

# إجازة الورثة لتصرفات المورث

## ( دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والفقہ الإسلامي )

بن ناصر نذير

طالب دكتوراه تخصص القانون الخاص

جامعة الدكتور يحيى فارس بالمدينة

### ملخص

لقد قيّد المشرع الجزائري تصرفات الشخص أثناء مرض موته أخذاً منه بما عليه فقهاء المذاهب الإسلامية الأربعة خلافاً للظاهرية، وهذا التقييد محله ألاّ ينفذ تصرف هذا المريض إلا بإجازة ورثته الفعليين فيما يزيد عن الوصية، وهذا يحقق حماية لحق هؤلاء الورثة، وباعتبار الإجازة تصرفاً قانونياً فهو يتطلب توفر مجموعة من الشروط لا تصح إلا بها. مع ملاحظة أن المشرع لم يفصل في أحكام هذه الإجازة، كما أن ما نصّ عليه في بيع المريض كان غامضاً يحتمل تأويلات مختلفة.

### مقدمة

لقد أوجب المشرع الجزائري تأسيساً بالشرعية الإسلامية انتقال المال بالميراث عند موت المورث، لكن هذا الأخير كثيراً ما لا يرى في قواعد الميراث ما يلاءمه و يخيّل إليه عدم عدالتها لجهله، ولذلك يحاول قدر استطاعته تفاديها في ماله، فيتصرف فيه بمختلف أنواع التصرفات إلى درجة أنه قد لا يترك شيئاً خصوصاً إن كان يكره ورثته أو بعضهم.

وتأكيداً لإجبارية الإرث وحرصاً على تطبيق قواعده الشرعية؛ تصدى الشرع والقانون لتصرف المورث وقيّده بما يضمن للوارث حقه من وقت تعلقه وذلك بإخضاع التصرف لإجازة الورثة متى كان يمس بحقوقهم، ومعنى هذا أنه لا ينفذ تصرف المورث إلا بإجازتهم ويبطل بردهم.

وهنا تظهر أهمية الإجازة التي تحمي الوارث وتقيّد المورث، وبالتالي:

- كيف تكيف إجازة الورثة ؟
- ما هي شروط صحة هذه الإجازة ؟
- ما هي التصرفات المقيدة بهذه الإجازة ؟

وفيما يلي، سأتولى الإجابة على هذه الإشكاليات تباعاً.

## أولاً - تكييف إجازة الورثة

تعدُّ إجازة الوارث لتصرفات مورثه تصرفاً قانونياً تبرعياً بإرادة منفردة هي إرادة الوارث، ويقصد بها إسقاط حقه وتنفيذ ما صدر عن مورثه.

وتكييف الإجازة في الفقه الإسلامي محل خلاف، حيث يرى المالكية أنها لا تعدُّ تنفيذاً بل عطية مبتدئة<sup>(1)</sup> وهو أحد قولي الشافعي<sup>(2)</sup> وبعض الحنابلة<sup>(3)</sup> وهذا راجع إلى أن الوصية للوارث وبنزائد الثلث باطلة، والباطل لا تلحقه الإجازة. بينما يذهب الجمهور إلى أن الوصية للوارث وبنزائد الثلث صحيحة وإجازة الورثة لها تعدُّ تنفيذاً وإجازة محضة<sup>(4)</sup>.

والمشروع الجزائري لما نصَّ على توقف الوصية للوارث وبنزائد الثلث على إجازة الورثة دون أن يحكم ببطلانها؛ أفاد ذلك أن كليهما صحيحة والإجازة محض تنفيذ لهما لا عطية مبتدئة.

ويترتب على هذا التكييف أن الإجازة تتعد بتعبير الوارث فقط<sup>(5)</sup>، ولا بد أن يكون هذا التعبير واضحاً لا يساوره أي شك<sup>(6)</sup> ويمكن أن يكون التعبير صريحاً كأن يقول الوارث: أحزت أو أنفذت أو أمضيت<sup>(7)</sup>، أو ضمناً كأن يسكت الوارث بعد وفاة المورث مع ظهور التصرف دون أن يطعن فيه، فإذا سكت مدة ثلاث سنوات مثلاً أو أكثر حتى وفاته اعتبر ذلك إجازة ضمنية<sup>(8)</sup>، ولا يستوجب القانون في الإجازة شكلاً معيناً.

