

جامعة زيان عاشور - بالجلفة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

الإضرار في الوصية

في الفقه الإسلامي وفي التشريع العربي المقارن

مذكرة ضمن متطلبات

نيل شهادة الماستر حقوق تخصص : أحوال شخصية

إشراف الأستاذ :

إعداد الطالب :

بلقاسم مخلط

نورالدين بقة

لجنة المناقشة :

رئيسا .

1- أ. بورزق أحمد

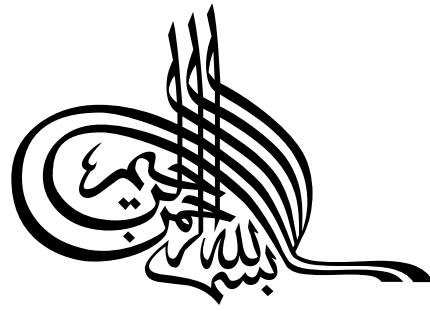
مشرفا و مقررا.

2- أ. مخلط بلقاسم

عضوا مناقشا.

3- أ. ثامري عمر

السنة الجامعية : 2016 / 2017



قال تعالى :

﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ
فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ
يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُن
لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ
مِّنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ
كَلَّةً أَوْ امْرَأَةً وَوَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا
الْسُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلْثِ
مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِّنَ اللَّهِ
وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ ﴿١٣﴾ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ
نُدْخِلْهُ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا وَذَلِكَ
الْقَبُورُ الْعَظِيمُ ﴿١٤﴾﴾ [النساء : 12 و13]

اللهم

إلى التي تبذل و تضحي لأجل راحتي و سعادتي .. إلى زوجتي

إلى أولادي

و أخص بالذكر

قرّة عيني

محمد

جعله الله ذخراً

لدينه وأمّته

آمين

شكر و تقدير

أتقدم بخالص شكري إلى والدي الكريمين

وإلى

جميع الذين قدّموا لي يد العون و المساعدة لإعداد هذه المذكرة

وأخص بالذكر الأستاذ الفاضل :

الأستاذ المشرف : بلقاسم مخلط

على توجيهاته القيّمة وصبره الدؤوب وقريحته الخلاّقة

كما أتقدم بالشكر

إلى

أعضاء لجنة المناقشة

ولا أنسى

الأستاذ الكريم : بهناس عادل سعيد

على تشجيعه الكبير و حرصه الدائم.

مقدمة

لقد أنزل الله لنا من التشريع ما يصلح أمورنا في الدنيا والآخرة وفتح لنا من أبواب الخير ما يمكن لنا من تدارك ما فاتنا من العمل الصالح وما قصرنا في تحصيله من أعمال البر والخير فشرعت الوصية لتكون خيراً للفرد والمجتمع وباباً للبر والرحمة والإحسان وعملاً صالحاً ينفع ولا يضر .

إن الله شرع لنا الوصية حرصاً منه على إيصال النفع الذي به ننال أرفع الدرجات، فإذا كانت صحيفة العبد تطوى بعد موته فإن هناك من لم تطو صحائف أعمالهم بعد موتهم، بل هناك حسنات ترصد وتكتب لهم بعد موتهم وهذا من فضل الله سبحانه و تعالى لقوله جلّ و علا :

﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾ [البقرة : 179] .

الوصية بوصفها تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع ، فهي تشبه الميراث من حيث انتقال الملكية بعد الوفاة إلى الورثة الأحياء ، و تختلف عنه من حيث الوجوب، فالله سبحانه و تعالى تولى الميراث بالتوزيع العادل، فقد بين في كتابه العزيز أحكام المواريث وأحوال كل وارث، قال تعالى: ﴿ لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا ﴾ [النساء : 7] .

بالمقابل شرع الوصية و جعل لها قيوداً حفاظاً على حقوق الورثة، وحماية لهم من الإضرار بالوصية، قال الله تعالى : ﴿...مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ... ﴾ [النساء : 12] .

فالوصية المشروعة تقوم على العدل لا على الإضرار و الجور و الحيف بأن يحرم بعض الورثة أو ينقصهم ، أو يزيدهم على ما فرض الله لهم، فمن سعى في ذلك بنية الإضرار ، كان كمن ضاد الله في حكمه و تعدى حدوده. قال الله تعالى : ﴿ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ، نُدْخِلْهُ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا وَذَلِكَ الْجَزَاءُ الْعَظِيمُ ۝۱۳ ﴾ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ، وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ، نُدْخِلْهُ نَارًا

خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُهِينٌ ﴿۱۴﴾ [النساء : 13 و 14]

إلا أن الشريعة الإسلامية، وكذلك التشريع العربي المقارن لم يكتفيا بحماية الوصية فقط من خلال تقييدها، بل تعدى ذلك إلى حماية الوصية من بعض التصرفات الأخرى التي يبرمها الشخص حال صحته، أو في مرض موته في شكل تصرف آخر غير الوصية، لإلحاق هذه التصرفات بأحكام الوصية، بنية التهرب من قيود الوصية .

وهذا ما يجعلنا نطرح الإشكالية التالية :

ما هي أوجه الإضرار في الوصية في الفقه الإسلامي وفي التشريع العربي المقارن ؟

و ما هي صور حماية حقوق الورثة في حال إلحاق الضرر بهم ؟

الموضوع عبارة عن دراسة فقهية قانونية مقارنة تعالج موضوع الإضرار في الوصية من حيث بيان حقيقتها و أركانها و شروطها و كذا صور الإضرار بها الجلي منها و الخفي ، وتبرز أهمية الموضوع لارتباطه بمقصد أساسي من مقاصد الشريعة الإسلامية و هو المحافظة على المال وعلى حقوق الورثة بالالتزام بضوابط الوصية وقواعدها وأحكامها الشرعية والقانونية وعدم الظلم والجور والحيف .

يرمي هذا البحث إلى عدد من الأهداف المهمة التي كانت وراء اختياري لموضوعه كما يسعى إلى تقديم أجوبة عن بعض الأسئلة المثارة ووضع حلول لبعض المشكلات التي يواجهها مجتمعنا اليوم . والحقيقة إن بعض الأهداف منبثقة من أهمية موضوع البحث النابعة من الغموض الذي يكتنفه والاختلاف في شأنه وحاجة الناس إلى معرفة ما لهم وما عليهم من

أحكامه ، هذا فضلا عن أن الكتابات الفقهية القانونية لم تعطه ما يستحق من البيان فهي درجت على معالجته من الناحية الشرعية أو الناحية القانونية ولم تحاول الجمع بين الاثنين أو إغناء الجانب القانوني بما يتحصل من الفقه الإسلامي الذي هو مرجع معظم التشريعات العربية .

لقد اتبعت في هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي، حيث تناولت مختلف أقوال الأئمة وآراء الفقهاء بالوصف و التحليل ، ثم استخدمت المنهج المقارن لإبراز الرأي الراجح منها و تأييد ما وافقه من مختلف ما نصت عليه التشريعات العربية لإثراء المنظومة القانونية للأحوال الشخصية العربية والجزائرية بشكل خاص ، و لضم هذا الجهد المتواضع إلى الجهود المبذولة في هذا التخصص .

تأتي هذه الدراسة تكملة للجهود المبذولة في ميدان البحث في هذا الموضوع الذي مضمونه الإضرار في الوصية في الفقه الإسلامي وفي التشريع العربي المقارن ، ومع أن هذا الموضوع في حدود علمي لم تتناوله دراسات سابقة كدراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و التشريع العربي المقارن من جهة ، و بهذا التفصيل و الشمول من جهة أخرى ، إذ لم يحظ بدراسة متخصصة ملمة بكل جوانبه ، و هذا ما يقودنا إلى إعداد هذه الدراسة مساهمة منا في الوصول إلى الأحكام الشرعية الصحيحة القائمة على الدليل، وبيان ما أخذت به التشريعات العربية ، مع إبراز الأرجح منها حسب الدليل الذي يقدمه بقصد تحقيق مصلحة المجتمع والناس .

ومن أجل الإلمام بعناصر الموضوع و نزولا عند مقتضيات البحث العلمي والرغبة في التركيز في البحث على أكثر جوانب الموضوع أهمية ومراعاة لطبيعة هذا الموضوع فقد قمت بمعالجته في فصلين :

تناولت في الفصل الأول: الإضرار الجلي في الوصية في الفقه الإسلامي وفي التشريع العربي المقارن .

و ضمنت هذا الفصل مبحثان حيث:

أدرجت في المبحث الأول : أحكام الوصية

وفي المبحث الثاني : أوجه الإضرار الجلي في الوصية

وتعرضت في الفصل الثاني إلى : الإضرار الخفي في الوصية في الفقه الإسلامي وفي التشريع العربي المقارن .

أما الفصل الثاني فقد قسمته إلى مبحثين حيث :

عالجت في المبحث الأول : تصرفات المريض مرض الموت

وفي المبحث الثاني : التصرفات التبرعية التي تلحق بالوصية

الفصل الأول

الإضرار الجلي في الوصية

في الفقه الإسلامي وفي التشريع العربي المقارن

لشعور الإنسان بالحاجة إلى الوصية لتنظيم شؤون حياته، التي لم يسمح عمر الموصي بمباشرتها بنفسه، و لدور الوصية العظيم في حفظ الحقوق و توازن المجتمع، كان للشريعة الإسلامية الأثر الواضح لتنظيمها تنظيماً واعياً و دقيقاً ، و بهذا لم تعد الوصية حاجة من حاجات الإنسان الضرورية فحسب، بل مطلباً شرعياً وقانونياً ، لا بد من توخي الدقة فيه، واتخاذ السبل اللازمة لذلك ، و باعتبار الوصية من أهم السبل المشروعة للتبرع بالمال خصتها الشريعة الإسلامية ، و من ثم القوانين العربية بالتنظيم و التشريع لأحكامها، فليس للإنسان الحق المطلق للوصية بأمواله حال حياته، لأن الوصية مقيدة بضوابط شرعية و قانونية تحفظ للورثة حقوقهم ، وذلك عند لجوء الموصي إلى مخالفة هذه الضوابط و التقلات من القيود ملحقاً الضرر بالورثة ، و من صور هذا النوع من الإضرار الجلي في الوصية ، الوصية لوارث، والوصية بأكثر من الثلث و سنتعرض في هذا الفصل:

في المبحث الأول إلى : أحكام الوصية

وفي المبحث الثاني إلى : أوجه الإضرار الجلي في الوصية .

المبحث الأول : أحكام الوصية

بالرجوع إلى الفقه الإسلامي، وإلى التشريع العربي المقارن نجد أن الوصية قد أحيطت بجملة من الضوابط والأحكام نوردها في مطلبين ، نتعرض في المطلب الأول إلى حقيقة الوصية و أركانها وشروطها ، و في المطلب الثاني إلى القيود الواردة على الوصية .

المطلب الأول : حقيقة الوصية وأركانها وشروط كل ركن.

بعد تحديد حقيقة الوصية في الفرع الأول ، نتناول أركانها و شروطها في فرع ثان كالتالي :

الفرع الأول : حقيقة الوصية

أولاً : تعريفها

أ) في اللغة: مأخوذة من وصيت الشيء إذا وصلته سميت بذلك لأنها وصل لما كان في الحياة بعد الموت¹.

ب) وفي الاصطلاح : ففيه تفصيل المذاهب:

عند الحنفية:

الوصية: أنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع².

شرح المصطلحات : تمليك : يشمل العقود التي تنقل ملكيتها كالبيع و الهبة

وغيرها .

مضاف إلى ما بعد الموت : يخرج ما عدا الوصية

بطريق التبرع : يخرج الإقرار بالدين لأجنبي .

عند المالكية:

الوصية : عقد يوجب حقاً في ثلث عاقده يلزم بموته، أو، يوجب نيابة عنه بعده¹، من مزايا هذا التعريف أنه بالإضافة إلى دلالاته على عناصر الوصية يدل على بعض أحكامها منها: أن الوصية

¹ - محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين الأنصاري، ابن منظور، لسان العرب، ط3، ج15، دار صادر، بيروت، ص394

² - عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، دار الفكر ،المجلد3، ص315

عقد، وأنها عقد غير لازم في حياة الموصي، وتُصبح عقداً لازماً بعد الوفاة وأنها تكون في حدود الثلث ولا يجوز في أكثر من ذلك إلا بإجازة الورثة، وأن الموصى به قد يكون حقاً وقد يكون نيابة عنه بعد وفاته.

عند الشافعية:

أن الوصية: إثبات تصرفٍ مضافٍ لما بعد الموت².

من الملاحظ على هذا التعريف أنه يبين أن الوصية إنما هي إثبات تصرفٍ.

وكذلك هنا أطلقها بتعبيره على أولاده مع أنها تكون أقوى في المال ضعيفة في النفس.

عند الحنابلة:

عرفها الحنابلة بقولهم: الوصية بالمال هو التبرع به بعد الموت، أو هي الأمر بالتصرف بعد الموت³، يتضح لنا من التعريفات السابقة أنها جميعها متقاربة ومتوافقة في المعنى والمقصد والألفاظ وكلها تؤدي إلى معنى واحد، هذا المعنى يتمثل في كونها "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريقة التبرع".

وفي التشريعات العربية:

تعد الوصية من أصل الأحوال الشخصية، لذا فإن المشرع الجزائري نصّ في المادة 775 من القانون المدني⁴ على سريان قانون الأحوال الشخصية و النصوص المتعلقة بها عليها، وذلك في الفصل المتعلق بطرق اكتساب الملكية، كما أنه لم يخص الوصية بقانون خاص بها كما فعلت

¹ - عبد الرحمان الجزيري ، مرجع سابق ، المجلد3 ، ص316

² - المرجع نفسه ، المجلد3 ، ص316.

³ - موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة، المغني ، تحقيق محمد شرف الدين خطاب و السيد محمد السيد ج8 ، دار الحديث ، القاهرة ، ص 113

⁴ - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني الجزائري ، معدل ومتمم بالقانون رقم 07-05، المؤرخ في مايو 2007.

بعض التشريعات كالتشريع المصري ، بل أورد أحكامها في قانون الأسرة المواد من 184 إلى 201 منه .¹

كما عرفها ابن عابدين² أنها "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع" و هو أصح التعريفات و أشملها ، كما أن قانون الأسرة الجزائري أخذ بهذا التعريف في المادة 184 منه حيث نصت على أن : "الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع" . و يستخلص من العبارات المستعملة في هذا التعريف ما يلي:

- أن استعمال مصطلح "تمليك" يجعل هذا التعريف جامعا و شاملا لكل أنواع الوصايا؛ سواء كانت واجبة أو مندوبة ، وسواء كانت بالمال أو بغيره، فهي بذلك تشمل التمليك، والإسقاط، وتقرير مرتبات، كما تشمل الوصية بالمنافع من السكن لدار أو الزراعة لأرض، و الوصية بالأعيان من منقولات أو عقارات.

- أن المقصود بعبارة "مضاف إلى ما بعد الموت" هو أن الوصية لا تنفذ إلا بعد الموت الموصي و بالتالي يخرج عن هذا التعريف الهبة .

- يستخلص من مصطلح "تبرع" إخراج الوصايا التي تتبني على بيع أو إيجار لشخص ما ، وذلك باعتبار الوصية تتم بدون عوض باعتبارها ما أوجبه الموصي في ماله تطوعا بعد موته.

أما المشرع المصري فقد عرفها في مادته الأولى من قانون الوصية³: "الوصية هي تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت"

وهذا تعريف قد وضعه الذين أعدوا القانون، وخالفوا فيه التعريفات الفقهية المختلفة⁴.

¹ - القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة الجزائري ، معدل و متمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005

² - ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ج6، 2000 ، ص647.

³ - قانون الوصية المصري 71 لسنة 1946.

⁴ - محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، مكتبة الأنجلو المصرية ، القاهرة ، ط2 ، ص9.

أما الدكتور علي علي سليمان فقد عرفها بأنها "تصرف في التركة يضاف إلى ما بعد الموت"¹ مستخدماً مصطلح "يضاف" بدلاً من "مضاف"، مؤكداً بذلك على الأثر المستقبلي لنفاذ التركة .

أما المشرع المغربي فقد جاء في المادة 277 من المدونة المغربية أن "الوصية عقد يوجب حقا في ثلث عاقده يلزم بعد موته"²

إن الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع³، هو تعريف عام شامل كل أنواع الوصايا، من التملك والإسقاط الذي هو في معنى التملك كالوصية بالإبراء من الدين، والإسقاط المحض كالوصية بإبراء الكفيل، كما يشمل الحقوق التي ليست مالا ولا منفعة ولا إسقاطاً، لكن لها تعلق بالمال كالوصية بتأجيل الدين.

ثانياً: مشروعيتها:

جاءت نصوص الكتاب والسنة دالة على مشروعية الوصية كما انعقد إجماع الأمة على مشروعيتها:

دليل الكتاب:

أما الكتاب قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾⁴

[البقرة : 179]

وهذا أول الإسلام ثم نسخت بآية المواريث في النساء وبقيت الآية محكمة فيما عدا الوارثين.

¹ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للإلتزامات، العقد والإرادة المنفردة، ج 1، دار الهدى، الجزائر، ط2، 2004، ص 86

² - المدونة المغربية ، صيغة محيئة بتاريخ 25 يناير 2016

³ - الباشا محمد قدرى، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، المطبعة الكبرى الأميرية ، مصر ، ط2 ، ص 15

وقوله تعالى: ﴿... مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ...﴾ [النساء : 11].

لقد ذكر الله تعالى الوصية في هذه الآية وغيرها، جاعلا استحقاق الميراث و ثبوته بعد إخراجها من التركة دليلا على مشروعيتها¹.

دليل السنة:

ما رواه البخاري² ومسلم³ عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم: "ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده قال ابن عمر: ما مرت علي ليلة منذ سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ذلك إلا وعندي وصيتي".

أما الإجماع:

فقد نقل ابن قدامة في المغني الإجماع على جواز الوصية حيث قال: "وأجمع العلماء في جميع الأمصار والأعصار على جواز الوصية"⁴.

ثالثا : حكمها

يدور حكم الوصية بين الإيجاب والاستحباب والكراهة والتحریم.

1) الوصية الواجبة: تجب الوصية إذا كان على الإنسان دين لا بينة به أي أنه يكون مديناً ولا أحد يعلم إلا الله والموصي وصاحب الدين هنا تجب الوصية لأن وفاء الدين واجب ومالا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب.

وكذا تجب الوصية للأقربين الذين ليس لهم حق في الإرث وكانوا فقراء والموصي غني فهنا تجب عليه الوصية لهؤلاء الأقارب.

¹ - محمد كمال الدين إمام، الوصية والوقف في الإسلام، مقاصد وقواعد، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999، ص 35-36

² - محمد ابن اسماعيل أبو عبد الله البخاري، صحيح البخاري، تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، ط1، 1420 هـ، ج5، ص 369

³ - مسلم ابن الحجاج أبو الحسن، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج 3، ص 249

⁴ - موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة، مرجع سابق، ج 8، ص 390.

دليل ذلك قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ ﴿١٧١﴾

[البقرة : 179]

(2) **الوصية المستحبة:** ونعني بها الوصية المسنونة وهي التي كان فيها الموصي ذا مال وكذا ورثته أغنياء وكذا أقاربه لا حاجة لهم بالمال فهنا يستحب الوصية بما يراه الموصي نفعاً له بعد موته.

(3) **الوصية المكروهة:** وتكون هذه الوصية إذا كان مال الموصي قليلاً وورثته محتاجون لأنه في هذه الحالة ضيق على الورثة ولذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لسعد رضي الله عنه: " إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكفون الناس " ¹

(4) **الوصية المباحة:** وهي ما عدا ذلك من الوصايا المتقدمة كأن يكون الموصي ماله قليل وورثته غير محتاجين أو ماله كثير جداً وورثته محتاجون فهنا تباح الوصية.

(5) **الوصية المحرمة:** ونعني بها ما لا تجوز ويأثم صاحبها .

قال تعالى بعد ذكر آيات الموارث: ﴿وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ، وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ، نُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُهِينٌ﴾ ﴿النساء : 14﴾.

وهي نوعان:

(أ) ما زاد على الثلث : لورود النهي عنه في حديث سعد رضي الله عنه المتقدم ².

(ب) إذا كانت لوارث: قال صلى الله عليه وسلم: " لا وصية لوارث " ¹

¹ - محمد ابن اسماعيل أبو عبد الله البخاري ، المرجع السابق ، ج 5 ، ص 369

² - مسلم ابن الحجاج أبو الحسن ، المرجع السابق ، ج 3 ، ص 1250

الفرع الثاني: أركان الوصية و الشروط المتعلقة بكل ركن .

اختلف الفقهاء في تحديد أركان الوصية على قولين:

قول الجمهور الشافعية والمالكية والحنابلة، أن أركان الوصية أربعة: الصيغة، والموصي، والموصى له، وموصى به.

واستدلوا على ما ذهبوا إليه إلى أنه لا بد من اعتبار هذه الأمور الأربعة كلها أركاناً مع الصيغة لأنه بدونها لا يمكن أن نتصور وجود وصية².

قول الحنفية ، أن للوصية ركنا واحدا و هو الإيجاب والقبول.

فأما الإيجاب فهو أن يقول أوصيت بكذا لفلان أو أوصيت إلى فلان أو جعلت إلى فلان ثلث مالي بعد موتي ونحو ذلك من الألفاظ المستعملة في الوصية .

وأما القبول فإنه شرط لإفادة الملك الموصى به فلا يملكه الموصى له قبل القبول، فلا يشترط القبض في الوصية بخلاف الهبة . ويشترط في القبول أن يكون بعد الموت³.

والمراد بالقبول: ما يكون صريحاً مثل قبلت، أو دلالة كموت الموصى له بعد موت الموصي بلا قبول ولا رد. ولا يصح قبول الوصية إلا بعد موت الموصي، فإن قبل الموصى له بعد موت الموصي، ثبت له ملك الموصى به، سواء قبضه أو لم يقبضه. فإن مات بعد موت الموصي قبل القبول أو الرد، انتقل الموصى به إلى ملك ورثته⁴.

