

الطبيعة القانونية لحق الورثة في مال مورثهم المريض مرض الموت  
*The legal nature of the heirs' right to the money of their patient  
in his terminally ill.*



ط/د/ خالد بن حمودة<sup>1</sup>، د/ علال طحطاح<sup>2</sup>

<sup>1</sup> كلية الحقوق والعلوم السياسية- عضو بمخبر النظام القانوني للعقود والتصرفات في القانون الخاص ، جامعة الجيلالي بونعامة بخميس مليانة ،

[k\\_benhamouda@univ-dbkm.dz](mailto:k_benhamouda@univ-dbkm.dz)

<sup>2</sup> كلية الحقوق والعلوم السياسية- عضو مخبر الحالة المدنية جامعة الجيلالي ، بونعامة بخميس مليانة ،

[a.tahtah@univ-dbkm.dz](mailto:a.tahtah@univ-dbkm.dz)



تاريخ الإرسال: 2019/09/06 تاريخ القبول: 2019/09/30 تاريخ النشر: 2020 / 05 / 30

**ملخص:**

قرر الفقهاء أن حق الورثة يتعلق بأموال المريض مرض الموت من وقت ثبوت المرض، وهو حق ثابت لا خلاف فيه، فيمنع المريض من التصرف في أمواله إلا في حدود الثلث إذا كان التصرف لأجنبي، أما إذا كان التصرف لأحد الورثة فلا ينفذ هذا التصرف إلا بإجازة باقي الورثة. وفي كلتا الحالتين فإن طعن الورثة في التصرف لا يكون إلا إذا مات المورث لأن مرض الموت لا يؤثر على أهلية المريض. ويرى بعض الفقهاء أن إعطاء القانون للوارث الحق في الطعن في تصرفات المورث أثناء مرضه الأخير، ما هو إلا لكون الوارث له حق ملكية على أموال المورث في ذلك المرض. بينما اعتبر فقهاء آخرون هذا الحق مجرد حق في الخلافة لا يثبت ملكا، وإنما تبتدئ الملكية فقط من وقت الوفاة. **كلمات مفتاحية:** مرض الموت، أهلية المريض، ورثة، مال المورث، حق ملكية، حق خلافة.

**Abstract:**

*The jurists of shari'ah decided that the heirs' right is related to the money of the patient in his terminally ill from the time of the illness, which is a fixed right that is not disputed, the patient is only allowed to disposing of his money within a third if the act was for a foreigner, If the act is for one of the heirs then this act will not be carried out only by the permission of the rest of the heirs, in both cases, the stabbing of the heirs in the act is only if the patient dies because the disease of death does not affect the patient's eligibility .*

*Some jurists believe that the law gives the heir the right to challenge the behavior of the testator during his terminally ill, it is only because the heir has an ownership right over the testator's money in that disease. While other jurists considered this right merely as a right of succession, it did not establish an ownership, but it only begins from the time of death.*

**Keywords:** *terminally ill; patient's eligibility; Heirs; testator's money; ownership right; right of succession.*

1- المؤلف المرسل: خالد بن حمودة، الإيميل: [k\\_benhamouda@univ-dbk.m.dz](mailto:k_benhamouda@univ-dbk.m.dz)

**مقدمة :**

يلاحظ في الاصطلاح الشرعي أنه حيثما أطلق الفقهاء لفظي "المريض والصحيح" فإنما مرادهم بالمريض من هو في مرض الموت، وبالصحيح من ليس في مرض الموت، سواء كان غير مريض أصلا أو مريضا بغير مرض الموت، فالمقصود من المرض والصحة هو المعنى الشرعي الذي تتبدل به الأحكام. ومرض الموت هو المرض الذي اجتمع فيه وصفان، أن يغلب فيه

الهلاك عادة، ويرجع في هذا إلى الخبرة الطبية، وأن يعقبه الموت مباشرة، سواء كان الموت بسبب ذلك المرض أم كان بسبب آخر كقتل أو غرق أو غيرهما.

وقد قرر الفقهاء أن حق الورثة يتعلق بأموال المريض مرض الموت من وقت ثبوت المرض، وهو حق ثابت لا خلاف فيه، فيمنع المريض من التصرف في أمواله إلا في حدود الثلث إذا كان التصرف لأجنبي، أما إذا كان التصرف لأحد الورثة فلا ينفذ هذا التصرف إلا بإجازة باقي الورثة. وفي كلتا الحالتين فإن طعن الورثة في التصرف لا يكون إلا إذا مات المورث لأن مرض الموت لا يؤثر على أهلية المريض.

ويجب التنبيه في هذا المقام أن حق الدائنين مقدم في الاعتبار عن حق الورثة، ولهم الحق في استيفاء ديونهم كاملة، وما تبقى يكون للورثة الحق فيه، وهو الذي يدور عليه بحثنا، مستبعدين حق الدائنين من دائرة هذا البحث. وبما أن الفقهاء قد اتفقوا على أن هذا الحق الممنوح للورثة هو حق موجود وثابت، فسنطرح الإشكال التالي: ما هي طبيعة حق الورثة في مال مورثهم المريض مرض الموت، أهو حق ملكية في ثلثي الباقي بعد الديون، أم هو مجرد حق في الخلافة والإرث لا يثبت ملكا، وإنما الملكية تبتدئ فقط من وقت الوفاة؟

للإجابة عن هذه الإشكالية، سنقسم هذا البحث إلى مبحثين، نتناول في المبحث الأول فرضية أن حق الوارث في مال مورثه المريض مرض الموت هو حق ملكية، وندرس فيه مفهوم حق الملكية، وتكييف بعض الفقهاء لحق الوارث في مال مورثه المريض على أنه حق ملكية. أما في المبحث الثاني، فنرى فرضية أن حق الوارث في مال مورثه المريض مرض الموت هو حق خلافة وإرث، وندرس فيه مفهوم حق الخلافة والإرث، كما نرى تكييف فقهاء الشريعة الإسلامية لحق الوارث في مال مورثه المريض على أنه حق خلافة.

## 1. حق الوراثة في مال مورثه المريض مرض الموت هو حق ملكية

يرى بعض الفقهاء أن إعطاء القانون للوراثة الحق في الطعن في تصرفات المورث أثناء مرضه الأخير، ما هو إلا لكون الوراثة له حق ملكية على أموال المورث في ذلك المرض، ولتبيان ذلك سندرس مفهوم حق الملكية في المطلب الأول، ثم نرى أدلة الفقهاء الذين كيفوا حق الوراثة على أنه حق ملكية في المطلب الثاني.

### 1.1. مفهوم حق الملكية

يعتبر حق الملكية أوسع الحقوق العينية نطاقاً، فمن له حق ملكية على شيء، كان له حق استعماله، وحق استغلاله، وحق التصرف فيه، وبذلك يستجمع كل السلطات التي يعطيها القانون للشخص على الشيء، وسندرس حق الملكية من خلال تعريف الملكية في الفرع الأول، وخصائص الملكية في الفرع الثاني، وعناصر حق الملكية في الفرع الثالث.

#### 1.1.1. تعريف حق الملكية

الملكية نسبة إلى الملك، والملك لغة من ملك يملك ملكاً: احتواه قادراً على الاستبداد به (1). جاء في لسان العرب لابن منظور: "والملك ما ملكت اليد من مال، والملك احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به" (2).

