصرف المطعون فيه، أي أنها تحتفظ لنفسها برقابة تكييف المرض الذي صدر التصرف في أثنائه بأنه مرض موت أم لا"[2].

---

[1]-انظر لأبو زهرة، المرجع السابق، ص 303-304.

[2]-سليمان مرقس، مرجع سابق، ج 7، ص 776-777.

الفرع الثالث: إثبات مرض الموت:

قال الدكتور السنهوري: "ومرض الموت بالشروط المتقدمة الذكر واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات؛ ومنها البينة والقرائن، وأكثر ما يثبت بالشهادات الطبية الدالة على حالة المريض في أواخر أيامه، كذلك يثبت بشهادة الشهود، وبتقصي حياة المريض في أيامه الأخيرة، وعلى الورثة الذين يطعنون بتصرف مورثهم بأنه صدر في مرض الموت يقع عبء إثبات المرض، ولما كانوا يعتبرون خلفا لمورثهم وليسوا غيرا من حيث ثبوت التاريخ، فان تاريخ التصرف العرفي يكون حجة عليهم كما هو حجة على مورثهم، فإذا كان التصرف مؤرخا تاريخا عرفيا في وقت ثبت أن المورث لم يكن فيه مريضا، كان هذا التاريخ العرفي حجة عليهم، و لكن لهم أن يثبتوا أن هذا التاريخ قد قدم عمدا لإخفاء أن التصرف قد صدر في مرض الموت، و أن التاريخ الذي صدر فيه التصرف متأخر عن التاريخ الصوري المذكور في التصرف، و يقع في وقت كان فيه المورث في مرض موته، فإذا أثبتوا ذلك –و لهم أن يثبتوه بجميع طرق الإثبات، لأنهم يثبتون غشا وواقعة مادية– أصبحوا من الغير من حيث سريان التصرف، و لم يعد التصرف الصادر من المورث يسري في حقهم إلا في حدود"[1].

---

[1]– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، د.ط، د.ت، ج 4 ص 321-322.

المطلب الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في القانون الوضعي:

استمد المشرع الجزائري أحكام مرض الموت من الشريعة الإسلامية، أما القانون الفرنسي فلا يعرف إلا بطلان التصرفات الصادرة من مريض في مرض الموت لصالح الأطباء والجراحين والصيادلة الذين يباشرون علاجه، وكذلك تبطل تصرفاته الصادرة لرجال الدين (م 909 مدني فرنسي)[1].

الفرع الأول: القواعد العامة في تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري:

وضع الشارع القواعد العامة في تصرفات المريض مرض الموت في المادة 776 مدني جزائري، وتتضمن هذه المادة قاعدتين: الأولى موضوعية، والثانية من قواعد الإثبات.

1-القاعدة الموضوعية: نصت الفقرة الأولى على أن: "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع، يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف"، ويقصد بسريان أحكام الوصية تطبيق أحكامها بعد وفاة المريض، إذ لا يعتبر المرض مرض موت إلا إذا اتصل به الموت فعلا، ومؤدى هذا النص هو أن تبرعات المريض تأخذ حكم الوصية فيما يتعلق بعدم نفاذها في حق الورثة فيما زاد على ثلث التركة

---

[1]-انظر محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، د ط، 2000، ص115.

إذا كانت لغير وارث، أما إذا كانت لوارث فإنها تتوقف كلها على إقرار الورثة، ذلك أن الوصية يحكمها قانون الأحوال الشخصية (م775 مدني جزائري)[1]، وقبل صدور هذا القانون[2] كانت تحكمها قواعد الشريعة الإسلامية؛ عملا بالمادة الأولى فقرة ثانية من القانون المدني الجزائري، وقد أجاز الشارع للإنسان أن يوصي للأجنبي بثلث ماله بعد إيفاء ما عليه من الديون، وليس للورثة أي اعتراض على الوصية بالثلث للأجنبي، ومن الناحية الأخرى فقد منع الشارع الوصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة.

2-أما قاعدة الإثبات: فقد وردت في الفقرة الثالثة، ونصها: "إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت، اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك".

"أي أن المشرع قد أنشأ قرينة قانونية بسيطة على أن كل تصرف يثبت وقوعه في مرض الموت يكون تبرعا، وبالتالي تسري عليه أحكام الوصية، ما لم يثبت المتصرف إليه أن التصرف لم يكن تبرعا بل بمقابل، وحينئذ لا تسري عليه أحكام المادة 776 بل يسري عليه حكم المادة 408 مدني جزائري الخاصة بالبيع في مرض الموت، ويجوز إثبات المعاوضة بكافة الطرق، ولو كانت قيمة العقد تجاوز نصاب البينة، وذلك وفقا للقاعدة العامة في إثبات عكس القرائن القانونية، ولا يجوز الإستناد في

---

[1]-انظر المرجع نفسه، ص217،

[2]-صدر قانون الأسرة في 9 رمضان 1404هـ، الموافق لـ6يونيو 1984م، أما القانون المدني الجزائري فصدر في 26 سبتمبر 1975م، ونشر في الجريدة الرسمية في 30 من نفس الشهر.

ذلك إلى نص العقد ذاته؛ ولو كان واردا فيه أن المتصرف قبض الثمن كله فور التعاقد، لأن المشرع بإنشائه القرينة المذكورة قد أهدر نص العقد في هذا الشأن، وأصبح يتعين إثبات المعاوضة بغير هذا النص"[1].

وشرط تطبيق هاتين القاعدتين هو أن يكون التصرف قد صدر في مرض الموت، إنما قد يتحايل العاقدان فيقدمان تاريخ العقد لجعله سابقا على بدء المرض، والفرض أن العاقد غير التاريخ، وفي هذه الحالة نصت المادة 2/776 على أنه: "على ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا"[2].

---

[1]– مرقس، مرجع سابق، ج 7ص784 بتصرف.

[2]– النص العربي للقانون المدني الجزائري أخطأ حين قصر الحكم على العقد فقال: "ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا"، مع أن تصرف المريض مرض الموت قد لا يكون عقدا، مثل الإبراء، فهو عندنا تصرف بإرادة منفردة يتم بمجرد وصول العلم إلى المدين، ولا يحتاج إلى قبول المدين صراحة م 305، على عكس القانون المدني الفرنسي الذي يعتبره عقدا، وإذن فإقتصار النص العربي على العقد خاطئ، وكان ينبغي أن يذكر التصرف حتى يشمل الإبراء، لا سيما وأن نص المادة 776 قد بدأ بكلمة تصرف، وكرر في صدر الفقرة الثانية ذكر التصرف...وذكر كلمة التصرف، ولذا فقد كان النص الفرنسي لهذه الفقرة موفقا حين ذكر كلمة (ACTE) التي تشمل العقد والتصرف، وهو الذي ينبغي العمل بمقتضاه دون النص العربي. انظر علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، د ط، 1992، ص239.

"وهذا النص لا يجعل الورثة من الغير بصفة مطلقة بحيث لا يحتج إطلاقا في مواجهتهم بتاريخ الورقة العرفية إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا، ولكنه يسمح لهم فقط بإثبات عدم صحة التاريخ، وبوقوع التصرف في مرض الموت، بجميع طرق الإثبات[1]، على أساس أن تغيير التاريخ قصد به التحايل على القانون، فإذا أثبت الورثة أن تاريخ الورقة العرفية غير صحيح، وأن التاريخ الحقيقي للتصرف يقع في مرض الموت، فإن ذلك يكفي لقيام القرينة التي قررها المشرع، والتي مؤداها أن التصرف قد تم على سبيل التبرع؛ ولو ذكر أنه على سبيل المعاوضة، ويأخذ بالتالي حكم الوصية.