الراجح من هذه الأقوال هو رأي الجمهور من أن أركان الوصية أربعة، صيغة وموصي وموصى له وموصى به، لأنه بعدم وجود ركن منها لا يمكن أن نتصور وجود وصية .

¹ - أحمد بن محمد بن حنبل أبو عبد الله مسند الإمام أحمد بن حنبل ، تحقيق شعيب الأرنؤوط وآخرون ، مؤسسة الرسالة ، ط1 ، 2001 ، ج 5 ، ص 267 ،

² - منصور بن يونس بن إدريس، البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، تحقيق إبراهيم أحمد عبد الحميد، ج4 ص345، دار عالم الكتب الرياض

³ - عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق ، المجلد3 ، ص317،316

⁴ - فخر الدين عثمان بن علي بن محجن، الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، ج6 ، نشر 1313هـ، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق القاهرة ، ص184

الركن الأول: الموصي: و هو الشخص الذي يقوم بإنشاء الوصية.

شروطه :

اشتراط الفقهاء فيه شروطاً معينة بعضها محل اتفاق وأخرى محل خلاف، وهذه الشروط هي:

1/ العقل:

إنّ وصية المجنون باطلة، لأن تصرفاته القولية لا أثر لها لعدم إدراكه وتمييزه سواء أكانت نافعة محضاً أم غير ذلك، وهذا لا خلاف فيه في الفقه والقانون.

واتفق الفقهاء على أنه يشترط في الموصي أن يكون عاقلاً، فإذا كان مجنوناً أو معتوهاً فلا تصح وصيته، لأن عبارة المجنون والمعتوه ملغاة لا أثر لها، فلا ينشأ بها عقد ولا يبرم بها التزام، ويلحق بالمجنون السكران ، الذي لا يعي بعد إفاخته ما كان منه حال سكره فإن الوصية لا تصح لأن سكره قد غلب على عقله فلا يكون عنده قصد ولا إرادة صحيحة فلا يعتد بالعبارة الصادرة منه كما لا يعتد بالعبارة الصادرة من المجنون¹.

2/ البلوغ:

اختلف الفقهاء في صحة وصية الصبي المميز على أقوال:

قول الحنفية و الأظهر من قولي الشافعية وبعض الحنابلة حيث ذهبوا إلى عدم صحة وصية الصبي المميز² ، ودليلهم في ذلك قول الله تعالى: ﴿ وَابْتَلُوا الَّذِينَ يُرِيدُونَ أَنْ يُصَدِّقُوا بِأَمْوَالِهِمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ إِذَا بَلَغُوا الْبُلُوغَ ۗ وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْفِتْنَةَ مِنْكُمْ فَامْنَحُوهُمْ مَا بَلَغُوا الْبُلُوغَ ۗ وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْفِتْنَةَ مِنْكُمْ فَامْنَحُوهُمْ مَا بَلَغُوا الْبُلُوغَ ۗ وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْفِتْنَةَ مِنْكُمْ فَامْنَحُوهُمْ مَا بَلَغُوا الْبُلُوغَ ۗ ﴾

النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْبَعُوا إِلَيْهِمْ وَأَمْوَالَهُمْ وَلَا تَاكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَفِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَبَعْتُمْ إِلَىٰ إِلَيْهِمْ وَأَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَىٰ

¹ - عيد الرحمان الجزيري ، مرجع سابق ، ص 320

² - المرجع نفسه ، ص 321

بِاللَّهِ حَسِيبًا ﴿٦﴾ [النساء: 6] ، وقول النبي ﷺ: " رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ عَنِ الْمَجْنُونِ الْمَغْلُوبِ عَلَى عَقْلِهِ حَتَّى يَفِيقَ وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ وَعَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ " ¹ .

قول المالكية و بعض الشافعية و المذهب عند الحنابلة ² ، وقد ذهبوا إلى صحة وصية الصبي المميز .

واستدل أصحاب القول الأول على عدم صحة وصية الصبي المميز ، بأن الوصية تبرع وهو ممنوع من سلئر التبرعات لما فيها من الضرر المحض ، ولا تصح هبته وعتقه في حياته فلا تصح وصيته كالمجنون ، ولأن عبارة الصبي في نظرهم لا اعتبار لها في التصرفات ، ولا فائدة تعود عليه من الوصية حيث أنها شرعت لجبر ما فات من الإنسان في حال حياته من عمل البر والخير ، والصبي في مقتبل عمره لم يفقه شيء من ذلك لأنه غير مكلف بفعل الطاعات .

واستدل أصحاب القول الثاني على صحة وصية الصبي المميز بأنها لا ضرر فيها ، ولأن الوصية تصرف مضاف لما بعد الموت فالتمليك فيها يكون بعد وفاته فلا ضرر في ماله ما دام حياً ، وفي الوقت ذاته نجد أن فيها مصلحة له بعد وفاته وهي الحصول على رضا الله تعالى ومثوبته ، وما روي أن صبياً يافعاً وكان سنه تسع أو عشر سنين أوصى لابنة عمه ، فأوصى لها بما بيع بثلاثين ألف درهم ، فرفع ذلك إلى سيدنا عمر رضي الله عنه فأجاز وصيته ، وإجازة سيدنا عمر رضي الله عنه دلالة على جواز وصية الصبي ³ .

اعتبر المشرع الجزائري أن وصية الصبي لا تصح باعتبارها تبرع مالي لا يتم إلا بوجود الإرادة و التمييز ⁴ ، استناداً لنص المادة 186 ق أ ج .

3/الرشد:

الرشد ضد السفه والغفلة، وهو حسن التصرف في المال والصلاح في الدين والمال ⁵ .

¹ - أحمد بن محمد بن حنبل أبو عبد الله، المرجع السابق، ج6، ص100، رقم: 24937

² - موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد ، ابن قدامة ، مرجع سابق ، ج8 ، ص115 .

³ - أيوب بن موسى، أبوالبقاء الكفومي الحسيني ، كتاب الكليات ، تحقيق عدنان درويش ومحمد المصري ، 1998، الرسالة بيروت ، ص7 .

⁴ - بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الميراث و الوصية ، ج2 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 1999 ، ص253

⁵ - زين الدين ابن إبراهيم، ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، دار المعرفة ، بيروت ، ج8 ، ص94 .

والسفيه هو الذي لا يُحسن تدبير المال فيُنفقه على غير مقتضى العقل و الشرع، وذو الغفلة هو من لا يهتدي إلى التصرفات الربحة فيغيب في المعاملات لعدم إدراكه للخير والشر¹.

وقد اختلف العلماء في حكم وصية غير الرشيد المحجور عليه لسفه أو غفلة على أقوال:

ذهب المالكية والشافعية وجمهور الحنابلة² إلى أن وصية المحجور عليه للسفه أو الغفلة صحيحة.

وقد استدلوا على ذلك بأن المحجور عليه للسفه أو الغفلة لم يحجر عليه بسبب نقص أهليته فهو بالغ عاقل كامل الأهلية مكلف بالعبادات والطاعات، وقد يفوته أداء حق من الحقوق كالزكاة والحج فمن حقه أداء ذلك الحق بطريق الوصية لدخوله في الخطاب العام في قوله صلى الله عليه وسلم: **إِنَّ اللَّهَ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ، عِدَّ وَفَاتِكُمْ، بِذُلِّتِ أَمْوَالِكُمْ، زِيَادَةً لَكُمْ فِي أَعْمَالِكُمْ**³.

وأما المعنى الذي من أجله حجر عليه هو المحافظة على أمواله من التبدد والضياع، وليست الوصية ما يضره لأنها لا تنفذ إلا بعد وفاته في الوقت الذي يستغنى فيه عن المال، وعلى هذا فيجب القول بصحة وصيته لأنها بالنسبة له نفع محض، ولو قيل ببطانها لكان الهدف من الحجر عليه المحافظة على مصلحة الورثة، وما شرع الحجر إلا للمحافظة على أموال السفيه لمصلحة نفسه لا لمصلحة الورثة.

ذهب أبو حنيفة⁴ إلى عدم جواز الحجر على السفيه أصلاً، ولهذا فتصرفات السفيه عندهم صحيحة دائماً.

و أبي يوسف و محمد⁵ يريان صحة وصية السفيه في وجوه الخير فقط، وفيما عدا ذلك فلا تعتبر تعتبر وصيته لأنه محجور عليه.

بعض الشافعية¹ يرون أن وصية المحجور عليه لسفه أو لغفلة باطلة. وقد استدلوا على ذلك بأن الوصية نوع من التبرعات، والتبرعات لا تصح من السفيه لأنه محجور عليه.

¹ - المرجع نفسه ، ص 95

² - ابن قدامة ، مرجع سابق ، ج 8 ، ص 12.

³ - أحمد بن محمد بن حنبل أبو عبد الله ، المرجع السابق ، ص 440 ، رقم ، 27522

⁴ - شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل، السرخسي ، المبسوط، تحقيق خليل محيي الدين الميس، ط1، دارالفكر بيروت، 2000 ، ج 12، ص 290 .

⁵ - زين الدين ابن إبراهيم، ابن نجيم ، المرجع السابق ، ج 8 ، ص 96.

وقد اشترط المشرع الجزائري في الموصي سلامة العقل وبلوغ سن الرشد المدني حيث نصت المادة 186 ق أ ج على ما يلي : " يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل ، بالغاً من العمر تسع عشرة سنة (19) على الأقل"² ، أما القانون المغربي فيشترط في الموصي أن يكون راشداً و تصح وصية المجنون حال إفاقته و من السفه و المعتوه حسب المادة 279 مدونة الأسرة المغربية³ وفي القانون الأردني للأحوال الشخصية⁴ تجوز وصية المحجور عليه بشرط إذن القاضي، فقد نصت المادة 269/ف2: " إذا كان الموصي محجوراً عليه للسفه أو الغفلة جازت وصيته بإذن المحكمة ". وفي المادة نفسها " ف3 : " لا تبطل الوصية بالحجر على الموصي للسفه أو الغفلة " ، لأن السّفه والغفلة لا يمنعان صاحبهما من الرجوع في وصيته وما دام الموصي لم يرجع عنها فتبقى قائمة بعد وفاته.

4/الرضا:

يشترط في الوصي أن يكون راضياً بوصيته لتوفر القصد لهذا التصرف وللتفصيل في هذا الشرط يحدثّ علينا أن نتكلم عن وصية المكروه:

الإكراه: هو الإكراه على عمل أو تصرفٍ بواسطة ضرب أو سجن أو أخذ مال ونحوه أو بتهديد بشيء من ذلك من قادر عليه⁵.

واختلف العلماء في حكم وصية المكروه على قولين:

عند الجمهور⁶ أن وصية المكروه لا تصحّ مطلقاً ، لأن الإكراه يعدم الرضا والاختيار.

ذهب الحنفية¹ إلى صحة وصية المكروه وتكون موقوفة على إجازة المكروه بعد زوال الإكراه، فإن أجازها نفذت وإلا بطلت.

¹ - المرجع نفسه ، ص 98

² - قانون الأسرة الجزائري ، مصدر سابق

³ - المدونة المغربية ، مصدر سابق

⁴ - قانون الأحوال الشخصية الأردني، رقم 36 ، سنة 2010.

⁵ - محمد بن علاء الدين بن علي الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة ، الطبعة 1386، دار

الفكر بيروت، ج5، ص461.

⁶ - ابن عابدين، مرجع سابق، ج6 ، ص649

الركن الثاني : الموصى له: وهو الشخص الذي تعين له الوصية .

شروطه:

اشترط الفقهاء في الموصى له لكي تصح له الوصية شروطاً عديدة اتفقوا على بعضها واختلفوا على البعض الآخر، وفيما يلي بعض الشروط منها:

1 / أن يكون موجوداً عند إنشاء الوصية:

إذا كان معيناً بالاسم أو بالإشارة، فالمعنى بالاسم كقول الموصي أوصيت لعمرو، والمعين بالإشارة كقول الموصي أوصيت لهذا المسجد، لأن كون معيناً بالاسم أو بالإشارة لا يتصور بدون وجوده حين الوصية، وعلى هذا فلو أوصى شخص لزيد مثلاً ثم ظهر بعد ذلك أن زيدا قد مات قبل الوصية فإن الوصية تكون باطلة لعدم وجود الموصى له وقت إنشاء الوصية وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء².

وخالف المالكية³ في ذلك فقالوا بجواز الوصية للمعنى المعدوم وقت إنشاء الوصية، وذلك لأن الوصية من قبيل التبرعات والتبرعات يجب أن يتوسع فيها إذ هي نفعٌ وبرٌ وخيرٌ وعلى ذلك فالوصية لزيد مثلاً صحيحة ويصرف الموصى به في مثال زيد في سداد ديونه، فإذا لم يكن له ديون أعطى لورثته.

ونصت المادة 271 من قانون الأحوال الشخصية الأردني⁴ على أنه: " تصح الوصية لشخص معين أكان موجوداً أم منتظر الوجود وتصح لفئة محصورة أو غير محصورة وتصح لوجوه البر والمؤسسات الخيرية والعلمية والهيئات العامة " فقد اتفق القانون أيضاً مع المالكية في القول بان الموصى له غير المعنى لا يشترط وجوده مطلقاً، فلو أوصى لطلبة جامعة ما فإنه يدخل في استحقاق الوصية الطلبة الموجودين في الجامعة وقت إنشاء الوصية، والطلبة الذي يدخلونها بعد ذلك.

¹ - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج8 ص179.

² - علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط 1426، دار الحديث القاهرة، 2005، ج 8، ص 288.

³ - أبو البركات أحمد بن محمد العدوي الدردير، الشرح الكبير، تحقيق محمد عيش، دار الفكر، بيروت، ج4، ص423.

⁴ - قانون الأحوال الشخصية الأردني، مصدر سابق

2 / أن يكون معلوماً:

ومعنى ذلك ألا يكون مجهولاً جهالةً لا يمكن إزالتها، فلو أوصى لرجل من الناس لا تصح الوصية وتعتبر باطلة لأن الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت، فلا بد أن يكون الموصى له معلوماً حتى يمكن أن يدخل الموصى به في ملكه.

ويتم العلم بالموصى له إما بتعيينه باسمه كفلان ابن فلان أو بالإشارة إليه كأوصيت لهذا الشخص أو لهذا المسجد، ولما بتعريفه كقول الموصي أوصيت لفقراء المسلمين¹.

أما إذا كل الموصى له مجهولاً جهالةً يمكن إزالتها كما إذا أوصى رجل بمبلغ من المال لأحد هذين الرجلين ومات قبل البيان فقد اختلف الفقهاء في هذا على ثلاثة أقوال:

قول أبو حنيفة والشافعية أن الوصية لا تصح في هذه الحال لعدم تعيين الرجل المقصود².

ويرى أبو يوسف أن الوصية صحيحة ويكون الموصى به مناصفة بين الرجلين لأن الموصي لما مات قبل أن يعنى شاعت الوصية لهما وليس لأحدهما بأولى من الآخر بها، كمن اعتق أحد عبديه ثم مات قبل البيان، إذ أن العتق في هذه الحال يشيع فيهما جميعاً فيعتق من كل منهما نصفه، وكذلك في هذه المسألة يكون لكل واحد منهما نصف الوصية³.

ويرى محمد بن الحسن أن الوصية صحيحة ويعطى الخيار إلى ورثة الموصي في تعيين الموصى له لأن الإيجاب وقع صحيحاً لأن أحدهما وإن كان مجهولاً لكن جهالته يمكن إزالتها، كما أن الموصي لو عني أحدهما بعد ذلك صح تعيينه وكانت الوصية له، فإذا توفي قبل أن يعين فقد عجز عن التعيين بنفسه وإذا عجز عنه قام وارثه مقامه في ذلك⁴.

جاء في المادة 270 من قانون الأحوال الشخصية الأردني⁵: " يشترط في الموصى له :

أ- أن يكون معلوماً .

¹ - محمد بن علاء الدين بن علي الحصكفي، مرجع سابق، ج 5 ص 230.

² - علاء الدين بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج 10 ص 513.

³ - المرجع نفسه، ج 7 ص 237.

⁴ - أبو البركات أحمد بن محمد العدوي الدردير، مرجع سابق، ج 4 ص 423.

⁵ - قانون الأحوال الشخصية الأردني، مرجع سابق.

ب- إذا كان معيناً بالتعيين، فيشترط وجوده وقت الوصية، أما إذا كان معرفاً بالوصف فلا يشترط وجوده وقت الوصية، وذلك مع مراعاة أحكام المادة 275 من هذا القانون .

3/ ألا يكون قاتلاً للموصي :

وقتله إما يكون بعد الوصية كأن يوصي شخص لآخر ثم يقتل هذا الآخر ذلك الشخص، ولما أن يكون قبل الوصية كأن يضرب شخص آخر ضربة جارحة ثم يوصي المضروب للضارب وبعد الوصية يموت الموصي بسبب الجرح السابق، وقد اختلف الفقهاء في اعتبار هذا الشرط:

ذهب الحنفية والشافعية في قول آخر، والحنابلة في قول إلى أن القتل يمنع صحة الوصية مطلقاً، والمنع شامل لما إذا كانت الوصية سابقة على القتل أو لاحقة له. ويستدلون على ذلك بقول الرسول ﷺ: " ليس لقاتل وصية " : ، فهذا الحديث يدل على عدم الوصية للقاتل، ولأن القتل يمنع الميراث الذي هو أكد من الوصية، فالوصية أولى بالمنع ومعاملة له بنقيض قصده¹.

الراجح عند المالكية و الحنابلة في قول ثانٍ² إلى التفريق بين ما إذا حدث القتل بعد الوصية فيبطلها وبين إذا حدث سببه قبلها فلا يمنع صحتها، فإن كان قبل الجرح تجوز وإن كان بعد الجرح لا تجوز، لأنه قاتل وليس للقاتل شيء، ولأن الميراث أكثر حالاً من الوصية وقد سقط بالقتل فالوصية أولى، ومع إجازة الورثة تصير كسائر هبات الميت التي تقف على الإجازة³.

أما بطلانها فيما إذا حصل القتل بعدها فلأن الظاهر أن القاتل استعجل الملك بالوصية فيعاقب بالحرمان كما في الميراث.

وأما عدم بطلانها في الصورة الثانية فلأن الظاهر حال الموصي أنه أراد الإحسان إلى من ضربه، فالوصية في أصلها تنشأ باختياره وإرادته فيجب احترام إرادته بإبقاء وصيته صحيحة.

¹ - علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني ، سنن الدارقطني ، تحقيق شعيب الأرنؤوط و آخرون ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط1 ، 2004

ج3 ، ص 214

² - علاء الدين بن مسعود الكاساني، المرجع السابق ، ص 335

³ - محمد مصطفى شحاتة الحسيني، الأحوال الشخصية في الولاية والوصية والوقف، مطبعة دار التأليف، مصر، ط1، 1976، ص77.

وقول للمالكية¹ أن الوصية تصح للقاتل إذا علم الموصي بأن هذا القاتل هو الذي ضربه، وأما إذا لم يعلم أنه هو الذي ضربه فتأويلان في صحة الوصية وعدم صحتها والظاهر الثاني.

والراجح القول الأول لقوة أدلتهم وهو الذي أيده القانون والذي ذهب فيه الفقهاء إلى عدم صحة الوصية للقاتل مطلقاً ما دام مانعاً للإرث.

4/ ألا يكون وارثاً للموصي

وهذا شرط مختلف فيه بين الفقهاء:

ذهب جمهور المالكية وقول للشافعية ورواية عن الإمام أحمد² وعند الظاهرية³، إلى أن الوصية للوارث غير صحيحة مطلقاً أجازها الورثة أم لم يجيزوها، فلو أوصى شخص لآخر وكان الموصي له وارثاً كانت الوصية باطلة، وذلك لقوله ﷺ: " لا وصية لوارث " ⁴ ، هذا الحديث يفيد في ظاهره نفي الصحة فيكون معناه لا وصية صحيحة لوارث فلا يترتب عليها أثرها الشرعي وما دامت الوصية وقعت غير صحيحة لا تعمل بالإجازة فيها شيئاً .

و يرى الحنفية⁵ والشافعية⁶ والظاهر من مذهب الإمام أحمد⁷، أن الوصية للوارث صحيحة موقوفة موقوفة على إجازة الورثة إن أجازوها نفذت وإلا بطلت، وقد استدلوا على ذلك بحديث

"لا وصية لوارث" ثم قالوا لقد ورد في بعض روايات الحديث زيادة "إلا أن يجيزها الورثة"⁸ ، وهذه الزيادة تقيد أن الوصية تقع صحيحة وتصبح نافذة بإجازة الورثة ولا يصح القول بأنها تقع باطلة لما جاز أن تتقلب صحيحة بالإجازة لأن الباطل لا يتحول إلى صحيح بالإجازة.

1 - عبد الرحمان الجزيري ، مرجع سابق ، ص 334

2 - موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة، مرجع سابق، ج 8 ص 123.

3 - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد ابن حزم الأندلسي القرطبي ، المحلى، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ج 9، ص 316.

4 - محمد بن عيسى بن سورة بن موسى الترمذي ، سنن الترمذي ، تحقيق أحمد محمد شاكر ، شركة ن مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، مصر ، ط 2، 1975، ج 4 ، ص 432 .

5 - محمد بن علاء الدين بن علي الحصكفي، مرجع سابق، ج 6 ص 656.

6 - موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة ، المرجع السابق، ج 8 ص 124.

7 - المرجع نفسه ، ج 8 ص 125.

