

مكتبة
الجامعة
الجزائرية
العلوم
الادارية

جامعة الجزائر
كلية الحقوق والعلوم الادارية
=====

تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري مقارنتا بالشريعة الاسلامية والقوانين الأخرى

٧
٢٥١٢



بحث

للحمول على درجة الماجستير في القانون الخاص

مرفع : العهود والمسؤولية
=====

إشراف
=====

الدكتور: علي علي سليمان

إعداد
=====

رشاد السيد ابراهيم عامر

لجنة المناقشة
=====

رئيسا
مقرر
عضوا

الاستاذ : الدكتور
الاستاذ : الدكتور
الاستاذ : الدكتور

العام 1989
=====

إهداء

و أننا أعيش على أرض بلدي الثاني ، بلاد المليسون
ونصف المليون شهيد .

أتقدم بخالص شكري وتقديري الى كل من مسد
الشي بيد المساعدة و العون سواء من بعيد
أو قريب ، وأخص بالذكر أستاذي الجليل
الاستاذ علي علي سليمان ، لما له علي من فضل
في اهداء النصح و التوجيه اثناء اعطادي
لهذا البحث :

والله أعلم ان يوفقنا جميعا الى ما فيه خير العلم .

رشاد مامر

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

المقدمة :

الحمد لله رب العالمين ، و الصلاة و السلام على اشرف المرسلين سيدنا محمد و على آله
وصحبه أجمعين .

ان تصرفات المريض مرض الموت ، من الموضوعات الهامة التي يجب دراستها و البحث فيها
لعالها من أهمية بالغة في حياتنا الاجتماعية ، لان المريض اثناء مرضه يحس بدنو اجله ، ونهاية
حياته ، فيتصرف في ملكه كما يروقه و يحلوه غير أنه ينتج هذه التصرفات ، لانه يكون قد حقق
مبتغاه ، ثم يكون قد انتقل الى الدار الآخرة ، ولكن عندما يتصرف المريض ، في اثناء مرض
الموت ، فيحايي هذا ، ويؤثر ذاك ، و يفضل بعض الورثة على بعض ، فان هذه التصرفات تكون
مدعاة لبث الشك و السريعة و سوء الظن في نفوس الورثة ، مما يورث العداوة والبغضاء في
صدورهم ، ويوعز الحقد و الحسد في قلوبهم ، فتتداعى بينهم صلة الارحام ، التي وصانا الله
سبحانه و تعالي ، ورسوله (ص) بها .

وقد نظمت الشريعة الاسلامية الغراء احكام تصرفات المريض مرض الموت ، و ذلك بتحديد
الجزء المحايي فيه ، او الجزء الذي يتبرع به المريض لدرء الشبهة و اعطاء كل ذي حق حقه
و المحافظة على حقوق الورثة ، حتى لا تكون عرضة لضياعها ، بالاعتداء عليها ، او بالتفريط فيها
وكذلك لكي يحام المريض ، وجعله يلتزم حدود الشرع الكريم ، ونهج الطريق القويم .

ولقد استمد القانون احكام تصرفات المريض مرض الموت من الشريعة الاسلامية و فصلها بشيء
من الايضاح ، فجعلها تنضوي و تسيّر على هدي قواعده .

وقد ادخلت الشريعة تصرفات المريض ضمن الملكية بالخلافة عن المالك وهذا النوع هو الذي
تشول الملكية (التي شخص له صلة بالمالك الذي مات ، لان الموت يذهب بالذمة المالية للميت ،
فكان لا بد ان ينتقل ما كان له من اموال وحقوق الى آخر يعد خليفة له ، و هذا الذي تنتقل اليه
الاموال و الحقوق يكون في الغالب ، وجوده امتدادا لوجود الميت ، او ممن اعانوه و نصروه في
حياته ، حتى كادوا يكونون شركاء له في تكوين ماله و حمايته .

وهذه الخلافة قد تثبت بحكم الشارع ، وهذا في الموارث ، فان خلافة الوارث للمورث فيما له من اموال وحقوق تثبت بحكم من الشارع ، لا بإرادة المورث ، بل من غير ارادة الوارث ، ولذلك قالوا انه لا يدخل شيء في ملك الانسان جبرا عنه ، سوى الميراث ، فانه يدخل في ملكه من غير ارادته وقد تثبت هذه الخلافة بإرادة المتوفي ، وهذا في الوصية ، فالموصي له ، يملك ما يوصي به بمقتضى ما صدر عن الموصي ، وهي خلافة اختيارية ، من الموصي ومن الموصى له ، فالموصي اراد ان يكون هذا خليفته في قدر محدود من ماله ، والموصي له قبل تلك الخلافة مريدا مختارا .

ولقد حد الشارع حدودا للخلافة الاختيارية في القدر الذي تجوز فيه ، وفي صفة الموصى له ، وفي الباعت على تلك الخلافة ، وفي الشروط المقترنة بها ، ولم يترك الامر فيها لارادة الموصي لان الاصل عند الفقهاء المسلمين ان الشارع ، هو الذي يتولى امر الخلافة في مال الميت ، وينظمها ولكن لكي يتدارك الشخص ما عساه قد يكون قد فاته في حياته من واجبات ، اجاز له الشارع الاسلامي ، ان يختار خليفته في قدر معين من تركته ، وهو الثلث ، على ان يكون في ذلك غير متجانف لاثم ، ولا فاسد لأمر محرم ، فللشخص حق التصرف بعد وفاته في الثلث تداركا لما فاته ورفعاً لخيبته من يرى له حقا في ماله ، ويحق له ان يضعه حيث يشاء ، وقد جاء هذا في حديث الرسول صلى الله عليه وسلم حيث قال : " ان الله تبارك و تعالی تصدق عليكم بثلاث اموالكم في آخر اعماركم زيادة في اعمالكم ، فضعوه حيث شئتم " ، اما الثلثان فأمرهما الى الشارع الحكيم وقد قال الله تعالى بعد ان اعطى كل ذي حق حقه : " يبين الله لكُم ان تزلوا و الله بكل شيء عليم " .

اذن فالخلافة قسمان : خلافة اختيارية وهي الوصية في الحدود التي رسمها الشارع و القانون وخلافة اجبارية و تكون بالميراث ، وكلتا الخلافتين تتم و تترتب احكامها اذا حصلت الوفاة ، فلا فارق بينهما في هذا ، بيد ان الخلافة الاختيارية لا الزام بها مطلقا قبل الوفاة ، ولو في مرض الموت لانها لا تلتزم الا بالوفاة ، فهي قبل الوفاة غير ملزمة لاحد ، فلا تتعلق بشيء من اموال المريض مرض الموت ، اما الخلافة الاجبارية ، فانها ملزمة قبل الوفاة ، ولذلك يثبت الحق في هذه الخلافة من وقت شؤل مرض الموت ، وينازعه بل يثبت بشكل أقوى ، حق الدائنين ، وذلك لان الموت تثبت به حقيقتان : احدهما العجز المطلق ، وثانيتهما خلافة الوارث عن المورث ، فيما كان له من اموال وحقوق ، والعجز يجعل ذمة الميت غير صالحة لتعلق الحقوق بها وحدها ، فتصير الديون التي كانت لغيره قبله متعلقة بماله معها ، لا بذمته فقط ، كما يثبت بالخلافة حق الوارث في الاشياء التي

يتركها المورث ، ولهذا يثبت بالموت حق الغرماء والورثة في التركة ، ولما كان المرض الذي أفضى الى الموت هو سببه العادي ، ثبت حق الورثة و الغرماء من وقت حدوث ذلك المرض، وهو ما يعرف بمرض الموت .

ولقد احتزم الجدل سواء بين فقهاء الشريعة الاسلامية ، أم بين فقهاء القانون في تصرفات المريض مرض الموت ، فاختلفت آراؤهم ، وتباينت اتجاهاتهم ، وتعددت اجتهاداتهم ، مما جعل هذا الموضوع يتسم بعنصر التشويق ، و يدفع الخوض في اعماقه لاكتشاف اسراره والوقوف على حقائقه .

وهذا ما حدا بي أن اختاره و اجعله موضوع بحثي* هذا ، بالإضافة الى ان الاخوة الزملاء الباحثين في شتى المجالات القانونية ، لم يتطرقوا الى هذا الموضوع سواء من قريب ام من بعيد فقد تناولوا ابحاثا متعددة مثل (الميراث - الوصية الشفعة الخ) الا انهم لم يتناولوا تصرفات المريض مرض الموت ، و لذلك كانت الدائرة غير مكتملة ، ولكي تكتمل كان لابد من اضافة هذا البحث اليها .

ومن جهة اخرى فان احكام القضاء الجزائري ، لم تعثر بها على احكام تتعلق بهذا الموضوع ، وربما يرجع ذلك في رأينا - الى ان القانون الفرنسي كان هو المعمول به في الجزائر ابان الحكم الاستعماري ، حيث ان تصرفات المريض مرض الموت مستمدة احكامها من الشريعة الاسلامية - كما سبق ان قلنا - لانه بطبيعة الحال لا يطبق القانون الفرنسي احكام شريعتنا السمحاء ، غير انه نجسد ان احكام بعض القوانين العربية - القانون المصري مثلا - يرجع تاريخها الى سنة 1880 .

و على اية حال - فاني اذ أقدم هذا البحث ، يراودني كثير من الامل في ان اكون قد وفقت - ، وما توفيقى الا بالله - في اعداد الخطة المنهجية الصحيحة التي سرت على هداها ، منذ ان بدأت الكتابة في هذا الموضوع وحتى انهيته ، فكل بحث علمي ، ايا كان الجهد المبذول فيه ، يظل دائما في حاجة الى ان يضاف اليه او يعدل فيه - لان الكمال لله وحده ورسوله - وذلك تصور تفرضه طبيعة الاشياء ، وتباين الوان الاجتهاد في مجال البحث ، وشمسة ضرورة قصرى توجب الحرص على تدارك هذا القصور في مجال البحث القانوني ، حيث يجب ان يكون البحث في هذا المجال صورة صادقة لنظامنا القانوني ، في ضوء التشريعات الجديدة ، والاحكام القضائية الحديثة .

هذا لأن العلم القانوني يتطور بتطور المجتمع ، إذ أن القانون ، يعتبر المرآة العاكسة لظروف المجتمع ، وآماله وأحلامه ، وما يصبو اليه بلوغه من أهداف لتحقيق العدل والإنصاف فيه .

تلك هي المبادئ الأساسية التي تدعو أي باحث إلى أن يتحرى الدقة في موضوع له من الأهمية بمكان في المجتمع الذي نعيش فيه .

هذا وقد قسمنا البحث إلى أبواب أربعة وهي كالتالي :-

الباب التمهيدي : ويشتمل على فصلين :-

الفصل الأول : ونستعرض فيه : التصرفات القانونية والقواعد القانونية بصفة عامة

كل منها في ميحث خاص .

الفصل الثاني: ونتكلم فيه عن : حرية المرء في التصرف في أمواله وذلك في ميحث أول

أما الميحث الثاني ، فقد خصناه للقيود الواردة على حرية المرء فسي

التصرف في ملكه .

الباب الأول : فقد قسمناه بدوره إلى فصلين :-

الفصل الأول : عرفنا فيه مرض الموت و دلالاته في الميحث الأول الذي يشتمل على مطلبين

أما الميحث الثاني : فقد استعرضنا فيه الأمراض المزمنة ، ورأي المحاكم

في مرض الموت .

والفضل الثاني: من هذا الباب تناولنا فيه أهلية المريض مرض الموت ومدى تأثير مرض

الموت عليها ، وذلك بالنسبة للشريعة الإسلامية. في الميحث الأول، قسم

في القانون الوضعي في الميحث الثاني .

الباب الثالث: وفيه تناولنا استعراض أحكام تصرفات المريض مرض الموت

في القانون وفي الشريعة الإسلامية ، وقسمناه إلى فصلين :

الفصل الأول: وقد جعلناه لبيع المريض مرض الموت ووصيته في القانون وذلك في مباحث

ثلاثة : الميحث الأول : بيع المريض لوارثة ، أما الميحث الثاني فخصناه

أ - بيع المريض لغير وارث - ب - بيع المريض الذي لاوارث له - ثم

جعلنا الميحث الثالث لوصية المريض مرض الموت .

اما الفصل الثاني : فينقسم الى ثلاثة مباحث : عالجا في الاول منها بيع المريض فسي
الشريعة الاسلامية و في الثاني : وصية المريض في الشريعة ايضا وفي
الثالث : تصرف المريض بالمنافع .

اما الباب الثالث : فقد خصناه للتصرفات التي يطعن فيها بمرض الموت ، وموقف الورثة
من مورثهم مريض الموت ، ومتى يعتبرون من الغير ؟؟ وذلك في فصلين
على التوالي :

فالفصل الأول : استعرضنا فيه التصرفات التي تكون محلا للطعن فيها بمرض الموت وذلك
في ستة مباحث :

الاول : هبة المريض .

الثاني : وقف المريض .

الثالث : ابراء المريض .

الرابع : الاجازة في مرض الموت .

الخامس : الاقرار في مرض الموت .

السادس : الطلاق في مرض الموت .

ثم الفصل الثاني : وقد جعلناه لموقف الورثة من مورثهم مريض الموت ، هل يعتبرون من الغير؟
ومتى يعتبرون كذلك ؟ ... و قد تعرضنا لذلك في مبحثين :

1. الاول : من هو الغير في المفهوم القانوني .

الثاني : متى يعتبر الورثة من الغير .

ثم نختم البحث بخلاصة ما ورد فيه وييلي ذلك ملحق خاص بالمادة " 909" من القانون

الفرنسي .

رَبَّنَا عَلَيْكَ تَوَكَّلْنَا وَإِلَيْكَ أَشْبْنَا وَ إِلَيْكَ الْمَصِيرُ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

التمرفات القانونية و مدى حرية المرء في التصرف في أمواله والقيود الواردة عليها :

تمهيد و تقسيم :

بادئ ذي بدء أستطيع القول بأن المقصود بما جاء في عنوان هذا الباب ليس مقصودا في حد ذاته ، لان البحث في التصرفات القانونية وحرية المرء في التصرف في امواله يحتاج الى بحث مستقن بل ويطول التفصيل فيه لما له من أهمية بالغة في مجال القانون ، بل و يعتبر اللبنة الأساسية التي تبني عليها المواد القانونية ، وانما قصدنا مرورا ذلك ان يكون هذا الباب بمثابة الجسر الذي أعبر عليه للوصول الى لب الموضوع الذي ابحت فيه ألا وهو " تصرفات المريض مرض الموت " ، لان هذه التصرفات تحدث في وقت يبعث الشك و الحيرة في نفوس الورثة و الدائنين ، فقد يتصرف المورث بما يخالف القانون وما يتعارض مع قواعده القانونية وذلك لهوى في نفسه أو غرض في نيته .

وقد تعرضت لبحث التصرفات القانونية باختصار شديد حتى تكون الأمور واضحة وبيني البحث على اساس سليم ، و لهذا لزم التنويه .

ان اكتساب الشخص لحق من الحقوق يكون في الغالب راجعا الى اعتراف القانون له بهذا الحق ، و على هذا يعد القانون مصدرا لكل الحقوق ، ولكي يعترف القانون للأشخاص باكتساب الحقوق ، لابد من توافر أوضاع معينة حددها ، وهذه الأوضاع هي في الحقيقة تعتبر المصدر المباشر للحق ، و القانون في هذه الحالة يعد المصدر غير المباشر ، وعلى هذا إذا تملك شخص شيئا اشتراه فان عقد البيع الذي تملك هذا الشيء بناء عليه يعد المصدر المباشر وأما القانون الذي اعترف بالعقد كمصدر للحق ، فانه يعد المصدر غير المباشر لحق الملكية و لذلك سنعالج في هذا الباب :

أ - الواقعة القانونية .

ب - التصرف القانوني .

وذلك في فصل اول ، وتخصيص لكل منها مبحثا على حدة ثم نتطالع في فصل ثان :

أ - حرية المرء في التصرف في أمواله .

ب - القيود الواردة عليها .

و نخصص لكل منها مبحثا .

الفصل الأول :

الواقعة القانونية ، و التصرف القانوني :

ان التصرف القانوني والواقعة القانونية يمتدان الى آفاق واسعة فهما المصدران اللذان ينشئان الحق الشخصي ، وهما المصدران اللذان يكسبان الحق العيني، وهما اللذان يقضيان كلا من الحق الشخصي و الحق العيني ، ويرتبان فوق ذلك آثارا اخرى غير كسب الحقوق و قضائها ولا ينحصر أثرها في دائرة المعاملات المالية فحسب بل يجاوزها السى دائرة الاحوال الشخصية (1) .

المبحث الاول : الواقعة القانونية :

يقصد بالواقعة القانونية " أمر يترتب عليه القانون أثرا " وعلى هذا فان كل حادثة ، سواء كانت ارادية او غير ارادية، تعتبر واقعة قانونية، طالما أن القانون قد رتب عليها اثرا قانونيا ولكن اذا كانت الحادثة التي وقعت لم يترتب القانون على وقوعها اي اثر ، فانها لا تعد واقعة قانونية ، و على سبيل المثال : اذا حدثت فيضانات أو زلازل في دولة معينة، مما يترتب عليه اعفاء المدنيين من التزاماتهم ، فان ما حدث يعد واقعة قانونية ، و لكن في مثل هذه الحالة اذا لم يترتب القانون على وقوعها أي اثر ، فانها لا تعد واقعة قانونية (2) .

و الواقعة القانونية، قد تكون واقعة طبيعية لادخل لارادة الانسان فيها، أو واقعة اختيارية قد تصيب الانسان من ورائها احداث الأثر القانوني المترتب عليها (3) .

و تنقسم الواقعة الى قسمين هما : الوقائع الطبيعية - والوقائع القانونية التي هي من فعل الانسان .

(1) السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء الثاني - ص 3

(2) عبد الرشيد مأمون : دروس في المدخل للعلوم القانونية - الكتاب الثاني - نظرية الحق ص 179 .

(3) السنهوري : المرجع السابق ص 2

1) الوقائع الطبيعية :

تعتبر الواقعة طبيعية اذا كانت قد حدثت بفعل الطبيعة، دون ان يكون للانسان اي دخل في حدوثها، فاذا رتب القانون على هذه الوقائع اشرا فانها تعد واقعة قانونية، وتشمل الوقائع الطبيعية ايضا الحوادث المتصلة بالانسان ولكن لا يبد له في وقوعها، فالولادة التي يرتب عليها القانون بداية الشخصية القانونية، و الموت الذي يرتب عليه نهاية الشخصية، والميراث والقرابة التي يرتب عليها القانون قيام الحق في الارث و النفقة، كل ذلك يعد وقائع طبيعية (1).

2) الوقائع القانونية التي هي من فعل الانسان :

وهذه الوقائع على العكس من الوقائع السابقة يكون للانسان دخل في حدوثها، سواء كان حدوثها بارادته او رغما عنه، وعلى هذا فهي تنقسم الى قسمين، أعمال مادية اختيارية، وأعمال مادية غير اختيارية .

أ - الأعمال المادية الاختيارية :

وهذه الوقائع يكون للانسان دخل في حدوثها، و مثال ذلك الفعل الضار العمدي، كاتلاف مال مملوك للغير، او البناء في ارض مملوكة للغير، ففي هذه الحالات توجد أعمال مادية اختيارية، قام بها أحد الأفراد ورتب القانون على وقوعها اشرا معيناً .

ب - الفعل المادي غير الارادي :

وهو الفعل الذي يقع من الشخص دون قصد، كأن يصادم شخص بسيارته أحد المارة دون قصد او ان يقع الفعل الضار من جانب الصغير غير المميز، ففي هذه الحالات لا يشترط ان تكون ارادة الشخص قد اتجهت الى ترتيب اثر معين عليها، بل يكفي وقوع الفعل فقط، و اما الاثر المترتب على وقوع هذا الفعل، فان القانون هو الذي يرتبه، سواء كان الشخص قد اراد ترتيب هذا الاثر او لم يرد، فالشخص قد يريد الفعل دون الاثر المترتب عليه، كالقتل العمد، فالقاتل في مثل هذه الحالة انما اراد ارتكاب الجريمة، ولكن الاثر المترتب على هذه الجريمة يرتبها القانون رغم ارادته، وقد يريد الشخص الفعل والاثر المترتب عليه، كمن يقوم باصلاح حائط

منزل جاره المائل الى السقوط ، فان القانون يعطيه الحق في ان يسترد ما أنفقه من
الجار صاحب الحائط .

3) دور الواقعة المادية :

الحقيقة هي ان الواقعة المادية لم تنل الاهتمام من الفقهاء مثلما نال التصرف القانوني
على الرغم من انها لا تغل في اهميتها عنه (1)

وقد تكون الواقعة القانونية مصدرا للحقوق السياسية ، ومثال ذلك بلوغ الشخص سنا معينة
اذ يثبت له الحق في الانتخاب و الترشيح للمجالس النيابية ، كما انها قد تكون مصدرا للحقوق
المرتبطة بالشخصية ، فقيام المؤلف بعمل مصنف ، او قيام الفنان برسم لوحة ، هو من قبيل الواقعة
المادية ، التي هي من فعل الانسان ، ويترتب على ذلك حق المؤلف في ان ينسب المصنف اليه .
و أن يظهر المصنف حاملا اسمه و حقه في التعديل وتقرير نشر ما أنتجه ، وكذلك فان الواقعة
المادية مصدر لحقوق الاسرة ، فالبنوة تترتب عليها حقوق الاب على ابنه ، وحقوق الابن على ابيه (2) .

وبالاضافة الى ما سبق ، فان الواقعة المادية قد تكون مصدرا للحقوق الشخصية مثل الفعل
الضار ، او العمل غير المشروع اذ يترتب عليه تعويض الشخص الذي وقع عليه الضرر ، وهناك كثير
من الوقائع المادية رتب عليها القانون اثر في مجال الالتزامات ، مثل القرابة التي يترتب عليها
الالتزام بالنفقة ، كما انه قد يترتب على الواقعة المادية اكتساب الحقوق العينية ، ومثال ذلك
الموت وهو بدون شك واقعة طبيعية يترتب عليه حق الوراثة في تملك اموال التركة التي آلت
اليه بطريق الميراث ، وكذلك فان الحياة وهي واقعة مادية ، يختلط فيها وضع اليد بنية التملك
و لذلك يقال : ، انها واقعة مادية مختلطة رغم ان العنصر المادي فيها هو الغالب (3) .

4) التمييز بين الواقعة المادية والتصرف القانوني :

توجد هناك فروق بين الواقعة المادية و التصرف القانوني ، فبينما نجد ان التصرف القانوني
يقوم على اساس اتجاه الإرادة الى احداث اثر قانوني فعين ، تعتبر الإرادة فيه هي جوهر التصرف

(1) عبر عن ذلك د. عبد الرزاق السنهوري في الوسيط ص 2 و 3 بقوله : التصرف القانوني والواقعة

القانونية هما المصدران اللذان ينشئان كل الحقوق ، وكل الروابط القانونية

(2) عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص 181 - (3) عبد الرشيد مأمون المرجع السابق ص 22 .

المبحث الثاني : التصرف القانوني :

تمهيد و تقسيم :

يقصد بالتصرف القانوني كما سبق ان ذكرنا، هو اتجاه الارادة الى احداث أثر قانوني معين ، فيرتب القانون عليها هذا الاثر سواء أكان هذا الاثر هو انشاء التزام ام نقله او تعديله ام انهاءه (1) ، وعلى هذا فلا بد من التعبير في الارادة من جانب المتصرف حتى يمكنه ان يترتب الأثر المراد احداثه و المراد بقصد الارادة هو اخراج الارادة من النطاق النفسى الى النطاق الظاهر ، ولا يكفي التعبير عن الارادة لكي يقوم التصرف القانوني ، بل يشترط أيضا ان ينتج التعبير الى احداث أثر قانوني معين .

وقد ينعقد التصرف القانوني بتوافق ارادتين، و يسمى في هذه الحالة عقدا وهو من اهم صور التصرف القانوني، وقد ينعقد التصرف القانوني بارادة واحدة مثل الوصية، اذ يكفي لانعقادها اتجاه ارادة الموصى الى تملك شيء الى الموصى له تمليكا مضافا الى ما بعد الموت دون حاجة الى قبول من الموصى له .

و سنقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب ، فنخصص المطلب الاول للتكلم عن : شروط التصرف القانوني ، ثم نجعل المطلب الثاني لانواع التصرف القانوني، و اخيرا المطلب الثالث: لاثار التصرف القانوني .

المطلب الاول : شروط التصرف القانوني (انعقاده و صحته)

ا و لا : شروط انعقاد التصرف :

لا بد لكي ينعقد التصرف القانوني من توافر ثلاثة شروط : أ - التراضي - المحل - ج السبب .

أ - التراضي : ويفترض لصحة التراضي وجود ارادة، لان الارادة تعتبر كما سبق لنا ان ذكرنا هي جوهر التصرف القانوني ، وقد ينعقد التصرف القانوني نتيجة لتوافق ارادتين (مادة : 59 ق . مدني جزائري) ويكون الامر في هذه الحالة متعلقا بعقد مسن العقود، وقد تكفي الارادة المنفردة لقيام التصرف القانوني مثل : الوصية ، والوقف والوعد بجائزة الموجهة الى الجمهور .

(1) محمد حسنين - الوجيز في نظرية الالتزام - في القانون المدني الجزائري - ص 13

ويجب لكي يقوم التصرف القانوني، ان توجد الارادة جادة غير هازلة ، ولا مجاملة وعن وعي وادراك كاملين ، وان تتجه الى احداث الأثر القانوني وفوق ذلك يجب التعبير عنها بابرارها الى العالم الخارجي(1) ، وشرط وجود الارادة شرط واضح، فالشخص الذي لا يتوافر لديه الارادة ، كالمجنون و الصغير غير المميز ، لا يعتد القانون بما يصدر عنهما من تصرفات ولا يكفي ان توجد الارادة ، بل يلزم التعبير عنها بطريقة صريحة او ضمنية (مادة 60 ق - مدني جزائري) ويقصد بالتعبير الصريح الوارد بهذه المادة ان يكشف الشخص عن ارادته بطريقة مباشرة بحسب الوضع المألوف بين الناس فقد يكون باللفظ او بالكتابة او بالاشارة المتداولة عرفا، او باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على المعنى المقصود ، ، مثل : عرض التاجر بضاعته وكتابة ثمنها عليها ، او وقوف سيارة اجرة في الموقف المعد لها .

ويكون التعبير عن الارادة ضمنيا، إذا كان المظهر الذي اتخذته ليس في ذاته موضوعا للكشف عن الارادة، ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون ان يفترض وجود هذه الارادة(2)، كمن يعرض شيئا على شخص لكي يشتريه فيأخذه بقصد شرائه ثم يقوم بالتصرف فيه الى شخص اخر، وكاستمرار المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الايجار .

ب - المحصل : وهو الركن الثاني في التصرف القانوني ، و يعتبر الاثر القانوني الذي تنتجه الارادة الى احداثه ، وقد يكون المحل هو اعطاء شيء معين، او القيام بعمل، او الامتناع عن عمل ويلزم ان يكون المحل موجودا، او قابلا للوجود مستقبلا كذلك يجب ان يكون معيناً او قابلا للتعيين ، و اخيرا يلزم ان يكون مشروعا أي غير مخالف للنظام العام والآداب وقد تكلم المشرع الجزائري عن المحل في المواد (من 92 الى 98 من القانون المدني الجزائري) .

ج - السبب : ولا بد ايضا من توافر السبب ، اذ هو يعد الركن الثالث للتصرف القانوني ، و المقصود بالسبب وفقا للنظرية الحديثة ، هو الذي يقصد المتعاقد التعاقد للوصول الى تحقيقه او الباعث الدافع الى التعاقد، فهو ركن في العقد لا في الالتزام ، وقد خلطت نصوص القانون فأعتبرت السبب احيانا ركنا في العقد و احيانا اخرى ركنا في الالتزام و تنص المادة (98) من القانون المدني الجزائري على ان: " كل التزام مفترض ان له سبباً مشروعا ما لم يقيم الدليل على غير ذلك "

(1) محمد حسنين : المرجع السابق ص - 24 .

(2) السنهوري : الوسيط ، ، الجزء الاول - ص 176 .

فجعلت السبب ركنا في الالتزام ، وهذا غير صحيح ومخالف لنص المادة " 97 ق.م.ج .
الذي اعتبره ركنا في العقد ، ولذلك يشترط في سبب العقد ان يكون مشروعاً و يكون السبب
غير مشروع اذا كان مخالفاً للنظام العام او الآداب .

ويجب التفرقة بين سبب الالتزام و الباعث الدافع الى التصرف ، فالباعث يلزم ان
يكون مشروعاً ، كما اذا قام شخص بشراء منزل ودفع الثمن، فهنا يكون سبب الالتزام بدفع
الثمن هو الحصول على المنزل، فاذا اراد استعماله لادارة اعمال القمار او الدعارة فان
الباعث الدافع الى التصرف يكون غير مشروع (م : 97 ق.م.ج) ولذلك يشترط ان يكون الباعث
غير مخالف للنظام العام أو الآداب وقد يضيف المشرع الى الاركان السابقة ركنا رابعاً
هو الشكلية ، فلا يكفي ان يتوافر التراضي و المحل و السبب ، بل يلزم أيضاً لانعقاد التصرف
توافر شكل معين، واذا كانت القاعدة العامة هي الرضائية اي ان التراضي وحده بدون
الشكل كاف لانعقاد التصرف، فان المشرع قد استثنى بعض العقود من هذه القاعدة العامة
واشترط ان يظهر التعبير عن التراضي في شكل معين ، حتى ينعقد العقد، فالشكل فيها ركن
في العقد، وقد يكون الشكل مطلوباً لمجرد اثبات التصرف، فاذا تخلف فان تخلفه لا يؤثر
في وجود العقد ، ولكن يتعذر اثباته بينما تخلف الشكل المطلوب لانعقاد العقد ، يؤول
الى انعدام العقد، مثال ذلك عقد الرهن الرسمي .

كذلك يجب التفرقة ايضاً بين الشكلية و طرق الشهر المختلطة ، فقد يشترط المشرع
ضرورة شهر التصرف بعد انعقاده ، حتى تترتب عليه آثاره ، فمثلاً يشترط المشرع ضرورة
تسجيل العقود التي تتعلق بحق من الحقوق العينية العقارية الاصلية حتى تترتب آثار
التصرف و الفرق واضح بين الشكلية كركن في العقد اذ ان تخلفها يؤول الى عدم قيام العقد
منذ البداية ، واما تخلف الشهر الذي حدده المشرع فلا يؤول الى عدم انعقاد العقد، وانما
يؤول الى عدم ترتيب الآثار التي حددها المشرع (1) .

(1) و على سبيل المثال : اذا لم يقم المشتري بتسجيل عقد العقار الذي اشتراه ، فان هذا لا يؤول الى
الى عدم وجود العقد، بل العقد موجود وملزم للطرفين ومنشئ لكل الالتزامات و الحقوق الشخصية
التي تترتب عليه ، فالبايع يكون ملزماً بتسليم المبيع، وينقل ملكيته وبالضمان ، ويكون المشتري
ملزماً بدفع الثمن، ولكن يبقى اثر واحد دون ترتيب وهو : انتقال الملكية الذي يتم بعد اجراء
التسجيل، فاذا امتنع البائع عن المساهمة في اجراءات التسجيل، فان المشتري يمكنه ان يفسد
هذا الالتزام جبراً، عن طريق رفع دعوى صحة التعاقد ثم يقوم بتسجيل الحكم فيقوم هذا مقام تسجيل
العقد .

ثانيا : شروط صحة التصرف القانوني :

الى جانب شروط انعقاد التصرف يجب ان يكون التراضي صحيحا، أي صادرا عن ذي اهلية ، لايعيبه عيب من عيوب الارادة وهي : (الغلط - التدليس - والاكراه - والاستغلال) ، فاذا انعدم التراضي بطل العقد بطلانا مطلقا، اما اذا كان التراضي غير صحيح فان العقد يكون قابلا للابطال(1)، ولذلك فان عدم الاهلية اونقصها هو قرينة قانونية قاطعة على عيب الارادة، بعكس العيوب الاربعة الاخرى ، فانه يجب اثباتها، وبالتالي فالاهلية و سلامة الارادة من العيوب هي شروط صحة التصرف . -

أ - الأهلية :

الاصل في الشخص ان يكون كامل الاهلية (م: 78 ق.م.ج) فكل شخص اهل للتعاقد مالم تسلب أهليته او يحد منها بحكم القانون، فاذا كان الشخص عديم الاهلية، كالصبي غير المميز أو المجنون ، فان الارادة ذاتها تكون غير موجودة، وبالتالي لا ينعقد التصرف لتخلف احد الاركان ، ولكن قد يكون الشخص ناقص الاهلية كالصبي المميز، ففي هذه الحالة يكون التصرف قابلا للابطال لمصلحة ناقص الأهلية، فاذا تمسك به فان التصرف يزول بأثر رجعي ، واما اذا لم يتمسك بالابطال وسكت عن المطالبة به ، او اجاز التصرف، فان التصرف يستقر و يبطل صحيحا لا يشوبه اي عيب من العيوب (2) .

٤٠٦٥٣١

ب - سلامة الارادة من العيوب :

الارادة-يجب ان تكون خالية من العيوب التي قد تشوبها، كما سبق أن ذكرنا، فاذا تخلف ركن من الأركان السابقة، التي لا بد منها لكي يقوم التصرف القانوني ، فان التصرف يكون باطلا بطلانا مطلقا، كما اذا تخلف التراضي او المحل او السبب، او الشكل، في حالة العقود الشكلية ، ويعتبر العقد غير منعقد من البداية ، و يحق لكل ذي مصلحة ان يتمسك بالبطال المطلق ، كما ان للمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها، ولا تصح اجازة العقد الباطل بطلانا مطلقا ، و قد انتقلت من العقد الباطل بطلانا مطلقا الى العقد القابل للابطال وعيبه اثبات نقص الاهلية على من يدعيه واذا ما اثبت نقص أهلية كان له وحده

(1) محمد حسنين - المرجع السابق - ص 40 و 41 .

(2) عبد الرشيد مأمون - المرجع السابق - ص 191 .

دون الطرف الآخر ان يطلب ابطال التصرف (1) ، اما اذا كان الشرط الذي تخلف لا يمثل ركنا في التصرف و انما هو شرط عن شروط صحة التصرف، فان الجزاء في هذه الحالة لا يكون البطلان المطلق، وانما هو القابلية للابطال، أي ان العقد يكون صحيحا منتجا لآثاره، ولكن اذا تمسك من تقرر البطلان لمصلحته باطاله ، فان التصرف يصبح باطلا، واذا لم يتمسك بطلب الابطال، فان العقد يستقر ويزول العيب الذي لحق به ، ويظل العقد صحيحا كما كان في البداية، اما اذا مضت مدة معينة ولم يتم الشخص الذي تقرر الابطال لمصلحته بالتمسك بالابطال، فان حقه يسقط في طلب الابطال ، و يسقط بالتقادم في مدد معينة ، و يظل العقد صحيحا .

المطلب الثاني : أنواع التصرف القانوني :

ينقسم التصرف القانوني الى انواع شتى :

(1) التصرف القانوني الصادر من جانب واحد، والتصرف الصادر من جانبين :

قد يتم التصرف القانوني بارادة واحدة ، فيبرمه شخص واحد، ويسمى تصرفا قانونيا ملزما لجانب واحد، مثل الوصية اذ تكفي فيها ارادة الموصي في ان يملك الشيء محل الوصية الى الموصى له ، وان يموت مصرا على وصيته، وكذلك الوقف، اذ تكفي فيه ارادة الواقف لقيامه ، وكذلك البراء من الدين ، والوعد بجائزه الموجه للجمهور .

ولكن قد تكفي الارادة المنفردة لانشاء التصرف القانوني، بل يشترط القانون توافق ارادتين لانشاء التصرف ، مثل : عقد الايجار، وعقد البيع و القاعدة العامة هي ان "العقد شريعة المتعاقدين" فيكون للمتعاقدين ان يحددا الآثار المختلفة المترتبة على العقد بشرط الا تكون هذه الآثار مخالفة للنظام العام أو الآداب (2) .

(2) التصرف بين الأحياء والتصرف المضاف الى ما بعد الموت :

ومن حيث الزمن ينقسم التصرف القانوني الى تصرف يترتب آثاره في حياة أصحابه وتصرف لا ينتج آثاره الا بعد موت صاحبه، وهي التصرفات المضافة الى ما بعد الموت

(1) محمد حسنين - المرجع السابق - ص 41

(2) عبد الرشيد مأمون - المرجع السابق - ص 193 وما بعدها .

فان المشرع حدد القدر الذي يجوز التصرف فيه ، وحدد ذلك بشروط معينة ، اما التصرفات بين الاحياء فلا تخضع لاية قيود من حيث المقدار المراد التصرف فيه .

(3) التصرف بعوض و التصرف بدون عوض :

وتنقسم التصرفات القانونية من ناحية حصول المتصرف على المقابل، الى تصرفات تتم معاوضة أي يحصل فيها المتصرف على مقابل لالتزامه ، كالبيع و الإيجار، وتصرفات تتم بدون عوض، أي على سبيل التبرع، بحيث لا يأخذ المتصرف اي مقابل لالتزامه كالهبة بدون عوض ، ولهذا التقسيم أهمية كبيرة من حيث الطعن بالدعوى البولصية التي تحمي الدائن من التصرفات التي يقوم بها المدين ، اذ يشترط اذا كان تصرف المدين قد تم بعوض ان يثبت الدائن الغش من جانب المدين، وان الشخص المتصرف اليه على علم بهذا الغش ، واما اذا كان تصرف المدين قد تم تبرعا ، وانه لا ينفذ في حق الدائن حتى ولو لم يكن هناك غش من المدين او من المتبرع له .

(4) التصرف المنشيء والتصرف الكاشف او المقرر :

قد يكون التصرف منشئا للحق ، اي ينشئه ابتداء او ينقله من شخص الي آخر ويسمى هذا النوع التصرف المنشيء للحق، فمثلا عقد الزواج ينشئ لكل من الزوجين حقا فاقا لم تكن موجودة قبل الزواج، كحق الزوج في النفقة وحق الزوجة في النفقة ، وكذلك عقد البيع ينشئ حق البائع في قبضه الثمن وحق المشتري في تملك المبيع . (1)

ويوجد الى جانب ذلك نوع آخر من التصرفات لا تنشئ الحق وانما تقرره ، فالحق كان موجودا من قبل التصرف وكل ما أضافه التصرف اليه هو انه قد خلص الحق من الاوضاع التي كانت تحد من فعاليته او تشوب تحديده ، فالصلح على سبيل المثال من التصرفات الكاشفة ، فهو لا يترتب عليه انشاء حق لم يكن موجودا، ولا نقل حق من شخص الي آخر، وانما يترتب عليه فقط حسم النزاع القائم، والكشف عن الحق الموجود وتقريره .

(1) رمضان ابو السعود: الوسيط في الحقوق العينية الاصلية - ج 1 - ص 19

و كذلك قسمة المال الشائع لا تنشئ حقا جديدا لكل من المتقاسمين، وإنما تكشف عن حق ثابت ، فإذا حدثت القسمة و أختص كل من المتقاسمين بجزء من الموقوف من العين، فإن عملية القسمة لم تنقل الى الوارث حقا لم يكن موجودا، بل كشفت عن حق الشريك فأصبح مفرزا (1) .

أثار التصرف القانوني :

المطلب الثالث :

تحديد الأثار :

يعتبر التصرف القانوني مصدرا لكثير من الحقوق ، وعلى هذا فقد يكون مصدر للحقوق العينية مثل : عقد البيع ، فهو يترتب عليه انتقال الملكية من البائع الى المشتري ، وقد يكون مصدرا للحقوق الشخصية ، فعقد الإيجار يترتب التزامات معينة على عاتق الموعجر و يترتب لكل منهما حقوقا قبل الآخر، وعقد البيع يترتب التزامات معينة على عاتق البائع و المشتري كإلها، وكذلك قد يكون التصرف القانوني مصدرا لحقوق الأسرة، فعقد الزواج ينشئ حقوقا للزوج على زوجته ، و ينشئ كذلك حقوقا للزوجة على زوجها .

كذلك قد يترتب على التصرف القانوني تصحيح التصرف القابل للإبطال، كإجازة العقد الذي أبرمه شخص ناقص الأهلية أو أبرم تحت ضغط الإكراه ، أو كان مشوبا بغلط أو تدليس أو استغلال، فعندما يجيز من تقرر الإبطال لمصلحته العقد فان العقد يستمر صحيحا، ويزول العيب، وقد يترتب على التصرف القانوني تأكيد الحق الناشئ كقبول الموصى له الوصية .

وقد يترتب عليه كذلك انشاء الشخص المعنوي، كاتفاق مجموعة من الأشخاص على انشاء جمعية أو شركة، وقد يؤدي التصرف القانوني الى انقضاء الحق، كقيام المدين بوفاء الدين أو قيام الدائن بإبرائه منه .

وقد ينقضي الحق العيني لنزول صاحبه عنه، كما لو قام صاحب حق انتفاع أو ارتفاق بالتنازل عن حقه .

ويسيطر على التصرف القانوني مبدأ سلطان الإرادة ، لان هذا المبدأ يعتبر قوام التصرف القانوني، ولمبدأ سلطان الإرادة شق شكلي ، بمعنى ان الإرادة في حد ذاتها مجردة من كل شكل تكفي لانشاء التصرف وترتيب الالتزام ، وكل ما يطلب هو ان يصدر تعبير عن الإرادة ، بغض النظر عن الصورة التي يصدر فيها التعبير (1)، وحق موضوعي هو ان الإرادة ، هي بمثابة القانون بين المتعاقدين، فلها ان تنشئ عقدا لم ينظمه القانون ، ولها ان تعدل . في احكام عقد نظمه القانون كيفما أراد المتعاقدان ، بيد أن هذا المبدأ قد تطور و أصبح معناه أن الإرادة تستطيع ان تعقد ما تشاء من التصرفات في حدود القيود التي يفرضها المشرع من اجل العدالة، ومالح الجماعة الا انه قد وردت بعض القيود على المبدأ في شقه الشكلي، ومنها توثيق العقد، أي افراغه في وثيقة، وهي العقود الرسمية، و القيد و التسجيل و الكتابة (2) لكن العقود تظل عقودا رضائية و في شقه الموضوعي: النظام العام و حسن الآداب، و قد قامت المناقشات الكبيرة حول فكرة النظام العام والآداب ، من ناحية تحديدها، اذ أنها فكرة مرنة تختلف من زمان الى زمان، ومن مكان الى مكان، ويمكن القول بأن النظام العام، هو مجموعة المصالح العليا التي يتركز عليها كيان الدولة السياسي والاجتماعي و الاقتصادي و الاخلاقي ، وعلى هذا فان كل ما يتصل بالمصالح الاساسية للجماعة يعسد من النظام العام (3) .

وقد نرى ان انتشار المذاهب الاشتراكية، وخاصة في دول العالم الثالث قد ضيق كثيرا من نطاق مبدأ سلطان الإرادة ، اذ ان الدولة أصبحت تتدخل في نطاق التصرفات القانونية لحماية الطرف الضعيف في العقد، وعلى سبيل المثال : فقد تدخلت في عقد العمل و تحديد أسعار السلع الضرورية للشعب ووضع أسعار تذاكر السفر . . . الخ .

(1) ، (2) : محمد حسنين - المرجع السابق - 14 .
 (3) : عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق - ص 198 .

كما ان الظروف الطارئة ، يمكن ان تجعل تنفيذ الاتفاق أمرا مرهق التنفيذ للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، فيجور للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان يرد التزام المرهق الى الحد المعقول .

الفصل الثاني :

حرية المرء في التصرف في أمواله : و القيود الواردة عليها :

الأصل ان الإنسان حر في أن يستغل ملكه أو لا يستغله ، يستغله أو لا يستغله و لا يترتب على عدم استعماله أو استغلاله سقوط حقه فيه ، وهو إذا استعمله أو استغله ، كان حراً في استعماله أو استغلاله على الوجه الذي يحلوه ، أو يراه مناسباً ، وله الحرية المطلقة في التصرف في أمواله كلها ، أو بعضها ، بتصرفات عوضية أو تبرعية ، بدون اعتراض من أحد حتى ورثته المحتملين ، فالتصرف طالما انه صدر حال الحياة فهو تصرف صحيح ، و نافذ في حق الورثة و ليس لاي منهم الاعتراض عليه بدعوى انه وارث محتمل ، وقد يدنار من التصرف إذ أن مثل هذا الشخص لاحق له فيه الا بعد الوفاة ، ومن ثم فهذه السلطات الثلاثة التي تكون للشخص على جميع أمواله ، هي ما يعرفها القانون " بحق الملكية " الذي تنص عليه المادة " 674 " من القانون المدني الجزائري بقولها : " الملكية هي حق المتمتعو التصرف في الأشياء ، بشرط ان لا يستعمل استعمالاً يحرمه القوانين و الأنظمة " (1) و تقابلها المادة " 802 " من القانون المدني المصري وتنص على مايلي " لمالك الشيء وحده ، في حدود القانون حق استعماله و استغلاله و التصرف فيه . "

و سنعرض في هذا الفصل لحرية المرء في التصرف في أمواله اي لسلطاته الثلاث و ما يتفرع عنها من سلطات محددة على الشيء ، فهي تمثل اقتطاعاً من السلطات التي يخولها حق الملكية و تشمل هذه الحقوق : حق الانتفاع ، و حق الاستعمال و حق السكنى ، هذا بالنسبة للمبحث الأول اما المبحث الثاني فسنتناول فيه القيود الواردة على هذه السلطات .

(1) يلاحظ استاذنا الدكتور علي سليمان ان النص العربي مخطيء و صحة الكلمة هي " التمتع " كما انه ناقص لانه لم يذكر حق الاستعمال كعنصر من عناصر حق الملكية .

المبحث الاول : حرية المرء في التصرف في امواله :

لا يكون الحق حق ملكية اذا منع صاحب الحق من استعمال هذا الشيء او استغلاله على نحو دائم ، كذلك لا يكون الحق حق ملكية اذا منع صاحبه من التصرف في الشيء منعاً ابدياً ، وانما يجوز ان يمنع من التصرف فيه لمدة معينة (1) ، ومن البديهي ان الاستعمال والاستغلال يقتريان من معنى واحد ، بل هو كذلك ، فالاستعمال هو ان يستغل الشخص الشيء بنفسه ، اما الاستغلال فهو ان يستعمله غيره ..

اولا : حق الاستعمال :

مادة "675" (ق.م.ج) و تقابلها المادة "803" (ق.م.مصري) .
ويقصد بالاستعمال استخدام الشيء فيما عدله بقصد الحصول على منافعه (2) ، وحسب الملكية يخول صاحبه ان يستعمل الشيء الذي يملكه استعمالاً شخصياً اي خاصاً به ، كما لو كان الشيء منزلاً فيسكنه ، او سيارة فيركبها ، او أن تملك سيدة مجوهرات فتلبسها ، وما الى ذلك ، كما يستطيع الشخص ان يستعمل الشيء لدرجة الاستهلاك كما لو كان طعاماً فيأكله او غنماً فيذبحها ، ويعد استهلاك الشيء بهذه الطريقة تصرفاً مادياً (3) ولكن من الممكن ان لا يستعمل الشخص الشيء بنفسه ، وان يعهد الى غيره باستعماله دون مقابل ، وذلك على سبيل التبرع كمن يبني مسجداً أو مستشفى ، أو مدرسة لتعليم الأطفال كذلك يمكن مالك الشيء أن يعهد الى الغير باستعمال الشيء على سبيل الاستغلال ، كأن يوعدر سيارته الى سائق ، او ارضه الى مزارع او منزله الى ساكن ، وقد يتباين استعمال غير المالك ، كالمنتفع والمستأجر والمرتهن رهن حيازة ، لان المالك قد يصل في استعمال الشيء الى حد اتلافه او اهماله

- (1) انظر السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني : ج 8 - ص 496 .
- (2) انظر عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق - ص 35 .
- (3) السنهوري : المرجع السابق ص 497 .

ولا حدود لسلطته في ذلك الا ما يفرضه عليه القانون من قيود، اما المنتفع و المستاجر و المرتهن فلا يجوز لهم في استعمالهم لشيء ان يتلفوه او يفسدوه بل يجب عليهم ان يحافظوا عليه، حتى يروده الى المالك في الحالة التي تسلموه عليها أو يلزموا بتعويض ما اتلفوه او يقوموا باصلاحه .

وبما ان للمالك الحرية في استعمال ملكه فان له الا يستعمله اذا رأى ذلك مناسباً له فلو كانت له سيارة فله الا يركبها، ولا يدع غيره يستعملها سواء بأجر او بدون أجر، واذا كان له منزل، فان له الا يسكنه او يوعجره لساكن آخر، واذا كان له أرض زراعية فان له الا يزرعها، ويمكن في مثل هذه الحالات ان يتدخل القانون ليجبره على تأجير منزله او زراعة ارضه اذا كانت المصلحة العامة تقتضي ذلك .

ثانياً : حق الاستغلال :

مادة "676" (ق.م.ج) و تقابلها المادة "804" (ق.م.مصري) .
يقصد بهذا الحق الحصول على ما قد يتولد عن الشيء من ثمار (1)، مثل صوف الاغنام ونتاج الماشية، واجرة المباني و الاراضي الزراعية، وفوائد الاسهم و السندات (2) وقد يقوم المالك بنفسه بالاستغلال المباشر، اما الاستغلال غير المباشر فيكون عن طريق جعل الغير يجني ثمارا الشيء ويدفع مقابل الثمار للمالك (3)، والمالك يقوم في استغلال للشيء استغلالاً غير مباشر لعمل قانوني من اعمال الادارة، فمالك المنزل يوعجره للغير فيجني ثماره المدنية في صورة الأجرة

- (1) ويجب ان نلاحظ الفرق بين الثمار و المنتجات، فالثمار هي ما يتولد عن الشيء بصفة دورية سواء كانت طبيعية كالخلا او صناعية يتدخل في انتاجها صنع الانسان كالمحصولات الزراعية او مدنية كمالغ النقود التي يديرها الشيء (كالمو باع الشخص ثمار حديقته، او بعض المصنوعات من انتاجه . واداء الخدمات التي ليست دورية، وتتعلق من اداء الشيء كما هو الحال في الاماكن و الغابات .
- (2) عبد الرشيد مأمون - المرجع السابق - ص 35
- (3) السنهوري : المرجع السابق ص 499 وما بعدها .

ومالك الاراضي الزراعية يوسعها لمن يزرعها ، ويقبض غلة الارض التي تتمثل في الاجرة
و الاستغلال يمتد الى جميع ما يمتد اليه نطاق حق الملكية .

ثالثا : حقوق التصرف :

للتصرف في خصوص سلطة المالك على الشيء الذي يملكه مدلول أوسع من معناه الفني
الدقيق ، فلواننا أخذنا بمعناه الفني في هذا المقام لكان القصد منه فضل ملكية الشيء
او انشاء حق عيني آخر عليه ، ولكنه فيما يتعلق بسلطة المالك يراد به نوعان من الاعمال (1).

الاول : هو العمل المادي الذي ينال من مادة الشيء ، وهذا هو التصرف المادي في
الشيء ، وهو على هذا النحو يختلط بالاستعمال .

الثاني : هو العمل القانوني الذي يرد على حق المالك وهذا هو التصرف القانوني
في الحق ، فللمالك بماله من سلطة جامعة على الشيء ان يتصرف فيه ماديا
فيأتي جميع الاعمال المادية التي توعدى الى استهلاك الشيء او اعدامه
او التغيير فيه ، ولاجدال في ان سلطة التصرف المادي في الشيء على هذا
النحو تعتبر عنصرا خالصا لحق الملكية يميزه عن غيره من الحقوق العينية
فجميع الحقوق العينية الاصلية الاخرى تخول صاحبها سلطة الافادة من شيء
مملوك للغير على نحو يتفاوت مداه من حق الى آخر ، ولكن بشرط المحافظة
على مادة الشيء ، مثل ذلك ان المنتفع يكون له ان يستعمل الشيء وان يستغله
ولكنه يلتزم بالمحافظة عليه ورده عند انتهاء حق الانتفاع ، وللمالك أيضا
أن يتصرف في حقه تصرفا قانونيا ، فيبرم جميع الاعمال القانونية التي يكون
من شأنها أن توعدى الى زوال حقه كليا او جزئيا ، فيستطيع ان ينقل ملكية
الشيء الى غيره بالبيع او الهبة او الشركة او القرض او غير ذلك من التصرفات
الناقلة للملكية (2) .

(1) انظر عبد المنعم فرج الصدة - حق الملكية - ص 29 الطبعة الثالثة 1967 .

(2) السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، حق الملكية - ص 8 - ص 501 .

و يستطيع كذلك ان يرتب للغير على الشيء حقا عينيا يجرى الملكية، كحق انتفاع او ارتفاق، او يقيدها كرهن، وهذه التصرفات القانونية ترد على حق المالك ذاته و ذلك على خلاف التصرفات المادية السابقة، التي تنصب على الشيء محل الحق ولذلك قيل ان سلطة التصرف المادي في الشيء هي العنصر الوحيد الذي يميز حق الملكية عن غيره من الحقوق العينية، اما سلطة التصرف القانوني، فهي اذ تسرد على حق المالك دون الشيء فهي لا تعتبر عنصرا مكونا لـحق الملكية، وانما هي رخصة تثبت للمالك كما تثبت لصاحب اي حق عيني آخر، على انه يلاحظ انه مع التسليم بأن سلطة التصرف القانوني لا تقتصر على المالك، وانما تثبت لغيره كذلك من أصحاب الحقوق العينية، فانه يبقى بعد ذلك ان سلطة المالك في هذا الشأن اوسع مندى كمالغيره من هؤلاء، اذ هي سلطة كاملة تشمل الرقبة و المنفعة معا، فالحقوق المتفرعة عن حق الملكية يقتصر مداها على استعمال الشيء و استغلاله، بدرجات تختلف بحسب ما يتسع له كل حق من هذه الحقوق(1)، بينما لا تكون رقبة الشيء الا للمالك، فصاحب حق الانتفاع تقف سلطته عند حد التصرف في منافع الشيء، لان حقه يقتصر على هذه المنافع ولا يمتد الى الرقبة، اما المالك فيستطيع التصرف في رقبة الشيء و منفعته جميعا، بل انه هو وحده الذي يملك التصرف في الرقبة .

كذلك يجوز للمالك ان يرتب على المنزل المملوك له، حق انتفاع " فينقل بذلك الى المنتفع عنصري الاستعمال و الاستغلال، و يستبقى الرقبة وحق التصرف فيها، وله ان ينقل حق الاستعمال وحده، فلا يجوز لصاحب الحق الا استعمال الشيء بنفسه وله ان يخصص الاستعمال بالسكنى فينقل الى الغير حق السكنى، فلا يجوز لصاحب هذا الحق ان يستعمل المنزل الا لسكناه هو و أسرته، وله ان يرتب على العقار المملوك له حق ارتفاق ويستبقى ملكية العين خالصة له، ولكنها مقيدة بحق الارتفاق هذا، كما يجوز للمالك ان يرتب على العقار المملوك له حق رهن رسمي(2)، فيستبقى ملكية العقار خالصة له

(1) عبد المنعم فرج العسدة - المرجع السابق - ص 30 .

(2) السنهوري - المرجع السابق - د 8 - ص 501 .

الاستعمال وصاحب حق السكني فهذان لا يستطيعان التصرف في حقيهما) ويستطيع الدائن المرتهن ان يحول حقه العضون بالرهن فينتقل الرهن بالحوالة الى الدائن الجديد، ولكن تصرف المالك يختلف عن تصرف غيره من أصحاب الحقوق الاخرى في أن المالك يستطيع ان يتصرف في رقبته الشيء ذاتها، اما صاحب حق الانتفاع مثلا فلا يستطيع ان يتصرف الا في حق انتفاعه، ولا يستطيع ان يتصرف في الرقبة (1) كما ان تصرف مالك الرقبة قد يكون أديا بينها تصرف المنتفع موقوت بأجل حق الانتفاع، وكما ان المالك يستطيع ان يتصرف في الشيء على النحو الذي قدمناه كذلك لا يستطيع ان يتصرف الا في حدود معينة كما في مرض الموت الذي سنعرض له في حينه ، وقد يفرض القانون قيودا على التصرف وقد يفرض قيودا أخرى على عدم التصرف .

المبحث الثاني : القيود الواردة على حرية تصرف المرء في ملكه :

ان القيود التي ترد على سلطات المالك نوعان :

قيود قانونية : وهي قيود مقررة بمقتضى نص في القانون، فهي بهذه المثابة تمثل الحدود العامة الدائمة التي يجب على المالك ان يراعيها في مزاولته لحقه .

قيود ارادية : وهي قيود تفرضها الارادة بمالها من سلطان في هذا الشأن ومن ثم تخضع لشروط من حيث الباعث عليها والمدة التي تستغرقها (1).

والقيود القانونية اما قيود تتعلق بالمصلحة العامة، او قيود تتعلق بالمصلحة الخاصة فالاولى هي التي تقرر لغرض يتصل بالمصالح العام، وهي كثيرة ومتنوعة ولا نجدتها في التقنين المدني ، بل تتضمنها التشريعات الخاصة ومن امثلتها المسافات والشروط التي نصت عليها التشريعات المتعلقة بالمحال الصناعية و التجارية وغيرها من المحال المتعلقة للراحة والمضرة بالصحة، وهي التي اشارت اليها المادة : "712" (ق . م . ج) التي تنص على مايلي:

يلجأ ان تنشأ المصانع و الآبار ، والالات التجارية وجميع المؤسسات المضرة بالجيران على المسافات المبينة في اللوائح والشروط التي تفرضها " .

و الثانية : هي التي تنقرر حماية لمصلحة خاصة جديرة بالرعاية ، كالقيود المتعلقة بالري، والقيود التي تنقرر لصالح الجيران، على ان يلاحظ ان الشارع في تقريره لهذا النوع من القيود لا يمنع نصب عينية المصلحة الخاصة وحدها، فان للمصلحة العامة شأنها في هذا المجال أيضا، اذن هي التي تملي على الشارع ان يراعى هذه المصلحة (1) الخاصة وقد أشارت المادة " 690 " (ق.م.ج) الى هذين النوعين من القيود وذلك بقولها: " يجب على المالك ان يراعي في استعمال حقه ما تقتضي به التشريعات الجارية بها العممل والمتعلقة بالمصلحة العامة، او المصلحة الخاصة، وعليه أيضا مراعاة الاحكام الاتية . ولكن للمالك على ملكه سلطات جامعة، فاذا جاء الشارع وفرض قيودا تحد من هذه السلطات، كان معنى ذلك انه يرسم الحدود التي يجب على المالك ان يراعيها فسي مزاولته لحقه ، فهي من هذه الناحية قيود او حدود عامة ، بمعنى انها تصدق على كل ملكية توجد في ظروف معينة .

وقد تعددت هذه القيود وتنوعت ، وتكاثرت خاصة في العقود الأخيرة عندما أخذت المذاهب الاشتراكية في الانتشار، وكان الهدف الرئيسي لهذه المذاهب هو حق الملكية ونجم عن ذلك ان أخذت النظم القانونية ، حتى غير الاشتراكية فيها ، تقيد من حيق الملكية ، وتكثر من القيود التي ترد عليه (2) وعلى سلطة المالك في التصرف في ملكه ، لما لها من صلة و شيقة بموضوع بحثنا هذا .

وكما سبق القول فان التصرف نوعان من الاعمال :

التصرف المادي : ويهدف الى اجراء تغيير في الشيء محل الملكية ، كالبناء في الارض أو اعدام الشيء باستهلاكه ، وهو سلطة مقصورة على المالك،

التصرف القانوني : ويقصد به نقل ملكية الشيء او تقرير حق عيني عليه ، سواء اكان هذا الحق من الحقوق المتفرعة عن حق الملكية ، ام من الحقوق العينية التبعية كالرهن .

(1) عبد المنعم فرج العتدة - المرجع السابق - ص 82 .

(2) السنهوري - المرجع السابق - ص 8 - ص 638 .

والاصل هو ان الانسان حرفي التصرف في ملكه ، على ان هذه الحرية قد قيدتها القوانين الوضعية ، وقيدها الفقه الاسلامي استثناء ، بما يتقرر للغير من حقوق على الشي ، وتصصرف الانسان في ماله ، لا يكون الا عن رضاه وطيب نفسه و اختياره ولقد تعددت الادلة الدالة على ذلك ، سواء في القرآن الكريم ، وفي السنة النبوية الشريفة ، فقد قال الله تعالى: " وآتوا النساء صدقاتهن نحلة فان طبع لكم عن شيء منه نفسا ، فكلوه هنيئا مريئا " (1) وقوله تعالى " يا ايها الذين آمنوا لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل ، الا ان تكون تجارة عن تراض منكم " (2) وقول النبي صلى الله عليه وسلم : " انما البيع عن التراضي " ، وقوله (ص) أيضا : لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس منه .