ولكن هذه القرينة ليست قاطعة، فيجوز للمتصرف إليه أن يثبت أن التصرف ليس تبرعا، وأنه على سبيل المعاوضة، فإذا أثبت ذلك انتفت القرينة، وأصبح التصرف نافذا في حق الورثة ولو كان المال المتصرف فيه أكثر من ثلث التركة، ولكن زيادة في حماية حقوق الورثة، فإنه لا يكفي أن يثبت المتصرف إليه أن التصرف قد تم على سبيل المعاوضة، بل يجب كذلك أن يثبت أن المقابل في هذا التصرف معادل لقيمة الشيء المتصرف فيه" [2].

---

[1]- هذا استثناء من الأصل وهو أنه لا يجوز للمتعاقدين أو خلفهما إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة.

[2]-سمير تناغو، عقد البيع، القاهرة: الفنية للطباعة والنشر، د ط، د ت، ص 413-414.

لكن نصت المادة 777 مدني جزائري على قرينة قانونية هي أن: "يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها، إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته، ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك"، وهي قرينة بسيطة بجوز للمتصرف إليه أن يثبت عكسها، كأن يثبت أن الثمن المذكور في العقد ثمن حقيقي، أو أن الهبة كانت مقصودة لذاتها، فقصد بها أن تنتقل الملكية حال حياة الواهب دون أن تتجه إرادته إلى التحايل على قواعد الايصاء.

وشروط توافر هذه القرينة القانونية هي:

أولا: أن يكون التصرف لأحد الورثة، وتحدد صفة الوارث وقت وفاة المتصرف لا وقت انعقاد التصرف.

ثانيا: أن يحتفظ المتصرف -بأية طريقة كانت- بحيازة العين، والحيازة واقعة مادية يحوز إثباتها بكافة الطرق، والحيازة المقصودة هي مجرد الحيازة المادية، فلا يشترط توافر الركن المعنوي في الحيازة، ولا يلزم لتطبيق هذه القرينة أن يكون قد اتفق على منع المتصرف إليه من التصرف في العين.

ثالثا: أن يحتفظ المتصرف بحقه في الانتفاع بالعين مدى حياته، وذلك سواء كان حق الانتفاع حقا عينيا كأن يقتصر التصرف على ملكية الرقبة، أو كان حقا شخصيا، كأن يشمل التصرف الملكية التامة ولكن المتصرف إليه يعير العين للمتصرف لاستعمالها طوال حياته، ولا يكفي الانتفاع الفعلي، بل يجب أن يكون الانتفاع مستندا إلى مركز قانوني، أي أن لا

يكتفي المتصرف الذي يريد التحايل على قواعد الإيصاء مع الاحتفاظ لنفسه بمزايا الملكية بترك الأمر لمجرد حسن نية المتصرف إليه.

رابعا: وثمة شرط رابع، لم ينص عليه المشرع، ولكنه تقتضيه القواعد العامة، فيجب أن يكون التصرف المطعون فيه قد انعقد على الأقل في 5 يوليو 1975، وهو تاريخ نفاذ التقنين المدني الجزائري، أو في تاريخ لاحق، أما التصرفات السابقة فلا تنطبق عليها القرينة القانونية، وذلك هو ما يقتضيه تطبيق القواعد العامة في سريان القانون من حيث الزمان، فالقاعدة التي تضمنتها المادة 777 قاعدة جديدة، ليس لها مقابل في التقنين السابق، والمبدأ هو أنه ليس للقانون أثر رجعي إلا بنص، وتطبيق هذه القرينة على التصرفات السابقة على نفاذ التقنين المدني يكون تطبيقا رجعيا غير جائز، ويلاحظ أنه حتى بالنسبة للتصرفات السابقة فلا يوجد ما يمنع القاضي من أن يستخلص من ظروف الدعوة قرينة قضائية على قصد التحايل، إذ أن استخلاص القرائن القضائية من سلطة قاضي الموضوع، وذلك على عكس القرائن القانونية التي يتعين على القاضي اتباعها وإلا تعرض حكمه للنقض[1].

المراد بالوارث في مرض الموت:

المراد بالوارث في جميع أحكام المريض مرض الموت، هو من يكون وارثا وقت موت المورث، ولو لم يكن وارثا وقت البيع، أما من كان وارثا وقت البيع وأصبح غير وارث وقت موت المورث، فلا يعتبر

[1]-انظر محمد حسنين، مرجع سابق، ص 221-222.

وارثا في هذه الأحكام، فلو لم يكن للمورث وقت البيع من الورثة غير بنت وزوجة وأخت، ثم رزق بعد الموت مولودا ذكرا، اعتبر الابن وارثا ولو أنه لم يكن موجودا وقت البيع، ولم تعتبر الأخت الوارثة لأنها لا ترث وقت الموت، وإن كانت تعتبر وارثة وقت البيع، كذلك تقدر قيمة المبيع لمعرفة نسبة الثمن إليه وقت الموت لا وقت البيع، فلو باع المريض دارا بألفين ، وكانت قيمتها وقت البيع معادلة لهذا الثمن، ثم أصبحت قيمتها وقت الموت ألفين وخمسمائة، فإن البيع هنا يكون بأقل من القيمة بمقدار خمسمائة، وهذا بالرغم من أنه كان يمثل القيمة وقت البيع، وعلى العكس من ذلك لو كانت قيمة الدار وقت البيع ألفين وخمسمائة، ثم أصبحت ألفين وقت الموت، فإن البيع يكون بمثل القيمة"[1].

وإذا كانت جميع أحكام تصرفات المريض مرض الموت ترجع إما للبيع أو الوصية، يجدر بنا أن نبحث هذين الموضوعين تفريعا عما تقدم، اعتمادا على نصوص القانون الجزائري.

الفرع الثاني: بيع المريض مرض الموت ووصيته في القانون الجزائري:

أولا: الفرق بين البيع والوصية : الوصية تعرف عادة بأنها:"تصرف مضاف إلى ما بعد الموت".

"إذا كانت الوصية تشبه البيع من ناحية كونها تصرفا ناقلا للملكية، فإنها تختلف عنه من عدة وجوه، فبجانب أنها تصرف بالإرادة

---

[1]-السنهوري، مرجع سابق، ج4 ص329

المنفردة وليست عقدا، فهي تختلف عنه أيضا في أنها لا تؤدي إلى انتقال الملكية في الحال، بل بعد وفاة الموصي، فهي تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، كما أنه تؤدي إلى انتقال الملكية بغير مقابل، فالوصية من أعمال التبرع، وذلك بخلاف البيع فهو عقد معاوضة يعتبر الثمن من عناصره الجوهرية"[1].

ولعلنا من هنا نستطيع أن نجمل أهم الفروق بين البيع والوصية في النقاط الآتية:

أولا: في البيع يلتزم البائع بنقل الملكية أو الحق المالي، أما الوصية فليست ملزمة للموصي، وله أن يرجع فيها في أي وقت.

ثانيا: البيع عقد تمليك حال الحياة، والوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت.

ثالثا: في البيع يلتزم المشتري بدفع ثمن النقد، أما الوصية فهي غالبا تكون تبرعا.

رابعا: البيع عقد يتكون من توافق إرادتي البائع والمشتري، أما الوصية فتصرف يتم بالإرادة المنفردة للموصي، وترتب أثرها عند وفاته ولو لم يعلم بها الموصي له، وإن كانت ترتد برده لها.

ورغم ذلك فثمة أحوال يأخذ البيع فيها حكم الوصية[2].

ثانيا: البيع في مرض الموت في القانون المدني الجزائري:

---

[1]- محمد حسن قاسم، الموجز في عقد البيع، القاهرة : دار الجامعة الجديدة للنشر، دط، 1996، ص51.

[2]-انظر محمد حسنين، مرجع سابق، ص 215.

نص المشرع على أحكام بيع المريض مرض الموت في المادتين 408 و 409 مدني جزائري، وتطبيق هذه القواعد يقتضي أن يثبت أولا عكس القرينة التي نصت عليها المادة 3/776 بأن يكون المتصرف له قد أثبت أن العقد بيع وليس تبرعا.

فقد نصت المادة 408 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا باع المريض مرض الموت لوارث؛ فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة.

أما إذا تم البيع للغير في باقي الظروف؛ فإنه يعتبر غير مصادق عليه، ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال".