وفي الاصطلاح الشرعي لا يوجد في كتب الفقه الأولى تعريفاً للملكية، وكلمة "ملك" موجودة بالقطع، ولكن في عبارات مثل "في ملكه"، "في غير ملكه"، "خرج من ملكه"، والفعل ملك يستخدم كثيراً، كما تستخدم العبارة "ملك عليه" حين ينتقل الشيء من ملكية شخص لآخر. ويعرف الجرجاني مصطلح الملك كالتالي: هو اتصال شرعي (علاقة قانونية) بين الإنسان والشيء تخول للشخص سلطة مطلقة بالتصرف في الشيء على سبيل الاستئثار دون الآخرين (3).

فالمالك سلطة شرعية تجعل المالك قادرا على الانفراد بالانتفاع بالشيء المملوك، والتمتع به، والتصرف فيه على وجه الاختصاص، ما لم يوجد مانع شرعي يمنع من ذلك، كالجنون أو العته أو السفه أو الصغر ونحوها (4). والملكية حسب نص المادة 674 من القانون المدني الجزائري (5): "هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط ألا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة". ويلاحظ أن القانون المدني الجزائري اقتصر في تحديد ماهية الملكية على إظهار أهم خصائص حق الملكية، مركزا على سلطتي الانتفاع والتصرف، وهي النتيجة التي تترتب على قيام الملك، لأن الملك هو اختصاص واستئثار بشيء معين، يقتضي أن يكون المختص والمستأثر مختصا ومستأثرا باستعماله واستغلاله والتصرف فيه، كما أن سلطة التصرف هي التي تميز حق الملكية عن الحقوق العينية الأخرى، حيث تثبت السلطات الثلاث دائما لمالك الشيء وحده في حدود القوانين والأنظمة، بينما يجوز أن تثبت سلطنا الاستعمال والاستغلال أو احدهما لشخص آخر غير المالك (6).

### 2.11. خصائص حق الملكية

يتميز حق الملكية عن الحقوق الأخرى باعتباره: حقا جامعا، وحقا مانعا، وحقا دائما.

#### أولا: حق الملكية حقا جامع

يعتبر حق الملكية حقا جامعا لأنه ينطوي على كل السلطات التي يمكن للشخص أن يمتلكها على شيء ما، فيخول حق الملكية لصاحبه سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف، ولكون حق الملكية حقا جامعا فإن الحقوق المتجزئة منه من حق الانتفاع وحق الاستعمال والسكن هي حتما حقوقا مؤقتة مهما كانت مدتها، وإلا أصبح حق الملكية بدون مضمون، ومن ثم يكون منعما.

#### ثانيا: حق الملكية حقا مانع

يعتبر حق الملكية حقا مانعا لكون المالك يستأثر بجميع مزايا الملكية دون غيره، فلا يشاركه أحد في ملكه، ولا يمكن أن يكون الشيء الواحد ملكا لأكثر من شخص في وقت واحد، وله أن يمنع غيره من مشاركته في التمتع بملكه حتى ولو لم تلحق به هذه المشاركة ضررا، غير أن هناك صورا خاصة بالملكية تجعل ملكية الشيء الواحد مشتركة بين شخصين فأكثر منها الملكية المشاعة والملكية المشتركة (7).

### ثالثا: حق الملكية حق دائم

حق الملكية حق أبدي يدوم بدوام الشيء المملوك، ولا ينقضي إلا بانقضاء هذا الشيء، ويترتب على ذلك أن الملكية لا تقبل التوقيت بطبيعتها، ولا تقبل الاسقاط، ولا تزول بعدم الاستعمال (8).

### 3.1.1 عناصر حق الملكية

يتمتع من له حق ملكية على شيء ما بحق استعماله، وحق استغلاله، وحق التصرف فيه، وهي العناصر التي يشملها حق الملكية.

#### أولا: حق الاستعمال

يخول حق الملكية لصاحبة أن ينتفع أي يستفيد من الشيء عن طريق استعماله استعمالا ماديا، ويتمثل استعمال الشيء في استخدامه فيما أعد له عن طريق الأعمال المادية، ويكون استعمال الشيء بحرية تامة ما لم يكن ذلك الاستعمال مضرا بالغير أو مخالفا لقواعد النظام العام وحسن الآداب (9).

ويعتبر من قبيل الاستعمال، أعمال الحفظ والصيانة التي يقوم بها المالك في ملكه، كما إذا رمم منزله، أو سوّى الأرض الزراعية لجعلها صالحة للزراعة (10).

#### ثانيا: حق الاستغلال

يقصد بحق الاستغلال استثمار الشيء، أي الحصول على ثماره بطريقة مباشرة، كأن يقوم المالك بزرع أرضه. أو بطريقة غير مباشرة عن طريق

التصرفات القانونية، كأن يقوم الشخص بتأجير هذه الأرض. فالغرض من استغلال الشيء هو الحصول على ثماره (11).

### ثالثاً: حق التصرف

العنصر الثالث لحق الملكية هو التصرف، فيجوز للمالك أن يتصرف في ملكه بجميع أنواع التصرفات، إذ يجوز له أن ينقل ملكية الشيء الذي يملكه إلى غيره بالبيع أو الهبة أو غيرها من التصرفات الناقلة للملكية، كما يجوز للمالك أن ينقل فقط عنصراً أو أكثر من عناصر الملكية، فله أن يرتب على العقار المملوك له حق انتفاع، ويستتقي حق الرقبة وحق التصرف فيها (12). وسلطة التصرف تعد أهم عنصر من عناصر الملكية، وتميز حق الملكية عن غيره من الحقوق العينية، بأن للمالك وحده سلطة التصرف المادي في الشيء الذي يملكه، وله وحده سلطة التصرف القانوني في رقبة الشيء، وهذه السلطة لا تكون إلا للمالك، سواء كان التصرف مادياً، أم كان تصرفاً قانونياً.

### 2.1. تكيف بعض الفقهاء لحق الوارث في مال مورثه المريض على أنه حق ملكية

قبل التطرق لأدلة الفقهاء الذين كيفوا حق الوارث في مال مورثه المريض على أنه حق ملكية، سنرى أولاً التكيف الشرعي لحق الملكية في الإسلام.

#### 1.2.1 التكيف الشرعي لحق الملكية في الإسلام.

تعددت عبارات الفقهاء حول معنى الملك والملكية في الشريعة الإسلامية، والسبب يعود إلى عدة أمور منها تحديد عناصر الملكية، إذ قد يوجد حق التصرف ولا توجد الملكية، وفي هذا يقول القرافي في كتابه الفروق: "اعلم أن الملك أشكل ضبطه على كثير من الفقهاء، فإنه عام يترتب على أسباب مختلفة، البيع والهبة والصدقة والارث وغيرها، ولا يمكن أن يقال هو التصرف، لأن المحجور عليه يملك ولا يتصرف، فهو حينئذ غير التصرف، فالتصرف والملك

كل واحد منهما أعم من الآخر من وجه، وأخص من وجه، فقد يوجد التصرف بدون الملك كالوصي والوكيل والحاكم وغيرهم، يتصرفون ولا ملك لهم، ويوجد الملك بدون التصرف كالصبيان والمجانين وغيرهم، يملكون ولا يتصرفون، ويجتمع الملك والتصرف في حق البالغين والراشدين ... وهذا هو حقيقة الأعم من وجه، والأخص من وجه... " (13).