وقال الشافعي : " لا يزول ملك المالك الا ان يشاء ، ولا يملك رجل شيئا ، الا ان يشاء الا في الميراث ، حيث يكون الاستخلاف جبريا ، تنقل فيه ملكية المورث الى الوارث ، شاء ام ابى " ويعكده الامام الشافعي ، ان الاصل هو الاستخلاف الاختياري حيث يقول : " ولم اعلم احدا من المسلمين اختلفوا في ان لا يخرج ملك المالك المسلم من يديه الا باخراجه اياه هو نفسه " ، كما يؤكد ان الاستثناء هو الاستخلاف الاجباري في الميراث فيقول : " فلم اعلم احد من المسلمين خالف في انه لا يكون على احد ان يملك شيئا الا ان يشاء ان يملك الا الكيراث (3) .

ويقول صاحب مفتاح الكرامة : " وقد ثبت بالقطع ، الذي لا يخالف فيه مسلم ، ان اصل اموال العباد التحريم ، وان المالك للشيء مسلط عليه يحكم فيه ، ليس لغيره فيه اقدام ولا اجام الا بدليل على ذلك يدل على ذلك الحقوق الواجبة من الاموال ... فمن ادعى انه يحصل له اخذ مال احد من عباد الله ، ليضعه في طلاق من طرق الخير ، وفي سبيل من سبل الرشده لم يقبل منه ، الا بدليل يدل على ذلك بخصوصه ، ولا يفيد انه يريد وضعه في موضع حسن صرفه في مصرف صالح ، فان ذلك ليس اليه ، بعد ان صار المال ملكه كله وهذا لا يخفي على احد ، ممن له انى علم بهذه الشريعة المطهرة " (4) .

(1) سورة النساء - الاية (4) .

(2) سورة النساء - الاية (29) .

(3) انظر محمد وحيد سوار : النزعة الجماعية في الفقه الاسلامي واثرها في حق الملكية - ص 131

(4) حسن خان - مفتاح الكرامة - ص 198 مشار اليه في محمد وحيد سوار

ونورد هنا صور التقييد التي ترد على التصرف القانوني في الشيء :
والقيود التي ترد على تصرف المالك في ملكه تصرفا قانونيا نوعان :

- (1) قيود ترد على الملكية الخاصة مراعاة لمصلحة فردية اولى بالاعتبار .
- (2) قيود ترد على المصلحة الخاصة مراعاة لمصلحة عامة .

والذي يعنينا هو النوع الاول من هذه القيود .

القيود التي ترد على الملكية الخاصة مراعاة لمصلحة فردية أخرى اولى بالاعتبار :
و تظهر هذه القيود في صورتين :

- أ - قيود سلبية تمنع الفرد من التصرف، مع ان الاصل يقضي بحرية المالك في التصرف
- ب - قيود ايجابية ، ترغم الفرد على التصرف ، مع ان الاصل يقضي بحرية المالك في عدم التصرف، وسنعرض للنوع الاول من هذه القيود :

القيود المانعة من التصرف !

وتنقسم هذه بدورها الى :

- (1) قيود ترد على ملكية الاشخاص ناقصي الاهلية .
- (2) قيود ترد على ملكية الاشخاص كاملي الاهلية .

أ و لا : القيود التي ترد اموال ناقص الاهلية :

تنص المادة "101" من قانون الاسرة الجزائري على انه : " من بلغ سن الرشيد وهو مجنون او معتوه او سفيه ، او طرأت عليه احدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجز عليه .

ويستنتج من نص هذه المادة ان الاشخاص ناقصي الاهلية المذكورين فيها يمنعون من التصرف في اموالهم وذلك بالحجز عليهم ، ويقول الزمخشري في هذا المعنى : " انهم المبدرون اموالهم الذين ينفقون فيما لا ينبغي ولا بد لهم باصلاحها وتثميرها ، والتصرف فيها " ويرجع الحجز في هذه الحالة ، الى تعطيل السفهاء الوظيفة الاجتماعية للمال (1) .

ثانيا : القيود التي ترد على اموال كاملية الاهلية : وهي نوعان :

- قيود ترد على حرية المالك في التصرف في ماله اثناء حياته .
 قيود ترد على حرية المالك في التصرف في ماله تصرفا مضافا الى مابعد الموت .
 ونشرع في بحث هذين النوعين على التوالي :

أ (منع الزوجة من التصرف في مالها ، بما يزيد عن الثلث دون اذن زوجها :

اختلف الفقهاء في كمال ولاية المرأة المالية ، فجمهور الفقهاء يري ان المرأة البالغة الرشيدة لها الحرية التامة في كل مالها ، ليس لاحد عليها من سلطان ، سواء اكان وليا أم زوجا لان الرجل والانثى بالنسبة للأموال سواء ، وخالف الجمهور " الامام مالك رضي الله عنه " (1) في رواية عنه . وكانت مخالفته للجمهور في موضوعين (2) .

الاول : بالنسبة للبكر البالغة ، فيرى الامام مالك : ان الحجز يستمر ولو بلغت عاقلة ، حتى تتزوج ويدخل زوجها بها ، وهي بذلك مخالفة للغلام ، لانه يري ان رشدها لا يتم الا بذلك لكونها في حالة بكارتها محجوبة ، لاتعاني الامور ، ولا تبرز للناس ، والفتى حاله غير حالها ، فانه يتصرفه وملاقاته للناس من اول نشأته الى بلوغه يحصل له الاختيار ويكمل عقله بالبلوغ ، ان اونس منه الرشد فيحصل الغرض ويتم مقصد الشارع ، ويستمر الحجز على الفتاة ما لم تتزوج او تعنس ، اذا كانت ذات أب ، او كانت يتيممة فالوصي يستمر قائما على مالها حتى تتزوج او تعنس ، وعما مالك في مخالفة الجمهور انه يعتبر البكر رشيدة لا موعنسا رشدها ، والله قد اناط ولاية المال بايناس الرشد وذلك في قوله تعالى : " فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم ولا تأكلوها اسرافا وبدارا ان يكبروا " (3)

- (1) مذهب الامام مالك هو المذهب المعمول به في الجزائر
 (2) انظر : محمد ابو زهرة - الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية - ص 345
 وقد استدلت بهذه الادلة من : بداية المجتهد ح 4 - احكام القرآن للقرطبي ح 3 الفروق ح 3
 البدائع ح 2 .
 (3) سورة النساء - الاية (6)

ولا حجة له سوى هذا ، ولذا يعد قوله إرجاء ، بل روى عنه الموافقة لجمهور أهل الفقه في هذا ، لان الفتى والفتاة في السلطان على المال سواء . .

الثاني: ان مالكا يرى ان المرأة المتزوجة الرشيدة لها ان تعقد صفقات في مالها ، فلها ان تعقد كل عقود المبادلات ، ولكن ليس لها التبرع من مالها بغير اذن زوجها .
 بأكثر من الثلث ، وهي رواية الامام احمد رضي الله عنه وعماد هذا القول : " انه روى ان امرأة كعب بن مالك أتت النبي صلى الله عليه وسلم بحلي لها ، فقال لها عليه الصلاة والسلام : لا يجوز لامرأة عطية ، حتى يأذن زوجها ، فهل استأذنته كعباً ؟؟ فقالت نعم ، فبعث اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم وسأله : هل أذنت لها تتصدق بحليها ؟؟ قال نعم قبله " ولان للزوج بعض الحق في مالها اذ العادة ان المهر يزيد و ينقص تبعاً لزيادة مالها ونقصه ، فله بهذا الاعتبار فيه نسوع من الحق ، فصارت كالمريض يتعلق حق الورثة بماله (1) .

ولقد رد ابن حزم على مالك رداً قويا مظفراً في المحلى⁽²⁾ " جاء فيه : " اما قول مالك فلا نعلم له متعلقاً لامن القرآن ولامن السنة ، ولا من رواية سقيمة ، ولا من قول صاحب ولا تابع ، ولا احد قبله الا رواية عمر بن عبد العزيز ، قد صح عنه خلافها ، ولا من قياس ولا من رأي له وجه ، ثم يرد قياس المرأة على المريض ، ويثبت بطلانه بوجوده :

احدهما: ان المرأة صحيحة و لا يصح قياس الصحيح على المريض .

ثانيها: انه لا علة تجمع بين المرأة الصحيحة والمريضة ، ولا شبهة بينهما .

ثالثها: انه لا تشابه بين تبرع المرأة في زعمهم ، وتبرع المريض لان المريض ممنوع

من أكثر من ثلث ، اما المرأة فيصح ان تتبرع ثلثاً بعد ثلث . .

ولكن يرى مالك أيضاً ان للزوج ان يرد تبرع الزوجة بالثلث ، اذا تبين انها تريد بذلك

مضرة ، لانديجب التعامل معها بنقيض قصدها ، وفي اعتقادنا ان الرأي الاخير هو الأرجح .

(1) محمد ابو زهرة - المرجع السابق - ص 346 .

(2) محمد ابو زهرة - المرجع السابق - ص 346 .

ب (الحجر على المدین المعسر :

اختلفت الآراء الفقهية في الحجر على المدین المعسر لمنفعة من التصرف في امواله حفاظا على حق دائنيه .

فانصار النزعة الفردية ، منهم أبو حنيفة ، يرون عدم جواز الحجر على المدین المعسر ، وحتتهم في ذلك ان المالك حر في امواله ، ليس لولي الأمر ان يفرض أية قيود عليها . وانصار النزعة الجماعية ، يرون الحجر على المدین المعسر ، لان مصلحة الناس تتحقق بالحجر عليه ، اذ لو نفذت تصرفاته لكان في ذلك اذاعة لحقوق الدائنين ، كان يلجأ الى تهريب امواله ، كما يستدلون بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لي الواجد يحل عرضه و عقوبته ، وقال أيضا : " مطل الغني ظلم ، واذا اتبع احدكم على مليء فليتبع " .

ج (أثر مرض الموت في تقييد حرية المالك في التصرف في ماله :

قد يتصرف المالك في مرض موته تصرفات تعود بالضرر على الدائنين والورثة كالبيع مثلا وذلك لانه اذ يستشعر دنو أجله ، قد يقدم على تصرفات تلحق الضرر بهم ، من أجل ذلك حرصت التشريعات الوضعية (مادة "408" ق.م.ج ، مادة "477" ق.م.مصري) كما حرص الفقه الاسلامي على تقييد تصرفات المريض الموت ، فمنعه من المحاباة في المعارضات بالقدر الذي يصون حقوق الورثة والدائنين ، كما منعه من التبرع بأكثر من ثلث امواله ، صيانة لحق الورثة ويرى بعض الشراح ان سبب تقييد تصرفات المريض مرض الموت ، يرجع الى عدم اهلية المريض ، فهي استثناء من قواعد الاهلية ويجب تفسيرها بكل دقة ، لان الاهلية هي الاصل وعندهما الاستثناء (1) ولكن الرأي الراجح او الصحيح هو ان الاحكام التي وردت في التشريعات الوضعية خاصة بالبيع الحاصل في مرض الموت ، ليست مبنية على فكرة عدم اهلية المريض بل جاءت بها الشريعة الاسلامية مراعاة لمصلحة الورثة والمحافظة على حقوقهم ، بمنع المورث من ايشار بعضهم على بعض ، يدل على ذلك ان تصرف المريض في مرض الموت يعتبر صحيحا ولو تناول جميع ماله اذا لم يكن له ورثة ، ولو كان المريض غير أهل للتصرف لما اجيز تصرفه سواء أكان له ورثة ام لم يكن ، هذا ماذهب اليه جمهور الفقهاء ، وخالف ابن حزم في ذلك وعد مريض مرض الموت كالصحيح (2) .

(1) انظر محمد كامل مرسي : الوصية و تصرفات المريض مرض الموت - 268 .

(2) محمد وحيد سوار : المرجع السابق - ص 134 وما بعدها .

د) تقييد سلطة المالك في التصرف في ماله عن طريق الوصية فيما زاد على الثلث :

تنص المادة "185" من قانون الاسرة الجزائري على مايلي :-
 " تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد على الثلث توقف على اجازة الورثة"
 تقابلها المادة "37" من قانون الوصية المصري ، كما تنص الفقرة الاولى من المادة "776"
 (ق.م.ج) والفقرة الاولى من المادة "916" ق.م.مصري على انه : " كل تصرف قانوني يصدر
 من شخص في حال مرض الموت ، بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا الى ما بعد الموت وتسري
 عليه أحكام الوصية الخ .

ويتبين لنا من نص المادة الاولى (185) من قانون الاسرة والفقرة الاولى من المادة
 "776" من قانون مدني الجزائري ان المشرع قد اجاز الوصية في حدود ثلث التركة ، وما زاد
 على ذلك يتوقف على اجازة الورثة ، واعتبر ان كل تبرع يصدر عن مريض الموت يعتبر تبرعا
 مضافا الى ما بعد الموت وتسري عليه احكام الوصية ، اي لا يزيد التبرع بأكثر من الثلث
 فالوصية تصرف مضاف الى ما بعد الموت ، ولذلك جعل الشارع الخلافة الاختيارية بمقتضى
 الوصية في حدود قدر معين من اموال التركة ، وعليه كان لابد من تقييد حرية المالك في هذا
 التصرف ، لان أثره يترتب في وقت تكون ذمته فيه قد تلاشت ونشأت للورثة حقوق في امواله
 ولولا ذلك التقييد في مجال الوصية لاهدرت هذه الحقوق و أصبح كيان الاسرة مهددا في كثير
 من الحالات ، وهو أمر يناهى مقاصد الشارع (1) .

لهذا جعل الشارع القدر الذي تنفذ فيه الوصية من غير حاجة الى اجازة الورثة هو
 ثلث التركة ، وقد ثبت هذا بالتحديد في الشريعة الاسلامية أيضا بحديثين شرفين عن رسول
 الله صلى الله عليه وسلم حيث قال : " ان الله تبارك وتعالى تصدق عليكم بثلث اموالكم
 في آخر اعماركم زيادة على اعمالكم ، فضعوه حيث شئتم " . وروي أن سعد بن أبي وقاص كان
 مريضا ، فعاده رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال يا رسول الله ، اوصني بجميع مالي ؟
 قال : لا ، قال : فيثلثي مالي ؟ قال : لا ، قال فينصف مالي ؟ قال : لا ، قال : فيثلثي
 مالي ؟ قال عليه السلام : الثلث و الثلث كثير ، انك ان تدع ورثتك اغنياء خير من تدعهم

فقراء يتكفون التماس " فالشارع الاسلامي سلب من المورث ارادته في الثلثين ، وهو لم يسلب الارادة الا ليعطي المال للأسرة بالقسطاس المستقيم ، ولكيلا يكون في النفس جفوة المنع والاعطاء ان تولى ذلك المورث .

ويقوم التوزيع العادل الذي تولاه الشارع على اسس ثلاثة (1) :

- (1) انه يعطي الميراث للاقرب الى المتوفي ، الذي يعد شخصه امتداد في الوجود لشخصه .
- (2) ملاحظة الحاجة ، ولذا كان نصيب الأولاد أكثر من نصيب الأبوين و نصيب الذكر اكثر من نصيب الانثى ، لكثرة تكاليف الاول المالية .
- (3) ان الشرع في تقسيم التركات يتجه الى التوزيع دون التجميع ، فهو لم يجعل وارثا يستبد دون سواه ، ولم يطلق يد المورث يختص بها من يشاء من خلفائه بل وزع كل التركة بين عدد من الورثة .

تلك هي القيود المانعة من التصرف ، وقد سقناها لمجرد العلم بها ، حتى تكون بمثابة الضوء الذي يهدينا ويسوقنا الى لب موضوع بحثنا ، الذي سنقوم بتفصيله ..

(1) محمد وحيد سوار : المرجع السابق - ص 136 .

الباب الأول

مرض الموت و دلالاته .. ومدى تأشيرته على أهلية المريض

يراد بالمرض هو من عوارض الاهلية ، فيؤثر في تصرفات المريض ، ويغير بعض أحكام الأهلية الكاملة - مرض الموت - وقد اختلف الفقهاء في تعريف مرض الموت اختلافا كبيرا ، وستعرض في هذا الباب لتعريف مرض الموت ودلالاته وللملحقين بمريض الموت ، ثم الى الامراض المزمنة ، والى رأي المحاكم في مرض الموت وذلك في فصل أول، ثم نتكلم عن أحكام تصرفات المريض مرض الموت و تشمل على أهلية المريض في الشريعة الاسلامية و القانوني المدني ، في فصل ثان

الفصل الأول :

مرض الموت ودلالاته

المبحث الأول :

تعريف مرض الموت ودلالاته و الملحقون بمريض الموت :

لم يأت القانون المدني بتعريف لمرض الموت ، لذلك وجب الرجوع الى الشريعة الاسلامية التي استمد منها الاحكام الخاصة بتصرفات المريض مرض الموت، لنعسرررر ماهية المرض .

المطلب الأول :م_ تعريف مرض الموت :

اذا اردنا ان نعرف مرض الموت تعريفاً نبيين به حقيقته وماهيته أو خواصه وأوصافه وجدنا انفسنا امام سيل من التعريفات المختلفة للفقهاء، غير ان المتتبع لهذه التعريفات المختلفة في عباراتها، المتضاربة في ظواهرها ، يجد معنى لا يختلسف فيه ، وهو ان مرض الموت يجب ان يتحقق فيه أمران :

- أحدهما : أن يكون مرضا ينتهي الى الموت غالبا .
- وثانيهما : ان يموت الشخص بالفعل موتا متصلا به .

وقد اضاف استاذنا السنهوري أمرا ثالثا الا وهو : أن يقعد مرض الموت المريض عن قضاء مصالحه (1)، و لكن اختلاف التعريفات انما يدور حول الامارات و الاوصاف الظاهرة (2)، التي بها يتبين ان المرض مشتمل على الوصف الأول وهو انه ينتهي الى الموت غالبا .

وقد عرفه بعضهم : بأنه المرض الذي يعجز صاحبه عن قضاء حوائجه خارج البيت وان امكنه القيام بها في البيت ، اذ ليس كل مريض يعجز عنها في البيت، كالقيام للبول ونحوه ، وقد قال الزيلعي ان هذا هو الصحيح (3) .

وعرفه "السرخسي" صاحب المبسوط : بأنه المرض الذي يجعل صاحبه يلازم الفراش ، فقد جاء في المبسوط: أنه المرض الذي يجعل صاحبه يلازم الفراش وجاء فيه أنه اذا أقر لقاتله بدين فان كان مريضا صاحب فراش حتى مات لم يجز ، وان كان يذهب ويجيء فهو جائز، لان الجرح و ان كان سب الهلاك ، لا يصير به في حكم المريض ما لم يمصر صاحب فراش ؛ فان المريض يباين الصحيح بهذا، لان الانسان لا يخلو من نوع من المرض وان كان صحيحا ، فاذا لم يمصر صاحب فراش كان في حكم الصحيح، واذا كان صاحب فراش فهو مريض وان تكلف لمشييه في بعض حوائجه . (4)

(1) السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني - ج 4 - ص 314 .

(2) محمد ابو زهرة : المرجع السابق - ص 349 .

(3) أنظر : الزيلعي (تبين الحقائق) : ج 2 - ص 248 - الطبعة الاميرية .

(4) أنظر المبسوط : ج 2 - ص 178 - طبعة الساسي .

وقال بعضهم : ان مرض الموت هو الذي يخاف منه الهلاك غالبا : بأن يكون المريض صاحب فراش ، وهو الذي لا يقوم بحوائجه في البيت كما يعتاد الأصحاء ، وان لم يقدر على القيام بتكلف ، والذي يقدر على حوائجه في البيت وهو يشتكي لا يكون مريضا لان الانسان قلما يخلو من مرض (1) .

وقد نصت المادة "1595" من مجلة الاحكام العدلية ، وهي تقنين للفقهاء الحنفيين على مايلي " مرض الموت هو الذي يغلب فيه خوف الموت ، ويعجز معه المريض عن روعة مصالحه خارجا عن داره ان كان من الذكور ، وعن روعة مصالحه داخل البيت ان كان من الاناث ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة ، سواء أكان صاحب فراش ام لم يكن نفسه وان امتد مرضه ومضت عليه سنة ، وهو على حال واحد كان في حكم الصحيح ، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه و يتغير حاله ، ولكن لو اشتد مرضه ، وتغير حاله ومات قبل مضي سنة ، يعد حاله اعتبارا من وقت التغيير الى الوفاة مرض موت (2) و التعريفات التي تعتبر خوف غلبة الهلاك أساس مرض الموت ، أوسع من التعريفات التي تشترط ان يكون صاحب فراش ، لان كونه صاحب فراش يقتضي اعتبار العجز عن مصالحه في البيت ، فلو قدر عليها لا يعتبر مريضا .

وهناك تعاريف اخرى ذكرها الفقهاء ونجد منها : ان المريض من لا يقدر على اداء الصلاة قائما ، او انه من لا يقدر على القيام الا ان يقيمه غيره ، او انه من لا يقدر على المشي الا ان يتهدى بين اثنين ، ومن قائل ان علامته الا يخطوا الشخص ثلاث خطوات من غير ان يستعين بغيره (3) ، وقيل من يزداد مرضه .

وجاء في ابن عابدين مايلي : " ينبغي ان يكون المراد بالعجز عن نحو الاتيان الى المسجد او الدكان لاقامة المصالح القريبة في حق الكل ، اذ لو كان محترفا بحرفة شاقة كما لو كان مكاريا او حمالا على ظهره او دقاقا او نجارا او نحو ذلك مما لا يمكن اقامته

(1) انظر: فتح العنبر: ح 3 - ص 155 - الطبعة الاميرية ، ابن عابدين ح 2 - ص 534

محمد كامل مرسى - المرجع السابق - ص 230 .

(2) السنهوري - الوسيط - ح 4 ص 313 .

(3) انظر: محمد الزفزاف تصرفات المريض. محاضرات القاها على طلبة دبلوم الشريعة - كلية الحقوق جامعة القاهرة ص 86 ، انظر كذلك: محمد ابو زهرة. المرجع السابق - ص 349 ، محمد كامل مرسى (=)

مع ادنى مرض عجز عنه مع قدرته على الخروج الى المسجد او السوق لا يكون مريضا وان كانت هذه مصالحه ، والا لزم ان يكون عدم القدرة على الخروج الى الدكان للبيع و الشراء مثلا مرضا وغير مرض بحسب اختلاف المصالح ، ويظهر هذا ايضا في حق من كان له قدرة على الخروج قبل المرض ، اما لو كان غير قادر عليه قبل المرض تكبر سنه او لعله في رجليه ، فلا يظهر ، فينبغي اعتبار غلبة الهلاك في حقه ويؤيد ذلك ان من ألحق بالمريض ، كمن بارز رجلا ونحوه انما اعتبر فيه غلبة الهلاك دون العجز عن الخروج ، لان بعض من يكون مطعون او به استسقاء قبل غلبة المرض عليه قد يخرج لقضاء مصالحه مع كونه اقرب الى الهلاك من مريض ضعف عن الخروج لصداع او هزال مثلا ، وقد يوفق بين القولين بأنه ان علم ان به مرضا مهلكا غالبا وهو يزداد الى الموت فهو المعتبر وان لم يعلم انه مهلك يعتبر العجز عن الخروج للمصالح .

وقد ذهب ابو الليث من فقهاء الحنفية الى عدم اشتراط ان يكون صاحب فراش في مرض الموت ، بل العبرة للغلبة ، فلو كان الغالب من هذا المرض الموت فهو مرض موت وان كان يخرج من البيت ، وبه يغنى الصدر الشهيد ، ويوعيد هذا الرأي أنه قد نقل ان محمدا ذكر في الاصل مسائل تدل على ان الشرط خوف الهلاك غالبا في مرض او غيره ، لا كونه صاحب فراش ، ومن هذه المسائل ما قاله محمدا "لو اخرج الرجل الممرضا او الرجم فهو في حكم المريض" فهو ان لم يكن مريضا الا انه اخذ حكم المريض لغلبة الهلاك في هذه الحال ، ويلزم من ذلك ان تكون العلة في مرض الموت هي غلبة الهلاك (1).

وقد قال ابن قدامة : بعد ان ذكر احكام المريض : و يعتبر في المريض الذي هذه احكامه شرطان :

احدهما : أن يتصل بمرضه الموت ، ولو صح من مرضه الذي اعطى فيه ثم مات بعد ذلك فحكم عطيته كحكم الصحيح ، لانه ليس بمرض الموت .

(=) المرجع السابق ص - 230 ، ابن عابدين ج 2 ص 534
(1) محمد زكزاف : المرجع السابق - ص 86 ، محمد كامل مرسي - المرجع السابق - ص 231 .

الثاني : ان يكون مخوفاً : اي يغلب فيه الهلاك عادة ، وقد بين هذا عهد كلامه عن المرض المتخوف فقال : " مرض مخوف لا يتعجل موت صاحبه يقينا لكنه يخاف ذلك، كالبرصام وهو " بخار يرقى الى الرأس ويوعثر في الدماغ، فيختل العقل " ، والرعاف الدائم، لانه يصفسي الدم فيذهب القوة (1) .

وقد ذهب بعضهم الى تفسير مرض الموت بأن يكون مخوفاً، ولكنهم صرحوا بأنه لا يشترط ان يكون الغالب فيه الهلاك، بل يكفي الا يكون نادراً .

ولكن كيف يعرف أن المرض مخوف يغلب فيه الهلاك ؟ فقد ذكروا ان مرض الموت يعرف بالدلائل، لا بالموت نفسه، و الظاهر: ان هذه الدلائل يعرفها الخبراء والرجوع الى الاحصاءات الطبية و الى الاطباء في طبيعة المرض يعطينا على الاقل ظنا راجحاً في انه مرض موت اولاً، و الظن الراجح هنا يكفي لان غلبة الهلاك لا يمكن الجزم بها (2) وقد فصل الشافعية في ذلك فقالوا: " اذا ظننا المرض مخوفاً لم ينفذ تبرع زاد على الثلث ، وان ظنناه غير مخوف فمات فان حمل على الفجأة نفذوا الا فمخوف، ولو شككنا في كونه مخوفاً لم يثبت الا بطبيين حريين عادلين فلا يثبت بنسوة و لابرجل و امرأتين ، لانها شهادة على غير المال، ولكن اذا كان المرض علة باطنة بامرأة بحيث لا يطلع عليها الرجال غالباً تثبت بشهادة النساء(3)

ويشترط في مرض الموت ان يعقبه الموت بحيث لو برىء من هذا المرض لا يكون مرض موت فينفذ تصرفه الذي امضاه فيه ، اما اذا لم يبرأ منه ومات عقبه ولو كان بسبب آخر ظاهراً، كقتل في اثناء المرض ، او فرق ، او تصادم ، او سبب آخر ، فانه يعتبر هيناً بمرض الموت، إذ يحتمل ان يكون الموت من المرض و صادف خروج الروح عند حصول الحادث و يعتبر انه قد مات لسببين ، وذلك للاحتياط في المحافظة على حقوق الناس التي قد تهدر بتصرفه في مرضه فقد جاء في جامع الفصولين : " مريض صاحب فراش لو أباتها ثم قتل ترشه ، وطعن عيسى بن ابان فقال : لاترشه ، اذ مرض الموت ما هو سبب الموت ولم يوجد، ولكننا نقول : قد اتصل

(1) المعنى لابن قدامة : ح 6 - ص 505 ، 506 - طبعة المنار .

(2) محمدا الزفراف : المرجع السابق - ص 87 ، ص 88 .

(3) جامع الفصولين : ح 2 - ص 229 - الطبعة الاولى

الموت بمرضه حيث انه لم يبرأ حتى مات ، وقد يكون للموت سببان ، فلا يتبين بهذا ان لم يكن مرض موت ، وان حقها لم يكن ثابتا في ماله ... ثم قال ولو صاحب فراش - طلق ثم صح ثم مرض ومات في العدة لم يكن قارا (1) : أي فلا ترثه هذه الزوجة التي أبانها ومات وهي في العدة بعد برئه ، لان الميراث انما يكون اذا اثبت انه فار ، وذلك بأن يموت في المرض الذي أبانها فيه دون ان يبرأ منه .

وهذا ما يتعلق بمرض الموت في الرجل ، اما المرأة فقد قال بعضهم : ان تعتبر صاحبة فراش تعجز عن الصلاة قائمة ولا تذهب الى المخرج (بيت الخلاء) بلا معيّن و العجز بالنسبة لها هو العجز عن المصالح داخل البيت ، وكذا اذا اخذها وجسع الولادة فهي مريضة او في حكم المريضة اذا أشرفت على الهلاك ، ولكن اذا كان يأخذها الوجع ثم يسكن فذلك لا يعتبر مرض موت ، كالمريض الذي يعقب مرضه البرء ، والمعتبر في وجعها هو وجع اخر الولادة ، اذ المعتبر هو مرض الموت ، وهو الذي يتصل بسسه الموت (2) .

وهكذا تختلف تعريفات الفقهاء ، لاعتن اختلاف في حقيقة مرض الموت ، ولكن للاختلاف في اماراته ، ولكن المعنى المقصود في مرض الموت ، ان يكون الشخص في حال يغلب فيها الهلاك ، ويتوقعه هو ، وتكون تصرفاته لخوف الموت المترقب المرصود .

ج - احكام المحاكم في تعريف مرض الموت :

لقد عرضت المحاكم في كثير من احكامها لتعريف مرض الموت ، وقد لاحظت بعض المحاكم الاهلية المصرية المعنى الذي سبق ان ذكرناه وهو ان يكون الشخص في حال يقرب فيها الهلاك ، وجعلت هذا المعنى مناط تقريرها ، لان منع المريض من التصرفات هو خشية ان يكون تصرف ذلك التصرف لا يثار بعض الورثة او بعض الدائنين او حرمان الدائنين من ديونهم وهذا نظر دقيق ، بل هو روح الفقه في مرض الموت (3)

(1) جامع الفصوليين : ج 2 - ص 229 - الطبعة الاولى

(2) محفد الزفزاف : المرجع السابق - ص 88

(3) محمد ابو زهرة - المرجع السابق - ص 350 .

وقد جاء في اسباب احد احكام محكمة الاستئناف الاهلية المصوبية (1) مايلي:
 "ومن حيث ان هذه الحالة النفسية وما اعترض ابراهيم بك لسبب اشتداد الحالة
 المرضية عليه في اكتوبر 1910 ، ولا زالت تشتد حتى وفاته في 17 فبراير 1921 هي
 تلك الحال التي جعلته يتجرد وهو في سن الاربعين سن النضوج الحقيقي جسميا وعقلا
 وادراكا واحساسا من كل ما يملك أطيانا و منقولات وديونا، وهو اكبر مظهر من مظاهر
 اليأس من الحياة، والابتعاد عنها، حيث اعتقد انه لا بد ما لمت مما نزل به من اشتداد
 المرض، وخطورة الحالة، وهذا التصرف في ذاته والخروج به عن كل ما يملكه اكبر
 دليل يقطع في التدليل على مرض الموت ويستحيل ان يصدر مثل هذا التصرف، ويتجرد
 الانسان . كل التجرد مما يملك اذا كان في حالة اعتيادية، وفي حالة مرض بسيط
 ولكن اذا اشتدت به وطأة المرض وتوسد في الهلاك في جسمه، تولاه عندئذ اليأس
 وخرج عن الحياة بما تغليه عليه رغباته، وهي متأثرة بموشرات مختلفة يرجع بعضها للمرض
 وبعضها الاخر لمن حوله (2) .

وقد قضت محكمة مصر الابتدائية (3) بأن: "مرض الموت المعتبر عند علماء الشرع
 هو الذي يخاف منه الموت ولا يرجى بروه، سواء الزم صاحبه انقراض ام كان يخرج من
 بيته، وسواء اطالت مدة المرض ام قصرت من غير نظر الى استيلائه على القوى العقلية
 وعدمه، لان الامراض العضالة تؤثر من طبيعتها في العقل، كمرض السل وغيره (4) .

-
- (1) حكم محكمة الاستئناف الصادر في 29 ماي 1927 ، المحاماة (8) رقم 486 ص 796 .
 - (2) محمد ابو زهرة - المرجع السابق - ص 350 - هامش (1) .
 - (3) حكم صادر بتاريخ 14 يوليوز 1891 - الحقوق 6 ص 153
 - (4) محمد كامل مرسي - المرجع السابق - ص 234 .

وقررت محكمة الاستئناف (المصرية) انه : ليس من المهم ان يكون المورث طريح الفراش طول مدة مرضه او انه ينقطع انقطاعا تاما عن الخروج من منزله ، او ان يعجز عجزا تاما عن مباشرة اي عمل من اعماله العادية فكثيرا ما يكون الانسان مريضا بمرض ذاهب سبب بحياته عاجلا ، ومع ذلك لا يلزم الفراش باستمرار ، ولا ينقطع انقطاعا تاما عن الخروج من منزله و على العكس فكثيرا ما يصاب الانسان بمرض يلزمه الفراش باستمرار ويحول بينه وبين مباشرة اي عمل من اعماله العادية ولا يكون مريضا مرض الموت ، فالعبرة بمرض الموت هي غلبة الهلاك ، فاذا فاجأ الشخص وهو في مقتبل حياته مرض القلب اودى بحياته في مدة لا تجاوز شهرين بعد ان اشتد بمضاعفاته الخطرة اعتبر مريضا مرض موت وبطل تصرفه (1).

وقضت محكمة الاستئناف ايضا : بأن التصرف لا يعتبر حاصلا في مرض الموت الا اذا اثبت ان المرض امتد من تاريخ العقد المطعون في صحته لعدم الاهلية لحين الوفاة (21/ 12/ 1909) .

ولذا وجب ان تكون كل عناية القاضي الذي ينتظر في امر يتعلق بتصريف طعن فيه تصدوره في حال المرض - في البحث عن الامارات والشواهد التي تدل على حال المريض انفسه ليعلم اهي حال يأس من الحياة صدر التصرف تحت تأشيرها ؟ ام هي حال اطمئنان وقرار نفس ورجاء في الحياة و امل فيها قد استغرق النفس و استولى عليها ، لانه اذا جعل القاضي كل عنايته في تصرف ذلك ، فقد سار على سمت الفقه ، ووجه وليه ومعناه في مرض الموت لان الاساس هو تقييد تصرفات المريض مرض الموت خشية ان يكون قد تصرف فيما تصرف ليدال من حقوق الورثة او الدائنين، بما يقيدهم بعد الوفاة . (2)

ومما تقدم يتضح لنا أن الاساس في تحديد مرض الموت هو أن يتنمح امران : -

(1) حكم محكمة الاستئناف المصرية بتاريخ 14 جانفي 1934 المحاماة 15 رقم 260 ص 550 .

(2) محمد ابو زهرة : - المرجع السابق - ص 351 .

- (1) ان يكون مرضاً مخوفاً يغلب فيه الهلاك .
- (2) ان يتصل هذا المرض بالموت فعلاً بحيث لا يبرأ ثم يمرض مرة أخرى ثم يموت .
- ولا عبرة بأن يكون المرض هو سبب الوفاة الحقيقي - عند أكثر الفقهاء ، بل اذا جاء الموت عقب سبب آخر طارئ وكان لا يزال مريضاً فإنه يعتبر هذا المرض مرض موت ، لاستمراره الى الموت و انه يرجع في معرفة غلبة الهلاك الى أهل الخبرة ، ونظراً للتقدم العلمي الهائل في مجال الطب ، فقد اصبح علم الطب يصنع المعجزات ، وذلك فان اطباء بغير خبرة و طبيعة عملهم و معرفتهم بسر مهنتهم ، يستطيعون تقدير قوة تأثير المرض وامتداده ، كما تجب ملاحظة الحالة النفسية كما سبق ان ذكرنا ، فاذا اخبر الطبيب شخصاً بأن عنده مثلاً سرطاناً لا يرجى برؤه فانه يصبح في حالة نفسية كثيفة يرتقب الموت بين آونة و أخرى ان لم يكن أخبرة الطبيب بجدوى العلاج أو بأن أمامه فسحة من الوقت لظهور آثاره ، فاذا قرر الطبيب أن لا رجاء في الحياة ولا في العلاج ، ولم يعين مقداراً من الزمن لقوة تأثير المرض في الحياة ، والمرض يزداد من وقت لآخر ، ولم يثبت على حال واحدة ، فالمرضى مترقب الموت ، فتكون تصرفاته مظنة الايثار او الاضرار ، فلا يعتبر كالصحيح مهما طال المرض ، لان تصرفه الذي يمس الورثة او الدائنين يكون الدافع اليه هو ايثار بعض الورثة او اضرار الدائنين (1) .

المطلب الثاني : الملحقون بمريض الموت أو (من في حكم المريض) :

المراد بمن يلحق بمريض الموت هو من يكون صحيحاً ، ولكنه في حالة يغلب فيها الهلاك دون السلامة ، فانه حينئذ يأخذ حكم المريض في كل تصرف يحدث منه كما لو حدث من المريض فكل سبب يكون الهلاك فيه غالباً يكون في حكم مرض الموت ، أما اذا كان الغالب فيه السلامة فانه لا يأخذ حكمه وان خيف الهلاك منه (2) ، ولان المناط الذي كان سبباً في شرع الاحكام المتعلقة بالمريض ، هو خوفه الموت ، فقد الحق بالمريض كل الاصحاء الاقوياء الذين يكونون في احوال تجعلهم يتربصون الموت ويغلب عليهم فيها اليأس على الرجاء ، والموت على الحياة ، والهلاك على النجاة فكل شيء يقربه الى الهلاك غالباً فهو في معنى مرض الموت

(1) محمد ابو زهرة - المرجع السابق - ص 355 .

(2) محمد الزفزاف - المرجع السابق - ص 90 .

لان مرض الموت هو الذي يغلب فيه الهلاك فكانا في المعنى سواء (1) .

وقد ذكر فقهاء الشريعة الاسعمية عدة احوال تقوم مقام المرض نذكر منها :-

(1) الحرب و القتال : اذا التحمت الطائفتان ولم يعرف بعد الطائفة المنتصرة من الطائفة المنهزمة ، او في حالة تكافؤ الطائفتين ، ففي هذه الحال يكون الشخص في حكم المريض مرض الموت ، لانه يتربق الموت من آن لآخر ، ولا يدري أيقع على الموت أم يقع الموت عليه ، اما اذا كانت احدهما منتصرة فهي ليست خائفة ، وكذلك اذا لم يختلطا بل كانت كل واحدة منها متميزة فليست بحالة خوف (2) .

وبه قال مالك والاوزاعي والثوري ، ون الشافعي قولان : احدهما كقول الجماعة والثاني ليس بخوف ، لانه ليس بمريض .

(ب) من قدم ليقتل : سواء اكان بسيف الجراد قودا ام قصاصا ام حدا ام بسيف ظالم عدوانا فهو في حالة خوف ويتربق التلف والهلاك ، قد غلب عليه اليأس على الحياة ، فهو كالمريض وان لم يكنه ، وللشافعي فيه قولان : احدهما انه مخوف والثاني ان جرح فهو مخوف ، والا فلا ، لانه صحيح البدن والظاهر العفو عنه (3) .

(ج) من ركبوا البحر فتموج بهم و اضطرب ، وهيت الريح عاصفة وجاءهم العوج من كل مكان وفشيهم منه ماغشيهم ، وظنوا انه احيط بهم ، حتى غلب عليهم ان لا ملجأ لهم ولا نجاة مما هم فيه ، وانكسرت السفينة ويقوا على الواحها (4) ، ففي هذه الحالة يكونون كالمريض وبما هم في

المحبوس والاسير ، هذا الكبار ، كما اذا تركت

(1) ابن عابدين : 2 ص 534 - الهداية وفتح القدير و شرح العناية 3 ص 155 .

(2) محمد كامل مرسي - ص 235 ، محمد ابوزهرة - ص 351 ، المهذب ج 1 ص 460 ، المغنى 6 ص 509 .

(3) ابن عابدين ج 2 - ص 534 ، الزيلعي ج 2 - ص 248 .

(4) المغنى ج 6 ص 510 ، المهذب ج 1 ص 460 ، ابن عابدين ج 2 - ص 535 .

(د) المحبوس او الاسير اذا عرف الحابس الظالم بقتل المحبوسين، وكذلك اذا جرى العرف بين الأسيرين بقتل الأسرى ، فلا منأ بعد ولا فداء، بل قط للرقاب وحصر للأرواح ، ففي هذه الحال ايضاً يكون المحبوس و الاسير، كالمريض مرض الموت (1) وهذا رأي أبي حنيفة وابن أبي ليلى وأحمد ، و احد قولي الشافعي ، ويروي ان الحسن البصري كان يرى ان المحبوسين: في حبس الحجاج بن يوسف الثقفي يسري عليهم ذلك، لانهم كانوا يزجون في غياهب سجنه ، فلا تعلم نفس احدهم ما أخفى لها من حياة او موت ، فيروي ان الحجاج لما حبس اياس بن معاوية قال الحسن البصري : ليس له من ماله ا الثلث، لان من دخل سجن الحجاج ما كان يرجو له الحسن الحياة ، لان الحجاج كما هو معروف عنه كان طاغية عصره عاتياً قاسياً ويروي انه لما هلك وجد في سجنه عشرون ومائة ألف سجين لا يعرفون ذنوبهم ولقد مر على صرعه في السجن مرة فجاءوا اليه يشكون ويضرعون، فقال لهم : "اخشوا فيها ولا تكلمون" ولقد كان رأي الحسن البصري فيه يتفق مع ما عرف عنه من قسوة ، يروي ان رجلاً قال يوم مات الحجاج : امرأته طالق ثلاثاً ان دخل الحجاج الجنة ، ثم راجع نفسه ، فاستفتى الحسن، فقال له : اذهب وارجع، ان دخل الحجاج الجنة لا يضرك الزنى ، فلا عجب بعد ذلك اذا رأى الحسن ان من دخل حبس الحجاج لا يرجى له الحياة ، فيكون كالمريض مرض الموت وان لم يكنه (2) .

(هـ) المبارز اذا تقدم للقاء مع الخصم ، ففي هذه الحال يكون في حال يخاف منها الهلاك غالباً ، فيكون كالمريض ، وتكون تصرفاته التي تمس الوارث او الدائس بطننة الاضرار بها فتتوقف على اجازتها .

(و) الحامل اذا اثقلت، وصار لها ستة اشهر، فانها اذا وصلت الى هذا الحد صارت تتوقع الولادة بين عشية وضحاها، والمرأة في حال الولادة تكون بين الخوف و الرجاء ، و بين الحياة و الموت، وربما كانت المرأة تخشى الموت فيها فتتصرف تصرفات يكون فيها ضرر ورثتها او دائنيها، وقد اخذ بهذا سعيد بن المسيب،

(1) محمد ابوزهرة - المرجع السابق - ص 352 .

(2) محمد ابو زهرة - المرجع السابق - ص - 352 هامش واحد (1) .

وعطاء، و قتادة، ومالك ، وخالفهم ابراهيم النخعي ، ويحيى الانصاري، والأوزاعي
و الثوري، وابوحنيفة ، و الشافعي، وقانوا انها تتصرف تصرف الصحيح ، حتى
تكون في المخاض، ففي هذه الحال تكون كالمريض، وذلك لانها قبل ذلك لا تتوقع
الموت، ولا ترقبه لسبب الحمل ، بل المعتاد الغالب و المعروف ان الحامل
تغلب الامل على الخوف، و احيانا تكون مدة الحمل مدة استبشار- وسرور وليس
من المعتاد ان تلد لستة اشهر، ولكنها حتى قبيل الولادة المعتادة تكون في حال
سرور وآمال فيبين ترجوه لها قرة عين، لانها قبل ضرب المخاض لاتخاف الموت، وانها
تخاف الموت اذا اخذ بها الطلق و اصابتها آلمه، وهي مبرحة شديدة، فـ
بعروها اليأس من شدة الالم، واما قبل ذلك فلا ألم بها (1) ، اما بعد الولادة
فان بقيت الحية لأمعها فهو مخوف، وان مات الولد معها فهو مخوف، وقد يروي
عن احمد في النفساء ان كانت ترى الدم فعطيتها من الثلث، لانها كالمريض
وقد اعتبر الكثير من الفقهاء ان المرأة الحامل تلحق بالاصحاء الا في حالة
المخاض فهي كالمريض .

(ط) اذا افترسه سبع و بقي في فيه فهو في حكم المريض، اما لو تركه فهو كالصحيح
مالم يجرحه جرحا يخاف منه الهلاك غالبا (2).

من يلحق بالاصحاء :

يلحق بالاصحاء أصحاب الاغراض المزمنة او الممتدة التي لا يغلب فيها الهلاك، ومن
كانوا مرضى ثم برئوا، وقد جاء في المادة "561" من الاحكام الشرعية لمجهد قديري: " أن
المرض الذي يبرأ منه ملحق بالصحة (3)"، كذلك ليس في حكم المريض من نزل في مسيحة
ولا من التقيمه سبع ثم القاه وان كان به جرح لا يخاف منه الهلاك و لامن ركب سفينة
ولم يكن البحر متلاطم الامواج ولا انكسرت، و لا الذي في صف القتال ولكن لم يبرز للقاء
عدوه، لان ذلك كله الغالب فيه السلامة (4) .

(1) محمد كامل مرسي - المرجع السابق - ص 248 ، المغنى 6 ص 508 - 509 .

(2) ابن عبدون ح 2 - ص 535 ، الزيلعي ح 2 - ص 248 .

(3) محمد كامل مرسي - ص 237 .

(4) محمد الزفزاف - ص 90 .

المبحث الثاني : الامراض المزمنة ورأي المحاكم

عرفنا مما سبق تبيانه من هو في حكم المريض، ومن هو في حكم الصحيح، ولذلك فان العمى و العرج و الخرس ونحو ذلك مما صار معتادا لايكون صاحبه في حكم المريض، ولكن بعض الامراض المزمنة لم يتعرض الفقهاء لذكرها، وقد اختلفت انظار القضاة في المحاكم في هذه الامراض ونحوها فطبق كل منهم القاعدة عليها وسار على حسب ما وصل اليه اجتهاده (1) ومهما يكن من أمر فاننا نجد ان الامراض مقسمة الى اقسام أربعة :-

(1) مرض غير مخوف :

مثل وجع العين و الضرس والصداع اليسير وحمى ساعة، فهذا حكم صاحبه حكم الصحيح لانه لا يخاف منه في العادة، وقد جاء في المذهب (2) : أشأ غير المخوف فهو كالجرب ووجع الضرس والصداع اليسير وحمى يوم أو يومين واسهال يوم أو يومين من غير دم، والسل قبل انتهائه، والفالج اذا طال، لان هذه الامراض يؤمن معها معالجة الموت، فاذا اتصل بها الموت علم انه لم يكن موته من هذه الامراض، وان اشكل شيء من هذه الامراض رجع فيه الى اثنين من أطباء المسلمين (3) .

(2) من تحقق تعجيل موته فينظر فيه :

فان كان عقله قد اختل، مثل من تكلم او أبيت حشرته، فهذا لاحكم لكلاهما ولا اعطينيه لانه لا يبقى له عقل ثابت، وان كان ثابت العقل كمن خرقت حشرته او اشتد مرضه ولم يتغير عقله صح تصرفه و تبرعه وكان تبرعه من الثلث، فان عمر رضي الله عنه خرقت حشرته ففعلت وصيته ولم يختلف في ذلك، وعلي كرم الله وجهه بعد ان ضربه " بسن ملجم " أوصى وأمر ونهى فلم يحكم ببطلان قوله (4)

(1) جامع الفضولين: ج 2 - ص 239 - الطبعة الاولى .

(2) المذهب : ج 1 - ص 460 ..

(3) محمد كامل مرسي - ص 232 - هامش (1) .

(4) نفس المرجع السابق .

(3) مرض مخوف لا يتعجل موت صاحبه :

لكنه يخاف ذلك ، كالبرسام وهو بخار يرقى الى الرأس ويؤثر في الدماغ فيختل العقل والرعاف الدائم لانه يصفى الدم فيذهب القوة (وقد اشرت اليها آنفا)، وذات الجنب وهو قرح بباطن الجنب، ووجع القلب و الرثة فانها لا تسكن حركتها فلا يتدخل جرحها والقولنج وهو أن ينعقد الطعام في جزء من الامعاء ولا ينزل عنه فهذه كلها مخوفة سواء كان معها حمى او لم يكن، وهي مع الحمى اشد خوفاً، فان ثاوره إدم و اجتمع في عضو كان مخوفاً لانه من الحرارة المفرطة ، وان هاجت به الصفراء فهي مخوفة ، لانها تورث بيبوسة ، وكذلك البلغم اذا هاج لانه من شدة البرودة وقد تغلب على الحرارة الغريزية فيطفئها، والطاعون مخوف وان كان ساعة؛ لان من لحقه ذلك اسرع في هلاكه ، وان لم يكن مخوفاً لكنه يكونشارة وينقطع ، أخرى، فان كان يوماً او يومين فليس بمخوف، لان ذلك قد يكون من فضلة الطعام وان دام الاسهال فهو مخوف، وما أشكل أمره من الامراض رجع فيه الى أهل الخبرة و المعرفة لان ذلك يتعلق به حق الوارث، و المرض المخوف كالتعفن وذات الجنب والرعاف الدائم و الاسهال المتواتر والسل في انتهائه والغالج الحادث في ابتدائه والحمى المطبقة لان هذه الامراض لا يوعن معها معالجة الموت فجعلت كحال الموت (1)

و القولنج : هو احتباسي الغائط لانسداد المعوي (القواون).

وذات الجنب : داء يقع في الجنب و ينتفخ و يكون بقرب القلب بيوعلم الما شديدا وقيام الدم خروج الدم من الطبيعة، وقيام الدم من الحرارة المفرطة هو ان يجتمع في عضو .

و الطاعون: هيجان الدم في بعضه ، وقيل ان قيام الدم ان ينصب الى شيء من بدنه من يد او رجل فيرم و يحمر .

و السل : علة يهزل منها الجسم تأخذ من سعال .

و الغالج : علة يأخذ من البرد يرعد لها الجسم، وقيل هو ذهاب الحس و العركة عن بعض اعضائه . و الحمى المطبقة التي تدوم ليلا نهارا .

(4) الامراض المزمنة و نتكلم عنها باسهاب فيما يلي :-

فهي الامراض التي يطول امدها زمنا طويلا، وتعرف أيضا بالامراض الممتدة ، و يأخذ

(1) المهذب ، ج 1 ص 460

(2) محمد كامل مرسي : ص 233 .

حكم المريض بشرط ان يزداد ما به يوماً بعد يوم ، لانه حينئذ يغلب في مرضه الهلاك فاذا صار لا يزداد يكون بمنزلة الصحيح ، لانه لا يخاف منه الهلاك، و بهذا كان يفتي برهان الأئمة و حسام الأئمة، وهما من كبار فقهاء الحنفية (1).

وقيل ان كان يرجى برؤه بالتداوي فكالمرضى والافكا لصحيح
وقيل ما كان يزداد ابدا لا ان يزداد تارة و يقل اخرى (2)
و فسر بعض الفقهاء تطاول المرض بالسنة ، فاذا بقي على علته سنة فتصرفه بعدها
كتصرفه في حال صحته ، مالم تتغير حالته (3) .
ويرى بعض بعض الفقهاء الا يحدد ذلك لسنة ، بل يعتبر فيه العرف ، فقد جاء في
جامع الفصولية : " حد التطاول بعضهم قدره بسنة ، وبعضهم اعتبر العرف فما يعد فيه
تطاولا فتطاول، و الا فلا " (4)

رأي المحاكم :

لقد اخذت معظم المحاكم في مصر بالرأي الذي يفسر التطاول بالسنة ، فقد قضت محكمة
الاستئناف بالقاهرة بأنه : لا يعتبر من امراض الموت المرض الذي يطول أكثر من سنة قبل
ان يأتي على حياة المريض، كالسل او السرطان، فالعقود التي تصدر من مريض في هذه الحالة
لا يصح الطعن فيها بكونها حاصلة في مرض الموت، وانما يجوز الطعن من جهة ان المرض
ينشأ قبل مضي سنة و على الطاعن اثبات ذلك . (5)
وبأن على الوارث الذي يطلب بطلان البيع الحاصل من مورثه لاحد الورثة لحصوله في مرض
الموت ان يثبت ان هذا المورث الذي مات بمرض السرطان او السل لم يمكث مرضه أكثر
من سنة (6)

(1) محمد الزفزاف - المرجع السابق - ص 91 ، ابن عابدين 2 ص 535، 536

(2) الهداية وفتح القدير وشرح العناية 3 ص 155 .

(3) ابن عابدين 2 ص 544 ، 5 ص 536 .

(4) جامع الفصولين : ج 2 - ص 239 - الطبعة الاولى

(5) استئناف مصر : 4 يونيو 1907 - الحقوق 22 ص 185

(6) استئناف مصر : 23 يونيو 1907 - الحقوق 23 ص 331 .

و بأنه إذا استمر المريض على قد الحياة زيادة على سنة بدون ان يشتد مرضه في هذه المدة اعتبر كأنه صحيح من ابتداء هذه المدة، واما اذا ازداد ما حبه و اشتد مرضه وتغيير حاله فحكمه حكم المريض (1)، وان تصرفات المريض بعد مضي سنة على مرضه الذي لسم يشتد ولم يتغير تعتبر صحته كأنها صادرة من سليم:-

وقد فرقت الشريعة الاسلامية السمحاء بين الامراض المزمنة و غير المزمنة ، ففي الحالة الاولى يشترط فيما ما يشترط في مرض الموت ، ان يكون المريض عاجزا عن رؤية مصالحه الخارجية عن داره ان كان من الذكور او الداخلية ان كان من الاناث ويموت على هسده الحال قبل مرور سنة، اما ان امتد مرضه على حال واحدة سنة يكون في حكم الصحيح، اما اذا اشتد مرضه و تغيرت حاله فحكمه حكم المريض (2) .

وقد اعتبر الفقهاء ان امتداد مدة مرض الموت لاكثر من سنة قبل الوفاة يجعل المريض في حكم الصحيح كما تجعل تصرفاته كتصرفات الصحيح أيضا، الا انهم اشترطوا لذلك ان يستمر مرضه على حال واحدة، بحيث اذا اشتدو تغير حتى مات المريض ، عند المرض مرض موت اعتبارا من وقت التغيير الى الوفاة .(3).

وقد قضت محكمة الاسكندرية الابتدائية بأن المرض يعتبر مرض موت اذا أزم من وطال أمره عن سنة ، الا اذا اشتد و أخذ في الازدياد، وكانت حالة المريض في سوء مستمر، ولايعتبر مرض موت الا في الفترة الاخيرة، اي فترة الشدة فقط، اما الفترة السابقة على ذلك فلا تأخذ حكم مرض الموت طال او قصرت مدتها (4) .

وحكم بأن المرض يعتبر مرض موت ولو وقع منذ أكثر من سنة قبل الوفاة اذا كان قد أخذ دائما في الازدياد لغاية الوفاة و لم يثبت انه تحسن خلال هذه المدة تحسنا محسوسا من شأنه وقف سيره البطيء المستمر (5)

-
- (1) استئناف : 17 جانفي 1912 المجموعة 13 رقم 36 ص 70 .
 - (2) استئناف : 21 نوفمبر 1927 المحاماة 8 رقم 334 ص 314
 - (3) استئناف مصر 28 مايو 1930 المحاماة 91 ص 150 .
 - (4) الاسكندرية - 16 نوفمبر 2929 المحاماة 10 رقم 284 ص 570 .
 - (5) استئناف مصر 6 فبراير 1912 المجموعة 13 رقم 86 ص 173 ، الحقوق 28 ص 325 .

وقد جاء في اسباب الحكم ما يلي : " وحيث انه ظهر جليا من التحقيق ان حرم المستأنف التي مرضت من سنة 1901 بقيت في هذه الحالة لم التي كانت دائما في ازدياد لغاية وفاتها الحاصلة في سنة 1907، ولم يثبت ان هذا المرض تحسن تحسنا محسوسا في بحر هذه المدة من شأنه وقف السير البطيء لهذا المرض الذي انتهى بالموت... وحيث ان التفسير القاضي بتحديد المدة القانونية لمرض الموت الذي يقع في السنة السابقة على الوفاة ليس تحديدا تحتيميا لكنه ينطبق فقط في اكثر الاحوال التي يكون فيها المرض طويلا فيشتد طورا الى درجة الخطورة وطورا يعود فيها المريض السسى صحته " .

وقد قررت محكمة الاستئناف المصرية ايضا ان الاصل في الانسان ان يعتبر في حالة الصحة ، واما حالة المرض فهي طارئة ، ويجب ان يتقدم الدليل المقنع الذي ترتاح اليه المحكمة للجزم بابتداء حالة المرض .

ورأت ان المعروف والمقرر طبيا هو ان مرض الموت يجب ان يكون هو المرض الذي أحدث الوفاة ، او هو المرض الذي يرتبط ارتباطا تاما بالمرض المباشر الذي أحدثها بحيث تصعب التفرقة بينهما ، ويجب ايضا ان يكون المرض مستمرا وحالة المريض تسوء تدريجيا دون ان تتخللها فترات تحسن واضحة ، فاذا كانت هناك مثل هذه الفترات ، اعتبر بدء المرض متفقا مع تاريخ بدء الانتكاس الاخير ، وحينما يكون الشخص المريض بمرض غير مميت حتما انما نشأ عن هذا المرض مرض آخر مميت فهذا المرض الاخير هو الذي يعتبر مرض موت لا المرض الاول (1) .

وقد جاء في هذا الحكم : " انه اذا رفعت امام المحكمة الشرعية دعوى طلاق ودفع بأن الطلاق صدر من المورث وهو مريض مرض الموت ، وحكمت المحكمة الشرعية بأنه يوم صدر منه الطلاق كان مريضا مرض الموت حقيقة بناء على تصديقها للزوجة بيمينها دون رجوع لشهادة الشهود او مناقشة لها ، فان حكمها يكون واجب الاحترام من جهة تقرير مرض الموت ولكن بالنسبة الى المدة التي حددتها ، وهو التاريخ الذي وقع فيه الطلاق

أما بالنسبة الى الفترة السابقة على هذا التاريخ فمن حق المحاكم الاهلية ان تناقش شهادة الشهود عنها لتحكم ان كانت هي الاخري فترة مرض موت ام لا .

كما حكم ايضا بأن الامراض المزمنة ليست مرض موت ، فلا يجوز الارتكان عليها لابطال عقد ما ر في عهدها باعتبار انه صادر في مرض الموت (1)

وقد ثبت من احد الكشوف الطبية الموقعة على احدى الباعثات ان مرضها كان مرضا مزمنًا و انها كانت أصيبت به من نحو السنة ونصف السنة قبله (2) .

وحكم بأن مرض الموت هو المرض الذي يعجز صاحبه عن القيام بمصالحه ويكون الغالب فيه الموت ، وشرط غلبة الموت يقتضي بطبيعة الحال عدم اعتبار الممرض الذي تستطيل أمده مرض موت ، لا في الفترة الاخيرة التي يشد فيها وتنتهي بالوفاة (3) .

غير ان رأي المحاكم قد جاء قاطعا ليخرج بعض الامراض من قائمة مرض الموت ونسوق هنا بعضها على سبيل المثال و ليس على سبيل الحصر :

هل يعتبر الربو مرض موت ؟

قضت محكمة الاستئناف المصرية بناء على ما تقدم بأنه : " اذا توفى شخص فجأة وهو في سن يندر في الجيل الحاضر تجاوزها ولو كان مصابا بربو صدري مصحوب بنزلة شعبية فلا يعتبر أنه كان مريضا مرض الموت ، لان هذا المرض ذاته قابل للشفاء وغير مانع للمريض من مباشرة اعماله في الفترات التي تتخلل النوبات (4)

وقد جاء في اسباب هذا الحكم ما يلي : " ومما يجب ملاحظته ولُفت النظر اليه انه لم يظهر من التحقيقات المتقدم ذكرها ولا من مجموع ظروف الدعوي ووقائعها ما يحمل

(1) استئناف مصر : 7 يونيو 1922 المحاماة 4 رقم 95 ص 138 .

(2) محمد كامل مرسي - المرجع السابق - ص 242 هامش "2" .

(3) استئناف مصر : 19 اكتوبر 1947 - المحاماة 28 رقم 179 ص 578 .

(4) استئناف مصر : 24 ابريل 1928 - المحاماة 9 رقم 38 ص 58 .

ما يحمل هذه المحكمة على الاعتقاد بأن المرحوم حرر تلك العقود المطعون فيها اليوم في حالة من المرض كان ربما يشعر هو فيها نجاتيا بدنو اجله و قرب منيته ، اي في ذلك الظرف الذي تبدو و تتسلط فيه غالبية الموت والذي تتعلق فيه قانونا حقوق الورثة بتركة المورث و يترتب عدلا و شرعا بطلان ما يجريه هذا الاخير في اثناءه من التصرفات الماسة بهذه الحقوق كلها او بعضها، اذ يكون في تصرفاته هذه خاضعا لشعور قرب الموت و منقادا لتأثير دنو أجله " .