ويمكن أن تكون الإجازة كلية أو جزئية، فإن أجاز الوارث جميع ما مسَّ بحقه كانت الإجازة كلية، وإن أجاز بعض ما مسَّ بحقه وردَّ البعض الآخر كانت الإجازة حينها جزئية.

## ثانياً - شروط صحة الإجازة

لكي تكون الإجازة صحيحة ومنتجة لآثارها القانونية؛ لابد من توفُّر شروط صحتها، وبمفهوم المخالفة؛ فإنه بتخلُّف شروط الصحة تكون الإجازة غير صحيحة ولا يعتد بها، ولا يترتب عليها أي أثر؛ إذ لا ينتج المعدوم شيئاً، وهذه الشروط يمكن إجمالها في الآتي:

## 1 - أن تصدر الإجازة من الوارث

يجب أن يكون الشخص المجيز لتصرف المورث وارثاً؛ إذ لا يحق لغير الوارث فعلاً أن يجيز التصرف؛ لأنه ليس لغير صاحب الحق أن يسقطه.

وإن كان التصرف المراد إجازته وصية لوارث، فالإجازة هنا لا بد أن تصدر من بقية الورثة غير الوارث الموصى له.

ويجوز أن تصدر الإجازة من بعض الورثة دون بعض، وفي هذه الحالة يسقط حق من أجاز دون حق من لم يجز<sup>(9)</sup>، أو بعبارة أخرى يقتصر نفاذ التصرف على حق المجيز فقط، أما من رد فيأخذ حصته كاملة، وهذا لكون أن للمجيز ولاية على نفسه دون غيره<sup>(10)</sup>.

وأشير هنا إلى أن الوارث وغير الوارث يتحددان بشكل قطعي بعد وفاة المورث لا قبل ذلك.

واعتماداً على هذا الشرط لا تصح الإجازة الصادرة من غير الوارث؛ لأن العلة من تقييد تصرف المورث بالإجازة هي الحفاظ على حق الوارث، وما لم يكن هو من أجاز التصرف الذي يمس بحقه فإن التصرف يبقى غير نافذ؛ حماية له.

## 2 - أن يكون المجيز كامل الأهلية

يجب إلى جانب أن يكون المجيز لتصرف المورث وارثاً فعلاً؛ أن يكون كامل الأهلية؛ لأن الإجازة تبرع، والتبرعات تقتضي الأهلية الكاملة تحت طائلة البطلان.

وكامل الأهلية حددته المادة 86 من ق. أ. ج<sup>(11)</sup> بأنه: « من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقاً لأحكام المادة 40 من القانون المدني »، ومن هذا النص يتبين أن الأهلية الكاملة تقتضي توفر شرطين هما: بلوغ سن الرشد وعدم الحجر، وسن الرشد أحال فيه المشرع إلى المادة 40 من ق. م. ج<sup>(12)</sup> والتي تنصُّ أنه: « كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

وسن الرشد تسعة عشر ( 19 ) سنة كاملة.»

بالتالي فلا بد أن يكون الوارث المجيز بالغاً من العمر على الأقل تسعة عشر سنة كاملة ومتمتعاً بقواه العقلية وغير محجور عليه؛ فإن لم يكن على هذا الوصف؛ لم يكن كامل الأهلية، وبالنتيجة لا تصح الإجازة التي تصدر منه ولا يعتد بها؛ لانتفاء أحد شروط صحة الإجازة.

وتجدر الإشارة إلى أن الإجازة الصادرة من ناقص الأهلية باطلة، والعلة من بطلانها ترجع إلى أنه غير كامل الأهلية من جهة، ومن جهة أخرى يضره التصرف دون أن ينفعه، والتصرف الضار تطبيقاً للقاعدة العامة في تصرفات ناقص الأهلية المنصوص عليها بالمادة 83 من ق. أ. ج حكمه كما يلي: « من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة ( 43 ) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء»، فالإجازة الصادرة من ناقص الأهلية باطلة لكونها تبرعاً ضاراً به.

أما بالنسبة لعدم التمييز؛ فإذا كانت تصرفاته غير التبرعية باطلة فمن باب أولى أن تكون تبرعاته باطلة، وبالتالي فالإجازة التي تصدر عن صبي غير مميز أو عن مجنون أو معنوه تعدُّ باطلة ولا أثر لها، وهذا طبقاً للمادة 82 من ق. أ. ج والمادة 42 من ق. م. ج.