ومن هذا النص نستطيع لأن نميز بين حالتين:

أ-بيع المريض لوارثه ب-بيع المريض لغير وارثه.

1-بيع المريض لوارثه:

تنص الفقرة الأولى من المادة 408 على أنه:"إذا باع المريض مرض الموت لوارث؛ فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة"[1].

---

[1]- « la vente consentie par un malade; dans la période aiguë de la maladie qui à entraîné sa mort, à un de ses héritiers, n'est valable que si elle est ratifiée par les autres héritiers »

وإذن فهناك تعارض بين النصين، فالنص العربي لم يشترط ما اشترطه النص الفرنسي من أن يتم البيع في فترة حدة المرض، والنص العربي هو الصحيح، لأن الشريعة الإسلامية التي انفردت به، دون غيرها، حتى دون الشرائع الوضعية، بتفصيل أحكام مرض الموت، وتصرفات المريض مرض الموت تفصلا رائعا، لم تشترط أن يتم التصرف، أيا كان، أثناء اشتداد المرض، بل يكفي أن يتم التصرف في

ويستشف من نص هذه الفقرة أن بيع المريض مرض الموت لوارثه يكون صحيحا بين العاقدين، ولكنه غير نافذ في حق باقي الورثة إلا إذا أقروه، وبالنص على إقرار باقي الورثة للبيع، يكون المشرع الجزائري قد تفادى الخلط بين الإجازة والإقرار، فلفظ الإجازة يعبر عن التصوير الشرعي، ولا تكون الإجازة إلا من طرف في التصرف، أما لفظ الإقرار فإنه يعبر تصوير القانون الوضعي، والمقصود بالورثة الذين يثبت لهم حق إقرار التصرف الأشخاص الذين ينحصر فيهم إرث المتصرف وقت موته -كما سبق- .

ولا يعتد بإقرار الورثة السابق على موت المتصرف، ولو دونوه كتابة في ذيل المحرر المثبت لتصرف المريض، لأن حقهم في الإرث، وبالتالي في إقرار تصرفات مورثهم، لا يثبت لهم إلا بعد موت الأخير، ولا يجوز لهم النزول عن هذا الحق قبل قيامه، ويشترط في صحة إقرار الورثة تصرفات مورثهم الصادرة منه في مرض موته، فوق صدور هذا الإقرار بعد موته، أن يكون الورثة من أهل التبرع، عالمين بما يجيزونه، فيجب أن يكون الوراث المقر عاقلا بالغا رشيدا، وإلا فإنه لا يكون أهلا للتبرع ويقع إقراره باطلا بطلانا مطلقا، لأنه إسقاط دون مقابل لحق ثابت

أي وقت من بدء المرض حتى نهاية المريض، لا سيما وأن هناك حالات ألحقت بمرض الموت ليس فيها مطلقا مرضا، مثل المحكوم بالإعدام، وإذن فشرط حدة المرض الذي ورد بالنص الفرنسي، شرط خاطئ ومخالف لأحكام الشريعة الإسلامية، وينبغي العمل بالنص العربي الخالي من هذا الشرط. انظر على علي سليمان، المرجع السابق، ص 220، وراجع م 204 من قانون الأسرة الجزائري.

في التركة، فلا يصح إن يكون الوارث المقر صبيا، أو مجنونا، أو محجورا عليه، أو أن يكون هو نفسه مريضا مرض الموت لا تنفذ إجازته إلا في حدود ثلث تركته بغير إجازة ورثته[1]، ويجب أن يكون الإقرار صادرا من الوارث عن بينة من الأمر، أي أن يكون الوارث عالما بأن تصرف مورثه غير نافذ في حقه بسبب صدوره في مرض الموت، وأنه يملك التمسك بعدم نفاذه وعدم إقراره، وإلا كان الإقرار قابلا للإبطال[2].

فإذا أقر الورثة التصرف صار نافذا في حقهم كما لو كان صادرا من مورثهم حال صحته، وإن لم يقروه اعتبر التصرف باطلا.

2-بيع المريض لغير وارث:

تنص الفقرة الثانية من المادة 408 من القانون المدني الجزائري على أنه: "أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف؛ فإنه يعتبر غير مصادق عليه، ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال".

ويستنتج من نص هذه الفقرة أن المشرع الجزائري قد جعل البيع لغير وارث في مرض الموت قابلا للإبطال ما لم يكن مصادقا عليه، ونجد أن هذه الفقرة تتسم باللبس والغموض، فلم يذكر المشرع الشروط

1-انظر السنهوري، المرجع السابق، ج4 ص 331 هامش 2.

2- انظر سليمان مرقس، المرجع السابق، ص573.

التي تجعل البيع قابلا للإبطال، ولم يحدد ما إذا كان البيع بأقل من القيمة، أو بدون ثمن أصلا، أو إذا كان محاباة تجاوز ثلث التركة[1].

وبسبب هذه المادة وجهت للقانون المدني الجزائري انتقادات لاذعة أهمها ما ذكره الدكتور علي علي سليمان إذ قال:"أما الفقرة الثانية من المادة 408 فقد جاء نصها العربي كما يلي: "أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه، ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال"، وعبارة "غير مصادق عليه" ليست معروفة في القانون المـــدني، وهي تتعارض مع العبارة الواردة في النص الفرنسي لهذه الفقرة، التي تقول (Sans consentement) أي بدون رضا صحيح، وعلى كل حال، وعلى الرغم من التعارض بين النصين في هذه العبارة، فان كلا النصين خاطئ، لأن تصرف المريض مرض الموت لأجنبي ينفذ ي حدود الثلث دون حاجة إلى إجازة الورثة، طبقا لنص المادة 185 من قانون الأسرة، التي تقضي بما يلي: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث توقف على إجازة الورثة"، وبما أن المادة 776 من القانون المدني تنص على أن: "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت، بقصد التبرع، يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف"، فإن البيع في مرض الموت يأخذ حكم الوصية، يضاف إلى

1- راجع في تفصيل هذه الأمور في القانون المدني المصري السنهوري، المرجع السابق، ج4ص325 وما بعدها.

هذا التعارض بين النصين العربي والفرنسي، أن النص الفرنسي قد أخطأ في إرجاع قابلية التصرف للإبطال إلى انعدام الرضا، إذ أن المريض مرض الموت يتصرف بالبيع برضاء تام لا عيب فيه، وإنما يرجع عدم نفاذ التصرف فيما زاد على الثلث فقط بدون إقرار الورثة إلى تعلق حقوقهم بثلثي التركة، وتصرف المريض مرض الموت فيما زاد على الثلث يكون ضارا بحقوقهم في الإرث، فحماية لحقوقهم، منحهم القانون الحق في إقرار التصرف أو في عدم إقراره"[1]، قال -حفظه الله- في موضع آخر انتقد فيه أيضا القانون المدني الجزائري في هذه المادة: "ننتهي من هذا كله بأن نص الفقرة الثانية من المادة 408 خاطئ، سواء في النص العربي أو في النص الفرنسي، كما أن النصين متعارضان، ولذا فينبغي عند إعادة النظر في المادة 2/408 أن تعاد صياغتها على النحو التالي: "أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف، فإنه ينفذ في حدود الثلث، وما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة"، وأن تكون الترجمة الفرنسية متفقة مع هذا النص العربي، وبهذا التعديل يتفق حكم القانون المدني مع حكم قانون الأسرة، ومع الرأي المجمع عليه في الفقه الإسلامي وفي القوانين العربية الأخرى"[2].

1-علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 221-222 وانظر تفصيل المسألة أيضا في ص 128-133 و ص 273-275.

2-المرجع نفسه، ص 132-133.

3-حماية الغير حسن النية:

هناك حالتان لا ينفذ فيهما تصرف المريض في حق الورثة إلا بإجازتهم:

أ-إذا كان التصرف بغير ثمن أصلا، وكانت قيمة العين تزيد على ثلث التركة.