هل يعتبر السرطان مرض موت ؟ :

قضت محكمة الاستئناف المصرية بأن مرض السرطان كمرض السل يجوز ان يظل اكثر من سنة قبل ان يأتي على حياة المصاب به ، بحيث تعتبر زيادته كأنها غير موجودة فتصرف المريض في هذه الحالة يعتبر كتصرفه وهو بحالة الصحة ، نافذا من جميع ماله بغير اذن الورثة ، وعلى الوارث الذي يطلب بطلان البيع الحاصل من مورثه لاحد الورثة لحصوله في مرض الموت ان يثبت ان هذا المورث الذي مات بمرض السرطان او السل لم يمكث مرضه اكثر من سنة (1) .

وقضت المحكمة العليا الشرعية بمصر بأن : مرض السرطان كمرض السل لا يلزم في اعتباره مرض موت ، ان يُتعد صاحبه عن قضاء حوائجه ، بل المعتبر في كونه مرض موت

(1) استئناف مصر : 18 يونيو 1917 - المجموعة 9 رقم 100 ص 229

استئناف مختلط 25 مارس 1922 (34 - ص 248)

ان يخاف منه الهلاك و الا يطول سنة فأكثر مع استمراره بحالة واحدة سواء اقعد صاحبه .
عن قضاء حوائجه ام لم يقعه، والا لم يكن مرض موت (1) .

وقد ألغت المحكمة العليا بهذا الحكم حكم محكمة مصر الابتدائية الشرعية الصادر في (20 نوفمبر 1933)، والذي قضت فيه : " بأن الفقهاء قد اختلفوا في تعريف مرض الموت وأصبح الاقوال فيه أنه بالنسبة للرجل هو المرض الذي يغلب فيه الهلاك ويقعد صاحبه عن قضاء مصالحه خارج البيت، وبالنسبة للمرأة هو ما يغلب فيه الهلاك ويقعدها عن قضاء مصالحها داخل البيت"

هل يعتبر السلسل مرض موت ؟

قضت محكمة الاسكندرية الابتدائية بأن مرض السلسل، وان كان من الامراض التي تطول مدتها، فان دخول المرض في دور جديد و اشتداد وطأته يجعل تصرفات المريض في ذلك الوقت قابلة للبطلان (2) .

هل يعتبر تصلب الشرايين مرض موت ؟

قضت محكمة مصر الابتدائية بأن تصلب الشرايين و اصابة القلب و الكلى بالتلف مسن الامراض المزمنة التي لا يصح اعتبارها في الاصل مرض موت لبطء سيرها وعدم احساس المريض بخطورتها، ولكن اذا اشتدت هذه الامراض فجأة و شعر المريض بتفاقم خطورتها و مات بها وجب اعتبارها مرض موت (3) .

-
- (1) المحكمة العليا الشرعية (مصر) 7 مايو 1935 المحاماة الشرعية 6 رقم 147 ص 560 .
(2) الاسكندرية 13 افريل 1912 - الحقوق 33 ص 59 ، استئناف مختلط أول مايو 1928 (40 ص 330)
(3) مصر الابتدائية 29 مايو 1927 المحاماة 9 رقم 539 ص 996 .

هل يعتبر البول السكري مرض الموت ؟

قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المصاب بالبول السكري اصابة غير خطيرة لا يعد مريضا مرض . موت اذا ثبت انه لم يكن عنده وقت صدور التصرف منه شعور بدنو أجله وانه كان يباشر أثناء مرضه اعماله الخصوصية وهو في منزله (1).

احتباس البول و تضخم البروستاتا :

قضت محكمة الاستئناف المصرية بأن المعول عليه في ماهية مرض الموت ، أنه هو المرض الذي يعجز صاحبه عن القيام بمصالحه خارج البيت، ويكون الغالب فيه موت المريض، وأن الامراض التي تتناول سنة او اكثر ولا يحصل فيها ازدياد او تغيير في حال اصحابها تعتبر تصرفاتهم بعد السنة كتصرفات الصحيح، فاذا كان البائع مريضا مرضا مزمننا مدة طويلة جدا باحتباس البول و تضخم البروستاتا وظل يزاول اعماله خارج الدارحتى مرض قبل وفاته بنحو ثلاثة أيام اما بحمى ومات بها او مات بالشيخوخة، ولم يثبت مطلقا ان مرضه المزمن قد تزايد فجأة و شعر البائع بخطورته، وقد صدر البيع وهو في حالته العادية بوعي اعماله خارج الدار بحسب سنه ، وذلك قبل ان يلزم داره في مرضه الاخير فالعقد الصادر منه يعتبر صحيحا ولا يكون قد صدر في مرض الموت (2).

الالتهاب الشعبي المزمن :

قضت محكمة الاستئناف المصرية بأن مرض الالتهاب الشعبي المزمن وان كان من الجائز ان ينتهي بالوفاة لسبب المضاعفات التي قد تنتاب المريض، فانه ليس من الامراض الخطرة التي تؤدي حتما الى الوفاة، فقد تزول اعراضه بالعلاج ويشفى المريض منه، ومن ثم لا يمكن اعتبار هذه الحالة من احوال مرض الموت الذي قصده الشارع، اذ أن المرض الذي يترتب عليه بطلان تصرفات المريض هو الذي يكون الغالب فيه الموت (3).

(1) استئناف مختلط 12 جانفي 1916 الشرائع 3 رقم 107 ص 362 .
 (2) استئناف 4 مايو 1937 - المحاماة 18 - رقم 74 - ص 155 .
 (3) استئناف مصر 20 ديسمبر 1938 المحاماة 20 رقم 111 ص 304 .

هل الشيخوخة مرض الموت ؟

قضت محكمة الاستئناف بأن مرض الموت هو المرض الذي يفاجيء الانسان في صحته وينتهي بالموت، بحيث يشعر المصاب بقرب انتهاء اجله، وليست الشيخوخة من أمراض الموت (1).

وبأن الشيخوخة في ذاتها ليست هي مرض الموت، فاذا باح رجل طاعن في السن شيئاً من ماله قبل أن يصيبه المرض الذي انتهى بموته كان بيعه نافذا ولا يتوقف على اجازة الورثة (2).

الضعف الشيخوخي و الاصابة بالفتق المزمن :

قضت محكمة الاستئناف بأن الضعف الشيخوخي والاصابة بالفتق المزمن لا يدخلان ضمن امراض الموت التي يقصدها القانون ، اذ ان الضعف الشيخوخي حالة طبيعية تلازم الانسان عند طعنه في السن، وقد تستمر عدة سنوات دون ان تمنعه من مباشرة عمله، وكذلك الفتق فانه مرض قابل للشفاء اذا لم يتزايد ويؤدي الى الوفاة فعلا (3) .

ومجمل القول هو ان الامراض المزمنة او الممتدة - والتي سبق ان استعرضناها بصورة مبسطة سواء كالذي يعتبر منها مخوفا او لا يعتبر كذلك، لاتدخل ضمن امراض الموت لانها لا ينطبق عليها الشرطان الاساسيان لمرض الموت وهما :-

- 1 - ان يكون مرضا مخوفا يغلب فيه الهلاك .
- 2 - ان يتصل هذا المرض بالموت فعلا .

(1) المحكمة العليا الشرعية 5 سبتمبر 1927 المحاماة الشرعية 1 رقم 77 ص 284 .
 (2) استئناف مصر 20 فبراير 1918 - المجموعة 19 رقم 42 ص 61، الحقوق 33 ص 309 .
 (3) استئناف مصر 7 ديسمبر 1936 المحاماة 17 رقم 265 ص 546 ، انظر كذلك السنهوري - المرجع السابق - ص 315 هامش "1" .

الفصل الثاني

مدى تأثير مرض الموت على أهلية المريض :

أتى القانون المدني الجزائري والقوانين العربية الأخرى ببعض الأحكام الخاصة بتصرفات المريض مرض الموت استمد معظمها من الشريعة الإسلامية إلا أنه لم يوضح ماهي أهلية المريض مرض الموت، وهل مرض الموت يفقدها أو ينقصها ومن ثم يكون المريض غير أهل للتصرفات التي ينشئها أثناء مرض الموت ، ونرى أن نبحث أولي أهلية المريض مرض الموت في الشريعة الإسلامية و في القانون المدني وذلك في مبحثين على التوالي :

المبحث الأول : أهلية المريض مرض الموت في الشريعة الإسلامية .

الإنسان دون غيره من سائر المخلوقات

هو الذي يكلفه الله بما يترتب عليه صلاح حاله وحال المجتمع في الدنيا، وبنال بطاعته فيما كلف به الثواب في الآخرة، والله سبحانه وتعالى لا يكلف الناس إلا بما فيه صالح حالهم في الدنيا والآخرة، و تدل هلى هذا كثير من الايات التي وردت في كتاب الله، ومن ذلك قوله تعالى : " ولکم فی القصاص حياة یا أولى الالباب لعلکم تتقون" (1) وقوله : " .. كتب عليكم القتال وهو كره لكم، وعسى أن تكرهوا شيئا وهو خير لكم، وعسى أن تحبوا شيئا وهو شر لكم" (2) وقوله : " كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلکم تتقون" (3) ... الى غير ذلك من الايات التي تدل على هذا .

كما انه لا يكلف الا من كان اهلا لهذا التكليف: بأن يكون قادرا على فهم ادلة التكليف قادرا على الاتيان بها اي بما كلف به ، فأما قدرته على فهم أدلة التكليف فانما تتحقق اذا كان عاقلا، لان العقل أداة الفهم، وادراك ما يريد صاحبه الشرع، لان تكليف من لا عقل له مثله مثل تكليف البهائم، وحاش الله ان يصدر عنه مثل هذا وقد ورد في ادلة الشرع ما يقطع بأن (4) لتكليف الا لما قل، فقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : " رفع القلم عن ثلاثة، عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يعلم، وعن المجنون حتى يفيق" واما قدرته على ان يأتي بما كلفه،

(1) - (2) - (3) - سورة البقرة - الايات 179 - 216 - 183 -

(4) محمد الزفزاف - المرجع السابق - ص 82 و ما بعدها .

فيشهد له قوله تعالى : " لا يكلف الله نفسا الاوسعها" (1) وقوله : " ما جعل عليكم في الدين حرج " .

وأهلية التكليف انما يراد بها صلاحية الانسان لوجوب الحقوق المشروعة له ، او عليه وصدور الافعال منه ، على وجه يعتد به شرعا ، وهذا يتمشى مع معناها اللغوي ، اذ ان اهلية الانسان لشئ ما في اللغة هي صلاحيته لصدور ذلك الشئ عنه ولطلبه منه ، وهذه الاهلية ليست في درجة واحدة في كل ادوار حياة الانسان ، بل تنقص وتكمل حسب ، نموه عقلا وبدنا ، ومن هنا قسم العلماء اهلية التكليف الى قسمين :
اهلية وجوب ، واهلية أداء (2) .

أ - فأما اهلية الوجوب فهي صلاحية الانسان لوجوب الحقوق المشروعة له او عليه ، وهي بهذا المعنى تنقسم الى قسمين : اهلية وجوب ناقصة واخرى كاملة .

ب - اما اهلية الاداء - فهي صلاحية الانسان لصدور الفعل منه على وجه معتد به شرعا ، ولإوجود لهذه الاهلية قبل ان يصير الانسان مميزا ، وهي قسمان ايضا ، ناقصة وكاملة .

1 - اما الناقصة - فهي صلاحيته لصدور بعض الافعال منه دون بعض وذلك بما صار له من نمو في عقله وقوة في بدنه ، والافعال التي تصدر منه يتوقف الاعتداد بها على رأي من هو اكمل منه عقلا ، وأدرى بمواقع النفع والضرر ، وهذه كالتي تكون في الصبي المميز بالنسبة للعقود المالية ، فانها تتوقف على اجازة الولى او الوصي .

2 - اما الكاملة - فهي صلاحيته لصدور الافعال منه مع الاعتداد بها شرعا دون توقف على رأي غيره من حيث الاعتداد بها ، وهذه انما تكون اذا بلغ اشده ، وكملت فيه قوة العقل و البدن جميعا ببلوغه سن الرشد مع توافر الرشد له حينئذ ، وهذه الاهلية هي مناط التكليف الشرعية ، وتنص المادة (40) من القانون المدني الجزائري على انه " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ، ولم يحجز عليه ، يكون كامل الاهلية

(1) سورة البقرة - الاية 286 .

(2) محمد الزفزاف - المرجع السابق - ص 82

لمباشرة حقوقه المدنية "

ويتضح من تتبع احوال الانسان من حين كونه جنينا الى حين البلوغ انه يمر بأربعة

ادوار :-

- الأول : حالة كونه جنينا .
- الثاني : حالة الصبي من الولادة الى سن التمييز .
- الثالث : حالة التمييز الى سن البلوغ .
- الرابع : حالة البلوغ مع الرشد .

ولكن ذا الاهلية الكاملة قد يعرض له ما يذهب بأهليته كلها كالجنون او بعضها كالعته

او يغير بعض احكامها كالمرض .

والمريض مرض الموت هو شخص عاقل رشيد، ففيه أهلية الوجوب والاداء و العبارة ولذلك فهم أهل للتعاقد شرعا وقانونا، ولذلك فان القانون والشريعة الاسلامية لم يحدوا من عقود المريض مرض الموت وتصرفاته لانعدام أهليته او نقصها وانما للحفاظ على حق الدائن والوارث لتمكين الدائنين من استيفاء ديونهم، ولكيلا يتمكن هو من تضييع حق الورثة في تركته سيرا وراء رغبة دافعه لايثار بعض الورثة مخالفا بذلك أحكام الورث، او اندفاعاً ورأياً محبة او شهوة، باعطاء من لا يستحق أكثر ماله، او تدفعه مغاضبة بعض الورثة محاولة حرمانه من مراثيه بعمد موته (1) .

ومرض الموت عند الشرعيين، وان كان من عوارض الاهلية التي تقتضي تغييراً في بعض الاحكام، فانه لا ينافي أهلية الوجوب، اي الزامه بالواجبات الشرعية، سواء أكانت من حقوق الله تعالى كالصلاة والزكاة، ام من حقوق العباد كالقصاص ونفقة الأزواج والاولاد، ولا ينافي كذلك أهلية العبارة، اي احترام الاقوال التي تصدر منه بغض النظر عن لزومها ونفاذها، لانه لا يخل بالعقل ولا يمنعه من استعماله، حتى صح زواج المريض وطلاقه، وانعقدت جميع تصرفاته، وجميع ما يتعلق بالاقوال التي تصدر منه (2)

(1) محمد ابو زهرة- المرجع السابق - ص 371 .

(2) محمد كامل مرسي - المرجع السابق - ص 258 وما بعدها .

ولما لم يكن المرض منافيا لأهلية الوجوب وأهلية العبارة كان ينبغي ألا يتعلق بماله حق الغير ولا يثبت الحجر عليه بسببه، لكنه لما كان المرض من أسباب العجز، أي موجبا له بزوال القوة و انتقاصها، ولما كان الموت علة لخلافة الورثة وتعلق حق الغرماء في المال، لان بالموت تبطل أهلية الملك فيخلغه أقرب الناس اليه، و الذمة تخرب بالموت فيصير المال هو محل قضاء الدين، مشغولا بالدين، فيكون حق الغريم في المال، ولما كان المرض مسن أسباب تعلق حق الوارث و الغريم بماله حال المرض و قبل تحقق الموت، لان المرض سبب الموت والموت علة تلك الخلافة، فيستند الحكم الى اول السبب وهو المرض، ولكونه تعلق حق الوارث و الغريم، ولكون المرض من أسباب تعلق حق الوارث و الغريم بالمال، كان من أسباب الاعتراض على تصرف المريض بالقدر الذي يصرح به حق الورثة او الغرماء.

و لا يعترض على المريض من أجل نفقاته الضرورية، كأجرة الطبيب و ثمن الادوية والزواج بمهر المثل و النفقة اللازمة له ولعِياله، كما لا يعترض عليه فيما زاد على حق الورثة او الغرماء وهو مقدار الثلثين في حق الوارث و جميع المال في حق الغريم اذا كان الدين مستغرقا، وبمقدار الدين ان لم يكن مستغرقا. (1).

وكان القياس ان لا يملك المريض الايضاء لما تقدم من ان المرض سبب تعلق حق الغير بالمال وذلك موجب للحجر، و الايضاء تبرع فلا يصح منه لكونه محجورا عليه كما لا يصح من الصبي لكن الشرع اجاز الايضاء بقدر الثلث لقوله عليه السلام: " ان الله تعالى تصدق عليكم بثلاث اموالكم في آخر اعماركم زيادة في اعمالكم فضعوه حيث شئتم ".

والوصية بما يزيد على القدر الذي يجوز الايضاء به لا تنفذ الا اذا اجازها باقي الورثة سواء اكانت وصية حقيقية ام كانت وصية صورية او وصية معنى او تصرفا فيه شبهة الوصية، ومثال الوصية الحقيقية ان يقول اوصيت لفلان بداري بعد موتي ومثال الشبهة ما إذا باع المريض الحنطة الجيدة بالرديئة (2)

(1) كشف الاسرار لعبد العزيز البخاري على اصول البزدوي ح 4، ص 1427 - الاهلية وعوارضها

للشيخ احمد ابراهيم ص - 384 .

(2) كشف الاسرار لعبد العزيز البخاري عن اصول البزدوي، ح 4 - 1428 - 1430 .

ومما تقدم يرى انه اذا كان التصرف منجزاً انشائياً وصدر في مرض الموت فحكمه بالنسبة الى ما يتضمنه من تبرع أن اشتمل على ذلك حكم الوصية ، وقد جاء في المادة "561" من كتاب الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية مايلي : " جميع تصرفات المريض الانشائية من هبة ووقف وضمان وصحابة في الاجارة و الاستنجار والمهر و البيع و الشراء وغير ذلك من المعاملات حكمها حكم الوصية في اعتبارها من الثلث " (1) .

وان كان التصرف منجزاً اخبارياً وصدر في مرض الموت وهو الاقرار، فان كان لاجنبي فهو صحيح ولو كان بكل ماله ، ولكن يؤخر في الاداء عن ديون الصحة والديون الثابتة بغير الاقرار وحده ، وان كان لوارث فانه يتوقف على اجازة باقي الورثة بعد موت المقر، وذلك لانه منهم في اقراره للوارث دون الاجنبي، وهذا هو رأي ابي حنيفة و اصحابه ، وكذلك رأي الامام احمد، وعند ابي حنيفة وأصحابه الوارث هو من قام به سبب من اسباب الارث وقت الاقرار ولم يمنع من ارثه مانع وقت الوفاة ، وعند الامام احمد هو من كان وارثاً بحسب الظاهر وقت الاقرار ، سواء اكان وارثاً حقيقياً وقت الوفاة المقرام لا (2) (وسيجيء تفصيل القول فيما يتعلق بالاقرار في حينه) .

وقال الشافعي يصح لان الحجر بسبب المرض، انما يثبت عن التبرع مما زاد على الثلث مع الاجنبي، وعن التبرع مع الوارث اصلاً، ولا حجر عليه فيما يرجع الى السعي في فكك رقبته فكان اقراره في الصحة و المرض سواء .

واذا شفي المريض من مرضه استمرت جميع تصرفاته التي صدرت عنه وهو مريض نافذة ، ولا اعتراض لاحد من الدائنين والورثة على شيء مما صنعه ، وذلك لانه تبين ان المرض ليس مرض موت كما سبق ان قلنا - وليس لاحد الاعتراض على تصرفه طالما هو حي، بل الاعتراض بعد موته فسي مرضه ، حيث تكون قد توافرت علة الاعتراض .

وعلى ذلك فاذا اتصل الموت بالمرض فكل تصرف صدر عنه من التصرفات القابلة للفسخ كالهبة و الكفالة و البيع مع المحاباة ... الخ يحكم بصحة ونفاذها في الحال متى استوفت

(1) محمد كامل مرسي - المرجع السابق - ص 260 .

(2) الاهلية و عوارضها - الشيخ احمد ابراهيم في مجلة القانون والاقتصاد 1 ص 387 .

شروطها الشرعية ، لانها وقت ان صدرت عنه لم يمنع مانع من صحتها ونفاذها فلا مبرر لتوقفها ، حتى اذا مات فحنثذ فقط يكون لمن لحقه الضرر من هذه التصرفات من دائن ووارث حق ابطاله بقدر ما يسلم له حقه ، كما أن له حق اجازته ان شاء (1)

اما التصرفات التي لا تقبل الغسخ كالنكاح و الطلاق ، فانها لا تنقص بعدوفاته فزواجه لا ينقص ، وتستحق زوجته ميراثها ، وطلاقه كذلك ، ولكن يدفع الضرر عن الورثة ما أمكن ، فالمطلقة تترث ولو كان بائنا اذا مات وهي في العدة (2) .

وبالنسبة للثلث ، هل المراد بثلث التركة عند التصرف؟ ام بثلثها عند الوفاة ؟ وقد اختلف الفقهاء في هذا فقال الحنفية : " ان المراد به ثلثها عند الوفاة وبه قال الامام احمد والهادوية وهو قول علي رضي الله عنه و جماعة من التابعين وهو اصح قولين عند الشافعية وقال بالاول مالك و كثير من العرافيين و النخعي وعمر بن عبد العزيز ، وتمسكوا بأن الوصية عقد والعقود تعتبر بأولها وبأنه لو نذر أن يتصدق بثلث ماله اعتبر ذلك حال النذر اتفاقا واجيب بأن الوصية ليست عقدا من كل وجه ولذلك فيها القورية ولا القبول ، وان بينها وبين النذر فرقا هو ان الوصية يصح الرجوع فيها ، اما النذر فانه يكون لازما متى صدر ، وثمرته الخلاف تظهر فيما اذا حدث ما للمريض بعد الوصية او بعد التصرف الذي يأخذ حكمها : من وقف ومحاباة في بيع او اجارة ونحو ذلك من المعاملات التي تأخذ حكم الوصية (3) - ولكن هل يدخل في التركة و يحسب الثلث بالنسبة للجميع ام لا يدخل فيها بالنسبة لاحساب الثلث؟ الاولون قالوا : نعم والآخرون قالوا لا (4) .

واختلفوا ايضا ايجسب الثلث من جميع المال ام يتقيد بما عمله الموصي دون ما خفى عنسه او تجدد له ولم يعلم به ؟ وبالاول قال الجمهور و بالثاني قال ملك ، وحجة الجمهور أن لا يشترط ان يستحضر مقدار المال حال الوصية اتفاقا ، ولو كان عالما بجنسه ، فلو كان الغلم به شرطا لما جاز ذلك (5) ، وقد جاءت الشريعة الاسلامية بالحجر على المريض لصيانة حق الوارث و الغريم

(1) الاهلية وعوارضها و الولاية للشيخ احمد ابراهيم في مجلة القانون والاقتصاد ص 385 .

(2) محمد كامل مرسي - المرجع السابق - ص 261 هامش (2) .

(3) محمد الزفزاف - المرجع السابق - ص 100 - 101 ، وكذلك محمد كامل مرسي ص 262 .

(4) المغني : ج 6 - ص 492 ، جامع الفصولين : ج 2 - ص 259

(5) نيل الأوطار : ج 6 - ص 155 مشار إليه في : محمد الزفزاف : ص 101 - هامش 1 ، 2

ومشار إليه في : محمد مرسي : ص 262 : هامش 1

وهذه الصيانة تقتضي ان يكون الحجر عليه بقدر ما يحفظ هذه التوق، وهو مقدر بالثلثين بالنسبة للوارث فيما يبقى من التركة بعد اخراج ما يوفى الديون التي تكون عليه و ليست مستغرقة للتركة، اما الثلث الباقي فان الشارع قد تصدق به عليه بيوصي به لمن يشاء أو يصرفه فيما يشاء، والمريض و الصحيح في الوصية للاجنبي الى الثلث وعدم الوصية للوارث سواء الا ان بعض الفقهاء قد أجازها للوارث أيضا مستدلين بقوله تعالى: "كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين بالمعروف حقا على المتقين(1)" ويقولون ان قوله صلى الله عليه و سلم: "الا، لاوصية لوارث" انما يتصرف الى الوصية التي كانت واجبة، ونسخ وجوبها، فيبقى الجواز، اي لا وصية واجبة لوارث(2)، وقد منعت الوصية بناء على رأي الجمهور - للوارث الكفاية بما يأخذه من الميراث، ومنعا لقطيعة الرحم

المبحث الثاني: أهلية المريض مرض الموت في القانون المدني

العقد يكون صحيحا اذا كانت جميع شروطه كاملة غير منقوصة و ينفذ مباشرة، اما اذا فقد شرطا من الشروط المطلوبة فانه يكون باطلا او غير صحيح .

ويراد من نفاذ العقد ان تترتب عليه آثاره في الحال، ولا يتوقف على اجازة غير العاقد وذلك يكون اذا كان العاقد مالكا لما عقد عليه، اهلا للاستقلال في اصدار هذا العقد، بأن كان حرا بالغا عاقلا، او كان غير مالك لما تعاقد عليه و لكنه ذو ولاية في اصداره كالولسى والوصي و الوكيل، اما اذا كان مالكا ولكنه غير اهل للاستقلال باصدار العقد، كالصبي المميز في العقود الدائرة بين النفع والضرر، او كان اهلا للتعاقد ولكنه ليس مالكا ولا ذا ولاية شرعية او قانونية على من يملك كالفضولي، فان العقد لا يكون نافذا، ولكنه يكون موقوفا.

و اذا نظرنا الى هذا الاصل بالنسبة الى المريض وجدنا ان المريض اهل للتعاقد، ومتى عقد على ما يملك كان عقده صحيحا، فيلزم ان يكون نافذا .

(1) سورة البقرة - الآية (180)

(2) محمد الزفزاف - المرجع السابق - ص 99 .

و مما تجدر الإشارة إليه ان القانون المدني الجزائري - و غيره من القوانين العربية - لم يذكر من تصرفات المريض مرض الموت الا البيع و ذلك في المادة (408) - والتي ستعرض لها في حينه - و كذلك التبرعات التي تسري عليها احكام الوصية في المادة (776) منه ايضا ، فلم يذكر شراء المريض، كما لم يذكر اقرارته او ابراءه سواء اكانت لوارث ام لغير وارث ام لاجنبي ، فهل يرجع فيها الى الشريعة بالقياس على البيع ؟ لان احكامها ذات صلة كبيرة بالميراث ، والميراث يحكم فيه بمقتضى الشريعة ، ولان اقرارته و ابراءه تأخذ حكم الهبات، ويحكم فيها بمقتضى الشريعة في الجملة؟؟ . اختلفت المحاكم المصرية في ذلك فبعضها قصر الحكم على ما ورد في النص، واعتبر التصرف الذي اعطى فيه المريض حكما خاصا في القانون المدني هو " البيع " فيقتصر عليه ، لان المريض كامل الاهلية ، فلتصرفاته احكام كامل الاهلية ولان النص على البيع جاء على خلاف القياس ، وما يجيء على خلاف القياس لا يعلل النص فيه ، ولا يقياس على غيره ، ولو اراد المشرع أن يأخذ بكل احكام المريض مرض الموت التي اختصته الشريعة بها لنقلها جملة اليه ، ولم يقتصر على بعضها ، فاقتصره على بعضها دليل على انه ما اراد غير ما اختاره ، وما قصد غير ما نقله ، فاذا توسعنا فيها وأعطينا تصرفات المريض كل الاحكام التي اعطتها الشريعة ، كان ذلك تحميلا للنصوص بما لا تحتتمل، وكان فوق ذلك مجافاة للشارع في تخصيص ما ذكره بتلك الاحكام (1).

يجب

وبعض المحاكم يرى ان تقييد تصرف المريض مرض الموت بما لا يضر بالوارث (الا يقتصر على مانص عليه في القانون بل يعدوه الى تصرف تتحقق فيه المضارة بالوارث ، وخصوصا فيما ورد به الفقه الاسلامي، وذلك: لان النص على تقييد بيعه الغرض منه تقرير القاعدة الشرعية العامة التي تقضي بعدم نفاذ تصرفات المريض مرض الموت التي تضر الورثة وتعطيها حكم الوصية ، فقصر النص على البيع لا يمنع شمول ما عداه ، لانه لم يرد نص سالب مانع من تعميم الحكم على كل التصرفات التي تضر بالوارث، كالاقرار لاحد الورثة في حال المرض ، ولا بينة سوى الاقرار من المريض، وكالشراء من وارث بمحاباة ، او الشراء من اجنبي بمحاباة تجاوزت الثلثين، هذا والنص مغلل ، فما من نص في القانون الا وله علة باعته عليه وحكمة دافعة له ، والعلة هي بلا ريب منع الضرر الواقع على الوارث من تصرفاته سواء اكانت انشائية

أه اخبارية، ولا يتصور ان الشارع اتى بنص من غير علة له ، والا كان عابثا، وان هذه العلة تتحقق في غير البيع للوارث بأكثر مما في البيع احيانا، فهي واضحة في اقراره لوارث بمال يم تقسم عليه اي بينة ، ولم يوجد عليه اي دليل سوى هذا الاقرار، فهو يدخل المنع بدلالة الاولى لوضوح العلة فيه اكثر من البيع، هذا ولم يوجد نص في القانون يبين احكام تصرفات المريض مرض الموت في غير البيع، ولا جائز ان نقول ان احكام الصحيح تشملها، لانه باتفاق فقهاء الشريعة قد صدر من تصرفاته بما يخفظ للورثة حقوقهم، و يعتبر الفقهاء أن المرض عارض من عوارض الاهلية - كما سبق ان قلنا - يرد عليها بالتقييد، فلا تطبق عليه النصوص الخاصة بالصحيح ، لان هذا حرته مطلقة في التصرفات اذا لم يتعلق بها حق غيره اما ذاك فحرته مقيدة ، لتعلق حق الورثة بماله واذا كان القانون لم يأت بنصوص تبين سائر تصرفات المريض مرض الموت، فالقضاء مأمور بتطبيق قواعد العدل و الانصاف، وليس اعدل من احاطة المورث وهو في مرض الموت بسياج يمنعه من اصدار تصرف يضر بمصلحة بعض الورثة (1).

هذا وان تناول المحاكم الاهلية " المصرية " بدرجاتها تصرفات المريض مرض الموت في احكامها جعله موضع بحث و استنباط و تقصير في الغقة الحديث، فا تسع نطاق البحث فيه ، و كثرت الاراء في تعليل احكامه ، والكشف عن مدفون آراء الفقه الاسلامي فيه ، وتتبع دقائقه ومراميه، فاستفاد الفقه القديم حياة جديدة ، وجري فيه دم غزير امد الفقه الحديث ، وهكذا كل موضوع يتناوله التطبيق الحر ، و يأخذه بالعمل الفكر المستقيم، فلقد كان تشعب النظائر وتضارب الاراء ، واحتكاكها مضيئا لجوانب الموضوع من نواحيه الفقهية والقانونية، وكان كل موقفا في اتجاهاته، لا يبعد عن سمت الشريعة وطريقها الا في التعليل النادر جدا، والنادر لا يعطي حكما، ولا يطغى على ما في الكثير مما يوجب الشناء و الاطراء .

الا ان بعض الشراح يرى ان تقييد تصرفات المريض مرض الموت سببه عدم اهلية المريض فهي استثناء من قواعد الاهلية ، ويجب تفسيرها بكل دقة لان الاهلية هي الاصل، وعدم الاهلية استثناء .

وقد اخذت بهذا الرأي محكمة طنطا الابتدائية (2) مقررة ان الاصل في الانسان

(1) محمد ابو زهرة - المرجع السابق - ص 377 و ما بعدها .

(2) طنطا استثنائي 28 يناير 1930 - المحاماة 11 رقم 37 ص 67 .

الاهلية الكاملة، وفقد الاهلية طارئاً عليه، ولذا لا يجوز الاخذ في حالات فقد الاهلية الا بالقدر الذي سبق من طريق التعدي على القاعدة العامة، وهي قاعدة الاهلية الكاملة، وبما ان مرض الموت انما هو في الحقيقة حد للأهلية الكاملة و قيد لحرية التصرف فلا يجوز الاخذ فيه الا بالقدر الوارد عليه (1)، ومع ذلك فقد توسعت المحكمة المذكورة في تطبيق مرض الموت ورأت تطبيقه حتى في التصرفات التي لم ترد على اقلام الفقهاء لرفع الايثار بين الورثة، وهي العلة التي اورد من اجلها الشرعيون احكام المريض مرض الموت، ولكن الصحيح هو ان الاحكام التي اتى بها المشرع خاصة بالبيع الحاصل في مرض الموت ليست مبنية على فكرة عدم اهلية المريض، وقد جاءت بها الشريعة الاسلامية مراعاة لمصلحة الورثة و المحافظة على حقوقهم، بمنع المورث من ايثار بعضهم على بعض، يدل على ذلك ان تصرف المريض في مرض الموت يعتبر صحيحاً ولو تناول جميع ماله اذا لم يكن له ورثة (2)، ولو كان المريض غير اهل للتصرف لمسا اجيز تصرفه سواء اكان له ورثة ام لم يكن له ورثة .

وقد اخذت بهذا الرأي بعض المحاكم المصرية، اذ قررت ان تقييد تصرفات المريض مرض الموت في الشريعة الاسلامية ليس سببه عدم اهلية المريض، بل السبب في ذلك التقييد هو المحافظة على حق الورثة و منع المورث من تفضيل بعضهم على البعض الآخر وهو في مرض الموت، اما اهلية في التصرف فهي صحيحة، ولذلك اقر الفقهاء بعض تلك التصرفات متى تبين أنها تأييد لحقيقه ثابتة، ولم يكن الغرض منها التبرع بماله للغير او لبعض الورثة وهو في مرض موته، ولو كانت الشريعة تعتبره غير اهل للتصرف ما اجازت تلك التصرفات .

وبناء على كل ما تقدم فاننا نرى ان اهلية المريض مرض الموت هي اهلية كاملة كأهلية الصحيح تماما، لان القول بأن اهلية ناقصة هو قول خاطيء وذلك للأسباب التالية :-

- (1) محمد كامل هرسى - المرجع السابق - ص 268 .
- (2) أحمد نجيب الهلالي بنذة 389 مشار اليه في محمد كامل مرسي ص 269 .هامش (2)
- (3) محكمة الزقازيق الابتدائية 22 ديسمبر 1928 المحاماة 9 رقم 160 ص 257 .

أولا :
=====

لو كان المريض مرض الموت ناقص الأهلية ، لكان تصرفه بالوصية في حدود الثلث باطلا بطلانا مطلقا ، لأنه تصرف ضار به ضار محضا ، وهناك اجماع على ان تصرفه في حدود الثلث لاجنبي ، صحيح نهائيا .
ولو كان تصرفه يدور بين النفع و الضرر كالبيع مثلا ، لكان تصرفه لاجنبي في حدود الثلث قابلا للابطال ، وهناك اجماع على انه صحيح نهائيا .

ثانيا :
=====

لو كان ناقص الأهلية وكان تصرفه تبرعا ، فانه يكون باطلا بطلانا مطلقا ولا يستطيع ورثته اجازته ، لان التصرف الباطل بطلانا مطلقا لا ترد عليه الاجازة ، وهناك اجماع على ان للورثة اجازة هذا التصرف .

ثالثا :
=====

لو كان المريض مرض الموت ناقص الأهلية ، لكان تصرفه تبرعا باطلا بطلانا مطلقا اذا لم يكن له وارث ، وهناك اجماع على ان تصرفه في كل ماله صحيح اذا لم يكن له وارث .

رابعا :
=====

ان نقص الأهلية يرجع قانونا الى عارض من عوارض الأهلية وهي الجنون و العتة و السفه و الغفلة ، او الى عيب في الرضاء ، و عيوب الرضا هي : الغلط و التدليس والاكراه و الاستغلال .

ولم يقل احد من فقهاء الشريعة الاسلامية التي هي مصدر تصرفات المريض مرض الموت انه مصاب بأحد هذه العوارض ، او ان ارادته معيبة بأحد هذه العيوب .

خامسا :
=====

لو قلنا ان تصرفاته الدائرة بين النفع و الضرر قابلة للابطال ، فان طلبسب الابطال لا يكون الا لمن شرع الابطال لمصلحته ، واذا مات انتهى بموته هذا الحق وصار التصرف صحيحا نهائيا .

سادسا :
=====

واذا كان للورثة حق ابطال تصرفه فان حقهم هذا حق شخص لم يرثوه عن مورثهم ، بل انهم يستعملونه للدفاع عن حقوقهم هملا عن حق مورثهم .
هذا ما استطعنا ان نرد به على القائلين بنقص أهلية المريض مرض الموت .

الباب الثاني :

أحكام تصرفات المريض مرض الموت في القانون الوضعي والشريعة الاسلامية :

تقضي الشريعة الاسلامية ، بأن التصرفات المنجزة ، سواء أكانت انشائية أم اخبارية ، المادرة في حال الصحة ، تنفذ في جميع مال المتصرف ، سواء أكانت لو ارثام لغير وارث ، بمقابل او بغير مقابل .

وقد حكم بأنه : " لا مانع يمنع شخصا من/بييع لاحد ورثته بيعا منجزا في اثناء حياته ، كل تركته او بعضها ، سواء أكان ذلك بعوض ام بغير عوض مادام هذا التصرف كتب في صورة عقد مستوف للشروط القانونية ، ومادام المتصرف متمتعا بكامل صفات الاهلية للتصرفات بالبيع الذي يستر تبرعا صحيحا متى كان التصرف منجزا غير مضاف الى ما بعد الموت ، ولا يمكن ان يعتبر وصية (1) ، وما جاء في الشريعة من ان التصرفات المرض الموت قد خضتها الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي بأحكام دقيقة لما تتسم به من شك لغرض يقصده او هو يميله .

وهذا ما سنتناوله في هذا الباب في فصلين ...

الفصل الأول: وسنخصصه لتصرفات المريض مرض الموت من بيع ووصية في القانون الوضعي

اما الفصل الثاني : فسنعرض فيه لهذه التصرفات من بيع ووصية في الشريعة

الاسلامية ثم للتصرف بالمنافع .

الفصل الأول :

بيع المريض مرض الموت ووصيته في القانون الوضعي :

أن أي شخص يمكن أن يتصرف في جميع أمواله لمن يريد، وحرية في ذلك لا يحد منها الأحمق لنفسه، وحرصه على أن لا يتجرد من ماله حال حياته ، فيجوز له أن يبيع أو يهب كل أمواله أو بعضها دون أن يكون لاحد حق مراجعته، أو مجرد الاعتراض عليه ، لأنه إنما يتصرف في خالص حقه ، أما أن احتفظ بأمواله طوال حياته وتصرف فيها كلها أو بعضها تصرفاً لا ينفذ إلا بعد موته ، فإن هذه التصرفات لا يعود عليه منها أي ضرر طالما أنها لن تنفذ حال حياته ، و إنما يقتصر أثرها على اخراج المال المتصرف فيه من تركته ، فيضار الورثة بذلك من دونه .

وهذا هو شأن الوصية - لذلك فرض المشرعون في أكثر البلدان قيوداً على الحق في الإيصال .

فإذا أراد أي شخص أن يتصرف إلى غيره تبرعاً بكل ماله أو بما يجاوز عنه القدر الجائز الإيصال به لم يكن له من سبيل إلى ذلك إلا أن يهب غيره هذا المال حال حياته ، فتنفذ الهبة في حقه أولاً ثم في حق ورثته من بعده ، ولم ير المشرع داعياً لتقييد حق الشخص في التبرع حال حياته لأنه قدر أن حرص المرء على أن لا يجرد نفسه من ماله كقيل بالحد من رغبته في التبرع طالما بقي له أمل في حياته لا يعرف مداها ، لكنه قدر أيضاً أن هذا الحرص يزول متى يشعر الشخص بدنو أجله وقرب انتقال أمواله إلى ورثته ، إذ تنطلسق حينئذ رغبته في إيثار بعض الورثة على البعض الآخر ، أو بعض الناس على ورثته كلهم أو بعضهم ، فيهب للمأثور من أمواله أكثر من القدر الذي يجوز له الإيصال به ، فيتأثر بذلك حق الورثة بقدر ما ينقص من أموال الشركة التي كان يجب أن تتوكل اليهم لولا هذه الهبة ويكون هذا التصرف غالباً أثناء مرض الموت، وهو المرض الذي يشعر فيه المريض بدنو أجله ويغلب فيه الوفاة .

ولذلك رأى المشرع الجزائري أن يفرض على تصرفات المريض مرض الموت قيوداً، سواء أكانت

تبرعاً أم بيعاً ، كالتقييد بها الوصية .

وقد نصت المادة " 408 " من القانون المدني الجزائري على انه " اذا باع المريض مرض الموت لوارث فان البيع لا يكون ناجزا الا اذا اقره باقي الورثة .

اما اذا تم البيع للتغير في نفس الظروف فانه يعتبر غير مصادق عليه ومن اجل ذلك يكون قابلا للابطال »

ولذلك سنقسم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : تعرض فيه : بيع المريض لوارثه :

المبحث الثاني : بيع المريض لغير وارثه بيع المريض الذي لاوارث له :

المبحث الثالث : وصية المريض في القانون :

المبحث الاول :

بيع المريض مرض الموت لوارثه

تنص الفقرة الاولى من المادة " 408 " من القانون المدني الجزائري على انه : " اذا باع المريض مرض الموت لوارث فان البيع لا يكون ناجزا الا اذا اقره باقي الورثة " .

ويستشف من نص هذه الفقرة ان بيع المريض مرض الموت لوارثه يكون صحيحا بيبين العاقدين، ولكنه غير نافذ في حق باقي الورثة الا اذا اقره، وبالنص على اقرار باقي الورثة للبيع،، يكون المشرع الجزائري قد تفادى الخلط بين الاجازة والاقرار، فلفظ الاجازة يعبر عن التصوير الشرعي، ولا تكون الاجازة الا من طرف المتصرف، اما لفظ الاقرار فانه يعبر عن تصوير القانون الوضعي(1)، والمقصود بالورثة الذين يثبت لهم حق اقرار المتصرف الاشخاص الذين ينحصر فيهم ارث المتصرف وقت موته، والمراد بالوارث، في جميع احكام بيع المريض مرض الموت - هو من يكون وارث وقت موت المورث، ولو لم يكن وارثا وقت البيع، اما من كان وارثا وقت البيع واصبح غير وارث وقت موت المورث، فلا يعتبر وارثا

(1) انظر: سليمان مرقس : شرح القانون المدني -3- العقود المسماة - المجلد الاول ، عقد البيع ص - 573 - الطبعة الرابعة - 1980 .

في هذه الاحكام (2) .

ومهما يكن من امر فان تحديد صفة الوارث يرجع فيه الى الشريعة الاسلامية و سنعود الى تفصيل ذلك في حينه .

ولا يعتد باقرار الورثة السابق على موت المتصرف ولو دونوه كتابة في ذيل المحرر، المثبت لتصرف المريض ، لان حقهم في الارث وبالتالي في اقرار تصرفات مورثهم ، لا يثبت لهم الا بعد موت الاخير، ولا يجوز لهم النزول عن هذا الحق قبل قيامه ، ويشترط في صحة اقرار الورثة تصرفات مورثهم الصادرة منه في مرض موته ، فوق صدور هذا الاقرار بعد موته ، ان يكون الورثة من اهل التبوع، عالهمين بما يجيزونه ، فيجب ان يكون الوارث المقر عاقلا بالغاً راشداً، والا فانه لا يكون اهلاً للتبوع ويقع اقراره باطلاً بطلاناً مطلقاً (2) ، لانه اسقاط دون مقابل لحق ثابت في التركة ، فلا يصح ان يكون الوارث المقر صبياء ، او مجنوناً او محجوراً عليه او ان يكون هو نفسه مريضاً مرض الموت لا تنفذ اجازته الا في حدود ثلث تركته بغير اجازة ورثته (3) ، ويجب ان يكون الاقرار صادراً من الوارث عن مبيضة من الامر، اي ان يكون الوارث عالماً بان تصرف مورثه غير نافذ في حقه بسبب صدوره في مرض الموت، وانه يملك التمسك بعدم نفاذه وعدم اقراره ، والا كان الاقرار قابلاً للإبطال (4) .

فان اقر الورثة المتصرف صار نافذاً في حقهم كما لو كان صادراً من مورثهم حال صحته ، وان لم يقروه اعتبر المتصرف باطلاً و البطلان هنا يسنى لا يصححه الاقرار (5) .

- (1) السنهوري : الوسيط ج 4 - ص 329 .
- (2) سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 573 .
- (3) السنهوري - المرجع السابق - ص 331 هامش "2" .
- (4) سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 573 .
- (5) محمد كامل مرسي - المرجع السابق - ص 270 .

سبب البطلان :

يرجع سبب البطلان الى احكام الشريعة الاسلامية التي لا تجيز الوصية لو ارث الا اجازها باقي الورثة، اذ تنص المادة "185" من قانون الاسرة الجزائري على مايلي: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث توقف على اجازة الورثة"، وتقابلها الفقرة الاولى من المادة "37" من قانون الوصية المصري الصادر بالقانون رقم "71" لسنة 1946، فالبيع لو ارث البائع في اثناء مرض الموت يعتبر مذهباً لوصية، وان البائع ما التجأ الى البيع الا للتهرب من شرط الاجازة، فاشترط وجوب الاجازة حتى لو حمل في صورة عقد بمقابل.

اما اذا اقر البيع بعض الورثة ولم يقره البعض الاخر، فان البيع ينفذ في حق من اقره فقط بنسبة انصبتهم في الميراث ولا ينفذ في حق الاخرين، بالنسبة الى انصبتهم، ويترتب على عدم اقرار الورثة البيع كلهم او بعضهم ان يلتزم المشتري بأن يرد الى التركة ذلك القدر كله او بعضه الذي يخص الورثة الذين لم يقروا البيع او قيمته، ومؤدى هذا الالتزام بالرد ان الجزء الواجب رده يعتبر بيعه بالنسبة الى الورثة الذين لم يقروا البيع - موقوفاً نفاذه في حقهم على دفع قيمته الى التركة، فاذا لم يقدم المشتري بدفع هذه القيمة اعتبر القدر المذكور باقياً على ذمة التركة وجاز للورثة استرداده (1).

ويرى البعض انه اذا اجاز بعض الورثة ولم يجز الباقيون، فالظاهر ان العقد باعتباره صفقة غير منقسمة في نظر المتعاقدين لا يمكن تجزئته (2)، غير ان هذا الرأي مخالف لاحكام الشريعة الاسلامية.

وقد جاء في حكم لمحكمة الاستئناف الاهلية (3) المصرية مايلي: "ان صحة البيع اذا كان قد حصل حقيقة في مرض الموت لا يمكن ان يتم الا باجازة باقي الورثة وهذه الاجازة هي في الحقيقة تبرع منهم وتنازل عن حقوقهم، فلا يصح ان يمس حق غيرهم بنقص (4).

(1) سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 574 .

(2) جرانمولان : نبذة 28 هامش - مشار اليه في محمد كامل مرسي ص 272 .

(3) استئناف : 15 افريل 1912 المجموعة 19 رقم 106 ص 215 .

(4) محمد كامل مرسي - المرجع السابق - ص 273 .

ولذا قرر الشارع انه اذا اجاز احد الورثة البيع ، ولم يجزه الباكون فلا ينفذ هذا البيع الا في حق من اجازهُ ، فيأخذ المشتري منه جزءا من البيع مناسباً لتصيه في التركة ، وذلك لانه لا يصح لأحد ان يتبرع بمال غيره ولا ان يتنازل عن حق الغير (1) .

وقضى في حكم لنفس المحكمة : بأن : "البيع الصادر في مرض الموت لابنة البائع يكون صحيحاً في حق من اجازهُ من الورثة ، ولو قضى ببطلانه بالنسبة الى من يجيزه منهم ، فاذا امتنع من اجاز البيع عن تسليم بعض الاطيان الواردة في العقد الى المشتري بدعوى انها من نصيبه في التركة ، فان الحكم عليه لها بتثبيت ملكيتها لهذه الاطيان يكون صحيحاً ولا مخالفة للقانون فيه .

ويجب كما قضت محكمة الاستئناف المختلطة ان يتوافر في اجازة باقي الورثة للبيع الحاصل لاحدهم من المورث في مرض الموت الشرطان الآتيان :

- أ - العلم بالعيب الذي يشوب البيع .
- ب - قصد تصحيح البيع .

ولا يجوز استنتاج الاجازة من حضور الوارث في جرد التركة ، التي لم يرد في محضرها الا مجرد ذكر البيع اذا كان الورثة يجهلون العيب الذي يشوب البيع (2) .

ويجب ان تقع الاجازة بأعمال ايجابية ، فعدم القيام بعمل او السكوت لا يعتبران دليلاً على اجازة البيع الحاصل لوارث اثناء مرض الموت (3) .

وبمثل ما تقدم قررت محكمة الاستئناف الاهلية انه يفرض في الاجازة المسقط لحق الوارث في الدفع بالبطلان ان يكون المجيز عالماً بوجه البطلان ، وان يكون ظاهراً من العقد ان القصد منه مع هذا العلم هو اثبات التنازل عن التمسك بذلك البطلان ، ومن ثم فهي الاجازة ترك التمسك بحقوق والترك يقتضي العلم بالشيء المتروك ، والمجهول ليس محلاً ، فاذا ذكر في عقد اتفاق حرر بين

(1) نقض (مصري) 20 مايو 1937 مجموعة القواعد القانونية 2 رقم 57 ص 164 .
 (2) استئناف مختلط 24 فبراير 1897 (9 ص 171) .
 (3) استئناف مختلط 15 يونيو 1926 (38 ص 472) .

١٤ ورثة ان الاشياء التي باعها مورثهم لاحدهم قد انتقلت ملكيتها اليه بمقتضى عقد البيع فهذا الاتفاق لا يمنع هؤلاء الورثة من الطعن في العقد بأنه عقد في مرض موت مورثهم الا اذا اثبت علمهم بموجب البطلان(1).

وجاء في حكم آخر لمحكمة الاستئناف ان صدور عقد من المورث في مرض موته لزوجته ثم تغيير العقد فيما بعد باسم ولدها من غيره، ورد الولد الصفة لوالدته بمجرد تحرير العقد باسمه، كل هذا يدل على ان العقد انما قصدت به الزوجة، وان تحريره باسم ولدها صدر تفاديا من الطعن عليه من الورثة بأنه وصية الوارث، وعلى ذلك يكون العقد غير نافذ. لعدم اجازة الورثة له(2).

ويجوز للوارث المشتري ان يطلب من باقي الورثة ابداء نياتهم من حيث الاجازة وعدمها ويجوز له ايضا ان يطلب من المحكمة تحديد ميعاد معقول يلزم فيه الورثة بالافصاح عن نياتهم من حيث اجازة العقد او عدم اجازته، ويجب ان يعتبر أنهم لم يجيزوا البيع اذا لم يفصحوا عن نيتهم في هذا الميعاد (3).

وقت اعتبار صفة الوارث :

=====

اختلف الفقهاء في الوقت المعتبر في تعيين صفة الوارث أهو وقت وفاة البائع ام وقت

البيع ؟

يرى بعض فقهاء القانون انه يجب اعتبار صفة الوارث في وقت البيع، لان القانون نفسه اعتبر ذلك الوقت لمعرفة ما اذا كانت قيمة المبيع لغير الوارث تزيد على ثلث مال البائع اولا، ولكن الرأي الذي يجب الاخذ به هو اعتبار وقت وفاة البائع، لان عدم نفاذ البيع من المريض مرض الموت لغير وارثه هو منطه ستره لهبة، وفي غالب الاحوال يكون البيع في مرض الموت هبة في صورة عقد بيع، وحكم الهبة الحاصلة في مرض الموت في الشريعة الاسلامية هو حكم الوصية، اذ انها في معنى الوصية، ويجب فيها اعتبار وقت وفاة المورث لمعرفة صفة من حصل له التصرف أهو وارث ام لا ؟ (4).

(1) استئناف اول فبراير 1910 - المجموعة 11 رقم 108 ص 296 .

(2) استئناف 31 ديسمبر 1930 المحاماة 11 رقم 430 ص 728 .

(3) محمد كامل مرسي - المرجع السابق - ص 275 .

(4) احمد نجيب الهلالي نبذة 393 مشار اليه في مرجع محمد كامل مرسي ص 276 هامش 1.

وقد اشار الاستاذ محمد كامل مرسي في مؤلفه (تصرفات المريض) الى رأي محمد حلمي عيسى الذي يقول: "يجب ان يعمل بالرأيين بحسب ظروف الاحوال، فان تبين ان البيع كان بقصد الاخلال بالتوريث و ايثار بعض الورثة، رد على المورث قصده و اعتبرت الصفة وقت الموت والا فلا، ذلك ان الشرعيين ينظرون في اعتبار الوارث وغير الوارث لوقت الالتزام و التمليك بشرط نفي تهمة الايثار، ولما كانت الوصية لا تلزم الموصي الا بعد موته، وكان له الرجوع فيها في حياته، فلا محل للنظر في صفة الموصي له ان كان وارثا او غير وارث الا في الوقت السذي يصح له فيه امتلاك الوصية، بعكس الاقرار فانه ملزم بنفسه، ولما كان البيع ملزما للعاقدين في الحال وناقلا للملك بمجرد التعاقد، فينبغي ان نجعل رائدنا الامرين السابقين .

ويفرع محمد حلمي عيسى مما تقدم الاحوال الآتية :

أولاً : بيع في مرض الموت لوارث وقت البيع ووقت الموت - يتوقف على تصديق الورثة .

ثانياً : بيع في مرض الموت لوارث وقت البيع ، كأخ مثلاً، ثم أصبح غير وارث عند الموت لوجود ابن ، يعتبر المشتري غير وارث، وينفذ البيع اذا كان يخرج من الثلث لان للمورث ان يتصرف في ثلث ماله لغير وارث .

ثالثاً : بيع لغير وارث من الاقارب صار وارثاً عند الموت ، كأخ بعد موت الابن يأخذ نصيبه في الهيراث فقط ، لان القول بغير ذلك مؤد لتغيير أحكام الميراث (1) .

رابعاً : بيع لغير وارث عند البيع وعند الموت ، ينفذ اذا خرج من الثلث .

خامساً : بيع لاجنبي وقت البيع أصبح وارثاً وقت الموت ، كأجنبية تزوجها البائع بعد الموت ثم مات ، تعتبر وارثة ويجب تصديق الورثة .

ويرى من ذلك أن النتائج التي يقرها محمد حلمي عيسى هي نفس النتائج فيما اذا اعتبرت صفة الوارث وقت وفاة البائع .

(1) محمد حلمي عيسى : نبذة 997 - 1002 ص 320 - 321 مشار اليه في مرجع محمد كامل مرسي

وسنعرض لصفة الوارث في الشريعة الاسلامية عند الكلام عن الوصية فيها .

ونرى ان نص الفقرة الاولى من المادة "408" من القانون المدني الجزائري هو نص معيب فلم يشرع الجزائري حذو القوانين العربية الاخرى و بالاخص القانون المصري والقانون الليبي، فلم يفصل البيع المقصود بهذه الفقرة ولم يذكر فرقا بين ما اذا كان البيع بمثل القيمة أو بأقل منها أو بدون ثمن اصلا هذا من جهة و من جهة اخرى لم يذكر الجزء المعاييه وهو كما ترى الشريعة الاسلامية ما يتجاوز الثلث ، ويكون البيع في هذه الحالة صحيحا حتى لو لم يجزه الورثة .

اما العادة الخاصة ببيع المريض مرض الموت في القانون المدني المصري فهي المادة

"477" و تنص على مايلي :

- 1 - اذا باع المريض مرض الموت لوارث او لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت، فان البيع يسري في حق الورثة ، اذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا يتجاوز ثلث التركة ، داخلا فيها المبيع ذاته .
- 2 - اما اذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة، فان البيع فيما يجاوز الثلث لا يسري في حق الورثة الا اذا اقروه او رد المشتري للتركة ما بقي بتكملة الثلثين .
- 3 - ويسري على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة "916" و المادتان "445" و "446" من القانون المدني السوري مطابقتان للمادتين "477" و "478" من القانون المدني المصري وكذلك (المادتان 466 - 467) من القانون المدني الليبي مطابقتان أيضا (1).

المبحث الثاني :

و سنعرض في هذا المبحث لحالتين :-

- أ - بيع المريض مرض الموت لغير وارث .
- ب - بيع المريض الذي لا وارث له .

أ - بيع المريض لغير وارث

تنص الفقرة الثانية من المادة " 408 " من القانون المدني الجزائري على أنه :-
 " اما اذا تم البيع للغير في نفس الظروف فانه يعتبر غير مصادق عليه ومن
 اجل ذلك يكون قابلا للابطال".

ويستنتج من نص هذه الفقرة ان المشرع الجزائري قد جعل البيع لغير وارث في مرض
 الموت قابلا للابطال ما لم يكن مصادق عليه ، ونجد ان هذه الفقرة تتسم باللبس والغموض
 فلم يذكر المشرع الشروط التي تجعل البيع قابلا للابطال ، لم يحدد ما اذا كان البيع
 بأقل من القيمة او بدون ثمن اصلا أو اذا كان فيه محاباة تجاوز ثلث الشركة.

وبصد هذا النص ووجهت الى التشريع الجزائري انتقادات لاذعة من استاذنا الدكتور
 علي علي سليمان ، و اتني هنا اثبت هذه الانتقادات لتكون بمثابة الضوء الذي يهدي الى
 الطريق السوي و يأخذها المشرع الجزائري بعين الاعتبار ليعدل النص أسوة بالقوانين
 العربية الاخرى .

جاءت هذه-الانتقادات في محاضرة خاصة القاها الدكتور علي سليمان بكلية الحقوق
 بجامعة وهران تحت عنوان : " نظرة عامة حول القانون المدني الجزائري (1) ، في هذا
 الصدد مانصه :

أولا :
 ان النسخة الفرنسية أتت فيه بشرط لم ير في النص العربي، فاشتطت أن
 يتم البيع في فترة حدة المرض و اشتداده .. في حين أن أحد من الفقهاء
 الشريعة الاسلامية لم يقل بهذا الشرط، كما ان النسخة الفرنسية اضافت
 في الفقرة الثانية عبارة لم ترد في النص العربي فقالت : "يعتبر البيع
 قد تم بون رضا صحيح

ثانياً :
=====

ان نص هذه المادة فرق بين البيع لو ارث فعلق صحته على اقرار بقية الورثة
و بين البيع لاجنبي فجعله قابلاً للإبطال اما لعيب في الرضا كما يقول النص
الفرنسي ، واما لانه غير مصادق عليه كما يقول النص العربي .

ثالثاً :
=====

ان هذا البيع يعتبر وصية و تجري عليه احكام الوصية ، و اذا كان المشرع الجزائري
قد اخذ بحكم أنه " لاوصية لو ارث " مع انه غير متفق عليه ، ولم يأخذ به القانون
المصري ، ولا القانون الليبي ، فلما ذاك لم يعتبر البيع لاجنبي وصية ايضاً ، و يعلق
نفاذها على اقرار الورثة فيما يجاوز الثلث ؟ و لماذا كانت العلة في قابلية
التصرف للغير لا بطلاله ترجع الى عيب في الرضا ولم يكن البيع قابلاً للإبطال
في حالة التصرف لو ارث لنفس العلة ؟ و اذا كان التصرف قابلاً للإبطال في الحالة
الثانية (البيع لغير وارث) فلنم الحق في الابطال ؟ المعروف قانوناً ان الابطال
يكون اما لقصر او لغط او لاكراه ، او لاستغلال او لتدليس ، ولم يصرح النص الجزائري
عن السبب في قابلية العقد للإبطال ، فهل هو لاحد العيوب المذكورة ؟ يقول النص
الفرنسي انه يعتبر قد تم بدون رضاه صحيح ، ولكن أسباب عدم صحة الرضا محصورة في
العيوب التي ذكرها القانون وهي العيوب السابقة الذكر ، ولم يقل أحد من علماء
المشريعة الإسلامية ان تصرف المريض مرض الموت يتوقف على اجازة الورثة لاختد
هذه العيوب ، و انما قالوا انه يتوقف على اجازتهم لان حقوقهم قد تقلصت بثلاثي
التركة ، فليس له ان يمس هذه الحقوق ، ولذلك اعتبرهم القانون المدني من الغير
بالنسبة الى مورثهم (1) ، وفي هذه الحالة لا يعتبرون خلفاً عاماً له ، و أجاز
لهم الطعن في هذا التصرف بناء على اعتبارهم من الغير ، ولو فرضنا جدلاً ان رضاه
المريض كان غير صحيح كما نقول النسخة الفرنسية ، فان رضاه يكون منشوباً بنفس
العيوب حين يتصرف لاحد الورثة ، ولا تصححه اجازة الورثة الآخرين ، لان من مقرر
الإبطال لمصلحته هو وحده الذي يستطيع ان يتنازل عنه او يطلب اعماله ، او يجيز
التصرف القابل للإبطال ، و المفروض هنا أن التصرف لا ينفذ الا بعد موت المورث
وانه فليس الابطال ممكناً بالنسبة اليه فهل يكون الابطال للورثة ؟ اذا رجعنا الى
رأي الامام مالك الذي يعمل بمذهبه رسمياً بالجزائر وجدناه يقول :

" اذا مات الموصي لزمّت الوصية ، وليس لغيره أن يغير شيئاً من ذلك ولا يبطله ولا يبدله بغيره (1) .