والجدير بالذكر كذلك هو أن ناقص الأهلية وعديهما ينوب عنه ولي أو وصي أو مقدم حسب ما يقتضيه الحال طبقاً للمادة 81 من ق. أ. ج، ولهذا يمكن التساؤل عن مدى صحة الإجازة الصادرة عن هذا النائب؟

والجواب أنه لا تصح الإجازة التي تصدر عن النائب الشرعي؛ لأن الإجازة تبرع، وهو لا يملك التبرع بمال من ينوب عنه لكون ذلك ضاراً، وولايته مقيدة بالمصلحة حسب الجمهور (13)، وهو أيضاً ما يستخلص من عبارة « تصرف الرجل الحريص » التي جاء بها المشرع في المادة 88 من ق. أ. ج؛ إذ أن الرجل الحريص يسعى في زيادة المال وتنميته لا التبرع به.

وبهمَّ جدًّا الإشارة إلى أن المجيز قد يكون كامل الأهلية لكنه عند الإجازة يكون مريضاً بمرض الموت، فحكمه أنه لا تنفذ إجازته إلا في حدود ثلث تركته بغير إجازة ورثته (14)، وهذا بناء على أن الإجازة تبرع كما سبق القول، وتبرعات المريض في حدود الثلث لسريان حكم الوصية عليها طبقاً

للمادة 776 / 1 من ق. م. ج، وهذا ما عليه الفقه الإسلامي؛ إذ ذكر العدوي أنه: «... وقوله فممنه ما يتوقف على الإجازة كأن يكون الوارث المجيز مريضاً فإنها صحيحة متوقفة على إجازة وارث المريض» (15).

### 3 - أن يكون المجيز سليم الإرادة

ويقصد بسلامة الإرادة أن تكون خالية من كل عيب قد يشوبها، وعيوب الإرادة هي: الغلط، التدليس، الإكراه، الاستغلال؛ فإذا قام بإرادة المجيز أحد هذه العيوب؛ تصبح إرادته غير سليمة، وبالنتيجة يكون تصرفه قابلاً للإبطال للعيب، وليس هذا إلا تطبيقاً للقواعد العامة.

ومثال الغلط أن يعتقد الوارث أنه يجيز تصرف مورثه الذي عقده لأجنبي، ثم يتبين له أنه قد أجاز التصرف الذي قام به المورث لأحد الورثة، أو العكس، فهنا المجيز قد وقع في غلط في الشخص، والشخص هنا محل اعتبار؛ لأن الإجازة تبرع، والشخص في التبرعات غالباً ما يكون مهماً ومحل اعتبار على خلاف عقود المعاوضة (16).

ومثال التدليس أن يلجأ المستفيد من الإجازة إلى تغليط الوارث بطرق احتيالية من أجل أن يجيز تصرف المورث له، ويجب في هذه الحالة أن تكون هذه الوسائل الإحتيالية هي التي أدت بالمجيز إلى الإجازة، أو بعبارة أخرى ما كان هذا الوارث ليحيز التصرف لو أنه لم يغلط.

أما الإكراه، فيمكن القول بأنه يجد مكانه هنا أكثر من غيره؛ إذ قد يرفض الوارث أن يجيز تصرف مورثه لأحد الورثة أو لأجنبي غير وارث، فيلجأ من له مصلحة من هذا التصرف إلى تهديد وإجبار الوارث على الإجازة، وفي هذه الحالة لم يبق للوارث خيار سوى الإجازة.

والاستغلال كذلك يجد حظه هنا؛ حيث يُستغل في الوارث ضعفه من طيش بين أو هوى جامع من طرف الشخص ذي المصلحة في إجازة تصرف المورث، ونتيجة للاستغلال يجيز الوارث تصرف مورثه الذي مس بحقه، أو بعبارة أخرى يُسقط حقه لصالح من استغله.

والواضح ممّا تقدّم أن إرادة الوارث غير سليمة ولا تتجه بكل اختيار وحرية للإجازة؛ لذا يجوز للوارث أن يطلب إبطال إجازته لتعيب إرادته، وليس هذا إلا تطبيقاً للقواعد العامة.

#### 4 - أن تقع الإجازة بعد موت المورث

يشترط لصحة الإجازة أن تصدر من الوارث بعد وفاة المورث، وهذا ما أشارت إليه المادة 189 من ق. أ. ج بنصها أنه: « لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي »، فيتبين من هذا النص أن المشرع الجزائري منع الوصية للوارث إلا بإجازة الورثة، ثم حدد الوقت الذي تصح فيه إجازة الورثة لهذه الوصية بشكل صريح وهو « بعد وفاة الموصي ».