ويثير بعض فقهاء المالكية إشكالا في فلسفة الملك، حيث يرون أن الملك - ومعناه القدرة على التصرف - لا يمكن أن يقع على ذوات الأشياء وجواهر مادتها، لأن التصرف بجوهرها ليس في قدرة الانسان، وإنما يقع على منافع الأشياء بصورة تختلف سعة وضيقا، وإطلاقا وتقييدا، وتوقيتا وتأبيدا، وبحسب هذه الحدود تختلف العقود في أسمائها ونتائجها، فالبيع يعطي الملكية في المنافع مطلقة مؤبدة، والإجارة تعطىها مقيدة ومؤقتة، وهكذا. لكن جمهور الفقهاء على خلاف هذه النظرية، يرون أن الملكية تقع على ذوات الأشياء وأعيانها كما تقع على منافعها (14).

وعلى ذلك، فإن انفكاك ملكية الرقبة في الشيء عن حق الانتفاع بصورة دائمة لا يمكن إقراره في الفقه الإسلامي إلا على سبيل الاستثناء، وفي حالات عارضة مؤقتة وهي: إذا أوصى المالك بمنفعة شيء من ماله كسكنى داره أو ثمرة بسنانه لشخص مدة محدودة أو مدى حياته، أو إذا أوصى بعين المال لشخص، وبمنفعته لآخر مدة محدودة، فإن الورثة في الصورة الأولى، والموصى له بالعين في الصورة الثانية، يملكون رقبة المال فقط دون المنفعة، حتى ينتهي حق الموصى له بالمنفعة فيعود حق الانتفاع إلى مالك الرقبة من وارث أو موصى له بالعين (15).

وللملكية في الفقه الإسلامي مجموعة خصائص تظهر بوضوح في الملكية التامة، فالأصل في الملكية أو في حق الملكية أن يكون حقا مطلقا جامعا لكل فائدة يستطاع استيفاؤها من الشيء المملوك، وأن يكون مقصورا على صاحبه



يستأثر بجميع مزاياه، ويمنع غيره أن يشاركه في ذلك، وهذا في حدود مقتضاه، أما بالنسبة إلى الملكية الناقصة، فهذه الخصائص تتحدد تبعا لوضعها، وذلك بحسب ما إذا كانت ملكية عين فقط، أو ملكية منفعة فقط، وبحسب ما إذا كانت شاملة لجميع منافع العين المتعلقة بها، أو مقصورة على بعضها، فملكية حق السكنى مثلا تكون جامعة لكل صاحبه، ويكون مع ذلك مقصورا على ما تشمله السكنى، ولمالك منافع أرض معينة أن ينتفع بما يستطيعه من منافعها في حدود ما يملك من منافعها، فلصاحب حق الملكية الحق المطلق في هذه الحدود وهو مقيد بعدم الاضرار بغير المالك لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"، وعلى هذا الأساس وجدت نظرية التعسف في استعمال الحق (16).

ومن خصائص الملكية أيضا أن ملكية العين لا تقبل التوقيت، أما ملكية المنفعة فالأصل فيها التوقيت، كما أن ملكية الأعيان لا تقبل الإسقاط، وإنما تقبل النقل، فلو أسقط أحد ملكيته عن شيء مملوك له، لا تسقط، ويبقى ملكا له، ويستثنى من عدم قابلية ملكية العين للإسقاط أمران هما: الوقف لأنه يخرج به العين الموقوفة عن ملكية الواقف، وإعتاق الرقيق، فيصبح العبد بالإعتاق حرا (17).

### 2.2.1: أدلة الفقهاء الذين كيفوا حق الوارث في مال مورثه المريض

#### على أنه حق ملكية

نستعرض في هذا الفرع أدلة الفقهاء الذين كيفوا حق الوارث في مال مورثه المريض على أنه حق ملكية، ثم نرى كيف تمت مناقشة أدلتهم.

#### أولا: استعراض أدلة الفقهاء

اختلف بعض المتقدمين من فقهاء الحنفية (18) الذين يرون أن تعلق حق الورثة بمال المريض إذا مات من مرضه هو حق ملكية، بين إذا ما كان هذا الحق هو حق ملكية من كل وجه؟ أم هو حق ملكية من وجه دون وجه؟

فيرى بعضهم أن حق الوارث هو حق ملكية من كل وجه، أي حق ملكية كامل يثبت بمجرد المرض في ثلثي الباقي بعد الديون، ذلك أن ظهور كون المرض هو مرض موت كشف عن حقيقة كانت مستورة قبله، وهي أن الأعيان (19) أو الأموال كانت ملكا للورثة من قبل وجود سبب الموت وهو مرض الموت (20).

ويرى البعض الآخر من المتقدمين، أن حق الورثة هو حق ملكية من وجه قبل الموت، فالمريض إذا مات ثبت الملك للورثة مستندا إلى وقت ثبوت المرض، فقبل الموت كانت الملكية ثابتة من طريق الإسناد، أو ما يعبر عنه في الفقه الحديث بالأثر الرجعي، ويسمي المتقدمون ذلك بحق ملكية من وجه، هو وجه الاستناد، بمعنى أن هذا الرأي يرى أن الموت هو سبب الملكية بالخلافة عن المورث، ولكن الملكية تثبت مستندة إلى أول ظهور أعراض الفناء، وهو وقت حلول المرض (21).

ومهما يكن من خلاف دقيق بين الرأيين، فهما متحdan في أن الحق الثابت للورثة في أموال المريض هو حق ملكية، مستدلين في رأيهم بالحديث والاجماع. أما الحديث، فهو ما رواه ابن ماجة من طريق طلحة بن عمرو، عن عطاء، عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم"، فإنه يدل على أن الملكية قد زالت عن المورث في الثلثين إلى وارثه، ولم تبق له إلا في الثلث الذي تصدق به (22). إذ لو لم يزل لم يكن الله ليمن بالتصدق عليهم بالثلث، فلا يكون التصدق بالثلث إلا حيث منعوا من غيره، وإذا كان المريض قد زال ملكه عن الثلثين، فإنه يؤول إلى وراثته، لأنهم خلفاؤه في أمواله، ولأنهم أقرب الناس إليه.

وعن عائشة رضي الله عنها قالت: "إن أبا بكر الصديق رضي الله عنه نحلها حذاذ عشرين وسقا من مال بالغابة، فلما حضرته الوفاة قال: والله يا بنية،

ما من الناس أحد أحب إلي غنى بعدي منك، ولا أعز فقرا بعدي منك، وإني كنت نحلّتك من مالي جداد عشرين وسقا، فلو كنت جدّتيه واحتزّتيه كان لك ذلك، وإنما هو مال الوارث، وإنما هو أخواك وأختاك فاقتموه على كتاب الله..."، فالمعنى أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه وهب السيدة عائشة رضي الله عنها مقدار عشرين حمل بعير، ولكن لم تقبضه، فلم ينتقل الملك إليها، إذ أن الهبة لا تتم إلا بالقبض، وأنه ملك الورثة لأنه مريض، فأموال المريض مرض الموت ملك لورثته، وليس له إلا الثلث، فدل هذا بصريحه على أن حق الورثة في مال مورثهم المريض هو حق ملكية، ولقد كان مثل هذا مما لا يفتى فيه بالرأي، فلا بد أنه سمعه من الرسول صلى الله عليه وسلم (23).