و على ذلك فليس للورثة الحق في طلب الابطال، واذا فرضنا جدلاً ان لهم هذا الحق لان القانون يعتبرهم من الغير بالنسبة إلى تصرف المريض مرض الموت ، فمن المقرر قانوناً ان من له الحق في طلب ابطال تصرف ما ، له الحق ايضاً في ان يجيز التصرف او يتنازل عن طلب الابطال فيصح التصرف و ينتج كل آثاره القانونية ، فاذا صح هذا الغرض فيكون تصرف المريض مرض الموت معلقاً على اجازة الورثة سواء كان التصرف لوارث او للغير، فلماذا اذن فرق القانون بين التصرفين ؟ (2) .

رابعاً :

====
 أن نص المادة "408" من القانون المدني الجزائري ، قد خالف ما اجمع عليه فقهاء الشريعة الاسلامية من ان للشخص حرية التصرف بالوصية في ثلث امواله ، دون أن يتوقف تصرفه في الثلث على اجازة الورثة ، و يقول المنتقي في شرح موطأ مالك :
 " ان الوصية تنفذ في الثلث في كل المذاهب طبقاً لحديث النبي صلى الله عليه وسلم لسعد بن ابي وقاص : " الثلث و الثلث كثير " و حديث آخر للرسول عليه الصلاة والسلام (3)
 " ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم في آخر اعماركم زيادة في اعمالكم فضعوه حيث شئتم " .

خامساً :

====
 انه اذا صح طبقاً لنص الفقرة الاولى من المادة "408" أن الوصية لوارث تتوقف على اجازة بقية الورثة ، فيترتب على ذلك انهم اذا لم يجيزوها لم تنفذ دون ان تكون لهم الحق في طلب ابطالها طبقاً لما تقدم ذكره ، اي ان موقفهم في حالة عدم الاجازة سلبي (4) .

-
- (1) المنتقي في شرح موطأ مالك - ج 6 ص 148 مشار اليه في مرجع الدكتور علي سليمان .
 - (2) الدكتور علي سليمان - المرجع السابق - ص 11
 - (3) سبق أن ذكرنا هذا الحديث
 - (4) الدكتور علي سليمان - المرجع السابق - ص 12 .

و يستخلص استاذنا الدكتور علي سليمان من كل ما تقدم انه : " ليس للورثة الحق في ابطال الوصية بأية حال، وكل مالهم من حق هو اقرار الوصية للوارث فتنفذ او عدم اقرارها فلا تنفذ، اذن فيسوغ لنا ان نتساءل عما هو معني قابلية التصرف للابطال في الفقرة الثانية من المادة "408" من القانون المدني الجزائري، كانت هذه مجمل الانتقادات التي وجهها استاذنا الدكتور علي سليمان الى حكم المادة "408" في بيع المريض مرض الموت، وقد تعرضت لها لكي تكون الامور واضحة جلية .

فاذا صدر بيع من المورث وهو في مرض الموت، وبعد موته طعن الورثة في هذا التصرف فعليهم ان يثبتوا ان البيع قد صدر من مورثهم وهو في مرض موته، فاذا اثبتوا ذلك فان البيع يعتبر صادرا على سبيل الشرع (مادة 776 من القانون المدني الجزائري) اي يكون هبة بغير ثمن ولا عبرة بالثمن المذكور في العقد، وعلى المشتري ان يثبت انه دفع ثمنا وان يثبت مقدار الذي دفعه من ذلك، فاذا لم يستطع اثبات انه دفع ثمنا، كان البيع هبة مستترة واذا استطاع اثبات انه دفع ثمنا و مقدار مادفعه، لم تخل الحال من ان يكون هذا الثمن لا يقل عن قيمة المبيع او يقل بما لايجاوز الثلث او بما يجاوزه (1)، ولذلك يفترض فروضا مختلفة :

أ و لا : البيع بما لا يقل من القيمة :

اذا اثبت المشتري أنه دفع ثمنا للمبيع لا يقل عن قيمته، كان البيع صحيحا نافذا في حق الورثة دون حاجة الى اجازتهم، ويستوي في ذلك ان يكون البيع لوارث او لغير وارث وهذا مطابق لرأي صاحبين ومخالف لرأي الامام ابي حنيفة (2).

ثانيا : البيع بأقل من القيمة ولكن بما لا يجاوز الثلث :

اما اذا كان البيع بأقل من ثمن المثل، فاذا اثبت المشتري انه دفع ثمنا للمبيع وأثبت مقدار مادفع وكان هذا المقدار يقل عن قيمة المبيع وقت الموت بما لايجاوز ثلث الشركة، فان البيع يكون هنا أيضا صحيحا نافذا في حق الورثة دون حاجة الى اجازتهم ويستوي في ذلك ان يكون البيع لوارث (في القوانين العربية الاخرى لا في القانون الجزائري) او لغير وارث(3)، والشركة تقدر بقيمة اموال المورث وقت الموت لا وقت البيع.

(1) السنهوري - ح 4 ص 328.

(2) سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 572

(3) السنهوري - المرجع السابق - ص 330 .

ثالثا : البيع بأقل من القيمة بما يجاوز ثلث التركة :

إذا كان البيع بأقل من ثمن المثل ولكن الجزء المحابي به يجاوز ثلث التركة فان البيع فيما يتعلق بالقدر من المحاباة الذي يجاوز الثلث لا ينفذ في حق الورثة الا اذا اقره ، او قبل المشتري ان يزيد الثمن بمقدار الفرق بين القدر المحابي به وثلث التركة (1) ويستوي في ذلك أيضا ان يكون البيع لوارث او لغير وارث (مادة "477" من القانون المدني المصري) ، مادة "3" من قانون الوصية المصري رقم : 71 لسنة 1946 .

وقد جاء في حكم لمحكمة الاستئناف المصري (2) ما ياي : " ان البيع لغير وارث على فرض صدوره في مرض الموت لا يتوقف نفاذه على تصديق الورثة ، اذا كان الثمن فيه محاباة للمشتري تزيد على ثلث التركة ، كما هو حكم الشريعة الاسلامية التي هي مصدر القانون في هذا الموضوع " .
ونقتت أيضا بأن : الشريعة الاسلامية تقضي بأن كل تصرف من المريض فيه معنى التبصر تسري عليه احكام الوصية في القدر المحابي فيه و يخير المشتري بين الغسخ و اتمام مانقص من الثلثسن .

رابعا : التصرف بغير ثمن أصلا :

إذا لم يستطع المشتري ان يثبت انه دفع ثمننا ما للمريض ، اعتبر التصرف هبة بغير ثمن وكان لها حكم الوصية ، لانها وقعت في مرض الموت ، فاذا كانت قيمة العين لا تزيد على ثلث التركة نفذ التصرف في حق الورثة دون حاجة الى اجازتهم ، واذا زادت قيمة العين على ثلث التركة لم ينفذ التصرف فيما جاوز الثلث الا باجازه الورثة فان لم يجيزوا وجب على المتصرف لسه ان يرد الى التركة ما جاوز الثلث ، اي ان يرد اليها ما بقي يتكلمة ثلثها ، ويستوي في ذلك ان يكون التصرف لوارث (في القوانين العربية الاخرى) او لغير وارث (3) .

ويجب ان تكون اجازة الورثة بعد موت المورث ، كما هي الحال بالنسبة الى اجازة البيع الحاصل لوارث ، فان اجاز الورثة البيع الحاصل لاجنبي عنهم ، وكانت الاجازة قبل موت المريض

(1) سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 572 ، كذلك السهوري ح 4 - ص 231 وما بعدها .

(2) استئناف - 18 يونيو 1931 المحاماة 12 رقم 263 - ص 531 .

(3) السهوري : = ح 4 - ص 333 .

فلا تعتبر اجازتهم، ويهم ان يرجعوا عنها، لان حق الفسخ والاجازة انما يثبت لهم بعد الموت، وكذا الحكم أيضا في شراء المريض شيئا من ورثته في مرض موته (1).

تعدد البيوع الصادرة من المريض :

اذا تعددت عقود البيع الصادرة من المورث لغير مرض الموت ، اعتبر المشترون في حكم الموصي لهم و اقتسموا بنسبة ما أوصى به لكل منهم ولا محل للرجوع التي تواريخ العقود و لتقديم استبقها تاريخا او تسجيلا، لان الشريعة الاسلامية لا تعرف نظام التسجيل، فضلا عن أن القانون لم يشترط التسجيل للاحتجاج به على الغير الا في العقود الصادرة بين الاحياء، والوصية خارجة عن هذه العقود، لانها لا تنفذ الا بعد الوفاة (2).

عدم الاضرار بحقوق الغير حسن النية :

تنص المادة "409" من القانون المدني الجزائري على انه :
 " لا تسري احكام المادة "408" على الغير الحسن النية اذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع" و تقابلها المادة "478" من القانون المدني المصري يستنتج من نص هذه المادة انه اذا باع المريض مرض الموت عينا لمشتري وكان المشتري حسن النية ، فان موقف الورثة يكون مغايرا لما جاء في نص المادة "408" بفقرتها لان الغالب ان تمضي فترة غير قصيرة بين صدور البيع في مرض الموت وبين وفاة المتصرف، و ظهور عدم نفاذ البيع في حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة ، وفي هذه الاحوال يحدث كثيرا ان يتصرف المشتري في المبيع الى آخره ، او يرتب له حقا عينيا عليه ، فمتى حدثت الوفاة و ظهر ان الورثة لا يقررون التصرف و استعملوا حقهم في ان يستردوا من المشتري القدر المحايي به الذي يجاوز ثلث التركة ، كان لهم وفقا للقواعد العامة ان يستردوه ولو من الغير الذي تلقى ملكيته من المشتري وعندئذ يضار ذلك الغير بتطبيق احكام البيع الصادر في مرض الموت ، فاذا كان هذا الغير قد تلقى حقه بحسن نية و بعوض، فان السماح بالحساق الضرر به عن هذا الطريق يكون من الظلم البين(3)، ولكن العدالة تقتضي حماية الغير حينئذ من الضرر الذي يصيبه من تطبيق تلك القواعد .

(1) جامع الفصولين - 2 - ص 246 .

(2) محمد كباهل مرسى - المرجع السابق - ص 291 .

(3) سليمان مرقس المرجع السابق ص 574 .

ولذلك فبناء على ما جاء في المادة سالفة الذكر (409) فان من يكسب حقا على المبيع الذي يطالب الورثة باسترداده تطبيقا لاحكام البيع الصادر في مرض الموت يحميه القانون ضد هذا الاسترداد اذا يتوافر فيه شرطان .

الأول : ان يكون هذا الغير قد كسب حقه على المبيع بعوض، والا فان الورثة يكدون اولى منه بالحماية، ويلاحظ انه اذا كان المبيع عقارا، فان الغير لا يعتبر انه كسب عليه حقا الا اذا قام بتسجيل البند المنشئ لحقه متى كان هذا الحق عينيا اصليا او يعتبر حقه اذا كان من الحقوق العينية التبعية كالرهن و التخصيص .

الثاني: ان يكون الغير حسن النية يجهل وقت تعامله مع المشتري ما يهدد حقه بالزوال(1)

فاذا توافر هذان الشرطان جاز للغير ان يرفع دعوى ضد الورثة الذين يطالبون باسترداد القدر المحابي به فيما يجاوز ثلث الشركة، وان يحتفظ بحقه الذي كسبه فان كان قد تلقى الملكية من المشتري لم يجز نزعها منه ، واذا كان قد ترتب له حق عيني تبعى على المبيع استرد الورثة ملكية المبيع من المشتري محملة بهذا الحق الاخير لمصلحة هذا الغير(2).

و الدائنون المرتهنون، و يلحق بهم كذلك الدائنون الممتازون على العقار ، ومن حصلوا على حق تخصيص على العقار في الفترة الواقعة بين البيع والوفاة اي الدائنون الخاضعون لشرط القيد، ومن انتقلت اليهم ملكية المبيع من المشتري متى كانوا حقيقا انية (3) يعتبرون كذلك من الغير .

اما اذا كان المشتري سيء النية، كان اعلنه الورثة قبل ان يقدم علي الشراء بعدم اجازتهم لتصرف المريض ، فلا يجوز له أن يطلب الحماية (4)

(1) عبد المنعم فرج الصعدة المرجع السابق - ص 819 .

(2) السنهوري - ح 4 - ص 335، وكذلك سليمان مرقس - المرجع السابق ص 575 :

(3) محمد كامل مرسي - المرجع السابق - ص 293 .

(4) السنهوري : ح 4 - ص 334 هامش 3 استئناف مختلط 10 يناير 1922 (م 34 - ص 107).

ب - بيع المريض مرض الموت الذي لا وارث له :

اختلف الفقهاء من جواز الوصية بأكثر من الثلث لمن لا وارث له ، ورأى فقهاء الحنفية هو المذكور . فسي السامدتين " 534 " و " 535 " من كتاب الاحكام الشرعية لمحمد زويد و اللذين جاء فيها : (م 534) : " يجوز لمن لا دين عليه مستغرقا لماله ولا وارث لسه ان يوصي بماله كله او بنصفه لمن يشاء و تنفذ وصيته بلاتوقف على اجازة بيت المال " . واذا لم تكن الوصية بكل المال فلبيت المال الباقي بعد الموصي به ، ومن كان عليه دين مستغرق لماله فلا تجوز وصيته الا ان يرثه البسرواء او باجازتهم . (م 535 في كتاب الاحكام الشرعية) وان كان الموصي مدينا ولكن دينه غير مستغرق لتركته ، فيخرج من التركة اولا مقدار الديون لان قضاءها مقدم على الوصية ويحكم على المبلغ الزائد على الدين بالحكم على الوصية في حالة ما تكون خالية من الدين " وقد قضت محكمة المنيا الابتدائية (المصرية) بناء على ذلك بأنه ، وفقا لقواعد الشريعة الاسلامية ، تعتبر الوصية في مرض الموت كالوصية في حالة الصحة ، فاذا لم يكن للموصي ورثه ، ولم يكن عليه دين نفذت في كل ما اوصى به لغير الوارث سواء اجازها بيت المال ام لم يجزها ، وذلك لان الحكمة التي توختها الشريعة في قصر نفاذ الوصية في الثلث لغير وارث هي لكي لا يترك الورثة عالة يتكفون الناس (1) ومثل الوصية لمن لا وارث له البيع في مرض الموت لمن لا وارث له ، ولذا لا يصح لبيت المال ان يطعن في عقد البيع الصادر من الزوج لزوجته في مرض الموت بحجة ان له ثلاثة اربساع التركة ، بما ان الشريعة الاسلامية تجيز في هذه الحالة الوصية للزوجة وتجعلها مقدمة على حقوق بيت المال (2) .

ورأينا في ذلك هو ان الاحكام التي اتى بها المشرع الخاصة بالبيع الحاصل في مرض الموت ليست مبنية اساسا على فكرة عدم أهلية المريض ، وقد جاءت بها الشريعة الاسلامية رعاية لمصلحة الورثة ومحافظة على حقوقهم ، ولهذا نجد الرأي القائل بأن تصرفات المريض في مرض الموت تعتبر صحيحة ولو تنازلت جميع ماله اذا لم يكن له ورثة ، وانما لم يكن دينه مستغرقا لامواله . فلو كان المريض غير اهل للتصرف لما اجيز تصرفه سواء اكان لسه

(1) محكمة المنيا الابتدائية - 18 مارس 1930 - المحاماة 10 رقم 377 ص 757 .

(2) محمد كامل مرسي - المرجع السابق - ص 296 .

ورشة ام لم يكن له ورشة .

المبحث الثالث

وصية المريض مرض الموت في القانون

تعتبر احكام الوصية في الشريعة الغراء بمتابعة العمود الفقري او هي الشريان الذي امد القوانين العربية ، ومنها القانون المدني الجزائري بما يحد من تصرفات المريض مرض الموت الا ان القوانين العربية قد اختلفت في ادراج الوصية فمنها ما ادرجها في قانون الاحوال الشخصية ومنها ما جعل لها قانونا خاصا ، اما المشرع الجزائري فقد ادرجها في قانون الاسرة ، فقد نصت المادة "184" من قانون الاسرة الجزائري على مايلي : " الوصية تملك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع " . . . ثم جاءت المادة "185" من قانون الاسرة 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 اجازة الورثة ، والشريعة الاسلامية التي استمد منها القانون الوضعي احكام تصرفات المريض مرض الموت ، ، كما سبق ان قلنا - تفترض دائما الوصية في في كل تصرف صادر في مرض الموت ، بحيث ان الوارث يجيب عليه فقط اثبات 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 للفائدة العامة ، وهي ان الوصية يجب ان تأخذ حكمها مهما حاول المورث سترها باعطائها اي اسم آخر ووضعا في صورة تصرف منجز حال الحياة فمثل هذه التصرفات لا يملك الورثة حق الطعن فيها (1) .

ومثل هذا التحايل لا يقره المشرع فوضع من القواعد ما يكشف عن حقيقة هذا التصرف ، وانه قد قصد به ان يكون تصرفا مضافا الى ما بعد الموت .

فقد نصت الفقرة الاولى من المادة " 776 " من القانون المدني الجزائري على مايلي :
"كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا الى ما بعد الموت و تسري عليه احكام الوصية ايا كانت التسمية التي تعطي الى هذا التصرف" .

وهذه المادة تقابلها المادة "916" من المقانون المدني المصري ، وتقابلها المادة "877" من القانون المدني السوري و تطابقها أيضا المادة "920" من القانون المدني الليبي .

ويستنتج من نص هذه الفقرة أن التصرف الصادر من المورث في مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع يعتبره القانون وصية مستترة، وتسري عليه أحكام الوصية ولذلك فإن مثل هذا التصرف لا ينفذ في حق الورثة إلا باعتباره وصية في حدود الثلث ، ولا ينفذ فيما عدا ذلك إلا إذا أجازوه فالنص إذن عمم ، فاعطى حكم الوصية لكل عمل قانوني يصدر في مرض الموت ، كالبيع والهبة و الأقرار و الأبراء ... الخ الى غير ذلك من التصرفات التي يقصدها التبرع (1). ولذلك يجب ان يتوافر في التصرف شرطان .

الشرط الاول : ان يكون تصرفا صادرا في مرض الموت .

الشرط الثاني: ان يكون مقصودا به التبرع .

(1) ان يصدر التصرف من المورث في مرض الموت :

من الواضح ان كلمة " تصرف " تتسع للتبرعات و المعاوضات لأنها كلمة عادية (3)، ولذلك فالنص لا يقتصر على البيع ، بل يشمل كل تصرف او عمل قانوني صدر من المورث، وآيا كان هذا التصرف و الاسم الذي أعطى له من أطرافه ، وان يصدر التصرف في مرض الموت وهو المرض الذي يتصل بالموت فعلا ، كما سبق ان قلنا ، ويقع عبء الاثبات - بأن التصرف قد تم اثناء مرض الموت على الورثة ، ويقومون باثبات ذلك بكافة الطرق بما فيها البينة و القسراتن ، اذ انهم يثبتون واقعة مادية ، فيصبح الاثبات بتقارير الاطباء و غيرها من الأدلة و بالقسراتن المستخلصة من ظروف المرض (4) ، كأن/البيع محررا بخط المشتري ولم يحرر الا قبل وفاة البائع بأيام ، و منها ايضا تسجيل العقد تسجيلا يكون البائع قد حرر العقد قبل وفاته بأيام قليلة مالم يكن قد مات فجأة، ولا مانع أيضا من الطعن في التصرف بأنه صادر في مرض الموت بعد الطعن فيه بالتزوير (5)

(1) محمد كامل مرسي - المرجع السابق - ص 303 .

(2) السنهوري - الوسيط - ج 9 - ص 221 .

(3) زهدور محمد الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الاسلامية .

بحث مقدم لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص .

(4) رمضان ابو السعود المرجع السابق - ص 126 ، السنهوري المرجع السابق - ص 222

(5) السنهوري - المرجع السابق - ص 223 هامش (1) .

ويلاحظ انه متى اثبتت الورثة ان التصرف قد صدر من مورثهم في مرض الموت ، وأصبحوا من الغير في هذا التصرف - (وينتكلم عن هذا بالتفصيل في حينه) - فلا يسري في حقهم فيما يزيد على ثلث التركة الا اذا اجازوه .

(2) والشرط الثاني ان يكون القصد من التصرف هو التبرع ؛

فقد يحدث العكس و يتضح ان التصرف وان كان قد صدر عن المورث في مرض الموت ، انه قبض مقابل لما تصرف و أكثر ما يقع ذلك في عقد البيع ، فان كان الثمن لا محابة فيه ، فان البيع ينفذ في حق الورثة ، وتسري عليه أحكام عقد البيع ولكن اذا كان في هذا المقابل (الثمن) محابة للمتصرف اليه ، فان هذا القدر المجابي فيه هو الذي تسري عليه احكام الوصية (1) .

ويلاحظ في هذا الشأن ان المشرع قد اقام قرينة على انه اذا صدر التصرف من المورث في مرض الموت فانه يعد قد صدر تبرعا ، فالانسان عادة لا يتصرف في مرض موته الا على سبيل التبرع ، ويندر ان يكون في تصرفه والموت مائل امام عينيه قد قصد المعاوضة ، لذلك اعفى المشرع الورثة من اثبات تبرعه التصرف ، ولكن يقع عيب اثبات التصرف غير تبرعي على عائق المتصرف اليه فيجوز لمن صدر له التصرف ان يرخص هذه القرينة القانونية بأن يثبت له دفع عوضا للمورث ، فاذا اثبت ذلك نفذ التصرف في حق الورثة ، اما اذا اثبت العوض وكان في العوض محابة له ، فان هذا القدر المجابي به هو الذي تسري عليه احكام الوصية (2) ، كما في بيع المريض مرض الموت .

(1) رمضان أبو السعود : المرجع السابق - ص 127 ، كذلك السنهوري : ح 9 - ص 224 .

(2) نفس المرجعين السابقين (رمضان ابو السعود - السنهوري) .

الفصل الثاني :

تصرفات المريض مرض الموت في الشريعة الاسلامية :

لا تختلف الشريعة الاسلامية عن القانون الوضعي لان: احكام تصرفات المريض مرض الموت مستمدة اصلا من الشريعة الاسلامية ، و سنعرض في هذا الفصل لبيع المريض مرض الموت ، وتصرفه بالمنافع وكذلك بالوصية ، و لذلك سنقسمه الى مباحث ثلاثة ، المبحث الاول : بيع المريض لوارثه ولغير وارثه ، و المبحث الثاني وصية المريض مرض الموت ، ثم المبحث الثالث و نتناول فيه التصرف بالمنافع في مرض الموت .

المبحث الاول : بيع المريض مرض الموت في الشريعة الإسلامية

اذا كان التصرف بيعا ولكن فيه معنى التبرع كالبيع بأقل من القيمة ، يطبق على التقدير المحابي به حكم الوصية ، و يختلف الحكم باختلاف ، ما اذا كان المريض مدينا او غير مدين وما اذا كان البيع لوارث او بغير وراث .

فاذا لم يكن المريض مدينا ، و باع لوارثه بمثل القيمة او بغيره يسير كسنان البيع موقوفا على اجازة باقي الورثة ، فان اجازوه نفذ ، وان ردوه بطل وان باع لغير وارث بمثل القيمة او بغيره يسير ، كان البيع نافذا من غير حاجة الى اجازة الورثة (1) .

و الحكمة من جعل تصرفات الوارث كالوصية هي منع المريض من ايثار بعض الورثة على بعض وضمان عدم تقييد الانصباء ، المقطرة لهم شرعا .

وهذا هو رأي الامام ابي حنيفة ، و وافقه الصحابان في حالة البيع لغير وارث بمثل القيمة أو بغيره يسير، وخالفا في حالة البيع لوارث فقط اذا كان البيع بمثل القيمة فلاحق لباقي الورثة في الاعتراض على البيع ، لانقاذ التهمة ولتمكن الورثة من ان يشتروا بالثمن الذي اخذه المورث عينا أخرى مثل المبيعة ، اي لو كان الثمن أنقص من القيمة ولو يسيرا ،

(1) محمد كامل مرسي - المرجع السابق - ص 263 .

فيقف على اجازتهم ، فان لم يجيزوا خير الوارث المشتري بين امرين ، فاما ان يبلغ المبيع تمام القيمة ، واما ان يفسخ البيع ويرد المبيع الى التركة و يتسلم الثمن الذي دفعه للمورث .
وحجة الامام ابي حنيفة في دعم جواز البيع للوارث بمثل القيمة ، ان المورث آثر بعض ورثته بعين من اعيان ماله يقوله وهو محجوز عن ذلك لحق سائر الورثة ، فلا يجوز ، كما لو ارصى بأن يعطي احد ورثته هذه الدار بنصيبه من الميراث (1) ، وهذا لان حق الورثة كما يتعلق بالعالية يتعلق بالعين فيما بينهم ، حتى لو اراد بعضهم ام يجعل شيئا لنفسه بنصيبه من الميراث لا يملك ذلك بدون رضاء سائر الورثة ، كما لو قصد ايثار البعض بشيء من ماله رد عليه قصده فكذلك اذا قصد ايثاره بالعين ، فلذلك يمتنع بيعه بمثل القيمة وبأكثره ، وهذا لان للناس افراضا فقد يفتخر الانسان بنيله اياه فوق ما يفتخر بكثرة ماله ، بخلاف الاجنبي فانه غير ممنوع من التصرف فيما يرجع الى العين ، وانما يمنع من ابطال حق الورثة بشيء من ماله (2) ، وليس في البيع للاجنبي بمثل القيمة ابطال لحق الورثة .

ويتبين من ذلك ان البيع للوارث ايضاء له صورة من حيث انه ايثار له بالعين وان لم يكن ايضاء معنى لاستيلائه منه على الثمن .

وعند الصاحبين يصح البيع للوارث بمثل القيمة ، لانه ليس في تصرفه ابطال حق الورثة عن شيء مما يتعلق حقهم به وهو المالية ، فكان الوارث والاجنبي فيه سواء ، يوضحه انه كما كان ممنوعا من الوصية للوارث كان ممنوعا من الوصية بما زاد على الثلث للاجنبي ، ثم البيع بمثل القيمة للاجنبي في جميع ماله صحيح ، ولا يكون ذلك وصية بشيء فكذلك مع الوارث (3) .

هذا اذا كان المريض غير مدين ، اما اذا كان المريض مدينا ، فاما ان يكون الديون مستغرقا لتركته او لا يكون ، فان كان مستغرقا فان الحكم يختلف بحسب ما اذا كان البيع فيه محاباة سواء اكانت قليلة او كثيرة ، وسواء اكان البيع لاجنبي او لوارث . فان هذا البيع لا ينفذ الا اذا اجازه الدائنون لان حق الاجازة في هذه الحال لهم لا للوارثة ، اذ هم اصحاب الحق الاول في التركة ، اذ الارث موخر على قضاء الديون ، فان لم يجيزوا بخير المشتري بين امرين فاما ان يفسخ العقد ويسترد مو دفعه من الثمن ، واما ان يكمل قيمة المبيع ولا ينزع الدائنون المبيع من يده ، بل يبقى المبيع تحت يده ، وان اجازوا البيع فان كان لاجنبي نفذ ، اما اذا كان لوارث فـ

(1) محمد كامل مرسي - المرجع السابق - ص 264 ، محمد الزفزاف - المرجع السابق - ص 112 .

(2) محمد كامل مرسي - المرجع السابق - ص 164 .

(3) كشف الاسرار لعبد العزيز البخاري على اصول البزدوي - 4 ص 1429 المبسوط ص 150 - 151 .

يتوقف - بعد أن اجاز الدائنون - على اجازة باقي الورثة ، لان في هذا البيع محابة فهو في حكم الوصية (1) اما اذا لم يكن فيه محابة فلاحق للدائنين في الاعتراض ، لان حقهم متعلق بمالية التركة ، لا باعيانها .

وقد جاء في المادة " 395 " من مجلة الاحكام العدلية مايلي :- " اذا باع رجل في مرض موته ماله بأقل من ثمن المثل ثم مات مدينا وتركته مستغرقة كان لاصحاب الديون أن يكلفوا المشتري ابلاغ ثمن ما اشتراه الى ثمن المثل ، و اكماله و أدائه للتركة ، فان لم يفعل فسخوا البيع (2) " ومثل المحابة في البيع ، المحابة في الشراء ، فاذا اشترى المريض مرض الموت من وارثه الصحيح او اجنبي ، وكان غير مدين ، او مدينا ، اتبعت الاحكام المتقدمة في البيع .

اما اذا كان الدين غير مستغرق ، وكان البيع لغير وارث فان مقدار الدين يخرج من التركة ويكون المبلغ الباقي في حكم التركة التي لا تتعلق بها ديون ، اما اذا كان لوارث (3) فانه يتوقف على اجازة بقية الورثة بعد اخراج مقدار الدين من التركة (3) .

وهذا كله اذا كان البيع تقايضا ، اما اذا كان نسيئة فانه يعتبر تبرعا ، فان كان لاجنبي فانه يعتبر من الثلث فقط ، وان كان لوارث فلا ينفذ الا اذا اجازه الورثة ، وكذا الدائنون ان كان عليه دين (4) .

هذا رأي الحنفية في التصرف بالبيع ، اما الحنابلة فانهم ذهبوا الى انه اذا عاوض المريض اجنبيا او بعض ورثته بجميع ماله صح ، اذا كان بثمن المثل ، وعندهم رأي آخر : هو ان يقف على الاجازة لان في الاعيان فرضا صحيحا ، وكما لا يجوز ابطال حق الوارث في قدر حقه ، فلا يجوز ابطاله في عين حقه (5) والاول هو الراجح عندهم .

اما اذا لم يكن بثمن المثل ، بل بأقل منه ، فانه محابة عندهم ، و المحابة في المرض عندهم على اقسام : منها المحابة في البيع والشراء ، وهي لاتمنع صحة العقد عندهم ، لقوله تعالى : " و أحل الله البيع و حرم الربا " ، ولأنه تصرف صدر من اهله في محله فصح كما يصح من الصحيح

(1) محمد الزفزاف المرجع السابق - ص 113 ، محمد كامل مرسي - المرجع السابق ص 365 ، وهذا هو

المذهب الحنفي كما يفهم من جامع الفصوليين - ج 2 - ص 22 وهو متفق مع قواعد المذهب .

(2) سليم باز علي المادة "395" مشار اليه في محمد كامل مرسي .

(3) جامع الفصوليين ، 2 ص 245 ، الفتاوي الهندية ، 6 ص 110 .

(4) الزيلعي - ج 6 - ص 195 - الطبعة الاميرية .

(5) المعنسى : ج 6 ص 421 .

فلو باع في مرضه عينا ، لا يملك غيرها بعشرة آلاف دينار وكانت قيمتها ثلاثين ألف دينار ، فقد حابي المشتري بثلثي ماله ، وليس له المحاباة بأكثر من الثلث ، فان أجاز الورثة ذلك لزم البيع ، وان لم يجيزوا ، فاختار المشتري فسخ البيع فله ذلك ، وان اختار امضاء البيع فالصحيح عند ابن قدامة : انه يأخذ نصف المبيع بنصف الثمن ويفسخ البيع في الباقي ، و ذلك لان فيه مقابلة بعض المبيع بقسطه من الثمن عند تعذر أخذه جميعه بجميع الثمن ، فيصح ذلك كما يصح فيما لو اشترى سلعتين بثمن ، فانفسخ البيع في احدهما لعيب او لغيره (1).

ويرى فقهاء الحنابلة : ان يأخذ ثلثي المبيع بالثمن كله ، لانه يستحق الثلث بالمحاباة والثلث الاخر بالثمن ، لان البائع اوجب المبيع بثمن فيأخذ المشتري بعضه بالثمن كله ، وهو غير صحيح ، كما لو قال : بعثك هذا بألف دينار فقال : قلت نصفه بها ، ولانه اذا فسخ البيع في بعض المبيع وجب ان يفسخ في قدره من ثمنه ، ولايجوز ان يفسخ البيع فيه مع بقاء ثمنه ، كما يجوز فسخ البيع في الجميع مع بقاء ثمنه (2).

اما المالكية فانهم ذهبوا الى ماذهب اليه ابو حنيفة : من انه اذا باع لاجنبي اي (لغير وارث) فان البيع ينفذ اذا كان بثمن المثل و ليس لاحد حق الاعتراض ، وكذا اذا كان بفن يسير ، اما اذا كان بغبن فاحش فان ذلك محاباة ، و المحاباة تحتسب من ثلثه ، اما اذا كان البيع لوارث ، فان هذا يعتبر وصية ، والوصية لا تصح لوارث ، ولذا يبطل هذا التصرف الا ان يجيزه الورثة ، وتعتبر المحاباة يوم التصرف لا يوم الحكم (3) ، وفي حالة البيع لاجنبي ، يكون للمشتري ان يفسخ و يأخذ ثلث المبيع بالمحاباة ، ويسميه المالكية لسع الثلث .

الراجح فيما تقدم

الذي يظهر رجحانه في البيع :

هو رأي محمد وابي يوسف اذا باع الوارث ، لان رأي أبي حنيفة مبني على التهمة بالمحاباة ، وان حق الورثة يتعلق بأعيان التركة كما يتعلق بماليتها ، وحقها لهذا الحق لا يصح البيع لوارث وان كان يمثل قيمته ، لكننا اذا نظرنا نجد ان المحاباة قد انتفت من كان الثمن ثمن المشمل و اما ان حق الورثة يتعلق بأعيانها فقد ورد عندهم ان للمريض ان يبطل حق وارثه عن صورة المثل

(1) محمد الزفزاف - المرجع السابق - ص 114 .

(2) المغني لابن قدامة - ج 6 - ص 515 - 516 .

(3) حاشية الامير : ج 2 ص 133 مشار اليه في محمد الزفزاف .

فقد جاء في جامع الفصولين : " أن للمريض إبطال حق وارثه عن مـوـرـة المال ، حتى لو باع كل ماله بدارهم يجوز (1) " ومادام له ذلك فمقتضاه ان حقهم في العالية هو الذي يجعل لهم حق الاعتراض في التصرف حال المرض ، وهذا أيسر في المعاملات، وان كان رأي الامام ابي حنيفة أحوط ، فضلا عن ان القياس يقضي بذلك (2) ، اذ انهم ذكروا ان المريض لو اشترى من وارثه عينا وعايته الشهود يتغده الثمن صح لو لم تكن هناك محاباة كما اشترى من اجنبي، والوارث انما يخالف الاجنبي في قرار المريض لاحدهما، اما ما ثبت عيانا فهما فيه سواء، ولم يذكر العلماء منهم في هذا خلافاً و ذلك يقتضي ان شراء المريض من الوارث جائز عند الكل مادامت المحاباة قد انتفت (3)، و القياس يقضي بأن بيعه كشرائه .

وقد ايد كثير من المحاكم هذه الآراء رغم تباينها في بعض احكامها فقد قضت محكمة الاستئناف الاهلية (المصرية) بأنه ، ليس كل بيع يحصل في مرض الموت لغير وارث باطلا فيما زاد على ثلث ماله اذا اثبت ان هذا البيع ليس بيعا حقيقيا بثمان، فانه في هذه الحالة يعتبر وصية ، وتسري عليه احكامها، فان الوارث يصير له على ثلثي مال مورثه عندما يدخل هذا في مرض موته حق مثل الحق الذي للدائن على اموال مدينه يمكنه بمقتضاه ان يبطل التصرفات التي حصلت منه اضراربه وتواطوا مع المشتري (4).

وقد قضت نفس المحكمة وفقا لقواعد الشريعة الاسلامية بأنه : " ينفذ البيع الصادر في مرض الموت من المالك لغير وارث اذا تجاوزت قيمة المبيع ثلث مال المورث، مالم يكن القصد من البيع محاباة المشتري بأكثر من الثلث (5) .

وقد جاء في اسباب الحكم :

" وحيث ان مرض الموت ليس من اسباب الحجر بالمعنى الاعم كالجنون، فتصرفات المريض مرض الموت صحيحة الى آخر لحظة من الحياة، مادام انه بالغ عاقل غير محجوز عليه للسفه .

" وحيث انه على حسب الشرع الشريف ليس للانسان ان يتبرع في الصحة او في المرض بأكثر من ثلث ماله بطريق الوصية ، ولا في مرض الموت بطريق ما هو معتبر كالوصية مثل الهبة والوقف والمحاباة في البيع او غيره من العقود، لان ماعدا الثلث حق للورثة .

(1) جامع الفصولين : ج 2 ، ص 244 .

(2) محمد الزفراف - المرجع السابق - ص 119

(3) جامع الفصولين : ج 2 ، ص 245

(4) الاستئناف الاهلية : 14 ابريل 1914 المجموعة 12 - رقم 341 - ص 190 .

(5) الاستئناف الاهلية : 11 ابريل 1914 - الشرائع : "1" رقم 341 ص 190 .

" وحيث انه على حسب الشرع ايضا حلق الورثة بيتديء يتعلق بثلثي مال المورث باهتداء مرض الموت ، لكن لما كان مرض الموت لايعرف الا بالموت كانت جميع تصرفات المريض الاستثنائية المنجزة نافذة في اوقاتها، سواء التي منها بغير عوض والتي منها بعوض، وسواء التي تزيد في الحالة الاولى على الثلث والتي لا تزيد، وليس لاحد ان يطعن في هذه التصرفات مادام المورث على قيد الحياة .

" وحيث انه اذا مات الوارث في المرض الذي حصلت فيه التصرفات لغير وارث فما يكون منها حاصلًا بعوض المثل لا يمكن الطعن فيه ، لان العوض قد حل محله المعوض فلم ينقص مال المورث شيئاً، اما ما يكون منها بغير عوض او بعوض اقل من المعوض ، فهذه يرجع فيها القهقري، و يبحث في مثل البيع عن قيمة ما حصل فيه محاباة المورث البائع للمشتري وقت البيع، لان الطعن لم يخول لهم الا لصيانة حقهم، وحقهم وهو الثلثان لم يمس ، إذ زادت على الثلث فلورثته الطعن في البيع بقدر ان يصلوا الى ثلثي المال فقط ، فيخبر المشتري بين دفع الزائد على الثلث وبين فسخ البيع وهذا كله في حالة ما يكون الميراث حاصلًا بموجب الشريعة الغراء (1) .

وقضت ايضا بأن الشريعة الاسلامية تقضي بأن كل تصرف من المريض فيه معنى التبرع تسري عليه احكام الوصية على القدر المحابي فيه ، ويميز المشتري بين الفسخ او اتمام مانقص من الثلثين (2) . ويفهم من ذلك ان الشريعة الاسلامية لا تبطل البيع الحاصل في مرض الموت بغير وارث فيما زاد على الثلث اطلاقاً، وانما تبطله اذا كان فيه معنى المحاباة و التبرع و اما اذا كان البيع جدياً وفيه فقط غبن فاحش فلا ينفذ حكم الوصية، الا فيما حصلت فيه المحاباة (3) .

ومما لا شك فيه ان المشرع الجزائري قصد بيع المريض مرض الموت (م 408 .ق.م جزائري) البيع الذي فيه معنى التبرع - وقد ايدت ذلك (م 776 .ق.م ج) لان هذا البيع هو الذي يأخذ حكم الوصية لالبيع الجدي ، لانه من غير المعقول ان المشرع يقصد ابطال ما زاد على الثلث في بيع حصل لاجنبي لا تربطه اية رابطة بالبائع، ودفع ثمن المثل بغير محاباة ، كما انه ليس من المعقول ان يرغب المشتري على استكماله ما نقص من الثلثين من غير ان يكون في البيع غبن فاحش، والذي يوعيد ذلك ما جاء في

(1) محمد كامل مرسي : المرجع السابق - ص 286 هامش "2" .

(2) الاستئناف الاهلية : 31 ديسمبر 1930 - المحاماة 11، رقم 430 - ص 828

(3) محمد كامل مرسي - المرجع السابق - ص 287 .

نص (م 409 . ق.م.ج) من انه : " لا تسري احكام المادة "408" على الغير حسن النية
ولا شك ان الاجدبي الذي يشتري من مريض الموت بثمن المثل وبغير محاباة يكون حسن النية

المبحث الثاني :

ومسبحة المريض مرض الموت في الشريعة الاسلامية

الوصية تملك مضاف الى ما بعد الموت على سبيل التبرع، وقال ابو الخطاب من الحنابلة
هي التبرع بمال يقف نفاذه على خروجه من الثلث ، وعلى تعريفه هذا تكون العطية في مرض
الموت وصية ، و الصحيح انها ليست وصية ، لانها تخالفها في امرين (1) :

في الاسم ، وفي الحكم في اشياء ، وهي :

- (1) انها لازمة في حق المعطي فليس له الرجوع فيها و ان كثرت ، ولكن له الرجوع في الوصية
لان التبرع بها مشروط بالموت، فغيا قبل الموت وجدت صيغة العقد ولم يوجد الشرط، فلم
يتحقق العقد ، وهذا يخالف العطية في المريض ، فان العطية قد وجدت فعلا، لتحقق ،
الايجاب من المعطي و القبول من المعطي له ، والقبض منه فلزمت .
- (2) ان قبول العطية على الفور في حال حياة المعطي، وكذلك ردها، اما الوصية فلا حكم لردها
وقبولها الا بعد الموت .
- (3) ان العطية لا يصح تعليقها على شرط ، بخلاف الوصية، اذ هي مضافة الى ما بعد الموت
ويصح تعليقها، اي ان الاولى منجزة و الثانية لا يمكن تنجيزها .
- (4) ان العطية تقدم على الوصية ، فلو اعطى في مرض موته، وقبل المعطي له وكان قد اوصى
ثم مات قبل ان يتم قبض العطية فان العطية تقدم في الاداء على الوصية عند جمهور
الفقهاء .

و للوصية خصائص يمكن استنتاجها من تعريفها، فهي لا تكون منجزة، لانها تختص بأن التملك
فيها انما يكون بعد الموت ، حتى لو لم يذكر حين العقد الاضافة الى ما بعد الموت تنصرف بحسب
وضعها الشرعي الى هذه الاضافة، وان قبولها او ردها انما يكون بعد الموت، حتى لو قبلها قبله كان

له ابن يردها بعده (1).

وحكم الوصية - هو انها جائزة والمريض والصحيح في هذا وغيره من احكامها سواء لعدم ورود نص بالتفرقة و ليست بواجبة الاعلى من عليه نين او عنده وديعة ، او لزمه واجب ولم يورده كحج او نذر ، لان الله قد فرض اداء الامانات بقوله تعالى: " ان الله يأمركم ان ترءوا الامانات اللى اهلها " (2) ، والطريق الى اداء هذه الامانات هو الوصية بأدائها ، وحينئذ تصبح فرضاً ، اما الوصية بجزء من ماله فانها ليست واجبة ، على هذا جمهور الفقهاء ، وبذلك قال ايضا النخعي ومالك والشافعي وابو حنيفة و أصحابه وغيرهم فقد اجمعوا على ان الوصية غير واجبة الاعلى من عليه حقوق بغيره بيينة ، او امانة بغير شهود ، الا طائفة شذت فأوجبته ، وقد كانت حجتهم في ذلك الآية الكريمة : " كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين بالمعروف " (3) ، وقد احتجوا ايضا بما روي ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي به يثبت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عنده " .

ودليل الفقهاء على انها ليست واجبة هو ان اكثر الصحابة لم ينقل عنهم الوصية ، ولم ينقل انكار لهذا ايضا ولو كانت واجبة ، لما اهلوها ولنقل عنهم ذلك نقلا ظاهرا ، وكذلك هي عطية ، لاتجب حال الحياة فلا تجب الا بعد الموت ، كما هو الشأن في عطية الاجانب ، وردوا الاستدلال بالايية بأنها منسوخة ، فقد قال ابن عمر نسختها آية الموارث ، وقال بعض القائلين بالنسخ بأنها نسخت بقوله صلى الله عليه وسلم : " ان الله قد اعطى لكل ذي حق حقه ، الا لارسية لوارث " والحديث مشهور ، او على ان القرآن ينسخ بالنسبة مطلقا ، اما حديث ابن عمر فيحمل على ما اذا كان عليه حق او وديعه (4) .

ونرى ان الرأي القائل بجواز الوصية هو الرأي الصحيح وذلك نظرا لقوة الادلة المؤيدة لسه ونبحت وصية المريض في الشريعة الاسلامية في النواحي التالية :

أ (الفرق بين الوصية للأجنبي والوارث)

الوصية للأجنبي تكون مستحبة ممن لم يكن له ورثة محتاجون ، اما اذا كان له ورثة فغير مستحبة لان الله سبحانه وتعالى يقول بصدد الوصية : " ان ترك خيرا " ، ولقوله صلى الله عليه وسلم لسعد بن ابي وقاص : انك ان تذر ورثتك اغنياء خير من ان تتركهم يتكفنون الناس "

(1) محمد الزفزاف - المرجع السابق - ص 157 .

(2) سورة النساء الآية "58" .

(3) سورة البقرة الآية "100" .

(4) محمد الزفزاف - المرجع السابق - ص 158 .

اي يمدون أكفهم طلبا للعطاء ، ولكن ابن حزم الظاهري يرى انها تكون باطلة ان كانت من غير غني عنها ، لانها صدقة ، والصدقة انما تكون عن ظهر غني ، كما جاء الحديث ، فهو لا يمنع استحبابها لمن ترك ورثة فقراء ، فحسب بل يجعلها باطلة ، لما تقدم ولقوله صلى الله عليه وسلم : " ابدأ بنفسك ثم بمن تخول " .

اما الوصية لوارث فقد جاءت النصوص بتحريمها ، فقد قال صلى الله عليه وسلم : " ان الله قد اعطى كل ذي حق حقه ، ألا لوصية لوارث " ، فهذا النص يدل على التحريم ، ولكن هذا التحريم مقيد عند جمهور الفقهاء ، بما اذا لم تجز الورثة ، فاذا لم يجيزوها بطلت ، وان اجازوها نفذت .

ولقد اختلف الفقهاء في حكم الوصية للاجنبي والوارث ، وستعرض هنا لبعض هذه الآراء :

ذهب الحنفية و الشافعية و الحنابلة في الاكثر - الى ان الوصية لوارث لاتجوز الا اذا اجازها الورثة ، لما ورد في قول الرسول صلى الله عليه وسلم : " الا لوصية لوارث الا ان يجيز الورثة " فقوله : " الا ان يجيز الورثة " استثناء من النفي والاستثناء من النفي اثبات فيكون ذلك دليلا على صحة الوصية للوارث اذا اجازها الورثة ، والقياس العام يقتضي ذلك ، لانها تصرف صدر من اهله مضافا الى محله فمقتضاه ان الوصية صحيحة في نفسها ، ولكن يتوقف نفاذها على اجازة من جعل له الشرع الحسنى في اجازتها ، وقد بين الحديث من لهم حق الاجازة وهم باقي الورثة ، وانما جرم الشارع الوصية لوارث لما فيه من فتح الذريعة الى الحرام ، فان في اعطاء بعض الورثة دون بعض ، ايقاع العداوة والحسد بينهم ، وهذا يبعد غالبا الى الاضرار بمن اوصى له ، فضلا عما في الحسد والحقد من حرمة ، وهذا حرام فالوصية للوارث حرام (1) .

ولكن بعض الحنابلة و المزني وهو من اصحاب الشافعي ، والشافعي في قول له يرون ان الوصية باطلة وان اجازها سائر الورثة ، اي باقيهم و منشأ الخلاف هو هل المنع في الحديث لعللة الورثة او هو عبادة ؟ ، لان الحديث غير معقول المعنى ، فلا يبحث فيه عن علة المنع ، فمن ذهب الى انه عبارة ذهب الى البطلان ، ومن ذهب الى انه معقول المعنى ، وان المنع لحق الوارث - قال : " اذا اجازها الورثة جازت ، وايديهم في ذلك رواية " الا ان تجيز الورثة (2) ، ولكن لهم ان يعطوه عطية مبتدأة ، واستدلوا على رأيهم هذا بأن ظاهر حديث " لوصية لوارث " يقضي بعدم تحقق الوصية والتوقف على الاجازة يقتضي تحققها ، ولكن يتوقف النفاذ على الاجازة فما في الحديث يناقض هذا ، فيلزم الاخذ بالحديث .

(1) محمد الزفزاف - المرجع السابق - ص 159 .

(2) انظرن: المغنى لابن قدامة : ج 6 ص 419 - وبداية المجتهد ج 2 ص 280 .

اما الرأي القائل بالبطالان فانه لا يتماشى مع النص الذي روي فيه : " الا ان يجيز الورثة " وفائدة الخلاف تظهر في انه اذا كانت الوصية في نفسها صحيحة - كما هو رأي الجمهور - فاجازة الورثة تنفيذ و اجازة محدنة ، فيكفي فيها قول الوارث اجزت او نفذت او اوصيت ، ويكون التصرف من الموصي ، و تلزم الوصية ولا يحتاج الى شيء آخر بعداً ، اما ان كانت باطلة فان هذه الاجازة تكون هبة مبتدأة ، و لا تكون الوصية من الموصي ، وحينئذ تحتاج الى توافر شروط الهبة ، من ايجاب وقبول وقبض ، ولو رجع المجهيز قبل القبض صح رجوعه .

اما المالكية - فعندهم رأيان : احدهما ، وهو ان الوصية باطلة ، وهذا هو المشهور عندهم اي انهم اذا اوصى لوارث - ولو بقليل - زيادة على حقه تكون باطلة ، فان اوصى لوارث ولغيره بطلت وصية الوارث فقط ، فهم في هذا لبعض الحنابلة كما جاء في قول للشافعي : الثاني : انها صحيحة متوقفة على اجازة باقي الورثة ، وهذا ما ذهب اليه ابن القصار وابن العطار ، فهم في هذا كالجمهور ، وقد نصوا على ان اجازة الورثة تعتبر ابتداء عطية ، ومقتضاه ان الوصية بساطرة ، وهذا يتفق مع الرأي الاول (1) .

و اما ابن حزم - فانه ذهب الى ان الوصية فرض على كل مسلم - ترك مالا - لاقرابه غير الوارثين ولو كانوا ولديه : بأن كانوا كفارا مثلاً او ارقباء ، فان لم يفعل اعطاهم الورثة او الولي على الصغير الوارث او المحجور عليه - ولا بد - بقدر ما يرى الورثة ، وسواء في ذلك قرابته من جهة ابيه او من جهة امه ، و قد استدلل على هذا بقوله تعالى : " كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيراً الوصية للوالدين و الاقربين " و المكتوب المفروض ، فنسخ ذلك عن الوارثين ، فبقي غير الوارثين داخلين في عموم الآية ، ومنع جوازها للوارث ولو اجاز الورثة ، والوارث الذي هذا حكمة عنده يشمل من كان وارثاً عند الوصية ، ومن كان وارثاً عند الموت ، فقد قال : " ولا تحل الوصية لوارث اصلاً فان اوصى لغير وارث فصار وارثاً عند الموت بطلت الوصية له لانها اذا عقدها كانت باطلة وسواء اجاز الورثة ذلك ام لم يجيزوا " و دليله قوله صلى الله عليه وسلم : " لا وصية لوارث " فقد نفاها عنه نفيًا قاطعاً في القليل و الكثير ، اما زيادة : " الا ان يشاء الورثة " فلم تصح عنده ، لانها مرسله وهو لا يأخذ بالمرسل ، وفضلاً عن ارسالها فان في سندها من يطرح نزاهة (2) .

(1) انظر الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ، ح 4 - ص 427 مشار اليها في مرجع محمد

الوقوف - ص 160 : هامش "د"

(2) انظر المحلي " ح 9 - ص 312 - 316 مشار اليه في مرجع محمد الزفزاف ص 161 هامش "1"

بل انه ذهب الى ان الوصية فرض ولو لاجنبي ، واستدل على ذلك بما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " ما حق امرئ مسلم له شيء ويوصي فيه يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عنده " وهو المرزوق عن مالك عن نافع عن ابن عمر ، فمن مات ولم يوصي هو ففرض ان يتصدق عنه بما تيسر ولا بد ، ولاحد في ذلك الا مارآه الورثة او الوصي (1) .

هذا ما يتعلق بحكم الوصية للوارث ، اما الوصية للاجنبي و المقدار الذي يجوز الايضاء به فقد اجمع الفقهاء على انها تجوز بالثلث ، لحديث سعد بن ابي وقاص : " الثلث والثلث كثير " او كبير " فان زاد لا تجوز الا اذا اجاز الورثة ، على ما ذهب اليه الحنفية و الشافعي و بعض المالكية وقد اعتمدوا في هذا على الاحاديث التي سبق ذكرها ، دالة على ان حق الموصي وانما هو في الثلث وعلى قوله صلى الله عليه وسلم : " الحيف في الوصية اكبر الكبائر " وفسروه بأنه مازاد على الثلث او كان لوارث ، ولان حق الورثة يتعلق بالتركة في مرض الموت الا في القدر المستثنى ، وهو الثلث و المشهور من مذهب المالك انها باطلة في الزائد ، وكذلك احمد في رواية عنه ، وقول اخر للشافعي لنهي النبي صلى الله عليه وسلم سعد بن ابي وقاص عن ذلك ، ولان الزائد عن الثلث مال الوارث بعد موت المورث ، فلا يصح للمورث ان يوصي بمال غيره ، ويرى بعض الفقهاء ومعهم ابن حزم انها تبطل بتاتا ، لو ورد النهي بذلك ، وهذا اذا كان له وارث .

ويرى الأستاذ محمد الزفزاف ان الرأي المعقول هو ان الوصية ليست واجبة للاجنبي ولا لقريب وان الوصية لو ارث باطلة ولو اجاز الورثة وقد ذكر عدة اسباب نلخصها فيما يلي :-

أولا :
=====

ان الآية التي جاء فيها فرض الوصية للوالدين و الاقربين قد جاء في موضوعها من الاحاديث ما يدل على عدم صحة الوصية لو ارث كقوله صلى الله عليه وسلم " لا وصية لوارث " فحصل التعارض بين الآية و بين الحديث ، اذ الآية تقتضي الوجوب و الحديث يقتضي النفي ، فلا بد ان يكون المتأخر منها ناسخا للمتقدم متى ارتفع الحديث الى درجة المعارضة من حيث قوته ، وهذا الحديث قد ارتفع الى هذه الدرجة ، اذ هو في درجة المشهور ان لم يكن في درجة المتواتر وقد نقل عن الشافعي ان الحديث متأخر عن الآية ، وذلك حيث يقول : " فلما قسم الله تعالى

ذكره للمواريث كان (اي الوصية للأقربين غير الوارثين) (1) تطوعا ، والحدث جاء بعد آيات المواريث ، اذ فيه " ان الله قد اعطى كل ذي حق حقه ، فلا وصية لوارث ، او الا لوصية لوارث " وان هذا كان في حجة الوداع عام الفتح ، وقد كان ذلك بعد نزول آيات المواريث في سورة النساء وهذه قد نزلت بعد سورة البقرة على ما هو المشهور ، وبهذا يتبين لنا ان الوصية اصبحت غير واجبة : لا لوارث ولا لقريب غير وارث ، لانه من الاقربين (2) .

ثانياً : =====

ان من يقول : ان هذا الحديث لم يرد في البخاري ولا في مسلم ، وهما اللذان تلقتهما الامة بالقبول ، فالامام الشافعي كان محدثا ، وكان أقرب الى عصر السلف الصالح ، فهو أعلم بحقيقة حالهم ، وقد اخبر انه لم يرب بين الناس في شأن هذا الحديث اختلافاً ، وانه قد ثبت عند عامة من لقيهم من اهل العلم ان الرسول (ص) قاله ، وكون البخاري ومسلم يروياه ، فان هذا لا يمنع من شهرته ، وان الامة قد تلقتة بالقبول ، ولان كون الامة قد تلقت ماروياه بالقبول ، لا يمنع ان مارواه غيرهما تتلقاه الامة بالقبول ايضا متى تجاوزت الدواعي لشهرته ، وعدم رواية البخاري ومسلم له انما كان لعدم توافر ما اشترط كل منهما لزيادة الحديث من حيث السند ، وهذا لا يمنع ان يكون في ذاته مشهورا ، وعلى فرض التسليم جدلا بأن تاريخ المتأخر غير مقطوع به ، فيلزم حمله على انه مقارن - فان الحديث خاص بالوارث ، وقد ابطال الوصية له ، فيكون مخصصا للآية ، اذ انها عامة في الوالدين و الاقربين ، وارثين وغير وارثين .

ثالثاً : =====

ان القول بان الوصية للوارث تجوز اذا اجازت الورثة غير مسلم به ، لان الحديث ، قد جاء النفي فيه بـ (لا) التي هي لنفي الجنس ، فهو قد نفي جنس الوصية لوارث ، والنفي للجنس يشمل كل تصور الوصية للوارث : اي سواء اجازت الورثة ام لم تجز ، والاصل ان النفي في لسان الشرع يقتضي ابطال الحكم المنفي ، وبمقتضى هذا الايقال : ان المنفي هو الوجوب فيبقى الجواز (3) ،

(1) انظر الأهم الشافعي : ج 4 ، ص 108 مشار اليه في مرجع محمد الزفزاف ص 162 هامش (1)
(2) محمد الزفزاف - المرجع السابق - ص 162 .
(3) محمد الزفزاف - المرجع السابق - ص 163 .

رابعاً :

ان الصحابة رضوان الله عليهم قد اجتمعوا على ان الوصية غير واجبة ، لا لأب ، ولا لأم ولا لغيرهما من الاقارب غير الوارثين ، ودعوى هذا الاجماع مبنية على انهم ، لم ينقل عنهم جميعاً انهم التزموا بهذه الوصية و عملوا بها ، ولو كانت واجبة ، لما تأخر احد ممن له مال عنها ، وعدم نقل هذا عنهم - مع توافر الدواعي على نقله ، لانه يتعلق بأمرهام في الدين - دليل على انهم لم يلتزموه ولو فعلوه لنقل ، فكان هذا اجماعاً منهم على ان الوصية ليست مما اوجبه الشرع .

خامساً :

اما من حيث الزيادة على الثلث فالظاهر انه اذا زاد على الثلث في الوصية لأجنبي ، فان الوصية تبطل فيما زاد منها تصح ثم يتوقف نفاذها على اجازة الورثة ، وذلك لان حديث سعد بن ابي وقاص صريح في النهي عن الزيادة على الثلث ، حيث قال : " الكل فقال الرسول عليه الصلاة والسلام : لا ، قال : الشطر ، فقال : لا ، فقال الثلث قال : الثلث ، والثلث كثير ، فهذا نهى ، و النهي يقتضي الفساد فيما نهى عنه متى وجد موبيوعينه ، وهنا قد وجد هذا ، فان رسول الله عليه الصلاة والسلام قال : " ان الله قد تصدق عليكم في آخر حياتكم بثلث اموالكم الخ الحديث " و التصديق تملك ، ومفهوم هذا ان حق الورثة قد تعلق بالثلثين ، فليس له التصرف الا في الثلث ، فلو اوصى بأكثر من الثلث يكون قد اوصى بما لا يملك ، فتكون الوصية باطلة في كل ما زاد (1) ، وقد نبه الامام الشافعي في الام حيث يقول : " سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم تدل على انه لا يجوز لاحد وصية اذا جاوز الثلث فمن اوصى بمجاوز الثلث - ردت وصاياه . كلها الى الثلث الا ان يتطوع الورثة فيجيزون له ذلك ، فيجوز باعطائهم ، واذا تطوع الورثة و اجازوا له ذلك فانما اعطوه من اموالهم (2) .

ب - توقف الوصية ونفاذها :

ومن كل ما تقدم نستنتج ان الوصية لغير الوارث نافذة من الثلث ، وانها في هذه الحال لايتوقف على اجازة احد من الورثة ، وهذا اذا لم يكن مديناً ، فان كان مديناً تتوقف على اجازة الدائن ان كان الدين مستغرقاً لتركة ، وعلى اجازة الورثة اذا بقي من التركة مال بعد سداد الديون ، ولا يخرج

(1) انظر محمد الزفزاف - المرجع السابق - ص 164 .