وبالنسبة للوصية لغير الوارث، فالزائد على الثلث يخضع لإجازة الورثة أيضاً طبقاً للمادة 185 من ق. أ. ج، لكن الملاحظ أن المشرع لم يبين وقت إجازة الزائد على الثلث هل في حال حياة المورث ( الموصي ) مطلقاً أم في مرض الموت أم بعد الموت مثل إجازة الوصية للوارث؟

والظاهر أنه لا شيء يدعو للتمييز بين زمن إجازة الزائد على الثلث وإجازة الوصية للوارث؛ لذا فإنه يصح القول بأن وقت إجازة الزائد على الثلث هو بعد موت المورث، ويؤكد هذا القول أكثر؛ أن تقدير الثلث والزائد على الثلث يكون عند القسمة أي بعد وفاة المورث، لأنه الوقت الذي تنفذ فيه الوصية ويستقر فيه مال التركة، وبعد سداد الديون (17).

والقول بأن وقت الإجازة هو بعد وفاة المورث يجد أصله في الفقه الإسلامي، حيث ذكر ابن قدامة أنه: « لا يعتبر الرد والإجازة إلا بعد موت الموصي، فلو أجازوا قبل ذلك، ثم ردوا، أو أذنوا لموروثهم في حياته بالوصية بجميع المال، أو بالوصية لبعض ورثته، ثم بدا لهم فردوا بعد وفاته، فلهم الرد، سواء كانت الإجازة في صحة الموصي أو مرضه. نصَّ عليه أحمد، في رواية أبي طالب. وروي ذلك عن ابن مسعود. وهو قول شريح، وطاوس، والحكم، والثوري، والحسن بن صالح، والشافعي، وأبي ثور، وابن المنذر، وأبي حنيفة، وأصحابه » (18) إلا أنه من الفقهاء من قال بخلاف هذا فاعتبروا الإجازة قبل الموت صحيحة، وهذا ما أشار إليه ابن قدامة بقوله: « وقال الحسن، وعطاء، وحماد ابن أبي سليمان، وعبد الملك بن يعلى، والزهري، وربيعة، والأوزاعي، وابن أبي ليلى: ذلك جائز عليهم... وقال مالك: إن أذنوا له في صحته، فلهم أن يرجعوا، وإن كان ذلك في مرضه، وحين يحجب عن ماله، فذلك جائز عليهم » (19).

ولعل الفقهاء الذين قالوا بصحة الإجازة في مرض الموت بنوا ذلك على أن الورثة يبدأ تعلق حقهم بمال المورث من هذا الوقت، وبالتالي فمن بداية تعلق حقهم بالمال يملكون إجازة أو رد التصرفات التي قد تمس بحقهم، لكنهم لم يراعوا مسألة أن الوقت الذي يتحدد فيه الوارث قطعاً وغير الوارث، وأوان ثبوت الإرث والمملك للوارث هو بعد موت المورث، والقول بصحة الإجازة في مرض الموت يجعل صدورها من غير الوارث فعلاً ممكنة؛ إذ قد يميز وارث في مرض موت مورثه يظهر حين الإجازة أنه وارث لا محالة، ثم يحول دون ميراثه بعد الموت مانع، فعندها ما مصير الإجازة التي صدرت منه إلا البطلان، أي تكون الإجازة التي صدرت من الشخص المظنون ميراثه تصرّف بلا جدوى، فالأخذ بهذا الرأي يجعلنا نقول للشخص أجز أو رُدّ التصرف، بعدها إذا المورث نجا من مرضه المظنون بأنه مرض الموت أو تبين أنك لا ترث؛ فإن تصرفك حينها يعتبر باطلاً، وهذا يجعلني أقول بأن الإجازة على هذا النحو مبنية على الاحتمال والظن، وتأسيسها على القطع واليقين أرجح حتى لا يكلف شخص بعمل لا جدوى منه.

والواضح أن المشرع الجزائري قد أخذ في المادة 189 المذكورة آنفاً برأي الجمهور ولم يأخذ بقول المالكية.