ب-أو باع بأقل من القيمة بما يجاوز ثلث التركة.

ففي هاتين الحالتين إذا لم يجز الورثة، ولم يرد المتصرف إليه إلى التركة ما يفي لتكملة ثلثيها، كان للورثة أن يستوفوا من العين التي تصرف فيها المريض ما يفي بتكملة ثلثي التركة، وإذا تبرع المتصرف له بالعين جاز للورثة أن يتتبعوا العين في يد المتبرع له، وأن يستوفوا منها حقهم [وذلك ما لم تكن العين منقولا وقد حازه المتبرع له بحسن نية]، أما إذا كان المتصرف له قد تصرف في العين معاوضة لا تبرعا، بأن باعها مثلا من شخص آخر، فإن الورثة لا يستطيعون تتبع العين في يد المشتري إذا كان حسن النية، أي إذ كان المشتري لا يعلم وقت أن اشترى العين أن للورثة حقا فيها، بل كان يعتقد أنها ملك خالص للبائع[1]، وتقول المادة 409 من القانون المدني الجزائري: "لا تسر ي أحكام المادة 408 على الغير الحسن النية إذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع"، ولا يبقى للورثة في هذه الحالة إلا الرجوع بحقهم على من

1-أما إذا كان المشتري سيء النية، كأن أعلنه الورثة قبل أن يقدم على الشراء بعد إجازتهم لتصرف المريض، لم يجز له أن يطلب الحماية. انظر السنهوري، مرجع سابق، ج4 ص334.

تصرف له المريض، والحكم لا يتغير فيما إذا كان المتصرف له قد رهن العين أو رتب عليها حق ارتفاق أو حق انتفاع، أو أي حق عيني آخر، وكان من تلقى الحق العيني حسن النية، فيجب في هذه الخالة أن يحترم الورثة هذا الحق العيني، ولا يستوفوا من العين حقهم إلا وهي محملة بهذا الحق[1].

ثالثا: وصية المريض مرض الموت في القانون الوضعي:

1-الوصية في القانون الفرنسي:

"حق الإيصاء قد استقر الرأي في الفقه الفرنسي -إلى يومنا هذا- على اعتباره حقا مطلقا تقديريا، أي خاضعا لمحض تقدير الموصي، يتصرف فيه كيف يشاء، ولا مسؤولية عليه في استعماله، ولو تمحض للإضرار بالورثة، ويبرر ذلك عادة، بأن حق الإيصاء هو التعبير أو المظهر الأسمى للشخصية الإنسانية، مما يجعله حقا مقدسا، خاصة وأن رقابة القضاء لا يتصور فرضها في شأن تصرف بالإرادة الأخيرة للشخص قبل وفاته، لأن صاحب هذه الإرادة لم يعد موجودا للدفاع عن تصرفه، فيجب إذن أن نوفر قداسة معينة لإرادة من ماتوا، ترفعها عن مجال الجدل والرقابة"[2].

1-انظر المرجع السابق، ص 334-335.

2- الدريني، مرجع سابق، ص112-113.

2-وصية المريض مرض الموت في القانون الجزائري:

أحكام الوصية أدرجها المشرع الجزائري في قانون الأسرة، فقد نصت المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"، ثم جاءت المادة 185 من قانون الأسرة محددة الجزء الموصي به من التركة ووضعت حكما لما بقي من التركة فقالت: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث توقف على إجازة الورثة"، والشريعة الإسلامية التي استمد منها القانون الوضعي أحكام تصرفات المريض مرض الموت تفترض الوصية دائما في كل تصرف صادر في مرض الموت، بحيث أن الوارث يجب عليه فقط إثبات مرض الموت، ويترتب عليه حتما افتراض الوصية بغير تقديم الدليل عليها، ويرون قبول الدليل على عكسها، فحالة مرض الموت ليست حالة استثنائية، بل هي تطبيق للقاعدة العامة، وهي أن الوصية يجب أن تأخذ حكمها مهما حاول المورث سترها بإعطائها أي اسم آخر ووضعها في صورة التصرف المنجز حال الحياة.

3-التصرفات التي تسري عليها أحكام الوصية:

الحالة الأولى: التصرفات الصادرة من المورث في مرض الموت: نصت المادة 776 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع، يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف"، فالتصرف الصادر من المورث في مرض الموت، ويكون مقصودا به التبرع، يعتبره القانون

وصية مستترة، وتسري عليها أحكام الوصية، وبذلك تحمي الورثة، إذ أن هذا التصرف لا ينفذ في حقهم في ما زاد على ثلث التركة إلا إذا أجازوه، ولكي تسري أحكام الوصية يجب أن يتوافر في التصرف شرطان

أ-أن يكون التصرف صادر في مرض الموت: هنا النص عام ولا يقتصر على البيع، بل هو يشمل كل تصرف صدر في مرض الموت أيا كانت التسمية التي أعطيت لهذا التصرف، ومن ثم يدخل -إلى جانب البيع- الهبة والإقرار والإبراء وغير ذلك من التصرفات، فإذا وهب المورث عينا، أقر بدين عليه، أو أبرأ مدينا له، وصدر التصرف والمورث في مرض الموت، سرت على هذا التصرف أحكام الوصية، فلا تنفذ الهبة ولا الإقرار بالدين ولا الإبراء من الدين إلا في ثلث التركة، ما لم يجز الورثة ما يجاوز الثلث في كل ذلك.

ب-أن يكون التصرف مقصود به التبرع: ويجب أيضا أن يكون التصرف الصادر من المورث في مرض الموت قد قصد به التبرع، ذلك أنه من المحتمل -وإن كان هذا نادرا- أن يكون المورث قد تصرف في مرض موته معاوضة لا تبرعا، وأكثر ما يقع ذلك في عقد البيع، فإن كان الثمن لا محاباة فيه فإن البيع ينفذ في حق الورثة وتسري عليه أحكام البيع لا أحكام الوصية، أما إذا كان في الثمن محاباة، فإن هذه المحاباة وحدها هي التي تسري عليها أحكام الوصية[1].

---

[1]-انظر السنهوري، مرجع سابق، ج9 ص 221-224.

الحالة الثانية: التصرفات التي يحتفظ فيها المورث بحيازة العين وبحقه بالانتفاع بها مدى حياته[1]: وهذه الحالة نصت عليها المادة 175 من القانون المدني الجزائري وقد سبق ما يتعلق بها من أحكام.

المطلب الثالث: تصرفات المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي:

الفرع الأول: أهلية المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي:

يقول الدكتور السنهوري: "وإذا كان التصرف الذي يصدر في مرض الموت مقيدا، فسبب التقييد لا يرجع إلى أهلية المريض، ولا إلى عيب في إرادته فالمريض في مرض الموت لا يفقد أهليته، بل ولا تنتقص هذه الأهلية، فما دام حيا حافظا لقواه العقلية، فإنه يبقى متمتعا بأهليته الكاملة إلى آخر لحظة من حياته، ولو وقع أن المرض أفقده التمييز، فإن التصرف الذي يصدر منه وهو في هذه الحالة يكون باطلا لانعدام التمييز، ولا يقتصر الأمر فيه على أن يكون تصرفا غير نافذ في حق الورثة لصدوره في مرض الموت، وإنما يرجع تقيد التصرف في مرض الموت إلى تعلق حق الورثة بأموال المريض من وقت المرض، فإنه من المقرر في الفقه الإسلامي أن حق الورثة يتعلق بأموال مورثهم، لا من وقت موته فحسب، بل من وقت المرض الذي يموت فيه، فإذا صدرت منه تصرفات تنطوي على تبرع في هذا المرض، كان لهذه التبرعات حكم الوصية، ذلك أن المريض وهو على شفا الموت إذا تبرع بماله، فإنما يقصد أن ينقل هذا المال إلى غيره بعد موته، لا في المدة المحدودة القصيرة التي

---

[1]-انظر المرجع السابق، ج9 ص225.