(2) انظر : الام : ح 4 ص 105 مشار اليه في مرجع محمد مرسي - ص 164 هامش "1"

ما اوصى به من ثلث الباقي، وهذا لان سداد الدين مقدم على الوصية ، وذلك لما روى عن "علي" رضي الله عنه انه قال : " شهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم بدأ بالدين قبل الوصية ، ولما روي عن ابن عباس - وكان قد سئل : انك تأمر بالعمرة قبل الحج ، وقد بدأ الله تبارك وتعالى بالحج ، فقال جل شأنه : " واتموا الحج و العمرة لله " ؟ فقال رضي الله عنه فكيف تقرؤون اية الدين ؟ فقالوا : " من بعد الوصية يوصون بها أو دين " فقال : و بماذا تبدأون فقالوا بالديسن فقال رضي الله عنه هو ذاك ، واذا نظرت الى المعقول نجد ان الدين واجب و الوصية تبرع والواجب يقوم على التبرع (1).

ولكن يكون للوارثة الاجازة في حالة الدين في بعض الصور ، وذلك اذا أبرأ الدائنون ذمة المدين : بأن أقبروا انهم استوفوا دينهم ، او تنازلوا عما لهم من دين ، فان الورثة في هذه الحال لهم حق الاجازة فيما زاد على الثلث ، لان الذي كان يسقط اجازتهم ، وهو الدين قد زال، فصارت التركة لهم وللموصي له .

وكذلك تتوقف الوصية على الاجازة اذا كانت لوارث عند الفقهاء الذين يرون صحتها للوارث ، الا ان نفاذها يتوقف على اجازة الورثة .

وصحة نفاذ الوصية من المريض و الصحيح سواء ، و تنفذ عندما يتوافر له شروط النفاذ، وتتوقف اذا لم تتوافر بحسب اختلاف الاحوال ، واختلاف الفقهاء ، وقد ذهب بعض الفقهاء الى ان المريض اذا قطع بموته لا تصح وصيته ، فقد جاء في البحر الزخار : " ومن قطع بموته كالذي في النزع و المقطوع نصفين ، او المقطوع الوريدين - لا حكم لكلامه ، ولا وصيته ولا اسلامه ، ولا تضمن جنائيه ، ولا الجناية عليه ، كالميت ، ولقوله تعالى : " حتى اذا حضر احدهم الموت قال انسي تبت الآن ، ولا الذين يموتون وهم كفار " فسوى بينهما، اي في انهما لا يقبل قولهما، اما من غلب الظن بموته ولم يتيقن فان الوصية تصح منه (2)

ج - المسراد بالوارث :

=====

قد يتوقف نفاذ تصرف المريض في بعض الاحيان على اجازة الوارث فما المراد بالوارث ؟ و الوارث من حيث الوصية عند الحنفية : من كان وارثا عند الموت، وإن لم يكن وارثا عند الايضاء ، لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت ، فالذي يعتبر في الارث هو وقت التملك وينبغي على هذا انه اذا أوصى لاجنبية وهو مريض، او وهو صحيح، ثم تزوجها - فان الوصية تبطل

(1) محمد الزفزاف - المرجع السابق - ص 165 .

(2) البحر الزخار: 5 ص 315 مشار اليه في مرجع محمد كامل مرسي ص 165 هامش "1".

لان التملك بالوصية انما يكون عقب الموت ، وهي في هذا الوقت كانت وارثة فيكون التملك بالوصية حاصلًا لوارث ، وهو ممنوع ، اما اذا اوصى لأخيه ، ولم يكن له ابن في هذا الوقت، ولكنه ولد له ابن ثم مات الموصي و الحال هكذا ، فان الوصية تعتبر صحيحة ، وقد كانت غير صحيحة عند الوصية ، وما ذلك الا لان الأخ عند وقت التملك - وهو الموت - ليس بوارث ، وكذلك عند الحنابلة يراد بالوارث من كان وارثا في الظاهر ؛ اي بالفعل عند الموت، كما يظهر من قروعهم، فقد جاء في المغني لابن قدامة (1) ، : " لا نعلم خلافا بين اهل العلم في ان اعتبار الوصية بالموت فلو اوصى لثلاثة اخوة له متفرقين ولا ولد له ، ومات قبل ان يولد له ولد لم تصح الوصية لغير الاخ من الاب الا باجازة الورثة ، و ان ولد له ابن صحت الوصية لهم جميعا، من غير اجازة ، اذا لم تتجاوز الوصية الثلث ، وان له بنتاً جازت الوصية لأخيه من ابيه و اخته من امه ، فيكون لهما ثلثا الموصي به بينهما نصفين ، ولا تجوز للاخ من الابوين لانه وارث" ، وكذلك ذهب الشافعية ، الى ان الوارث هو من كان وارثا عند الموت ، فقد جاء في المنهاج ، للبيضاوي بعد الكلام على الوصية للوارث ومن له ححق الاجازة من الورثة : " و العبرة في كونه وارثا بيوم الموت " وقال في موضوع آخر صاحب مغني المحتاج : " فان زاد في الوصية عن الثلث ورده الوارث الخاص (اي غير بيت المال) المطلق التصرف بطلت في الزائد على الثلث بالاجماع، لانه حقه " وهو لا يكون حقه الا بعد الموت ، اما قبل الموت ، فلا يكون الزائد حقه ، بل تعلق به حقه (2) .

اما ابن حزم فلم يتعرض لبيان الوارث بصدد الاجازة لانه يرى بطلان الوصية بزائد على الثلث كما يرى بطلانها للوارث .

اما الوارث من حيث الاقرار فانه بخلاف ذلك ، اذ هو من كان وارثا عند الاقرار وعند الموت جميعا، وكذلك لا يعد وارثا اذالم يكن وارثا عند الاقرار ثم صار وارثا عند الموت (وسنعرض للمراد بالوارث من حيث الاقرار - بأسهاب عند التكلم عن اقرار المريض) .

د - وقت اجازة الوصية ومن لهم الحق فيها

ذهب الحنفية الى ان اجازة الوصية المتوقعة على الاجازة انما تكون بعد وفاة الموصي فلا عمرة بالاجازة التي تكون في حياته ، لانها اذا كانت في حياته تكون قبل شتوت الحق ، لان الحق انما يثبت لهم بعد الموت ، فاذا اجازوا قبل موته كان لهم الرد بعد الموت ، لان الاجازة التي

(1) انظر المغني لابن قدامة : ح 6 - ص 429 .

(2) انظر : محمد الزفزاف - المرجع السابق - ص 166 .

حصلت وقعت ساقطة ، لعدم وجود المحل الذي تقع عليه ، وحق الورثة تعلق بمهمل مورثهم من اول مرض الموت ، بدليل انه يجبر عليه التصرف نظرا لحقهم الذي قد تعلق بماله ، وحقيقة الملك لا تثبت للورثة الا عند الموت ، اما قبله فلا يثبت لهم الا مجرد الحق في ماله ، فلو استند حقهم في المال الى اول المرض من كل وجه : بأن يميز لهم الاستيلاء عليه و التصرف فيه وكف المورث عنه لا تغلب هذا الحق الى حقيقة التملك ، وهذا غير متصور الوقوع ، لان المالك ، لا يزال حيا وهو المالك حقيقة ، فلو جعلناهم و الحال هكذا ملاكا حقيقيين ايضا لكان لكل عين من اعيان التركات مالكان حقيقيين ، وهذا ممنوع عقلا و حسا ، ومن حيث ان هذا لا يتصور ، فان الذي لهم يكون حقا في المال لا حقيقة الملك ، وعلى هذا اذا اجازوا في حياته يكون ذلك رضا ببطان حقهم في المال و الرضا ببطان حقهم في المال لا يكون رضا ببطان حقيقة الملك الذي لا يحدث الا بعد موته وبناء عليه لو اجازوا في حياته كان لهم الرجوع في هذه الاجازة ورد الوصية ، اما اذا اجازوها بعد وفاته فليس لهم الرجوع في الاجازة ، لانها وقعت لازمة ، ضرورة انها وقعت بعد شتوت الملك حقيقة (1) .

ونجد ان المالكية يقولون : ان اجازة الوارث حال حياة الموصي فيما يلزم الاجازة فيه تكون لازمة ما لم يكن الوارث المجتزئ معذورا ، اما اذا كان معذورا : بأن كان الموصي ينفق عليه ويخشى انه اذا لم يجز الوصية يقطع عنه النفقة ، فان هذه الاجازة لا تلزمه ، وكذلك اذا كان على الوارث دين للموصي و يخشى انه اذا لم يجز الوصية يطالبه الموصي بالدين و يتمكن من سجنه حتى يدفع له ، الى غير ذلك من اعدار مقبولة فان لم يكن له عذر فان الاجازة التي احدثها في حياة الموصي تلزمه ، الا اذا كان يجهل أو الاجازة في هذه الحال تلزمه و يحلف على ذلك ، ويكون ممن يجهل مثل هذا ، فان حلف وكان مثله ممن يجهل ذلك فان الاجازة لا تلزمه (2) اما اذا اذنوا له في حال حياته فان هذا الاذن يلزمهم اذا كان مريضا مرض الموت ، بخلاف ما اذا كان صحيحا ، فانهم يكون لهم الحق في الرد .

اما الشافعية : فانهم ذهبوا الى ما ذهب اليه الحنفية من ان الاجازة او الرد من الوارث لا يكون الا بعد موت الموصي ، لانه لاحق له في الملك في حياته فلا يملك اسقاطه ، وذلك كالشفيح اذا عفا عن الشفعة قبل البيع (3) .

(1) انظر الزيلعي - ج 6 - ص 183 .
(2) انظر الخرخشي : ج 8 - ص 180 مشار اليه في مرجع محمد الزفزاف ص 168 هامش " 1 " .
(3) انظر المهذب : ج 1 - ص 450 .

اما الحنايلة - فقد ذهبوا الى ماذهب اليه الحنفية ، و الشافعية من ان الاجازة و الرد من الورثة ، لا تعتبر لازمة بعد الموت ، فلو اجازوا في حياته ، كان الرد منهم صحيحا بعد مماته وسواء في ذلك الصحيح و المريض ، وكذلك لو اذنوا لمورثهم في حياته بالوصية بأكثر من الثلث او بجميع المال للاجنبي ، او الوصية للوارث ، فألحکم في هذا كولحکم في سابقه ، ودليلهم كدليل من قال بهذا من حنيفة و شافعية ، وقد جاء عن بعض فقهاء السلف مثل ما جاء عن مالك من ان الاجازة حال حياة الموصي لازمة وكذلك اذا اذنوا له حال حياته ، ولكنهم لم يرد عنهم الا يكون المجيز معذورا على نحو ما قال مالك ، ومن هوءاء الحسن البصري والاوزاعي و ابن ليلي وذلك ، لان الحق لهم ومضى رضوا بتركه سقط حقهم كما لو رضي المشتري بالعييب (1)

اما ابن حزم الظاهري ، فانه لم يتعرض لهذا لانه يذهب الى ان الوصية بأكثر من الثلث باطلة وكذا للوارث فلا حاجة للاجازة (2).

ومن رأينا ان اجازة الوارث تكون بعد موت الموصي ، اذ قبل الموت اي في اثناء المرض يكون انتقال الحق اليه معلقا على موت الموصي ز بذلك لم يستقر بعد ، ومن هنا لم يكن له الحق في الاجازة او الرد لانه من الجائز ان يرجع الموصي في وصيته ، اما بعد الموت فينتقل الحق الى الوارث ، ويكون حينئذ باستطاعته ان يجيز .

وقد اختلف الفقهاء في تقرير الموصي به ، هل يكون عند الوصية ، او بعد الموت فمن قال انه يحتسب عند الموت استدل بأنه يجب ان يصرف خروجه من الثلث فلا تحتاج الى اجازة اويزيد فيحتاج الى اجازة وذلك لان الوصية تطليق مضاف الى ما بعد الموت .

اما من قال بأنه يحتسب عند الوصية فحجتهم في ذلك ان المعتبر قدر المال في حال الوصية لانه عقد يقتضي اعتبار قدر المال ، فكان الاعتبار فيه بمال العقد كما لو نذر او تصدق بثلث ماله وعلى هذا لو اوصى وثلث ماله الف فصار عند الوفاة الفين لم تلزم الوصية من الزيادة ، ولو اوصى بالف ولا مال له ثم استغاء مالا لم تتعلق به الوصية ، ولو اوصى وله مال فهلك ماله بطلت الوصية .

ومن رأينا ان تقدير الموصي به يحتسب عند الموت لا عند الوصية نظرا لان مال الموصي معرض للزيادة والنقص، فلو كانت شركة ، فيحتفل ان تربح ربخا مجزيا او نخسر خسارة فاححة لو كانت

(1) محمد الزفزاف - المرجع السابق - ص 168 .

(2) انظر المهذب : ج 1 ص 451 .

حديقة لم تثمر بعد ، فيحتمل ايضا ان تثمر وتوئع ثمارها أو تفسد ثمارها و تذهب هباء لذلك ففي اعتقادنا ان احتساب القدر الموصي به عند الموت ، هو الرأي الواجب ، ولان وقت استحقاق الوصية يكون بعد موت الموصي .

هـ - من هم الذين يتوقف نفاذ الوصية على اجازتهم ؟

الأشخاص الذين يتوقف نفاذ الوصية على اجازتهم نوعان : دائنون وورثة

فتتوقف إجازة الوصية على إجازة الدائنين ، اذا كان الدين مستغرقا للتركة ، لان الدين واجب القضاء ، قبل الوصية - فالدين واجب والوصية تبرع ، كما سبق أن قلنا - وتتوقف على إجازة الورثة اذا اوصى الموصي بأكثر من الثلث لاجنبي ، او اوصى لوارث على اختلاف الفقهاء في صحة الوصية لوارث ونفاذها اذا اجاز الورثة ، وقد توقف النفاذ على إجازة الورثة والدائنين معا ، بكل فيما يخصه ، وذلك اذا كان مدينا ، والدين غير مستغرق واوصى بجميع ماله ، ففي هذه الحالة لا تنفذ الوصية الا بإجازة الدائنين والورثة جميعا ، لان كلا من الدائنين والورثة يكون مضارا بهذا التصرف لان حقهم قد تعلق بالتركة اما الدائنون ففيما يقابل دينهم ، واما الورثة ففيما يقابل الثلثين مما يبقى من سداد الديون (1) .

وما دام للدائنين حق الاجازة في بعض الاحوال ، فيجب ان تتوافر فيهم الشروط التي تلزم في المجيز ، كأن يكون من اهل التبرع ، بأن يكون بالغاً راشداً عاقلاً ، فان كان كذلك صحت اجازته فتنفذ الوصية ، او اعتبر تبرعا من المجيز على اختلاف الآراء في ذلك ، و يلزم لنفاذ وصية الموصي باجازة الوارث على . الرأي بأن الاجازة انفساد للوصية ، ان يكون المجيز مريض مرض الموت ، فان كان مريضا وهو بالغ عاقل صحت اجازته ان برىء من هذا المرض ، اما ان مات فان اجازته تعتبر وصية جديدة ، و يترتب على هذا انه اذا كان الموصي له وارثا فلا تنفذ الوصية ، الا اذا اجازها ورثة هذا المريض ، ولو كان اجنبيا يجوز و تعتبر من الثلث (2) ، هذا عند الحنفية .

اما المالكية فانهم لا يشترطون هذا الا اذا كان الموصي مدينا بدين مستغرق واوصى لاجنبي ، فاجاز الدائن ، ان الاجازة تبرع فيلزم ان يكون من مطلق التصرف ، اما في حالة ما اذا كانت

(1) محمد الزفزاف - المرجع السابق - ص 170 .

(2) الفتاوي الهندية - ج 6 - ص 91 .

الوصية لوارث فان الاجازة تعتبر هبة من المجيز ، - على ما هو المذهب - فيلزم فيه ذلك باعتباره متبرعا ابتداء .

و الى هذا ذهب الشافعية ايضا ، فقد جاء في " مغنى المحتاج و المنهاج ، فان زاد في الوصية عن الثلث ورده الوارث الخاص المطلق التصرف بطلت في الزائد على الثلث بالاجماع لانه حقه ، فان لم يكن له وارث خاص فالوصية بالزائد لغو ، وكذا لو كان الوارث محجورا عليه . صغر او جنون فلا عبرة لقوله (1) ، وهذا معقول لان الاجازة في حكم التبرع وان لم تعتبر عطية مبتدأة ، فيلزم ان تتوافر هذه الشروط ،

اما ابن حزم فلا مجال للكلام عنه في هذا ، لانه يرى بطلان الوصية فيما زاد على الثلث ان كانت لاجنبي ، كما انه يرى بطلانها بتاتا ان كانت لوارث ، فلا اجازة عنده قط سواء كانت للموصي وارث أو لا ، اجاز الورثة ام لم يجيزوا (2) .

و - وصية المدين ومن لا وارث له :

الوصية بطبيعة الحال لا يظهر حكمها عند موت الموصي ، وعلى هذا ينظر اليها في هذا النوع . فان كان الموصي مدينا ديننا مستغرقا توقف نفاذ هذه الوصية على ابراء الدائن له ، وان كان الدين غير مستغرق ولم يبرئه الدائن اخرج قدر الدين اولا ، ثم نفذت الوصية في الباقي ، ان كانت لاجنبي بدون توقف على اجازة الورثة في ثلث ذلك الباقي فما دونه ، وان كانت لوارث توقفت على اجازة الورثة .

اما اذا لم يكن للموصي ورثة اصلا وقت وفاته جازت الوصية ، ونفذت في كل ماله بدون تقيد بالثلث و لا بغيره ، وحينئذ يكون للموصي ان يوصي بكل تركته او بالباقي منها بعد وفاء الدين دون ان يعترض عليه ، وهذا هو قول ابي حنيفة و اصحابه و احمد في اصح الروايتين عنه ، وهو قول علي وابن مسعود وبعض كبار الفقهاء ، ووجهه ان الوصية انما قصرت على الثلث عند وجود الورثة ليقبض الثلثان لهم ، لئلا يكونوا عالة على الناس ، وهنا لا وارث اصلا فانتسفي المانع - فيكون نظير تركة الانسان بكل ماله حال صحته من حيث لم يتعلق بالمال حق غيره ، وذهب مالك و الشافعي رافا الرواية الثانية عن احمد وجماعة من كبار الفقهاء الى ان الوصية في هذه الحال لا تجوز بأكثر

(1) نفي المحتاج : ج 3 - ص 47 مشار اليه في مرجع محمد الزفزاف ص 171 هامش "2".

(2) انظر المحلي : ج 9 - ص 316 - 317 - مشار اليه في مرجع محمد الزفزاف ص 171 هامش "3".

من الثلث ، وان الباقي يكون لببيت المال ، والى هذا ذهب ابن حزم أيضا (1) .

ز - الوصية بمسئدار مجهول

يقول الموصي : اوصيت لفلان بجزء من مالي و يموت قبل ان يبين مقدار هذا الجزء ، فيكون الجزء الموصي به مجهول القدر ، ففي هذه الحال يكون البيان الى ورثة الموصي ، وحينئذ يطلب منهم ان يعطوه ما شاءوا ، لان هذا حقهم ، اما اذا لم يكن له ورثة ، فانه يجوز اعطائه النصف فأقل ، ولا يباين عن النصف ، لان الجزء يطلق ، على النصف و يكون الباقي لببيت المال ، وكذلك لو قال : اوصيت بشيء من مالي ، او بقليل او بيسير - ولا وارث له - فلولي الامر ان يعطي الموصي له ما دون النصف لان الشيء من المال و اليسير و القليل منه يستعمل عرفا فيما دون النصف ، وكذلك لو اوصى بطائفة من ماله فالطائفة اسم البعض ، وقد يقل و قد يكثر ، ومثلها في ذلك لو قال : بعض مالي ، ففي كل هذا يكون البيان للموصي ، فان مات قبل قبل البيان ، كان البيان للورثة ، فان لم يكن له وارث كان البيان لولي الامر (2)

(1) انظر المحلبي : ج 9 - ص 217 . 218 . 219 مشار اليه في مرجع محمد الزفراف ص 173 هامش

(2) انظر محمد الزفراف - المرجع السابق - ص 174 .

تصرفات المريض مرض الموت بالمنافع

ذهب الاصناف الى ان المريض ان يتصرف في المنافع ، ويكون تصرفه فيها نافذاً ، فقد جاء في جامع الفصولين : " تبرع المريض بالمنافع يعتبر من كل ماله وله ان يتبرع بمنفعة ماله ، اذ ان حق الغرماء و الورثة لا يتعلق بالمنافع ، ولذا لو اقترض ماله في مرضه و دينه محيط يصح (1) ، وقد بشوا على هذا انه اذا دفع المريض مبلغا من المال الى شخص مضارب على ان ما يكون من الربح فهو بينهما نصفان ، فربح " قيمة المبلغ " فمات المريض ، وثنا اجر مثل المضارب اقل من حصته من الربح ، وعلى المالك دين محيط بماله فان للمضارب من الربح ، يبدأ به قبل دينه ، لانه وقع يوم وقع للمضارب ولم يملكه رب المال قط ، ولا يقاس الربح على الشركة ، لان مال الشركة مملوك للشريكين وحق الغرماء انما يتعلق بمال المريض ، لا مج غيره ، و اذا لم يسلم للمضارب شيء فله اجر مثله ، ولكن فيه ضمن الغرماء ، وقد جاءت هذه المخالفة من حيث ان حقه - لما لم يسلم اليه ، وجب دينا في ذمة المريض ، فصار حكمه حكم الديون الاخرى ، و هذا الدين لا تنهية فيه ، فلم يمنع مانع من ان يكون اسوة للغرماء في استيفاء حقوقهم من جميع رأس المال (2) .

اما اذا كان المريض قد دفع ارضه مزارعة و دفع البذر معها على ان يقوم الزارع بالعمل ذلك النصف ، وكان اجر مثله في العمل اقل من ذلك ، و عليه يكون الزائد تسعرا - فانه لا يساوي اليه ما شرط ان كان عليه دين ، و الفرق بين هذه الحالة و حالة المضاربة ، ان المالك زاد على اجر المثل في المزارعة يكون تسعرا بعين ماله ، لا بمنفعته ، لان الناتج متولد من عين ماله ، وهو البذر ، بخلاف المضاربة ، فانه متبرع بالمنفعة (3) .

(1) جامع الفصولين : ج 2 - ص 246 .

(2) محمد الزفزاف - المرجع السابق - ص 129 .

(3) جامع الفصولين : ج 2 - ص 247 .

ولكن النظر يدعو الى اعتبار حال المضاربة لحال المزارعة ، لان الربح في المضاربة متولد من المال ومن عمل المضارب ، كما ان الناتج من المزارعة متولد من المال ومن عمل الزارع، ولا فرق ان لولا النقد في المضاربة لما كان الربح ، كما انه لولا البذر في المزارعة ما كان انتاج، وعمل العامل مشترك في الحالين .

ويتفرع عن القاعدة المتقدمة أيضا أنه ، اذا اجر المريض بيته بدون اجر مثله ، لا يعتبر النقص من الثلث ، لانه لو اعاره جاز ، بخلاف ما لو استأجر اجيرا و نقده الاجرة فـان للغرماء مشاركته ، لان هذا التصرف في عين من اعيان ماله ، ولم يبدخل في ملكه مال مقابل لهذه العين ، وحق الغرماء ، قد تعلق بالمالية من حين المرض، ولما لم يبدخل في ماله عوض عن هذه الاجرة لا يقول : ان حقهم ينتقل الى بدل المال الخارج الذي هو اجرة الاجير ، كما هو الحال في بيعه و شرائه ، ان انه في البيع و الشراء يكون حقهم قد انتقل الى بدل ، وحقهم انما يتعلق بالمالية لا بالصورة ، وهي الاعيان و لا بالمنافع (1) .

اما المائكية - فانهم لا يبدلون على المريض التصرف فيما يقوم به بدنه ، من موءوسسة ودواء وتحوها ، ولا في المعامضات المالية كالبيع والشراء ، والمضاربة و المساقاة ، بشرط ان لا يجابي في المالية نتيجة لهذه العقود ، فان جابي كان تبرعا ينفذ من ثلثه متى كان لغير وارث ، فان كان له بطل ولو خرج من الثلث ، لانه عطية لو ارث في المرض ، وهي لاتصح شئ ويجوزون عليه في كل التبرعات ومنها مهر الزوجة ، وبدل الخلع في المرض ، فاذا تبرع في مرضه بشيء من ماله ، ولم يفرقوا بين الاعيان و المنافع ، بأن تصدق او وقف مثلا - فان ذلك يوقف ، فان مات قوم بعد موته ، و يخرج كله من الثلث الذي له حق التصرف فيه ان وسعه والا خرج مدوسعه الثلث فقط ، لانه معروف صنعه في مرضه ، وكل معروف صنع في المرض انما ينفذ من الثلث ، وان صح ولم يمت مضي جميع تبرعه ، وهذا اذا كان ماله الباقي بعد التبرع غير مأمون التغير كالحيوان و العررض ، اما لو كان مأمونا كالارض ، وما اتصل بها من بناء او شجر فان مأنجزه من تبرع كصدقة او وقف لم يوقف ، وينفذ ما يخرج من ثلثه في الحال ويوقف منه ما زاد ، فان صح من مرضه نفذ الجميع ، وان مات لم ينفذ غير ما نفذ، وليست الوصية

(1) محمد الزفزاف - المرجع السابق - ص 130 .

من التبرع الذي فيه هذا التفصيل ، لان الوصية توقف مطلقا اي سواء أكان مال الموصي مأمونا او غير مأمون (1) .

ومما تقدم يتبين لنا انهم جعلوا المنافع كالاعيان ، فالتصرف فيها بالتبرع - ومنه المحاباة في المعارضات المالية ، يكون محجورا عليه فيه ، فلا ينفذ الا من ثلثه ان كان لغير وارث على التفصيل الذي ذكره ، اما ان كان لوارث فلا يجوز لانه عطية ، وكذا لو كان لاجنبي وزاد عن ثلثه ولو اجاز الورثة يكون ذلك ابتداء عطية منهم ، لا اجازة لما صنع مورثهم ، ولا تنفيذا لوصية الموصي وهذا هو المشهود عندهم ، وقد خالف هذا الرأي ابن القصار و ابن العطار منهم الى انه ليس ابتداء عطية ، وانما هو تنفيذ لما فعله الميت (2) ، و العطايا في هذا في حكم الوصايا فهم يخالفون الحنفية في حالة التصرف في المنافع بالتبرع ، كما يخالفونهم في ان اجازة الورثة للتبرع لوارث مطلقا ولاجنبي بما زاد على الثلث تنفيذ لما صنع مورثهم على المشهور عندهم ، اذ جعلوه ابتداء عطية منهم .

وقد ذهب الشافعية الى ان التصرف في المنافع كالتصرف في الاعيان ، لان المنافع تملك بالعقد ، كما تملك الاعيان ، وكذلك تملك بالارث كما تملك بالاعيان ، وان التبرع بالمنافع كال تبرع بالاعيان ، وعليه اذا تبرع المريض بمنفعة و مرضه مخوف و اتصل به الموت اعتبر ذلك من الثلث ، ولانه في هذه الحال لا يأمن الموت ، فان برىء من المرض لم يعتبر من الثلث لانه قد ظهر انه لم يكن في ماله حتى لاحد ، وان تبرع في الصحة ولم يقبض ما تبرع به الا في المرض ، كما في الهبة التي لم يقبضها الموهوب له الا في المرض فانه يعتبر من الثلث ، لان التبرع لا يلزم الا بالقبض وقد كان ذلك في المرض ، فهم قد جعلوه في حكم الوصية ، وعلى ذلك اذا تبرع بأكثر من الثلث فانه لا ينفذ فيما زاد الا اذا اجازه الورثة على قول عندهم ووجهه ان تصرفه صادف ملكه ولكن تعلق به حق الوارث ، فصح ووقف على اجازة الوارث كما لو باع ما فيه شفعة ، "والاخر" ان الوصية تبطل بما زاد على الثلث ، و لنهي النبي صلى الله عليه و سلم سعد بن ابي وقاص عن الوصية بما زاد عن الثلث ، وعلى هذا اذا اخذنا بالقول بالبطان و اجاز الورثة ، كانت هذه الاجازة هبة مبتدأة ، فيلزم لها ما يلزم الهبة من شروط عندهم (3)

(1) انظر الشرح الكبير و حاشية الدسوقي عليه - ح 3 ص 307 مشار اليه في مرجع محمد الزفزاف ص 7

(2) انظر محمد الزفزاف - المرجع السابق - ص 131 ، وقد اشار الى الشرح الكبير و حاشيته الدرر تلييه ح 1 - ص 427 -

(3) انظر المهذب : ح 1 - ص 450 - 453 .

اما الحائلمة : فقد ذهبوا الى ان التبرعات المنجزة - من غير تفريق بين الاعيان و المنافع كالمحابة و الهبة المقبوضة و الصدقة والوقف و الابرء من الدين و العفو عن الجناية الموجبة للمال اذا كانت في الصحة تكون من رأس المال ، كما هو رأي غيرهم من الفقهاء اما اذا كانت في مرض مخوف اتصل به الموت فهي من ثلث المال ، كما هو رأي جمهور الفقهاء ، وذلك لما روي ابو هريرة من ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " ان الله تصدق عليكم في آخر اعماركم بثلث اجازة الورثة ، كما يتوقف نفاذها للوارث وان قلت على اجازتهم أيضا ، فهي في هذا عندهم كالوصية ، كما ان المراد بثلث المال فيها هو الثلث مبتدأة الوفاة كما هي الحال في الوصية عندهم فهم في هذا كالشافعية من حيث ضرورة خروجها من الثلث لغير الوارث وعدم نفاذها للوارث الا اذا اجازها الورثة في الأمرين وظاهر من نصوصها (1)، ان الاجازة ليست عطية مبتدأة كما هو الرأي الثاني عند الشافعية في حالة العطية للوارث .

ويبري ابن حزم " ان كل تصرف للمريض كتصرف الصحيح ولا فرق فتصرفاته في المنافع ، كتصرفاته في الاعيان ببيع او شراء او وقف او هبة او غيرها من التبرعات تنفذ من كل المال والوصية منها اسواء ، ذلك لا تنفذ الا من الثلث و لا تجوز على وارث ، وخلاف ذلك باطل وان اجازة الورثة لانهم لو اجازوه يكونون قد اجازوا باطلا ، ولكن لهم ان يعطوها عطية مبتدأة ، فهم اصحاب الحق في ذلك من حيث قد صار المال لهم بعد وفاة الموصي (2) .

وقد ذهب الزيدية - الى ان جميع التصرفات المنجزة تنفذ من جميع المال ان كانت في حال الصحة او اوائل المرض غير المخوف ، اما في المرض المخوف فلا تنفذ الا من الثلث كما هي الحال في الوصية ، لتعلق حق الورثة من وقت هذا المرض بالمال الذي لمورثهم ، وهذا يشمل كل ما هو من التبرعات ، ومن التبرعات ما كان غبنا فاحشا ، او لزمه اتلافه شرعا ، في المعاوضات وقد جاء في البحر الزخار : " و للمريض المعاوضة لا بغبن فاحش ، فيكون قدر الغبن (3) من الثلث ، ولم يعرفوا بين ما اذا كان التصرف في اعيان او منافع ، بل نصوا على ان الوصية بالمنافع كالوصية بالاعيان والوصية من التبرعات ، فقد جاء في البحر الزخار ايضا " و تصح الوصية بالمنافع والغلات المعدومة ولم يفصل الدليل بينهما وبين الاعيان والجهالة مغتفورة بدليل صحة الثلث

(1) محمد الزفزاف - المرجع السابق - ص 132 .

(2) انظر "المحلي" : ج 9 ص 316، 317 مشار اليه في مرجع محمد الزفزاف .

(3) انظر: البحر الزخار - ج 5 - ص 319، 320 مشار اليه في مرجع محمد الزفزاف .

وان جهل " ، وقد نصوا على ان من التبرع ما زاد على مهر المثل عند التزوج في اثناء المرض ، ولذا قال صاحب البحر : " و للمريض ان يتزوج لعموم قوله : " فانكموا ما طاب لكم من النساء والزائد على مهر المثل من الثلث ، اذ هو محابة .

وكذلك جعلوا بدل خلع الزوجة المريضة من باب التبرع فلا ينفذ الا من الثلث وهم في هذا كالحنفية ، بخلاف الشافعي فانه قد جعله من رأس المال كله قياسا على ما اذا اشترت قناعا بقيمته ، وقد رد على هذا صاحب البحر الزخار فقال : " البضع ليس بمال ، فكان العوض كالتبرع .

الباب الثالث

التصرفات التي يظعن فيها بمرض الموت

جرى البحث فيما اذا كان يجوز الطعن في التصرفات الحاصلة في مرض الموت ، غير عقد البيع الذي نص عليه في القانون ، وعلى الاخص الاقرار :

فراي البعض بأن الشارع لم ينقل من قواعد الشريعة الخاصة بتصرفات المريض مرض الموت الاتصرفا انشائيا واحدا ، وهو البيع ، وحتى في هذا النقل المحدود لم يأت بحكم الشريعة ، بل بحكم آخر يختلف اختلافا بينا اذا كان البيع لغير وارث ، وعلى ذلك لا محل لتطبيق احكام الشريعة على التصرفات الانشائية الاخرى او سائر التصرفات الاخبارية ، اذ لا شبهه في ان عدم نفاذ تصرفات المريض شرعا ليس مرجعه الى نقص في الاهلية ، بل هو قيد خاص شرع لمصلحة الورثة او دائمي التركة .

ورأي بعض آخر ان مرض الموت من الارضاع الاسلامية البحتة اقره الشارع عندما سن القوانين المعمول بها الان ، ورجع في ذلك الى ما كان العمل جاريا عليه قبل وضع القوانين الحاضرة المسنونة آخذاً بالشريعة الاسلامية ، والعلة في التصرفات الحاصلة في مرض الموت عند فقهاء الشريعة انما هي رفع الايثار بين الورثة ، لما في التصرف في مرض الموت من معنى الاحقاق بالوصية ، ولان فقهاء الشريعة لا يرون الجمع في الشخص الواحد بين صفتي الوارث والموصي له ، وعند الفقهاء الشرعيين كل التصرفات المنجزة الانشائية و الاخبارية الحاصلة في مرض الموت يجوز ابطالها لرفع الايثار بين الورثة ، وانه وان كان صحيحا القول بأن مرض الموت و احكامه قد وردت على خلاف القياس الذي يقضي بحرية التصرف في الاصل ، وان ماورد على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه (1)، فانه لما كانت العلة ، وهي ايثار بعض الورثة بسلا مبرر، قد توجد ايضا في تصرفات اخرى لم ترد على اقلام الفقهاء ، ولكنها تصرفات لها خطورتها والبيع و الوقف والهبة سواء ، وجب ان يصح هذا المبدأ - مبدأ تصرف المريض مرض الموت - بصيغة القوانين العصرية المعمول بها وان يأخذ هو الآخر قسطه من الاصول العلمية او الفنية المعروفة في الوقت الحاضر ، ما دام في التصرف اخراج لمال المريض بعضا او كلا و محاباة

وايثار للورثة بعضهم على بعض ، ولذا يصح القول هنا بجواز الاخذ بالقياس في حدود الاركان الشرعية و العلة الشرعية لمرض الموت ، وليس في ذلك خروج عن القاعدة الاصولية القائلة بأن ماورد على خلاف القياس لا يقاس عليه ، مادام الاخذ في دائرة الاستثناء ، ولذا يصح الاخذ بحكم مرض الموت في الوقت الحاضر ، في الاجارة و البديل وفي الرهن الرسمي وفي الرهن الحيازي للمنقول ، وفي الرهن الحيازي العقاري ، و لا يخفى ان في البديل مع المحابة بيعا بمحابة ، وان في الرهن على نوعيه اقرارا حتما بدين(1)، و متى تبين ان المسوغات التشريعية لتقدير مرض الموت و احكامه ، هي خروج مال المريض مرض الموت بعضا او كلا ، والمحابة للوارث بموجب عدم الخروج عن هذه المسوغات و عدم الاخذ فيها بالاقيسة المنطقية المعروفة (2) .

وقد اعتبر القانون المدني الجزائري ان كل تصرف قانوني يصدر من شخص في مرض الموت تصرفا مضافا الى ما بعد الموت وتسري عليه احكام الوصية ، وذلك مانصت عليه المادة "776" منه بقولها : " كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حالة مرض الموت يقصد به التبرع ، يعتبر تبرعا مضافا الى ما بعد الموت ، وتسري عليه احكام الوصية ، ايا كانت التسمية التي تعطى الى هذا التصرف .

وعلى ورثة المتصرف ان يشبتوا ان التصرف القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ولهم ان يشبتوا ذلك بجميع الطرق ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد اذا لم يكن هذا العقد ثابتا .

اذا اثبت الورثة ان التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت ، اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك ، كل هذا ما لم توجد احكام خاصة تخالفه .

وهذه المادة تقابلها المواد " 916 " ق.م.مصري ، "877" ق.م.م.سوري ، "920" ق.م.ليبي و يتضح من النص انه اعطى حكم الوصية لكل تصرف قانوني يصدر في مرض الموت ، كالبيع والهبة

(1) محمد كامل مرسي - المرجع السابق - ص 299 .

(2) محكمة استئناف طنطا - 28 يناير 1930 .

والاقرار و الابراء ، وغير ذلك من التصرفات ، مادام يقصد بها التبرع ، فقصد التبرع اذن مفروض مادام الورثة يستطيعون ان يثبتوا ان التصرف قد صدر قبي مرض الموت ، ولهم اثبات ذلك بجميع الطرق، بما فيها البينة و القرائن، ولا يحتج عليهم بتاريخ التصرف، الا اذا كان ثابتا ، لانهم يعتبرون من الغير بالنسبة اليه (1) ، ويجوز لكل ذي شأن ان يثبت ان التصرف رغم صدوره في مرض الموت كان بمقابل ، فان اثبت ذلك كان القدر المحابي به ، هو الذي يأخذ حكم الوصية .

ونقسم هذا الباب الى فصلين :-

الفصل الاول : نستعرض فيه التصرفات التي يطعن فيها الورثة .

والفصل الثاني : و نتناول فيه موقف الورثة ، وهل يعتبرون من الغير ؟ ومتى يعتبرون كذلك ؟ .

(1) محكمة استئناف القاهرة - 21 من ايسو 1931 - المحاماة 12 رقم 70 ص 118 .
انظر كذلك : سليمان مرقس - اصول الاثبات و اجراءاته المدنية : ح 1 - ص 239 .
وفي هذا المعنى أيضا : السنهوري : الوصية : ح 9 - ص 222 .

الفصل الأول

تصرفات المريض مرض الموت التي تكون محلا للطعن فيها بمرض الموت

قلنا فيما تقدم ان الفقهاء قد اختلفوا في تحديد التصرفات التي تكون محلا للطعن فيها بمرض الموت ، وعمما اذا كانت تشمل غير البيع ، وقد كان لكل فريق منهم حجة ومبرراته غير ان القانون المدني الجزائري ، قد جاء محددًا وموضحًا لهذه التصرفات مثله في ذلك مثل القوانين العربية الأخرى (المصري - السوري - الليبي) فقد نصت الفقرة الأولى من المادة " 776 " منه على ان : " كل تصرف قانوني يصدر من شخص في حال مرض الموت ، يقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا الى ما بعد الموت و تسري عليه احكام الوصية ايا كانت التسمية التي تعطي الى هذا التصرف " .

وقد سبق ان تعرضنا لشرح هذه الفقرة ، ولذلك سنعرض لهذه التصرفات على الوجه التالي :-

- المبحث الأول : هبة المريض مرض الموت .
- المبحث الثاني : وقف المريض مرض الموت .
- المبحث الثالث : ابراء المريض مرض الموت .
- المبحث الرابع : الاجازة في مرض الموت .
- المبحث الخامس : الاقرار في مرض الموت .
- المبحث السادس : طلاق المريض .

المبحث الأول

هبة المريض مرض الموت

فقد نصت المادة " 204 " من قانون الاسرة الجزائري على مايلي :-
" الهبة في مرض الموت ، والأمراض و الحالات المخيفة ، تعتبر وصية "

و يستنتج من المادة ان الهبة في مرض الموت تسري عليها احكام الوصية في الشريعة الاسلامية ، ولذلك يجب التفرقة بين ما اذا كان الواهب صحيحا او مريضا مرض الموت ومرض الموت هو - كما سبق تعريفه - الذي يتحقق فيه الوصفان الآتيان :

أ - ان يكون مرضا مخوفا يغلب فيه الهلاك ،
ب - ان يتصل به الموت فعلا .

فاذا كان الواهب صحيحا ، وكان أهلا للتبرع ، جاز له ان يهب ماله كله او بعضه لمن يشاء ، سواء أكان اصلا له ، أم فرعا ، أم قريبا ، أم أجنبيا عنه ، ولو مخالفا لدينه (1) وهذا هو حكم الشريعة الاسلامية ، وهو حكم القانون أيضا ، لكن فقهاء الشريعة الاسلامية اختلفوا في الهبة في حال المرض ، فقال الجمهور انها في الثلث تشبيها بالوصية ، اعني الهبة التامة بشرطها ، وقالت طائفة من السلف و جماعة أهل الظاهر : ان هبة المريض كهبة الصحيح تخرج من رأس المال كله اذا مات الواهب ، لامن الثلث فقط ، وحجتهم في ذلك ، ان العلماء لما اتفقوا على جواز هبة الانسان حال صحته ، يجب ان يستصحب حكم هذا الاجماع اذا وهب في مرضه ، الا اذا دل دليل من كتاب او سنة بينه ، وحملوا حديث عمران ابن حصين عن النبي صلى الله عليه وسلم في الذي اعتق سنة اعيد عند موته ، فأمره الرسول عليه السلام فأعتق ثلثهم و أرق الباقي ، على انه كان وصية (2) ، ولا تقاس الهبة على الوصية لان القياس باطل عندهم .

فعلى قول الجمهور - وهو المعول عليه - اذا كان الواهب مريضا مرض الموت تعطي هبته حكم الوصية - وهذا هو حكم القانون .

وقد ذهب فقهاء الحنفية الى ان هبة المريض و صدقته ومحاباته في بيع او اجارة على مال لايجوز الا من الثلث ، ان كان يعتبر وارث ، اما للوارث فانه لا يجوز الا اذا اجاز الورثة وحجتهم في ذلك ان هذا يأخذ حكم الوصية ، لان حق الورثة يتعلق بمال المريض فليس له ان يتبرع ، الا بقدر ما جعله الشارع له وهو الثلث (3) ، بشرط ان يكون الموهوب له قد قبض

(1) المادة (503) من كتاب الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية لمحمد قدري .

(2) انظر : بداية المجتهد : ج 2 ، ص 307 ، وكذلك محمد الزفزاف - المرجع السابق ص 122

كذلك محمد كامل مرسي - المرجع السابق - ص 304 .

(3) انظر : زين العابدين : ج 2 - ص 255 .

إن

الهيئة ، لانه لم يقبضها تبطل الهبة ، وانما يكون له الثلث حال القبض ولا تنقلب وصية ، لان الواهب اراد التملك في الحال لا بعد الموت ، اما الهيئة التي تعطي حكم الوصية ، فهي الهيئة التي تعقد نامة في مرض الموت ، و التي يتحقق فيها كل شروطها (2) ، هذا ان مات المريض من مرضه هذا ولم يكن عليه دين ، اما اذا كان عليه دين مستغرق توقف نفاذها على اجازة الدائنين ، وان كان الدين مستغرق لماله وكانت الهبة تخرج من ثلث ما بقي بعد سداد الديون كانت الهبة نافذة بدون توقف على اجازة الورثة اما اذا كانت لا تخرج من الثلث ، فان الزائد يتوقف على اجازة الورثة (2) فهي حينئذ تنقلب وصية ، اما اذا برىء من مرضه ، فان الموهوب له يفوز بما وهب له (3) .

اما الامام مالك فانه انزل الهيئة في هذه الحالة منزلة الوصية (4) ، وبناء على ذلك تكون الهبة في المرض اقرب من الهبة في الصحة ، اذ لا تبطل بموت هذا الواهب المريض ، بل تنقلب وصية ، وقال ابن ابي ليلى تجوز غير مقبوضه ، لانها وصية ، بدليل انها تعتبر من الثلث .

ويرى بعض فقهاء الشريعة في التبرعات رأيين :-

أحدهما : انها تنفذ من الثلث كالوصية مادام ذلك في حال المرض والهبة نوع من التبرعات .
والثاني : انها تنفذ من كل المال ، لانها عقد منجز ليس مضافا الى ما بعد الموت فلا يكون وصية .

غير انه بمقتضى احكام الشريعة الاسلامية يجب التفرقة بين ما اذا كانت الهيئة لو ارث او لغير وارث ، فاذا كانت لغير وارث نفذت ، اذ لم يكن له ورثة ، ولو كان الموهوب كل مال الواهب ، فلا حق لاحد في المعارضة " ولا بيت المال " ، فاذا لم تكن الهيئة بالكل فلبيت المال الباقي ، والسبب في ذلك هو ان الموهوب له يعتبر موصي له ، وهذا مقدم على بيت المال في الاستحقاق ، واذا كان له ورثة ، فاذا كان الموهوب اقل من الثلث ، او الثلث نفذ ولو لم

(1) محمد كامل مرسي - المرجع السابق - ص 367 .

(2) محمد زيد - شرح الاحكام الشرعية - ج 2 - ص 314 .

(3) محمد الزفراف - المرجع السابق - ص 121 .

(4) جامع الفصولين - ج 2 - ص 247 .

تجزر الورثة ، وان كان أكثر من الثلث ، فلا تنفذ في الزائد على الثلث ، الا باجازة الورثة لان المنح كان لحقهم (1) ، سواء كانت الهبة لو ارث او لتغير وارث .

اما ما جاوز من الموهوب ثلث التركة فلا تصح الهبة فيه الا باجازة الورثة ، فان لم يجيزوا و جب على الموهوب له أن يرد الى التركة ما جاوز الثلث ، اي ان يرد اليها ما يفي بتكملة ثلثها ، و اذا تصرف الموهوب له في الموهوب الزائد على الثلث ، لم ينفذ التصرف في حق الورثة بغير اجازتهم الاوفقا للقواعد العامة ، لان النص الخاص ببيع المريض مرض الموت (المادة " 408 " ق . م . ج جزائري) لم يرد في هبة المريض مرض الموت ومن ثم يسري التصرف في حق الورثة فيما جاوز الثلث اذا كان المتصرف اليه حسن النية ، قبل تسجيل دعوى الاستحقاق التي ترفعها الورثة على الموهوب له مطالبين اياه بالزائد على الثلث ولا يسري التصرف في حقهم من وقت تسجيل هذه الدعاوي ولو كان المتصرف اليه حسن النية (2) .
واذا كانت الهبة لو ارث فلا تنفذ الا باجازة الورثة سواء اكانت بأقل من الثلث ، أم به ام بأكثر منه ، لان الهبة في مرض الموت تعتبر وصية ، ولا وصية لو ارث اذ فيه ايثار بعض الورثة على البعض الآخر (3) .

واجازة الورثة يجب ان تحصل بعد الموت ، فلو اجازوا قبل موت المريض لم تنفذ لان حق الورثة انما يثبت لهم بعد الموت ، و المراد بالوارث من كان وراثا وقت الموت ، لا وقت الهبة . .

ومن رأينا ان الهبة التي تحصل في مرض الموت ولا تقبض حتى موت الواهب تأخذ حكم الوصية ، و لا تكون باطلة لان القانون لم يجعل القبض من شروطها .

وقد حكم ان هبة المقعد و المفلوج و المشلول تنفذ من كل ماله اذا تطاول ماله سنة ولم يخشى موته منه ، فاذا لم تطل به وكه وخيف موته بأن كان يزداد ماله يوما فيوما يعتبر تصرفه من الثلث (4)

(1) محمد زيد - شرح الاحكام الشرعية - ج 2 - ص 319 .

(2) انظر السنهوري : الوسيط - ج 5 - ص 128 .

(3) وقد جاء في الفقرة الاولى من المادة "879" من مجلة الاحكام العمالية : "اذا وهب واحد في مرض موت شيئا لاحد ورثته وبعد وفاته لم يجز سائر الورثة لاتصح تلك الهبة" ، انظر محمد كامل مرسي - المرجع السابق - ص 306 هامش "1" .

(4) انظر : السيد سابق غقه السنة ج 3 ص 541 وكذلك : حكم لمحكمة طنطا الجزئية : أول افريل 1924 - المحام

4 رقم 580 ص 764 ، وكذلك في هذا المعنى : الفتاوى الهندية : ج 4 - ص 402 .

المبحث الثاني

وقف المريض مرض الموت

الوقف :

هو تصرف من المريض في عين ماله على طريق التبرع ، وذلك باعتبار العين قد خرجت عن ملك الواقف الى حكم ملك الله تعالى ، كما هو رأى بعض أئمة الحنفية (1) ودكن القوانين الوضعية لم تأت بأحكام الوقف في مرض الموت ، وقد ادرج "الوقف" في فصل الثالث من الكتاب الرابع بقانون الاسرة الجزائري ، في المواد " 213 وحتى المادة 219" منه .

اما الشريعة الاسلامية : فقد اعتبرت الوقف في مرض الموت بمنزلة الوصية ، باعتباره من ثلث المال لانه تبرع ، فاعتبر كالهبة ، لان كليهما تبرع منجز ، فاذا وقف المريض مرض الموت لأجنبي فانه يعتبر من الثلث مثل الوصية ، ولا يتوقف على رضا الورثة ، الا اذا زاد على الثلث فانه لا يصح وقف هذا الزائد الا باجازتهم (2) .

ولبيان احوال الوقف في مرض الموت يجب التفرقة بين ما اذا كان المريض مدينا او غير مدين ، وما اذا كان الموقوف عليه وارثا او غير وارث ، وما اذا كان الوقف يخرج من ثلث التركة او يساويه او يزيد عليه (3) .

وقد ذهب الحنفية الى ان المريض اذا وقف ارضا او بيتا ، واستوفى الوقف فانه ينفذ في الحال ، لانه من العقود المنجزة التي تقبل الفسخ ، فاذا مات المريض الواقف وكانت تركته مستغرقة بالدين ، فللدائن ابطال الوقف واستيفاء ديونه من ثمن الموقوف كما ان له اجازة الوقف ، لانه صاحب الحق ، وهذا بخلاف وقف الصحيح المدين ، اما اذا كانت التركة غير مستغرقة بالدين ، فانه يجب ان يخرج ما يفي بالدين من التركة اولاً ، ثم ينظر فان كان الوقف لا يخرج من ثلث الباقي ، فحق الاجازة و الابطال فيما زاد على الثلث يكره بلورثة حتى

(1) انظر محمد الزفزاف - المرجع السابق - ص 122 - 123 .

(2) السيد سابق - فقه السنة - ج 3 - ص 526 وما بعدها

(3) انظر المعنى - ج 6 - ص 219 - 220 .

يسلم لهم الثلثان من باقي التركة ، وكذلك اذا كانت التركة خالية من الدين ، يكون لهم حق ابطال الوقف فيما زاد على الثلث ، دون ان يكون لهم ذلك في الثلث، حتى لو كان الوقف ابتداء على بعض الورثة دون البعض ، ولا يقال : ان الوقف لا يصح للوارث كما هو الحال في الوصية ، لان الوقف اذا نفذ في المرضي يعتبر مضافا الى ما بعد الموت من الثلث (1) و المضاف الى ما بعد الموت وصية ، و انما لا يقال ذلك لان الوقف في آخر امره يكون لغير الورثة ، اذ الشرط في الوقف ان يكون في نهاية امره الى جهة لا تنقطع ، فنظرفيه الى هذا المآل ، وقولهم انه في حكم الوصية ، انما يريدون به ان يخرج من الثلث ، لا ان يكون مثلها في ان يمنع عن الوارث في حال الابتداء ، لان النهاية هي التي تؤخذ بعين الاعتبار .

واذا لم يكن عليه دين او كان عليه دين غير مستغرق وبقي للواقف المريض شيء مسن التركة ، فانه اذا كان الموقوف غير وارث ، وكان الموقوف لا يزيد على ثلث التركة ، او ما بقي بعد سداد الدين ، يكون الوقف لازما لا ينقضى مادام قد استوفى كل شرائطه و يعتبر فسي هذه الحالة في حكم الوصية ، لانه تبرع في مرض الموت لغير وارث ، وان كان موقوف يزيسد على الثلث وهناك ورثة ، فان اجازوه نفذ الوقف كله ، اذا كانوا من اهل الاجازة ، وان لم يجيزوه بطل الوقف فيما زاد على الثلث ، لان الزائد هو حق الوارث ، ويكون ملكا للورثة بطريق الميراث ، تكملة للثلثين ، واما الثلث فهو حق المتوفي كما في الوصية ، و ينفذ الوقف فيه (2).

فان اجاز بعض الورثة دون البعض الاخر ، نفذ في حصة من اجاز مما زاد على الثلث وبطل في حصة من لم يجز (3)، هذا فاذا لم يظهر للواقف مال بعد ذلك يخرج الوقف من ثلثه فان ظهر يلزم الوقف في الموقوفين كله .

واذا ابطال القاضي الوقف فيما زاد على الثلث و ظهر او قدم للواقف مال يخرج الوقف من ثلثه فان كان المال الموقوف قائما في يد الورثة ، يستردونهم ويعاد وقفه كله ، وان كان الورثة باعوا سهامهم فيه بعد ابطال القاضي الوقف في الثلثين فلا ينقضى البيع ، بل يغرمون

(1) انظر محمد الزفزاف - المرجع السابق - ص 123 .

(2) محمد كامل مرسي - المرجع السابق - ص 317 .

(3) انظر : محمد الزفزاف - ص 123 ، وكذلك محمد كامل مرسي - ص 317 .

القيمة التي يبيع بها ، و يشتري بها عقار غيره ، ويوقف بدلاً عنه على الجهة التي كان موقوفاً عليها ، وان باع بعض الورثة ، دون البعض فما لم يبيع يعود وقفاً ، وما يبيع يشتري بقيمته عقار ويوقف (1) .

اما اذا كان الموقوف عليه وارثاً ومن بعده لأولاده ، فاما ان يخرج الموقوف من الثلث التركة ، و اما بقي بعد سداد الدين ، واما ان يزيد على ذلك ، فان كان يخرج من الثلث ترتف نفاذ الوقف على اجازة بقية الورثة ، فان اجازوا نفذ الوقف في المقدار الموقوف كله وتقسّم الغلة على الموقوف عليهم (المستحقين) على حسب شرط الوقف (2) .

وان لم يجيزوا ، نفذ الوقف كذلك في المقدار الموقوف كله ، ولكن تقسم غلته بين الموقوف عليهم ومن لم يوقف عليهم ، على قدر ميراثهم من الواقف على حسب الفريضة الشرعية وكسـل من مات منهم عن ورثة ، ينتقل سهمه الى ورثته مادام احد من الموقوف عليهم على قيد الحياة فاذا انقرض الموقوف عليهم جميعاً ، صرفت الغلة جميعها الى من جعلها الواقف لهم بعد الورثة الموقوف عليهم ، ولا يعطي غير الموقوف عليهم شيئاً من ريعه (3) .

و السبب في تقسيم الغلة على الموقوف عليهم ، و غير الموقوف عليهم ، مع نفاذ الوقف ولزومه في العين الموقوفة ، - امران : أحدهما : ان للواقف مستحقين آخرين بعد الورثة الموقوف عليهم ، وهم اُجانب عن الواقف بعد موته حتماً ، ولأجل هـؤلاء لزم الوقف من الثلث ثانيهما : ان الغلة في حال حياة الموقوف عليهم من الورثة لا يصح ان تعطى لهم وحدهم لان في ذلك ايشار بعض الورثة على بعض ، وهو ممنوع ، كما لا يصح ان يعطاها المستحقون بعدهم بحسب عقد الوقف : من فقراء او مستشفيات او غيرها من جهات الخير ، لان استحقاق هذه الجهة انما يكون بعد انقراض الموقوف عليهم من الورثة ، وبذا لا يكون الا احد امرين : الاول : ان تصرف الغلة الى المصرف العام للأوقاف ، وهم الفقراء - مادام احد من هؤلاء الورثة - الموقوف عليهم حياً ، وبهذا قال فقهاء المذهب الحنفي ، والثاني : ان تعطى الغلة لكل الورثة على الفريضة الشرعية ، وهذا رأي كبار فقهاء الحنفية .

(1) انظر : ابن عابدين - ج 3 - ص 372 .

(2) انظر : محمد الزفزاف - المرجع السابق - ص 124 .

(3) انظر محمد كامل مرسي - المرجع السابق - ص 318 .

اما اذا مات جميع الموقوف عليهم ، فلا محل لشكوى الورثة الآخرين من عدم أخذ شيء من غلة الثلث الموقوف ، لان الوقف اذا كان على غير وارث لا يكون لهم الحق في شيء من غلة الثلث الموقوف الذي لزم وقفه ، ولكنهم انما أخذوا منه في حالة ما اذا كان الوقف على وارث منعا لا يثار بعضهم على البعض، دون نظر الى شيء آخر (1).

اما اذا اجاز بعض الورثة ولم يجز البعض الآخر ، يعامل من اجاز باعتبار ان الوقف نافذ، وتقسّم الغلة على حسب شرط الواقف ، فلا يأخذون من الغلة شيئا، ويعامل من لم يجز، باعتبار ان الوقف نافذ أيضا ، لكن الغلة تقسم على حسب الفريضة الشرعية لا على حسب شرط الواقف (2) .

وإذا كان الموقوف أكثر من الثلث ، ولم يجز الورثة ، حكم على ما يخرج منه بالحكم المتقدم و اما الزائد عليه فيقسم بينهم جميعا قسمة امتلاك واختصاص ، وان اجاز الورثة نفذ في كل الموقوف ، وقسمت الغلة على حسب شرط الواقف (3) .

وقد حكم بناء على ذلك بأن الوارث غير الموقوف عليه الذي لم يجز الوقف في مسرض الموت ، له ان يقتسم الغلة مع الوارث الموقوف عليه على قدر نصيبه من الوقف فقط ، وليس له ان يطلب تسلّم العين مقابل حصته من الاعيان الموقوفة التي تخرج من الثلث، لان ذلك يشل حركة " الناظر " في ادارة الوقف وتوزيع ريعه على الموقوف عليهم و غير الموقوف عليهم بنسبة ما يخص كل واحد بالميراث الشرعي ، فضلا عن أن مآل الغلة جميعها بعد انقراض الموقوف عليهم الى من جعلها الواقف لهم بعد الورثة الموقوف عليهم ، ولا يعطى لغير الموقوف عليهم شيء ، ولا يتفق هذا مع تسلّم الموقوف عليه حصته عينا للانتفاع بها (4) .

وقد حكم أيضا : بأن المنهج الشرعي يقتضي بأن الوقف الصادر في مرض الموت يبطل فيما زاد على ثلث التركة ، وذلك ان لم تجز الورثة ، سواء اكان الموقوف عليه وارثا أم اجنبيا ، و يقسم ما يزيد على الثلث بين الورثة ، قسمة تملك واختصاص ، اما اذا كان المال الموقوف يخرج من الثلث وكان الموقوف عليه اجنبيا عن الواقف نفذ ولو لم تجز

(1) محمد الزفزاف - المرجع السابق - ص 124 .

(2) محمد كامل مرسي - المرجع السابق - ص 318، وانظر ايضا : محمد الزفزاف المرجع السابق - ص 124 .
125، كذلك: التزام التبرعات: للشيخ احمد ابراهيم ص 691- مشار اليه في مرجع محمد كامل مرسي نذ. الصفحة هامش "1"

(3) انظر : مباحث الوقف محمد زيد - ص 17- 18 ، كذلك: ابن عابدين - ج3 - ص 734

(4) حكم لمحكمة استئناف القاهرة: 14يناير 1931- المحاماة 12 رقم 214 ص 428 .

الورثة أيضا ، بخلاف ما اذا كان الموقوف عليه وارثا ولم تجزه بقية الورثة فان الوقف يصح ايضا ، لكنه لا ينفذ ، بل تقسم الغلة بين الموقوف عليهم وبين بقية الورثة على قدر ميراثهم من الواقف (1).

وبهذا يتبين انه في حالة خروج الوقف من الثلث تكون هناك ثلاث صور :-

الاولى :

=====

ان يجيز غير الموقوف عليهم .

الثانية :

=====

الا يجيزوا كلهم .

الثالثة :

=====

ان يجيز البعض دون البعض .

اما اذا لم يخرج الموقوف من الثلث ، والموقوف عليه وارث ، فانه ان اجاز الورثة غير الموقوف عليهم كلهم نفذ الوقف في كل الموقوف وقسمت الغلة على مستحقيها كما شرط الواقف ، وان لم يجيزوا كلهم نفذ الوقف في الثلث فقط ، وقسمت غلته على جميع الورثة كما سبق ان ذكرنا - في حالة خروجه من الثلث ، ويكون الزائد على الثلث منقوض الوقف بسبب عدم اجازة الورثة ، فيصير ملكا خالصا للورثة ، وان اجاز البعض دون البعض نفذ الوقف في الثلث ، ثم فيما زاد في حصة من اجاز فقط ، وبطل في حصة من لم يجز ، وتقسّم الغلة بينهم على النحو السابق ذكره (2) .