### ثالثاً- التصرفات المقيدة بإجازة الورثة

يتوقف نفاذ بعض تصرفات المورث على إجازة الورثة، وتتمثل في التي يمكن أن تمس بحق الورثة في المال، وهي التصرفات التبرعية أو المنطوية على تبرع، ومنها: الوصية للوارث وبالزائد على الثلث، والبيع في مرض الموت، والهبة والإبراء والوقف في مرض الموت، وكل تصرّف ينطوي على تبرع مهما كانت التسمية التي تعطى له إذا كان في مرض الموت أو مضافاً إلى ما بعد الموت، وهذا ما نصّت عليه المادتان 776 و777 ق. م. ج، وهو ما عليه الفقه الإسلامي؛ إذ ورد في المغني أنه: « ما أعطى في مرضه الذي مات فيه، فهو من الثلث. وجملة ذلك أن التبرعات المنجزة كالعق، والمحابة، والهبة المقبوضة، والصدقة، والوقف، والإبراء من الدين، والعفو عن الجناية الموجبة للمال، إذا كانت في الصحة فهي من رأس المال، لا نعلم في هذا خلافاً. وإن كانت في مرض مخوف اتصل به الموت، فهي من ثلث المال، في قول جمهور العلماء...» (20).

ويمكن تفصيل هذه التصرفات كما يأتي:

## 1 - الوصية

قبل الخوض في التفاصيل أشير إلى أن المقصود بالوصية هنا هي الوصية بمعناها الضيق، والوصية بهذا المعنى لا يهم زمن انعقادها سواء في حال الصحة أو في مرض الموت طالما أن تنفيذها في كلا الحالتين مرجحاً لما بعد الموت.

ولأن الوصية تصرّف جائر شرعاً وقانوناً بشروط معينة؛ فإنه يحق للشخص إجراؤها بمراعاة شروطها والتي من بينها: ألا تكون لوارث، وأن تكون في حدود ثلث التركة.

لكن قد يحدث ويوصي المورث محترماً قيد الثلث لكن إما أن يغفل شرط ألا يكون الموصى له وارثاً، أو يتعمد الإيضاء لوارث لتفضيله أو لغاية معينة، وقد يوصي لقريب لا يرث وقت الوصية ثم بعد الموت يصير الموصى له وارثاً؛ إذ العبرة في الوارث في باب الوصية من يرث فعلاً وقت الموت (21)، فيختل أحد شروط الوصية وهو ألا يكون الموصى له وارثاً.

كما قد يقع أن يوصي الشخص بوصية مراعيماً قيد الثلث، فيقل المال عند الموت فتصير الوصية قد تجاوزت الثلث، وقد يتعمد الإيضاء بما يزيد على ثلثه، فيكون قد اختل شرط عدم تجاوز الثلث.

فإذا انتفى أحد الشرطين المتقدمي الذكر أو كلاهما؛ كانت وصية المورث قد تعدت حدودها المشروعة، مما يعني مساسها بحق الورثة في المال، ولهذا قد تصدى الشرع الحنيف لهذه الأحوال فجعل الوصية إذا ما تجاوزت الثلث لغير الوارث متوقفة على إجازة الورثة؛ لأن الزائد على الثلث لا يملكه المورث لقول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: « إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم » (22)، كما جعل الوصية للوارث ولو لم تتجاوز الثلث متوقفة على إجازة باقي الورثة للعديد من الحكم ومنها أن الله تعالى قد أعطى لكل ذي حق حقه، والوصية لوارث زيادة له عمّا حدّ الله تعالى له (23)، وهذا خرق للقواعد الشرعية بصفة عامة ولقواعد الميراث بشكل خاص، وقد قال تعالى بعد أن قسم الميراث: ﴿ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ نُذِخْ لَهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُّهِينٌ ﴾ (24).

ولما لم يكن المورث يملك حق الوصية لوارثه؛ كان تصرفه المخالف لهذا المبدأ تصرفاً فيما لا يملك، وما لا يملكه هو ملك لورثته، ومن هنا، فالوصية للوارث بأكملها تمس بحق الورثة، فتتوقف كلية على إجازتهم.

وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري؛ إذ جعل الوصية في الزائد على الثلث متوقفة على إجازة الورثة في المادة 185 من ق. أ. ج، والوصية للوارث مطلقاً متوقفة على إجازة باقي الورثة في المادة 189 من ق. أ. ج.