8 - علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني ، مرجع سابق ، ص 235

والمعتبر في كونه وارثاً عند هؤلاء هو كونه كذلك وقت الوفاة لا وقت إنشاء الوصية، واستدلوا
 كذلك بقوله تعالى: ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ
 خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾¹

[البقرة: 179] فهذه الآية تفيد مشروعية الوصية للوالدين والأقربين ولم تفرق بين أن يكون الموصى
 له وارثاً أو غير وارث وهذا يدل على وجوب الوصية للوارث كغير الوارث سواء بسواء.

ويعترض على هذا الاستدلال بأن الآية منسوخة بآيات المواريث وبقوله ﷺ: " إن الله أعطى كل
 ذي حق حقه فلا وصية لوارث " ¹ إذ أن آية الوصية كانت أسبق نزولاً .

وقد رجح علي الخفيف الرأي القاضي بجواز الوصية للوارث في حدود الثلث، إذا لم يسلم دليل يدل
 على عدم نفاذ الوصية للوارث في حدود الثلث، على الرغم من كثرة من رفض تصحيح الوصية
 للوارث من بين فقهاء السلف والخلف ² .

فقد اختار عدم صحة الوصية للوارث إلا إذا أجازها الورثة كما جاء في نص المادة 274/ف3 :
 " لا تنفذ الوصية للوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي " ³ مؤيداً في ذلك رأي الحنفية
 والشافعية وظاهر قول الحنابلة وذلك لقوة دليلهم بما جاء في تكلمة الحديث.

الركن الثالث: الموصى به

الموصى به هو محل الوصية الذي يثبت في الملك للموصى له ولقد شرط الفقهاء فيه شروطاً
 نجملها فيما يلي:

أن يكون الموصى به ما يجري فيه الإرث أو يصح أن يكون محلاً للتعاقد حال حياة الموصي.

أن يكون موجوداً عند الوصية في ملك الموصي إن كان معيناً بالذات.

¹ - محمد بن عيسى بن سورة بن موسى الترمذي، مرجع سابق، ص 234

² - الخفيف علي، أحكام الوصية بحوث مقارنة تضمن شرح قانون الوصية 71 لسنة 1946، دار الفكر العربي، ط 1 ص 173.

³ - قانون الأحوال الشخصية الأردني، مصدر سابق

أن يكون الموصى بهم متقوماً في شريعة كل من الموصي والموصى له. وعلى هذا فلا تصح الوصية بالأعيان المالية غير المتقومة، لأن المال المتقوم هو الذي يكون محلاً للتصرفات، فلو أوصى مسلم بخمر أو خنزير لا يصح سواء كانت الوصية لمسلم أو لغير مسلم لانعدام محل العقد في نظر الموصي، ولو أوصى بها غير مسلم فإن كان لمثله صحت الوصية لأن الخمر والخنزير من الأموال المتقومة في شريعتهم وإن كانت الوصية لمسلم لا تصح لعدم تقومها في حق المسلمين.

أن يكون الموصى به موجوداً في ملك الموصي. وهذا الشرط خاص بالأعيان دون المنافع. والأعيان الموصى بها قد تكون معينة بالذات كأن يوصي بدار يشير إليها فإنه يشترط وجودها في ملكه حين إنشاء الوصية لأنه لا يتصور الوصية بشيء معين غير موجود، وعلى هذا فلو أوصى بشيء غير موجود كأن يوصي بداره الموجودة في بلد كذا ولا دار له فيها فإنه لا يصح، وإذا أوصى بشيء مملوك لغيره كان باطلاً حتى ولو ملكه بعد الوصية ثم مات لا تصح وصيته السابقة بل عليه إنشاء وصية جديدة بعد الملك إذا أرادها.

أن يكون الموصى به في حدود ثلث التركة، لإجماع العلماء على وجوب الاقتصار في الوصية على الثلث، وذلك بمقتضى الثابت في السنة من حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قال: قلت: يا رسول الله، أنا ذو مال، ولا يرثني إلا ابنة لي واحدة، أفأصدق بثلثي مالي؟ قال: لا، قلت: أفأصدق بشطره؟ قال: لا قلت: أفأصدق بثلثه؟ قال: " الثلث، والثلث كثير، إنك أن تذر وريثك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكفون الناس " ¹. فقد نهى صلى الله عليه وسلم سعداً رضي الله عنه عن الوصية بالثلثين وبالنصف وأذن له في الوصية بالثلث والنهي بما زاد على الثلث نهى مطلق يفيد التحريم وهو بدوره يقتضي بطلان المنهي عنه. وتكون الزيادة موقوفة على إجازة الورثة.

الركن الرابع: الصيغة

وهي ما ينشئ به الموصي وصيته من لفظ أو كتابة أو إشارة .

¹ - محمد ابن اسماعيل أبو عبد الله البخاري ، المرجع السابق ، ج 5 ، ص 369

والصيغة تتكون من شطرين أحدهما يسمى الإيجاب والآخر يسمى القبول، فالإيجاب: هو الذي يصدر من الموصي بقوله أوصيت فلان أو أوصيت له بكذا أو ادفعوا إليه أو أعطوه بعد موتي. والقبول: هو الذي يصدر صراحة من الموصى له بقوله قبلت الوصية أو بأي لفظ أو فعل يدل على القبول.

المطلب الثاني: انعقاد الوصية و تنفيذها

الفرع الأول: انعقاد الوصية

تتعدّد الوصية بأحد طرق ثلاث ألا وهي: العبارة أو الكتابة أو الإشارة المفهومة:

1/ العبارة: لا خلاف بين الفقهاء في انعقاد الوصية بأي لفظ صريح يدلّ على معنى الوصية، وذلك كأن يقول الموصي: أوصيتُ فلان بكذا أو جعلتُ له ثلث تركتي أو لفلان هذا المال. وكذلك انعقادها بغير الصريح الذي يفهم منه الوصية بالقرينة مثل جعلتُ له بعد موتي كذا أو اشهدوا أنني أوصيتُ فلان بكذا¹.

والمقصود بالعبارة كل عبارة ملفوظة تفيد معنى الوصية ودلّت عليه بأي نوع من أنواع الدلالات وبأية لغة من اللغات.

2/ الكتابة: كذلك لا خلاف بين الفقهاء في صحة انعقاد الوصية بالكتابة إذا صدرت من عاجز عن النطق بلسانه، كالأخرس، ومثله عند الحنفية والحنابلة معتقل اللسان إذا امتدت عقلته أو صار ميئوساً من قدرته على التّطق².

وعند الشافعية تصحّ وصية معتقل اللسان كالأخرس بالكتابة أو الإشارة كالبيع وقال هما سواء³.

وهذا ما أخذت به جل القوانين العربية، فلم تفرّق بين القادر على التّطق وغير القادر عليه، واعتبرت الوصية بالكتابة الصادرة من كليهما صحيحة .

¹ - محمد بن محمد بن محمود البابنري ، العناية شرح الهداية، دار الفكر بيروت ، ط 2، 1970، ج 10 ، ص 412 .

² - ابن عابدين ، مرجع سابق، ج 6 ص 738.

³ - عبد الرحمان الجزيري ، مرجع سابق ، المجلد 3 ، ص 358

وتتعدّد الوصية من قادر على النطق إذا ثبت أنه خط الموصي بإقرار وارث، أو بيّنة تشهد أنه خطّه وأن طال الزمن، فلو كتبها ولم يره أحد ثم مات فإنه يقبل ما فيها إذا كان خطّه مشهوداً، وهو الراجح عند الحنابلة¹.

وعند الحنفية والمالكية تتعدّد الوصية إذا كتبها الشخص بيده ثم أشهد وقال: اشهدوا على ما في هذا الكتاب².

والدليل على جواز الوصية الاكتفاء بالكتابة، أن الكتابة لا تقل بياناً في بيان المراد عن العبارة، بل هي أقوى منها في حال الحاجة إلى الإثبات.

عند الحنفية كتابة الأخرس كإشارته، في حال عدم القدرة على الكتابة فلا بد من أن تكون إشارة الأخرس معهودة³.

وقال ابن نجيم: "أما إشارة غير الأخرس فإن كان معتقلاً اللسان ففيه اختلاف، والفتوى على أنه إن دامت العلة إلى وقت الموت يجوز إقراره بالإشارة والإشهاد عليه⁴.

وعند المالكية تتعدّد الوصية بالإشارة المفهومة ولو كان قادراً على النطق، دليلهم أن الوصية من قبيل التبرعات والتبرعات ينبغي التوسع فيها⁵.

وعند الشافعية وصية من اعتقل لسانه صحيحة بإشارته⁶.

وعند الحنابلة كما في المغني "وتصح وصية الأخرس إذا فهمت إشارته؛ لأنها أقيمت مقام نطقه في طلاقه وإعانه وغيرهما، فإن لم تفهم إشارته، فلا حكم لها وهذا قول أبي حنيفة، والشافعي، وغيرهما⁷

¹ - المرجع نفسه ، ص 360

² - المرجع نفسه ، ص 361

³ - زين العابدين بن إبراهيم ابن نجيم، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1980، ص 343.

⁴ - ابن نجيم، المرجع نفسه ، ص 344.

⁵ - أبو البركات أحمد بن محمد العدوي الدريبر، مرجع سابق، ج 4 ، ص 424

⁶ - زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، أسنى المطالب شرح روض الطالب، ط1 دار الكتاب الإسلامي، بيروت، 2000، ج3 ، ص 42 .

⁷ - ابن قدامة، مرجع سابق، ج8 ص241.

وقد بيّنت المادة 256 من قانون الأحوال الشخصية الأردني طرق إنشاء الوصية، حيث نصت على أنه: " تتعدّد الوصية بالعبارة إن كان الموصي قادراً عليها وإلا فبالكتابة، فإذا كان الموصي عاجزاً عنهما انعقدت بالإشارة المعلومة"¹.

وقد جاء في المادة 1127 من القانون المدني الأردني: " لا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الرجوع عنها بعد وفاة الموصي إلاّ إذا وجدت أوراق رسمية محررة بخط المتوفى وعليها إمضاءه أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقاً على توقيع الموصي عليها " .

الفرع الثاني : تنفيذ الوصية

يعتبر تنفيذ الوصية الهدف الأساسي بالنسبة للموصي والموصى له ،ويشعر في تنفيذها بعد وفاة الموصين وبعد أن يتم إخراج الحقوق التي لها أسبقية على الوصية². وذلك في نطاق ثلث ما تبقى من التركة.

ويقوم بتنفيذ الوصية إما الشخص الذي عينه الموصي لتنفيذها فإذا لم يعينه، فقد أجاز المشرع للأطراف الاتفاق على كيفية التنفيذ وإلا يقوم بها من يعينه القاضي لهذه الغاية ، ويشترط فيها أن تنفذ وفق ما تم النص عليه في الوصية دون تعديل أو تغيير.

فإذا أوصى صاحب مال للمساجد أو للمؤسسات العلمية فإن المال الموصى به يصرف في عمارة هذه المؤسسات وفي مصالحها، وإذا أحدث أن لم يعين الموصي مصرفاً لوصيته كأن يقول أوصي لله فإنها تصرف في أعمال البر. أما في الوصية لأشخاص معينين بالصفة كالفقراء والمساكين هنا يجتهد المنفذ في عدد من تشملهم الوصية على أساس تقديم الأكثر حاجة على غيره.³

بالنسبة للمشرع المغربي فقد سكت عن الوصية بأكثر من الثلث لمن لا وارث له. وفي هذه الحالة يمكن الرجوع لما ذهب إليه المذهب المالكي. مادام المشرع نص في المادة 400 من مدونة الأسرة على أن: " كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد... " ⁴.

¹- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36 سنة 2010.

²- أبو بكر جابر الجزائري ، منهاج المسلم ، دار الكتب السلفية ، القاهرة ، سنة 1992 ، ص 259

³ - محمد الحبيب التجكاني: نظام التبرعات في الشريعة الإسلامية، طبعة 1983، تطوان ، ص 153.

⁴ - المدونة المغربية ، مصدر سابق .

إن الوصية باعتبارها إيجاب من طرف الموصي فإنها تعد غير لازمة له في حياته و له الحق في الرجوع عنها متى شاء و كيفما شاء.

غير أن الوصية تعد لازمة بموت الموصي و يكون للموصي إما قبول الوصية أو ردها

أولا : الرجوع عن الوصية

يعد الرجوع عن الوصية أمرا مشروعا بإجماع الفقهاء سواء كان الرجوع في الصحة أو في المرض. فقد قال الإمام مالك أن: "الأمر المجتمع عليه عندنا : أن الموصي إذا أوصى في صحته أو في مرضه بوصية فإنه يغير من ذلك ما بدا له و يصنع من ذلك ما شاء حتى يموت، وإن أحب أن يطرح تلك الوصية و يبدلها فعل"¹

وقد نصت المادة 286 من مدونة المغربية الأسرة على هذه القاعدة بأن سمحت للموصي بالحق في الرجوع في وصيته و إلغائها. ولو التزم بعدم الرجوع فيها وله الحق في إدخال ما شاء من تغييرات عليها. و تتجلى الحكمة من مشروعية الرجوع في الوصية في تشجيع الناس على الوصية بما لهم في حياتهم و الإكثار من ذلك، ليستفيد من الثواب و لينتفع الموصى له من الوصية . لأن الإنسان إذا علم أن له الرجوع فيها متى شاء لم يتخوف من الإقدام عليها ولن يتردد لأنه عالم بأن الحل في يده و له الخيار في الرجوع متى شاء.

و يكون الرجوع عن الوصية إما بالقول المريح كأن يقول الموصي رجعت في وصيتي أو أبطلتها. و إما بالفعل² و ذلك بأن يقوم الموصي بأي فعل يستدل به الرجوع عن الوصية كبيع العين الموصى بها . وهو ما عبر عنه المشرع في المادة 287 من مدونة الأسرة.

ثانيا: رد الوصية

يقصد برد الوصية رفضها وعدم قبولها. وقد أجمع الفقهاء على جواز رد الموصى له الوصية. يشترط أن يقع الرد بعد وفاة الموصي لا قبله³. وهذا ما كرسه المشرع المغربي في المادة 290 من مدونة الأسرة و التي تنص على أنه: "لا يعتبر رد الموصى له إلا بعد وفاة الموصي".

¹ - عبد الكريم شهبون، عقود التبرع في الفقه المالكي، الطبعة الثانية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 201، ص 99

² - محمد الحبيب التجكاني، المرجع السابق، ص 151

³ - محمد الحبيب التجكاني، المرجع نفسه، ص 153

و إذا كان واضحا أن الوصية تبطل برد الموصى له الوصية كاملة فإن الأمر يختلف إذا رد البعض دون البعض في هذه الحالة تكون الوصية ناقدة فيما قبله و باطلة فيما رده. أما إذا كان الموصى لهم متعددين فقبل بعضهم و رد البعض الآخر لزم الوصية من قبل و بطلت لمن رد. إذا اشترط الموصي عدم التجزئة وجب العمل بالشرط¹ و قد أخذ بهذا المسرع المغربي في المادة 291 من مدونة الأسرة.

و حتى يعتد بالرد من طرف الموصى له يميز بين الموصى له إذا كان شخصا معين أو غير معين.

إذا كان الموصى له معيناً يشترط لقبول رده أن يكون رشيدا و ذا ولاية كاملة و غير محجور عليه. أما إذا كان فاقدا الأهلية لجنون أو عته أو صغر في السن فالمتفق عليه هو عدم قبول رده ولا يعتد بما يصدر منه من تصرفات والأمر يترك لولييه في حدود مصلحته.

إذا كان الموصى له غير معين: ذهب المالكية، الحنفية، الشافعية و الحنابلة أن الوصية لغير معين كالفقراء و المساجد تلزم بالموت ولا تحتاج إلى قبول ولا ترد برد أحد لتعذر ذلك من الجميع².

و يحصل الرد إما بالكتابة أو بالإشارة و بكل ما يفيد هذا المعنى مثلها مثل القبول.

¹ - محمد علي محمود يحيى ، أحكام الوصية في الفقه الإسلامي ، رسالة لنيل الماجستير في الفقه و التشريع ، جامعة النجاح الوطنية ،

كلية الدراسات العليا ، فلسطين 2010 ، ص 165

² - محمد التاويل ، الوصايا و التنزيل في الفقه الإسلامي ، ط 1 ، منشورات وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية ، 2004 ، ص 354

المبحث الثاني : أوجه الإضرار الجلي في الوصية

يوصف الوصية تصرفا في التركة مضافا إلى ما بعد الوفاة، تتحقق فيها الخلافة في المال بالوفاة؛ حماية لهم من خطر التصرف بالوصية سواء تمت لوارث أو لغيره، وذلك باعتبار الوصية تصرف يمس بأموال التركة التي ستؤول إلى الورثة ، وعملا بأحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها مرجع تشريعات الدول العربية في ما يتعلق بصور الإضرار الجلي في الوصية حيث سنعالج في المطلب الأول : القيود الواردة على الوصية

وفي المطلب الثاني : أساس و علّة التقييد

المطلب الأول : أوجه الإضرار المرتبطة بالقيود الواردة على الوصية

وضعت التشريعات العربية قيودا للوصية ومرجعيتها في ذلك أحكام الشريعة الإسلامية، وعلى غرار ذلك قيد المشرع الجزائري من جهته حرية الإيضاء بعدة أحكام منها ما تعلق بالموصى له، ومنها ما تعلق بالموصى به، وسنتعرض لذلك في فرعين :

الفرع الأول : الوصية لوارث

من أهم شروط الموصى له المقيدة لحرية الموصي في الإيضاء بأمواله، ألا يكون الموصى له وارثا كقاعدة عامة .

قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : "إن الله أعطى لكل ذي حق حقه فلا وصية لوارث"¹ ، و روي عن ابن عباس قوله : قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : "لا وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة"²، كما روي عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده قوله صلى الله عليه و سلم : "لا وصية لوارث إلا أن يجيزها الورثة"³.

بما أن جل أحكام الوصية مستسقاء من الفقه الإسلامي، كان مرد الخلاف في جواز وعدم جواز الوصية للوارث في تفسير الآيات و اعتماد الأحاديث على رأيين .

¹ - محمد ابن اسماعيل أبو عبد الله البخاري ، مرجع سابق ، ج 5 ، ص 370

² - بن عمر أبو الحسن الدارقطني ، مرجع سابق ، ج 3 ، ص 217

³ - محمد بن عيسى بن سورة بن موسى الترمذي ، مرجع سابق ، ص 240

الرأي الأول : يجيز الإيصاء لوارث

و اعتمد هذا الرأي القانون المصري الذي اعتبر أن الوصية للوارث لا تحتاج إلى إجازة الورثة إلا إذا تجاوزت الثلث ، و من أهم ما استند إليه هذا الرأي قوله تعالى : ﴿ كُتِبَ

عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ

وَ الْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَفًّا عَلَى الْمُتَّفِينِ ﴿١٧٩﴾ [البقرة : 179].

إضافة إلى قول بعض المفسرين منهم أبو مسلم الأصفهاني بأن هذه الآية غير منسوخة بآية الموارث، و من أسس هذا الرأي أيضا هو أن الناس قد احتاجوا للوصية لوارث.

و قد انتقد هذا الرأي على أساس أنه إذا كان أبو مسلم الأصفهاني من بين عدد من المفسرين اعتبر أن هذه الآية غير منسوخة - لأنه قرر أنه لا نسخ في كتاب الله تعالى قط - فإنه بالمقابل حاول التوفيق بينها و بين آية الموارث و اعتبر أنها غير مخالفة لها، و أن معناها : كتب عليكم ما أوصى الله تعالى من توريث الوالدين و الأقربين من قوله تعالى : " يوصيكم الله في أولادكم" أي كتب على المحتضر أن يوصى للوالدين و الأقربين بتوفيه ما أوصى الله به لهم، و ألا ينقص من أنصبتهم.

و طبقا لما سبق فإنه لا منافاة بين ثبوت الميراث للأقرباء، مع ثبوت الوصية بالميراث عطية من الله تعالى، و الوصية عطية ممن حضره الموت إضافة إلى ذلك ، فإنه لو قدرنا حصول المنافاة، لكان يمكن جعل آية الموارث مخصصة لهذه الآية، وذلك لأن هذه الآية توجب الوصية للأقربين، ثم آية الموارث تخرج القريب الوارث¹، و لا منافاة بين الآية الخاصة بالوصية وقوله صلى الله عليه و سلم : "إن الله أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث" لأن الآية ما أجازت الوصية للوارث، بل أجازت الوصية للوالدين و الأقربين بالمعروف، و ليس متعينا أن يكونوا ورثة .

و يرى البعض في هذا الشأن جواز الوصية للوارث إذا كان هذا الوارث أحوج من غيره، و الآية تشير إليه لأنها اشترطت لنهاذ الوصية ألا يكون فيها تجانف لإثم إذ قال الله تعالى بعد آية

¹ - محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، مرجع سابق. ص 64 .

الوصية : ﴿ فَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْصٍ جَنَبًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ

اللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ [البقرة : 181] ، و قيل لم تنسخ الآية و الوارث يجمع له بين الوصية

و الميراث بحكم الآيتين، لكن هذا الرأي في كتب التفسير رأي مغمور وليس بمشهور .

و يرى أبو زهرة أن إجازة القانون المصري الوصية للوارث وجعلها كوصية الأجنبي مبدأ خطير استحدث في قوانين الدولة المصرية، و يكاد يكون انقلابا في التوريث الإسلامي¹ .

الرأي الثاني : يذهب إلى أنه ليس للوارث الحق في الوصية

يذهب المالكية - المشهور عندهم - إلى أن الوصية باطلة للوارث ، فلو صح و أن أوصي للوارث ولغيره صحت لغير الوارث ، و بطلت وصية الوارث فقط .و يرى ابن حزم أن الوصية باطلة بطلانا مطلقا إذا ما تمت للوارث، و لا تصحها إجازة الورثة بعد وفاة الموصي وهذا الرأي أخذ به المشرع المغربي الذي نص على انه لا وصية لوارث إطلاقا، و لا تصح و لو أجازها الورثة².