وقد عرف ان المراد بثلث الشركة انما هو ثلث جميع مال الواقف عند الموت ، بحيث لو ظهر له مال كان غير محجوف فانه يعتبر من ضمن الشركة ، وعلى هذا ان ابطل الوقف في الثلثين ، ثم ظهر للواقف مال يخرج به كل الموقوف من الثلث ، فان كان قائما بعينه

(1) محكمة استئناف الاسكندرية : 3 فبراير 1931 - المحاماة 12 رقم 75 ص 330 .

(2) محمد الزفزاف - المرجع السابق - ص 125 .

في يد الورثة يصير كله وقفا ، وان لم يكن بأن باع الوارث (مثلا) فلا ينقض بيعه ، ولكن يؤخذ منه قدر ماباع ، ويشترى به ارضا اخرى فتوقف مكانها ، ولوباع بعض الورثة دون البعض فما لم يبيع يعود وقفا وما يبيع يشتري بقيمته أرض وتوقف (1) .

ومما تقدم يتبين أن هناك فرقا بين الوصية لبعض الورثة والوقف عليه ، وذلك لان الوصية فيها تمليك وقبسية الموصي به الى بعض الورثة ، فلا تنفذ الا باجازة الباقي ، ولذا تبطل اذا لم يجز الباقي " للحديث المتقدم " وبعد الورثة الموصي لهم لا مستحق لها ، بخلاف الوقف ، فلا يبطل من اصله بسبب عدم الاجازة ، وليس فيه تمليك الرقبة للوارث ولا لغيره بل تمليك المنفعة ، كما انه يوجد للغلة مستحقون بعد من وقف عليه من الورثة وغيرهم وان اختلف توزيع الغلة تبعا لاجازة باقي الورثة وعدمها - كما سبق ان ذكرنا - و تمليك المنفعة ليس مقصورا على الموقوف عليه ، بل تكون من بعده الى جهة الغير التي عينها الواقف ، مالا لوقفه او المصرف العام ، وهو الفقراء ، وعليه لا يبطل الوقف من اصله وعلى هذا لو لم يجز الورثة الذين لم يوقف عليهم - وكان يخرج من الثلث ، او كان لا يخرج فقصر بحكم القاضي على الثلث - فانه ينظر الى من يوعول اليهم الوقف بعد الموقوف عليهم من حيث اصل الوقف ، وهو الثلث المذكور ، و ينظر الى الموقوف عليهم هذا الثلث من حيث الغلة فقط - فلا ينفذ شرط الواقف ، في غلة ما صار موقوفا الا بعد موت من وقف عليهم من الورثة جميعا ، واذا كان الموقوف أكثر من الثلث ، فان الوقف يبطل في الزائد على الثلث عند عدم الاجازة ، ويكون الزائد ملكا لجميع الورثة تكملة للثلثين اللذين هما من حقهم ، ولا يبطل الوقف في الثلث وذلك لما تقدم ذكره (2) .

ولنضرب لذلك مثلا : اذا وقفت امرأة منزلا في مرضها على بناتها ثم على اولادهن واولاد اولادهن ابدا ماتنسلوا ، فاذا انقرضوا للفقراء ، ثم ماتت في مرضها وخلفت بنتين وأختنا لاب ، والأخت لا ترضى بما صنعت ، ولا مال لها سوى المنزل ، جاز الوقف في الثلث ، ولم يجز في الثلثين ، فيصير الثلثان ملكا للورثة و يقسم بينهم على قدر سهامهم بحسب الغريضة الشرعية ، ما عاشت البناتان ، فاذا ماتتا صرفت غلة الثلث كلها الى اولادهما

(1) انظر الفتاوى الهندية : ص 451 ، كذلك : محمد الزفزاف ص 125 ، و أيضا : محمد كامل مرسي : ص 320 .

(2) مباحث الوقف : محمد زيد - ص 19 - 20 ، ابن عابدين : ج 3 - ص 374 ، احكام

الوقف و المواريث : للشيخ احمد ابراهيم : مشار اليه في محمد كامل مرسي - ص 321 هامش "

وأولاد أولادهما ، كما شرطت الواقفة ولا حق للأخت في ذلك (1) ، وذلك لان الوقف في المرض وصية ، وإذا لم تجز الأخت بطلت الوصية للورثة ، ولا تجوز لأولادهم وأولاد أولادهم ، غير ان الواقف انما رضي لأولاد^{الأولاد} بعد موت الورثة ، فكأنه قال : أوصيت لأولاد أولادي بغلة هذا المنزل بعد خمسي سنوات ، وذلك جائز ، والوصية للإبنتين ، وان بطلت فالمنزل وقف على حالة ، فإذا جاءت نوبة أولاد الورثة صرفت الغلة اليهم (2) .

وإذا وقف شخص على كل ورثته ، فان اجازوه صرف ريعه بينهم ، على حسب شرط الواقف وان لم يجيزوه نفذ وقف ما يخرج من الثلث ، وصرف ريعه بينهم على حسب ميراثهم حتى ينقرضوا ، فيصرف الربيع الى الجهة التي سماها الواقف ، والثلثان يقسمان بين الورثة قسمة امتلاك و اختصاص (3) ، فإذا وقف رجل دارا في مرضه على ثلاث بنات ، وليس له وارث غيرهن ، فإذا لم يجزرن فالثلث من الدار وقف ، والثلثان ملك مطلق يصنعن بهما ما شئن اما اذا اجزن صار الكل وقفا عليهن (4)

ولو انحصر الميراث في شخص واحد ، ووقفت عليه الشركة كلها ، فان أجاز الوقف الوقف كان الكل وقفا ، وان لم يجز كان الثلث وقفا و الباقي ملكا .
ولو وقف أرضه في مرض موته وأوصى بوصايا ، قسم ثلث ماله بين الوقف وبين سائر الوصايا ، فيصرف لاهل الوصايا بوصاياهم ، وأهل الوقف بقيمة هذه الارض ، فما أصاب أهل الوصايا أخذوه ، وما أصاب قيمة أهل الوقف أخرج من الأرض بذلك المقدار فصار وقفا على من وقف عليهم ، ولا يكون الوقف المنفذ أولى : (5)

-
- (1) ابن عابدين : ح 3 ص 373 ، 374 نقلا عن الظهيرية .
 - (2) جامع الفصوليين : ح 2 - ص 244 - ولو قالت هذه المرأة على ولدي وولد ولدي يكون نصيب الولد مصروفا الى الورثة - اذا لم يجيزوا ذلك والوصية بنصيب ولد الولد جائزة .
 - (3) محمد كامل مرسي - المرجع السابق - ص 321 .
 - (4) ابن عابدين - ح 3 - ص 374 .
 - (5) الفتاوى الهندية : ح 6 - ص 221 - 222 .

اما المالكية فقد ذهبوا الى ان المريض اذا وقف على بعض الورثة كان حكم ذلك حكم الوصية ، فيلزم لنفاذه ، اجازة باقي الورثة ، فان لم يجيزوا بطل الوقف كلية (1) ، والى ما ذهب اليه مالك هذا ذهب الشافعي ، ودليلهما أن الوقف تبرع كالوصية ، فيأخذ حكمها ، والوصية لو ارث لا تجوز بنص الحديث السابق ما لم تجز الورثة ، فالوقف كذلك .

وأما الامام احمد فانه قد روى عنه في هذا روايتان :-

الاولى : انه لا يجوز ، فان فعل توقف على اجازة الورثة .

الثانية : انه يجوز ان يقف على الوارث ثلثه كما يقف على الاجانب ، لان الوقف غير الوصية ، والنهي انما ورد في الوصية ، والدليل على ان الوقف تبرع الوصية ، هو انه لا يباع ولا يورث ، وانما ينتفع الورثة بغلته ، وهذا ما اختاره أكثر الحنابلة .

ولكن ابن قدامة صاحب المغنى قد رجح الرواية الاولى ، لان الوقف في مرض الموت على بعض الورثة ليس الا تخصيصا له بالمال ، فيلزم ان يمنع منه ، كما يمنع من الهبة لبعضهم دون بعض وهو مريض ، ولانه - على تسليم قياسه على الوصية - فان كل من لا يجوز له الوصية بالعين لا تجوز له الوصية بالمنفعة ، كالوصية للأجنبي فيما زاد على الثلث فانها لا تنفذ الا باجازة الورثة ، ومقتضى هذا القياس ان الوقف على بعض الورثة ، لا ينفذ في شيء الا باجازة باقي الورثة (2) .

اما الظاهرية : فانهم يجعلون تصرفات المريض كتصرفات الصحيح ، في بيع او صدقة او هبة او في سائر التصرفات ، وعليه يكون وقفه من المال كله ، وليس خاصا بالثلث كما جاء عن جمهور الفقهاء ، ولكنه يشترط ان يكون الواقف غير محتاج اليه (كما في الهبة) لانه صدقة و الصدقة لا تكون الا عن ظهر غني ، فاذا وقف ما هو محتاج اليه كان مفسوخا ، وقد اجاز ابن حزم ان يكون على بعض الورثة دون توقف على اجازة سائر الورثة ، وان زاد عن

(1) الشرح الكبير حاشية الدسوقي عليه : ح 4 - ص 82 مشار اليه في مرجع محمد الزفزاف ص 126 هامش "1" .

(2) المغنى لابن قدامة : ح 6 - ص 221 - 222

الثالث ، كما هو رأي للامام احمد في الثالث ، ولكنه جعل التسوية بين الابناء فرضا ، وقد جاء في المحلي (1) : " والتسوية بين الولد فرض في الجنس لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : " أعدلوا بين ابنائكم " فان خص به بعض بينه فالحبس صحيح ، ويدخل سائر الولد في الغلة و السكك مع الذي خصه ، ولا موجب للقول بعدم جواز الوقف على بعض الورثة ، الا اذا اجاز باقي الورثة قياسا على الوصية ، لانه لم يرد نص بذلك ولا مستند في القياس ، لانه باطل كله ، وعلى تسليم القياس فالوصية للوارث لا تصح ولو اجاز باقي الورثة ، والاثر الوارد بجوازها اذا اجاز باقي الورثة ، انما هو اثر غير صحيح .

وكما سبق القول فان المشرع الجزائري لم يأت بحكم ينظم أحكام وقف المريض مرض الموت ، وقد ادرج الوقف في قانون الاسرة ، وقدمته بتمت الاشارة الى ذلك ، اما المشرع المصري على سبيل المثال فقد افرد تشريعا خاصا بالوقف ، الا انه طبق عليه الاحكام الفقهية الخاصة به ، ولم يذكر وقف المريض مرض الموت مثله في ذلك مثل المشرع الجزائري ، اما قانون الوصية المصري (الصادر بالقانون 71 لسنة 1946) فنجدته يتضمن حكما جديدا خاصا بوقف المريض مرض الموت ، وذلك ان قانون الوصية المصري ، اجاز الوصية لوارث ، وجعلها كالوصية للاجنبي تنفذ في الثالث من غير حاجة الى اجازة الورثة وذلك ما نصت عليه المادة "37" منه من انه " تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره ، وتنفذ من غير اجازة الورثة وتصح بما زاد على الثلث ، ولا تنفذ في الزيادة الا اذا اجازها الورثة بعد وفاة الموصي وكانوا من اهل التبرع عالمين بما يجيزونه ..

وعلى أية حال فقد عرف الفقهاء الوقف بأنه : " هو تصرف من المريض في عين ماله على طريق التبرع " ومعنى هذا ان الوقف تبرع وبما انه صادر من الواقف في مرض الموت - فانه بناء على نص الفقرة الاولى من المادة "776" ق.م. جزائري " تسرى عليه احكام الوصية ، واذا كان وقف المريض مرض الموت يأخذ حكم الوصية بالوقف فانه يصح ان يكون الوقف على

(1) انظر : المحلي : ج 9 ص 178 مشار اليه في مرجع محمد الزفزاف - ص 128 هامش "1"

الورثة و غير الورثة ، ولكنه في الحاليين يقيد بالثلث بحيث لا يتعد في ما زاد على الثلث الا باجازة الورثة ، فان اجازوه نفذ في الرقبة و المنفعة ، وان لم يجيزوه بطل الثلثين و نفذ في الثلث بالنسبة الى العيين والغلة ولو كان الوقف على وارث .

والذين لهم حق اجازة الوقف في الزائد على الثلث هم الورثة المستحقون للتركة اي كان سبب توريثهم ، سواء اكانوا من اصحاب الاستحقاق الواجب ، وهم الوالدين والذرية الوارثة ، واحد الزوجين ، ام كانوا غيرهم (1) .

وهنا يمكن التفرقة بين وقف الصحيح ووقف المريض ، فوقف الصحيح لا يعترض عليه الا اصحاب الاستحقاق الواجب اذا تجاوز الوقف الثلث ، ويعترضون عليه بمقدار استحقاقهم في الثلثين ، ومدى الاعتراض الا يبطل الوقف ، بل يأخذون استحقاقا في الوقف يعادل مقدار انصبتهم ميراثا ، اي نوزع الغلات في الثلثين بنسبة ميراثهم ، وما يستحقونه ميراثا يأخذون نظيره غلة و استحقاقا .

اما وقف المريض مرض الموت ، فان الذين لهم حق الاعتراض ، هم كل الورثة ، سواء اكانوا اصولا باية درجة كانوا ، او فروعا ، او احد الزوجين ، ام كانوا حواشي ، لان اعتراض بسبب تعلق حقهم بالميراث الشرعي بالتكررة وقت المرض ، ومدى اعتراضهم ، ان يبطل الوقف الزائد على الثلث ولا يتحول الاستحقاق اليهم ، بل يبطل الوقف في اصله وغلته (2) .

هل ترفع على " الناظر " دعوى ابطال الوقف لصدوره في مرض الموت ؟

ليس للناظر الا ادارة الوقف ، فلا يصح رفع الدعوى عليه ، الا فيما يتعلق بنظاريته اما فيما يمس الواقف نفسه ، مثل الطعن لصدوره الوقفية في مرض موت الواقف ، فلا تصح مخاصمة الناظر فيه ، بل يجب اختصام المستحقين في الوقف ، لان الناظر غير قائم مفاهم ولا هو وكيل عنهم في المنازعات الخارجية عن نظرية ، واذا صدر حكم من المحكمة الشرعية في النظر بالغاء الوقفية في ثلثيها لحصولها في مرض موت الواقف ، فلا يمكن الاحتجاج به على المستحقين، ولو كان الامر بخلاف ذلك لكانت حقوق المستحقين عرضته للخطر في يد الناظر الذي يمكنه ان يتلاعب بها حسب اهوائه واغراضه (3)

(1) محمد كامل مرسي - المرجع السابق - ص 325 .

(2) محمد كامل مرسي - المرجع السابق - ص 326 .

(3) استئناف مصر : 23 فبراير 1908 - الحقوق 23 - ص 328 .

المبحث الثالث

إبراء المريض مرض الموت

إبراء المريض مرض الموت ، أي نزوله عن دينه ، ويعتبر تبرعاً ، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة " 306 " ق.م. جزائري بقولها : " تسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع 400 ، و تقابلها الفقرة الأولى من المادة "372" ق.م. مصري .

و يفهم من نص المادة أن أحكامها تسري على المريض و الصحيح ، بمعنى أن الأحكام التي تسري على كل تبرع ، تسري حتماً على الإبراء ، فالإبراء يعتبر تبرعاً ، ولكنه إذا حدث في مرض الموت فتسري عليه أحكام الوصية ، أي أن نزول المريض مرض الموت ، عن دينه يعتبر وصيةً و بمقتضى الشريعة الإسلامية ، إذا أبرأ المريض مرض الموت أحد ورثته من دينه ، وكان للمريض ورثة غيره ، فلا يصح الإبراء ولا ينفذ ، إلا إذا أجازته الورثة ، سواء أكان الدين المبرأ منه أقل من الثلث ، أم مساوياً له ، أو أكثر منه ، والا كان في نفاذ الإبراء إثارة بعض الورثة على البعض الآخر (1) وكذلك إذا أبرأت الزوجة زوجها من مرضها الذي ماتت فيسسه فموقوف على إجازة بقية الورثة ..

فإذا لم يكن للمريض وارث غير المبرأ ، فالإبراء صحيح و نافذ، ولو استغرق كل تركته ، أما إذا كان المبرأ اجنبياً عن المريض ، فإن كان الدين المتنازل عنه لا يجاوز ثلث المال نفذ الإبراء وإن لم تجزه الورثة أما إذا تجاوز الثلث ، فإن الزائد يكون موقوفاً على إجازة الورثة (2)

ولا يصح إبراء المريض الحاصل لغير وارث ، إذا كان الوارث كفيلاً عن المبرأ ، لأن الوارث الكفيل يبرأ بها ، ولو كان غير الوارث هو الكفيل عن الوارث جاز إبراءه من الثلث (3) ، وذلك لأن إبراء الكفيل لا تستلزم إبراء الأميل .

(1) شرح الأحكام الشرعية : محمد زيد - المادة "1576" من مجلة الأحكام العدلية .
(2) شرح الأحكام الشرعية : محمد زيد - ص 233 : المادة "1570" من مجلة الأحكام الشرعية .
(3) محمد كامل مرسي : المرجع السابق - ص 309 .

وإذا نظرنا الى احكام قانون الوصية المصري نجد انه بمقتضى هذه الاحكام ، انه اذا ابرأ في مرض الموت ، ولم يكن له ورثة ، فالابراء صحيح ونافذ ، ولو استغرق كل الشركة ، فاذا كان له ورثة ، وابراً احد ورثته ، او ابراً من لم يكن وارثه ، وكان الدين المتنازل عنه لايجاوز ثلث الشركة ، نفذ الابراء وان لم تجزه الورثة ، فاذا جاوز الثلث كان الزائد موقوفاً على اجازة الورثة .

وإذا كانت تركة المريض مستغرقة بالديون فأبرأ مدينه في مرض موته لا يصح ابرأؤه ولا ينفذ ، ولو كان الدين المتنازل عنه قليلاً ، وسواء أكان المبرأ وارثاً أم غير وارث .
وذلك لان هذا الابراء وصيه ، وقضاء الدين مقدم على الوصية ، ولكن اذا اجاز الدائنون الابراء ، فان اجازتهم تعد ابراء للميت عن الجزء الذي اجازوه ويكون تركته ، وعلى ذلك يحتاج الى اجازة الورثة في الزائد على ثلثه ، وهذا تطبيق للمادة "38" من قانون الوصية المصري .
فاذا كان الدين غير مستغرق لتركة المريض ، يخرج من التركة مقدار ما عليه من الديون ويحكم على المقدار الزائد على الديون بالحكم على الابراء ، وفي الحالة التي يكون فيها على المدين دين (1) .

المبحث الرابع

الاجارة من مرض الموت

يستطيع المالك الرشيد ايجار ملكه ، حتى لو كان مريضاً مرض الموت ، وذلك اذا لم يكن يقصد استبرع للمستأجر ، ولكن اذا اجر العين بأجرة لا يأخذ منها شيئاً ، او بأن يأخذ مادون أجرة المثل بكثير ، متبرعاً بالباقي للمستأجر فيعتبر ايجاراً في هذه الحالة ، تصرفاً مضافاً الى ما بعد الموت ، يتسري عليه احكام الوصية (2) .

ومن ثم يكون ارضة " رهن " من اجله ، وان كان المبرأ وارثاً أم غير وارث ، يرد مازاد على المحاباة في الاجرة على ثلث التركة ، الا اذا اجازوا التصرف ، ويندر ان تجاوز الاجرة في المحاباة ثلث التركة ، وحتى يمكن تصور ذلك يجب ان يكون ايجاراً ، لمدة طويلة

(1) شرح الاحكام الشرعية : ص 238

(2) انظر السنهوري : الوسيط - 6 - المجلد الاول .

وان تكون العين الموعجة ، هي كل الشركة ، أو أهم شيء فيها ، ولذلك كان الايجار في ممرض الموت نادر الوقوع (1) .

وإذا حابى المريض في الاجارة ، بأن اجراً رضاً له بخمسة آلاف دينار ، وكانت قيمة اجرتها عشرة آلاف دينار ، فحكمها في الشريعة الاسلامية صحيح ونافذ ، ولا يكون كحكم الوصية ، لان الاجارة تبطل بموت احد المتعاقدين (2) ، فلا ضرر على الورثة فيما بعد الموت لان الاجارة لما بطلت صارت المنافع مملوكة لهم ، وفي حياته لاملك لهم ، فلا ضرر عليهم فيما يستوفيه المستأجر حال حياة الموعج ، ومثل الاجارة الاستنجار ، بأن استأجر شيئاً بأكثر من قيمته ، وكانت المحاباة كثيرة (3) .

وقد جاء في جامع الفصولين (4) : تبرع المريض بالمنافع يعتبر من كل ماله ، فلو آجر مريض بيته بدون اجر مثله ، لا يعتبر من الثلث ، اذ لو اعاره جاز .

وبناء على ما جاء في المادة "510" ق.م. جزائري ، وتقابلها "610" ق.م. مصري يتضح لنا ان حكم الاجارة في مرض الموت بمقتضى القانون ، يجب ان تسري عليه حكم الوصية ، اي يجب ان يخرج القدر المحابي به من الثلث ، اذ ان الاجارة لا تبطل بموت احد المتعاقدين وقد اخذت بهذا الرأي بعض المحاكم المصرية ، فقد قضت محكمة طنطا الابتدائية في حكم لها (5) ، بأن: الواجب ان تسري على الاجارة الاحكام الخاصة بالبيع والشراء المحابي فيه .

-
- (1) السنهوري : الوسيط ح 6 ، المجلد الاول - ص 40 .
 - (2) خالف المشرع الجزائري حكم الشريعة الاسلامية في ذلك، حيث نصت المادة "510" من ق.م. جزائري على مايلي: "لا ينتهي الايجار بموت الموعج ولا بموت المستأجر غير انه اذا مات المستأجر جاز لورثته ان يطلبوا فسخ عقد الايجار، اذا اثبتوا انه بسبب موت مورثهم أصبحت اعباء العقد اثقل من ان تتحملها مواردهم، او اصح الايجار يجاوز حاجتهم .. الخ .
 - (3) محمد زيد : شرح الاحكام الشرعية : ص 326 .
 - (4) جامع الفصولين ح 2 - ص 246 انظر كذلك : ابن عابدين : ح 5 - ص 450 .
 - (5) طنطا استثنائي : 28 يناير 1930 - المحاماة 13 رقم 37 - ص 67 .

وقضت تعكس ذلك محكمة مصر الابتدائية ، فقد قررت انه ليس في القانون المدني نصوص يقضي ببطان عقود الايجارة الصادرة في مرض موت المواجه أسوة بالبيع الصادر من المريض مرض الموت ، و الشريعة الاسلامية نفسها لا تري بطلان عقود الايجار الصادرة في مرض الموت ولا يمكن اعتبار الايجار اقرارا ، لانه يوجد خلاف عظيم بين الايجار والاقرار ، لان الاقرار يقع من جانب واحد ، والغرض منه الاثبات بعكس الايجار فانه يقع بين الجانبين ، والغرض منه انتفاع المستأجر بمنافع الشيء مدة معينة ، وبأجرة معينة (1).

المبحث الخامس

الاقرار في مسرر الموت

اقرار المريض او الصحيح هو اخبار بحق لغيره عليه وفي الشرع : الاعتراف بالمدعى به وهو اقوى الادلة لاثبات دعوى المدعى عليه (2) ، وقد اوردته القانون المدني الجزائري في المواد " 341 - 342 " : و يشدرج في ذلك الاقرار بالمال : دينا او عينا ، فالاقرار بالمال ، اذا اقر مريض او صحيح ، بدين او عين ، فان اقراره يكون حجة عليه ، فيثبت ما اقر به من التركة قبسل قسمتها ، ولكن اختلف الفقهاء في اقرار المريض مرض الموت .

فقد ذهب الحنفية الى انه اذا اقر مريض لآخر فان اقراره ، قد يكون لاجنبي وقد يكون لوارث ، فان اقر لاجنبي أي لغير وارثه بعين او دين ، فاقراره صحيح ، ولو استغرق جميع ماله (3) ولكنهم يقولون : ان هذا انما ثبت استحسانا ، لان القياس كان يقضي بالايصح هذا الاقرار ، الا في دائرة الثلث ، لانه تبرع كالوصية ، وتبرع المريض يجب ان يقتصر على الثلث لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم : " ان الله قد تصدق عليكم ... الخ الحديث " ومقتضى هذا الحديث ان ثلثي التركة للورثة فهي حق لهم ، وان المورث لا يحق له التصرف في اواخر حياته الا في الثلث الباقي ، وهذا هو الاصل في تصرفات المريض مرض الموت ، فكذلك يكون اقراره ، فالعدول عنه

(1) مصر الابتدائية : 19 يناير 1924 - المحامات 4 رقم 636 ص 850

(2) السيد سابق - فقه السنة - ج3 - ص 421 .

محمد كامل مرسي - المرجع السابق ص 329 .

لا يكون الا عن دليل ، وقد استندوا الى دليل يوجب العدول عن هذا الاصل، اي القياس، وهو انه روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه قال : " اذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث ، فانه جائز ، وان احاط ذلك بماله ، وان أقر لوارث ، فغير جائز الا ان يصدقه الورثة " فيحمل على انه سمعه من الرسول صلى الله عليه وسلم ، والسبب ان من الفقهاء من اخذوا هنا بالاستحسان يرجع الى الحجج الآتية :-

- (1) - ان ماورد عن ابن عمر رضي الله عنهما ، هو قول احد فقهاء الصحابة ولذلك فهو مقدم على القياس . (1).
- (2) - ان قضاء الدين من الحوائج الاصلية ، لان فيه تفريغ ذمة الميت ، ورفع الحائل بينه وبين الجنة ، فيقدم على حق الورثة كسائر حوائجه ، لان شرط تعلق حقهم الفراغ من حقه ، ولهذا يقدم كدفعه عليهم (2).
- (3) - لانه لو لم يقبل اقراره لاهتنع الناس عن معاملته في الصحة حذرا من ضياع مالهم ، فيفسد عليه طريق التجارة و المداينة فيلحقه الضرر (3).

وقيد بعضهم نفاذ اقرار المريض بالاعيان للاجنبي من جميع ماله ، بما اذا كان الاقرار حكاية عن شيء ثابت في الماضي ، اما اذا كان الغرض منه ابتداء التمليك توقف الزائد على الثلث على اجازة الورثة ، ومعنى ابتداء التمليك في الاقرار ان يكون اقرارا في الصورة وهو في الحقيقة ابتداء تمليك ، بأن يعلم بوجه من الوجوه أن الشيء الذي اقر به ملك له (4).

وكون اقرار المريض لغير وارث ينفذ من جميع المال دون قيود هو المشهور في مذهب الحنفية ، ولكن بعضهم اشترط لذلك ، الا يكون سائر الهبة او الوصية في الحقيقة، وان كانت الصورة صورة اقرار ، فقد جاء في مجلة الاحكام العدلية مادة "1601" بعد ان ذكر حكم اقرار المريض : " ولكن اذا ظهر كذب المقر : بأن كان معلوما عند كثيرين ، ان المقر فيه ملكه في وقت الاقرار ، قد تملكه بسبب من الاسباب كالبيع والهبة ، او انتقل اليه بالارث ،

- (1) شرح الاحكام الشرعية : محمد زبيد - ج 2 - ص 328 .
- (2) محمد كامل مرسي : المرجع السابق - ص 329 .
- (3) المغني لابن قدامة : ج 5 - ص 342 - 343 .
- (4) شرح الاحكام الشرعية : محمد زبيد ج 2 - ص 329 .

فحينئذ ينظر ان لم يكن الاقرار في اثناء مذاكرة الوصية كان بمعنى الهبة ، فلا بد من التسليم وان كان في اثناء مذكرتها حمل على معنى الوصية ، وفي كلتا الحالتين لا يعتبر اقرار المقر الا من ثلث ماله (1)، ومقتضى هذا الا يعتبر اقرار المريض بعين من الاعيان لأجنبي ، الا اذا لم توجد قرينة تدل على انها له هو دون المقر له ، فإن يعلم الناس انها ملكه بسبب مسا فان علم ذلك ، كان الحكم أنه يخرج ما أقربه من الثلث ، لانه لم يكن اقرار في اثناء مذاكرة الوصية بين المقر و المقر له او غيره يكون هبة ، والا فانه يكون وصية ، وهما لاتخرجان الا من الثلث .

ونذهب المالكية والشافعية الى ان اقرار المريض لغير الوارث كاقرار الصحيح، ينفذ من كل المال ، كما ذهب الحنفية ، ودليلهم على ذلك هو ما استدل به الحنفية .

اما الحنابلة ، فقد رويت عنهم ثلاث روايات : فالاقرار بدين في مرض الموت، كالاقرار في الصحة ، اذا كان لغير وارث ، وهذا ظاهر المذهب عندهم ، وهو قول أكثر أهل العلم على ان اقرار المريض في مرضه لغير وارث جائز ، وفي رواية أخرى : انه لا يقبل، لان الاقرار في مرض الموت ، اشبه بالاقرار لو ارث ، وفي رواية أخرى : انه يقبل اقراره ، بزيادة على الثلث ، لانه ممنوع من عطية ذلك للأجنبي ، كما هو ممنوع من عطية الوارث ، فلا يصح اقراره بما لا يملك عطيته ، بخلاف الثلث فما دونه ، وقد استدل ابن قدامة على الرأي وهو ظاهر المذهب بقوله (2) ، : " ولنا انه اقرار غير متهم فيه ، فقبل كالاقرار في الصحة ، يحققه ان حالة المرض أقرب الى الاحتياط لنفسه ، و ابراء ذمته و تحري الصدق ، فكان اولسى بالقبول ، واذا اقر شخص صحيح عند محجوز عليه لغيره بدين ، نفذ هذا الاقرار من كل ماله سواء أكان المقر له أجنبيا عن المقر ، ام كان وارثا له ، وسواء أكان المقر مدينا أم كان غير مدين(3) .

اقرار المريض لو ارثته

فاذا اقر شخص حال مرضه بمال ل احد ورثته و أفاق بعد اقراره من ذلك المرض، يكون اقراره معتبرا، لانه لما افاق من المرض تحقق أن مرضه ، لم يكن مرض موت، فلم يتعلق به حق الورثة (4) .

(1) سليم باز علي: المادة 601 من مجلة الاحكام العدلية - محمد الزفزاف ص 136، كذلك محمد كامل

مرسي - ص 330 هامش "1" .

(2) المغني لابن قدامة : ج 5 - ص 342 - 343 - محمد الزفزاف - ص 137 ، محمد كامل مرسي (=)

وقد ذهب الحديثية - التي ان اقرار المريض لوارث باطل الا ان يصدقه باقي الورثة ، وقد استدلووا على هذا بما روي ان الرسول عليه السلام قال : " لاوصية لوارث ولا اقرار بالدين . . " ولقول ابن عمر السابق : " اذا اقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث ، فانه جائز وان احاط ذلك بماله ، وان اقر لوارث فغير جائز الى ان يصدقه الورثة " ، ولان فيه ايثار بعض الورثة بماله بعد ما نخلق به حقوقهم جميعا ، فلا يجوز لما فيه ابطال لحق الباقي ، قياسا على الوصية له ، وانما تعلق حق الورثة به لاستغنائه عنه بعد الموت ، فلا يمكن من ابطال حقوقهم بالاقرار لورثته ، كما لا يمكن من ذلك بالوصية لهم ، ولكنهم استثنوا من هذا ، ما اذا اقر لامرأة بدين المهر ، فانه يسمح اقراره في هذه الحال الى مهر المثل مع انها وارثة ، لان هذا دين لاثمة في ، فلا يمنع صحة الاقرار لوارث ، وانما كان دينا لاثمة فيه ، لانه معسوف السب ، لم يزد على مهر المثل (1) .

ونذهب المالكية - التي أنه يسمح - وان مات من ذلك المرض - اذا لم يتهم ، فاذا اتهم بطل ، كمن له بنت و ابن عم ، فان اقر لابنته فانه يبطل ، اما اذا اقر لابن عمه ، فانه يقبل لانه لايتهم في اند يضر بالمال الى ابن عمه دون ابنته ، فالعلة في منع الاقرار هي التهمة فيختص هذا النسخ بموضعها ، ومن ذلك ايضا ما اذا اقر لوارث بار به ، وروي عن مالك ايضا ان الاقرار لوارث لا يصح مطلقا كما روي انه يصح في الشيء اليسير الذي لا يوءثر لتفاهته (2) .

(1) ص 330 هامش
(2) محمد كامل مرسي - المرجع ، ص 326 .
ابن عابدين - ج 4 - 482 - م باز علي المادة 1597 من المجلة
شريعة - محمد زيد - ج 2 - ص 328 .
ابن محمد - صراف - المرجع السابق - ص 138

وعند الشافعية - ان كان اقرار المريض لو ارث ، فالرابع عندهم صحة الاقرار ، لان المقر انتهى الى حالة يصدق فيها الكاذب ، ويتوب فيها الفاجر ، والظاهر في مثل هذه الحال، انه لا يقر الا عن تحقيق ، ولا يقصد الحرمان ، وفيه قول آخر عندهم وهو عدم الصحة لانه قد يقصد حرمان بعض الورثة ، وعندهم كذلك انه اذا اقر في صحته بدين ثم اقر لآخر في مرضه ، تقاسما ، ولا يقدم الاول .

وقال احمد : لا يجوز اقرار المريض لو ارثه مطلقا ، واحتج بأنه لا يوءمن بعد المنع من الوصية ان يجعلها اقرارا (1) .

وقد جاء في المغنى لابن قدامة : " ان اقر لو ارث لم يلزم باقي الورثة قبوله الا ببينة ... " و بهذا قال النخعي ويحي الانصاري (2) ، اما عطاء و الحسن البصري واسحاق وابو ثور فقد قالوا : يقبل لان من صح الاقرار له في الصحة ، صح في المرض كالأجنبي (3) .

وذهب الحنابلة - الى ما ذهب اليه الحنفية : من انه لا يصح الا ان يصدق الورثة ولا يلزم باقي الورثة قبوله الا ببينة ، وقد استدلوا بدليل عقلي دون النص الذي استدل به الحنفية وهو : " انه ايصال لماله الى وارثه بقوله في مرض موته ، فلم يصح بغير رضا باقي الورثة ، قياسا على الهبة ، ولانه محجور عليه في حقه فلم يصح اقراره له كالصبي في حق جميع الناس ، وفارق الأجنبي في ان هبته له تصح ، وقد استثناوا اقراره لامراته بمهرها في حدود مهر المثل او دونه ، لانه اقرار ربما تحقق سببه ، وعلم وجوده ، ولم تعلم البراءة منه ، فأشبه ما لو كان ديننا ببينة ، فأقر بأنه لم يوفه (4) .

ويقول فقهاء الشريعة الاسلامية انه يستثنى من عدم نفاذ اقرار المريض لو ارثته ثلاث مسائل ، الاقرار فيها نافذ وان لم يصدق الورثة :-

- (1) انظر : السيد سابق - فقه السنة ص 424 ، 425 .
- (2) انظر : المغنى لابن قدامة : ج 5 - ص 344 .
- (3) انظر : الممذهب : ج 2 - ص 363 .
- (4) انظر : المغنى لابن قدامة : ج 5 - ص 345 :

أولاً :

إذا كان للوارث وديعة معروفة عند مورثه ، بأن اودع عنده مبلغاً من المال على يد شهود ، سواء اكان ذلك في صحته أم في حال مرضه ، فأقر المريض بأنه استهلك استهلاكاً أميناً وارثه المعلومه التي اودعها عنده ، فيقبل اقراره باستهلاك الوديعة ، و ان عارض الورثة للمقر له استيفاء المبلغ من الشركة قبل قسمتها على الورثة ، ومثله لو قال : بعد الامانة التي كان قد اودعها عندي ابني فلان بخمسة آلاف دينار وانفقت ثمنها في أموري الشخصية ، يكون اقراره معتبراً ، ويلزم تضمين قيمة الامانة من الشركة ، ولكن يشترط ان تكون الامانة او الوديعة معروفة ، والا لاينفذ الاقرار ما لم يصدقه بقية الورثة (1).

ثانياً :

إذا كان للمورث وديعة عند الوارث ، فأقر وهو مريض بأنه قبضها منه ، صح اقراره وان لم يصدقه الورثة ، كأن يقول قبضت امانتي التي اودعتها عند ابني فلان .

ثالثاً :

إذا اقر المريض قبض ما قبضه الوارث بطريق الوكالة من مدينه ، فلو قال ان ابني فلانا ، قبض ديني من فلان بالوكالة عني وسلمه الي ، يكون اقراره معتبراً .
وقد جاءت بعض أحكام المحاكم موضحة اقرار المريض لوارثه ، ومن ذلك حكم لمحكمة استئناف مصر جاء فيه مايلي : "النصوص الشرعية متضافرة على ان اقرار الانسان في مرض موته بدين ل احد ورثته يكون موقوفاً على اجازة باقيهم ، فان اجازوه كازمعتبراً ، والا فلا(2)"
وكذلك حكم آخر لنفس المحكمة جاء فيه : " مثل البيع في مرض الموت ، الاقرار فيه فاذا كان لوارث توقف نفاذه على اجازة باقي الورثة الا ما استثنى "(3)

(1) محمد كامل مرسي - المرجع السابق - ص 327 وما بعدها .

(2) حكم بتاريخ 29 أكتوبر 1925 المحاماة 6 رقم 534 ص 856 مشار اليه في السنهوري ج 2 ص 489 هامش "3".

(3) حكم بتاريخ 6 مايو 1931 - المحاماة 12 رقم 220 ص 440 .

ومما تقدم من آراء في الاقرار لاجنبي او لوارث نجد ان القول بأن الاقرار لاجنبي نافذ من كل المال هو الرأي الراجح ، لان الاقرار اخبار عن شيء مضى ، وحال الموءمسن يجب حمله على الصلاح الا اذا وجد من القرائن ما يجعل هذا الاقرار امرا صوريا ، وهذا يتفق مع ما قيده به بعض الفقهاء ، كما جاء في المجلة العدلية ، وهل شهادة الشهود الا قرينة على صدق الدعوى ، وهل العرف في الأيمان الا قرينة على ان الحالف انما يقصد ما يتفق مع العرف ، وهل عدم روعية الهلال الا قرينة على الغد من هذا الشهر ، لان عدم الروعية لا يدل قطعا على أن الشهر لم يكتمل ، الى غير ذلك من احكام ، بالاضافة الى رأي بن عمير السابق ذكره ، فأصبح بذلك ظنا راجحا مستندا الى دليل ، ومثل هذا يجب العمل به ، والنهي عن العمل بالظن في قوله تعالى : " ان الظن لا يغني عن الحق شيئا " ، وقوله صلى الله عليه وسلم : " اياكم والظن ، فان الظن أكذب الحديث " ، انما يراد به الظن الذي لم يبين على دليل .

اما الاقرار لوارث ، فالرأي الراجح هو انه كالاقرار لأجنبي سواء ولا فرق ، فينفذ من كل المال ، ولا يتوقف على تصديق الورثة ، لانه لم يخرج عن كونه اخبارا بما في ذمته ، فيصدق فيه ما لم توجد قرينة يعتمد عليها الظن الراجح بأنه تبرع ، اما ما روي عن قول الرسول صلى الله عليه وسلم : " لا وصية لوارث ، ولا اقرار له بدين " فانه يحمل على ما اذا ما كان في الاقرار شبه تبرع (1) لانه اذا لم يكن ذلك ، يكون غسي نفي الاقرار له مضاره ، وقد قال رسول الله عليه السلام : " لا ضرر ولا ضرار " .

أما رأينا فيجب تطبيق احكام الوصية ، فلا يصح الاقرار للوارث الا اذا خرج من الثلث ولا ينفذ ما زاد عليه الا باجازة الورثة ، ان معظم قوانين البلدان العربية قد أجازت الوصية لوارث ، اما بالنسبة للأجنبي ، فنرى ان ينفذ الاقرار في كل المال ، وخاصة اذا كان للمريض ورثة ، ان ليس من المعقول انه يريد باقراره حرمان الورثة من حقهم في التركة ، وبذلك ينتفي عنه سوء النية .

وقت اعتبار المقر له وارثا :

عند الحنفية - المراد بالوارث ، هو الوارث عند الاقرار وعند الموت ، الا انه قد جاء في نص المادة "565" من كتاب الاحكام الشرعية لمحمد قدري مايلي : " ان العبرة بكون المقر له وارثا او غير وارث عند الاقرار ، ومعنى كونه وارثا عند الاقرار، انه قام به سبب من أسباب الميراث ، ولم يمنع من ميراثه مانع عند الموت ."
ولذلك يجب التفريق بين احوال اربعة :-

(1) ان يكون المقر له وارثا وقت الاقرار وليس وارثا وقت الموت - وفي هذه الحالة ينفذ الاقرار، وان لم تصدقه الورثة ، فاذا كان للمريض أخ (مثلا) و أقر له بشيء ثم ولد له ولد ذكر ، ثم مات المقر، اعتبر الأخ اجنبيا منه ، فيستحق الشيء المقر به اتفاقا لانه غير وارث عند الموت .

(2) ان يكون وارثا للمقر وقت الاقرار ووقت الموت ، وليس وارثا فيما بينها، كما اذا أقر لزوجته وهو مريض ، ثم ابانها ، وبعد انقضاء عدتها تزوجها ثانيا ومات وهي زوجته ، ففيه خلاف ، فأبو يوسف يعتبره وارثا فلا ينفذ الاقرار الا بتصديق الورثة ، ومحمد يعتبره اجنبيا فينفذ الاقرار وان لم يصدقوه (2)، ولكل منهما حجته .

فحجة ابي يوسف : ان العبرة بحالة الاقرار وحالة الموت ، لان حالة الاقرار، حالة انعقاد السبب ، وحالة الموت حالة ثبوت الحكم ، فلا يعتبر ما بينهما، اذ لا تعلق للحكم .
وحجة محمد : ان المقر له لما صار اجنبيا نفذ الاقرار، كما لو انشأه في هذا الوقت الا ترى انه لو لم يتزوجها ثانيا، كان نافذا فلا يوعر العقد بعد ذلك .

(3) ان يكون غير وارث وقت الاقرار، ولكنه صار وارثا وقت الموت ، فاذا كان استحقاقه للارث بسبب موجود وقت الاقرار اعتبر وارثا بالاتفاق ، كما اذا أقر شخص وهو مريض لآخيه ، وله ابن ثم مات الابن قبل موت ابيه ، ومات الاب بعد ذلك ، فلا ينفذ الاقرار الا بتصديق الورثة ، واذا كان استحقاقه للارث بسبب حادث بعد

(1) كتاب الاحكام الشرعية - محمد قدري - مشار اليه في مرجع محمد كامل مرسي - ص 331 .
(2) انظر : محمد كامل مرسي - المرجع السابق - ص 331، وكذلك: محمد الزفزاف - ص 140 ،

الاقرار اعتبر المقر له اجنبيا اتفقا ، كما اذا اقر لامرأة اجنبية منه ، ثم تزوجها ومات وهي على ذمته ، استحققت جميع المقر به ، وان عارض الورثة (1) .

(4) ان يكون غيب وارث للمقر وقت الاقرار ووقت الموت ، بأن اقر لشخص غير قائم به سبب من اسباب الميراث ومات وهو كذلك ، ولو وجد السبب فيما بينهما ، اعتبر المقر له اجنبيا كما اذا اقر لامرأة اجنبية منه وهو مريض ثم تزوجها وطلقها وهي خارجة عن ذمته (2) .

ومما تقدم يرى ان الوارث بالنسبة الى الاقرار يخالف الوارث بالنسبة الى الوصية اذ في الوصية المعتبر في الوارث هو وقت موت الموصي بقطع النظر عن وقت الوصية .

وقد روي عن الامام احمد روايتان هما : ان المراد بالوارث من كان وارثا عند الاقرار ولذالو اقر لاخيه ولا ولد له ثم ولد له ابن لم يصح اقراره ، لانه كان عند الاقرار وارثا ، وان اقر لغير وارث ثم اصبح وارثا صح اقراره ، ووجه هذه الرواية ، هو انه قول تعتبر فيه التهمة فاعتبرت حال وجوده دون غيره كالشهادة ، ولانه اذا اقر لغير وارث ، ثبت الاقرار ، وصح لوجوده من اهله خاليا من تهمة ، فيثبت الحق به ، اما اذا اقر لوارث فانه يقع باطلا لاقتسار التهمة به ، فلا يصح بعد ذلك ، اما الرواية الاخرى ، فانه يعتبر الميراث وقت الموت لانه معنى يعتبر فيه عدم الميراث ، فكان الاعتبار فيه بحالة الموت كالوصية (3)

ترتيب ديون المرض :

الديون التي ليست متعلقة بالاعيان قبل الوفاة ، ليست لها مرتبة واحدة ، فمنها ديون الصحة ، ومنها ديون المرض ، وديون الصحة هي الديون التي تثبت في حال الصحة بالبيننة او الاقرار ، والديون التي تثبت بالبيننة في حال المرض ، والديون التي باشر المريض اسبابها في مرضه ، كثمان ما اشتراه ، او دين اقترضه في حال مرضه ، فهذه الديون كلها لاتعد ديون مرض لانها ثابتة في حال الصحة ، او ثابتة في حال المرض بحجة كاملة ، تثبت على الكافة ، ولا تعتبر حجة قاصرة ، اما ديون المرض فهي الديون الثابتة في حال المرض باقرار المريض في مرضه فقط من غير حجة سوى الاقرار الذي حدث في مرض الموت (4)

(1) محمد الزفزاف - المرجع السابق - ص 140 انظر كذلك : محمد كامل مرسي - ص 332 .

(2) شرح الاحكام الشرعية - محمد زيد - ج 2 - ص 333 وما بعدها .

(3) انظر المغنى لابن قدامه : ج 5 - ص 345 ، 346 .

(4) محمد ابو زهرة - احكام التركات و المواريث - ص 32 .

فديون الصحة مقدمة على ديون المرض ، اي ان المدين المستغرقة تركه بالدين تقدم ديونه التي تعلقت بذمته في مال الصحة من التركته ، ثم توعد ديون المرض ان بقيت فضله (1) ، والمراد بديون الصحة هنا ، دين الصحة مطلقا ، سواء أعلم بسبب معروف أم باقرار المقر فقط ، وسواء أكانت لوارث أم لا ، بعين أم بدين .

ولكن الديون التي تعلقت بذمة المريض بأسباب معروفة ، اي اسباب مشاهدة و معلومة عند الناس ، بغير الاقرار ، كالشراء و الاستقراض ، واتلاف المال فهي في حكم ديون الصحة . فاذا استقرض مالا في مرضه ، وعين الشهود دفع المقرض المال الى المستقرض ، واشترى شيئا وعين الشهود قبض المبيع ، او استأجر شيئا بمعينة الشهود ، فان هذه الديون تكون مساوية لدين الصحة ، وذلك لانها وجدت بأسباب معلومة ، لانه بالقرض والشراء ، لم يفوت على غرماء الصحة شيئا ، لانه يزيد في التركة مقدار الدين الذي تعلق بها ، ومتى لم يتعلق بالابطال نفذ مطلقا ، واذا كان المقر به شيئا من الاعيان فحكمه على هذا المنوال أيضا ، بمعنى انه اذا اقر واحد لأجنبي بأي شيء كان في مرض موته لا يستحق المقر له ما لم توعد ديون الصحة ، او الديون التي هي في حكم ديون الصحة التي لزمّت بأسباب معروفة (2) .

وقد قدمت ديون الصحة على ديون المرض ، لانه بمجرد مرضه مرض الموت ، تعلق حنق الدائنين بما في يده ، لانها حالة العجز عن الاكتساب غالبا ، فليس له ان يشرك فيه غيرهم و الحنفية وحسبهم الذين فرقوا بين ديون المرض و ديون الصحة ، اما جمهور الفقهاء فلم يفرقوا بين دين ثبت بالاقرار في حال المرض وغيره ، والاساس في ذلك عندهم ، ان حقوق الدائنين قد تعلقت بها ، فلا يلزمهم ما يثبت بالاقرار في حال المرض ، لان الديون في وقت الصحة محلها الذمة ، فكل اقرار بدين يجعل الذمة مشغولة به ، فاذا جاء المرض الذي اتصل بالموت فان كل دين يتعلق بالاعيان مع الذمة (3) .

ومن جهة اخرى فان الدين الذي يثبت بالاقرار وحده في حال المرض من غير اي قرينة توعد الاقرار ، يكون الاقرار فيه منطنة المحاباة ، والمحاباة في مرض الموت ، في حكم الوصايا

(1) المادة 1602 من مجلة الاحكام العدية - مشار اليها في مرجع محمد مرسي - ص 332 هامش "2"
(2) شرح الاحكام الشرعية - محمد زيد - ج 2 - ص 342 .
(3) محمد أبو زهرة - المرجع السابق - ص 33 .

وهي توخر عن الديون ، فمن اجل هذا كانت ديون الصحة مقدمة على ديون المرض ، بحيث اذا كانت التركة لا تكفي الدينين استوفيت منها أولا ديون الصحة، فان بقي شيء ، قسم بين اصحاب ديون المرض بنسبة ديونهم .

اما الامام الشافعي - فلم يفرق بين دين الصحة و دين المرض ، فقد جعلها متساويين لانها حقان يجب قضاؤهما من رأس المال ولم تختص احدهما برهن فاستويا ، كما لو ثبتا ببينة ، فكانا كما لو أقرهما في الصحة (1) ، والى هذا ذهب مالك أيضا .

وكذلك جمهور الفقهاء ، فلم يفرقوا بين ديون الصحة وديون المرض ، لان الاقرار حجة ملزمة لا تلغي الا اذا ثبت نقيضها ، فما لم يقد دليل على الكذب فيه فمضمونه ثابت ، وتعلق حيق الدائنين انما بثبت او ينكشف بالموت وهو حق فرضي اقتضاه الفرض ، فلا يتوسع فيه ، ولأننا لو ضيقنا الاقرار ، او ضيقنا حدوده ، لكان في ذلك تضيق على المريض في سبيل ابراء ذمته وتبريد جلده كما عبر الاثر (2) .

وعلى ذلك تكون الديون غير المتعلقة بالاعيان سواء ، فاذا كانت التركة لا تتسع لكل الديون وفيها ديون صحة ، وديون أقرب بها المريض ، فيكون لكل دائن مقدار بنسبة دينه من غير تفرقة بين دين صحة و دين مرض ، بل الجميع سواء .

وليس للمريض ان يقضي دين بعض عرمانه دون البعض ، ويبطل حقوق باقيهم ، ولو كان ذلك اعطاء مهر للزوجة ، او ابقاء اجرة بل يشارك الزوجة ومن يستحق الاجرة غرماء الصحة . وليستثنى من ذلك ما اذا أدى بدل ما استقرضه في مرضه او نفذ ما اشتراه فيه بمثل القيمة (لان الزيادة تبرع ، فتكون وصية) - اذا اثبت القبض والشراء بالبرهان .

وان لم يوءد ثمن ما اشتراه فيه ، او بدل ما استقرضه فيه حتى مات ، فالبائع أسوة الغرماء ما لم تكن العين المبيعة باقية في يد البائع ، فان كانت في يده يقدم على غيره (3) .

واما ابن حزم ، فانه يجعل تصرفات المريض كتصرفات الصحيح ، وان الاقرار من المريض كالاقرار من الصحيح ، وعليه لا يكون عنده دين مرض ودين صحة ، بل كله دين يجب وفاءه وبستوي الدين الذي اقربه في مرض وفي صحة ، وسواء في ذلك الوارث والاجنبي ولا فرق بين المرأة والرجل في الاقرار .

(1) انظر: المهذب : ج 1 - ص 363 .

(2) محمد ابو زهرة - المرجع السابق - ص 33

(3) محمد كامل مرسي - المرجع السابق - ص 334 .

المبحث السادس

طلاق المريض مرض الموت

بينما فيما تقدم تعريف المريض مرض الموت ، واختلاف الفقهاء فيه ، وذكرنا ام مرض الموت هو الذي يغلب فيه الهلاك ، ويتصل بالموت فعلا ، وسواء في ذلك ان يموت بسببه او بسبب آخر فيه ، وذلك لعدم القطع بموته بهذا السبب الآخر وحده ، وبيننا كذلك ان لشهادات الاطباء الحكم الفصل بشأن هذا المرض ، ثم عرفنا كذلك من يلحق بالمريض مرض الموت في احكامه ، التي غير ذلك مما ذكرنا ، والآن نريد ان نبين حكم طلاق المريض ، وما يترتب على هذا الطلاق من اشر في الميراث .

لم يختلف الفقهاء في ان طلاق المريض واقع ، سواء اكان رجعيا او بائنا ، لانه تصرف صدر من اهله مضافا الى محله ، ولكنهم اختلفوا اختلافا كبيرا في ارث مطلقة منه ، اذا كان بالطلاق بائنا ، ويتضح ذلك فيما بينه ابن حزم في "المحلي" من انه قد بلغت اراءهم فيه اثنى عشر رأيا (1) ، وكلها لا تسند لها الا النظر والاجتهاد .

فاذا كان الطلاق رجعيا ثم توفى وهي لا تزال في عدتها ، فانهم اتفقوا على ارثها منه ، لان الزوجية التي هي سبب الارث لا تزال باقية ، وان كان بعض آثار الزوجية قد زال كقربائهم منها ، فهو في الارث حكمه حكم الصحيح تماما (2) ، وكذلك اذا توفيت هي في العدة .

ولذلك يقول ابن المنذر : " اجمع اهل العلم على ان الزوجين يتوارثان في عدة الطلاق الرجعي ، ولم يفرق بين صحيح و مريض ، واذا كان الطلاق بائنا من صحيح فلا توارث بين الزوجين أيضا ، اذا مات أحدهما عقب هذا الطلاق قبل انقضاء العدة ، لان النكاح الذي هو سبب الميراث قد انقطع .

اما اذا كان الطلاق البائن من مريض ، فهو موضع الخلاف بين الفقهاء ، من حيث الارث وعدمه ، وكذلك اذا كانت الغرقة من جهتها وكانت مريضة ، فانه قد حصل الخلاف بينهم في ارثها ايضا .

(1) "المحلي" - ح 10 - ص 218 - 230 ، مشار اليه في محمد الزفزاف - ص 176 هامش "1"
(2) انظر : محمد ابو زهرة - احكام التركات و الموارث - ص 126 وكذلك محمد الزفزاف المرجع السابق ص 174 - 175 .

فمن كان مريضاً مرضاً يغلب عليه الموت ، او واقعا في حالة يغلب عليه خوف الهلاك فيها و أبان امرأته وهو كذلك طائعا مختارا ، بلا رضاها ، ومات في مرضه أو وهو في تلك الحالة الخطرة بذلك السبب او بغيره ، والمرأة في العدة ، فانها ترث منه اذا استمرت أهليتها للارث من وقت الابانة الى الموت (1) ، لانه لما أبانها اعتبر احتياطيا فاراوها ربا ، فيرد عليه قصده ، ويثبت لها الارث (2) ، فان برىء الزوج من مرضه او زالت عنه تلك الحالة ، ثم مات بعلة او حادثة أخرى ، وهي في العدة فانها لاترثه . ولكنه لا يرثها وهي في العدة ، لعدم تهمتها ، اذ هو الذي فوت على نفسه الارث بطلاقها ، واشتروا لاعتباره فارا عدة شروط هي (3) :-

الأول :

أن يبنيهما بطلاق أو فسخ في مرض الموت ، ويموت وهي في العدة وانما يكون فارا بالبائن دون الرجعي ، لان الرجعي لا يقطع الزوجية ، واما لزوم الموت في العدة فلانه اذا توفي بعدها لا يكون هناك سبب يبني عليه ارثها ، اذ ارثها انما يكون باعتبار وجود اثر من آثار الزوجية .

الثاني :

ان تبقى الزوجة اهلا للميراث من حين الابانة الى وفاته ، فلو لم يكن ذلك لارثت ، بأن تكون كتابية حين الطلاق وهو مسلم ، لانه لا يكون فارا ، ضرورة انه لا توارث بينهما او ان تكون مسلمة حين طلقت و لكنها ارتدت بعد الطلاق وقبل وفاته ، لانها هي التي اسقطت حقها في الميراث ، بارتدادها ، لان حقها لا يتعلق بالتركة ميراثا الا بعد وفاته .

الثالث :

الاتكون هي التي قد سألته الطلاق ، او لا تكون راضية به ، ولا يكون مكرها عليه لان ركن الفرار هنا لم يتحقق .

(1) انظر : التركة والحقوق المتعلقة بها : الشيخ احمد ابراهيم - ص 1105 وما بعدها .
(2) طعن رقم 15 لسنة 40 قضائية احوال شخصية (مصري) جلسة 7 يناير 1976 مجموعة المكتب الفني ص 146
(3) انظر : محمد الزفزاف : المرجع السابق - ص 175 .

وقد قالوا : كما يكون الزوج فارا تكون الزوجة فارة ايضا ، ان لم يرض الزوج بذلك ولعلنا نتساءل كيف تكون فارة بفرقة من قبلها ، مع ان الطلاق له ؟ وتدوول غرابية هذا اذا علمنا ان لها حق خيار البلوغ ، فاذا بلغت وهي مريضة فاخترت نفسها تكون فارة وكذلك اذا فعلت مختارة ، بأحد أصوله او فروعه ما اوجب حرمة المصاهرة ، كان تكون قد مكنته من نفسها ، وهي في مرض موتها ، لانها تصبح محرمة عليه ، وتعتبر فارة من الميراث ويستحق زوجها الميراث ، ان ماتت وهي في العدة ، لانها قصدت الحرمان من الميراث بفعلها فيرد عليها قصدها (1).

ويرجع سبب ارث الزوجة المطلقة باثنا بعد استكمال الشروط الى مايلي :-

(1) أنه بابانها يعتبر فارا من ان ترثه ، ولو بحسب الظاهر فيرد عليه قصده السيء وقال الشافعي : لا ترث لان الزوجية قد بطلت بالطلاق البائن وهي السبب في الارث وكيف ترثه هي اذا ماتت وهي في العدة ، ولا يرثها هي اذا ماتت وهي في العدة فاذا اعتبرنا الزوجية قائمة فلتكن بالنسبة لهما جميعا ، وان اعتبرناها منقطعة فبالنسبة لهما جميعا .

ورد عليه بأن الزوجية ، هي سبب ارثها منه في مرض موته ، والزوج قصد ابطال ذلك بابانها ، فيرد عليه قصده ، دفعا للضرر عنها ، والزوج اذا كان مريضا لا يتعلق له حق في مال زوجته الصحيحة ، فلا يرثها اذا ماتت ، اما لانه لم يتعلق خقه بمالهها واما لانه رضي بحرمانه من الارث حين أقدم على الطلاق البائن ، وفي اعتقادنا أن هذا الرأي افضل اشموله وظهوره بخلاف الرأي الأول .

(2) اذا كان الطلاق رجعيًا ، فلا يعتبر فارا لانها ترثه في عدة الطلاق الرجعي على كل حال .

(3) ولو طلقها مكرها ، فلا ترثه لانه مضطر ، فلا يعتبر فارا ، وكذلك لو كانت الابانسة

برضاها لما فيها انتفاد للتهمة (2)، ويشترط ان يكون الاكراه بوعيد تلف فلو كان

بحبس او قيد يصير فارا ، وللعلماء في هذا الشأن قولان :-

(1) انظر : محمد ابوزهرة - احكام التركات والمواريث - ص 129 .

(2) انظر : التركة والحقوق المتعلقة بها - الشيخ احمد ابراهيم ، ص 1106 .

الأول :

إنها تترث لأن الإكراه لا يوءثر في الطلاق بدليل وقوع طلاق المكره على ما هو مذهب الحنفية وهو خلاف المعمول به .

الثاني :

ينبغي ألا تترث للجبر ، إذ لو أكره شخص على قتل مورثه يرثه ، وإذا كان (المكره) وارثا فلا يرث المقتول ، ولو لم يكن القتل منه ، لأنه وقع باكراهه ، وقد رجح البعض الرأي الأول، وعلتهم في ذلك أن حقها متعلق في ارثه بمرضه ، ولم يوجد منها ما يبطله إلا إذا كانت هي التي أكرهته على طلاقها (1)

ويرجح البعض الرأي الثاني ، لأن ارث من أبانها في مرضه لرد قصده عليه وهو فراره من ارثها - ومع الإكراه لم يظهر منه فرار ، فيعمل الطلاق عمله فلا ترثه ، كما أن علة عدم ارث القاتل لمورثه ، قصده تعجيل الميراث ، فيرد قصده عليه ، وإذا كان مكرها لم يظهر هذا القصد فيرثه مع أن القتل محظور عليه بخلاف الطلاق فإنه غير محظور عليه مع الإكراه (2)

(4) واشتراط موته في المرض أو وهو في هذه الحالة الخطيرة بالسبب القائم أو بغيره كأن قتل في مرضه مثلا ، أو وهو على لوج سفينة قد غرقت و تكسرت : لأنه إذا مات بالسبب فموته حاصل بسبب متصل بالموت ، وإذا مات بالامر الآخر ، كالقتل في المشال المتقدم ، فالموت متصل أيضا بالسبب الأول لأنه لم يزياله حتى مات (3) .