تقدر له الحياة فيها، ولا يستطيع إنسان أن ينقل ماله بعد موته بتصرف إرادي، إلا إذا كان ذلك عن طريق الوصية بقيودها المعروفة، فكل تبرع يصدر في مرض الموت يتقيد إذن بقيود الوصية، وحتى المعاوضات إذا انطوت على تبرع، كأن يبيع بثمن أقل من قيمة المبيع، يكون لها هي أيضا في القدر المحابي به حكم الوصية، ومؤدى ذلك أن التصرف الصادر في مرض الموت إذا انطوى على تبرع فيما يجاوز ثلث التركة لا يكون باطلا ولا يكون قابلا للإبطال، بل يكون فما جاوز ثلث التركة غير نافذ في حق الورثة، فهو تصرف صحيح، لكنه لا ينفذ في حق الورثة إلا بإجازتهم، فإذا لم توجد ورثة نفذ التصرف في كل المال"[1].

لذا يقرر الفقهاء أن المريض مرض الموت له أهلية وجوب في الحقوق تثبت له، وتثبت عليه كاملة غير منقوصة ولذلك فمرض الموت "لا ينافي أهلية الحكم، أي ثبوت الحكم ووجوبه على الإطلاق، سواء كان من حقوق الله تعالى كالصلاة والزكاة، أو من حقوق العباد كالقصاص ونفقة الأزواج والأولاد والعبد، ولا أهلية العبارة [أي أهلية الأداء] لأنه لا يخل بالعقل، ولا يمنعه عن استعماله، حتى صح نكاح المريض وطلاقه وإسلامه، وانعقدت تصرفاته، وجميع ما يتعلق بالعبارة، ولما لم يكن المرض منافيا للأهليتين، كان ينبغي أن تجب على المريض العبادات كاملة كما تجب على الصحيح، وأن لا يتعلق بماله حق الغير، ولا يثبت الحجر عليه بسببه، لكنه لما كان سبب الموت بواسطة ترادف الآلام

---

[1] السنهوري، االمرجع نفسه، ج4 ص 323-324

والموت عجز خالص حقيقة وحكما ليس فيه نشوب القدرة بوجه، كان لمرض من أسباب العجز، أي موجبا له بزوال القوة وانتقاصها، ولما كان الموت علة لخلافة الورثة والغرماء في المال، لأن بالموت يبطل أهلية الملك فيخلفه أقرب الناس إليه، والذمة تخرب بالـــموت، فيصير المال – الذي هو محل قضاء الدين– مشغولا بالدين فيخلفه الغريم في المال، كان المرض من أسباب تعلق حق الوارث والغريم بماله في الحال، لأن الحكم يثبت بقدر دليله، ولأن التعلق لما ثبت للموت حقيقة، يستند هذا الحكم إلى أول المرض لأن الحكم يستند إلى أول السبب ... ثم لكون المرض من أسباب تعلق حق الوارث والغريم بالمال، كان من أسباب الحجر على المريض، بقدر ما يقع به صيانة الحق، أي حق الوارث والغريم، وهو مقدار الثلثين في حق الوارث لتعلق حقه بهذا القدر، وجميع المال في حق الغريم إذا كان الدين مستغرقا، حتى لا يؤثر المرض، أي في الحجر فيما لا يتعلق به حق غريم، مثل ما زاد على الدين، ولا وارث مثل ما زاد على ثلثي ما بقي من الدين، أو على ثلثي الجميع إن لم يكن عليه دين، ومثل ما يتعلق به حاجة المريض كالنفقة وأجرة الطبيب والنكاح بمهر المثل وغيرها"[1].

ومن هنا "فالمريض بمرض الموت في أثناء مرضه ليس لأحد عليه من سلطان، وإنما ينظر في تصرفاته بعد وفاته، فإن كانت تمس حق

1–علاء الدين البخاري، كشف الأسرار على أصول البزدوي، تحقيق: عبد الله محمود محمد عمر، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1997، ج4 ص 426-427 بتصرف.

الورثة ... كان لهم الاعتراض عليها ونقضها، أو كانت موقوفة على إجازته، لأنه يتبين أن التصرفات تمسهم، وليس لهم الاعتراض في حياته، لأن المرض لا يتبين أنه مرض موت، إلا إذا اتصلت به الوفاة فعلا، وليس لهم الاعتراض قبل تحقق السبب المنشئ لحق الاعتراض، وكذلك الدائنون ليس لهم الحق العيني في أموال المريض إلا إذا ثبت أن المرض مرض موت بأن اتصل الموت به، وفي حال حياته ليس لهم الاعتراض، إلا بقدر ما للديون في ذاتها من قوة، من غير نظر إلى مرض المدين أو سلامته"[1]، غير أننا نرى أحيانا حق المريض يغلب في التصرف فيجوز، وأحيانا نرى حق الدائنين في استيفاء ديونهم يغلب فيمنع، وإن لم تكن عليه ديون مستغرقة للتركة يغلب حق الوارث في حماية ثلثيه من تبرعات تتجاوز الثلث إليها، ولذا يكون الحجر على التصرف الذي يظن أنه يمس الدائن والوارث، وليس فيه سد حاجة شخصية للمريض، فتلك الدائرة هي موضع الحجر، والمنع، وهي دائرة مرنة غير واضحة الحدود والمعالم، ولقد كان ذلك دافعا لأن تجعل الشريعة أكثر أحكام المريض للاحتياط، واتخذت الشبهة في بعض هذه الأحكام ذريعة للمنع، فالتصرفات الجائزة التي لا تحتاج إلى إجازة الورثة هي التصرفات التي لا تعد من التصرفات المالية، وإن جاء المال فيها تبعا، والتصرفات المالية التي تكون إشباعا

---

[1]- محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، القاهرة: دار الفكر العربي، دط، دت ص13 بتصرف.

لحاجة من حاجاته الحيوية، والتصرفات التي لا تمس رأس مال التركة ولكن تمس منافعها أو أرباحها[1]، " وعلى ذلك لا يكون قابلا للنقض:

أ-النكاح والخلع، ولو ترتب عليهما مغارم مالية، ولكن على ألا يتجاوز المهر مهر المثل، وألا يزيد بدل الخلع على ثلث المال، فإن تجاوز المهر مهر المثل لا ينقض النكاح، ويجب مهر المثل فقط، وإن تجاوز بدل الخلع ثلث المال لا ينقض الخلع، ولكن لا يجب بدلا إلا الثلث.

ب-ولا يكون قابلا للنقض شراء الأدوية وحاجاته التي لا يستغني عنها، ما لم تكن فيها محاباة، فإذا خلت من المحاباة، بأن اشتراها بقيمتها أو بغبن يسير يتغابن الناس في مثله عادة، فالتصرف نافذ غير قابل للنقض، فإن كان في التصرف محاباة بغبن فاحش لا يتغابن فيه الناس عادة، كان ذلك تبرعا قابلا للنقض من الدائنين ومن الورثة كل لحفظ حقه.

ج-وليس من مواضع الاعتراض وطلب النقض، العقود الواردة على المنافع كالإجارة والإعارة، لأن حق الورثة والدائنين يتعلق بالأعيان نفسها لا بمنافعها، ولأنه بمقتضى المذهب الحنفي عقود المنافع لا تبقى بعد موت المؤجر، بل تفسخ الإجارة والإعارة، وعلى مقتضى المذاهب التي تبقي الإجارة بعد وفات المؤجر يسري على الإجارة النافذة بعد الوفاة ما يسري على عقد البيع من حيث ما يكون فيها من محاباة"[2].

---

[1]-انظر أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، ص 310.

[2]-أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، ص 14-15.

الفرع الثاني: الأحكام العامة لتصرفات المريض مرض الموت:

التصرفات المالية للمريض مرض الموت التي تقبل الفسخ كالهبة والوصية والبيع والشراء والصدقة والوقف، ذات أحكام متشعبة، نكتفي بذكر قواعدها العامة، وهي:

أ-هذه التصرفات إن كانت لوارث لا تنفذ إلا بإجازة الورثة، سواء أكانت تبرعا صرفا أم عقد مبادلة فيه محاباة إذ المبادلة لا محاباة فيها قط؛ بيد أنه يلاحظ أمران:

أولهما: أنه إذا كان التصرف بيعا بالقيمة بلا محاباة يسيرة أو كثيرة فقد أجازه الصاحبان، ولو لم يجزه الورثة، وأبو حنيفة لم يجزه وسيأتي تفصيل ذلك.