غير أن هناك رأيا آخر يذهب إلى أن الوصية لوارث صحيحة متوقفة على إجازة باقي الورثة، و في ذلك قال: ابن القصار و ابن العطار - وهما من المالكية - ، وعليه فإذا أجاز الورثة الوصية بعد وفاة الموصي كانت صحيحة، أما إذا أجازها بعض الورثة ، و رفضها البعض الآخر نفذت في حصص من قبلها .

و من بين الإعتبارات التي تبرر عدم جواز الوصية للوارث ما يلي :

1- لما كان الميراث محددًا من عند الله سبحانه و تعالى، فهو الذي تولى تقسيمه و بيانه، و حدد لكل وارث نصيبه الشرعي، و إن جاء فرض الوصية للوالدين و الأقربين بقوله تعالى : "كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت، إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين" فهذا معناه توفية الوالدين و الأقربين ما أوصى الله به، إضافة إلى ما ذكرناه في نقد الرأي الأول .

¹ - محمد أبو زهرة ، مرجع سابق. ص 61 .

² - بلحاج العربي. مرجع سابق. ص 264 .

2- قوله - صلى الله عليه وسلم - : "إن الله قد أعطى لكل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث"؛ فقد جاء فيه نفي الوصية بـ "لا" فهو نفي جنس الوصية لوارث، سواء أجاز الورثة أم لم يجيزوا رغم أن الحديث لم تثبت روايته عن الإمامين مسلم و البخاري فهو قول الشافعي من الأئمة و أقرب إلى عصر السلف الصالح .

إضافة إلى قوله - صلى الله عليه وسلم - : "لا وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة" ، و قوله : "إن الله أعطى لكل ذي حق حقه فلا وصية لوارث" و عن شعيب عن أبيه عن جده قوله -صلى الله عليه وسلم-: "لا وصية لوارث إلا أن يجيزها الورثة".

3- إن أساس التوريث الإسلامي تقسيم الشارع للتركة بين الورثة، و قد أعطى للمورث الثلث يعطيه من يشاء من غير الورثة، فإذا جاء المورث و أعطى هذا ومنع ذلك فقد غاير قسمة الشارع، و زاد بعض الأنصبة و أنقص أخرى¹.

4- إن ثمة إجماعا من الصحابة - رضوان الله عليهم - من أن الوصية غير واجبة للوالدين، و لم يلزموا بها ، و لو صح خلاف ذلك لأقدموا عليها .

و لقد خالف المشرع الجزائري أغلب القوانين العربية و اعتمد الرأي الأخير المشار إليه سابقا ؛ و هذا في المادة 189 من قانون الأسرة التي تنص على أنه : "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي"، و اعتبر الوصية لوارث صحيحة، و لكنها موقوفة على إجازة خاصة من الورثة، و يستخلص ذلك من النسخة الفرنسية لهذه المادة التي تعتبر أن الوصية لوارث لا تنتج أثرها إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي، و عليه فهي صحيحة، و لكن أثرها لا يسري إلا بإجازة الورثة . و يجب الإشارة هنا أنه إذا أجاز بعض الورثة الوصية و لم يجزها البعض الآخر كانت نافذة في حق من قبلها دون تنفيذ في حق من لم يقبلها من الورثة .

و المشرع الجزائري بهذا الموقف قد تفادى خلق الشقاق و الأحقاد بين الورثة، بمنع الوصية للوارث بصفة مطلقة، كما فعل القانون المغربي، وذلك تجاه بعض الحالات المشروعة كالولد المصاب بعاهة أو مرض مزمن، و يريد والده الإيصال له لتأمين حياته و لعلاجه . كما انه قد اجتنب أيضا

¹ - محمد أبو زهرة.. مرجع سابق. ص 63 .

ما قد يثير البغضاء بين آحاد الأسرة بالسماح المطلق لنظام الوصية للوارث، على غرار المشرع المصري، لأن ذلك سيوغر صدر من لم ينالوا ما نال ذو الخطوة، و لن يكون سبيل عدل بل سيكون في أكثر أحواله لغير ذي الحاجة .

و تطبيقا لقاعدة عدم جواز الإيضاء لوارث، يجب الإشارة إلى أن العبرة في تحديد صفة الوارث - أي في كون الموصى له من الورثة أو من غير الورثة - هي بتاريخ وفاة الموصي، لا تاريخ إنشاء الوصية، كما أن العبرة بالإجازة التي يعبر عنها بعد وفاة الموصي لأن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، وهذا ما جاءت به المادة 189 من قانون الأسرة .

و يشترط في صحة الإجازة، أن تقع فيما يملك الورثة، كما أن الوارث الذي تعتبر إجازته هو الوارث الذي يكون أهلا للتبرع، وهو كامل الأهلية، البالغ، العاقل، الذي لم يحجر عليه وذلك لأن الإجازة تبرع و التبرع تصرف ضار ضررا محضا، لذا فإذا كان الوارث عديم الأهلية أو ناقصها لأسباب التي يقررها القانون ، فإن تصرفه بالإجازة يكون باطلا بطلانا مطلقا طبقا للمواد 40، 42، 43، و 44 من القانون المدني و المواد 81، 82، و 83 من قانون الأسرة.

إضافة إلى ذلك لا بد أن يكون الوارث عالما علما كاملا بالوصية ليحيزها¹ ، لأن الجهالة تمنع صحة التصرف .

الفرع الثاني : الوصية بأكثر الثلث

من القيود الواردة على الوصية ما تعلق بالموصى به، و المتمثلة في إشتراط حدود للوصية هي عدم تجاوز الموصى به ثلث التركة، وهذا ما أجمع عليه الفقهاء مستندين على حديث سعد بن أبي وقاص إلى الرسول - صلى الله عليه و سلم - قال سعد - رضي الله عنه - : جاءني رسول الله صلى الله عليه و سلم ، يعودني من وجع اشتد بي، فقلت يا رسول الله، إني قد بلغ بي من الوجع ما ترى و أنا ذو مال، و لا يرثني إلا ابنة لي، فأصدق بثلثي مالي، قال:كلا، فقلت، فالشطر، قال:كلا، قلت فالثلث يا رسول الله، قال : "الثلث، و الثلث كثير، انك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس"².

¹ - عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني.. المجلد 9. دار إحياء التراث العربي. لبنان. 1986. ص 213 .

² - محمد ابن اسماعيل أبو عبد الله البخاري ، مرجع سابق ، ج 5 ، ص 371

وكذا قوله صلى الله عليه و سلم : "إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم عند مماتكم"¹

يتضح من هذه الأحاديث أن ما زاد عن ثلث التركة إنما هو خالص للورثة فإن رفضوه لا يجوز لأحد أن ينفذ عليهم ذلك، لذا يستحب في الفقه الإسلامي أن يوصي الإنسان بما دون الثلث، سواء كان الورثة أغنياء أم فقراء .

و قد نصت المادة 185 من قانون الأسرة على ما يلي : "تكون الوصية في حدود ثلث التركة، و ما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة"² .

و عليه إذا تجاوزت الوصية الثلث القانوني، فيذهب الفقه المالكي³ إلى أن الوصية لغير الوارث في هذه الحالة تقع باطلة بالنسبة للزيادة، أما إذا أجازها الورثة فإنها تأخذ حكم الهبة من أموالهم، و في رأي آخر للمالكية اعتبروا أن الزيادة صحيحة، و لكنها موقوفة على إجازة الورثة بشرط أن تكون الوصية لغير وارث.

أما الأحناف⁴ فقد قرروا أن الوصية بأكثر من الثلث تصح، و لا تقع باطلة، بل يتوقف نفاذها على إجازة الورثة لأن الوصية مهما يكن مقدارها تصرف من الموصي في الملكية، و الأصل في تصرف الإنسان في ملكه النفاذ، و إنما امتنع النفاذ في الزائد عن الثلث لتعلق حق الورثة بالثلثين وقت تنفيذ الوصية، فإذا أجازوا فقد زال المانع و بقي السبب المنشئ لملكية الموصى له قائما وهو وصية الموصي .

لذا فقد إعتبر الأحناف أن الإجازة، و إن كانت بالنسبة للوارث تبرعا فإن التمليك لا يكون منه و إنما من الموصي، فليست الإجازة منشئة للحق حتى يستند التمليك للوارث، بل هي منفذة للحق و إنشاؤه كان بالعبرة المنشئة للوصية .

و يعتبر الشافعي أن الوصية بما زاد عن الثلث باطلة في أحد قوليه، وعليه فإجازة الورثة تمليك مبتدأ، أي الإجازة تمليك من جانب الوارث، لا من جانب الموصي .

¹ - بن عمر أبو الحسن الدارقطني ، مرجع سابق ، ج3 ، ص 219

² - قانون الأسرة الجزائري ، المتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

³ - المدونة المغربية ، مصدر سابق

⁴ - محمد أبو زهرة.. مرجع سابق. ص 65 .

و بالرجوع إلى المادة 185 من قانون الأسرة نجدها اكتفت بالنص على أن الوصية تكون في حدود الثلث و أن ما زاد عنه يتوقف على إجازة الورثة .

و تجدر الإشارة إلى أنه لو أجاز بعض الورثة الزيادة عن الثلث، و امتنع بعضهم عن الإجازة نفذت الوصية في حق المجيز، و بطلت الزيادة عن الثلث في حق غير المجيز، و لذا نقسم التركة تقسمين أحدهما على فرض الإجازة و الآخر على فرض عدم الإجازة؛ فمن أجاز أخذ نصيبه على فرض الإجازة، و من لم يجز أخذ نصيبه على فرض عدم الإجازة .

و الإجازة المعتبرة تكون بعد الوفاة، و لا عبرة بالإجازة قبل الوفاة، لأن تنفيذ الوصية هو وقت الوفاة و قبل ذلك لا يعرف الورثة على التعيين، كما أن الصفة التي هي سبب الحق لم تتحقق بعد، و الإجازة تبرع بحق و لا يكون التبرع قبل ثبوت الحق كما أنه يجب أن تكون الإجازة صريحة لا يساورها أدنى شك¹ ، و يشترط في الوارث المجيز أن يكون أهلا للتبرع كما سبق بيانه في الفرع السابق .

و عليه لا يثور الإشكال في حالة تجاوز الموصى به ثلث التركة و وجد ورثة يجيزونه أو يرفضونه، و إنما يطرح في حالة عدم وجود ورثة للموصي، فالزيادة عن الثلث باطلة عند كل من المالكية و الشافعية و تؤول إلى بيت مال المسلمين، و من أقوال أهل العلم ، يجوز الوصية بكل المال لمن لا وارث له لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى عن الوصية بأكثر من الثلث؛ لأجل الورثة، والحكم يدور مع عطته، فمن لا ورثة له فلا نهى في حقه.

إن عدم وجود ما يثبت اعتراض الوارث على الوصية أثناء حياته و بالتالي فإن إجازته للوصية تصبح نافذة يكون قد بنى هذه الإجازة على وجود الافتراض و الظن مخالفاً بذلك أحكام المادة 185 من قانون الأسرة التي تجعل من الوصية التي توصي بأكثر من الثلث متوقفة على إجازة الورثة للابتعاد عن أدنى شك."

أما عند كل من الأحناف و الحنابلة فإن الزيادة عن الثلث تصح، لكن بعد إيفاء الديون إن وجدت².

¹ - العربي بلحاج. مرجع سابق. ص 297 .

² - أبو بكر جابر الجزائري ، مرجع سابق ، ص 210

أما قانون الأسرة فإنه أغفل هذه الفرضية - أي عدم وجود الورثة - و ذلك بعدم النص عليها، لكن بالرجوع للقواعد العامة في الميراث الواردة بالمواد من 126 إلى 183 من قانون الأسرة فإن المادة 4/180 منه تنص على أنه في حالة عدم وجود وارث فإن التركة تكون من حق الخزينة العامة، و قياسا على ذلك فإننا نرى أن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه المالكية ففي حالة عدم وجود ورثة فإن ما زاد عن الثلث يؤول إلى الخزينة العامة .

إضافة إلى ما سبق ، يجب لتطبيق هذه الأحكام أن نحدد وقت تقدير الثلث وكيفية تقديره .

فبالنسبة لوقت تقدير الثلث، فقد اختلفت في ذلك آراء الفقهاء، و الخلاف قائم على أساس استقرار الملكية، و الزيادة أو النقصان في التركة بعد موت الموصي و قبل القسمة .

فالرأي المشهور عند المالكية و الأحناف أن وقت تقدير ما يتركه الموصي هو وقت القسمة، و قبض كل من الورثة و الموصى له حقوقهم؛ لأنه الوقت الذي تنفذ فيه الوصية .

أما الشافعية و الحنابلة فإنهم يرون أن وقت تقديره وقت الوفاة؛ و ذلك لأن الوصية تلزم بالموت من جهة الموصي و يثبت بها الملك للورثة، و الموصى له .

والمقانون الجزائري لم يورد نصا فيما يخص هذه المسألة، و عليه يستوجب الرجوع إلى ما جاء به مذهب الإمام مالك تطبيقا للمادة 222 من قانون الأسرة .

أما بالنسبة لكيفية تقدير التركة، فيجب أولا توضيح أن تقدير التركة لا يكون إلا بعد سداد الديون، فالثلث المعتبر هو مما يكون تركة خالصة من كل دين، لأن الورثة يخلص لهم ثلثا الباقي بعد سداد الديون، وهذا ما يستشف من المادة 185 من قانون الأسرة بقولها : "تكون الوصية في حدود ثلث التركة" فالمقصود بكلمة التركة هنا الأموال الخاضعة للوصايا، و المواريث بعد قضاء ديون العباد ، و إن كان تقدير الثلث لا يثير إشكالا في كلفيته بالنسبة للوصية بالأعيان لأن الوصية تقدر بقيمة العين نفسها فإن الصعوبة تطرح عندما يتعلق الأمر بالوصية بالمنافع المادة 190 التي تنص " للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها و التي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة"¹.

¹ - قانون الأسرة الجزائري ، مصدر سابق

وقد اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين¹ :

- رأي أبي حنيفة و الإمام مالك أن الوصية بالمنفعة تقدر بقيمة العين الموصى بمنفعتها أيا كانت المدة لا بقيمة المنفعة مستقلة، و عللوا ذلك بأن الوصية بالمنافع فيها منع العين عن الوارث لمدة طاللت أو قصرت، و تقويت للمقصود من الأعيان و هو الانتفاع بها .

- رأي الشافعية و الحنابلة هو أن قيمة الوصية بالمنافع تقدر بقيمة المنافع نفسها في مدة الوصية لأن تقدير قيمة الوصية يكون بقيمة ما يناله الموصى له منها، فتقدر قيمة المنافع مجردة عن العين ذاتها .

وطريقة تقدير قيمة المنفعة هو أن يعرف أجر المثل للعين التي تحمل المنفعة في مدة الوصية، أما إذا كانت الوصية بالمنافع مؤبدة فتقدر العين بمنفعتها، و يعتبر خروجها عن الثلث .

المطلب الثاني : أساس وعلة التقييد

حفاظا على حقوق الورثة - الذين ستؤول إليهم التركة - من الوصايا التي قد تؤثر عليها، فإن الشريعة الإسلامية و المشرع العربي قد قيذا حرية الإيصاء بالرجوع إلى أسس شرعية حاولنا إجمالها في نقطتين أساسيتين:

في الفرع الأول: حماية الورثة من الإضرار

وفي الفرع الثاني : تنظيم الشريعة لأحكام الوصية

الفرع الأول : حماية الورثة من الإضرار

إن الأصل أن الوصية في مفهوم الإسلام هي باب من أبواب الإنفاق على الأقرباء الذين لا يرثون، و على أصحاب الخير، وعموما على وجوه الخير كالوصية للفقراء أو لدور العلم و المستشفيات، أي أن الهدف منها هو تحقيق التكافل الإجتماعي، إلى درجة تقرير وجوب الوصية في بعض الحالات بحكم الشرع و القانون وهو ما يسمى بالوصية الواجبة أي التنزيل طبقا للمواد

¹ - محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، 2، ص143.

169 إلى 172 من قانون الأسرة، واعتبار الوصية مكروهة في حالات أخرى كوصية صاحب المال القليل للغير مع أن ورثته كثيرون ومحتاجون مصداقا لقوله صلى الله عليه و سلم :
 "إنك أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس" .

و عليه فتحقيقا لهذا الغرض النبيل للوصية، إعتبرت الشريعة الإسلامية الوصية باطلة إذا كان القصد منها هو الإضرار بالورثة وحقوقهم، و هذا مصداقا لقوله تعالى : "من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار وصية من الله و الله عليم حلیم" [البقرة ، 12] .

و لذا حقق بعض العلماء بطلان ما يسمى بوصية الضرار؛ وهي التي يقصد بها الإضرار بالورثة ، فالقصد هنا مضارة الوارث، وهذا الباعث منافع لمقاصد الشارع فالوصية المشتملة على الضرار مخالفة لما شرعه الله تعالى وما كان كذلك فهو معصية¹.

و عن ابن عباس - بإسناد صحيح - أن وصية الضرار من الكبائر، فما أحق وصية الضرار بالإبطال من غير فرق بين الثلث وما دونه و ما فوقه، وهذا تطبيقا لقوله صلى الله عليه و سلم: "الإضرار في الوصية من الكبائر"² ، و لا يجب أن يفهم من عدم جواز وصية الضرار بطلانها عندما تكون نية أو قصد المورث الإضرار بالورثة فقط؛ بل أن عنصر الإضرار يتحقق في الحالتين التاليتين :

1- إذا اتجهت نية الموصي إلى الإضرار، أي إذا قصد حرمان ورثته من بعض ماله، كأن يقر بذلك صراحة في الوصية ،

أو أن يستخلص ذلك من اشتمال الوصية على شرط يتوقف تنفيذها على تحققه بأن يوصي الشخص بجزء من ماله إذا تصرف وارثه تصرفا معيناً، بينما يرى الإمام مالك أن الوصية إذا كانت مشروعة و في حدود الثلث وكانت لغير وارث فيقتضي العمل بها³ .

¹ - لم يشتمل قانون الأسرة على نص يتعلق بوصية الإضرار مما يتعين معه تطبيق ما جاءت به الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 منه .

² - بن عمر الحسن الدارقطني ، مرجع سابق ، ج3 ، ص 221

³ - عبد الكريم شهبون ، عقود التبرع في الفقه المالكي ، الطبعة الثانية ، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء 2012 ، ص 121

2- كما يتحقق عنصر الإضرار بالرغم من عدم وجود نية الإضرار إذا أوصي بأكثر من ثلث التركة، أو إذا أوصي لأحد الورثة دون باقي الورثة أو أوصي لجهة معصية، فقد فسر القرطبي "غير مضار" من آية المواريث السالفة الذكر أن مدخل الضرر على الورثة بأن تزيد الوصية على الثلث أو بأن يوصى للوارث، ومن ثم جاء تقييد الإيصاء بهذه القواعد.

فلا يشترط الفقه توفر نية الإضرار، بل يكفي تحقق الضرر الأكيد بالنسبة لحقوق الورثة لقوله - صلى الله عليه و سلم -: "إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث".

و عليه فقانون الأسرة بتقييده الوصية خصوصا في عدم إجازته الوصية لوارث يكون قد تماشى مع بعض القواعد الفقهية المشهورة منها "درء المفسد مقدم على جلب المصالح" و "الحكم يتبع المصلحة الراجحة" فهو يحقق المصلحة الراجحة المتمثلة في الإبقاء على كيان الأسرة ووحدتها، و الحفاظ على صلات الرحم بين أفرادها، فهذا يتحقق بعدم جواز الوصية لوارث ؛ حتى لا تنحصر ثروة الموصي كلها في وارث واحد على حساب مبادئ التكافل الإجتماعي و النظام العام الإسلامي في تنظيم تداول الأموال، وتوزيعها بين أكبر عدد ممكن ممن هو أقرب صلة بالميت من ذوي قرابته، و بذلك كان المشرع الجزائري متماشيا مع الآراء الإجتهدية، ومع روح نظام الوصية ، ونظام الإرث الإسلاميين .

الفرع الثاني : تنظيم الشريعة لأحكام الوصية

من أسباب الملكية الملكية بالخلافة عن المالك، و التي تؤول فيها الملكية من شخص له صلة بالمالك الهالك، وذلك لضرورة انتقال ما كان له من أموال وحقوق إلى آخر يعد خليفة له . وهذه الخلافة تثبت بسببين :

1- إما بحكم الشارع؛ وهذا في المواريث أين تكون الخلافة بحكم من الشارع، لا بإرادة المورث، بل و حتى من غير إرادة الوارث، لذا قيل أنه لا يدخل شيء في ملك الإنسان جبرا عنه سوى الميراث¹.

¹ - محمد أبو زهرة. أحكام التركات و المواريث. دار الفكر العربي. مصر. ص 5 .

2- و قد تثبت هذه الخلافة بإرادة المتوفي؛ وهذا في الوصية فالموصى له يملك ما يوصى به بمقتضى ما صدر عن الموصي، و تسمى بالخلافة الإختيارية ، و الموصى له يبقى دائما قبل هذه الخلافة مختارا .

و الأصل أن الشارع هو الذي يتولى أمر الخلافة في مال الميت، و ينظمها حيث جعل الميراث في نطاق الأسرة لا يعدوها؛ و هذه لحماية لهذه الأخيرة، و إقامة بنيانها، وتوثيق العلاقة بين آحادها مما يقوي دعائمها و يوثق الصلات و ينمي التعاون بين أفرادها .

و لذا فإن الشريعة الإسلامية سلبت من المورث أمر الخلافة في ثلثي ماله، وهذا لتقسيم المال للأسرة بالقسطاس المستقيم .