## 2 - الهبة في مرض الموت

تعدُّ الهبة عقداً تبرعياً بكونها تملكاً بلا عوض، ومن هذا المنطلق فهي تخضع لقاعدة أن تبرعات المريض في حكم الوصية، وهذا ما ورد في الفقه الإسلامي حيث: « قال ابن المنذر: أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم أن حكم الهبات في المرض الذي يموت فيه الواهب حكم الوصايا » (25).

وهذا ما سار عليه المشرع الجزائري حيث نصَّ في المادة 204 من ق. أ. ج أن: « الهبة في مرض الموت، والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية »، وهذا النص حقيقة ليس إلا تكراراً لنص المادة 776 / 1 من ق. م. ج، بالتالي كان على المشرع الاستغناء عنه أو الاكتفاء بالإحالة فيه فقط.

ولما كانت الهبة في مرض الموت تخضع للأحكام الموضوعية للوصية شرعاً وقانوناً، فإنه يترتب على ذلك أنها تنقذ في حدود ثلث التركة إذا كانت لغير وارث ويتوقف ما تجاوز الثلث على إجازة الورثة، وتقف في كل مقدارها ولو قلَّ عن الثلث على إجازتهم إذا كانت لوارث، أي أن هبة المريض تتوقف على الإجازة مثل الوصية تماماً.

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يدق التمييز بين أنواع الهبة في سريان حكم الوصية عليها فيستوي أن تكون هبة عين أو هبة منفعة؛ لأن علة إخضاع الهبة لحكم الوصية تتوفّر في كلا النوعين، كما أن الحكم مطلق ولذا فهو على إطلاقه طالما لم يوجد ما يقيدده.

كما يستوي أن تكون الهبة ظاهرة أو مستترة؛ إذ أنه حتى ولو سترت الهبة تحت اسم تصرف آخر فإنها تخضع للأحكام الموضوعية للهبة وتأخذ حكم الوصية إن صدرت في مرض موت المتصرف

(26)، ومثال ذلك ستر الهبة بالإقرار بالدين، حيث يقر الشخص لآخر بدين عليه، والحقيقة أنه غير مدين وإنما قصد الالتزام على سبيل التبرع، فهذه هبة مستترة، فإن صدرت في مرض الموت كان لها حكم الوصية (27).

### 3 - الإبراء في مرض الموت

يعدُّ الإبراء من التصرفات التبرعية؛ إذ هو إسقاط الدائن لحقه لصالح مدينه، وبالتالي يأخذ حكم التبرعات؛ فإن صدر في حال صحة المبرئ يكون ناجزاً، أما إذا صدر في مرض الموت فيأخذ حكم الوصية، أي يتوقف نفاذ هذا الإبراء على إجازة الورثة، فإن كان المبرأ وارثاً لم يهم مقدار الدين المبرأ منه وتوقف في جميعه على إجازة باقي الورثة، أما إذا كان المبرأ أجنبياً أي غير وارث فينقذ الإبراء له في حدود ثلث التركة بلا إجازة، وما تجاوز الثلث يتوقف عليها (28).

وهذا ما سار عليه المشرع الجزائري، حيث نصَّ في المادة 306 / 1 من ق. م. ج أنه: « تسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع »، ومن هذه الأحكام؛ ما تضمنته المادة 776 من نفس القانون، وبالتالي فإذا صدر الإبراء في مرض الموت يأخذ حكم الوصية على النحو الذي تم تفصيله.

### 4 - الوقف في مرض الموت

لم يرد في القانون المتعلق بالأوقاف (29) نص يتعلق بالوقف في مرض الموت، إلا أنه أحال في المادة 2 إلى أحكام الشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليه فيه.

كما أنه بالرجوع إلى النصوص المتعلقة بالوقف في قانون الأسرة نجد المادة 215 تحيل إلى المادة 204 التي تعطي الهبة في مرض الموت حكم الوصية، فيفيد كل هذا أن الوقف في مرض الموت يعطى حكم الوصية كذلك، وهذا ما عليه أحكام الشريعة الإسلامية؛ إذ ذكر ابن قدامة أن: « الوقف في مرض الموت، بمنزلة الوصية، في اعتباره من ثلث المال؛ لأنه تبرع، فاعتبر في مرض الموت من الثلث كالتعق والهبة. وإذا خرج من الثلث، جاز من غير رضا الورثة، ولزم، وما زاد على الثلث، لزم الوقف منه في قدر الثلث ووقف الزائد على إجازة الورثة » (30)، وهذا يتعلق بشرط الثلث، لكن هل يقف الوقف للوارث على الإجازة ولو لم يتعد الثلث؟ والجواب أنه: « اختلفت الرواية عن أحمد