وأما الإجماع، فهو إجماع الصحابة والفقهاء من بعدهم (24)، على أن تصرف المريض مرض الموت في حق الأجنبي لا ينفذ إلا من الثلث، والتصرف للوارث لا ينفذ في شيء إلا بإجازة الورثة، ولو كان ملكه في الثلثين باقيا لنفذ تبرعه بالأكثر من الثلث، ولكن هذه الملكية لا تظهر إلا بعد الموت، حتى أن الورثة يستطيعون أن يأخذوا الموهوب من يد الموهوب له من غير رضاه، فعدم نفاذ تبرع المورث بالزيادة على الثلث دليل على زوال الملكية، ولا تزول إلا إلى مالك، وهم الورثة، لأنهم خلفاؤه وأقرب الناس إليه (25).

### ثانيا: مناقشة ونقد أدلة الفقهاء

إن ما جاء به المتقدمون من فقهاء الحنفية عن أن حق الورثة بمال مورثهم المريض هو حق ملكية قد تم نقده، ونوقش استدلالهم كما يلي:

1- إن حديث "إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم" هو حديث ضعيف، وقد روي من طرق كلها ضعيفة (26)، وأجيب عليه: أنها وإن كانت ضعيفة، لكن قد يقوي بعضها بعضا.

2- الإجماع على أن تبرع المريض في مرض موته لا ينفذ في حياته، ولكن ينفذ بعد موته، ولو كان لهم ملكية قبل الموت لكان لهم نقضه.

3- ولأنه لم يعهد في الشرع ولا في القانون أن يكون الشيء الواحد المفرز ملكا لشخصين في وقت واحد ملكا خاصا لكل منهما (27).

كما أن قول بعض المتقدمين من فقهاء الحنفية أن حق الورثة هو حق ملكية بأثر رجعي مستندا إلى أول ظهور أعراض الفناء، وهو وقت حلول المرض، قد رد عليه الإمام شهاب الدين القرافي في كتابه الفروق، بمناسبة مناقشته لقاعدة فقهية هي "من ملك أن يملك هل يعد مالكا أم لا؟ فيقول إن هذه القاعدة باطلة، وبيان بطلانها أن الانسان يملك أن يملك أربعين شاة، فهل يتخيل أحد أنه يعد مالكا الآن قبل شرائها حتى تجب الزكاة عليه، فيقول القرافي أن هذه القاعدة باطلة ولا يمكن أن نجعل هذه من قواعد الشريعة البتة، بل القاعدة التي يمكن أن تجعل قاعدة شرعية ويجري فيها الخلاف في بعض فروعها لا في كلها، أن من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتملك، هل يعطى حكم من ملك، وأعطى مجموعة أمثلة منها أن الفقير له سبب يقتضي أن يملك من بيت مال المسلمين ما يستحقه بصفة فقره، فإذا سرق هل يعد كالمالك فلا يجب عليه الحد لوجود سبب المطالبة بالتمليك، أو يجب عليه القطع لأنه لا يعد مالكا؟ فإذا قلنا انعقد له سبب يقتضي المطالبة بالتمليك، فهو مناسب لأن يعد مالكا من حيث الجملة، تنزيلا لسبب السبب منزلة السبب، وإقامة للسبب البعيد مقام السبب القريب، فهذا يمكن أن يتخيل وقوعه قاعدة في الشريعة، أما مجرد ما ذكره فليس فيه إلا مجرد الإمكان والقبول للملك، وذلك في غاية البعد عن المناسبة فلا يمكن جعله قاعدة (28).

وإذا لاحظنا ما قاله فقهاء الحنفية من أن حق الورثة هو حق ملكية بأثر رجعي مستندا إلى أول ظهور أعراض الفناء وهو مرض الموت، نجد هذا القول إما مطابقا لقاعدة من ملك أن يملك هل يعد مالكا أم لا؟ والتي قال عنها القرافي أنها قاعدة باطلة، وبالتالي لا مجال لتطبيقها على حق الورثة واعتباره حق ملكية. أو من بين فروع قاعدة من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتملك، هل

يعطى حكم من ملك؟ وقد قال القرافي أن مثل هذه القاعدة يمكن أن يتخيل وقوعها قاعدة في الشريعة في بعض فروعها وليس كلها، فنقول إن هذا الفرع من تلك القاعدة لا يمكن أن يكون صحيحا، وبالتالي هو باطل، فالمورث وهو على قيد الحياة تكون له كل حقوق الملكية التي يخولها له الشرع والتي لا تزول إلا بموته، وإن إشراك الورثة له في ملكية ماله هو ضرب من العبث، ما داموا لا يستطيعون التصرف في هذه الأموال، إذ أن التصرف في تركة انسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاها. فالقول إن المريض هو السبب الذي يجعل للورثة حق ملكية على مال مورثهم وهو على قيد الحياة هو قول باطل، لأن المريض لا يعرف أنه مرض موت إلا بموت المورث.

وكننتيجة لهذا المبحث نرى القول بأن حق الورثة في مال المورث أثناء مرض الموت هو حق ملكية، لا يتماشى مع ما رأيناه في مفهوم حق الملكية، سواء في الشرع أو في القانون، من حيث أن حق الملكية هو حق جامع، وحق مانع، وحق دائم، ومن حيث أن هؤلاء الورثة كانوا يفتقدون في حياة مورثهم لأهم عنصر في الملكية، وهو حق التصرف. كما أن تكييف هؤلاء الفقهاء لحق الورثة على أنه حق ملكية، لم يستند إلى قاعدة قانونية صحيحة، أو إلى منطق قانوني سليم، بل استندوا إلى حديث ضعيف لم تثبت صحته، وحتى وإن تم التسليم بصحة الحديث، فالمراد بالحديث هو الوصية عند الموت التي لا تجوز بأكثر من الثلث.

## 2. حق الوارث في مال مورثه المريض مرض الموت هو حق خلافة

رفض بعض الفقهاء فكرة أن حق الوارث في مال مورثه المريض مرض الموت هو حق ملكية، واعتبروا أنه مجرد حق في الخلافة لا يثبت ملكا، وإنما تبتدئ الملكية فقط من وقت الوفاة. وللوقوف على مدى صحة هذا الرأي، سندرس أولا مفهوم الخلافة في المطلب الأول، ثم نتطرق إلى تكييف الفقهاء لحق الوارث على أنه حق خلافة في المطلب الثاني.

## 1.2. مفهوم الخلافة أو الإرث

التركة هي ما يتركه الانسان بعد موته مما كان له حال حياته من أموال وحقوق ونحوها، وكذا ما دخل في ملكه بعد موته بسبب باشره حال حياته، وهذا التعريف هو ما ذهب إليه الجمهور من الفقهاء (29).