والتوزيع العادل الذي تولاه الله سبحانه و تعالى يقوم على أسس ثلاثة هي :

1- أنه يمنح الميراث للأقرب إلى المتوفي، ولذا كان أكثر الأسرة حظا في الميراث الأولاد، ومع ذلك يشاركهم فيه غيرهم كالأبوين مثلا؛ و هذا لمنع تركيز المال في ورثة معينين، فيكون الاشتراك في المال بدل الإنفراد و الاستثناء .

2- مراعاة الحاجة، فكلما كانت الحاجة أشد كان العطاء أكثر، وهذا هو السبب في أن نصيب الأولاد كان أكثر من نصيب الأبوين مع قوله - صلى الله عليه و سلم - : "أنت ومالك لأبيك" باعتبار أن حاجة الأولاد إلى المال أشد لضعفهم و استقبالهم للحياة . كما أن هذا هو سبب جعل نصيب الذكر ضعف نصيب الأنثى باعتبار أن التكاليف المالية التي تطالب بها المرأة دون التكاليف التي يطالب بها الرجل كالعمل لتوفير القوت أو نفقة الأولاد، و إن الإعطاء على مقدار الحاجة هو العدل، والمساواة عند تفاوت الحاجات هي الظلم¹.

3- إن الشريعة الإسلامية تتجه في تقسيم التركة إلى التوزيع دون التجميع، فلم تجعل وارثا ينفرد بها دون سواه، ولم تطلق يد المورث يختص بها من يشاء، بل وزعتها على عدد من الورثة، وهذا ما يتبين من التوزيع العادل و القائم على أسس منصفة من أمثلتها أن الوارث الذي أدلى إلى الميت بوارث يحجب عند وجود ذلك الوارث تقاديا لجمع التركة في حيز واحد، و غيرها من الأحكام التي تعكس ذلك .

¹ - محمد أبو زهرة. أحكام التركات و الموارث. دار الفكر العربي. مصر. ص 210 .

إن قسمة الله العادلة وتوزيعه الحكيم لا يحتم أن يساوي الغني و الفقير، و القادر على الكسب من يعجز عنه، فإذا كان قد وضع أحكام المواريث العادلة على أساس التساوي بين الطبقات باعتبار أنهم سواسية في الحاجة، فإنه بالمقابل منح حق الوصية لكي يتدارك الشخص ما عساه قد يكون فاتته في حياته من واجبات مصداقا لقوله - صلى الله عليه و سلم - : "إن الله تبارك و تعالى تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم فضعه حيث شئتم". لكنه حد حدود الوصية في القدر الذي تجوز فيه و في صفة الموصى له و في الباعث عليها، ولم يترك الأمر فيها لإرادة الموصي المطلقة، فإذا جاء المورث فأعطى هذا و منع ذلك فقد غاير قسمة الشارع الحكيم و زاد بعض الأنصبة و أنقص أخرى .

لذا تم رسم حدود الوصية على الوجه الذي لا يسمح بالمساس بحقوق الورثة كما سبق الذكر، و ترك المجال للإيصاء في حدود الثلث فقط و لغير الورثة، ابتغاء عدم المساس بما جاءت به أحكام الشريعة الغراء على الشكل الذي يمس بعدالة الخلافة في المال¹ على اعتبار تولى الشارع الحكيم قسمة التركات و بيان أنصبة الورثة و منح لكل ذي حق حقه في ثلثي التركة لقوله تعالى : "يبين الله لكم أن تضلوا و الله بكل شيء عليم" [النساء ، 176] .

و في الأخير و بعد توضيح الأسس السابقة الذكر يستخلص أن الشريعة الإسلامية حافظت بذلك على كيان الأسرة باعتبارها وحدة البناء الاجتماعي، إذ أنه منذ بداية انحلال الروابط بين أفراد الأسرة يبدأ انحلال المجتمع في الأمة الواحدة، فسلب إرادة المورث في الإيصاء لوارث و كذا في ثلثي التركة لم يكن إلا لحماية الأقربين له، فهي لم تسلب منه إلا ليعطى المال للأسرة بالقسطاس المستقيم، و لكيلا يكون في النفس جفوة المنع والإعطاء إن تولى ذلك المورث .

¹ - فنظام المواريث من النظام العام لا يملك الإنسان الحق في تغييره و تبديله .

الفصل الثاني

الإضرار الخفي في الوصية

في الفقه الإسلامي وفي التشريع العربي المقارن

إن الشخص إذا مرض مرضاً أقعده عن مباشرة أعماله وأحس بدنو أجله فإن الغالب في مثل هذه الحالة أن تتسلط على هذا المريض فكرة الخطر المحدق أو الوشيك وهو ذهاب أمواله إلى الورثة أو هذا الشخص منهم أو ذلك أو إلى الغير أو بعضهم فيلجأ بتأثير هذه الفكرة المتسلطة إلى التصرف في هذه الأموال معاوضة أو تبرعا ولكن بشيء من المحاباة التي ستفضي إلى الإضرار بأولئك الورثة أو الغير ، الأمر الذي يتطلب الحد من تصرفاته في هذا المرض ومن هنا فقد اعتبر مرض الموت ، بناء على ذلك ، حالة مقيدة ومؤثرة في تصرفات المصاب به ، ولزم من ثم إعطاء هذه التصرفات أحكاما خاصة تختلف عن أحكام تصرفات الشخص غير المريض بهذا المرض ، وإذا فمرض الموت لا يعدم أهلية الأداء ولا ينقصها ولكنه يحد من تصرفات المريض به ، والواقع أن معظم التشريعات العربية قد اعتمدت فيما يتصل بهذا المرض على الفقه الإسلامي مصدرا ، وذلك لأنها قد أتاحت اللجوء إلى الشريعة الإسلامية إذا لم تجد الحكم في التشريع أو العرف مقدمة هذه الشريعة على قواعد العدالة ، كما أن معظم البلدان العربية والإسلامية عملت على سن تشريعات مستنقاة من الشريعة الإسلامية، وبعد هذا في الحقيقة موقفا محمودا ومسلكا صائبا وذلك لأن هذه الشريعة غنية بالحلول القانونية التي من شأنها أن تحقق العدالة وترسخ لدى الناس ثقة بالتشريع وتوجد نوعا من التوافق أو التوفيق بين مصالح الأفراد المتعددة أو المتضاربة حيث أن التشريع الإسلامي قد بلغ الغاية الكبرى في تحديد معنى مرض الموت وبيان أحكامه فإننا رأينا من المحتم علينا أن نكشف عن ذلك وان نقارن بينه وبين ما أخذت التشريعات العربية توخيا لتحقيق استفادة أكبر، حيث أننا سنتناول ذلك في بحثين :

المبحث الأول: تصرفات المريض مرض الموت

المبحث الثاني : التصرفات التي تلحق بالوصية

المبحث الأول : تصرفات المريض مرض الموت

إن موضوع مرض الموت من السعة والتشعب بحيث لا يحيط أو يفيد به مبحث واحد ولذلك آثرت الإقتصار على معالجته من أكثر جوانبه أهمية ، فقامت بتحديد معنى هذا المرض وتمييزه مما يشته به وتحديد معايير المرض ، بوجه عام توخيا لتحديد لحظة الوفاة من ناحية طبية وشرعية وقانونية ، وكذلك ببيان شروط مرض الموت و إثباته، و حكم التصرفات في مرض الموت وأحكامه، وحالات تصرفات الأصحاء التي لها حكم التصرفات في مرض الموت، ولم نخض إلا في ما يتعلق بالتصرفات المالية المحضة و ذات العلاقة بالأحوال الشخصية و بهذا المرض متجنبين سائر تصرفات المريض الأخرى ، حيث نتعرض لحقيقة مرض الموت في المطلب الأول ، و في المطلب الثاني للبيع في مرض الموت .

المطلب الأول : حقيقة مرض الموت

إن تحديد معنى مرض الموت يقتضي أن نعرض لمعايير المرض بوجه عام، ومن ثم لمعنى مرض الموت و شروط تحققه، و حكم تصرفات المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي والتشريع العربي المقارن، إذ نتناول في الفرع الأول تعريف مرض الموت وشروط تحققه، و الفرع الثاني نخصه لحكم تصرفات المريض مرض الموت .

الفرع الأول : تعريف مرض الموت وشروط تحققه

أولا : تعريف مرض الموت

لم تتفق كلمة جمهور الفقهاء على تعريف مرض الموت وتفسيره ، فمنهم من عرفه : بأنه يكون صاحب فراش¹ وقال: " كونه صاحب فراش ليس بشرط لكونه مريضا مرض الموت بل العبرة للغلبة ، ولو الغالب من هذا المرض فهو مرض الموت، وان كان يخرج من البيت"².

¹ - ابن عابدين ، مرجع سابق ، ص 715

² - المرجع نفسه، ص 716

و يقول أيضا : " إن لَمَ أن به مرضا مهلكا غالبا، وهو يزداد إلى الموت ، فهو المعتبر ، وان لم يعلم أنه مهلك، يعتبر العجز عن الخروج للمصالح " ¹.

ومنهم من قال : "مرض الموت هو الذي يقعد الإنسان عن عمله المعتاد في حال الصحة، فيقعد الرجل عن عمله خارج البيت ويقعد المرأة عن عملها في البيت. وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه قال : " المريض الذي إذا طلق امرأته كان فارا، هو إن يكون مضني لا يقوم إلا بشدة ، وهو في حالة يعذر في الصلاة جالسا" ².

وقال جماعة من الفقهاء غير ذلك فعرف مرض الموت أيضا بأنه: " المرض الذي يخاف منه الهلاك غالبا وان يكون بحالة لا يقوم بحوائجه كما يعتاد الأصحاء ولا فرق بين ما إذا كان بذلك السبب أو بسبب آخر كصاحب الفراش بسبب المرض إذا قُتل " ³.

وعرف كذلك بأنه " كل ما يستعد بسببه للموت بالإقبال على العمل الصالح " ⁴.

وأیضا أنه " المرض الذي لا يؤمن معه معالجة الموت " ⁵. وجاء في تعريف آخر أنه " المرض الذي يتحقق به الموت سواء كان مخوفا أو لم يكن مخوفا " ⁶.

ويمكن القول بان جمهور الفقه الإسلامي يرى أن مرض الموت هو المرض الذي مات فيه المقر أو الموصي مطلقا ولا يتعين المرض إن كان مرض موت أو مرض شفاء إلا بعد الوفاة ولذلك تبقى عقود المريض وإقراراته صحيحة ومعتبرة ما دام حيا فلا يجوز الاحتجاج بالمرض لإبطال تصرفاته إلا بعد وفاته ⁷.

¹ - ابن عابدين ، مرجع سابق ، ص 716

² - كمال الدين محمد عبد الواحد ابن الهمام، شرح فتح القدير ، ج3، مطبعة مصطفى محمد، القاهرة ، 1330هـ ، ص155

³ - شمس الدين محمد بن أحمد الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، ج6، ط الأخيرة ، مطبعة مصطفى باب الحلبي ، القاهرة ، ص61

⁴ - المرجع نفسه، ص 64

⁵ - أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف بن فيروز أبادي الشيرازي ، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج1 ، ط2 ، مطبعة دار المعرفة بيروت ، 1959 ، ص460 .

⁶ - أبي إسحاق القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبي ، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ، ج2، ط1، مطبعة الآداب ، النجف ، 1969م ، ص26

⁷ محمد كاظم اليزيدي ، حاشية المكاسب للأنصاري ، فصل منجزات المريض ، دار المعرفة الإسلامية ، لبنان ، 1438 هـ ، ص15

ولو تأملنا في هذه الأقوال لتبين لنا أن اختلاف الفقهاء لم ينصب على حقيقة مرض الموت ومفهومه، وإنما انصب على أماراته وعلاماته .

ويمكن القول بعد هذا كله أن مرض الموت هو المرض الذي يغلب فيه أن ينتهي بالموت، ومن هنا فإنه لا يمكن الجزم بأن المرض مرض موت أو مرض شفاء إلا إذا تحقق الموت فعلا.

بالرجوع للفقه الإسلامي فقد وردت العديد من التعريفات منها : "مرض الموت هو الذي يغلب فيه خوف الموت ، و يعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجا عن داره إن كان من الذكور، وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث و يموت على ذلك الحال قبل مرور سنة، سواء كان صاحب فراش أو لم يكن"¹

و يعرفه البعض أنه : "المرض الذي يتحقق فيه أمران أحدهما أن يكون مرضا من شأنه أن يحدث الموت غالبا، و ثانيهما أن يموت الشخص بالفعل موتا متصلا به"² .

ويعرف أيضا بأنه : "المرض المخوف الذي يتصل بالموت ،ولو لم يكن الموت بسببه"³ و مرض الموت هو ما يتوافر فيه أمران⁴ :

الأول : أن يكون من الأمراض التي يغلب فيها الموت عادة حسب تقرير الأطباء .

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي ترد على الملكية-البيع و المقايضة- المجلد 4، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ص 313.

³ - محمد أبو زهرة ، أحكام التركات و المواريث، المرجع السابق، ص 7.

¹ - محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهيئة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية و القانون المقارن،الديوان الوطني للأشغال التربوية،الجزائر،2003، ص 114 .

2- الكاساني ، مرجع سابق ، ج3 ، ص 227

3- عبد اللطيف محمد عامر ، أحكام الوصايا والوقف ، مكتبة وهبة ، القاهرة ، ط1 ، 2006 ، ص 230

الثاني: أن يتصل الموت به من غير براء مدة طويلة قدرت بسنة حتى ولو كان الموت بسبب آخر غير المرض .

و التعريف السائد لمرض الموت في الفقه الإسلامي هو: "المرض الذي يغلب فيه الهلاك ويعجز الشخص عن القيام بمصالحه، و يتصل به الموت فعلا، ولو كان المريض قد توفي لسبب آخر كحادث مثلا ما دامت وفاته قد وقعت في أثناء هذا المرض"¹.

و بالرغم من اختلاف هذه التعريفات ، إلا أن هذا الاختلاف إنما يدور حول الأمارات و الأوصاف الظاهرة التي يتبين منها مرض الموت، و لكن المعنى المقصود في مرض الموت هو أن يكون المريض في حال يغلب فيه الهلاك و يتوقعه، و تكون تصرفاته لخوف الموت المرتقب²،

و يتجه الرأي الغالب في الفقه الإسلامي إلى أنه يشترط وفاة المريض قبل سنة من بدء المرض ، أما إذا مضى أكثر من هذه المدة على بدء المرض و لم يموت المريض لم يعتبر مريضا مرضا موت ولو كان المرض من الأمراض المزمنة، لأن القاعدة في هذه الأمراض أنها لا تعتبر للوهلة الأولى مرضا موت إذا طال دون أن تشتد بحيث يطمئن المريض إلى أنه لم يعد هناك خطر داهم و لم يعد يغلب خطر الموت العاجل، لكن إذا اشتد المرض و ازداد و ساءت حالة المريض حتى أصبحت تنذر بدنو أجله و انتهت بالموت فعلا فيعتبر مرضا موت من الوقت الذي اشتد فيه حتى و لو بقي مشتدا أكثر من سنة، و لم يموت إلا بعد انقضائها وهذا لتولد الشعور في نفسه بأنه مهدد بالموت في أي وقت .

أما بالنسبة للقانون المدني المصري فإنه قد خلا من أي نص يحدد معالم معينة أو تعريفاً معيناً لمرض الموت إذ أن كلاً من التقنين المدني القديم والتقنين النافذ³ ، قد اقتصر على بيان القواعد العامة التي تحمك تصرفات المريض مرض الموت بوجه عام، دون أن نبين المقصود بمرض الموت، مما دعا جميع فقهاء القانون إلى القول بوجوب الرجوع إلى الشريعة الإسلامية في ذلك باعتبارها المصدر الذي استمدت منه الأحكام الخاصة بتصرفات المريض مرض الموت في القانون الخاص.

4- محمد مصطفى شليبي ، أحكام الوصايا و الأوقاف ، دار الجامعة للطباعة والنشر، بيروت ، ط1 ، ص 350

³ - ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج 2 ، ص 715

أما التشريع المغربي، فلم تتعرض مدونة الأسرة ولا قانون الالتزامات و العقود المغربي لتعريف مرض الموت و تعرضا لنظرية مرض الموت حيث جاء في مدونة الأسرة¹ في المادة 303 أن: "إذا أجاز الورثة وصية لوارث أو بأكثر من الثلث، بعد موت الموصي أو في مرضه الخوف المتصل بموته، أو استأذنتهم فيه فأذنته، لزم ذلك لمن كان كامل الأهلية منهم"، كما تعرض لها قانون الالتزامات و العقود .

ويعتبر سكوت المشرع المغربي عن تعريف مرض الموت إحالة منه إلى الفقه المالكي بصريح المادة 400 من المدونة المغربية .

كما لم يأت المشرع الجزائري بتنظيم دقيق لمرض الموت، و لم يبين تعريفه و ماهيته، بل اكتفى بإيراد أحكام التصرفات الصادرة خلاله في مواد القانون المدني و قانون الأسرة² .

و لذلك فالمرجع في تعريفه هو الفقه الإسلامي فيما لا يوجد في حكمه نص إعمالا للمادة الأولى من القانون المدني في فقرتها الثانية و المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيل على أحكام الشريعة الإسلامية ، باعتبار مرض الموت من مسائل الأحوال الشخصية ، دون تحديد مذهب معين كما رأينا في المدونة المغربية.

ثانيا : شروط تحقق مرض الموت

تبين لنا فيما تقدم أن التعاريف قد تعددت حول تحديد معنى مرض الموت وان القاسم المشترك بين معظمها هو ضرورة وجود ثلاثة شروط لتحقيق مرض الموت إذ أن فقهاء القانون قد استقروا على عدم اعتبار مرض موت إلا إذا توافرت هذه الشروط المتمثلة فيما يأتي³:

- 1- أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه.
- 2- أن يغلب في ذلك المرض وقوع الموت.
- 3- أن ينتهي ذلك المرض بالموت فعلاً خلال مدة محددة.

¹ - المدونة المغربية ، مصدر سابق

¹ - محمد صبري السعدي، مرجع سابق ، ص 306

³ - سليمان مرقس و محمد علي إمام ، عقد البيع في التقنين المدني الجديد، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، 1953م ، ص485.

وسنعرض لهذه الشروط بالتفصيل :

استقر جانب كبير من الفقه الإسلامي على أن مرض الموت لا يتحقق إلا باجتماع ثلاثة شروط وهي أن يقعد المريض عن قضاء مصالحه، وان يتصل بالموت أو أن يغلب وقوع الموت فيه، وأن ينتهي بالموت خلال فترة محددة.

وقد حددت المادة 1595 من مجلة الأحكام العدلية هذه الشروط بالنص على أن : " مرض الموت هو الذي يعجز المريض عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره إن كان من الذكور ويعجزه عن رؤية المصالح الداخلة في داره إن كان من الإناث وفي هذا المرض خوف الموت في الأكثر، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة، صاحب فراش كان أو لم يكن، وإن امتد مرضه دائماً على حال ومضى عليه سنة يكون في حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح، ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله، لكن لو لشدت مرضه وتغير حاله ومات يعد حاله اعتباراً من وقت التغيير إلى الوفاة مرض موت"¹.

والواقع أن الشرطين الأول والثاني هما مناط التعليل فالحكم يدور معهما وجوداً وعدماً، وهما مبعث الدلالة على الوضع النفسي للمريض بناء على شعوره بدنو الأجل أو الإشراف على الموت كما هما مبعث تصرفاته التي قد تضر وورثته وسنتولى بحث هذه الشروط في الفقرات الثلاث الآتية :

أولاً : أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه

لا يكون المرض مرض موت إلا إذا أقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه ، أي أن جعله عاجزاً عن العمل وعن مباشرة مصالحه العادية المألوفة على وجه الدوام أو الاستمرار، وهذا لا يعني بالضرورة أن يلزم المريض الفراش، فهو قد لا يلزمه ولكنه يكون في أي من هاتين الحالتين عاجزاً عن قضاء مصالحه، وعلى العكس من ذلك فان المريض إذا كان عاجزاً عن

¹ - علي حيدر ، شرح مجلة الأحكام ، ج4، مكتبة النهضة ، بيروت ، ص45

قضاء مصالحه لسبب غير المرض وهو مثلاً اتسام العمل بالمشقة أو الصعوبة فأن حالته لا تدخل في عداد حالات مرض الموت¹.

ومن هنا نجد الفقه يسوق لنا المثال على ذلك قائلاً بأنه مثل : " عجز الفقيه الإتيان إلى المسجد أو الدكان لإقامة المصالح العائدة له بالنسبة للتاجر، أما لو كان المريض محترفاً بحرفة شاقة مما لا يمكن إقامته مع ادني مرض وعجز عنه مع قدرته على الخروج إلى المسجد أو السوق لا يعتبر مريضاً مرض موت، ولا يشترط في ذلك أن يكون صاحب فراش فقد لا يلزمه ويبقى مع ذلك عاجزاً عن قضاء مصالحه، وعلى العكس من ذلك قد يكون الإنسان عاجزاً عن قضاء مصالحه ولكن لا بسبب المرض فلا يعد في مرض الموت كما في حالة احترافه الأعمال الشاقة"² " المريض مرض الموت من لا يخرج لحوائج نفسه وهو الراجح³.

ويقال أنه: " وهو إن يكون صاحب فراش، قد أضفاه المرض فأما الذي يجيء ويذهب في حوائجه فلا يكون فاراً، وأن كان يشتكي ويحم، لأن الإنسان في العادة قل ما يخلو من نوع مرض في باطنه ولا يجعل بذلك في حكم المريض، بل المريض يفارق الصحيح، في أن الصحيح يكون في السوق ويقوم بحوائجه والمريض يكون صاحب فراش في بيته وهذا أما لا يمكن الوقوف على حقيقته ويعتبر فيه السبب الظاهر، ويقام ذلك مقام المعنى الخفي تيسيراً"⁴. ومنهم من قال : ".بأن يكون صاحب فراش وهو الذي لا يقوم بحوائجه في البيت كما يعتاده الأصحاء، وإن كان يقدر على القيام بتكلف والذي يقضي حوائجه في البيت وهو يشتكي لا يكون فاراً لأن الإنسان قل ما يخلو عنه"⁵. وقال آخرون : " المريض من لا يقدر على أداء الصلاة جالساً، وقيل: من لا يقدر إن يقوم إلا إن يقيمه غيره"، وقيل: " من لا يقدر على المشي إلا أن يتهدى بين اثنين، واختلفوا في المسلول والمفلوج وأمثالهما قيل ما دام يزداد ما به فهو مريض وإلا فهو صحيح"⁶.