في الوقف في مرضه على بعض ورثته، فعنه: لا يجوز ذلك، فإن فعل وقف على إجازة سائر الورثة... وهو مذهب الشافعي. والرواية الثانية، يجوز أن يقف عليهم ثلثه، كالأجانب... قال الخبيري: وأجاز هذا الأكثرون... ولنا، أنه تخصيص لبعض الورثة بماله في مرضه، فمنع منه، كالهبات ولأن كل من لا تجوز له الوصية العين، لا تجوز بالمنفعة، كالأجنبي فيما زاد على الثلث» (31).

والمشروع الجزائري لما أحال للمادة 204 التي تخضع الهبة في مرض الموت لحكم الوصية؛ فإنه مع عدم التخصيص قد أطلق الحكم، فجعل حكم الوقف تماماً كالهبة في مرض الموت، ومن ذلك أن كلاهما يتوقف مهما كان مقداره على إجازة الورثة إذا كان لوارث.

## 5 - البيع في مرض الموت

قد يتبادر هنا السؤال عن سبب تقييد البيع بإجازة الوارث رغم أنه ليس تبرعاً بل معاوضة؟ والجواب أن البيع رغم كونه من عقود المعاوضة إلا أنه قد ينطوي على تبرع ومحاباة، ويظهر هذا في البيع بثمن أقل من قيمة الشيء المبيع، أما إذا كان البيع بثمن المثل أو بثمن أكبر من قيمة المبيع فلا محاباة ولا تبرع.

وتنص المادة 408 من ق. م. ج أنه: « إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزاً إلا إذا أقره باقي الورثة.

أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلاً للإبطال».

ويتبين من هذا النص أن المشرع قد ميّز بين البيع لوارث والبيع لأجنبي، فاعتبر الأول غير نافذ إلا بإجازة باقي الورثة سواء كان البيع بثمن يساوي قيمة المبيع أو بأقل من ذلك، وهو القول الراجح في المذهب الحنفي وبه قال أبو الخطاب من الحنابلة (32)، وهذا الرأي شدّد حماية حق الورثة حيث لم يكتف بحماية حقهم في قيمته فقط بل حماه في عينه أيضاً (33)، والثاني نافذاً لكنه قابل للإبطال وذلك على أساس أنه غير مصادق عليه، وهذا التعبير الذي أتى به المشرع غامض، وكان الأحسن أن يأخذ حكم البيع في المرض للغير وارث عن المذهب الحنفي أيضاً (34)، وبذلك ينص أنه: « إذا تم البيع في نفس الظروف للغير وارث بما يقل عن قيمة المبيع فيتوقف فيما يجاوز الثلث على إجازة الورثة،

فإن لم يجيزوا كان للمشتري أن يرد للتركة ما يفى بتكملة ثلثيها أو يطلب الفسخ»، وهذا مذهب الأحناف (35).

والجدير بالذكر أن التصرف يخضع لأحكام المادة 408 من ق. م. ج بعدما يثبت المتصرف إليه عكس القرينة الواردة في المادة 776 / 3 أي أن التصرف بيع وأنه دفع الثمن.

### خاتمة

بناء على ما تقدم، تعدُّ الإجازة وسيلة فعالة تضمن للوارث حقه وتحميه من إضرار المورث، وقد كان للشريعة الإسلامية فضل السبق إلى تقريرها وبيان أحكامها؛ إذ لم تترك ضرراً إلا وسدّت بابه، كما أقرها المشرع الجزائري ضمن نصوص الوصية.

لكن يعاب على المشرع عدم تفصيله لأحكام الإجازة، وكان من الضروري النص عليها بشكل دقيق لاسيما وأنها تؤثر كثيراً في تقرير مصير الحقوق والتصرفات الموقوفة عليها.

والمقترح هو أن يضع المشرع نصوصاً إضافية توضح كافة جوانب الإجازة كتحديد طبيعتها القانونية وكيفية انعقادها وشروط صحتها وبيان التصرفات المقيدة بها، حتى يسهل على القاضي خاصة إيجاد الأحكام جاهزة دون أن يضطر للعودة إلى الشريعة والمعاناة من صعوبة الترجيح بين الآراء الفقهية، وإعادة النظر في النصوص القانونية الموجودة بإزالة الغموض والنقص الذي يعتريها وبالأخص المادة 408 / 2 من ق. م. ج المتعلقة بالبيع لغير وارث، وكذا حذف نص المادة 204 من ق. م. أ. ج لكونها تكراراً لحكم المادة 776 / 1 من ق. م. ج.