إن انتقال أموال المتوفي إلى ورثته مسألة لا نزاع فيها، اعترفت به جميع الشرائع فسلمت بحق الإرث، ولكنها لم تتفق على طبيعة هذا الحق، ولا على حدوده، فهي تختلف في تحديد حقوق الوارث والتزاماته، إذ أن في كل تركة حقان يتنازعان: حق الوارث وحق الدائن، فاختلقت هذه الشرائع في بيان كيفية إيصال حقوق الورثة والدائنين إلى كل منهم، وجاءت أحكام الميراث مختلفة ومتباينة لاختلاف هذه الشرائع في تصور طبيعة خلافة الوارث لمورثه، فهناك من أخذ بنظرية الخلافة الشخصية التي تقول بخلافة الشخص وخلافته (الفرع الأول)، وهناك من أخذ بنظرية الخلافة الموضوعية التي تقول بوراثه المال والخلافة فيه (الفرع الثاني).

### 1.1.2. نظرية خلافة الشخص

تعتبر هذه النظرية أن شخصية الوارث هي امتداد لشخصية المورث، فثبتت للوارث جميع الحقوق التي تمثل العنصر الإيجابي في التركة، ويلتزم بجميع الديون التي تمثل العنصر السلبي فيها، ذلك أن هذه النظرية ترى أن شخصية الوارث تحل محل شخصية المورث في كل العلاقات القانونية التي كان هذا الأخير طرفا فيها، أي أن ذمة المورث تختلط بذمة الوارث، فتظل هذه العلاقات بدون تغيير، لأن الوارث قد حل محل الوارث، وعلى هذا فإن دائني المورث يكونون دائنين للوارث.

انتقلت نظرية خلافة الشخص من القانون الروماني الذي كان مهدا لهذه النظرية، إلى القانون الكنسي الذي ساعد على تقدم هذه النظرية وبقائها، ومنه

انتقلت إلى القانون الفرنسي القديم الذي جعل الوارث بعد أن يستلم التركة مخيراً بين ثلاث خيارات:

1- أن يقبل التركة مطلقاً دون شروط، كأن تكون التركة مليئة غير محملة بالديون.

2- أن يقبل التركة قبولاً مشروطاً بشرط الجرد، أي الفصل بين أمواله الشخصية وأموال المتوفي، فتتجو أموال الشخصية من دعوى الدائنين الذين يجدون تأمينهم محصوراً فيما تركه المورث، حيث تكون للوارث مدة محددة لقبول شرط الجرد أو رفضه، فإذا لم يظهر خياره، عدّ وارثاً بلا قيد ولا شرط.

3- أن يرفض التركة كاملة، كأن تكون التركة مثقلة بالديون، فلا مصلحة للوارث فيها بل عليه غرم كبير، وكأنه لم يكن وارثاً أصلاً، لأنه قد نزل عن حقه في المطالبة بحق الميراث (30).

## 2.1.2 . نظرية الخلافة الموضوعية أو خلافة المال.

جاءت الشريعة الإسلامية بهذه النظرية ونجد أن العديد من الكتاب والشراح يقدمون القانون الألماني في الذكر على الشريعة الإسلامية، وهذا مناف للمنطق، كون القانون الألماني صدر سنة 1900، أما الشريعة الإسلامية فتسبقه بثلاثة عشر قرناً. ومفاد نظرية الخلافة في المال أن شخصية الوارث تكون مستقلة تماماً عن شخصية مورثه، وليست امتداداً لشخصيته كما هو الحال في نظرية خلافة الشخص، وهو ما يعني أن ذمة الوارث تكون منفصلة عن ذمة المورث، بحيث تنتقل التركة إلى الوارث دون أن يكون مسؤولاً عن ديون المورث، بل توفي الديون من التركة، فإن لم تسعها لا يكون الوارث مسؤولاً عنها، ولا يحق للدائنين التنفيذ على أموال الوارث الخاصة، ولو كانت أموال التركة لا تكفي للوفاء بديونهم.

والقاعدة في القانون الألماني أن الوارث لا يلتزم إلا في حدود التركة، وهو يلتزم في أموال التركة دون التزام في ذمته بمقدار التركة. ويفرق القانون الألماني بين التركة إذا كان لها وارث واحد، والتركة إذا تعدد الورثة فيها.

فإذا انفرد الوارث بالتركة كان له خياران: إما أن يقوم بتصفية التركة بنفسه أو يترك الأمر لسواه، فإذا أراد التصفية بنفسه كان عليه أن يقوم بعملية جرد التركة لمعرفة حقوقها والتزاماتها، ولم يحدد القانون مدة الجرد للوارث، ولكن للدائنين الحق في الطلب من المحكمة تحديد مدة شهر على الأقل للقيام بالجرد. فإذا لم يتم الوارث بالجرد في نهاية هذه المدة، أو قدم معلومات تديسية إضراراً بالدائنين، فإن الوارث يسأل عن ديون التركة مسؤولية مطلقة.

وبعد عملية الجرد، يقوم الوارث بإعلان عام لكل الدائنين للتقدم بديونهم في مدة تتراوح بين ستة أسابيع إلى ستة أشهر، فإذا تخلف أحدهم اعتبر مقصراً، ولا يباشر حقه إلا فيما بقي من التركة بعد سداد الذين تقدموا بديونهم. أما إذا اتضح للوارث سوء مركز التركة المالي في أثناء إعلان الدائنين، فإن القانون قد منحه ثلاث خيارات وهي:

- 1- إما الوصاية على التركة، وذلك بطلبه من المحكمة أن تعين وصياً يعتبر كوكيل شرعي عن الوارث يقوم مقامه في تصفية التركة.
- 2- وإما أن يعلن إفلاس التركة، فيتخلص الوارث من إدارة هذه الأموال، ويمكنه عقد صلح مع أغلبية الدائنين.
- 3- وإما أن يتخلى عن التركة إذا كانت أموال التركة غير كافية لتغطية مصاريف الوصاية أو مصاريف التفليس، وفي هذه الحالة يتخلص الوارث من مسؤوليته الشخصية في مواجهة الدائنين (31).

أما في حالة تعدد الورثة، فإن القانون الألماني قد نظم تسوية ديون التركة على أساس نظرية الدين العيني، فاعتبر التركة وحدة قائمة، وبوفاة الشخص تجرد هذه الوحدة، وتستحيل الديون الشخصية إلى ديون عينية. وعلى ذلك فإن التركة تصفى بالحالة التي وجدت عليها عند وفاة المورث، ويتم وضع يد جماعي من الورثة على أموال التركة بقصد تصفيتها. وقبل التصفية لا يكون لأحد من الورثة أي حق مستقل عن أموال التركة يمكنه التصرف فيه، فإذا تمت



القسمة استطاع كل وارث أن يتصرف فيما وقع في حصته، لأن القسمة تفترض تسديد الديون أولاً، إذ هي المرحلة الأخيرة في التصفية. وإذا لم تتم القسمة، فالتركة وحدة مستقلة، يستطيع الدائنون أن يطلبوا استيفاء ديونهم من الشخص المكلف بإدارة التركة، وهم الورثة في مجموعهم، أو الوصي في حالة الوصاية، أو السنيديك في حالة الإفلاس. أما إذا تمت القسمة قبل تسديد الديون، فإن للدائنين أن يطالبوا أي وارث بكل الدين لا بنسبة حصته في أموال التركة. ويكون للوارث الذي وفي الديون كلها الحق في الرجوع على باقي الورثة، أي أنه بعد القسمة التي لا يسبقها إعلان للدائنين، يكون الورثة مسؤولين بالتضامن مسؤولية شخصية عن التزامات التركة (32).