1 - عيد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 396.

2 - ابن عابدين، مرجع سابق، ص 717.

3 - زين الدين ابن إبراهيم ابن نجيم، مرجع سابق، ص 47.

4 - موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة، مرجع سابق، ص 510.

5 - مالك بن أنس بن مالك بن عامر، المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ج4، ص345.

6 - علاء الدين بن مسعود الكاساني، مرجع سابق، ص 145.

كما وذهب في ذلك جمهور علماء الشريعة المحدثين بقولهم: "...بأن كان يعجز عن قضاء مصالحه خارج البيت إذا كان رجلاً أو داخله إذا كان امرأة، بحيث لو قدر الرجل على إقامة مصالحه في البيت كالقيام إلى بيت الخلاء فلا يعتبر مريضاً ، إذ ليس كل مريض يعجز عن القيام به. فينبغي أن يكون المراد بالعجز هو العجز عن القيام بالمصالح القريبة غير الشاقة كالخروج إلى المسجد أو الدكان بالنسبة إلى الجميع لأنه لو كان ذا حرفة شاقة كالنجار فهذا لا يمكن للمريض القيام به، مع أقل مرض وعجز عنه مع قدرته على الخروج إلى المسجد " ¹.

وذهب آخرون بقولهم: "بأن مرض الموت هو الذي يكون المريض به عاجزاً عن القيام بمصالحه وقضاء حاجته خارج المنزل أن كان رجلاً وداخل المنزل أن كان امرأة" ².

وخلاصة القول أن هناك كثيراً من الأمراض الحديثة لا تلزم صاحبها الفراش ولا تقعه عن قضاء حوائجه مع ذلك فهي مميتة كالسرطان والإيدز وغيرها من الأمراض الحديثة، كما أن الصحيح قد يعجز عن قضاء مصالحه لكسر في ساقه مثلاً فلا يكون مريضاً مرض الموت هذا بالإضافة إلى أن هناك حالات من تصرفات الأصحاء التي لها حكم التصرفات في مرض الموت - كما سيجيء - لاشتراكها معه في علة واحدة وهي غلبة الهلاك ³.

ثانياً : إن يغلب في ذلك المرض وقوع الموت

لا يكفي في المرض الذي يعد مرض موت أن يُقعد المريض عن قضاء مصالحه وإنما يشترط إلى جانب ذلك أن يغلب فيه خوف الموت فيكون مرضاً مخوفاً كالأمرض التي تنتهي عادة بالموت أو يكون مرضاً بسيطاً في بدايته ثم يتطور حتى تصبح حالة المريض سيئة يخشى عليها فيها من الموت .

¹ - وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته، نشر 1989، ط3، دار الفكر ، دمشق، ج 8 ص111

² - محمد زكريا البرديسي ، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية ، ط2، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1967م ، ص341

³ - محمد يوسف موسى ، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي ، مطبعة دار الكتاب العربي ، القاهرة ، 1952 م ، ص477

ويقول بعضهم: " كونه صاحب فراش ليس بشرط كونه مريضاً مرض الموت بل العبرة للغلبة، لو الغالب من هذا المرض الموت وأن كان يخرج من البيت" ¹.

والحقيقة أن فقهاء الإسلام قد اتفقوا على الماهية ولكن اختلفوا في الأحكام إلى هذا الحد أو ذلك في العبارة فقد قالت الحنفية: " حد مرض الموت تكلموا فيه والمختار للفتوى انه إذا كان الغالب منه الموت كان المرض مرض الموت، سواء أكان صاحب فراش أم لم يكن" ².

وقالت المالكية: " بأن المرض المخوف هو ما حكم أهل الطب بأنه يكثر الموت في مثله ولو لم يغلب كالسل والقولنج " ³.

وقال الإمام الشافعي: "... كل مرض إلا غلب منه الموت مخوفاً ... " ⁴. ونجد هنا أن الشافعية تشترط في مرض الموت أن يكون مخوفاً بمعنى أن يكون حصول الموت بسببه.

وقال الحنابلة: " لتحقق مرض الموت ينبغي تحقق فيه شرطان هما : الأول أن يتصل بمرضه الموت ولو شفى مرضه الذي تصرف فيه بعد ذلك فتصرفه كتصرف الصحيح لأنه ليس بمرض الموت. والثاني أن يكون المرض مخوفاً " ⁵. فلو كان غير مخوف كالصداع ورمد العيون وغيرها فلا يعد هذا من قبيل مرض الموت.

ويتبين من هذا أن الفقهاء قد أولوا أهمية خاصة لشرطين محددين يتحقق باجتماعهما مرض الموت وهما :

¹ - ابن عابدين ، ج2، مرجع سابق ، ص733

² - محمد بن إدريس أبي عبد الله الشافعي ، الأم ، ج4، ط1، المطبعة الاميرية ، مصر ، 1322هـ ، ص35

³ - موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة ، ج6، مرجع سابق ، ص149

⁴ - المرجع نفسه ، ص150

⁵ - عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق ، ج4، نسيبة العقد ، المجلد الثاني ، ص197، دار الفكر للطباعة ، مصر .

الأول: أن يكون المرض خوفاً يُقعد المريض عن قضاء حوائجه، والثاني، أن يكون المرض متصلاً بالموت، واعتبروا هذين الشرطين مناطاً للتعليل يدور معهما الحكم وجوداً وهدماً، لأن قيام هذين الشرطين إنما يدل على أن المريض في حالة نفسية يستشعر فيها دنو أجله وأنه مشرف على الموت فيتصرف على هذا الأساس تصرفات قد تضر بحقوق ورثته، مما جعل الشارع يقيد تصرفاته التي تمس بحقوقهم ويجعل لها أحكاماً خاصة بحسب نوع التصرف وما ينتج عنه من آثار.

والحقيقة أن اشتراط هذين الشرطين يثير أن التساؤل عما إذا كان بالإمكان أن يُعفي الشرط الثاني : وهو أن يغلب في ذلك المرض وقوع الموت - عن الشرط الأول - وهو أن يُقعد المريض عن قضاء مصالحه - فذهب رأي أنه يُغني، فيكفي أن يغلب في المرض خوف الموت دون حاجة إلى قعود المريض عن قضاء مصالحه، وذهب رأي آخر إلى وجوب استيفاء الشرطين معاً وجعل الأصل فيهما ان يغلب في المرض خوف الموت أما قعود المريض عن قضاء مصالحه فهذه تعتبر من العلامة المادية التي تُشعر المريض بأن المرض يتهدده بالموت¹.

أما شرح المجلة، فقد تمكنوا من التوفيق بين هذين الرأيين، بأن المريض إن علم إن به مرضاً مهلكاً غالباً، وهو يزداد وسيؤدي به إلى الموت فهو المعتبر، وأن لم يعلم أنه مهلك كان المعتبر هو العجز عن الخروج إلى قضاء مصالحه²، أي بالمرض الذي أقعده عن قضاء مصالحه. وقد يطرح هنا سؤال وهو لِمَ لم نجعل حالة المريض النفسية الناشئة عن الإحساس باقتراب موته ودنو أجله هي العلة في وجود مرض الموت أو عدمه، ما دامت هي السبب في اعتبار هذين الشرطين؟ ومن ثم تقيد تصرفاته دفعاً للضرر عن وورثته.

وللإجابة ينبغي التبيين أن الحالة النفسية هي أمر خفي غير ظاهر ومعرفتها في الشخص تحتاج إلى بحث عسير في التفتيش عن خفايا نفسه، بالإضافة إلى كونها تختلف من شخص إلى آخر قوة وضعفاً مما يجعل علة الحالة النفسية غير منضبطة³، ولا يمكن للشارع أن يبني أحكامه

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج4، ص399-400

² - محمد سلام مذكور، الموجز في أحكام الأسرة في الإسلام، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979م، ص490

³ - عبد المنعم البدروي، القانون المدني المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975، ص607

على أوصاف خفية وغير منضبطة مثل الهم وحديث النفس ويجعلها عللاً تدور معها أحكامه، لهذا أعتبر الفقهاء هذه الحالة النفسية سبباً وأقاموا مقامها في التعليل مضنتها التي تنبئ عنها وهي ذلك الوصف أو الشرط الظاهر المنضبط ، وهو كون المرض مخوفاً واتصاله بالموت.

ثالثاً : أن ينتهي بالموت فعلاً خلال مدة محددة

أما الشرط الأخير في شروط تحقق مرض الموت فهو أن ينتهي المرض بالموت فعلاً، ولو لم يكن الموت بسبب المرض بل من حادث آخر كقتل أو حريق، وذلك ؛ لأن المريض وقت أن تصرف كان يشعر بدنو اجله وأنه لو لم يمت بهذا السبب العارض لمات بسبب المرض¹، ولطبقت بحقه في أي من هاتين أحكام المريض مرض الموت وهي أحكام الوصية.

ونجد أن مجلة الأحكام العدلية تحدد فترة مرض الموت بسنة في معرض تعريفها لمرض الموت²، وهذا أمر قد لا يقره الواقع العملي والعلمي لان هناك حالات مرضية كثيرة في وقتنا الحالي تأخذ وقتاً طويلاً وهناك حالات مرضية تأخذ فترة قصيرة وهذه الحالات تختلف حسب نوع كل مرض، وانه بالرغم أن الفقه الإسلامي لم يعطِ تفصيلاً للشرط الثالث إذ أنه اكتفى بشرطين كي يعد المريض مريضاً مرض الموت.

وإذن فالمجلة اشترطت استمرار المرض مدة سنة واحدة لكي يعد في عداد مرض الموت، أما إذا تجاوز الأمر ذلك المرض فلا يعد مرض الموت، وإذا قيل هل تحتسب السنة على أساس التقويم الهجري أو الميلادي، فالمتبادر أن القانون في الأصل إسلامي وأن من الطبيعي أن تحسب المواعيد بالتقويم الهجري³.

والحقيقة أن هذا التحديد يبعد النص عن موضوعيته ودقته ويثير إشكالات عملية عديدة إذ ما أكثر الأمراض الخطيرة" كمرض الإيدز والسرطان والجمرة الخبيثة والسارز وأنفلونزا الطيور " التي يمتد بصاحبها العمر إلى أكثر من سنة واحدة، لذا نرى ضرورة الاعتماد على الطب والعلوم في تحديد مرض الموت، فالأمراض المزمنة كما رأينا قد تطول وأنها مع ذلك لا تعد مرض موت

¹ - علي حيدر، مرجع سابق ، ص119

² - المرجع نفسه ، ص124

³ - المرجع نفسه، ص 130

ولكن إذا اشتدت حالة المريض وساءت حالته وانتهت بالموت فإنه يعتبر مرض الموت من الوقت الذي اشتد فيه المرض¹.

وإذ نصل خاتمة المطاف في تحقق هذه الشروط على من وجهة نظر الفقه الإسلامي نرى من المناسب أن نشير إلى أن هذه الشروط مجتمعة تمثل علامات أو دلائل على ما يمكن أن يساور نفس المريض أو يحترم فيها من مشاعر اليأس والقنوط والاستعداد للرحيل بناءً على الشعور باقتراب الأجل والمشاركة على الموت أما مسألة الجزم بأن المرض هو مرض موت فالمفروض أن تترك لأهل الخبرة والأطباء المختصين ليفصلوا فيها في ضوء تلك الدلائل أو الشواهد.

أما شروط مرض الموت في التشريع العربي المقارن فإن مواقف القوانين العربية تبدو متباينة من هذه المسألة، ولم ينص عليها بين القوانين العربية إلا القانون المدني الأردني في المادة 543 منه التي استمدت من المادة 1595 من مجلة الأحكام العدلية وهي فقه حنفي².

ولو أمعنا النظر في المادة 543 مدني أردني لوجدنا أن الشرط الأخير من الفقرة الأولى منها ينص على أنه: "فإن امتد مرضه وهو على حالة واحدة دون ازدياد سنة أو أكثر تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح". وهذا يعني أن امتداد مرض الإنسان لسنة أو أكثر لا يعد مرض موت لكن إذا امتد لأكثر من سنة وكهن مرضاً متفاقماً أو متزايداً فإنه يعد مرض موت إذا انتهى بالإنسان للوفاة، فعبارة "دون ازدياد" تدل على أنه إذا ازداد المرض في الفترة التي تزيد على السنة وانتهى بالشخص إلى الوفاة، فإن مرضه هذا يكون مرض موت، وتكون تصرفاته كالتصرف في مرض الموت، وتأخذ حكم الوصية، أي أنه إذا تزايد المرض مع الإنسان، وانتهى به إلى الوفاة كان مرضه في تلك الفترة مرض موت، ولو امتد لأكثر من سنة، وكانت تصرفاته في تلك الفترة

¹ - محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة شرح عقد البيع في القانون المدني الأردني، ط1، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 2004، ص422

² - وهبة الزحيلي، العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتية والقانون المدني الأردني، ط1، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، عمان، الأردن، 1987، ص425

تصرفات المريض مرض الموت وأخذت حكمه¹. لأن العبرة في جعل الشخص مريضاً مرض موت أن ينتهي به إلى الوفاة قبل مرور سنة من بداية المرض إلى حين وفاته ولو لم يكن متفاقماً أو متزايداً أو أن يكون بعد مرور سنة أو أكثر من بداية المرض إلى حين وفاته بشرط أن يكون المرض متفاقماً أو متزايداً².

وحسناً فعل المشرع الأردني، كما نرى، إذ أفرد المادة 543/ف1 من قانونه المدني لشروط تحقق مرض الموت، فلاقت هذه الشروط تطبيقاً دقيقاً من القضاء الأردني، وهذا في الواقع على خلاف الدول العربية الأخرى فالتشريعات فيها لم تعالج شروط تحقق مرض الموت فبادر إلى ذلك القضاء باجتهاداته، ومن ذلك العراق إذ أن القانون المدني العراقي لم ينص على تلك الشروط الأمر الذي اضطر القضاء إلى الاجتهاد في تحديدها.

أما التقنين المدني المصري فإنه هو الآخر، كما بينا من قبل، لم ينص على شروط مرض الموت تاركاً ذلك للقضاء المصري، ومما قضت به محكمة النقض المصرية في هذا الخصوص هو أن: "حالة مرض الموت مشروطة شرعاً بأن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك"³.

وأن: "من الضوابط المقررة في تحديد مرض الموت أن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ويشعر المريض بدنو أجله وان ينتهي بوفاته"⁴.

¹ - محمد يوسف الزعبي، المرجع السابق ، ص 427

² - ابن عابدين ، مرجع سابق ، ص 168

³ - وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص 212

⁴ - المرجع نفسه، ص 220

الفرع الثاني : حكم تصرفات المريض مرض الموت

إذا تصرف شخص في ماله أثناء مرض أقعده عن قضاء مصالحه، و غلب فيه خوف الموت كان تصرفه معتدا به حال حياته فإذا انتهى بالموت جاز الطعن فيه على أساس أنه تم في مرض الموت، أما إذا برء منه كان حكم تصرفه هو حكم تصرف الأصحاء .

فالمريض مادام حيا فتصرفاته صحيحة نافذة ، ولا يجوز لورثته الاعتراض عليها لاحتمال شفائه من هذا المرض. أما إذا انتهى المرض المخوف بالموت فقد تبين أن التصرف قد وقع في مرض الموت¹ .

نستخلص مما تقدم أن مرض الموت هو حالة العجز التي يكون فيها موت المريض متوقعا أو يكون فيها المريض على أبواب أو مشارف الموت ، ويخشى في حالة كهذه إن يصدر منه تصرف ضار بورثته أو ، ففي سبيل المحافظة على أموال الورثة يتعين أن لا تسري في حقهما تصرفات مثل هذا المريض التي تنم عن التبرع أو المحاباة بقدر معين لأنها تلحق بأحكام الوصية . ونرى من جانبنا، الصواب في ذلك التعريف الذي أعطاه جانب من الفقه الإسلامي لمرض الموت إذ قال بأن هذا المرض هو الذي يخاف منه الهلاك غالبا أو المرض المخوف الذي يتصل بالموت .

المطلب الثاني : البيع في مرض الموت

إن مرض الموت كما خلصنا هو المرض الذي يخاف منه الهلاك غالبا أو المرض المخوف الذي يتصل بالموت، أو الذي يغلب فيه الهلاك إذ أن غلبة الهلاك ومن ثم الخوف من الهلاك هو الدافع الذي يحمل المريض على تصرفات تؤدي في الغالب إلى الأضرار بمصالح الورثة أو الأمر الذي يوجب على المشرع التدخل لتقييد تصرفاته، فالعبرة بالحالة النفسية التي تولدت لدى المريض بسبب المرض الذي قضى على حياته، وهذه هي حالة اليأس من الحياة حيث تنعدم قيمة الأشياء في نظر هذا المريض ومنها المال الذي لا تعود له أي قيمة عنده ولذلك يسهل التأثير عليه فيما يتصل هو نفسه بهذا المال بل قد يعمد إلى تبذير أمواله بتصرفات ضارة فهو لا يخشى المستقبل؛ لان الأجل لن يطول به ولذلك قد يبيعهما للآخرين بغبن فاحش، قاصداً بذلك المحاباة

¹ - عبد اللطيف محمد عامر ، مرجع سابق ،

للمشتري ، وهذا هو السر في تعريف مرض الموت وتحديد حكم البيع فيه و سنتعرض لذلك في فرعين ، نتناول في الفرع الأول : تعريف البيع في مرض الموت

و في الفرع الثاني : حكم تصرفات المريض مرض الموت

الفرع الأول : تعريف البيع في مرض الموت

لغة : من باع الشيء أي أخرجه عن ملكه أو أدخله فيه بعوض¹ ، وهو من أسماء الأضداد و يطلق على البيع والشراء لقوله تعالى : ﴿ وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِمَ مَعْدُودَةٍ وَكَانُوا فِيهِ مِنَ الزَّاهِدِينَ ﴾ [يوسف : 20].

اصطلاحاً : عقد معاوضة على غير منافع و لا متعة لذة² ، ويشمل البيع والشراء و المعاوضة ، وكل أنواع البيوع المشروعة .

وبيع المريض مرض الموت لأحد ورثته يقع صحيحاً متى خلا من المحاباة ، وحاز المشتري ما اشتراه و دفع ثمنه للبائع معاينة .

و المحاباة نوعان :

محاباة في الثمن : كأن يبيع المريض بأقل من ثمن المثل أو يشتري بأكثر من ثمن المثل.

محاباة في المبيع : وصورتها أن يبيع المريض أفضل أملاكه بثمن المثل ، وهذا الشكل لأثر له في الذهب المالكي ، لأن حق الورثة يتعلق بقيمة التركة لا بأعيانها³ ، و هذا الرأي ينسجم مع قواعد العدالة ، لأن قرينة المحاباة غير قاطعة .

من المعروف أن الشخص الكامل الأهلية حر في التصرف في أمواله كلها أو جلها بالطريقة التي يراها مناسبة حال حياته سواء أكان ذلك تصرفاً قانونياً بالبيع أو غيره من التصرفات، إلا إذا تعلق بها حق للغير كما في حالة الرهن ، كما من حقه أن يتصرف فيها بمقابل أو دون مقابل دون أن

¹ - محمد فرحاني ،دراسة فقهية للوثائق المتعلقة بالقاصرين ،أطروحة دكتوراه ، كلية الشريعة ، فاس ، المغرب ، ص67

² - أبو البركات الدردير ،مرجع سابق ،ص 296

³ - محمد التاويل ، مرجع سابق ، ص624

يكون مسؤولاً عن ذلك أمام أحد ، ويبقى حق الشخص كذلك إلى أن يموت ومع ذلك أيضا فقد أجاز له التصرف في ماله بعد وفاته عن طريق الوصية ولكن قبل وفاة هذا الشخص فانه قد يصيبه مرض فيقعه عن ممارسة أعماله المعتادة فيعمد إلى التصرف في ماله بالبيع فيطلق على هذا التصرف المريض في الفقه الإسلامي وفي التشريعات العربية بالبيع في مرض الموت.

الفرع الثاني : حكم البيع في مرض الموت

أولا : البيع في مرض الموت

أ - بيع المريض غير المدين ماله لأجنبي

اتفق الفقهاء على أن المريض إذا باع شيئاً من أعيان ماله لأجنبي بثمن المثل أو بما يتغابن الناس بمثله ، فبيعه صحيح نافذ على البذل المسمى ، لأن المريض غير محجور عن المعاوضة المعتادة التي لا تمس حقوق وورثته .

أما إذا باعه مع المحاباة :

فقد ذهب الحنفية¹ إلى أنه إذا باع المريض شيئاً من ماله لأجنبي وحاباه في البيع ، فإن كانت المحاباة بحيث يحملها الثلث ، فإن البيع صحيح ونافذ على البذل المسمى ، لأن المريض له أن يتبرع لغير وارثه بثلث ماله ويكون هذا التبرع نافذاً ، وإن لم يجزه الورثة.

أما إذا كانت المحاباة أكثر من ثلث ماله ، فإن أجازها الورثة نفذت ، لأن المنع كان لحقهم ، وقد أسقطوه ، وإن لم يجيزوها ، فإن لم يكن البدلان من جنس واحد من الأموال الربوية وزادت المحاباة على الثلث ، ولم يجزها الورثة ، فيخير المشتري بين أن يدفع للورثة قيمة الزائد على الثلث ليكمل لهم الثلثين ، وبين أن يفسخ البيع ويرد المبيع إلى الورثة ويأخذ ما دفعه من الثمن إن كان الفسخ ممكناً ، أما إذا تعذر الفسخ كما لو هلك المبيع تحت يده أو أخرجه عن ملكه ألزم بإتمام الثمن إلى أن يبلغ القيمة .