ثانيهما: أنه إذا كان التصرف وقفا يخرج من الثلث، فإن كان لوارث، فإن أصل الوقف ينفذ، ولكن لا تصرف الغلة للوارث إلا إذا أجاز الورثة، وتصرف لهم على حسب الميراث إذا لم يجيزوا، ويستمر الحكم كذلك ما دام الوارث حيا، فإذا انتقل الاستحقاق إلى غيره كانت الغلة له، ولم يكن للورثة شيء ، لأن محاباة الوارث بقدر استحقاقه في الوقف فشاركوه فيه أو أجازوه، وإذا انتقل الاستحقاق لغيره لم يكن لهم فيه أي حق، لبعد المحاباة، والوارث الذي لا تصح محاباته هنا هو الوارث في باب الوصية، وهو الوارث بالفعل عند الوفاة[1].

[1]-انظر أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، ص 315-316.

ب-إذا كانت التركة مستغرقة بالديون، وفيها سداد لها أو لم يكن، وحق الدائنين في هذه الحال أن تسلم قيمتها لهم، فكل تصرف حدث في أثناء المرض لا يمس القيمة في جملتها فهو نافذ، وإن لم يجيزوه، وكل تصرف بمسها فهو غير ملزم لهم، بل لهم نقضه بعد وفاته، فكل تبرعاته قابلة للنقض منهم، ولا تلزمهم، وكذلك كل بيع أو شراء فيه غبن ولو كان يسيرا، لهم حق فسخه إلا إذا زاد المشتري أو نقض البائع بما يزيل الغبن، لأن حقهم تعلق بالقيمة المالية فيجب أن تسلم لهم، وإذا باع أو اشترى بلا غبن لم يكن لهم أن ينقضوه، لأن حقهم متعلق بالقيمة وقد سلمت لهم، فلا وجه لاعتراضهم ونقضهم ما أبرم.

ولا شأن للورثة للتركة إذا كانت مستغرقة بالدين على تفصيل في ذلك، بيد أنهم إذا أرادوا استخلاصها بقيمتها، وكانت مساوية للدين أجبر الدائنون على أخذ القيمة وتسلم الترك، وإن كانت قيمة التركة أقل كان لهم استخلاصها بأداء الدين كله، وليس لهم استخلاصها بقيمتها جبرا، لأن للدائنين الحق في استيفاء ديونهم كاملة، وليس لأحد أن يجبرهم على نقصها، وعساهم يبقون التركة حتى يستطيعوا بيعها في وقت تعلو فيه قيمتها، ويكون فيها وفاء لديونهم.

ج-إذا كانت التركة مدينة بدين غير مستغرق، ومن حق الورثة أن يسلم ثلثا قيمة التركة بعد الدين، فكل تصرف للمريض يمس هذين الثلثين بتبرع أو محاباة فللورثة نقضه بعد وفاته، أو هو يتوقف في نفاذه على إجازتهم من بعد الوفاة، وعلى ذلك يكون كل عقد مبادلة نافذ من غير حاجة إلى إجازة الورثة إذا لم تكن فيه محاباة أصلا، ولا يدخل في المحاباة التصرف

مع الغبن اليسير، وكذلك إذا كان فيه محاباة وكانت المحاباة لا تجاوز الثلث، فإن تجاوزت الثلث كان لهم نقضه، أو توقف على إجازتهم على اختلاف الفقهاء في التعبير"[1].

الفرع الثالث: تكييف حق الورثة في أموال المورث وقت مرض الموت:

1-المطلقة طلاقا بائنا في مرض الموت

"قد اختلف فقهاء الإسلام في تكييف حق الورثة الذي يتعلق بأموال مورثهم وقت مرض الموت، فذهب بعضهم إلى إنه حق ملكية كامل يثبت بمجرد المرض، وذهب آخرون إلى أن حق الملكية إنما يكون عند الموت ولكنه يستند إلى وقت بدء المرض، وذهب فريق ثالث إلى أن حق الورثة وقت المرض ليس حق ملكية بل هو حق خلافة أو إرث، ويظهر أثر ذلك في المطلقة دون رضاها طلاقا بائنا في مرض الموت، ومات مطلقها في العدة.

وقد اختلف الفقهاء في توريثها على أقوال، ولا يرجع اختلافهم في هذه المسالة إلى نصوص من كتاب أو سنة إذ لم يرد فيها آية ولا حديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، وإنما مرد ذلك إلى اختلافهم في النظر والاجتهاد، وإلى اختلاف ما نقل في ذلك من آراء عن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أو تابعيهم، في وقوع الطلاق أو عدم وقوعه، وفي ثبوت التوارث مع وقوعه أو عدم ثبوته.

1-محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، ص13-14 بتصرف.

قال ابن رشد: "وأما المريض الذي يطلق طلاقا بائنا ويموت من مرضه، فإن مالكا وجماعة يقول ترثه زوجته، والشافعي وجماعة لا يورثها، والذين قالوا بتوريثها انقسموا ثلاث فرق، ففرقة قالت لها الميراث مادامت في العدة، وممن قال بذلك أبو حنيفة وأصحابه والثوري، وقال قوم: لها الميراث ما لم تتزوج، وممن قال بهذا أحمد بن حنبل وابن أبي ليلى، وقال قوم: بل ترث كانت في العدة أم لم تكن، تزوجت أم لم تتزوج وهو مذهب مالك والليث، وسبب الخلاف اختلافهم في وجوب العمل بسد الذرائع، وذلك أنه لما كان المريض يهم في أن يكون إنما طلق في مرضه زوجته ليقطع حظها في الميراث، فمن قال بسد الذرائع أوجب ميراثها، ومن لم يقل بسد الذرائع ولحظ وجوب الطلاق لم يوجب لها ميراثا"[1].

ويمكن القول بأن توريث المبتوتة في مرض الموت، كان ضمن دائرة إعمال الباعث غير المشروع في إثر خاصة التصرف، وهو جزاء فرضه المشرع، أساسه العمل بالمصلحة، وأنتجه إعمال الباعث غير المشروع في إثر التصرف الذي كان غاية لذلك الباعث، لذلك نجد أصحاب النزعة الذاتية يعملون الباعث غير المشروع في هذا التصرف لذلك نجد الإمام مالك يذهب إلى توريثها ولو انقضت عدتها، بل ولو تزوجت من غيره كما نجد الإمام أحمد بن حنبل يقول بتوريثها ما لم تتزوج، كما ذهب إلى توريثها الإباضية إذا كان الباعث على طلاقها

---

[1]- ابن رشد الحفيد، بداية الامجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، بيروت: دار الجيل، ط1، 1989، ج2 ص 137-138.

حرمانها من الميراث[1]، أما الحنفية قالوا بتوريثها[2]، استنادا إلى قاعدة الاستحسان الذي سنده المصلحة، أو أخذا بفتوى عثمان رضي الله عنه، أو بهما معا، وبذلك نجد الحنفية خففوا من نظرتهم الموضوعية نزوعا إلى الذاتية باعتبارهم لقاعدة الاستحسان.

أما الإمام الشافعي فذهب إلى عدم توريثها في الطلاق البائن[3] ووافقه في ذلك ابن حزم الظاهري[4]، وذلك موافقة لنزعتهم الموضوعية، وعدم اعتدادهم بالباعث غير المشروع.

2-البيع في مرض الموت:

قال الإمام البخاري الحنفي رحمه الله: "بيع المريض من الوارث شيئا من أعيان التركة لا يصح أصلا عند أبي حنيفة -رحمه الله- سواء كان بمثل

---

[1]-انظر محمد بن يوسف بن عيسى اطفيش، شرح النيل وشفاء العليل، جدة: مكتبة الإرشاد، دط، 1332هـ.، ج7 ص497.