## 2.2. تكييف فقهاء الشريعة الإسلامية لحق الوارث في مال مورثه المريض على أنه حق خلافة.

سننظر في هذا المطلب لمفهوم الخلافة أو الإرث في الشريعة الإسلامية في الفرع الأول، ثم نرى أدلة الفقهاء الذين كيفوا حق الوارث في مال مورثه المريض على أنه حق خلافة.

### 2.2.1. مفهوم حق الخلافة أو الإرث في الشريعة الإسلامية

الإرث هو خلفية يحل بها الوارث محل المتوفي في ملكية أمواله المخلفة التي تسمى "تركة"، وفي المسؤوليات المالية بتلك التركة، فإذا لم يكن للمتوفي تركة، أو كانت تركته أقل مما عليه من ديون، لا يكون الوارث مسؤولاً بأمواله فيما زاد من الدين عن التركة، لأن الإرث شرع سبباً للملك لا للتغريم، إذ لا يعقل أن يغرم إنسان تبعات تصرف صادر من غيره، ولم يكن له به دخل، ولم يتكفل به. فالإرث سبب طبيعي للملك، ثابت بحكم الشريعة دون حاجة إلى سابق اتفاق أو وصية، ولا يتوقف على قبول الوارث بعد وفاة المورث، ولا يرد برده ورفضه كما ترد الوصية برد الموصى له، لأنه معدود من نظم الشريعة، أي من النظام العام فيها (33).

ولمعرفة مفهوم التركة سندرس تعريف التركة (أولاً)، وشروط انتقال ملكية التركة (ثانياً)، والحقوق المتعلقة بالتركة (ثالثاً).

### أولاً: تعريف التركة

التركة لغة اسم مأخوذ من ترك الشيء يتركه تركاً. فهو تارك، والمفعول متروك. وترك الميت مالا: خلفه، أبقاه إرثاً لمن بعده (34). وفي الاصطلاح، اختلف الفقهاء في تعريفها، فذهب جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن التركة هي كل ما يخلفه الميت من الأموال والحقوق الثابتة مطلقاً، وذهب الحنفية إلى أن التركة هي ما يتركه الميت من الأموال صافياً عن تعلق حق الغير بعينه، وما يتبين من التعريفين أن التركة تشمل الحقوق مطلقاً عند الجمهور، ومنها المنافع، في حين أن المنافع لا تدخل في التركة عند الحنفية، الذين يحصرون التركة في المال، أو الحق الذي له صلة بالمال كحق الرهن، وحقوق الارتفاق المعروفة، وحق المرور (35).

### ثانياً: شروط انتقال ملكية التركة إلى الورثة

يكون انتقال ملكية التركة إلى الورثة جبراً بحكم من الشارع، لا بإرادة المورث، ومن غير إرادة الوارث، فلا يدخل شيء في ملك الإنسان جبراً سوى الميراث (36). ولانتقال هذه الملكية عدة شروط وهي:

### الشرط الأول: موت المورث حقيقة أو حكماً

اتفق الفقهاء على أن انتقال التركة من المورث إلى الوارث يكون بعد وفاة المورث حقيقة أو حكماً، فالموت الحقيقي يثبت بمشاهدته حين الوفاة، أو بالبينة، وأما موته حكماً فكما في المفقود، وهو الغائب الذي انقطع خبره ولم تعلم حياته ولا موته. وتقسم التركة حينئذ من وقت صدور الحكم بالموت (37).

### الشرط الثاني: تحقق حياة الوارث بعد موت المورث أو إحقاقه بالأحياء

### تقديراً

فالحياة الحقيقية هي المستقرة الثابتة للإنسان، بمشاهدته بعد موت المورث، والحياة التقديرية هي الثابتة تقديرا للجنين عن موت المورث بولادته حيا.

### الشرط الثالث: العلم بجهة الميراث

يشترط العلم بالجهة المقترضية للإرث من زوجية أو قرابة، وأن تعين جهة القرابة، مع العلم بالدرجة التي يجتمع فيها الوارث مع المورث (38).

### ثالثا: الحقوق المتعلقة بالتركة

يتعلق بالتركة مجموعة حقوق، منها ما هو ثابت قبل الموت، ومنها ما هو ثابت بالموت. والثابت قبل الموت إما أن يكون متعلقا بعين من أعيان التركة، ويسمى حينئذ حقا عينيا، وإما ألا يكون متعلقا بعين من أعيان التركة، ويسمى عندها حقا عاديا أو دينا عاديا.

والثابت بالموت إما أن يكون للميت أو لغيره، فأما الذي للميت فهو مؤن التجهيز، وأما الذي لغيره فهو الوصية والميراث. فهذه هي الحقوق التي اختلف الفقهاء في تعدادها، فقال المالكية والشافعية والحنفية أنها خمسة وهي: الديون العينية، تجهيز الميت، الديون العادية، الوصايا، والإرث (39)، أما الحنابلة وابن حزم فقالوا إن هذه الحقوق هي أربعة، لأن لفظ الدين يشمل الديون العينية والعادية (40).

أما عن ترتيب هذه الحقوق في القانون الجزائري، فقد نص عليها قانون الأسرة (41) في المادة 180 التي تقول: "يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي:

- 1- مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع.
- 2- الديون الثابتة في ذمة المتوفي.
- 3- الوصية.

فإذا لم يوجد ذوو فروض أو عصابة آلت التركة إلى ذوي الرحام، فإن لم يوجدوا، آلت إلى الخزينة العامة".

ولا يلزم من كون الإرث رابع الحقوق المتعلقة بالتركة، أن يكون تعلقه بالتركة بعد تعلق الحقوق الثلاثة المذكورة، فالذي يتأخر عن الحقوق الثلاثة هو قسمة التركة بين الورثة، فالإرث له بالتركة تعلقان: الأول يكون من أول مرض الموت، والثاني: يكون مع الموت أو بعده (42). فالتركة تنتقل بقوة القانون إلى ملك الورثة الشرعيين بمجرد وفاة المورث، لأن الميراث يعد سببا من أسباب كسب الملكية، ومن ثم تنتقل الحقوق الميراثية إلى الورثة من يوم الوفاة، وفي هذا نصت الفقرة الثانية من المادة 15 من الأمر رقم 75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري على أنه: "... غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية" (43).

غير أن التركة إذا كانت محملة بالديون، أو كانت هناك وصية، فلا يجوز للورثة التصرف في أموال التركة قانونا، إلا بعد سداد الديون الثابتة في ذمة المورث المتوفي، أو بعد تنفيذ الوصية، أو كلاهما (44).