¹ - أبو البركات الدردير ، المرجع السابق ، ص 298

وأما إذا كان البدلان من جنس واحد من الأموال الربوية غير التقدين ، وكانت المحاباة بأكثر من ثلث ماله ، ولم يجزها الورثة ، فليس للورثة أن يلزموا المشتري بأن يدفع لهم الزائد على الثلث أو يفسخ البيع ، لأن هذا يؤتي إلى ربا الفضل، لهذا ينسب الثلث إلى المحاباة ، ويصح البيع بقدر النسبة ويبطل فيما عداها، والمشتري بالخيار بين فسخ العقد لتفرق الصفقة عليه ، وبين الرضا بالبيع في القدر الباقي .

وقال المالكية¹ : إذا باع المريض ماله لأجنبي بأقل من ثمن المثل ومما يتغابن الناس بمثله : فإن قصد ببيعه ماله بأقل من قيمته بكثير نفع المشتري ، فما نقص عن القيمة يعتبر محاباةً حكمها حكم الوصية للأجنبي ، تنفذ من ثلث ماله إن حملها الثلث ، وتبطل في القدر الزائد على الثلث إن لم يجزها الورثة ، وإن أجازوها جازت ، وتكون ابتداءً عطيةً منهم تفتقر إلى الحوز ، والوقت المعتبر في تقدير قيمة المبيع هو وقت البيع ، لا وقت موت البائع .

أما إذا لم يقصد ببيعه ماله بأقل من قيمته بكثير نفع المشتري ، كأن وقع منه ذلك جهلاً بقيمته ، فهو غبن يصح معه البيع على البذل المسمى وينفذ ، ولا يعتبر النقصان عن ثمن المثل من الثلث مهما بلغ على المشهور المعمول به .

وقال الشافعي² : إذا باع المريض شيئاً من أعيان ماله للأجنبي ، وحاباه في البذل ، فحكم هذه المحاباة حكم الوصية للأجنبي ، تنفذ من ثلث ماله ، وما زاد عن الثلث يتوقّف على إجازة الورثة ، فإن أجازوها نفذت ، وإلا خير المشتري بين رد المبيع إن كان قائماً ، ويأخذ ثمنه الآذي دفعه ، وبين أن يعطي الورثة الفضل عما يتغابن الناس بمثله مما لم يحمله الثلث ، وإن كان المبيع هالكاً ، رد الزيادة على ما يتغابن الناس بمثله مما لم يحمله الثلث، وكذا إذا كان المبيع قائماً ، لكنه قد دخله عيب .

¹ - محمد التاويل ، مرجع سابق ، ص 624

² - المرجع نفسه، ص 625

وقال الحنابلة¹: إذا حابى المريض أجنبياً في البيع فالبيع صحيح ، وتنفذ المحاباة من ثلث ماله إن حملها .

أما إذا كانت أكثر من الثلث ، فإن أجازها الورثة نفذت ، وإن لم يجيزوها ، فإن لم يكن البدلان من جنس واحد من الأموال الربويّة ، وزادت المحاباة على الثلث ، بطل البيع في قدر الزيادة على الثلث ، وسدّم للمشتري الباقي ، وكان بالخيار بين فسخ البيع لتفرق الصّفقة عليه وبين أن يأخذ ما سدّم له من المبيع .

أما إذا كان البدلان من جنس واحد من الأموال الربويّة غير الثّمنين ، وزادت المحاباة على الثلث ، ولم يجزها الورثة ، فينسب الثلث إلى المحاباة ، ويصح البيع بقدر النسبة ، ويبطل فيما عداها ، والمشتري بالخيار بين فسخ البيع لتفرق الصّفقة عليه ، وبين الرضا بالبيع في القدر الباقي ، وأما فعل ذلك لئلا يفضي إلى الربا .

ب - بيع المريض المدين ماله لأجنبي

إذا باع المريض شيئاً من ماله لأجنبيّ بثمن المثل ، وكان مديناً بدين مستغرق فإنّ البيع صحيح نافذ على العوض المسمّى ، ولا حقّ للدائنين في الاعتراض عليه ، لأنّ حقّهم متعلّق بماليّة التركة لا بأعيانها ، والمدين وإن كان قد أخرج شيئاً من ملكه بهذا البيع إلاّ أنه قد أدخل فيه ما يقابله من الثّمن المساوي لقيّمته .

أما إذا كان في البيع محاباة للمشتري ، فلا تنفذ المحاباة سواءً أكانت قليلةً أم كثيرةً إلاّ بإجازة الدائنين ، لتعلّق حقّهم بماله ، فإن لم يجيزوا خير المشتري بين أن يبلغ المبيع تمام قيمته ، ولا اعتراض للدائنين عليه ، إذ لا ضرر يلحقهم وبين فسخ العقد وأخذ ما دفعه من الثّمن إن كان الفسخ ممكناً ، أما إذا تعرّض الفسخ ، كما إذا هلك المبيع تحت يده أو أخرجه عن ملكه ألزم بإتمام الثّمن إلى أن يبلغ القيمة .

وإذا باع المريض شيئاً من ماله لأجنبيّ بثمن المثل ، وكان مديناً بدين غير مستغرق لماله ، صحّ البيع ونفذ على البذل المسمّى ، أما إذا كان فيه محاباة ، فيخرج مقدار الدين من التركة ،

1 - أبو البركات الدردير ، المرجع السابق ، ص 299

ويأخذ هذا البيع حكم البيع فيما لو كان المريض غير مدين أصلاً بالنسبة للمبلغ الباقي بعد الإخراج .

ج - بيع المريض ماله لوارث

إذا باع المريض شيئاً من ماله لوارثه ، فإما أن يكون المريض البائع غير مدين ، وإما أن يكون مديناً :

بيع المريض غير المدين ماله لوارث :

ذهب أبو يوسف ومحمد بن الحسن وابن أبي ليلى¹ : إلى أنه إن باع المريض وارثه عيناً من ماله بمثل القيمة أو بما يتغابن الناس بمثله ، فإن بيعه يكون صحيحاً نافذاً ، لأنه ليس فيه إبطال لحقّ الورثة عن شيء مما يتعلّق به حقّهم ، وهو المأليّة ، فكان الوارث والأجنبي في ذلك سواءً .

أما إذا باع المريض وارثه عيناً من ماله وحاباه في الذّم ، فإن البيع يتوقّف على إجازة الورثة ، سواء حمل ثلث ماله هذه المحاباة أم لم يحملها ، فإن أجازوه نفذ ، وإلا خير الوارث بين أن يبلغ المبيع تمام القيمة ، وعندها يسقط حقّ الورثة في الاعتراض عليه ، وبين أن يفسخ البيع ، ويردّ المبيع إلى التركة ، ويستلم الذّم الذي دفعه للمورث .

وقال أبو حنيفة²: البيع يكون موقوفاً على إجازة باقي الورثة ، فإن أجازوه نفذ ، وإن رده بطل ، سواء أكان البذل مساوياً لمثل القيمة أم كان فيه محاباة .

وهو القول الرّاجح في المذهب الحنفيّ ، وبه قال أبو الخطاب من الحنابلة .

وقال المالكيّة³: إذا باع المريض وارثه شيئاً من ماله دون محاباة فالبيع جائز ونافذ على البذل المسمّى .

أما إذا حابى المريض وارثه في البيع ، فإن حاباه في الذّم كأن باعه بمائة ما يساوي مائتين مثلاً ، فالبيع باطل بقدر المحاباة كلّها إن لم يجزها الورثة ، ولا تعتبر المحاباة من الثلث ، ويصح البيع

¹ - محمد التاويل ، مرجع سابق ، ص 650

² - المرجع نفسه ، ص 651

³ - المرجع نفسه ، ص 654

وينفذ فيما عداها ، وتعتبر إجازة الورثة للقدر المحابي به ابتداءً عطيةً منهم تفتقر إلى حوز ، قالوا : والمعتبر في تقدير محاباته ليوم البيع لا ليوم الحكم ، ولا عبء بتغيير الأسواق بعد ذلك بزيادة أو نقص .

أمّا إذا حابى المريض وارثه في عين المبيع ، كأن يقصد إلى خيار ما يملكه فيبيعه من ولده، ففي هذه الحالة يكون لورثته نقض ذلك البيع ، ولو كان بثمن المثل أو أكثر .

وذهب الشافعية¹ إلى أنه يجوز للمريض أن يبيع ما شاء من أعيان ماله إلى أي شخص من ورثته ، وينفذ بيعه على العوض المسمى إذا كان البيع بمثل القيمة أو بما يتغابن الناس بمثله ، أمّا إذا كان في البديل محاباة للوارث ، فحكم هذه المحاباة حكم الوصية للوارث حيث إن الأظهر عند الشافعية أن الوصية للوارث تكون موقوفة على إجازة الورثة ، فإن أجازوها نفذت ، وإن لم يجيزوها بطلت ، فيبطل البيع في قدر هذه المحاباة ، قال الرملي : المرض إنما يمنع المحاباة ، ولا يمنع الإيثار .

وقال الحنابلة² : يجوز للمريض أن يبيع ما شاء من ماله لوارثه ، وينفذ بيعه إذا كان بثمن المثل . أمّا إذا حابى وارثه في البيع ، فهناك ثلاثة أقوال في المذهب :

أحدها : لا يصح البيع ، لأن المشتري بذل الثمن في كل المبيع ، فلم يصح في بعضه ، كما لو قال : بعثك هذا الثوب بعشرة . فقال : قبلت البيع في نصفه ، أو قال : قبلت نصفه بخمسة ، ولأنه لم يمكن تصحيح البيع على الوجه الذي تعاقدنا عليه ، فلم يصح كتفريق الصفقة .

والثاني : أنه يصح فيما يقابل الثمن المسمى ، وتتوقف المحاباة على إجازة الورثة ، فإن أجازوها نفذت ، وإن ردها بطل البيع في قدر المحاباة وصح فيما بقي .

والثالث : أنه يبطل البيع في قدر المحاباة ، ويصح فيما يقابل الثمن المسمى ، وللمشتري الخيار بين الأخذ والفسخ ، لأن الصفقة تفرقت عليه ، قالوا : وإنما حكمنا بالصحة في ذلك القدر ؛ لأن البطلان إنما جاء من المحاباة ، فاختص بما يقابلها ، وهذا هو القول الصحيح في المذهب .

¹ - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، مرجع سابق ، ص 951

² - أبو البركات الدردير ، مرجع سابق ، ص 300

بيع المريض المدين ماله لوارث :

اتفق أبو حنيفة وأصحابه¹ على أن المريض المدين بدين مستغرق إذا باع ماله لوارث بثمن المثل ، فإن البيع صحيح نافذ على البذل المسمى ، ولا حق للدائنين في الاعتراض عليه ، لأن حقهم متعلق بمالية التركة لا بأعيانها ، والمريض وإن كان قد أخرج شيئاً من ملكه بهذا البيع إلا أنه قد أدخل فيه ما يقابله من الثمن المساوي لقيمته .

أما إذا كان في بيع المريض المدين محاباة للوارث في البذل ، فلا تنفذ المحاباة سواء أكانت قليلة أم كثيرة إلا بإجازة الدائنين ، فإن أجازوها نفذت ، وإن ردها خير المشتري بين أن يبلغ المبيع تمام قيمته ، ولا اعتراض للدائنين ، وبين فسخ البيع وأخذ ما دفعه من الثمن إن كان الفسخ ممكناً أما إذا تعذر لهلاك المبيع تحت يده ونحو ذلك ، فيلزم المشتري بإتمام الثمن إلى أن يبلغ القيمة .

ومثل البيع في كل الأحوال المتقدمة الشراء ، فإذا اشترى المريض مرض الموت من وارثه الصحيح أو من أجنبي وكان غير مدين أو كان مديوناً اتبعت نفس الأحكام المتقدمة في بيعه ،

نص المشرع المصري على حكم بيع المريض مرض الموت في المادتين 477 و478 من قانون الوصية المصري² .

حيث تنص المادة 477 على أنه :

"إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت فإن البيع يسري في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تتجاوز ثلث التركة داخلاً فيها المبيع ذاته .

أما إذا كانت الزيادة تجاوز ثلث التركة فإن البيع فيما يجاوز الثلث لا يسري في حق الورثة إلا إذا أقره أو رد المشتري للتركة ما يفي بتكملة الثلثين" .

ويسري على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة 916 .

¹ - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ص958

² - قانون الوصية المصري ، مصدر سابق

كما أورد المشرع الجزائري أحكام البيع في مرض الموت بالمادتين 408 و 409 من القانون المدني، حيث تنص المادة 408 على مايلي : "إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة.

أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه و من أجل ذلك يكون قابلا للإبطال " ¹.

فهذا الحكم ينطبق على البيع فقط، وتطبيقا للقواعد السالفة الذكر فإن تطبيق هذا الحكم يقتضي أن يثبت أولا من صدر له التصرف عكس القرينة التي نصت عليها المادة 3/776 من القانون المدني ² و التي سبق بيانها بأن يثبت أن التصرف رغم صدوره في مرض الموت كان مقابل و ليس تبرعا غير أن المشرع الجزائري على خلاف بعض التشريعات الأخرى - كالمشرع المصري - لم يبين هل أن البيع تم دون ثمن أصلا أو بأقل من قيمة المبيع، أو إذا كان فيه محاباة تجاوز ثلث التركة .

فبالرجوع إلى القواعد العامة، إذا تم البيع دون ثمن أصلا أو تم مقابل ثمن بخس يصل إلى حد التقاهاة لم يأخذ التصرف حكم البيع لمخالفته المادة 351 من القانون المدني حيث يعتبر ركن الثمن منعدما، و بالتالي يبطل عقد البيع، و من ثم تسري على التصرف أحكام المادة 776 من القانون المدني لاعتباره تصرفا تبرعيا.

و فيما عدا هذه الحالة إذا كان البيع بأقل من القيمة الحقيقية للمبيع، فإن بعض التشريعات كالقانون المصري اعتبرت البيع ساريا في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تجاوز ثلث التركة بما فيها البيع ذاته، أما إذا جاوزته فإن البيع فيما يجاوز الثلث لا يسري في حق الورثة إلا إذا أقره أو رد المشتري للتركة ما بقي بتكملة الثلثين ³.

¹ - القانون المدني الجزائري ، مصدر سابق

² - خليل أحمد حسن ققادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، ج4 (عقد البيع)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 2001 ، ص248 ،

³ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص659

لكن القانون الجزائري لم يتضمن مثل هذا الحكم، و لم يفرق بين التصرفات اعتمادا على قيمة المبيع الحقيقية و قيمة البيع، بل أخضع التصرف هنا للمادة 408 من القانون المدني التي سيأتي بيان أحكامها فيما يلي، و ذلك باعتبار أن التصرف كان بمقابل أي أنه بيع .

و قد خص المشرع البيع في مرض الموت بأحكام خاصة لافتراض شبهة التحايل في الثمن، لا سيما إذا ما تم لوarith ، فخصه بأحكام تختلف عما ورد بقريئة المادة 776 من القانون المدني، و فرق بين البيع لوarith و البيع لغير وارث، كما أنه أورد بالمادة 409 منه استثناء على الحالتين السابقتين يتعلق بحماية الغير حسن النية .

المبحث الثاني : تصرفات التبرع التي تلحق بالوصية

إن التصرف الصادر عن المورث في مرض الموت و يكون القصد منه التبرع يعتبره القانون وصية مستترة، و تسري عليه أحكام الوصية حماية للورثة ،حيث نتعرض في المطلب الأول إلى الهبة و الوقف في مرض الموت و في المطلب الثاني إلى الإبراء و الإقرار في مرض الموت .

المطلب الأول : الهبة في مرض الموت

الفرع الأول : تعريف الهبة

الهبة لغة :من وهب ، والهبة :العطية الخالية عن الأعواض والأغراض ،فإذا كثرت سمي صاحبها وهابا ، والوهاب من صفات الله تعالى ، المنعم على العباد¹

الهبة اصطلاحا: " هِيَ تَمْلِكُ الْعَيْنَ بِإِلَّا عَوْضٍ"²

الفرع الثاني : حكم الهبة في مرض الموت

جعل جمهور الفقهاء لهبة المريض أحكاما تختلف عن أحكام هبة الصحيح، و فرّقوا بين ما إذا قبضها الموهوب له قبل موت المريض الوهاب، وبين ما إذا لم يقبضها قبله.

¹ - ابن منظور ، مرجع سابق ، ج1 ص803

² - ابن نجيم ، مرجع سابق ، ص284

أولاً: هبة المريض غير المدين المقبوضة:

إذا وهب المريض غير المدين شيئاً من ماله، فإما أن يكون الموهوب له أجنبياً عنه، ولما أن يكون وارثاً له:

- فيفرق بين ما إذا لم يكن للواهب وارث ؛ وبين ما إذا كان له وارث:
- فإن لم يكن له وارث، فقد قال الحنفية: إن هذه الهبة صحيحة نافذة، ولو استغرقت كل ماله، ولا تتوقف على إجازة أحد¹.

وقال الشافعية والمالكية: تبطل الهبة فيما زاد على ثلث مال المريض، لأن ماله ميراث للمسلمين، ولا مجيز له منهم، فبطلت².

أما إذا كان للمريض ورثة، فقد اتفق الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة على نفاذ هبة المريض في هذه الصورة إن حملها ثلث ماله، أما إذا زادت على الثلث، فيتوقف القدر الزائد منها على إجازة الورثة، فإن أجازوه نفذ، وإن ردوه بطل³.

ثانياً: هبة المريض المدين المقبوضة:

إذا كان المريض الواهب مديناً، فإما أن يكون دينه مستغرقاً لماله، ولما أن يكون غير مستغرق فإن كان المريض مديناً بدين مستغرق، ووهب شيئاً من ماله، وقبضه الموهوب له، فلا تنفذ هبته، سواء أكان الموهوب أقل من الثلث أم أكثر منه، وسواء أكان الموهوب له أجنبياً من الواهب أو وارثاً له، بل تتوقف على إجازة الدائنين ، فإن أجازوها نفذت، وإن رتبها بطلت .

إذا وهب من استغرقت تركته بالديون أمواله لوارثه⁴ أو لغيره، وسلمها، ثم توفي، فلأصحاب الديون إلغاء الهبة، وإدخال أمواله في قسمة الغرماء.

¹ - شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل، السرخسي ، مرجع سابق ، ص 103

² - محمد بن إدريس أبي عبد الله الشافعي ، مرجع سابق

³ - موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة ج 6 ، ص 286

⁴ - المرجع نفسه، ص 288

أما إذا كان المريض الواهب مديناً بدين غير مستغرق، وقبض الموهوب له المال الموهوب، ففي هذه الحالة يخرج مقدار الديون من التركة، ويحكم على الهبة في المبلغ الزائد بالحكم نفسه عليها في حالة ما إذا كانت التركة خالية عن الدين.

ثالثاً - هبة المريض غير المقبوضة:

إذا وهب المريض شيئاً من ماله، ولم يقبض الموهوب له العين الموهوبة حتى مات الواهب، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

أحدهما للحنفية¹ والشافعية²: وهو أن الهبة تبطل في هذه الحالة لموت الواهب قبل القبض، كما تبطل أيضاً لو كان الواهب صحيحاً وقت الهبة، قالوا: ولا تتقلب هبة المريض في هذه الحالة وصية، لأنها صلة، والصلات يبطلها الموت كالنفقات، ولأن الواهب أراد التمليك في الحال لا بعد الموت، إذ الهبة من العقود التي تقتضي التمليك المنجز في الحياة³.

قال الشافعي: إذا وهب الرجل في مرضه الهبة، فلم يقبضها الموهوب له حتى مات الواهب، لم يكن للموهوب له شيء، وكانت الهبة للورثة⁴.

ولا تجوز هبة المريض ولا صدقته إلا مقبوضة، فإذا قبضت جازت من الثلث، وإذا مات الواهب قبل التسليم بطلت.

والثاني للمالكية⁵: وهو أن الهبة في هذه الحالة صحيحة، وتأخذ حكم الوصية، ولو أن الموهوب له لم يقبضها قبل موت الواهب المريض.

فالمريض مرض الموت متى كان راشداً، كان أهلاً للتبرع، فإن وهب أو تصدق حال مرضه، فإن هذا التصرف يبقى صحيحاً نافذاً حال حياته، إذ الإنسان لا يعتبر شرعاً مريضاً مرض الموت إلا إذا مات به فعلاً.

¹ - شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل، السرخسي، مرجع سابق، ص 191

² - المرجع نفسه، 193

³ - المرجع نفسه ص 102

⁴ - ابن قدامة، مرجع سابق، ج 6، ص 286

⁵ - المرجع نفسه ص 290

تنص المادة 202 من قانون الأسرة¹ أن : "الهبة تملك بلا عوض ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشرط "

و بذلك فإن الهبة بوصفها تمليكا بلا عوض كانت من أشد التبرعات الضارة بالمتصرف ضررا محضا، لذا أحاطها المشرع بضوابط هامة، لا سيما تلك المتعلقة بأهلية المتبرع، فإذا كان الواهب أهلا للتبرع من غير المرض جاز له أن يهب شرعا و قانونا كل ماله لمن يشاء، وارثا كان أم أجنبيا طبقا للمادة 205 من قانون الأسرة .

إلا أن حرية الشخص في الهبة تنقيد ابتداء من مرض الموت، و يحق لصاحب المصلحة الطعن فيها بعد الوفاة، و ذلك طبقا للمادة 204 من قانون الأسرة التي تنص على أن : "الهبة في مرض الموت، و الأمراض و الحالات المخيفة، تعتبر وصية"

ما يلاحظ على نص المادة 204 من قانون الأسرة أنه أضاف حالة لم تتطرق لها جل التشريعات و لا الفقه الإسلامي و ألحقها بمرض الموت و ذلك في ما سماه بالحالات المخيفة، فهذا المصطلح يحتاج إلى تفسير .