[2]-انظر في أدلتهم وتفصيل رأيهم علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، القاهرة. دط،1322هـ، ج3 ص 218-220.

[3]-انظر محمد بن إدريس الشافعي، الأم، القاهرة: المطبعة المصرية، دط، 1321هـ، ج3 ص 270.

[4]-انظر علي بن أحمد بن حزم، المحلى، المطبعة المنيرية، دط،1352هـ، ح 10 ص258.

القيمة أو لم يكن، وعندهما يصح بمثل القيمة لأنه ليس في تصرفه إبطال حق الورثة عن شيء مما بتعلق حقهم به وهو المالية، فكان الوارث والأجنبي فيه سواء، يوضحه أنه كما كان ممنوعا من الوصية للوارث، كان ممنوعا من الوصية بما زاد عن الثلث للأجنبي، ثم البيع بمثل القيمة من الأجنبي في جميع ماله صحيح، ولا يكون ذلك وصيته بشيء فكذلك مع الوارث، وأبو حنيفة –رحمه الله– يقول إنه آثر بعض ورثته بعين من أعيان ماله بقوله، وهو محجور عن ذلك لحق سائر الورثة فلا يجوز، كما لو أوصى بأن يعطى أحد ورثته هذه الدار لنصيبه من الميراث، وهذا لأن حق الورثة كما يتعلق بالمالية يتعلق بالعين فيما بينهم، حتى لو أراد بعضهم أن يجعل شيئا لنفسه بنصيبه من الميراث، لا يملك ذلك بدون رضاء سائر الورثة، فكما أنه لو قصد إيثار البعض بشيء من المالية رد عليه قصده، فكذلك إذا قصد إيثاره بالعين، فلذلك يمتنع بيعه منه بمثل القيمة وبأكثر، بخلاف الأجنبي فإنه غير ممنوع من التصرف معه فيما يرجع إلى العين، وإنما يمنع من إبطال حق الورثة عن ثلثي ماله، وليس في البيع بمثل القيمة من الأجنبي إبطال حق الورثة بشيء من ماله، وتبين بما ذكرنا أن البيع من الوارث إيصاء له صورة من حيث أنه إيثار له بالعين، وإن لم يكن إيصاء معنى لاسترداد العوض منه بقضية عقد المعاوضة فلذلك لا يصح"[1].

[1]–علاء الدين البخاري، مرجع سابق، ج4 ص429–430.

قال الإمام أبو زهرة شارحا قول الإمام البخاري هذا: " أما حق الورثة في الخلافة فإنه يكون بعد الديون في الرتبة، وهو يتعلق بثلثي التركة بعد الدين لا بالتركة كلها، وأما بالنسبة لتعلقه بالمالية أو بالذات فقد اختلف في ذلك الإمام أبو حنيفة مع الصاحبين، فقد قال الصاحبان إنه كحق الغرماء متعلق بمالية التركة لا بأعيانها وذواتها في مدة مرض الموت، سواء كان ذلك بالنسبة للأجنبي أم بالنسبة للورثة، ولذلك يصح عندها أن يبيع المريض مرض الموت ماله لبعض ورثته بمثل القيمة، لأن ذلك لا يمس حق الورثة، إذ حق الورثة في سلامة المالية في ثلثي التركة، وذلك يثبت بالبيع بمثل القيمة من غير غبن مطلقا بلا فرق بين أن يكون البيع لوارث أو غيره، وقال أبو حنيفة يتعلق حق الورثة بالمالية بالنسبة لتصرفات المريض لغير الورثة، أما بالنسبة لتصرفه مع الورثة فحقهم متعلق بالمالية وذات التركة، أو كما يعبر الفقهاء – متعلق بالأموال صورة ومعنى– وذلك لأن حقهم في الاعتراض على تصرف المريض مع الأجنبي لكي يضمنوا سلامة ثلثي التركة لهم، وثلثا التركة يقدران بالقيمة، فصار الحق متعلقا بقيمة التركة أي بمعناها أو بماليتها، لا بصورتها وأعيانها، أما حقه في الاعتراض على تصرفه مع الوارث – وهو مريض مرض الموت– فسببه أن يضمنوا أنه لم يؤثر بعض الورثة على بعض بعد وفاته، لأن الله سبحانه وتعالى وزع المواريث في كتابه، وكل من قصد غير ما في كتاب الله تعالى رد عليه قصده، وإن الإيثار

كما يكون بالمحاباة بالعطاء من غير عوض يكون بأعيان يختارها له، ولو كانت بقيمتها"[1].

هذا رأي الحنفية في التصرف بالبيع، أما الحنابلة فإنهم ذهبوا إلى أنه إذا عاوض المريض أجنبيا أو بعض ورثته بجميع ماله صح، إذا كان بثمن المثل، وعندهم رأي آخر، وهو أن يقف على الإجازة، لأن في الأعيان فرضا صحيحا، وكما لا يجوز إبطال حق الوارث في قدر حقه، فلا يجوز إبطاله في عين حقه[2]، والأول هو الراجح عندهم.

أما إذا لم يكن بثمن المثل، بل بأقل منه، فإنه محاباة عندهم، والمحاباة في المرض عندهم على أقسام: منها المحاباة في البيع والشراء، وهي لا تمنع صحة العقد عندهم، لقوله تعالى: **(وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا)**[3]، ولأنه تصرف صدر من أهله في محله، فصح كما يصح منة الصحيح، فلو باع في مرضه عينا، لا يملك غيرها بعشرة آلاف دينار، وكانت قيمتها ثلاثين ألف دينار، فقد حابى المشتري بثلثي ماله، وليس له المحاباة بأكثر من الثلث، فإن أجاز الورثة ذلك لزم البيع، وإن ام يجيزوا فاختار المشتري فسخ البيع فله ذلك، وإن اختار إمضاء البيع، فالصحيح عند ابن قدامة، أنه يأخذ نصف المبيع بنصف الثمن ويفسخ البيع في الباقي، وذلك لأن فيه مقابلة بعض المبيع بقسطه من الثمن عند تعذر أخذه

---

[1]-أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، ص 8-9.

[2]- انظر موفق الدين عبد الله بن قدامة، المغني، القاهرة: مطبعة المنار، دط، 1348هـ. ج6ص421.

[3]-البقرة275.

جميعه بجميع الثمن، فيصح ذلك، كما يصح فيما لو اشترى سلعتين بثمن، فانفسخ البيع في أحدهما لعيب أو لغيره، ويرى فقهاء الحنابلة أن يأخذ ثلثي المبيع بالثمن كله، لأنه يستحق الثلث بالمحاباة، والثلث الآخر بالثمن، لأن البائع أوجب المبيع بثمن فيأخذ المشتري بعضه بالثمن كله، وهو غير صحيح، كما لو قال: بعتك هذا بألف دينار، فقال: قلت نصفه بها، ولأنه إذا فسخ البيع في بعض المبيع وجب أن يفسخ في قدره من ثمنه، ولا يجوز أن يفسخ البيع فيه مع بقاء ثمنه، كما لا يجوز فسخ البيع في الجميع مع بقاء ثمنه[1].

أما المالكية فإنهم ذهبوا إلى ما ذهب إليه أبو حنيفة من أنه إذا باع لأجنبي -أي غير وارث- فإن البيع ينفذ، إذا كان بثمن المثل، وليس لأحد حق الاعتراض، وكذا إذا كان بغبن يسير، أما إذا كان بغبن فاحش فإن ذلك محاباة، والمحاباة تحتسب من ثلثه، أما إذا كان البيع لوارث، فإن هذا يعتبر وصية، والوصية لا تصح لوارث، ولذا يبطل هذا التصرف إلا أن يجيزه الورثة، ويعتبر التصرف لا يوم الحكم، وفي حالة البيع للأجنبي، يكون للمشتري أن يفسخ ويأخذ ثلث المبيع بالمحاباة، وسيأتي مزيد توضيح لذلك عند الكلام عن الوصية.