## 2.2. أدلة الفقهاء الذين كيفوا حق الوارث في مال مورثه المريض على أنه حق خلافة وإرث.

رأينا سابقا أن المتقدمين من فقهاء الحنفية كيفوا حق الوارث في مال مورثه المريض على أنه حق ملكية، وقد خالفهم الرأي المتأخرين من الفقهاء (45)، الذين يرون أن حق الوارث ليس حق ملكية، ولكنه حق في الإرث والخلافة لا يثبت ملكا، وإنما تبتدئ الملكية فقط من وقت الوفاة، مستدلين بإجماع الفقهاء على أن تبرع المريض بأكثر من الثلث في مرض الموت لا ينقض في حياته بل بعد موته، فلو كان للوارث حق ملكية قبل الموت لكان له نقض هذا التبرع، ولو كان حق الوارث هو حق ملكية، لمنع من الميراث من كان غير وارث وقت مرض الموت لمانع كالكفر مثلا ثم أسلم قبل الموت مباشرة، فقد

اتفق الفقهاء على أنه يرث، ويكون له كل حقوق الوارثين، فلو كانت الملكية ثابتة للورثة من أول مرض الموت لما ورث، إذ تكون الملكية قد زالت عن المورث (46).

كما أن حق الورثة لو كان حق ملكية، ما كان لهم الحق في نقض ما تبرع به مورثهم، ولكن ثبت أن لهم الحق، وإذا لم يصلح حق الملكية تفسيراً لحقهم، فهو الحق في الميراث بشرطه، وذلك كاف لإثبات كل هذه الحقوق للوارث.

يقول الامام محمد أبو زهرة في هذا الجانب، إن إعطاء الوارث حقا في مال المريض مرض الموت حال حياته، إنما هو فرض وأمر اعتباطي، لكي يستقيم منطق الأحكام، وتتسق المبادئ الفقهية، فمادام الوارث يستطيع نقض التصرفات التي تصرفها المورث في مرض موته، ولا تنفذ إلا بإجازته مع صدورهما في حياة المورث، فلا بد أن نفرض له حقا حال حياة المورث، حتى يستطيع أن ينقض هذه التصرفات، ويجب أن يتم تقدير ذلك الحق بأقل الصور التي يتصور معها ثبوت حق الإجازة بعد الموت، فيكتفى في ذلك بفرض حق الإرث له في حياة مورثه، لأن ثبوت مجرد الحق في الخلافة إنما كان ضرورة لحفظ حق الوارث في الثلثين، فالأمور الفرضية لا تفرض إلا مقدار الضرورة الفكرية التي تضطر الباحث إلى فرضها، ليستقيم منطق الأحكام (47).

وفي نهاية هذا المبحث، يتضح لنا أن حق الورثة في مال مورثهم المريض مرض الموت، هو مجرد حق في الخلافة وليس حق ملكية، لأن ثبوت مجرد الحق في الخلافة ثابت ضرورة لحفظ حق الوارث في الثلثين، وفي جواز أن ينقض بعد موت المورث تصرفاته في مرض موته، وما كان للضرورة يقدر بقدرها لا يعدوها، فلا يكون ملكا، لأن مجرد الحق في الخلافة كاف لحفظ حقه في الثلثين، وفي جواز نقضه لتصرفات المورث بعد موته (48).

### الخاتمة:

وفي ختام هذا البحث، يجب أن نقول إن البحث في الخلاف حول طبيعة حق الورثة في مال مورثهم المريض مرض الموت إن كان حق ملكية أو حق خلافة، هو بحث نظري ليس له في الواقع نتائج عملية، إذ أن كلا الرأيين يهدف إلى صيانة حق الورثة في التركة، كون هذا الحق موجود وثابت، يستطيع الورثة من خلاله الطعن في تصرفات مورثهم أثناء المرض. غير أن أهمية هذا البحث تكمن في فهم نظرية مرض الموت فهما دقيقا، ومعرفة كيفية تفكير فقهاء الشريعة وطريقة استنباطهم للأحكام، إذ أن نظرية مرض الموت جعلت لحماية الورثة من تصرفات المريض التي قد يكون المقصود منها الاضرار بأحد الورثة، واتخذت الشبهة في بعض هذه التصرفات ذريعة للمنع، وإن منطلق الفقهاء مستمد من اجتهادات الصحابة والتابعين في هذه المسألة.

ومع ذلك، لم يستطع كلا الرأيين أن يعطيا إجابة قانونية مقنعة لطبيعة حق الورثة قبل وفاة المورث، فشخصية الانسان القانونية تنتهي بموته، وهو إلى آخر نفس من حياته يتمتع بالأهلية القانونية ما لم يتعرض عقله لضرر ما، وفي هذا تقول المادة 44 من القانون المدني: "ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا لتغيير أحكامها"، كما تنص المادة 78 من القانون المدني: "كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون". فالأهلية تفترض أن الانسان له من الإدراك والتمييز ما يجعله يتصرف بحرية في ماله وفي أي باب ينفقه.

وفي الجانب الآخر نجد أن التركة لا تنتقل إلى الوارث إلا بموت المورث، ولا يكون للورثة الحق في تقسيمها إلا بعد سداد ديون المورث أو تنفيذ وصيته، فبأي منطلق قانوني يستطيع الوارث الطعن في تصرف مورثه قبل مماته. وقد كان من نتائج بحثنا هذا، أننا رأينا أن الفقه الإسلامي يقرر أن حق الورثة يتعلق بأموال مورثهم لا من وقت موته فحسب، بل من وقت المرض

الذي يموت فيه، باعتبار أن حقهم في التركة يثبت بالموت، ولما كان المريض الذي أدى إلى الموت هو سبب حقهم في التركة، فإن ثبوت حق الوراثة يبدأ من وقت حدوث المرض. ورأينا أن هذا الحق الذي أعطي للورثة إنما هو فرض وأمر اعتباطي، لكي يستقيم منطق الأحكام، وتتسق المبادئ الفقهية.

إن هذا الرأي الذي يقول به فقهاء الشريعة الإسلامية، والمبني على أدلة شرعية، قد اعترض عليه الامام الظاهري ابن حزم الاندلسي وهو أحد الفقهاء الكبار، وأتى في كتابه "المحلى بالآثار" بأدلة أخرى مصدرها الصحابة والتابعين أيضاً، تفند نظرية مرض الموت، مما يدل على أن هذه النظرية غير متفق عليها، وهو ما يجعلنا ندعو إلى فتح المجال للبحث والتدقيق حول مدى صحة نظرية مرض الموت، لأن القانون هو وسيلة لإدراك غاية، والغاية لا بد من منطق يحكمها، والقانون العادل إذا لم يكن مبني على منطق قانوني دقيق، فكيف يكون قانوناً عادلاً ومحققاً للاستقرار القانوني، لأنه إذا قلنا أن العدالة تكمن في حماية الوراثة من تصرفات مورثهم، فلا بد أيضاً من العدالة لحماية تصرف المورث نفسه الذي قصد من خلال تصرفه تحقيق غاية لا يدركها إلا هو.

### التهميش و الإحالات :

- 1- الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة، مصر، ص. 1554.
- 2- ابن منظور، لسان العرب، ج 3، دار الفكر، ط 3، بيروت، لبنان، 1994، ص 528.
- 3- موجز دائرة المعارف الإسلامية، ج 31، مركز الشارقة للإبداع الفكري، ط 1، 1998، ص 9619.
- 4- العربي بلحاج، الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2016، ص 37.
- 5- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم. الجريدة الرسمية رقم 78 السنة الثانية عشر.
- 6- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 39.