و عليه فإن الهبة في مرض الموت، أعطاه المشرع حكم الوصية بنص صريح، و بهذا قال جمهور الفقهاء ؛ إذ اعتبروا أن الواهب المريض مرض الموت تأخذ هبته حكم الوصية، و تسري عليه أحكامها من عدم جواز الإيضاء بأكثر من الثلث و عدم جواز الإيضاء لوارث، كل ذلك مع إمكانية إجازة الورثة .

¹ - قانون الأسرة الجزائري ، مصدر سابق

المطلب الثاني: الوقف في مرض الموت

الفرع الأول : تعريف الوقف

الوقف لغة : القف مصدر وقف من باب وعد و يطلق على المصدر هو الإعطاء، و بهذا يتضح أن الوقف و الحبس هما لفظان مترادفان يعبر بهما فقهاء اللغة عن مدلول واحد .

وقفت الدار أي حبستها في سبيل الله ، والجمع أوقاف¹

أما اصطلاحا : فهو العين على أن تكون مملوكة لأحد من الناس، و جعلها على حكم ملك الله تعالى، و التصرف بريعها على جهة من جهات الخيري الحال و المآل² .

وجاء في تعريف آخر أن "الوقف هو تجبيس الأصل فلا يورث و لا يباع و لا يوهب ، وتسبيل الثمرة إن وقفت عليهم"³.

ويشترط الفقه في الواقف أن يكون من أهل التبرع وذلك بتوافر أربعة شروط و هي: الحرية و البلوغ و العقل و الرشد⁴.

والفقهاء من الحنفية يريدون أن يكون الشخص حسن التصرف في المال من الوجهة الدنيوية و لو كان فاسقا من الوجهة الدينية ، والشافعية يعتبرون الأمرين معا .

وقد عرفه المشرع الجزائري في قانون الأسرة⁵ في المادة 213 : " الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد و التصدق .

¹ - أنيس إبراهيم و من معه، المعجم الوسيط ، ط2 ، 1973 ، ص 6

² - زهدي يكن ، أحكام الوقف ، المكتبة العصرية ، بيروت ، ص 8

³ - أبو بكر جابر الجزائري ، مرجع سابق ، ص343

⁴ - المرجع نفسه، ص 343

⁵ - قانون الأسرة الجزائري ، مصدر سابق

الفرع الثاني : حكم الوقف في مرض الموت

يُفرق في الوقف بين ما إذا كان المريض الواقف غير مدين وبين ما إذا كان مديناً :

أولاً : وقف المريض غير المدين

إذا وقف المريض غير المدين ماله أو شيئاً منه : فإما أن يكون وقفه على أجنبي ، ولما أن يكون على وارث :

أ - وقف المريض غير المدين على أجنبي :

ذهب الفقهاء¹ إلى أن وقف المريض غير المدين شيئاً من ماله على أجنبي عنه أو على جهة من جهات البرّ صحيح نافذ لا يتوقّف على إجازة أحد إن كان مقدار الوقف لا يزيد على ثلث التركة عند موت الواقف .

أما إذا كان مقدار الموقوف زائداً على الثلث ، فينفذ الوقف في قدر الثلث ، ويتوقّف في القدر الزائد على إجازة الورثة .

ب - وقف المريض غير المدين على الوارث :

إن كان وقفه على جميع الورثة ، ثم على أولادهم ، ثم على جهة بر لا تنقطع ، فينظر إن أجاز الورثة جميعاً هذا الوقف نفذ ، سواء كان الموقوف يخرج من ثلث تركته أم كان أكثر منه .

وإن لم يجيزوه نفذ وقف ما يخرج من الثلث .

وإن أجازه بعض الورثة دون بعض ، كانت حصّة المجيز وفقاً مع الثلث .

وإن كان وقف المريض غير المدين على بعض ورثته ، فقد اختلف الفقهاء في وقفه على مذاهب ج - وقف المريض المدين :

إذا وقف المريض ماله أو شيئاً منه ، ومات وهو مدين بدين مستغرق لتركته ، فإنه يتوقّف وقفه كله على إجازة الدائنين ، سواء أكان الموقوف عليه وارثاً أم غير وارث ، وسواء أكان

¹ - ابن قدامة ، مرجع سابق ، ج6 ، ص 312

الموقوف أقل من الثلث أم مساوياً له أم أكثر منه ، فإن أجازوه نفذ ، وإن لم يجيزوه بطل الوقف ، وبيعت الأعيان الموقوفة لوفاء ما عليه من الديون .

وأما إذا وقف المريض شيئاً من ماله ، وكان مديناً بدين غير مستغرق لتركته ، فيخرج مقدار الدين من التركة ، ويحكم على الوقف في الباقي من التركة بعد الإخراج بالحكم على الوقف عندما تكون التركة خالية من الديون .

أما وقف الواقف في مرض الموت فيأخذ حكم الوصية عند الجمهور¹ أي ينفذ من ثلث المال، و إذا مات لزم وراثته هذا القدر، و أما وقفه فيما زاد على الثلث فإنه ينفذ من وقت إنشاء الوقف، ولكنه لا يلزم الورثة بعد موته، لأنه تصرف في مال تعلق به حق للغير، فيتوقف على إجازتهم، وإنما أخذ الوقف في مرض الموت حكم الوصية لأن المريض في هذه الحالة مظنة أن يتهم في وقفه ، وأنه يريد الإضرار بورثته² .

نظم المشرع الجزائري الوقف في المواد 213 إلى 219 من قانون الأسرة³، حيث تنص المادة 215 منه على ما يلي "يشترط في الواقف و الموقوف ما يشترط في الواهب و الموهوب طبقاً للمادتين 204 و 205 من هذا القانون "

و عليه فإن الوقف في مرض الموت يأخذ حكم الهبة في مرض الموت و تسري عليه أحكام الوصية و هذا ما يطابق ما أخذ به جمهور الفقهاء.

¹ - محمد مصطفى شحاتة الحسيني ، مرجع سابق ، ص 161

² - محمد مصطفى شلبي ، مرجع سابق ، ص 351 .

³ - قانون الأسرة الجزائري ، مصدر سابق

الخاتمة

بعد ما حاولنا تسليط الضوء على مجموعة من المبادئ العامة المتعلقة بالوصية ، من تعريف لها وتحديد أركانها وشروطها وكيفية انعقادها وتنفيذها وكذا رصد لأهم الإشكاليات، اتضح لنا أن الفقه الإسلامي تناول الوصية بالتنظيم لصلتها بالميراث تاركا الحرية للموصي للتصرف في أمواله باعتبارها قربة إلى الله وطلب للأجر والثواب، وآخر فرصة لاستدراك الإنسان ما فاته من واجبات وما فرط فيه من حقوق الله وحقوق العباد فوسعت من مجالاتها نظرا لما توليه لها من أهمية بالغة ولما تراه فيها من مصالح دينية و دنيوية، وما يمكن أن تحققه من منافع عامة و خاصة على الصعيد الاجتماعي والاقتصادي وغيرها من وجوه البر وأبواب الخير، إلا أنه فرض بعض القيود عليها لعدم الإضرار بالورثة، وتصدى لبعض التصرفات المالية التي تنشأ في مرض الموت كالبيع و الهبة و الوقف ،... و إلحاقها بأحكام الوصية حماية لحقوق الورثة .

إلا أنه رغم هذه العناية التي حظيت بها الوصية في مختلف المذاهب الفقهية والتشريعات العربية، ورغم ما كتب عنها وحولها إلا أنها لازالت في حاجة إلى دراسة جديدة، خاصة أن الكتب المتعلقة بدراستها و دراسة أحكامها في حاجة إلى التقيق والتهديب لتتناسب مع متطلبات العصر الحالي، وكذا تفتقر إلى شيء من التنظيم من حيث التبويب والفهرسة والمزيد من التبسيط والفهم لحل ما فيها من إشكال وشرح ما فيها من غموض يحول بعض الأحيان بينها وبين القارئ ويمنع من الاستفادة منها.

أما بالنسبة للنصوص المنظمة للوصية في قانون الأسرة فإنها تحتاج إلى دراسات جديدة لتحيينها بما يتوافق و تعقيدات الوقت الحاضر و متطلبات التغيرات في المستقبل.
ومن خلال دراستنا المقارنة لهذا الموضوع خلصنا إلى أن :

• المشرع الجزائري قد أحاط بأهمية الوصية من خلال تناولها في قانون الأسرة في الفصل الأول من الكتاب الرابع في المواد من 184 إلى 201 و تحديدا في 18 مادة بالإضافة إلى بعض نصوص القانون المدني ، إلا أن هذه النصوص يعترتها كثير من النقص و الغموض .

• المشرع الجزائري أراد معالجة هذا النقص و الغموض بالإحالة إلى إلى أحكام الشريعة الإسلامية من خلال المادة 222 ولم يحدد مذهبا معيناً ولم يراع في ذلك تشعب الفقه و اتساع المذاهب .

• المشرع الجزائري تصدى لكل تصرف يقصد به التحايل على هذه القواعد العادلة، لتقييد التصرف المضاف إلى ما بعد الموت و تكييف بعض التصرفات الأخرى المبرمة في مرض الموت و إلحاقها بأحكام الوصية ، بما يحقق الحماية للورثة، طبقاً لنصي المادتين 204 و 215 من قانون الأسرة و المواد 408 و 409 و 776 من القانون المدني .

• فالمشرع الجزائري لم يعن بوضع تعريف لمرض الموت واقتصر على بيان القواعد العامة التي تحكم تصرفات المريض مرض الموت .

• ما يلاحظ على نص المادة 204 من قانون الأسرة أنه أضاف حالة لم تتطرق لها جل التشريعات و لا الفقه الإسلامي و ألحقها بمرض الموت و ذلك في ما سماه بالحالات المخيفة، فهذا المصطلح يحتاج إلى تفسير.

• إن بعض النصوص يشوبها الغموض و النقص خاصة فيما تعلق بالبيع في مرض الموت المادة 408 من القانون المدني سواء كان البيع لوارث أو لغير وارث و عدم تلاؤم نص الفقرة الثانية منها مع المبادئ العامة للقانون الخاصة بقابلية التصرفات للبطلان.

• كما أن المادة 776 جاءت مشوبة في صياغة الفقرة الثانية منها حينما اعتبرت أنه لا يجوز الاحتجاج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً.

ومن خلال النتائج السابقة الذكر نخلص إلى الاقتراحات التالية :

- على المشرع أن يفرد الوصية بتقنين خاص دون اللجوء إلى القانون المدني على غرار المشرع المصري أو يحدد مذهباً للرجوع إليه كما فعل المشرع المغربي من خلال المدونة .
- ضرورة إدراج تعريف لمرض الموت و ضبط قواعد إثباته في قانون الأسرة في باب الوصية لما له من أهمية في حماية حقوق الورثة من التصرفات التي تبرم أثناءه .
- كان من الأحرى أن يجعل المشرع البيع في مرض الموت يأخذ حكم الوصية سواء تم لوارث أو لغيره كما نص في المادتين 204 و 215 من قانون الأسرة فيما يخص الهبة والوقف في مرض الموت.
- وأختم بالتنويه بضرورة تدخل المشرع الجزائري لضبط نصوص المواد السابق ذكرها بتعديلها تدعياً لحماية حقوق الورثة .

قائمة المراجع و المصادر

القرآن الكريم

(1) الكتب

- (1) ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ج6، 2000.
- (2) أبو البركات أحمد بن محمد العدوي الدردير، الشرح الكبير، تحقيق محمد عيش، دار الفكر، بيروت.
- (3) أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، دار الكتب السلفية، القاهرة، سنة 1992 .
- (4) أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد ابن حزم الأندلسي القرطبي، المحلى، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
- (5) أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف بن فيروز أبادي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج1، ط2، مطبعة دار المعرفة بيروت، 1959 .
- (6) أبي إسحاق القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبي، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، ج2، ط1، مطبعة الآداب، النجف، 1969م .
- (7) أحمد بن محمد بن حنبل أبو عبد الله، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، ط1، 2001 .
- (8) أنيس إبراهيم و من معه، المعجم الوسيط، ط2، 1973 .
- (9) أيوب بن موسى، أبوالبقاء الكفومي الحسيني، كتاب الكليات، تحقيق عدنان درويش ومحمد المصري، 1998، الرسالة بيروت.
- (10) الباشا محمد قدري، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، المطبعة الكبرى الأميرية، ط2 مصر .
- (11) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الميراث و الوصية، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999 .

- (12) الخفيف علي، أحكام الوصية بحوث مقارنة تضمن شرح قانون الوصية 71 لسنة 1946، دار الفكر العربي ، ط1.
- (13) خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، ج4، عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 2001 .
- (14) زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، أسنى المطالب شرح روض الطالب، ط1 دار الكتاب الإسلامي، بيروت، 2000، ج3.
- (15) زهدي يكن ، أحكام الوقف ، المكتبة العصرية ، بيروت .
- (16) زين العابدين بن إبراهيم ابن نجيم، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1980.
- (17) زين الدين ابن إبراهيم، ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، دار المعرفة ، بيروت ، ج8.
- (18) سليمان مرقس و محمد علي إمام ، عقد البيع في التقنين المدني الجديد، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، 1953م
- (19) شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل، السرخسي ، المبسوط، تحقيق خليل محيي الدين الميس، ط1، دارالفكر بيروت، 2000، ج12.
- (20) شمس الدين محمد بن أحمد الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، ج6، ط الأخيرة ، مطبعة مصطفى باب الحلبي ، القاهرة .
- (21) عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، دار الفكر ،المجلد3
- (22) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني.. المجلد 4 و 9، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1986.
- (23) عبد الكريم شهبون ،عقود التبرع في الفقه المالكي ، ط2 ، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ، 2012 .

- (24) عبد اللطيف محمد عامر ، أحكام الوصايا والوقف ، مكتبة وهبة ، القاهرة ، ط1 ، 2006.
- (25) عبد المنعم البدرأوي ، القانون المدني المقارن ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1975.
- (26) علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ط 1426، دار الحديث القاهرة ، 2005 ، ج 8.
- (27) علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني ، سنن الدارقطني ، تحقيق شعيب الأرنؤوط و آخرون ، مؤسسة الرسالة ،بيروت ، ط1 ، 2004 .
- (28) علي حيدر ، شرح مجلة الأحكام ، ج4، مكتبة النهضة ، بيروت .
- (29) عمر حمدي باشا، عقود التبرعات الهبة. الوصية. الوقف، دار هومة، الجزائر، 2004 .
- (30) فخر الدين عثمان بن علي بن محجن الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، ج6 ، نشر 1313هـ، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق القاهرة .
- (31) كمال الدين محمد عبد الواحد ابن الهمام، شرح فتح القدير ، ج3، مطبعة مصطفى محمد، القاهرة ، 1330هـ .
- (32) محمد ابن اسماعيل أبو عبد الله البخاري ، صحيح البخاري ، تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر ، دار طوق النجاة، ط1، 1420 ، ج5 .
- (33) محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، مكتبة الأنجلو المصرية ، القاهرة ، ط2 .
- (34) محمد أبو زهرة. أحكام التركات و المواريث. دار الفكر العربي. مصر.
- (35) محمد التاويل ، الوصايا و التنزيل في الفقه الإسلامي، ط 1 ، منشورات وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، 2004.
- (36) محمد الحبيب التجكاني، نظام التبرعات في الشريعة الإسلامية، طبعة 1983، تطوان .

- (37) محمد بن علاء الدين بن علي الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة ، الطبعة 1386، دار الفكر بيروت، ج5، ص461.
- (38) محمد بن عيسى بن سورة بن موسى الترمذي ، سنن الترمذي ، تحقيق أحمد محمد شاكر ، شركة ن مطبعة مصطفى البابي الحلبي.
- (39) محمد بن محمد بن محمود البابتري ، العناية شرح الهداية، دار الفكر بيروت ، ط2 ، 1970 ، ج10.
- (40) محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين الأنصاري ابن منظور، لسان العرب، ط3، ج15، دار صادر، بيروت
- (41) محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للإلتزامات، العقد والإرادة المنفردة، ج1 ، دار الهدى، الجزائر، ط2، 2004.
- (42) محمد كمال الدين إمام، الوصية والوقف في الإسلام ، مقاصد وقواعد ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1999.
- (43) محمد مصطفى شحاتة الحسيني، الأحوال الشخصية في الولاية والوصية والوقف، مطبعة دار التأليف، مصر، ط1، 1976.
- (44) مسلم ابن الحجاج أبو الحسن ، صحيح مسلم ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ج 3 .
- (45) منصور بن يونس بن إدريس، البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، تحقيق إبراهيم أحمد عبد الحميد، ج4 ، دار عالم الكتب الرياض
- (46) موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة، المغني ، تحقيق محمد شرف الدين خطاب و السيد محمد السيد ج8 ، دار الحديث ، القاهرة
- (47) محمد كاظم اليزيدي ، حاشية المكاسب للأنصاري ، فصل منجزات المريض ، دار المعرفة الإسلامية ، لبنان ، 1438 هـ .

- (48) محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية و القانون المقارن، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية.
- (49) محمد مصطفى شلبي ، أحكام الوصايا و الأوقاف ، الدار الجامعية للطباعة النشر ، بيروت ، ط 1 .
- (50) مالك بن أنس بن مالك بن عامر، المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية بيروت ، لبنان ، ج4.
- (51) محمد زكريا البرديسي ، أحكام الشريعة الإسلامية في الاحوال الشخصية ، ط2، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1967م .
- (52) محمد يوسف موسى ، الاموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي ، مطبعة دار الكتاب العربي ، القاهرة ، 1952 .
- (53) محمد بن إدريس أبي عبد الله الشافعي ، الأم ، ، ج4، ط1، المطبعة الاميرية ، مصر ، 1322هـ .
- (54) محمد سلام مذكور، الموجز في أحكام الأسرة في الإسلام ، ط1، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1979م .
- (55) محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة شرح عقد البيع في القانون المدني الأردني، ط1، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان - الأردن ، 2004 .
- (56) وهبة الزحيلي ، العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتية والقانون المدني الأردني ، ط1 ، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر ، عمان ، الأردن ، 1987 .
- (57) وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلّته، نشر 1989، ط3، دار الفك ، دمشق، ج8 .

(2)المصادر

- 1) الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني الجزائري ، معدل ومتمم بالقانون رقم 07-05، المؤرخ في مايو 2007.
- 2) قانون الأحوال الشخصية الأردني، رقم 36 ، سنة 2010.
- 3) القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة الجزائري ، معدل و متمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005.
- 4) قانون الوصية المصري 71 لسنة 1946.
- 5) المدونة المغربية ، صيغة محيئة بتاريخ 25 يناير 2016

(3) الرسائل

- 1) محمد فرحاني ، دراسة فقهية للوثائق المتعلقة بالقاصرين ، أطروحة دكتوراه ، كلية الشريعة ، فاس ، المغرب ، ص 67.
- 2) محمد علي محمود يحيى ، أحكام الوصية في الفقه الإسلامي ، رسالة ماجستير في الفقه و التشريع ، جامعة النجاح الوطنية ، كلية الدراسات العليا ، فلسطين 2010 ، ص 165.

الفهرس

| الصفحة | المحتويات |
|--------|--|
| أ-ج | مقدمة |
| 12 | الفصل الأول: الإضرار الجلي في الوصية في الفقه الإسلامي وفي التشريع العربي المقارن |
| 14 | المبحث الأول : أحكام الوصية |
| 14 | المطلب الأول : حقيقة الوصية وأركانها وشروط كل ركن |
| 14 | الفرع الأول : حقيقة الوصية |
| 20 | الفرع الثاني :أركان الوصية و الشروط المتعلقة بكل ركن |
| 31 | المطلب الثاني : انعقاد الوصية و تنفيذها |
| 31 | الفرع الأول :انعقاد الوصية |
| 33 | الفرع الثاني : تنفيذ الوصية |
| 36 | المبحث الثاني : أوجه الإضرار الجلي في الوصية |
| 36 | المطلب الأول :أوجه الإضرار المرتبطة بالقيود الواردة على الوصية |
| 36 | الفرع الأول : الوصية لوarith |
| 40 | الفرع الثاني : الوصية بأكثر من الثلث |
| 44 | المطلب الثاني : أساس و علة التقييد |
| 45 | الفرع الأول : حماية الورثة من الإضرار |
| 46 | الفرع الثاني : تنظيم الشريعة لأحكام الوصية |
| 49 | الفصل الثاني: الإضرار الخفي في الوصية في الفقه الإسلامي وفي التشريع العربي المقارن |
| 51 | المبحث الأول :تصرفات المريض مرض الموت |
| 51 | المطلب الأول : حقيقة مرض الموت |
| 51 | الفرع الأول : تعريف مرض الموت |
| 64 | الفرع الثاني : حكم تصرفات مريض مرض الموت |
| 64 | المطلب الثاني : البيع في مرض الموت |
| 65 | الفرع الأول : تعريف البيع في مرض الموت |

| | |
|----|---|
| 66 | الفرع الثاني : حكم البيع في مرض الموت |
| 73 | المبحث الثاني : التصرفات التبرعية التي تلحق بالوصية |
| 73 | المطلب الأول : الهبة في مرض الموت |
| 73 | الفرع الأول : تعريف الهبة في مرض الموت |
| 73 | الفرع الثاني : حكم الهبة في مرض الموت |
| 77 | المطلب الثاني : الوقف في مرض الموت |
| 77 | الفرع الأول : تعريف الوقف |
| 78 | الفرع الثاني : حكم الوقف في مرض الموت |
| 80 | الخاتمة |
| 84 | قائمة المصادر و المراجع |
| 91 | الفهرس |