---

[1]- المرجع السابق، ج6ص515-516.

أما عند الإباضية، فقد "أفتى الإمام جابر بمنع الرجل من التصرف في ماله إذا صار في حال يخشى فيه من الموت، ويضعف أمله في الحياة، فلا يجوز له في ماله إلا الثلث"[1].

وإعمال الباعث هنا يتفق مع النزعة الذاتية للمالكية والحنابلة والإباضية، أما الحنفية فأعملوا الباعث غير المشروع هنا استنادا إلى قاعدة الاستحسان؛ التي خففت من نزعتهم الموضوعية، أما الشافعية والظاهرية فقد ساروا على نهجهم، والتزموا أصولهم، فلم يلتفتوا للباعث هنا، وقد مر قريبا بعض ما ذكروا في طلاق المريض مرض الموت، والحكم ذاته عندهم في جميع تصرفاته.

3- إقرار المريض مرض الموت:

قال الإمام ابن كثير -رحمه الله-: "ولهذا اختلف الأئمة في الإقرار للوارث، هل هو صحيح أم لا؟ على قولين:

أحدهما لا يصح لأنه مظنة التهمة، وقد ثبت في الحديث الصحيح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: **(إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا**

---

[1]-مصطفى باجو، مرجع سابق، ص106.

وصية لوارث)[1]، وهذا مذهب مالك وأحمد بن حنبل وأبي حنيفة، والقول القديم للشافعي –رحمهم الله– وذهب في الجديد إلى أنه يصح الإقرار"[2].

وقال صاحب كشف الأسرار: "فإن المريض إذا أقر بعين أو بدين لوارثه لا يصح عندنا، وقال الشافعي –رحمه الله–: يصح، لأن الحجر بسبب المرض إنما ثبت عن التبرع بما زاد على الثلث مع الأجنبي، وعن التبرع مع الوارث أصلا، ولا حجر عليه فيما يرجع إلى السعي في فكاك رقبته، فكان إقراره في الصحة والمرض سواء، ألا ترى أن إقراره بالوارث صحيح مع أن فيه إضرارا بالوارث المعروف، فكذا إقراره للوارث، ولنا أن في إقراره لبعض الورثة تهمة الكذب، إذ من الجائز أن يكون غرضه في هذا الإقرار إيصال مقدار المال المقر به إلى الوارث بغير عوض، فيكون وصية من حيث المعنى، وإن كان إقرارا صورة، فيكون حراما، لأن شبهة الحرام حرام...وكذا لم يصح إقرار المريض باستيفاء دينه الذي على الوارث منه، وإن لزم الوارث الدين في حال صحة المقر، لأن هذا إيصاء له بمالية الدين من حيث المعنى، فإنها تسلم له بغير عوض، وكذا لو كان وارثه كفيلا عن أجنبي للمريض عليه دين،

---

[1]–رواه الترمذي، كتاب الوصايا، (8046)، والنسائي، كتاب الوصايا، (3581)، وأبو داود، كتاب الوصايا، (2486)، وابن ماجه، كتاب الوصايا، (2705)، وأحمد، مسند الشاميين، (17004).

[2]– إسماعيل بن كثير، تفسير القرآن العظيم، الجزائر: دار الثقافة، ط1، 1990، ج2ص136.

أو كان أجنبي كفيلا عن وارثه الذي له عليه دين، بطل إقراره باستيفائه، لتضمنه براءة الوارث عن الدين أو عن الكفالة"[1].

"وقال جابر في الرجل المريض يوصي لوارثه بدين قد كان له عليه، فأجاز ذلك على أنه إقرار بدين، لا وصية، إذ: **(لا وصية لوارث)**[2]،وعلل ذلك بقوله: "أصدق ما يكون الناس عند الموت"، وأخذ تلاميذ جابر بهذا القول، وخالفهم ابن عبد العزيز، فقال بمنع تصرف المريض مرض الموت، وحمله على الوصية، ولو كان في صورة الإقرار، ورجح اطفيش قول الإمام جابر، حملا للناس على الظن الحسن، فهذا مريض أقر بتباعة عليه، لئلا يلقى الله بها، فهي للموصى له ولو كان وارثا، حتى إذا تبين الميل إلى الباطل، بطل التصرف"[3].

4- الوصية في الفقه الإسلامي.

قال تعالى :(مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنْ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ)[4]، تدل هذه الأية الكريمة على أن الوصية في ذاتها مشروعة، ولكنها ليست مطلقة، أو خاضعة لتقدير الموصي، يتصرف فيها كيف يشاء، ولا مسؤولية عليه في استعمال هذا الحق، حتى

---

[1]- علاء الدين البخاري، مرجع سابق، ج4ص430 بتصرف، وانظر أيضا أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، ص314-315.

[2]-سبق تخريجه.

[3]-مصطفى باجو، الاجتهاد المقاصدي عند الإباضية، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، العدد8، 2001، ، ص106-107.

[4]-النساء 12.

ولو كان هذا الاستعمال متمحضا للإضرار بالورثة، إذ الآية صريحة في النهي عن المضارة في الوصية، وعلى هذا فالوصية في الفقه الإسلامي مقيدة بعدم الإضرار بالورثة، ولو كانت في حدود الثلث، أو بما دونه، لإطلاق النهي في الآية، قال ابن رجب الحنبلي: "وقد ورد في القرآن النهي عن المضارة في مواضع: منها في الوصية، قال تعالى:(**مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ**)، وفي الحديث عن أبي هريرة مرفوعا: (**إن العبد ليعمل بطاعة الله ستين سنة، ثم يحضره الموت فيضار في الوصية، فيدخل النار، ثم تلا: (تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يُطِعْ اللَّهَ وَرَسُولَهُ يُدْخِلْهُ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا وَذَلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيم، وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُهِينٌ)**[1]، وقد خرجه الترمذي وغيره بمعناه، وقال ابن عباس رضي الله عنه: " الإضرار في الوصية من الكبائر"، ثم تلا هذه الآية، والإضرار في الوصية تارة يكون بأن يخص بعض الورثة بزيادة على فرضه الذي فرضه الله له، فيتضرر بقية الورثة بتخصيصه، ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم: (**إن الله أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث**)[2]، وتارة بأن يوصي لأجنبي بزيادة على الثلث، فتنقص حقوق الورثة، ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم: (**الثلث والثلث كثير**)[3]، ومتى وصى لوارث أو لأجنبي بزيادة على الثلث لم ينفذ ما وصي به إلا

---

[1]-النساء، 13-14.

[2]-سبق تخريجه.

[3]-سبق تخريجه.

بإجازة الورثة، وسواء قصد المضارة أو لم يقصد، وأما إن قصد المضارة بالوصية لأجله بالثلث، فإنه يأثم بقصده المضارة، وهل ترد وصيته إذا ثبت ذلك بإقراره أم لا؟ حكى ابن عطية رواية عن مالك أنها ترد، وقيل: إنه قياس مذهب أحمد"[1].

وقال ابن كثير –رحمه الله– عند تفسير قوله تعالى: **(مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ)**: "أي لتكن وصيته على العدل لا على الإضرار والجور والحيف بأن يحرم الورثة أو ينقصه، أو يزيده على ما فرض الله له من الفريضة، فمن سعى في ذلك، كان كمن ضاد الله في حكمه، وشرعه"[2].

أما باقي تصرفات المريض مرض الموت فإنها تأخذ حكم الوصية، لذا قال البخاري الحنفي: "وحجز المريض عن الصلة، نحو الهبة والصدقة والمحاباة وغيرها إلا من الثلث، لما قلنا من تعلق حق الغير بماله الموجب للحجر، ومن استخلاص الثلث له بطريق النظر، ولذلك، أي لكونه محجورا عن الصلة فيما وراء الثلث"[3].

---

[1]–ابن رجب الحنبلي، مرجع سابق ص372.

[2]– ابن كثير، مرجع سابق،ج2ص136.

[3]–علاء الدين البخاري، مرجع سابق، ج4ص431.