- 7- علي فيلالي، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ENAG، الجزائر، 2011، ص 85.
- 8- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د.ط، ص 534
- 9- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 82.
- 10- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 497.
- 11- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 82.
- 12- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، 501، 502.
- 13- شهاب الدين القرافي، الفروق المسمى ب أنوار البروق في أنواء الفروق، ج 3، دار النوادر الكويتية، الكويت، 2010، ص 208، 209.
- 14- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1996، ص 65.
- 15- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 1، دار القلم، ط 2، دمشق، سوريا، 2004، ص 360.
- 16- علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1996، ص 66.
- 17- مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ص 362، 365.
- 18- يطلق لفظ المتقدمين على فقهاء الحنفية الكبار وهم أبو حنيفة وصاحبيه أبو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني، ويلحق بهم زفر بن الهذيل والحسن بن زياد وغيرهما ممن أخذ من أبي حنيفة.
- 19- الأعيان جمع عين ومعناها عند الفقهاء المال الحاضر في مقابل الدين.
- 20- عبد العزيز بن محمد الصغير، حقوق الدائنين في التركة في ضوء الشريعة الإسلامية وفقا للقانون السعودي، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط 1، القاهرة، مصر، 2016، ص 143.
- 21- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص 306.
- 22- خالد بن علي بن محمد المشيقح، الجامع لأحكام الوقف والهيئات والوصايا، ج 5، إصدارات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية القطرية، ط 1، قطر، 2013، ص 251، 255.



- 23- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص 307.
- 24- يعترض الفقيه ابن حزم الأندلسي على فكرة إجماع الصحابة حول وجوب تقييد تصرفات المريض، حيث يرى أن الصحابة كانوا مختلفين، فالصحابي أبو موسى الأشعري كان يرى أن تصرفات المريض كتصرفات الصحيح، ومن التابعين الذين قالوا ذلك: مسروق والشعبي. نقلا عن: ابن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، ج 8، دار الكتب العلمية، بيروت، ص 409.
- 25- خالد بن علي بن محمد المشيقح، المرجع السابق، ص 251، 252.
- 26- الحديث ضعيف، لضعف طلحة بن عمرو المكي في الطريق الأول، والأصم في الطريق الثاني. نقلا عن: خالد بن علي بن محمد المشيقح، المرجع السابق، هامش ص 256.
- 27- خالد بن علي بن محمد المشيقح، المرجع السابق، ص 252، 256.
- 28- شهاب الدين القرافي، المرجع السابق، ص 20، 21.
- 29- أحمد إبراهيم، التركة والحقوق المتعلقة بها، ج 1، المكتبة الأزهرية للتراث، ط 2، 1999، ص 46.
- 30- حسن نعمة الياسري، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق، 2004، ص 191 وما بعدها.
- 31- عبد العزيز بن محمد الصغير، المرجع السابق، ص من 314 إلى 317.
- 32- عبد العزيز بن محمد الصغير، نفس المرجع، ص 318.
- 33- مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ص 341.
- 34- أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج 1، عالم الكتب، ط 1، القاهرة، مصر، 2008، ص 290.
- 35- الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء 11، طباعة ذات السلاسل، ط 2، الكويت، 1983، ص 206.
- 36- محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، د.ط، ص 05.
- 37- زكي الدين شعبان، أحمد الغندور، الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، ط 1، الكويت، 1984، ص 247.
- 38- الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ص 211.

- 39- محمد محده، التركات والمواريث، دار الفجر للنشر والتوزيع، ط 1، القاهرة، مصر، 2004، ص 27.
- 40- محمد عبد الرحيم الكشكي، الميراث المقارن، دار النذير للطباعة والنشر، ط 3، بغداد، العراق، 1969، ص 82.
- 41- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم. الجريدة الرسمية رقم 24 السنة الحادية والعشرون.
- 42- محمد عبد الرحيم الكشكي، المرجع السابق، ص 144.
- 43- الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر سنة 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري. الجريدة الرسمية رقم 92 السنة الثانية عشر. المعدلة بالمادة 92 من القانون رقم 17-11 المؤرخ في 27 ديسمبر سنة 2017 المتضمن قانون المالية لسنة 2018. ج.ر رقم 76 السنة 54.
- 44- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 305، 306.
- 45- يطلق لفظ المتأخرين على الفقهاء الذين لم يدركوا الأئمة الثلاثة الكبار من الحنفية: أبو حنيفة وصاحبيه أبو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني.
- 46- محمد عبد الرحيم الكشكي، المرجع السابق، ص 146.
- 47- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص 308.
- 48- محمد عبد الرحيم الكشكي، المرجع السابق، ص 147.

## قائمة المراجع:

### 1- النصوص التشريعية:

- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم. الجريدة الرسمية رقم 78 السنة الثانية عشر.
- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم. الجريدة الرسمية رقم 24 السنة الحادية والعشرون.
- الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر سنة 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري. الجريدة الرسمية رقم 92 السنة الثانية عشر.

### 2- القواميس والموسوعات:

- أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج 1، عالم الكتب، ط 1، القاهرة، مصر، 2008.
- الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة، مصر.
- ابن منظور، لسان العرب، ج 3، دار الفكر، ط 3، بيروت، لبنان، 1994.
- الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء 11، طباعة ذات السلاسل، ط 2، الكويت، 1983.
- موجز دائرة المعارف الإسلامية، ج 31، مركز الشارقة للإبداع الفكري، ط 1، 1998.
- 3- المؤلفات:**
- ابن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، ج 8، دار الكتب العلمية، بيروت.
- أحمد إبراهيم، التركة والحقوق المتعلقة بها، ج 1، المكتبة الأزهرية للتراث، ط 2، 1999.
- العربي بلحاج، الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2016.
- خالد بن علي بن محمد المشيخ، الجامع لأحكام الوقف والهبات والوصايا، ج 5، إصدارات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية القطرية، ط 1، قطر، 2013.
- زكي الدين شعبان، أحمد الغندور، الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، ط 1، الكويت، 1984.
- علي فيلال، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ENAG، الجزائر، 2011.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د.ط.
- شهاب الدين القرافي، الفروق المسمى ب أنوار البروق في أنواع الفروق، ج 3، دار النوادر الكويتية، الكويت، 2010.
- علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1996.
- عبد العزيز بن محمد الصغير، حقوق الدائنين في التركة في ضوء الشريعة الإسلامية وفقا للقانون السعودي، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط 1، القاهرة، مصر، 2016.
- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1996.
- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 1، دار القلم، ط 2، دمشق، سوريا، 2004.
- محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، د.ط.
- محمد محده، التركات والمواريث، دار الفجر للنشر والتوزيع، ط 1، القاهرة، مصر، 2004.

- محمد عبد الرحيم الكشكي، الميراث المقارن، دار النذير للطباعة والنشر، ط 3، بغداد، العراق، 1969.

#### 4- الرسائل والمذكرات:

- حسن نعمة الياسري، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق، 2004..