أما إذا صح من مرضه ثم مرض ثانيا ومات وهي في العدة ، فلا ترثه ، لأنه بالصحة تبين أن لاحق لها في ماله .

(5) وإذا لم تكن المرأة في العدة وقت موته ، بل مات بعد انقضاء عدتها فلا ترثه ، إذ لا ميراث بعد انتهاء العدة ، وكذلك لو كان الطلاق قبل الدخول ، فلا ترثه لأنها لأعدة عليها .

(1) انظر : احكام التركات والمواريث - محمد ابو زهرة - ص 127 .

(2) انظر : الفتاوي الهندية : ح 6 - ص 112 ، وكذلك الفصولين ح 2 - ص 244 .

(3) انظر : التركة والحقوق المتعلقة بها ، الشيخ احمد ابراهيم - ص 1107 .

وذهب احمد وابن ابي ليلى الى ان المطلقة طلاقاً بائناً في مرض المطلق الذي قصد بطلاقه الفرار من الميراث يكون لها الحق في الارث ، ولو انتهت العدة ، فلو مات بعد انتهائها ترثه الا اذا كانت قد تزوجت قبل موته ، وذلك ليرد عليه قصده ، فترث مالم يوجد/فرض الزوجية بينه وبينها قطعاً تاماً ، وذلك بأن تتزوج من غيره قبيل موته ، لانها بتزوجها من غيره لا يمكن تصور قيام الزوجية الاولى التي ترث بها ، اذ لا يتصور ان تكون لها زوجية من اثنين (1).

وقال مالك : ان حقها في الارث لا ينقطع ، ولو تزوجت قبل موته ، لان القصد بالاشم سرود على صاحبه ، اذا قامت القرائن المثبتة له ، وقد قصد حرمانها من الميراث فيرد عليه قصده ، بثبوت حقها من غير زوال ، كما لو لم يطلقها .

هذه اربعة مذاهب في طلاق المريض اوسطها مذهب ابي حنيفة وعليه يسير العمل

(6) واشترط استمرار اعليتها للارث من وقت الابانة الى ان يموت لاجرا حالتين :

الأولى :

ما اذا كانت المرأة ، وقت الابانة كتابية والزوج مسلم لانها في هذه الحالة ليس لها تعلق بمال زوجها المريض - كما سبق أن قلنا - حتى يقال انه قصد حرمانها منه ، فيرد عليه قصده ، فلو اسلمت بعد الابانة ، ومات قبل انقضاء عدتها وهي مسلمة ، فلا ترثه للمعنى الذي سبق ذكره .

الثانية :

ان يكون الزوجان مسلمين وقت الابانة ثم تترد الزوجة عن الاسلام ، ثم تعود اليه وهي في العدة ، فاذا مات زوجها قبل انقضاء عدتها فلا ترثه ، وذلك لانه لما أبانها في الوقت الذي تعلق حقها فيه بماله ، رد عليه قصده (ولو بحسب الظاهر) فيكون لها الحق في ان ترثه لكنها بردتها أسقطت حقها في الارث ، وذلك مانصت عليه المادة (138) من قانون الاسرة الجزائري بقولها : "يمنع من الارث اللعان والردة".

إذا فالردة تبطل اهلية الارث فلا يعود حقها في الارث ، فلا يرث المرتد احدا فاذا اسلمت بعد ذلك ، فلا يعود حقها في الميراث ثانيا لان الساقط لا يعود (1).

ويفهم مما تقدم ان المرأة ترث من زوجها اذا لم يكن بها مانع من الميراث في الصور الآتية :-

(أ) - اذا طلبت من زوجها وهو مريض مرض الموت ان يطلقها طلاقا رجعيا فأبانتها بالثلاث او بما دونها لان ما طلبته لا يحرمها من الميراث بخلاف ما فعل .

(ب) - اذا لاعنها في مرضه وفرق بينهما ، لان سبب الفرقة في اللعان يضاف الى الزوج لاضطرار الزوجة لدفع عارا لزنبي عن نفسها ، وكذا اذا قذفها وهو صحيح ولاعنها وهو مريض (2).

(ج) - اذا آلى وهو مريض ، ومضت مدة الايلاء في المرض حتى باتت منه بعدم قربانه اياها لان الايلاء ، بمنزلة تعليق الطلاق بمضى المدة ، فاذا مضت ولم يقربها ، دل ذلك ولو بحسب الظاهر على انه يريد حرمانها من الارث ، واما اذا آلى منها وهو صحيح ، ثم باتت بالايلاء وهو مريض ، فلاترث لعدم قصده حرمانها من الارث وقت الايلاء . ولا ترث منه في الصور التالية :

(أ) - اذا طلقها رجعيا ، او لم يطلقها ، وفعلت مع احد أصوله أو فروعه ما يوجب حرمة المصاهرة ، بغير تحريض من الزوج على ذلك لان الفرقة جاءت من قبلها .

(ب) - اذا اختلعت منه برضاها ، او اختارت نفسها بالبلوغ ، او وقع التفريق بينهما باللعنة ونحوها ، بناء على طلبها لمجيء الفرقة من جهتها (3) .

(ج) - اذا ابانتها وهو محبوس بقصاص ، او محصور في حصن او في صف قتال ، او في سقينة قبل خوف الغرق ، او في وقت فشيء فيه الوباء ، او وهو قائم بمصالحة خارج البيت مشتكيامن ألم ، لان هذه الاحوال لا يغلب فيها الهلاك (4) .

وفي رأينا : ان المريض وهو في مرض موته ، يحس بدنو اجله وقضاء نحبه و انتهاء حياته ، فاذا وقع الطلاق سواء كان رجعيا او بائنا ، فانما يقع منه بقصد ، ولذلك يجب ان يرد

(1) انظر : الشركة والحقوق المتعلقة بها : للشيخ احمد ابراهيم ص 1108 .

(2) انظر : الهداية وفتح القدير وشرح العناية : 3 ص 183 .

(3) ابن عابدين - 3 - ص 385 .

(4) احمد ابراهيم : المرجع السابق - ص 1109 .

عليه قصده ، ويحق للزوجة ان ترث في اية حالة كانت ، حتى ولو تزوجت بزواج غيره .

مباشرة الزوجة سبب الفرقة :

واذا باشرت الزوجة سبب الفرقة وهي مريضة مرض الموت او في حكم ذلك ، كأن اختارت نفسها بالبلوغ او ارتدت ، او فعلت ما يوجب حرمة المصاهرة مع احد اصول الزوج او فروعه ، وماتت وهي في العدة ، فان الزوج يرثها لانها فارة فيرد عليها قصدها السيء ولو ظاهرا بحرمانها اياه من ميراثها بعد ان تعلق حقه به (1).

خلع المريضة مرض الموت :

المرأة كالرجل في التبرعات ، وعلى هذا اذا خالعت المرأة المريضة زوجها ، اوطلقها على مال يكون هذا التزاما منها بالعوض تبرعا منجزا ، والتبرعات تأخذ حكم الوصية ، وانما كان هذا تبرعا ، لانها حينئذ خرجت من رباط الزوجية يكون بضعهما غير متقدم . وقد ذهب بعض الفقهاء - الى ان هذه الوصية تنفذ في حدود ثلث تركتها بعد سداد الديون ، ولا تصح الزيادة على الثلث الا باجازة الورثة ، واذن لا يكون للزوج الذي خالعتها الا ما يخرج من الثلث ، فاذا كان ما يرثه الزوج منها النصف ، بان ماتت دون ولد ، وكانت وفاتها في العدة ، فان الزوج انما يستحق بدل الخلع في حدود الثلث ، اما اذا كان ميراثه الربع بأن ماتت عن ولد وكانت وفاتها في العدة فيجب الايزيد بدل الخلع على مقدار ميراثه منها ، وهو الربع ، وذلك دفعا لتهمة انها انما خالعت في مرض موتها لتزيده على ما يستحق من التركة بالميراث ، وفي هذا ايثار له على باقي الورثة ، وذلك وصية ، وهي لاتجوز لو ارث (في بعض القوانين العربية) .

اما اذا كانت وفاتها بعد انتهاء العدة - فان الزوج يستحق البديل في حدود الثلث دون النظر الى مقدار ما يرثه منها ، لان سبب الارث قد زال بانقطاع صلة الزوجية انقطاعا تاما .

واما اذا برعت فانه يستحق بدل الخلع بالغا ما بلغ دون تقييد بالثلث ، لانه قد ظهر ان الخلع قد تم في حال الصحة . (2) .

(1) انظر التركة والحقوق المتعلقة بها - الشيخ احمد ابراهيم - ص 1110 .

(2) انظر : محمد الزفزاف : المرجع السابق - ص 180 .

وقد ذهب البعض الآخر الى ان للزوج بدل الخلع في حدود ميراثه منها ، ويرد الزائد ولا توارث بينهما ، وسواء في ذلك ان تموت في عدتها او بعدها ، وذلك اذا لم تبرأ من مرضها فان برئت استحق جميع البديل ، وقد ذهب بعض المالكية الى وقوع الطلاق، ولا يستحق الزوج حينئذ شيئا من البديل ولا توارث .

وقد ذهب الشافعي - الى ان خلع المريضة صحيح ، ويلزمها بدل الخلع في مالها، بشرط الا يزيد على مهر المثل ، اما اذا زاد فان هذه الزيادة لا يستحقها الزوج ، الا اذا خرج من ثلث تركتها ، وسند ذلك ان بدل الخلع الى مهر المثل لا يعد تبرعا، بل هو معاوضة ، فينفذ ما كان خاليا من المحاباة ، وهذا انما فيما قابل مهر المثل فأقل .

- اما ما زاد فهو محاباة في مرض الموت ، فيعتبر وصية لاجنبي ، فيلزم الا يزيد على الثلث ولذا لو كان الزوج ابن عمها وورثها بالتعصيب توقف الزائد على مهر مثلها ، فان اجازة الورثة استحقه ، والا، فلا أما ما يقابل مهر المثل فانه ينفذ من رأس المال(1) .

ومما تجدر الإشارة اليه ان التصرفات التي تكون محلا لطعن الورثة ، هي التصرفات المالية المحضة ، والتي يكون فيها نقص لرأس المال ، و لا تكون قضاء لحاجاته الاصلية ، وقد تكلمنا عن بعضها بالتفصيل ، ويخضع معها كل تصرف قانوني في مرض الموت - ويكون تبرعا - لاحكام الوصية . وقد وجدنا لزاما علينا ان نسوق في النهاية هذا المبحث التصرفات التي لا تكون محلا للطعن فيها من الورثة ، فتنفذ ولا تحتاج الى اجازة الورثة بعد وفاته .

(أ) النكاح :

فينعقد النكاح من المريض نافذاً متوقفاً على اجازة أحد ، ولو مات في مرضه هذا ، ما كان لورثته ان يتعرضوا لزوجته بنقض (2) ، ويشيث لزوجها مهرها بشرط الا يزيد عن مهر المثل فان زاد اخذت الزيادة حكم التبرع ، و ان مات وهي زوج له ، فالزيادة تأخذ حكم الوصية واذا تزوجها بمهر المثل او أقل منه ، اولم يسم شيئا يثبت لها ماسمي او مهر المثل، ويكون ديننا عليه في حكم ديون الصحة ، وهي التي تثبت عليه في صحته او في مرضه ببينة صحيحة ولم يثبت باقراره منفردا ، وانما جاز نكاحه ، لان النكاح من التصرفات التي لا يعد المال فيها مقصودا (3) .

(1) محمد الزفزاف - المرجع السابق - ص - 180 .

(2) - جامع الفصولين - ج2 - ص 386 .

(3) محمد ابو زهرة - الملكية و نظرية العقد ، ص 363 .

(ب) شراء الادوية و حاجاته التي لا يستغنى عنها ، سواء أكانت من أجنبي أم من وارث ، مادام لم يكن هناك محاباة في الشراء ، فإذا خلت من المحاباة بأمن اشتراها بقيمتها أو بغيره يسير يتغابن الناس في مثله عادة فالتصرف نافذ غير قابل للنقض ، فإن كان في التصرف غبن فاحش لا يتغابن فيه الناس عادة ، كان ذلك تبرعا قابلا للنقض من الدائنين ومن الورثة كل لحفظ حقه (1).

(ج) كذلك ليس محلا للطعن أيضا ، العقود الواردة على المنافع كالأجارة و الاعارة ، لأن حق الدائنين يتعلق بالاعيان نفسها ، فيملك المريض أن يوعجر لغيره ، وأن يعير أعيان تركته لغيره ، وليس لورثته بعد موته أن يعودوا على اجارته فينقضوها ، وعلى من اعسار له عينا مدة أن يطالبوه بعوض ما انتفع ، وذلك لأن له التصرف المطلق من المنافع ، لأن المنافع خالصة لصاحب الاموال ، ومن جهة ثانية فالمقرر عند أبي حنيفة ، وأصحابه أن العقود على المنافع تبطل بمجرد موت أحد العاقدين (وبذلك خالف أبو حنيفة بقية الأئمة) فإذا مات المريض في مرضه فقد بطلت من تلقاء نفسها اجارته و اعارته ، فالعقود على المنافع اذن ، لا تمس حقوق الورثة في حال من الاحوال ، فلا حاجة الى اجازتهم ، ومشمل الاجارة والاعارة والمزارعة و المساقاة ، لأن هذه كلها عقود على المنافع وهي سائغة له لا يتصل بها حجر (2)

عقود الشركة x

=====

(د) فإذا عقد شركة مع غيره ، فالعقد صحيح ، ولو كان فيه غبن عليه ، بالنسبة للربح ، لأن حقوق الورثة و الدائنين تتعلق بروءوس اموال الشركة ، و لا تتعلق بأرباحها ، اذا ان ارباحها كمنافعها لصاحبها ، و عقد الشركة في ذاته لا يضير الورثة في شيء ، لأنه بمجرد وفاته يبطل العقد .

هذه هي القواعد التي وضعها الشريعة الاسلامية لكي تحتاط للدائنين و للورثة من ان يمس المريض مرض الموت حقا من حقوقهم في اثناء مرضه ، فجعلت لهم حق الطعن في كل تصرف يمس حقوقهم .

(1) انظر : احكام التركات والمواريث - محمد ابوزهرة - ص 15 .

(2) الملكية و نظرية العقد - محمد ابوزهرة - ص 364 .

الفصل الثاني

موقف ورثة مريض الموت

هل يعتبرون من الغير ؟ ومتى يعتبرون

قبل ان نبحث في موقف الورثة من مورثهم مريض الموت ، و نبين متى يعتبرون من الغير ومتى لا يعتبرون كذلك ، لا بد من البحث اولاً عن معنى الغير ، ومفهومه في القانون ، وذلك على سبيل المثال ، وليس على سبيل الحصر .

ولذلك سنقسم هذا الفصل الى مبحثين ، الاول : وسنتكلم فيه عن : من هو الغير في المفهوم القانوني ، والثاني : سنتناول فيه : متى يعتبر الورثة من الغير ؟

المبحث الاول

من هو الغير في المفهوم القانوني ؟

- تنص المادة " 328 " ق.م. جزائري على مايلي :-
- " لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه الا منذ ان يكون له تاريخ ثابت ، ويكون تاريخ العقد ثابتا ابتداء :
- من يوم تسجيله .
 - من يوم شوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام .
 - من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص .
 - من يوم وفاة احد الذين لهم على العقد خط وامضاء .
- غير انه يجوز للقاضي تبعاً للظروف ، رفض تطبيق هذه الاحكام فيما يتعلق بالمخالصة . ونجد ان هذه المادة قد جاء في فقرتها الاولى : " لا يكون العقد العرفي " وفي اعتقادنا ان المقصود بهذا اللفظ .. الورقة العرفية " لانها قد وردت كذلك في جل القوانين العربية الاخرى ، ومنها على سبيل المثال ، المادة " 395 " ق.م. مصري (1)

(1) الغيت المواد من " 389 الى 417 " من القانون المدني المصري ، بقانون رقم 25 لسنة 1968 . الصادر بقانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية الذي نص على الغاء الباب السادس من الكتاب الاول من القانون المدني - الجريدة الرسمية عدد " 22 " بتاريخ 20 / 05 / 1968 .

والتي اصبحت هي المادة "15" من قانون الاثبات ، وهي تطابقها في معظم فقراتها .
ومن نص المادة "328" ق.م. جزائري نستطيع ان نحدد مفهوم الغير مع الاستعانة
ببعض التعاريف التي ساقها بعض فقهاء القانون .

فقد جاء تعريف الاستاذ سليمان مرقس عن الاشخاص الذين يعتبرون من الغير بأنهم
" هم الذين يكتفي منهم بالتمسك بعدم ثبوت تاريخ المحرر العرفي بوجه رسمي ، ولايطالبون
باقامة الدليل على عدم صحته ، فهم كل شخص لم يكن طرفا في المحرر ولا ممثلا فيه ، وكان
حاصلا - بمقتضى تصرف صادر من احد المتعاقدين بذلك المحرر او بمقتضى نص في القانون -
على حق خاص متعلق بمال معين ، من اموال الشخص الملتمزم بهذا المحرر بحيث يورث في
هذا الحق التصرف المدون في المحرر العرفي لو صح ان تاريخه سابق على تاريخ هذا الحق(1).
ومن التعريف السابق نستنتج ان الاشخاص المعتمدين من الغير هم :-

أولا : الخلف الخاص :

وهو يعتبر من الغير في بعض الحالات ، فهو من يخلف سلفه في عين معينة بالذات لافي
مجموع من المال(2) ، لانه بحسب تعريفه يكون شخصا تلقى من آخر حقا متعلقا بمال معين من
اموال الشخص الآخر ، ولان مركزه بالنسبة الى تصرفات سلفه المتعلقة بهذا المال ذاته يتوقف
على تاريخ تلك التصرفات ، فان كانت سابقة على تلقيه حقه اعتبر خلفا للمتصرف وتعدى اليه
اثرها ، والا اعتبر من الغير بالنسبة اليها ولم ينصرف اليه اثرها ، فيهمه اذن تعيين تواريخ
تلك التصرفات بالنسبة الى تاريخ حقه هو ، ويضار بالغش الذي يقع من جراء تقديم هذه التواريخ(3) ،
ولكي يحصيه القانون من هذا الغش اشترط ثبوت هذه التواريخ بصورة رسمية حتى يمكن الاحتجاج
عليه بها ، ولذلك فان مشتري العقار يعتبر من الغير فيما يتعلق بتاريخ عقود الايجار العرفية
الصادرة من البائع الى آخرين ، فلا تنفذ في حقه هذه العقود الا اذا كان لها تاريخ ثابت
سابق على التاريخ الثابت للبيع وقد جاء في حكم المادة "511" ق.م. جزائري ، ضميا ما يوعيد
ذلك حيث نصت على انه " اذا انتقلت ملكية العين الموعجة اختيارا او جبرا الى شخص آخر
فيكون عقد الايجار نافذا في حق هذا الشخص "

- (1) انظر سليمان مرقس : اصول الاثبات و اجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري 1¹ ص 247.
- (2) انظر السنهوري : مصادر الحق في الفقه الاسلامي - المجلد الثاني - ص 5 - ص 10.
- (3) سليمان مرقس : المرجع السابق - ص 247

ويتضح من نض هذه المسادة ان المشرع قد افترض ضمينا ان تاريخ عقد الايجار ثابت ومتقدم على تاريخ عقد البيع ، الا ان المادة " 604 " ق.م.م. مصري وهي المقابل للمادة " 511 " ق.م.م. جزائري ، ذكرت ذلك صراحة اذ نصت على مايلي :-

(1) - اذا انتقلت ملكية العين الموعجة اختيارا او نجبرا الى شخص آخر ، فلا يكون الايجار نافذا في حق هذا الشخص ، اذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذي نقل الملكية .

(2) - ومع ذلك يجوز لمن انتقلت اليه الملكية ان يتمسك بعقد الايجار ولو كان هذا العقد غير نافذ في حقه ،

وكذلك مشتري المنقول المرهون يعتبر من الغير فيما يتعلق بتاريخ الرهن، فلا ينفذ في حقه ، اذا لم يكن له تاريخ ثابت قبل التاريخ الثابت للبيع، وقد نصت المادة " 969 " من ق.م.م. جزائري على ذلك بقولها : " يشترط لنفذ رهن المنقول في حق الغير الى جانب انتقال الحيازة الى الدائن ، ان يدون العقد في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بيانا كافيا ، ويحدد هذا التاريخ الثابت مرتبة الدائن المرتهن " ، وتقابلها المادة " 1117 " ق.م.م. مصري .

فاذا ارتهن المنقول دائنان متعاقبان ، اعتبر كل منهما " غيرا " بالنسبة الى تاريخ الاخر فلا يحتج عليه الا بالتاريخ الثابت ، ومن ثم كان التاريخ الثابت هو الذي يحدد مرتبة الدائن المرتهن ، واذا كانت عقودهم جميعا ثابتة التاريخ ، فتحدد مراتبهم وفقا لترتيب التواريخ الثابتة (1) .

وفي حوالة الحق ، اذا احال الدائن حقه الى آخر ، وقام المحال اليه بإعلان المدين بالحوالة او حصل من هذا الاخير على قبول بالحوالة ثابت التاريخ ، فانه يعتبر " غيرا " بالنسبة لشبوت تاريخ قبول المدين نفسه لحوالة أخرى .

(1) انظر : السنهوري : الوسيط - ج 2 - ص 222 . وفي هذا المعنى أيضا ، سليمان مرقس المرجع السابق - ص 249 .

وقد نصت المادة "241" ق.م. جزائري على ذلك بقولها : " لا يحتج بالحوالة قبل المدين او قبل الغير الا اذا رضي بها المدين، او اخبرها بعقد غير قضائي (1)، غير ان قبول المدين لا يجعلها نافذة قبل الغير الا اذا كان هذا القبول ثابت التاريخ"، وحكم هذه المادة هو نفس الحكم الذي جاءت به المادة "305" ق.م. مصري .

وكما هي الحال اذا رهن الدائن دينه الى آخر وقام المرتهن باعلان المدين بالرهس او حصل منه على قبول به ثابت التاريخ ، فانه يعتبر " غيرا " بالنسبة لثبوت تاريخ قبول المدين نفسه رهنا آخر للدائن ذاته ، اي انه لا يحتج عليه بتاريخ قبول المدين هذا الرهن الآخر مادام غير ثابت بصفة رسمية ، وفي هذا المعنى نصت المادة "961" ق.م. جزائري على انه : " يجب لتنفيذ الرهن في حق الغير ان يكون الشيء المرهون في يد الدائن ، او الأجنبي الذي ارتضاه المتعاقدان .

- ويجوز ان يكون الشيء المرهون ضامنا لعدة ديون ،
وفي هذا المعنى ايضا جاءت المادة "1123" ق.م. مصري .

ثانيا :

الدائنون المرتهنون وذوو الحقوق المقيدة الاخرى من وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية بالنسبة للمحركات المثبتة لتصرفات متعلقة باستغلال العقار الذي سجل بصدده تنبيه نزع الملكية (2) .

ثالثا :

الدائنون المقيدون التالون بالنسبة الى المحركات المثبتة للاتفاق على الوفاء مع الحلول بين دائن مقيد متقدم عليهم و بين الموفي له بدينه ، اذ يشترط القانون لصحة الوفاء مع الحلول في هذه الصورة ، الا يتأخر الاتفاق على الحلول عن وقت حصول الوفاء وقد نصت المادة "262" ق.م. جزائري على ذلك بقولها : " يتفق الدائن الذي استوفى حقه من غير المدين مع هذا الغير على ان يحل محله ، ولو يقبل المدين ذلك ، ولا يصح ان يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء" ، وتقابل هذه المادة "327" ق.م. مصري فاذا ثبت حصول الوفاء في تاريخ معين، كان للدائنين

(1) ويرى استاذنا الدكتور علي سليمان بأن صحة التعبير هي : بعمل غير قضائي او باعلان .

(2) سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 249 .

وقد قضت محكمة النقض المصرية : " بأن تسجيل التنبيه بنزع الملكية لا ينشئ للدائن العادي نازع الملكية حقا عينيا علي العقار يجوز له (باعتباره غيرا) أن يتمسك بعدم تسجيل التصرفات الضارزة هو المدين . في تسجيل التمديد ، في صدر الاحتجاج لعدم نفاذ تلك التصرفات .

المقيدون التاليين للدائن الموفي له ان يتمسكوا باعتبارهم "غيرا" بعدم ثبوت تاريخ الاتفاق على الحلول (1) ، وكذلك الدائنون المقيدون بالتأويل بالنسبة الى اتفاق المدين مع آخر على اقراضه مبلغا يوفي به دين الدائن وبالنسبة الى المخالصة التي يفي بموجبها المدين بحق هذا الدائن المتقدم و التي يذكر فيها ان الوفاء كان من المال الذي قدمه المقرض ، وهذا ما نصت عليه المادة "263" ق.م. جزائري بقولها : "يجوز ايضا للمدين اذا اقترض ما وغي به الدين ان يحل المقرض محل الدائن الذي استوفى حقه ، ولو دون رضا هذا الاخير، على ان يذكر في عقد القرض ان المال قد خصص للوفاء ، وفي المخالصة ان الوفاء كان من هذا المال الذي اقترضه الدائن الجديد" و تقابل هذه المادة "م. "328" ق.م. مصري فيجوز لهؤلاء الدائنين التاليين باعتبارهم من الغير في معنى المادة "328" ق.م. جزائري ان يتمسكوا بعدم ثبوت تاريخ الاتفاق بين المدين والمقرض او تاريخ المخالصة المثبتة للوفاء، لان لهم حقوقا على العقار الضامن للوفاء تتعارض مع حق الحلول الذي تشبهه للدائن الجديد المحزرات المتضمنة الاتفاق على القرض او حصول الوفاء بالمال الناتج من هذا القرض(2)

رابعاً : الدائنون العاديون :

الذين اتخذوا اجراء يرتب عليه القانون تعلق حقهم بجمال معين من اموال المدين، هو المال ذاته موضوع التصرف المدون في المحرر العرفي ونعددهم فيما يلي :-

(=) في حقه ، بل كل ما في الامر هو ان هذا الدائن يصبح بهذا التسجيل ممن يشملهم لفظ "الغير" فلا يصح الاحتجاج عليه بالعقود العرفية ، الا اذا كان تاريخها ثابتا قبل تاريخ تسجيل التنبيه (حكم في 9 جانفي 1933 ملحق مجلة القانون والاقتصاد 3 - ص 73)

(1) سليمان مرقص : المرجع السابق - ص 250 .

انظر كذلك : السنهوري : الموجز في النظرية العامة للالتزامات - ص 669 - 670 . هامش "1" .

(2) سليمان مرقص - المرجع السابق - ص 250 .

(1) - الدائن الحاجز :

ان الدائن الحاجز يعتبر بالنسبة الى المال المحجوز من الغير لانه يكون في وضع الخلف الخاص ازاء هذا المال ، وهو ان لم يكن كالخلف الخاص ذاقق عيني في المال المحجوز اذ لا يزال حقه شخصيا ، الا انه ركز حقه في هذا المال بالحجز، واصبح القانون يحميه من تصرفات مدينه التالية للحجز كما يحمي الخلف الخاص (1)، وهو يعتبر من الغير بمجرد توقيع الحجز، وذلك في صدد الاموال والحقوق التي وقع الحجز عليها، ولما كسان الحجز يتم بمقتضى ورقة رسمية ثابتة التاريخ - فان اي تصرف يتم من جانب المدين المحجوز عليه ويتمسك بصحته و نفاذه لايعتد به ، الا اذا كان ثابت التاريخ قبل توقيع الحجز - هذا مالم يتطلب القانون تسجيل التصرف او قيده ، واذن فالاصل في تصرفات المحجوز عليه غير ثابتة التاريخ قبل الحجز انها قد تمت بعد توقيع الحجز، وهذا الغرض غير قابل لاثبات العكس ، حتى لو كان المحرر يحمل تاريخا عرفيا سابقا على الحجز ، اما غير الحاجز من دائني المدين ، فان تصرفه الذي يتم - ولو بعد الحجز - يسري و ينفسد في حقهم (2) ،

وسواء كان المال المحجوز عليه منقولاً او عقاراً، او دينا لمدينه في زينة الغير، اذ ان القانون يرتب على الحجز حبس المال المحجوز ووضعه تحت يد القضاء على ذمة الدائنين الحاجزين حتى يستوفوا من ثمنه حقهم .

(2) - الدائن الذي يتدخل في اجراءات التنفيذ بعد توقيع الحجز من غيره على مال معين من اموال مدينه وقبل توزيع ثمن المال المحجوز، لان القانون يرتب لهذا الدائن مثل حقوق الدائن الحاجز (4) .

- (1) السنهوري : الوسيط - 2 - 223 .
- (2) احمد ابو الوفا : التعليق على قانون الاثبات (المصري) - ص 116 .
- (3) سليمان مرقس : المرجع السابق - ص 251 .
- (4) سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 252 ، انظر كذلك السنهوري - 2 - ص 227 ، هامش "1" حيث يقول: ويلاحظ ان توقيع الدائن لاي حجز من هذه الحجز الثلاثة (الحجز التنفيذي وحجزا للمدين، او حجز العقاري) لا يمنع سائر الدائنين من التدخل في اجراءات الحجز، ومتى تدخلوا اصبحوا هم ايضا من "الغير" شأنهم في ذلك شأن الدائن الحاجز الاول"، وقد اشار الاستاذ السنهوري الى سليمان مرقس في مجلة القانون والاقتصاد "14" ص 273 - 274 .

وكذلك حينما يزاحم الدائنين المشتركين في إجراءات التنفيذ شخص يتمسك بأنه
بصفته كفيلا للمدين في دين مضمون برهن - قد ادى عنه هذا الديون وحل محل الدائن
المرتهن في التأمينات ، فان عقد الكفالة الذي يستند اليه في الحلول لا يمكن ان يفيد
الا اذا كان سابقا على وقائه الدين، فلا يحتج بتاريخه على الدائنين الآخرين الا اذا كان
ثابتا بوجه رسمي(1).

(3) - الدائن الذي يعارض في ان تتم قسمة المال المشترك دون تدخله ، اذ اوجب القانون
على الشركاء ادخاله في اجراءات القسمة ، وهذا ما نصت عليه المادة "729" ق.م. جزائري
بقولها : " لدائني كل شريك ان يعارضوا في ان تتم القسمة عينا او ان يباع المال بالمزاد
بغير تدخلهم .

* وتوجه المعارضة الى كل الشركاء ، ويترتب عليها الزامهم ان يدخلوا من عارض من
الدائنين في جميع الاجراءات ، والا كانت القسمة غير نافذة في حقهم ويجب على كل
حال ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة .

* اما اذا تمت القسمة فليس للدائنين الذين لم يدخلوا فيها ان يعطوا فيها الا في
حالة الغش "، وهذه المادة تقابلها المادة "842" ق.م. مصرى .

وذلك فان الدائن منذ توجيه معارضته في القسمة الى جميع الشركاء يعتبر منذ ذلك
بمثابة حاجز على حق مدينه لدى سائر الشركاء، فلا يحتج عليه بتاريخ المحررات العرفية
المادرة من مدينه بالتصرف في نصيبه في المال المشترك ما لم تكن ثابتة التاريخ رسميا .

(4) الدائن الذي يستعمل حقوق مدينه عن طريق رفع الدعوى غير المباشرة ضد مدين مدينه
وذلك لان الدائن وان كان يعتبر نائبا عن مدينه في رفع هذه الدعوى الا انه يرفعها لمصلحة
نفسه ، ويرتب له القانون على رفعها ما يترتب على الحجز من آثار ، فاذا ادعى مدين المدين
ان المدين قد أبرأه من هذا الدين او اتفق معه على استبداله ، وجب عليه ان يثبت ذلك
بورقة يكون تاريخها ثابتا بصورة رسمية ، قبل رفع الدعوى غير المباشرة (2).

(1) انظر : السنهوري - الوسيط - 2 - ص 228 هامش "3".

(2) سليمان مرقس - اصول الاثبات واجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري ص 253 هامش "159"
والتحليل الذي اوردته في ذلك ، كذلك : السنهوري - 2 ص 228 ، انظر كذلك : أحمد ابو الوفا : المرجع
السابق - ص 116.

5) دائنوا المفلس بالنسبة الى المحررات الصادرة منه ، بمعاملات مدينه ، لان القانون يرتب على الحكم بشهر افلاس التاجر رفع يده عن ادارة امواله ، ونشوء حق للدائنين على امواله ، كالحق الذي يترتب للدائن الحاجز على المال المحجوز ، وكذلك دائنوا المعسر(1) وتنص المادة " 257" ق.م. مصري على انه : " متى سجلت صحيفة دعوى الاعسار فلا يسري في حق الدائنين اي تصرف للمدين يكون من شأنه ان ينقص من حقوقه او يزيد في التزاماته كما لا يسري في حقهم اي رفاء يقوم به المدين " ، وهذه المادة لا توجد بالقانون المدني الجزائري مادة تقابلها ، لان هذا القانون لم يتناول النص على الاعسار .

ولكن الاستاذ السنهوري خالف هذا الرأي : فهو لا يعتبر دائن المفلس من " الغير" واستند في ذلك على ان الحكم بشهر الافلاس ليس الا تمهيدا للتنفيذ الجماعي ، ودائن المفلس لمجرد شهر افلاس مدينه ، لم يدخل بعد في مرحلة التنفيذ ، كما دخل الدائن الحاجز والافلاس لا يعدل الحجز ، وكل ما نتج عنه ، أن غلت يد المفلس عن ادارة امواله وحل محله الدائنون الذين تكتلوا في مجموعة يمثلها السنديك ، وهذا لا يغير من مركزهم كدائنين عاديين لم يصلوا بعد الى مرحلة التنفيذ ، فهم لا يزالون يستعملون حقهم العام في الضمان شأنهم في ذلك شأن الدائن الذي يباشر الدعوى البولصية .

ومن ثم يكون التاريخ العرفي للتصرفات الصادرة من المدين المفلس حجة على دائنيه ولو كانت تصرفات مدينه (غير تجارية) ويكون لهؤلاء بداهة ، الحق في اثبات عدم صحة هذا التاريخ ، واثبات التاريخ الحقيقي لهذه التصرفات ، فيعطى عندئذ لكل تصرف حكمه القانوني ما صدر في المدة المشتبه فيها ، وما صدر بعد توقف المدين عن الدفع ، وما صدر بعد الحكم بشهر الافلاس. (2)

ومن رأينا أن الرأي الراجح هو الأول ، اذ يجب حتى ينفذ تصرف المدين في حقه ان يكون ثابت التاريخ قبل شهر الافلاس على حسب ما جاء في المادة "257". ق.م. مصري

ومما تقدم يمكن القول بأن " الغير" هو : الخلف الخاص ، والدائن الحاجز ويشترط في "الغير" خلفا كان او دائنا شروط ثلاثة ، يمكن استخلاصها من مفهوم المادة "328" ق.م. جزائري.

(1) انظر : سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 254 مع هامش 154 - 155 .

(2) السنهوري : الوسيط - ج2 - ص 229 .

- (1) - الا يكون قد ذكر اسمه كطرف في العقد .
 - (2) - ان يدعى بحق خاص له .
 - (3) - ان يكون حسن النية عند تمسكه بعدم ثبوت التاريخ .
- و سنعرض لهذه كشروط بشيء من التحليل :

الشرط الاول : الا يكون قد ذكر اسمه كطرف في العقد

ومضمون هذا الشرط ابعاد المتعاقدين ، وهذا واضح ، ويقصد كذلك ابعاد الاشخاص

الذين كانوا ممثلين بصفة صحيحة من قبل احد الاطراف المتعاقده (1).

ويترتب على ذلك ان التاريخ المذكور على الورقة العرفية يسري في حق الاشخاص الذين وقع تمثيلهم ، والنيابة عنهم فيها ، فاذا ادعى الشخص الواقع تمثيله ان التاريخ قد زور بأن سبق عن التاريخ الاصلي ، فان عليه ان يثبت ذلك بكل طرق الاثبات بما فيها البينة والقرائن ويستوي في ذلك ان يكون تمثيله قانونيا ، او اتفاقيا ، او قضائيا ، و لذلك ، فان الاشخاص القصر يعتبرون اطرافا في العقد عن طريق ممثلهم القانوني، ولا يمكنهم التمسك بعدم معرفتهم التاريخ الموجود فيه ، او ان يدعوا ان العقد لا يحتج به عليهم لانه لم يكتسب تاريخا ثابتا ، قبل بلوغهم سن الرشد ، ومن ثم فإن ما يستطيعون عمله ، هو ان يحاولوا اثبات تزوير التاريخ (2).

الشرط الثاني : ان يدعي الشخص بحق خاص له

والشخص يكون من الغير في مفهوم المادة "328" ق.م. جزائري عندما يجب ان يتمسك بحق خاص به ، فلا يكفي ان يكون اجنبيا عن العقد، ومعنى ذلك انه يستبعد من فكرة الغير كل شخص يستمد حقه مباشرة من احد الاطراف المتعاقدة في الورقة العرفية ولذلك فانه لا يعتبر من الغير الخلف العام ، وكل من يكون في حكمه أي (الورشسة) او الموصي لهم بحصة من التركة من قبل احد المتعاقدين في الورقة العرفية ، وهذا لانهم يتلفون الحق عنه ، و يعتبرون ممثلين فيها ، فتسري في حقهم تلك الورقة ايا كان التاريخ الذي تحمله الى يوم الموت ، ولكن هذا لا يمنع الخلف العام من اثبات وقوع التصرف

(1) انظر : بكوش يحيى : ادلة الاثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الاسلامي ص 145.

(2) بكوش يحيى : المرجع السابق - ص 146 .

في مرض الموت - (وهذا ما سنتعرض له في المبحث الثاني من هذا الفصل) - لا يباطله ، وعدم سريانه في حقه لانه وقع اضرازا بحقه ، ومادام الخلف العام ممثلا في الورقة العرفية ، فلا يعتبر من الغير بالنسبة الى تاريخها (1) ، ومثال ذلك ان البيع المذكور في ورقة عرفية على انه صادر من المورث ، فانه يكون حجة في تاريخه على الوارث ، كما انه حجة ايضا على المورث نفسه ، ومن ثم فلا تعتبر العين المباعة جزءا من التركة يمتد اليها حق الوارث (2) .

الشرط الثالث : ان يكون حسن النية عند تمسكه بعدم ثبوت التاريخ

ومعنى هذا الشرط ان يكون الغير وقت نشوء الحق الذي كسبه صفة الغير لم يعلم بوجود ذلك المحزر الذي احتج عليه به فيما بعد، لان المشرع لا يحمي سوء النية ، ويؤخذ ذلك من نص المادة " 109 " ق.م. جزائري على انه : " اذا انشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتعلق بشيء انتقل بعد ذلك الى خلف خاص ، فان هذه الالتزامات والحقوق تنتقل الى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء ، اذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء اليه " : وتقابلها " م . 146 . ق.م. مصري " .

ويتضح من ذلك ان المشرع لم يشترط في انتقال اثر التصرف الى الخلف الخاص ، ان يكون لذلك التصرف تاريخ ثابت سابق على تلقي الخلف الخاص حقه على الشيء موضوع هذا التصرف اكتفاء بثبوت علم الخلف الخاص بالتصرف وقت انتقال الشيء اليه (3) .

ومعنى ذلك ان اشتراطه هذا العلم جعله يستغنى عن اشتراط ثبوت تاريخ التصرف الصادر من السلف ، ففي كل حالة يثبت فيها علم الخلف الخاص وقت تلقيه حقه بالتصرف الذي سبق صدوره من السلف بشأن موضوع هذا الحق ذاته ، يمتنع عليه التمسك بعدم ثبوت تاريخ هذا التصرف بوجه رسمي ، لان العلم من جانب الخلف الخاص يقوم مقام ثبوت التاريخ ، ويعتمد طريقا من طرق اثبات تاريخ الورقة العرفية ، فتصبح الورقة حجة عليه من وقت علمه بها بوصفه خلفا خاصا (4) ، وسوء نية الغير او حسنها ، او بعبارة اخرى علمه او عدم علمه وقت

(1) انظر : السنهوري : الوسيط - 2 - ص 119 .

(2) انظر : بكوش يحيى : المرجع السابق - ص 146 .

(3) انظر : سليمان مرقس : اصول الاثبات - 1 - ص 256 .

(4) انظر : سليمان مرقس : المرجع السابق - ص 256 .

تلقية حقه بالتصرف الصادر من سلفه ، ولا يغذو أن يكون واقعة قانونية ، أي عملاً مادياً فيجوز اثباته بكافة الطرق بما فيها البينة والقرائن الاستثنائية (1) .

ويعتبر الشرط الثالث هذا من الحالات التي لا يكون فيها للورقة العرفية تاريخ ثابت ولكنها مع ذلك تكون حجة على الغير ، ونضيف إليها حالتين أخريين .

- أ) حالات مستثناة بطبيعتها من الخضوع لاحكام المادة "328"ق.م. جزائري .
- ب) الحالة التي يتنازل فيها هذا الغير عن التمسك بالمادة "328"ق.م.ج .

أ - الحالة الاولى :

وتشمل الحالات التي تخضع لتطبيق المادة 328.ق.م.ج . ، ليست جميع الاوراق العرفية قابلة لان تنطبق عليها أحكام المادة "328" ، فهناك بعض منها يخرج عن نطاقها ، فالاشخاص الذين يصدق عليهم وصف الغير ، يمكن ان يحتج عليهم مع ذلك بتاريخ الورقة العرفية ، منع العلم بأن بإمكان هذا الغير ان يقوم باثبات ان التاريخ وقع تزويره ، وللقاضي من جهة اخرى سلطة واسعة في تقدير ما اذا كان التاريخ الموجود على الورقة حقيقيا اولا ، كما ان الخروج من قاعدة المادة "328" ، لا يستلزم ان يفرض على الغير التاريخ الموجود على الورقة العرفية باعتباره التاريخ الحقيقي ، وانما يسمح للقاضي بأن يأخذ ذلك التاريخ على انه صحيح وثابت بصفة مبدئية الى ان يثبت العكس (2) ومن هذه الحالات :

1) المادة التجارية :

فبصفة عامة لا تنطبق المادة "328" من ق.م.ج. على المنازعات التجارية ، وهذه القاعدة اساسها يرجع الى مبدأ حرية الاثبات الذي تتسم به هذه المنازعات ، وقد اصيحت هذه القاعدة سائدة لدى الفقه والقضاء ، ويشترط ان يكون المحرر العرفي يحمل طابعاً تجارياً، حتى لو كان صادراً في نزاع مدني .(3) .

ومما تجدر ملاحظته ان تاريخ المحرر العرفي لا يمكن ان يحتج به ، ولو في المادة التجارية الا اذا كانت مظاهر المحرر توحى بالثقة ، اما اذا كان الامر بعكس ذلك ، كأن تكون الورقة توحى

(1) انظر : سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 256 .

(2) انظر : سليمان مرقس : الوجدع السابق - ص 258 .

(3) انظر : بكوش يحيى : المرجع السابق - ص 148 .

بتزويرها ، فإن على الخصم الذي يدلي بها ان يثبت صحته تاريخيا .

(2) المخالصات :

=====

لا يشترط في المخالصات التاريخ الثابت لتكون حجة على الغير بتاريخها وقد كان القضاء المصري في ظل التقنين القديم وكذلك القضاء الفرنسي يستثنى المخالصات من قاعدة ثبوت التاريخ لما في اشتراط التاريخ الثابت في المخالصات من صعوبات عملية ، الا انه في جميع الاحوال يجوز للغير الذي يحتج عليه بالتاريخ العرفي للمخالصة ان يثبت بجميع الطرق ، ان هذا التاريخ غير صحيح ، وانه قدم او أخر غشا من طرفي المخالصة للاضرار بحقه ، وقد أقرت الاحكام القضائية و القوانين الحديثة ، ان المدين يستطيع ان يثبت تحرره من الدين بمخالصة ليست بذات تاريخ ثابت ، وهذا الاستثناء جاء صريحا في الفقرة الاخيرة من المادة "328" من ق.م. جزائري التي تنص على انه ، : " يجوز للقاضي تبعا للظروف رفض تطبيق هذه الاحكام فيما يتعلق بالمخالصة ، " فجعل النص بذلك التقدير الى القاضي في خصوص المخالصات ، اذ رأى ان هناك صعوبات عملية كافية تمنع من توافر التاريخ الثابت لم يطلبه ، والا اخضع المخالصات كغيرها من الاوراق العرفية للقاعدة العامة وطلب فيها التاريخ الثابت لتكون حجة بهذا التاريخ على الغير (1) ، وقد نصت المادة "897" من ق.م. جزائري على انه " لا تكون المخالصة بالاجرة مقدما لمدة لاتزيد على ثلاث سنوات ولا الحوالة بها كذلك نافذة في حق الدائن المرتهن ، الا اذا كان تاريخها ثابتا و سابقا لتسجيل تنبيه نزع الملكية " ويطبق هذا الاستثناء على المخالصات التي وقعت في ميعادها ، اما اذا كانت سابقة لاوانها ، فان على المدين الذي يدفع دينه قبل حلول اجله ان يقدم البينة للغير على ان الدفع كان حقيقيا لا شبهة فيه (2).

(3) الكتابات الخاصة :

=====

أ - اذا لم تكن هناك ورقة عرفية اصلا لاثبات التصرف القانوني وذلك كما لو وجد تصرف قانوني غير مكتوب ، واشير اليه في البيانات الواردة في ورقة رسمية فلا يقال ان لهذا التصرف القانوني تاريخا ثابتا ، هو تاريخ الورقة الرسمية لان التصرف ذاته غير ثابت في ورقة عرفية .

ب - اذا كانت هناك ورقة عرفية دليلا كتابيا على التصرف ، ولكن هذه الورقة لم تعد مقدما للاثبات ، فدقاتر التجار والاوراق المنزلية لا تسري عليها قاعدة ثبوت التاريخ (1) وبصفة عامة ، فانه يترتب على ذلك ان هذه الاوراق الخاصة ، بالرغم من انها لم تكتسب تاريخا ثابتا ، فانها تعتبر حجة على الغير بالنسبة للتاريخ الذي تحمله

بيد الحالة الثانية :

الحالة التي يتنازل فيها الغير عن التمسك بالمادة "328" ، في اشتراط التاريخ الثابت فسي المخالصات لتكون حجة على الغير بتاريخها ، هذه القاعدة - قاعدة ثبوت التاريخ - ليست من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على مخالفتها (2) ، ويلاحظ ان الغير وحده ، هو الذي يجوز له التمسك بعدم ثبوت تاريخ الورقة ، التي يراد الاحتجاج بها عليه ، اي ان هذا التمسك ، يعتبر حقا له ، يملك مباشرته كما يملك النزول عنه صراحة او ضمنا ، ويجوز لمن تقرر له هذه القاعدة الحق المذكور ان ينزل عنه ، وان يسلم بحجية التاريخ العرفي غير الثابت وانما يجب ان تكون ارادته في ذلك واضحة لا لبس فيها ولا غموض (3) .

وتطبيقا لذلك يجوز لمشتري العين الموعجة ان يتمسك ضد مستأجرها بعقد الاجارة العرفي الصادر اليه من البائع ، ولو لم يكن هذا العقد ثابت التاريخ ، وهذا ما نصت عليه المادة "511" من القانون المدني جزائري : بقولها : " اذا انتقلت ملكية العين الموعجة اختيارا او جبرا الى شخص آخر ، فيكون عقد الايجار نافذا في حق هذا الشخص " ، الا ان المادة "604" ق.م مصري في فقرتها الاولى التي تقابل هذه المادة ، تكمل ذلك بقولها : "..... اذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذي نقل الملكية "2" ومع ذلك يجوز لمن انتقلت اليه الملكية ان يتمسك بعقد الايجار ولو كان هذا العقد غير نافذ في حقه " .

كذلك في حالة علم الغير بالورقة العرفية ، فاذا اثبت ان كان عالما بها وهي ليست ثابتة التاريخ ، فانه يحتج بها عليه ، ومثال ذلك اذا علم المشتري بعقد ايجار سابق لتاريخ شرائه ، يعتبر تاريخا ثابتا في حقه ، وهذا يمنعه من ان يطلب اخراج المستأجر من العين الموعجة (4)

(1) السنهوري : الوسيط - 2 - ص 234 .

(2) احمد ابو الوفا : المرجع السابق - ص 117 .

(3) سليمان مرقس : المرجع السابق - ص 259 .

(4) بكوش يحيى : المرجع السابق - ص 150 .

كانت كل هذه الامثلة بعض حالات الغير ، وهناك حالات اخرى كثيرة يكون فيها (غير) لان " الغير " لا حصر له في القانون ، ويختلف معناه باختلاف الحالات .

المبحث الثاني

مضى يعتبر ورثة المريض مرض الموت

من الغير؟

الاصل في الاعمال القانونية انها متى توافرت فيها شروط صحتها ، تنتج اثرها بقطع النظر عن تاريخ حصولها ، فيتقيد بها المتعاقدان ، ولو لم يكن لها تاريخ ، وكذلك ينصرف اثرها اذا كان تاريخها - الى الخلف العام ، ويتعدى الى الدائنين الذين ليس لهم الا حق الضمان العام ومعنى هذا ان الحقوق التي يولدها العقد تنتقل الى الخلف العام بعد موت السلف ، وان الالتزامات التي ينشئها العقد تنتقل الى هذا الخلف كذلك ، فاذا تعاقد المورث فأصبح دائنا او مدينا ، بموجب العقد ، كما اذا باع عينا فأصبح دائنا بالثمن ، ومدينا بنقل ملكية السنين فان الوارث ، لا يعتبر من الغير في عقد البيع ، بل ينصرف اليه اثره ، فينتقل اليه من مورثه في استيفاء الثمن بعد موت هذا المورث ، وكذلك ينتقل اليه التزام المورث بنقل ملكية العين فتخرج هذه العين من التركة الى المستري ، ولا تبقى للوارث (1)

غير ان هناك فريقا من الاشخاص يتوقف انصراف أثر التصرف القانوني اليهم على تاريخ هذا التصرف ، وهوؤلاء هم الخلف الخاص بالنسبة الى شخص معين، اي الذين تلقوا من هذا الشخص مالا معيناً ، فكل تصرف صادر من هذا الشخص بشأن هذا المال لا ينصرف أثره الى هذا الخاص ، الا اذا كان صدور هذا التصرف سابقا على انتقال المال الى هذا الخلف (م 109 ق.م جزائري) ، وكان هذا الخلف قد علم بمحل التصرف، وكان محله من مستلزمات الشيء المتصرف فيه ، لذلك كانت للخلف الخاص مصلحة جوهرية في تعيين تاريخ التصرفات الصادرة من السلف بشأن موضوع الحق الذي تلقوه منه ، وفي الطعن في صحة هذا التاريخ ، ولو مع التسليم بصحة التصرفات في حد ذاتها، وكانوا معرضين لنوع من الغش سهل الوقوع عظيم الخطر، وهو الغش الذي يقع من السلف بتقديم تاريخ تصرفه التالي لحق الخلف وجعله سابقا على انتقال هذا الحق

(1) انظر: السنهوري : الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المصري - ص 224 .

حتى ينصرف اثره الى الخلف و يحتج عليه بالمحرر الذي تضمنه (1).

وكما سبق القول : فان الخلف الخاص يعتبر من الغير ، ولقد استعمل القانون لفظ "الغير" في مواضع عدة ، وجعل له في كل منها معنى يختلف عنه في المواضيع الاخرى ، فالغير فسي قانون الشهور مثلا ، يختلف عنه في الصورية ، والغير في الصورية يختلف عنه فيما يتعلق بأثر التصرفات ، والغير في اثر التصرف ، يختلف عنه في ثبوت التاريخ ، وقد سبق لنا ان وضحنا وعينا الاشخاص الذين يعتبرون من الغير في هذا المعنى الاخير ، وهم الذين شرعت لهم الحكمة التشريعية التي دعت الى اشتراط ثبوت التاريخ بالنسبة اليهم وهو منع الغش الذي يقسح في المحررات العرفية عن طريق تقديم تواريخها ، الا انه يوجد اشخاص مستبعدون، ولم تشرع هذه الحكمة لحمايتهم ، وهم لا يعتبرون من الغير في هذا المعنى ويكون تاريخ المحرر العرفي حجة عليهم ولكن حجيتة - كحجية المحرر ببقية محتوياته - قابلة لاثبات ما يخالفها طبقا لقواعد الاثبات العامة (2) ، ومن بين هؤلاء الاشخاص :-

1 - الاشخاص الذين وقعوا المحرر سواء اكان توقيعهم اياه بصفتهم الشخصية ، أم بالنيابة عن اشخاص آخرين .

2 - الاشخاص الذين كانوا ممثلين في توقيع المحرر ومنهم :-

أ - الاصيل بالنسبة الى المحرر الذي وقعه نائبه ، سواء اكان هذا النائب : وكيلاً أم ولياً أو وصياً أو قيماً الخ .

ب - الخلف العام : وهم الموصي لهم بحصة في تركة احد العاقدين ، والورثة ، ولكن الامر يختلف بالنسبة الى الورثة ، فالاصل ان الورثة ، لا يعتبرون من الغير في تصرفات مورثهم ، فتسري في حقهم هذه التصرفات ، كما تسري في حق المورث ، لانهم بعد وفاة مورثهم يخلفونه في حقوقه وفي مركزه ، ولكن القانون يدخل استثناء على هذا الاصل ، ويجعل الوارث من الغير في بعض تصرفات مورثه ، فلا تسري في حقه هذه التصرفات ، ذلك لان للوارث حقا شخصيا في تركة مورثه ، لا يستمد من المورث ، بل يعطيه اياه القانون، هو ان يأخذ من التركة ثلثيها ، فلا يستطيع المورث ان يمس هذا المقدار بالوصية ، (م "185.ق.الاسرة الجزائري) او بما هو في حكمها من التصرفات ، وللمورث ان يتصرف في ماله ، وهو في غير مرض موته ، بجميعة التصرفات ، معارضة او تبرعا و يستطيع ان يستغرق بتصرفاته هذه كل ماله ، ما دام التصرف ينتج اثره حال حياته ، ويكفي ضابطا لتصرفاته في هذه الحالة ، انه لا يحرم ورثته فحسب

(1) انظر سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 229.

(2) انظر : سليمان مرقس - ص 234 .

بل يحرم نفسه ايضا ، لان التصرف يجرده من ماله وهو حي ، اما ان يتصرف تصرفا لا ينتج اثره الا بعد موته ، اي انه يحرم ورثته دون ان يحرم نفسه ، فهذا هو الذي يتولى القانون حماية الورثة من عواقبه ، لان المورث في هذه الحالة ، لا يتصرف في ماله ، وانما ينظم وراثة هذا المال (1) ، فلم يجز القانون له ان يتصرف بالوصية و يلحق بها كل التبرعات التي تصدر منه حال فرض الموت (م . 776 " ق . م . ج . 0) الا في حدود ثلث التركة ، والورثة لا خلف عام لمورثهم المتوفي يمكن الاحتجاج عليهم بتاريخ الاوراق العرفية الصادرة منه كما كان يحتج عليه بها ، ولكن لو ادعى الورثة ان المحرر العرفي صدر من مورثهم في مرض موته ، خلافا لما يشهد به تاريخه ، فان ادعاءهم هذا لا يجعلهم من الغير في حكم المادة (328 ق . م . ج . 0) ولا يخول لهم عدم الاعتداد بالتاريخ العرفي لمجرد عدم ثبوت بوجه رسمي (2) ، بل كل ما في الامر هو انه يترتب على هذا الادعاء انه بعد ان تثبت صحته يصير التصرف المطعون فيه ، في حكم الوصية ، بمعنى انه لا ينفذ في حق الورثة فيما زاد على ثلث التركة ، والطعن بمرض الموت ، حق يستقيه الوارث الطاعن من الشارع نفسه ، وهو طعن موجه ضد المورث بالذات فيوجه بقية الورثة ، وعلى هذا ينقلب الوارث من طبقة الخلف العام الى طبقة الغير (3) ، بالنسبة الى اثر التصرف فيما يجاوز ثلث التركة ، لامن الغير بالنسبة الى ثبوت التاريخ ، فيحتج عليه بالتاريخ العرفي للتصرف الصادر من مورثه الى ان يثبت ان هذا التاريخ غير صحيح .

وقد غابت هذه التفرقة عن الفقه و القضاء المصريين ، فالتبس الامر وظهر التردد والاضطراب والتناقض في آراء الفقهاء وأحكام القضاء ، فبدأ القضاء يأخذ بالرأي الصحيح ، ثم رجع عنه الى الخاطيء ، ثم أخيرا وقف بين الرأيين (4) .

(1) انظر : السنهوري: مصادر الحق في الفقه الاسلامي - المجلد الثاني - الجزء الخامس ص 13 .
(2) سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 236 .
(3) انظر : محمد كامل مرسي: الوصية وتصرفات المريض مرض الموت - ص 254 .
(4) السنهوري : الوسيط - 2 - ص 207 .

وقد شجر خلاف كبير بين المحاكم في شأن الوارث الذي يطعن في تصرف صادر من مورث بتاريخ عرفي سابق على مرض موته ، بأن لم يصدر منه الا في مرض الموت ، أيعتبر من الغير بالنسبة الى تاريخ المحرر المثبت لهذا التصرف ، فيكتفي منه بالتمسك بعدم ثبوت هذا التاريخ ثبوتاً رسمياً ، حتى يعد التصرف غير سابق على مرض الموت ، وبالتالي غير نافذ في حقه الا بقدر ما تنفذ الوصية ؟ ، ام يعتبر من الخلف فيكون تاريخ المحرر العرفي حجة عليه ، ويعد التصرف سابقاً على مرض الموت ، وناظراً في حقه الى ان يتمكن من اثبات عدم صحة هذا التاريخ ، واقامة الدليل على ان التصرف لم يقع الا في مرض الموت ، بالرغم من تأريخ المحرر بتاريخ سابق ؟ (1) ، وقد أخذت كثير من المحاكم المصرية بهذا الرأي الاخير (2) بينما ذهبت محاكم أخرى الى الرأي الاول (3) .

ولكن الفقه المصري انحاز الى الرأي الاخير ، واعتبر أن الوارث (غير) في التصرفات

الصادرة من مورثه في مرض موته (4) .

(1) انظر : سليمان مرقس : المرجع السابق - ص 236 وما بعدها - هامش 126 .

(2) أنظر : محكمة مصر الوطنية : 24 ماي 1922 (المحامة 4 - 847 - 635) .

محكمة استئناف مصر : 10 افريل 1927 (المحامة 8 - 907 - 547) .

محكمة استئناف مصر : 23 فبراير 1936 (المجموعة 37 - 180 - 69) .

(3) انظر : مصر الوطنية : 29 ماي 1927 (المحامة 9 رقم 539 من ص 966 الى 1008

استئناف مصر : 12 فبراير 1930 (المحامة 10 - 682 - 340) .

محكمة الجيزة الجزئية : 23 مارس 1939 (المحامة 20 - 686 - 239) .

(4) وعلى سبيل المثال وليس على سبيل الحصر :

أ) محمد كامل مرسي : في تصرفات المريض مرض الموت - فقرة 23 - ص 279 .

ب) حلمي بهجت بدوي : أصول الالتزامات - فقرة 200 - ص 296 .

ج) السنهوري : الموجز - فقرة 538 - ص 669 .

د) احمد نشأت : الاثبات "1" : فقرة 219 - ص 224 (وهو يعتبر الوارث من الغير ولكن يلقى

عليه عبء اثبات التاريخ الصحيح ، وفي هذا القول : تناقض ، يرجع الى ان الوارث

متى القى عليه عبء اثبات التاريخ الصحيح ، فقد صار التاريخ العرفي حجة عليه

الى ان يثبت عدم صحته ، وهذا معناه انه لا يعتبر من الغير بالنسبة الى هذا

التاريخ العرفي .

انظر : السنهوري : - ج 2 - ص 206 - هامش "1" .

كذلك : سليمان مرقس : المرجع السابق - ص 236 هامش 126 .

وقد أخذ الفقه المصري يتحول عن هذا الرأي الخاطيء الذي يذهب الى اعتبار الوارث من الغير في التصرفات الصادرة من مورثه في مرض الموت ، ويرجع الفضل في هذا التحول ، الى الاستاذ سليمان مرقس ، فقد اثبت في مقاله القيم - (قوة المحررات في الاثبات وحجية تاريخها على الوارث الذي يطعن فيها بصورها في مرض الموت) مجلة القانون والاقتصاد "14" ص 287 - ص 304) - خطأ الرأي الشائع في الفقه المصري ، وقد خلص من ذلك الى التنبيه لما لهذا الرأي الخاطيء من اثر عملي سيء ، فقال : " ان الاخذ بهذه النظرية التي تعتبر الوارث في تصرفات المريض مرض الموت من الغير) يترتب عليه ان كل شخص يموت عقب مرض كان يخشى منه هلاكه - وهذا هو الغالب في الموت - ولو لم يطل هذا المرض غير أيام قليلة ، لا يمكن الاحتجاج على ورثته بتاريخ المحررات العرفية ، التي صدرت منه طوال حياته الا اذا كان هذا التاريخ ثابتا بوجه رسمي ، ومعنى ذلك انه يتعين على كل من يتعامل مع آخر بورقة عرفية ان يسجل تاريخها في الحال ، خشية ان يمرض المتعامل معه قبل موته مباشرة ، ولو بعد عمر طويل ، فيتعذر الاحتجاج على ورثته بتاريخ هذه الورقة ، وبتعبير آخر ان القول بأن وارث المريض مرض الموت يعتبر من الغير بالنسبة لتاريخ المحررات الصادرة من المورث ، يجعل من الناحية العملية تسجيل التاريخ ضرورة لازمة في كافة المحررات العرفية وفي جميع الاحوال ، فيصبح شرط تسجيل التاريخ قاعدة عامة ، خلافا لما قصده المشرع من جعله حماية استثنائية ، ولا يخفي ما ينطوي عليه هذا التعميم من ارهاق للمتعاملين ، ومن عرقلة للمعاملات (1) .

واخيراً قضت محكمة النقض المصرية بأن(2)؛: " الوارث يعتبر من الغير فيما يختص بالتصرفات الصادرة من المورث اذا كان التصرف قد صدر في مرض الموت اضاراً بحقه في الميراث " .

فاذا كان التاريخ المدون في ورقة التصرف سابقاً على بدء مرض الموت ، وغير ثابت رسمياً ، فان كلما يكون للوارث هو ان يثبت بجميع الطرق ، ان هذا التاريخ غير صحيح ، وان العقد انما ابرم في مرض الموت ، وقد بين الاستاذ سليمان مرقس في تعليق له على هذا الحكم (3) " ان الحكمة اعتبرت الوارث من الغير بالنسبة الى اثر التصرفات الصادرة من المورث في مرض موته (4) ، ولاحظ ان هذه الغيرية بالنسبة الى اثر التصرفات ليست هي الغيرية بالنسبة الى

(1) السنهوري - الوسيط : ج 2 - ص 206 هامش "1" نقلاً عن مجلة القانون والاقتصاد "14" ص 299-300 .

(2) حكم صادر بتاريخ 18 ديسمبر 1941 - المحاماة 22 - 661 - 277 - وفي هذا المعنى أيضاً

نقض مصرى : 23 جانفي 1941 المحاماة 21 - 879 - 371 - مجلة القانون والاقتصاد (=)

هذا لا يتعارض مع ما قرره في حكم (1949/02/20) الذي سبقت الإشارة إليه ، لأنها في هذين الحكمين الأخيرين ، لم نقل ان الوارث يعتبر من الغير في معنى ثبوت التاريخ بالذات وانما قررت فقط انه يعتبر في حكم الغير ، وهي نقصد بذلك اعتباره في حكم الغير بالنسبة لحجية الورقة العرفية بوجه عام ، وهي الغيرية المقصود بها السماح لمن تثبت له بنقض حجية الورقة العرفية بكافة الطرق ، لا تلك النبرية المقصود بها عدم الاعتداد بتاريخ الورقة العرفية الا اذا كان ثابتا بوجه رسمي .

وفي حكم (1) آخر لمحكمة النقض جاء فيه : ان مجرد طعن الوارث على التصرف بأنه صدر في مرض الموت اضرار بحقوقه في الارث ، لا يكفي - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لاحدار حجية التصرف ، بل يجب على الوارث ان يقيم الدليل على ادعائه ، فان عجز عن ذلك ظل التصرف حجة عليه ، وملزما له ، ولا يعتبر الوارث في حالة عجزه عن اثبات طعنه في حكم الغير ، ولا يعدو ان يكون الطعن الذي اخفق في اثباته مجرد ادعاء لم يتأثر بدليله ، وبالتالي يكون التصرف حجة على الوارث ، باعتباره خلفا عاما لمورثه (2) .

ومن كل ذلك يتبين ان الغيرية التي يقع الخلط بينها في هذا الصدد ثلاثة انواع :

- الاولى : غيرية بالنسبة الى اثر التصرف ، او بالنسبة الى سريانه .
- الثانية : غيرية بالنسبة الى مدى حجية المحرر العرفي بمضمونه كله وكيفية نقض هذه الحجية (بالكتابة فقط كما هو الاصل فيما بين الطرفين) او بكافة الطرق كما هو جائز بالنسبة لغير الطرفين ، باعتبار ان الاجنبي عن العقد يكون لديه مانع مادي من الحصول على كتابة مثبتة له .

الثالثة : غيرية بالنسبة الى ثبوت تاريخ الورقة العرفية (3)

ومما تجدر الإشارة اليه ان المادة "776" ق.م. جزائري تنص الفقرتان الثانية والثالثة منها على ان : " وعلى ورثة المتصرف ان يشبتوا ان التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم اثبات ذلك بجميع الطرق ، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد اذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا .

(1) حكم بتاريخ 11 ماي 1972 - مجموعة احكام النقض (23 - 852 - 135)
(2) في هذا المعنى نقض مدني 8 جانفي 1979 في طعن رقم 218 س 48 .
(3) سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 239 - هامش 126 .

ثبوت التاريخ ، وبرز ان الحكمة فيما يتعلق بهذه المسألة الاخيرة ، لم تكتف من الوارث بأن يتسك بعدم ثبوت تاريخ التصرف بوجه رسمي ، بل القت عليه عبء اثبات صحة التاريخ المدورن بورقة التصرف واقامة الدليل على ان التصرف انما ابرم في مرض الموت ، فدللت بذلك على انها لاتعتبر الوارث من الغير فيما يتعلق بثبوت التاريخ ، ولو كان يطعن في التصرف بصدوره في مرض الموت ، ويطلب عدم نفاذه في حقه واعتبار نفسه من الغير بالنسبة اليه ، اي ان الوارث يعتبر خلفا عاما للمورث فيما يتعلق بحجية تاريخ المحرر العرفي ، فاذا تمكن من اثبات مايدعيه من عدم صحة هذا التاريخ ومن وقوع التصرف في

(=) 11 - 3 - 19 - 26 .

(3) مجلة القانون والاقتصاد : "14" ص 251 وما بعدها .

(4) انظر : عبد المنعم فرج الصدة : الاثبات - ص 139 - 143 .

وقد سار على هذا الرأي فختم بيانه بالعبارة التالية :-
" نخلص من هذا ان الوارث يعتبر^{مستحق} الاصل خلفا عاما لمورثه ، يسري في حقه ما كان ساريا في حق مورثه - ولكن الشارع جعل حق الوارث متعلقا بالتركة من وقت مرض الموت ، فخوله حق الطعن في تصرفات مورثه اثناء المرض ، وبهذا يصبح الوارث من الغير بالنسبة الى اثر هذه التصرفات ، فلا تنفذ في حقه الا بالقدر الذي تنفذ به الوصية ، ولا يعتبر ممن الغير بالمعنى المقصود في المادة ((395 من القانون المدني المصري)) (المادة 15 اثبات) وتقابلها : المادة 328 من القانون المدني الجزائري)) فيكون تاريخ التصرف العرفي عليه بوصفه خلفا عاما الي ان يثبت عدم صحة هذا التاريخ ، ولذا كان الغرض من شطب تاريخ التاريخ في هذه الحالة هو الغش والاحتيال على القانون ، فانه يبرز ان بثبت هذا الاحتيايا بجميع الطرق القانونية "

مرض الموت اعتبر من الغير بالنسبة الى اثر التصرف (1)، وقد ايدت ذلك محكمة النقض في حكم تال لها (2)، حيث قالت : " ان الوارث ، وان كان لا يرتبط بالتاريخ العرفي للتصرفات الصادرة من مورثه والتي يكون له حق الطعن فيها قانونا، الا انه ليس له ان يطالب بعدم الاحتجاج عليه بذلك التاريخ لمجرد كونه غير ثابت بصفة رسمية، بل كل ماله هو ان يثبت بكافة الطرق القانونية ان التصرف المطعون فيه لم يصدر في تاريخه العرفي وانما صدر في تاريخ آخر ، ولذلك يكون الحكم المطعون فيه قد جاء مخالفا لحكم القانسون اذ اعتبر المطعون ضده غير مقيد بالتاريخ العرفي للعقد المطعون فيه دون ان يكلفه اثبات حصول التصرف في تاريخ آخر ، ورتب على ذلك اعتبار التصرف صادرا في مرض الموت فعلا لمجرد انه لا يعد ثابت التاريخ بصفة رسمية الا في اليوم السابق على وفاة المورثثة وقد كابت مريضة *

وقد زادت محكمة النقض الامر ايضا حيث قضت بأن (3) الوارث بحكم ان خلف لمورثه لا يمكن ان يعد من " الغير " في معنى (المادة "395" ق.م.م. وتقابلها المادة "328" ق.م.م. جزائري) بل حكمه - بالنسبة الى المحررات غير الرسمية التي يكون المورث طرفا فيها - حكم مورثه ، فتاريخها يكون - بحسب الاصل - حجة عليه ولو لم يكن ثابتا شوتا رسميا سواء كانت صادرة الى وارث او الى غير وارث ، ولكن اذا ادعى الوارث ان تصرف المورث كان غشا واحتيالا على القانون اضرارا بحقه الشرعي في الميراث، فطعن فيه بأنه صدر في مرض الموت ، وان تاريخه ، غير صحيح فيجوز له ان يثبت مدعاه ، ويكون عليه عبء

-
- (1) انظر : سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 237 هامش 126 .
 - (2) حكم صادر بتاريخ 15 افريل 1943 المحامة - 25 - 175 - 63 .
مجموعة القواعد القانونية 4 - 132 - 49 ، وفي هذا المعنى أيضا استئناف مصر 19 - 10 - 1947 -
المحامة 25 - 578 - 179 .
 - (3) حكم محكمة النقض بتاريخ (21 - 10 - 1948) والذي قال فيه الاستاذ السنهوري مايلي :-
" على اننا - انصافا لمحكمتنا العليا - ننقل حكما واحدا لها يبدو انها فيه قررت الرأي الصحيح في هذه المسألة "
انظر : السنهوري : المرجع السابق - ص 211 - هامش "2"
كذلك : سليمان مرقس : المرجع السابق - ص 237 هامش 126 .

الاثبات ، اذ هو مدع و البينة على من ادعى ، وتطلق له كل طرق الاثبات ، اذ المضرورة الغش لم يكن له خيرة فيه ، فلا وجه للتضييق عليه في اثباته بحصره في طريق دون طريق ، فاذا كانت المحكمة حين قضت ببطلان البيع الصادر من المورث الى بعض ورثته قد أسست ذلك على أن المدعين الذين يطعنون في العقد بصدوره في مرض الموت ، وهم ورثة للبائع ، لا يحتاجون بتاريخ عقد البيع غير المسجل رغم انهم من الغير ، وجعلت التحقق من قيام حالة مرض الموت منوطا بالتاريخ الثابت ثبوتا رسميا دون التاريخ الاول العرفي ، غير آبهة لدفاع من صدر لهم العقد بعدم قيام حالة مرض الموت في ذلك التاريخ غير اثبات رسميا ، فان حكمها بذلك يكون مخالفا للقانون ، اذ هذا التاريخ يكون حجة على هؤلاء الورثة الى ان يثبتوا عدم صحته (1) .

ثم قررت نفس المحكمة في حكم لها (2) ، : ان قضاءها قد استقر على ان الوارث لا يعتبر من الغير (في المادة 395 ق.م.م. - المادة 328 ق.م.م. ج) بالنسبة الى التصرف الصادر من مورثه ، بل يكون تصرف المورث حجة على الوارث على ورثته من بعده ، ولو لم يكن تاريخه ثابتا ثبوتا رسميا ، ولكن اذا كان الورثة يطعنون في التصرف بأنه صدر احتيالا على القانون - فورخ تاريخا غير صحيح ، كان لهم ان يثبتوا بأي طريق/الاثبات عدم صحة تاريخه ، واذا كانت المحكمة العليا قد قررت بعد ذلك في حكم (3) لها : ان الوارث لا يعتبر في حكم الغير الا اذا كان طعنه على التصرف الصادر من مورثه ، هو انه وان كان في ظاهره بيانا منجزا الا انه يخفي في حقيقته وصية اضار ابقه في الميراث ، او انه صدر في مرض موت المورث ، فيعتبر اذ ذاك في حكم الوصية ، لانه في هاتين الصورتين يستمد الوارث من القانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه التي قصد بها الاحتيال على قواعد الارث التي تعتبر من النظام العام .

اما اذا كان مبني الطعن في العقد انه صوري صورية مطلقة ، وان علة تلك الصورية ليست هي الاحتيال على قواعد الارث وانما هي اعطاء احد الورثة مظهر الشراء ، فان حقيق الوارث في الطعن في التصرف في هذه الحالة ، انما يستمد من مورثه لامن القانون ومن يجوز له اثبات طعنه والحالة هذه بما كان يجوز لمورثه من طرق الاثبات (4) ، فار

(1) مجموعة القواعد القانونية (5 - 329 - ص 648) .

(2) سادر بتاريخ 20 فبراير 1949 .

(3) سادر بتاريخ 21 ديسمبر 1950 ، وكذلك حكم آخر صادر بتاريخ 9 افريل 1964 .

(4) رة احكام النقض: (15-225-84)المحامة 21-984-285 انظر كذلك: نقض مدني 4/1/9 .

هذا لا يتعارض مع ما قررت في حكم (1949/02/20) الذي سبقته الإشارة إليه ، لأنها في هذين الحكمين الأخيرين ، لم نقل ان الوارث يعتبر من الغير في معنى ثبوت التاريخ بالذات وإنما قررت فقط انه يعتبر في حكم الغير ، وهي نقصد بذلك اعتباره في حكم الغير بالنسبة لحجية الورقة العرفية بوجه عام ، وهي الغيرية المقصود بها السماح لمن تثبت له بنقض حجية الورقة العرفية بكافة الطرق ، لا تلك الغيرية المقصود بها عدم الاعتداد بتاريخ الورقة العرفية الا اذا كان ثابتا بوجه رسمي .

وفي حكم (1) آخر لمحكمة النقض جاء فيه : ان مجرد طعن الوارث على التصرف بأنه صدر في مرض الموت اضرار بحقوقه في الارث ، لا يكفي - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لاهتار حجية التصرف ، بل يجب على الوارث ان يقيم الدليل على ادعائه ، فان عجز عن ذلك ظل التصرف حجة عليه ، وملزما له ، ولا يعتبر الوارث في حالة عجزه عن اثبات طعنه في حكم الغير ، ولا يعدو ان يكون الطعن الذي اخفق في اثباته مجرد ادعاء لم يتأثر بدليل، وبالتالي يكون التصرف حجة على الوارث ، باعتباره خلفا عاما لمورثه (2).

ومن كل ذلك يتبين ان الغيرية التي يقع الخلط بينها في هذا الصدد ثلاثة انواع :

الاولى : غيرية بالنسبة الى اثر التصرف ، او بالنسبة الى سريانه .
الثانية : غيرية بالنسبة الى مدى حجية المحرر العرفي بمضمونه كله وكيفية نقض هذه الحجة (بالكتابة فقط كما هو الاصل فيما بين الطرفين) او بكافة الطرق كما هو جائز بالنسبة لغير الطرفين ، باعتبار ان الاجنبي عن العقد يكون لديه مانع مادي من الحصول على كتابة مثبتة له .

الثالثة : غيرية بالنسبة الى ثبوت تاريخ الورقة العرفية (3)

ومما تجدر الإشارة اليه ان المادة "776" ق:م . جزائري تنص الفقرتان الثانية والثالثة منها على ان : " وعلى ورثة المتصرف ان يثبتوا ان التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم اثبات ذلك بجميع الطرق ، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد اذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا .

(1) حكم بتاريخ 11 ماي 1972 - مجموعة احكام النقض (23 - 852 - 135)
(2) في هذا المعنى نقض مدني 8 جانفي 1979 في طعن رقم 218 س 48 .
(3) سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 239 - هامش 126 .

"إذا اثبت الورثة ان التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادرا

على سبيل التبرع مالم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك ، كل هذا مالم توجد احكام خاصة تخالفه "

رويتين من نص المادة في فقرتها الاولى - التي تعرضنا لها في حينها - انما اعطت حكم الوصية لكل عمل قانوني يصدر في مرض الموت ، كالبيع والهبة والإقرار و الإبراء ، وغد ذلك من التصرفات مادام يقصد بها التبرع ، وقصد التبرع مفروض مادامت الورقة قد اثبتت ان هذا التصرف قد صدر في مرض الموت ، وللورثة ان يثبتوا ذلك بجميع طرق الاثبات بما فيها البينة والقرائن ، ولا يحتج عليهم بتاريخ التصرف الا اذا كان ثابتا لانهم يعتبرون من الغير ، بالنسبة له .. ، والاصل ان الوارث يحتج عليه بتاريخ التصرف الصادر من مورث ولو لم يكن هذا التاريخ ثابتا ، ولكن اذا ادعى ان التصرف قد صدر عن مورثه وهو في مرض الموت ، كانت له مصلحة في اثبات عدم صحة التاريخ ، وله ان يثبت ذلك بجميع الطرق ومنه البينة والقرائن، لما ينطوي عليه تقديم تاريخ التصرف من غش اريد به الاخلال بحقه الشخصي في الميراث ، وهو بذلك يثبت واقعة مادية ، بالتحايل على القانون المتمثل في تقديم تاريخ المحرر العرفي .

ويلاحظ الفقه ان هذا النص معيب وغير دقيق ، اذ جاء في نهاية الفقرة الثانية المذكورة " انه يحتج على الورثة بتاريخ العقد ، اذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا " ووجهه عدم الدقة يـ ان في ان النص يفضي بأنه لا يحتج على الورثة بتاريخ العقد (المقصود المحرر العرفي) اذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا مع ان تاريخ المحرر يحتج به على الورثة حتى اذ لم يكن ثابتا بصفة رسمية ، انما يكون لهم اثبات العكس بكافة الطرق لانهم يثبتون واقعة مادية ، هي الغش المتمثل في تقديم التاريخ (1)، كما سبق ان ذكرنا .

وقد يفهم من عجز الفقرة الثانية من المادة " 776 " ق.م.ج. ، ان المشرع يعتبر المورث الذي يطعن في تصرف مورثه بصدوره في مرض الموت من الغير في حكم المادة " 328 " ق.م.ج. ولكن هذا المفهوم كان يقتضي ان يكتفي من الوارث بأن يتمسك بحكم هذه المادة ، وبأن

التصرف المطعون فيه ليس ثابتا بوجه رسمي قبل الموت ، دون ما حاجة به الى اثبات حصول هذا التصرف من المورث وهو في مرض الموت ، غير ان صدر الفقرة المذكورة صريح في انه يجب على الورثة ان يشبتوا ان العمل القانوني قد صدر من مؤزتهم وهو في مرض الموت ، ولهم اثبات ذلك بتجميع الطرق ، كما يرى الفقه أيضا ان النص قصد به اعتبار الورقة غير ثابتة التاريخ حجة على الورثة بتاريخها ، الى ان يشبتوا هم عدم صحة هذا التاريخ بكافة طرق الاثبات ، اما اذا كان تاريخ الورقة ثابتا بوجه رسمي ، فلا يكون للورثة حق اثبات عدم صحته ، وانما يتعين عليهم اذا ازانوا ان يطعنوا في صحة هذا التاريخ ان يسلكوا في ذلك سبيل الطعن بالتزوير (1).

وهنا انضمت النظر الى انه قد قضي بأن الدفع بمرض الموت بعد الحكم برفضه دعوى التزوير ، اي بعد الحكم بصحة العقد ، دفع قانوني صحيح في شكله ، لان الحكم بصحة العقد ونفي شوائب التزوير عنه ، لا يحول دون الطعن فيه بمرض الموت ، اذ الطعن بمرض الموت لا يرمي الى بطلان العقد من حيث وجوده القانوني الصحيح في اصله ، بل يرمي الى انه وقد صدر صحيحا من الوجهة القانونية البحتة من حيث صحة التوقيع امضاء اوختما ، ومن حيث الادراك الكامل لدى المتوفي ، فانه مشوبا بشائبة خاصة تنصب على نفاذه بقيود معينة ، وبما انه لم يدفع بمرض الموت في الوقت الذي دفع فيه بالتزوير ، اذ الجمع بين الطعنين فيفسر مقبول من الناحية المنطقية ، لان الطعن بمرض الموت يتعارض كل التعارض مع الطعن بالتزوير اذ في الاول اعتراف بصور العقد حقيقة ، وفي الثاني انكار لصدوره وادعاء بتزويره ولذا اذا بديء بالطعن بمرض الموت اولا ، فانه لا يجوز الطعن بعد ذلك بالتزوير ثانيا ، واما العكس فصحيح . (2)

ومما تقدم نستطيع القول بأن المشرع عندما قيد تصرفات المريض مرض الموت لم يكن ذلك لنقص في اهليته او انعدام فيها ، وانما علة ذلك هو صون حق الورثة والدائنين ومنع الاعتداء على هذا الحق ، فتصرفاته اذن صحيحة طالما أنها في الحدود التي رسمها القانون وهي ثلث التركة يتصرف فيه كيف يشاء ، وما عدا ذلك فيتوقف على اجازة الورثة ، ان اجازوه نفذ والا فإلا.

ولذا فاننا مع الرأي الذي نأدي به الفقه اخيرا وحكم به القضاء ، وهو ان وارث المريض مرض الموت ، يعتبر من الغير بالنسبة الى سريان التصرف في حقه لان هذا الحق استمده من

(1) انظر: سليمان مرقس - المرجع السابق ص 241 هامش 128، وانظر كذلك السهوري الوسيط 2 - ص 11
(2) انظر: محمد كامل مرسي - المرجع السابق ص 253، وانظر كذلك: حكما لمحكمة مصر الرطنية بتاريخ (=)

من القانون، ولا يعتبر من الغير بالنسبة الى تاريخ المحزر العرفي .

خاتمة البحث :

بعد ان انتهينا من بحثنا هذا نستطيع ان نلخص النتائج التي توصلنا اليها فيما يلي :-

يلي :-

أولاً :

=====

ان اكتساب الشخص لحق من الحقوق يكون راجعاً الى اعتراف القانون له بهذا الحق لان القانون يعد مصدراً لكل الحقوق ، وعلافاً أن التصرف القانوني ، والواقعة القانونية يمتدان الى آفاق واسعة ، وهما المصدران اللذان يكتسبان الحق العيني ، وهما اللذان يقضيان كلا من الحق الشخصي و الحق العيني ، وبمعنى أدق : هما المصدران اللذان ينشئان كل الحقوق ، وكل الروابط القانونية ، غير انه توجد بعض الفروق بينهما .

ثانياً :

=====

عرفنا شروط انعقاد التصرف القانوني و شروط صحته ، و بينا أنواع التصرف القانوني ثم استنتجنا بعد ذلك آثار التصرف القانوني و أظهرنا بوضوح هذه الآثار ، وما يترتب عليها ، سواء من انتقال الملكية ، او انها تكون مصدراً للحقوق الشخصية ، او مصدراً لحقوق الاسرة ، او انشاء الحق المعنوي . مع بيان مدى سيطرة مبدأ سلطان الارادة على التصرف القانوني ، ثم بينا أخيراً مدى تأثير انتشار المذاهب الاشتراكية و تضييقها من نطاق مبدأ سلطان الارادة نظراً لتدخل الدولة لحماية الفرد ، كذلك ما للظروف الطارئة من تجشير على تنفيذ الالتزام .

ثالثاً :

=====

وبينا مدى حرية المرء في التصرف في ملكه ، وذلك عن طريق استعماله لحق الملكية عناصر (استعمال - استقلال - تصرف -) ووضحنا انه بناء على هذا الحق فان للمرء الحرية المطلقة في التصرف في امواله كلها او بعضها بتصرفات عريضة او تبرعية ، بدون اعتراض من احد حتى من ورثته المحتملين ، طالما ان هذا التصرف صدر حال حياته ، فهو تصرف صحيح ونافذ في حق الورثة ، وليس لاي منهم الاعتراض عليه بدعوى انه وارث محتمل وقد يضر من التصرف .

رأبها :

أشرنا الى انه بالرغم من هذه السلطات التي يتمتع بها المرء في التصرف فان القانون قد وضع قيودا على هذه السلطات حتى لا تستقل من طرف المالك استقلالاً لا سيما او غير مشروع ، يراد به الأضرار بالورثة او الدائنين ، وقد عرضنا لبعض هذه القيود سواء القانونية منها او الإرادية ، وتعرضنا للقيود المانعة من التصرف بشيء عن التفصيل ، لما لها من ارتباط وثيق بموضوع البحث ، فشرحنا القيود التي ترد على ملكية الأشخاص ناقص الأهلية ، وكذلك القيود التي ترد على الأشخاص كاملي الأهلية ، ومن بينهم المريض مرض الموت ، وبيننا ان السبب في تقييد تصرفات المريض يرجع الى الحكمة فرضها القانون و اوجبتها أحكام الشريعة الاسلامية ، وليس الى النقص في أهليته ، كذلك مدى تقييد سلطة المالك في التصرف في ماله عن طريق الوصية فيما زاد على الثلث .

شاهسا :

عند تعريفنا لمرض الموت هائل من تعريفات الفقهاء سواء فقهاء الشريعة الاسلامية أم فقهاء القانون ، وبالرغم من ان هذه التعريفات مختلفة في عبارتها متضاربة من ظواهرها الا اننا استنتجنا ان هناك معنى لا يختلف فيه ، وهو ان مرض الموت يجب ان يتحقق فيه أمران :-

(1) أن يكون مرضا مخوفا يقلب فيه الهلاك .

(2) أن يتصل بهذا المرض بالموت فعلا .

وبينا ان اختلاف التعريفات يدور حول الامارات و الاوصاف الظاهرة التي يتبين أن المرض يتصف بالوصف الأول ، كذلك أوضحنا ان المرض ولو كان مخوفا ثم يسرى المريض منه ثم مرض مرة أخرى فلا يعتبر مرض الموت ، لانه لايد ان يكون متصلا ، وقد يكون متصلا و لكن مدته تطول أكثر من سنة . فلا يعتبر مرض موت ايضا ، ثم عرضنا لرأي المحاكم في تصرف مرض الموت ، واستنتجنا رغم اختلاف الاحكام ان تعريف المحاكم لمرض الموت لا يخرج عن الوصفين السابق ذكرها .

تم تدرجنا بعد ذلك الى تعريف الملحقين بمرضى الموت ، ار من في حكم المريض وعرفنا ان المراد بمن يلحق بمرضى الموت ، هو من يكون صحيحا ، ولكنه في حال يغلب فيها الهلاك دون السلامة ، فنأخذ حكم المريض في كل تصرف يصدر منه . ثم اشرنا الى الأشخاص الذين يلحقون بالاصحاء ، وهم من أصيبوا بأمراض مزمنة أو امراض ممتدة ، وهي الامراض التي لا يغلب فيها الهلاك ، واذا خفي الامر يجيب اللجوء الى اطباء ، وذوي الخبرة لمعرفة ما اذا كان المرض مرض موت .

سا :
===

الاهلية هي الاصل ، وعدمها هو الاستثناء ، والمريض مرض الموت شخص كامل الاهلية وعندما يقدر القانون و الشريعة الاسلامية تصرفاته ، لم يكن ذلك لنقص في أهليته او لانعدامها ، بل كان ذلك لمصلحة الورثة والدائنين ، ولقد رددنا على القائلين بنقص أهلية المريض مرض الموت ، عندما قلنا ان اهلية المريض أهلية كاملة كأهلية الصحيح تماما ، لان القول بأن أهليته ناقصة ، قول خاطيء وذكرنا سببا اسباب لتأييد رأينا .

سا :
===

ان احكام تصرفات المريض مرض الموت التي استمدها القانون المدني من الشريعة الاسلامية لم تشمل جميع التصرفات فبيع المريض مرض الموت الذي وردت احكامه في المادة "408 ق.م. جزائري" جاءت ناقصة ، فلم تتعرض لهذه الاحكام اذا لم يكن بمثل القيمة ، او بأقل منها ، او اذا كان بدون ثمن أصلا ، ولذلك تعرضت هذه المادة لانتقادات من طرف استاذنا الدكتور علي علي سليمان وقد خلصنا الى أن البيع في مرض الموت لو ارث لا ينفذ الا اذا أقره الورثة ، ويشترط في المقر ان يكون عاقلا بالغا رشيدا ، ويجب كذلك ان يكون من اهل التبوع ، ولا يصح ان يكون هو نفسه مريضا مرض موت ، و أوضحنا كذلك ان البيع اذا أقره بعض الورثة دون البعض الاخر ، فانه ينفذ في أنصبة من اقروه و تحيير المشتري بين ان يرد القدر الذي يخص الورثة الذين لم يقرروا البيع او يدفع ثمنه .

ثامنا :

ان وقت اعتبار صفة الوارث ، هو وقف وفاة البائع ، اذ انه هو الوقت الذي يمكن فيه معرفة صفة من حصل له التصرف أهو وارث أم لا ؟

تاسعا :

ان البيع في مرض الموت له صور متعددة .

- أ - البيع بمثل القيمة : لا يتوقف على اقرار الورثة .
- ب - البيع بأقل من القيمة ولكن بما لايجاوز الثلث : لا يتوقف على اقرار الورثة .
- ج - البيع بأقل من القيمة بما يجاوز الثلث : لا ينفذ الا اذا أقر الورثة البيع في الجزء المحابي به .
- د - البيع بدون ثمن أصلا : اذا لم يشيت المشتري انه دفع ثمنا للمريض يعتبر التصرف هبة بغير عوض ويكون لها حكم الوصية لانها وقعت في مرض الموت .
وبينا كذلك اذا كان المشتري حسن النية ، وكان قد تصرف في المبيع ، او رتب حقا عينيا عليه ، فان القانون يحميه ضد استرداد المبيع .

عاشرا :

ان المريض مرض الموت الذي لا وارث له ولا دين عليه مستغرقا لكل ماله ان بيع او يوصي بماله كله او بعضه لمن يشاء و ينفذ بيعه او وصيته دون توقف علي اجازة بيت المال .

حادي عشر :

ان بيع المريض مرض الموت في الشريعة الاسلامية ، يختلف عن البيع في القانون ، وذلك في حالة ما اذا كان البيع لوارث او لغير وارث ، وما اذا كان المريض مدينا وباع لورثه بمثل القيمة او بغبن يسير كان البيع موقوفا على اجازة باقي الورثة ، فان أجازوه نفذ وان ردوه بطل ، وان باع لغير وارث بمثل القيمة او بغبن يسير، كان البيع نافذا من غير حاجة الى اجازة الورثة ، اما اذا كان البيع لاجنبي وفيه غبن فاحسن فانه يعتبر محاباة ، والمحاباة تحتسب من ثلثه ، اما اذا كان لوارث فيعتبر وصيصة والوصية لا تصح لوارث ، ولذا يبطل هذا التصرف الى ان يجيزه الورثة ، وبيننا

ان الشريعة الاسلامية لا تبطل البيع الحاصل في مرض الموت لغير وارث فيما زاد على الثلث ، وانما تبطله اذا كان فيه معنى المحاباة و التبرع، واما اذا كان البيع جديا وفيه فقط غبن فاحش ، فلا ينفذ حكم الوصية ، الا فيما حصلت فيه المحاباة .

ثاني عشر :

اما بصدد الوصية في الشريعة الاسلامية ، فقد اجازها بعض الفقهاء للوارث اذا اجازها الورثة و البعض الآخر حرّمها على الورث استنادا الى الحديث الشريف "..... الا لوصية لوارث" لان الايصار للوارث يعطيه أكثر من حقه في الميراث فيورث العداوة و النبضاء بين الورثة ، وهذا مايتنافى مع روح السريعة السحاء اما الذين قالوا بجوازها اذا اجازها الورثة فقد استندوا ايضا الى بقية الحديث "..... الا لوصية لوارث ، الا ان يجيز الورثة " ، والوارث هو من كان وارثا عند الوصية وعند الموت ، وقد استخلصنا ان الوصية لاجنبي تجوز في حدود الثلثست والدليل على ذلك ، حديث سعد بن أبي وقاص ، اما ما زاد فلا يجوز فيه الا اذا اجاز الورثة ، كل ذلك اذا لم يكن المريض مدينا تتوقف على اجازة الدائنين في حالة استغراق الدين للتركة ، وعلى اجازة الورثة اذا بقي من التركة مال بعد سداد الديون كما اننا بينا ان صحة نفاذ الوصية من المريض و الصحيح سواء وتنفذ اذا توافرت شروط النفاذ ، والعكس صحيح ، كما ان احكامها تسري على كل تصرف قانوني يقصد به التبرع .

ثالث عشر :

ان نفاذ الوصية يتوقف على اجازة الوارث ، وقد اوضحنا ان المراد بالوارث هو من كان وارثا عند الموت ، وان لم يكن وارثا عند الايضاء ، لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت فالذي يعتبر في الارث هو وقت التمليك ، كما اشرنا ان الاجازة تكون بعد وفاة الموصي ، لانها ان كانت في حياته تكون قبل ثبوت الحق لان انتقال الحق اثناء المرض يكون معلقا على موت الموصي ، وبذلك لم يستقر بعد ، ومن هنا لم يكن له الحق في الاجازة او الرد ، لانه من الجائز ان يرجع الموصي في وصيته فاذا حصلت الاجازة قبل موت المريض تقطع ساقطة ، لعدم وجود المحل التي تقسح عليه ، اما بعد الموت فينتقل الحق الى الوارث ويكون حينئذ باستطاعته ان يجيز

كما بينا ان اجازة الوارث حال حياة الموصي فيما تلزم الاجازة فيه تكون لازمة مالم يكن الوارث معذورا، اما اذا كان معذورا فان الاجازة لا تلزمه وبيننا لذلك ان الشروط التي تلزم في المجيز ، هي ان يكون اهلا للتبرع بالغيا عاقلا رشيدا .

رابع عشر :

اثبتنا ان تصرفات المريض مرض الموت ، وردت على خلاف القياس الذي يقضي بحرية التصرف في الاصل ، وانه لما كانت العلة وهي ايثار بعض الورثة بلا مبرر فقد تجيز ايضا تصرفات اخرى لم ترد على اقلام الفقهاء، ولكنها تصرفات لهسا خطورتها و البيع والوصية سواء ، ولذا يجب ان يصبح هذا المبدأ - مبدأ تصرف المريض مرض الموت - بصيغة القوانين العصرية المعمول بها وان قسطه في الاصول العلمية او الفنية المعروفة في الوقت الحاضر ، مادام في التصرف اخراج لمال المريض بعضا او كلا محاباة و ايثار للورثة بعضهم على البعض ، وبيننا ان المادة (776 ق.م. جزائري) جعلت كل تصرف يصدر من مريض الموت يعتبر تبرعا ايا كانت التسمية لهذا التصرف ، وتسري عليه أحكام الوصية .

خامس عشر :

ان بعض تصرفات المريض التي تكون محلا للطعن فيها بمرض الموت والتي اوردها مفصلة وهي (الهبة - الابرء - الوقف - الاجازة) تسري عليها جميعا احكام الوصية ولكننا قد قلنا بصدد الاقرار ان الرأي الراجح في الاقرار لاجنبي هو انه نافذ من كل المال ، لان الاقرار اخبار عن شيء مضى ، اما الاقرار لو ارث ، فالرأي الراجح أيضا هو انه كالاقرار لاجنبي سواء ، فينفذ من كل المال ، ولا يتوقف على تصديق الورثة لانه لم يخرج عن كونه اخبارا بما في ذمته ، فيصدق فيه ما لم توجد قوبينة يعتمد عليها الظن الراجح بأنه تبرع ، وقد اشرنا الى ان التصرفات التي تكون محلا للطعن فيها بمرض الموت هي التصرفات المالية المحضة ، والتي يكون فيها نقص لرأس المال ، وقد بينا وقت اعتبار المقر له وارثا وقلنا ان الوارث بالنسبة للاقرار يخالف الوارث بالنسبة الى الوصية ، كما فصلنا التصرفات التي تكون محلا للطعن فيها من قبل الورثة وهي على سبيل المثال : النكاح ، شراء الادوية وحاجاته التي لا يستغنى عنها سواء أكانت من اجنبي ام من وارث اما دام انه لم يكن هناك

محاياة في الشراء ، كذلك العقود الواردة على الصانف كالاجارة والاعارة وعقود التركة مع غيره ليست محلا للطعن فيها بمرض الموت طالما ان ليس هناك غبن بالنسبة للربح .

سادس عشر :

ان طلاق المريض مرض الموت اذا كان طلاقا رجعيا ثم توفى و الزوجة لاثزال في العدة فانها ترثه لان الزوجية تعتبر قائمة ، اما اذا ابان المريض زوجته وهو في مرض الموت طائعا مختارا ، بالارضاها ومات في مرضه بذلك السبب او بغيره ، والمرأة في العدة فانها ترثه ، اذا استمرت اهليتها للارث من وقت الابانة الى الموت لانه لما ابانها اعتبر احتياطيا فاراد هاربا ، فيرد عليه قصده و يثبت لها الارث ، فاذا برىء الزوج من مرضه ، او زالت عنه تلك الحالة ، ثم مات بعلقة اخرى ، او حادثة اخرى وهي في العدة لعدم تهمتها اذ هو الذي قوت على نفسه الارث بطلاقها .
وبينا بالنسبة لخلع المريضة مرض الموت ، انه اذا خلعت المرأة المريضة زوجها او طلقها على مال يكون هذا التزاما منها ، بالعوض و تبرعا منجزا ، والتبرعات تأذ حكم الوصية .

سابع عشر :

أكدنا ان الاصل في الاعمال القانونية ، انها متى توافرت فيها شروط صحتها فانها تنتج اثرها بغض النظر عن تاريخ حصولها ، فيتقيد بها المتعاقدان ، ولو لم يكن لها تاريخ ، وكذلك ينصرف اثرها - مهما كان تاريخها - الى الخلف العام ، وبالتالي تنتقل الحقوق التي يولدها العقد الى الخلف العام بعد موت السلف ، و اشرنا الى ان للمورث ان يتصرف في ماله وهو في غير مرض موته بجميع التصرفات ، معاوضة او تبرعا ، ويستطيع ان يستغرق بتصرفاته هذه كل ماله ، مادام التصرف ينتج أثره حال حياته ، اما ان يتصرف اثناء مرض الموت و التصرف لا ينتج اثره الا بعد موته اي انه يحرم ورثته دون ان يحرم نفسه ، فهذا هو الذي يتولى القانون حمايته ، فلم يجيز القانون له ان يتصرف بالوصية و بلحق بها كل التبرعات التي تصدر منه حال مرض الموت (م 776 ق.م. جزائري) الا في حدود ثلث تركته ، و اشرنا كذلك الى ان الورثة تخلف عام لمورثهم يمكن الاحتجاج عليهم بتاريخ الورقة العرفية الصادرة

منه كما كان يحتج عليه بها ، وبيننا كذلك انه لو ادعى الورثة ان المحرر العرفي صدر من مورثهم في مرض موته ، خلافا لما يشهد به تاريخه ، فان ادعاءهم لا يجعلهم من الغير في حكم المادة (328 ق.م. جزائري) ، ولكن يترتب على هذا الادعاء بعد ثبوت صحته ان يعتبر التصرف المطعون فيه في حكم الوصية ، وبالتالي لا ينفذ في حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة .

ثامن عشر :

بيننا ان الطعن بمرض الموت حق يستقيه الوارث الطاعن من الشارع نفسه ، وهو طعن موجه ضد المورث بالذات في وجه بقية الورثة وعلى هذا ينقلب الوارث من طبقة الخلف العام الى طبقة الغير بالنسبة الى اثر التصرف فيما يجاوز ثلث التركة ، لا من الغير بالنسبة الى ثبوت التاريخ فيحتج عليه بالتاريخ العرفي للتصرف الصادر من مورثه الذي ان يثبت ان هذا التاريخ غير صحيح .

وقد تعرضنا للمراحل الثلاث التي التبس الامر فيها وظهر التردد و التناقض والاضطر في موقف الفقه و القضاء المصريين من اعتبار الوارث من الغير ، واستنتجنا ان الرأي الذي اصبح مطبقا في الاحكام القضائية هو ان وارث المريض مرض الموت الذي يطعن في تصرفات مورثه ، يعتبر من الغير بالنسبة الى سريان التصرف في حقه ، لان هذا الحق قد استمدته من القانون .

و أخير اتمنى ان يكون هذا البحث قد حقق الثمرة المرجوة منه ونكون قد وفقنا في اعداده في المستوى اللائق .

" ربنا لا تؤاخذنا ان نسينا او اخطانا "

ملحقات

نتجلى عظمة الشريعة الاسلامية ، فيما أنت به من أحكام خاصة بتصرفات المريض مرض الموت ، لتحمي بها ورثته وذائنيه من الضرر الذي يحيق بهم من قبل مورثهم المريض ، وذلك بالاعتداء على حقوقهم التي يخولهم ايها القانون ، غير أن التشريعات العربية ، التي تعتبر الشريعة الاسلامية أحد مصادرها الرئيسية ، لم تنقل اليها من احكام تصرفات المريض مرض الموت سوى " البيع و الوصية " ولم نجد ايضا من التشريعات الاجنبية الاخرى ما تعرض لهذه الاحكام ضمن موادها ، معدا القانون المدني الفرنسي ، الا انه لم يتعرض لها مثل ما فعلت الشريعة الاسلامية ، ولم يصل الى ما وصلت اليه من دقة في التفصيل و سلامة في التقليل .

فقد أتت الشريعة الاسلامية بسبل من التعريفات الخاصة بمرض الموت وبينت دلالاته وما يتسم به من أوصاف شتى ، فعرفه فقهاء الشريعة بأنه : هو المرض الذي يغلب فيه الهلاك ، و يتصل بالموت فعلا ، وهو المرض الذي يقعد صاحبه عن الاتيان بمصالحة داخل الدار ان كونت أمراه وخارجها ان كان رجلا ، وهو المرض الذي لا تزيد مدته عن سنة ، وهو المرض الذي تتضاعف آلمه شيئا فشيئا الخ هذه التعريفات التي لاحصر لها رغم اختلافها و تضاربها ، لكن القانون الفرنسي عرف مرض الموت بأنه : " هو المرض الاخير " لم يأت بأي تعريف آخر ، وبطبيعة الحال فان هذا التعريف ناقص قاصر من جميع الوجوه هذا من جهة .

ومن جهة اخرى فان القانون الفرنسي لم يتطرق الى وصية المريض مرض الموت ، وبالتالي لم يحدد الجزء الموصي به في مرض الموت ، ولا موقف الورثة من الجزء الذي لايجوز الايحاء به ، كذلك لم يذكر الوصية لوارث او لغير وارث في مرض الموت .

وقد وردت أحكام الوصية في القانون المدني الفرنسي في الكتاب الثالث ، ونجد انه في الفصل الثاني من الباب الثاني وتحت عنوان : " في أهلية التصرف او القبول بالهبة بين الاحياء او الوصية جاءت المادة "909" من القانون المدني الفرنسي تنص على مايلي : " الاطباء و الجرحون و مفتشوا الصحة و اليادلة الذين عالجوا

المتوفي مدة مرضه الذي مات فيه ليس لهم ان يستفيدوا من تصرفاته بالهبة
او بالوصية التي يعملها لمصلحتهم خلال سير هذا المرض ويستثنى من ذلك .

(1) تصرفات المجازاة التي تعمل بوجه خاص بالنظر الى قوى المتصرف والخدمات
الموعدة له .

(2) التصرفات العامة التي تعمل في حال القرابة الى الدرجة الرابعة (بدخول
الغاية) بشرط ألا يكون للمتوفي ورثة من الاصول و الفروع الا اذا كان من عمل
التصرف لمصلحته هو نفسه من جملة هؤلاء الورثة .

وتراعي هذه الاحكام بالنسبة الى رجل الدين

ويستشف من نص هذه المادة أن الاشخاص الذين ذكرتهم على سبيل الحصر وهم الذين
شاركوا في علاج المتوفي مدة مرضه الذي مات فيه - ويقصد به مرض الموت - لا يجوز لهؤلاء
الاشخاص أن يتقيدوا أو ينتفعوا من تصرفات هذا المريض - اذا كان مرضه مرض موت ،
سواء أكان هبة أم وصية ، لان تصرفه في اثناء مرضه يكون مشكوكا فيه ، فقد يريد ان
يكافئهم على ما قدموه له من رعاية و اهتمام اثناء فترة معالجته من مرضه ، وفي وصيته
او هبته لهؤلاء الاشخاص اعتداء و اضرار بحق الورثة أو اجحاق لدائنيه ، فتصرفه هذا
يحرّمهم من حقوقهم التي منحت لهم عن طريق القانون ، الا ان المادة قد استثنت من
هذه التصرفات ما يسمى بتصرفات المجازاة و الخدمات الموعدة له . . . كأجر الاطباء
على ان يكون اجرا عاديا ، وكذلك الاموال التي انفقت عليه طوال مدة المرض كـ ثمن الأدوية
ونفقات العلاج ، كما استثنت المادة أيضا التصرفات التي يقوم بها المريض لأقربائه
حتى الدرجة الرابعة ، وذلك في حالة ما اذا لم يكن له ورثة من الاصول او الفروع ، الا ان
المادة اشترطت ان يكون من عمل التصرف لمصلحته هو نفسه من جملة هؤلاء الورثة .

كما ان احكامها تسري أيضا على رجال الدين فليس لهم ان يستفيدوا من تصرفات المريض .
ولقد جاءت احكام القضاء الفرنسي لتضيف الى الاشخاص المذكورين بالمادة "909"

ق.م. فرنسي ، فالحقت بهم الاشخاص الذين يستعملون وسائل علاج غير طبيعية كالتأثير
على المريض بالسحر او الجاذبية (*Le Magnestisme*) المغناطيسية

لان المريض اثناء مرضه يكون واقعا تحت تأثير هؤلاء الاشخاص المعالجين

له' (1) ، فيهب او يوصي لاحدهم أثناء مرضه ، فلا تجوز هبته او وصيته ، بل تعتبر باطله وهذا يختلف عن موقف الشريعة الاسلامية التي تقف نفاذ مثل هذه التصرفات على اجازة الورشة .

(1) انظر : حكما بذلك من الدائرة المدنية الاولى بمحكمة النقص الفرنسية صدر بتاريخ 10 أكتوبر 1980 " برقم 19341" ، وكذلك قانون الاسرة الفرنسي الصادر بتاريخ 24 ديسمبر 1971 ، وقد أضاف الى الاشخاص المنصوص عليهم بالمادة " 909 " مديري وموظفي المستشفيات التي يعالج فيها المرض مجانا او يعرض ، انظر المادة " 209 " مكرر من هذا القانون .

قائمة المراجع

- 1 - المهذب : أبي اسحاق التسييرازي - مطبعة الحلبي - 1343 هـ .
- 2 - بداية المجتهد ونهاية المقتصد - ابن رشد القرطبي - مطبعة الحلبي - 1339 هـ .
- 3 - الفتاوي العالمية المعرفة بالفتاوي الهندية - المطبعة الاميرية - القاهرة - 1310 هـ .
- 4 - حاشية - ابن عابدين المسماة رد المختار على الرد المختار - الطبعة الثالثة - المطبعة الاميرية القاهرة - 1323 هـ .
- 5 - شرح - فتح القدير - وبهامشه شرح العناية على الهداية : للامام كمال الدين محمد بن عبدالواحد المطبعة الاميرية - القاهرة - 1316 هـ .

الشيخ احمد ابراهيم :

- 6 - الاهلية وعوارضها في مجلة القانون والاقتصاد السنة الاولى 1931 م
- 7 - احكام الوقف والمواريث 1937 م
- 8 - التركة و الحقوق المتعلقة بها - (المواريث - الوصية - تصرفات المريض مرض الموت) اعداد : علاء الدين واصل احمد ابراهيم 1987 م

احمد ابر الوفا :

- 9 - التعليق على نصوص قانون الاثبات - الطبعة الثانية - منشأة المعارف - الاسكندرية

السيد سابق :

- 10 - فقه السنة - المجلد الثالث - الاجزاء - (12 . 13 . 14 . المعاملات) دار الكتاب العربي - بيسروت .

بكوش يحيى :

- 11 - أدلة الاثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي دراسة نظرية - وتطبيقية مقارنة - الشركة الوطنية للنشر والتوزيع - الجزائر - 1981 م

رمضان ابو السعود :

- 12 - الوسيط في الحقوق العينية الاصلية - الجزء الاول - مصدر الحقوق العينية الاصلية في القانون المصري و اللبناني - الدار الجامعية - بيروت 1985 م .

زهدور محمد :

- 13 - الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الاسلامية

بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص - كلية الحقوق - جامعة الجزائر 1976م .

دغوش عبد الرحمن :

- 14 - حق الملكية والقيود القانونية و الاتفاقية التي ترد عليه في القانون المدني الجزائري

بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص - كلية الحقوق - جامعة الجزائر .

سليمان مرقس :

- 15 - العقود المسماة - المجلد الاول - عقد البيع - الطبعة الرابعة - عالم الكتب - القاهرة 1980م .

- 16 - أصول الاثبات واجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري

مقارنا بتقنينات سائر الدول العربية - الجزء الاول - الادلة المطلقة - عالم الكتب - القاهرة - 1986 .

عبد الرزاق السنهوري :

- 17 - الوسيط في شرح القانون المدني المصري - نظرية الالتزام بوجه عام - الجزء الاول 1968

// الجزء الثاني 18

// الجزء الرابع 19

// الجزء الخامس 20

// الجزء السادس 21

/ الجزء الثامن 22

/ الجزء التاسع 23

24 - مصادر الحق في الفقه الاسلامي - دراسة مقارنة بالفقه العربي - المجلد الأول

25 - - المجلد الثاني

دار احياء التراث العربي - بيروت 1953 - 1954 .

26 - الموجز في النظرية العامة للالتزامات - في القانون المدني المصري - المجمع العلمي العربي الاسلامي - منشورات محمد الدايسة - بيروت .

عبد الرشيد مأمون :

27 - دروس في المدخل للعلوم القانونية - الكتاب الثاني - نظرية الحق - 1980 .

عبد المنعم فرج الصدة :

28 - حق الملكية - الطبعة الثالثة - القاهرة - 1967 .

29 - كشف الاسرار : لعبد العزيز النجاري على أصول البزدوي - الجزء الرابع - 1307 هـ .

علي علي سليمان :

30 - محاضرات أقيمت على طلبة كلية الحقوق - جامعة وهران - 1976م .

محمد ابوزهرة :

31 - الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية : دار الفكر العربي - القاهرة 1977 م .

32 - أحكام الترككات والمواريث : دار الفكر العربي - القاهرة 1978 م .

محمد بن يوسف اطفيش :

33 - شرح كتاب النيل و شفاء العليل - الجزء الرابع - مسقط - سلطنة عمان - 1986 م

محمد زيد الابياني :

34 - كتاب الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية - مطبعة النهضة - القاهرة 1920 م .

محمد قدرى :

35 - كتاب الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية - المطبعة الاميرية - القاهرة 1907 م .

36 - مرشد الحيران الي معرفة احوال الانسان - المطبعة الاميرية - القاهرة 1909 م .

محمد كامل مرسي :

37 - الرصية و تصرفات المريض مرض الموت - في القانون المصري والقوانين الاجنبية - المطبعة

العالمية - القاهرة 1950 م .

محمد وحيد الدين سوار :

- 38 - النزعة الجماعية في الفقه الاسلامي و أثرها في حق الملكية
الموعسة الوطنية للكتاب / الجزائر - 1986 .

محمد الزفزاف :

- 39 - تصرفات المريش مرض الموت - محاضرات ألقيت على طلبة دبلوم الشريعة الاسلامية
كلية الحقوق - جامعة القاهرة - 1986 .

الشيخ محمود بن اسماعيل :

- 40 - جامع الفصولين - المطبعة الازهرية - 1300 هـ

الشيخ موفق الدين بن قدامه :

- 41 - كتاب " المغنى " - مطبعة المنار - القاهرة - 1347 هـ

- 42 - المنتقى شرح موطأ مالك (الجزأين 5 و 6) الطبعة الاولى مطبعة الصادة - القاهرة 1332 هـ .

النصوص القانونية

=====

- (1) - القانون المدني الجزائري :
الصادر بأمر رقم 58/75 موعرر في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 .
- (2) - قانون الاسرة الجزائري :
صادر بقانون رقم 11/84 الموعرر في : 9 رمضان 1404 الموافق لـ 9 يونيو 1984 .
صادر بالجريدة الرسمية عدد(24) بتاريخ 12 يونيو 1984 ص 10 .
- (3) - القانون المدني المصري :
صادر بقانون رقم 131 لسنة 1948 .
- (4) - قانون الوصية المصري :
صادر بقانون رقم 71 لسنة 1946 .
- (5) - مجلة الاحكام العربية :
الطبعة الثانية - المطبعة القمانية قسطنطينية 1305 هـ .

10 المطلب الثاني : انواع التصرف القانوني

1 - التصرف القانوني الصادر من جانب واحد والتصرف الصادر

10 الجانبيين

10 2 - التصرف بين الاحياء والتصرف المضاف اليه بعد الموت

11 3 - التصرف بعوض والتصرف بدون عوض

11 4 - التصرف المنشيء و التصرف الكاشف

12 المطلب الثالث : آثار التصرف القانوني

12 تحديد الآثار

الفصل الثاني :

15 حرية المرء في التصرف في ملكية ، والقيود الواردة عليه

المبحث الاول :

16 حرية المرء في التصرف في ملكه

16 اولا : حق الاستعمال

17 ثانيا : حق الاستغلال

18 ثالثا : حق التصرف

المبحث الثاني :

21 القيود الواردة على حرية تصرف المرء في ملكه

21 قيود قانونية

21 قيود ارادية

22 التصرف المادي

22 التصرف القانوني

24 القيود المانعة من التصرف

24 اولا : القيود التي ترد على اموال ناقصي الاهلية

25 ثانيا : القيود التي ترد على اموال كاملي الاهلية

أ - منع الزوجة من التصرف في مالها بما يزيد على الثلث دون

25 اذن زوجها .

- 27 ب - الحجز على المدين المعسر
- 27 ج - اثر مرض الموت في تقييد حرية المالك في التصرف في ماله
- د - تقييد سلطة المالك في التصرف في ماله عن طريق الوصية
- 28 فيما زاد على الثلث
- 30 الباب الاول : مرض الموت ودلالاته ، ومدى تأثيره على اهلية المريض
- الفصل الاول :
- 30 تعريف مرض الموت ودلالاته ، والملحقون بمريض الموت
- 30 المبحث الاول : مرض الموت ودلته
- المطلب الاول - تعريف مرض الموت
- 35 ب - احكام المحاكم في تعريف مرض الموت
- المطلب الثاني:
- 38 الملحقون بمريض الموت
- 41 من يلحق بالاصحاء
- المبحث الثاني:
- 42 الامراض المزمنة - و رأي المحاكم
- 42 1 - مرض غير مخوف
- 42 2 - من تحقق تعجيل موته
- 43 3 - مرض مخوف لا يتعجل موت صاحبه
- 44 رأي المحاكم
- 47 هل يعتبر الربو مرض موت
- 48 هل يعتبر السرطان مرض موت
- 49 هل يعتبر السل مرض موت
- 49 هل يعتبر تصلب الشرايين مرض موت
- 50 هل يعتبر احتباس البول السكري مرض موت
- 50 احتباس البول وتضخم البروستاتا
- 50 الالتهاب المزمن

- 51 هل الشيخوخة مرض موت
- 51 الضعف الشيخوخي والاصابة بالفتق المزمن
- الفصل الثاني :
- 52 مدى تأثير مرض الموت على اهلية المريض
- المبحث الاول :
- 52 اهلية المريض في الشريعة الاسلامية
- المبحث الثاني:
- 58 أهلية المريض في القانون
- الباب الثاني :
- أحكام تصرفات المريض مرض الموت في القانون الوضعي
- 63 وفي الشريعة الاسلامية
- الفصل الاول :
- 64 بيع المريض مرض الموت ووصيته في القانون
- المبحث الاول :
- 65 بيع المريض مرض الموت لوارثه
- 67 سبب البطلان
- 69 وقت اعتبار صفة الوارث
- المبحث الثاني :
- 71 أ - بيع المريض مرض الموت لغير وارث
- 75 اولا : البيع بما لا يقل عن القيمة
- 76 ثانيا : البيع بأقل من القيمة بما يجاوز ثلث التركة
- 76 ثالثا : البيع بأقل من القيمة بما لا يجاوز ثلث التركة
- 76 رابعا : التصرف بغير ثمن أصلا
- 77 تعدد البيع الصادر من المريض

رقم الـ	الموضوع
77	عدم الاضرار بحقوق الغير حسن النية
79	ب - بيع المريض مرض الموت الذي لا وارث له المبحث الثالث :
80	وصية المريض مرض الموت في القانون
81	1 - الشرط الاول : ان يصدر التصرف من المورث في مرض الموت
82	2 - الشرط الثاني : ان يكون القصد من التصرف التبرع الفصل الثاني :
83	تصرفات المريض مرض الموت في الشريعة الاسلامية
83	المبحث الاول : بيع المريض مرض في الشريعة الاسلامية
86	الراجح مما تقدم
89	المبحث الثاني : وصية المريض مرض الموت في الشريعة الاسلامية
90	أ - الفرق بين الوصية للاجنبي و الوارث
95	ب - توقف الوصية و نفاذها
96	ج - المراد بالوارث
97	د - وقت اجازة الوصية ومن هم الحق فيها
100	هـ - من هم الذين يتوقف نفاذ الوصية على اجازتهم
101	و - وصية المدنين ومن لاوارث له
102	ز - الوصية بمقدار مجهول المبحث الثالث :
103	تصرف المريض مرض الموت بالمنافع الباب الثالث :
108	التصرفات التي يطعن فيها بمرض الموت الفصل الاول :
111	تصرفات المريض مرض الموت التي تكون محلا للطعن فيها بمرض الموت

111	المبحث الاول : هبة المريض مرض الموت
115	المبحث الثاني : وقف المريض مرض الموت
124	هل ترفع على الناظر دعوى ابطال الوقف لصدوره في مرض الموت
125	المبحث الثالث : ابراء المريض مرض الموت
126	المبحث الرابع : الاجازة في مرض الموت *
128	المبحث الخامس : الاقرار في مرض الموت
130	اقرار المريض لو ارث
135	وقت اعتبار المقر له وارثا
136	ترتيب ديون المرض
139	المبحث السادس : طلاق المريض مرض الموت
145	مباشرة الزوجة سبب الفرقة
145	خلع المريضة مرض الموت
	الفصل الثاني :
148	موقف ورثة مريض الموت
148	هل يعتبر الورثة من الغير؟؟ ومتى يعتبرون؟؟
148	المبحث الاول : من هو الغير في المفهوم القانوني
149	أولا : الخلف الخاص
151	<u>ثانيا</u> : الدائون المرتهنون وذوي الحقوق المقيدة الاخرى
151	<u>ثالثا</u> : الدائون المقيدون التالون
152	رابعا : الدائون العاديون
153	1 - الدائن الحاجز
153	2 - الدائن الذي يتدخل في اجراء التنفيذ بعد توقيع الحجز
154	3 - الدائن الذي يعارض في ان تتم قسمة المال المشترك
154	4 - الدائن الذي يستعمل حقوق مدينه
	شروط يجب توافرها في الغيـــــر

- 156 الشرط الاول : الا يكون قد ذكر اسمه كطرف في العقد
- 156 الشرط الثاني : ان يدعي الشخص بحق خاص له
- 157 الشرط الثالث : ان يكون حسن النية عند تمسكه بعدم ثبوت التاريخ
- 158 أ - الحالة الاولى :
- 158 1 - المادة التجارية
- 159 2 - المخالصات
- 159 3 - الكتابات الخاصة
- ب - الحالة الثانية :
- 161 المبحث الثاني : متى يعتبر ورثة المريض مرض الموت من الغير
- 173 الخاتمة :
- ملحقات :
- قائمة مراجع البحث :