وبتدارك النقائص يحقق المشرع هدفين، أولهما: توضيح مسألة الإجازة بشكل يتعذر معه الخلط بينها وبين غيرها من الأنظمة ويقلُّ معه الوقوع في الأخطاء، والثاني: كلما كانت المسألة مفصلة كان ذلك سداً لباب التحايل والتأويل، وفي ذلك تجسيد لفعالية الإجازة كوسيلة تحمي حق الورثة.

### الهوامش:

(1) أبو عبد الله محمد الخرشني، علي العدوي، الخرشني على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية العدوي، الجزء الثامن، الطبعة الثانية، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، مصر، 1317 هـ، ص 171.

(2) أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، لبنان، 1995، ص 342 - 343.

- (3) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، الجزء الثامن، الطبعة الثالثة، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1997، ص 396.
- (4) المرجع نفسه، ص 396 – 397.
- (5) بخلاف ما لو كانت هبة مبتدأة فحينها تكون عقداً، ومن ثم لا بد فيه من قبول المجاز له أي الموهوب له من المجيز ولا بد من الحيازة أيضاً.
- (6) المحكمة العليا، قرار رقم 241885 مؤرخ في 14 / 03 / 2001، المجلة القضائية، العدد الأول، السنة 2002، ص 133.
- (7) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المرجع السابق، ص 397.
- (8) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الرابع: البيع والمقايضة، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص 332 (الهامش).
- (9) أحمد عبد الجواد، أصول علم الموارث، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، لبنان، 1998، ص 45.
- (10) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الثامن، الطبعة الثانية، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، سورية، 1985، ص 42.
- (11) قانون رقم 84 – 11 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة، ج ر عدد 24 الصادرة في 12 / 06 / 1984، معدّل ومتّمّم بالأمر رقم 05 – 02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، ج ر عدد 15 الصادرة في 27 / 02 / 2005.
- (12) أمر رقم 75 – 58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78 الصادرة في 30 / 09 / 1975، معدّل ومتّمّم إلى غاية القانون رقم 07 – 05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق 13 مايو سنة 2007، ج ر عدد 31 الصادرة في 13 / 05 / 2007.
- (13) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص 428 وما بعدها.
- (14) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 331 (هامش رقم 2).
- (15) أبو عبد الله محمد الخرخشي، علي العدوي، المرجع السابق، ص 171.
- (16) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الجزء الأول: مصادر الإلتزام: العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2006، (د. د. ن.)، ص 169.
- (17) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني (الميراث والوصية)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 272.
- (18) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المرجع السابق، ص 405.
- (19) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المرجع السابق، ص 406.
- (20) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المرجع السابق، ص 473 – 474.
- (21) السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثالث: المعاملات، الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، لبنان، 1971، ص 595.
- (22) أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، الطبعة الأولى، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، (د. د. ت. ن.)، حديث رقم 2709، ص 460.
- (23) محمد بن صالح العثيمين، تفسير آيات الأحكام، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الغد الجديد للنشر والتوزيع، مصر، 2007، ص 513.
- (24) سورة النساء، الآية 14.
- (25) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المرجع السابق، ص 271.
- (26) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، الجزء الخامس: الهبة والشركة، ص 95.
- (27) المرجع نفسه، ص 87، 95.
- (28) وهبة الزحيلي، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص 332.

(29) قانون رقم 91 - 10 مؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق 27 أبريل سنة 1991 يتعلق بالأوقاف، ج ر عدد 21 الصادرة في 08 / 05 / 1991، معدّل وتمتمّ بالقانون رقم 01 - 07 المؤرخ في 28 صفر عام 1422 الموافق 22 مايو سنة 2001، ج ر عدد 29 الصادرة في 23 / 05 / 2001، وبالقانون رقم 02 - 10 المؤرخ في 10 شوال عام 1423 الموافق 14 ديسمبر سنة 2002، ج ر عدد 83 الصادرة في 15 / 12 / 2002.

(30) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المرجع السابق، ص 215.

(31) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المرجع السابق، ص 217 - 218.

(32) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، الجزء السابع والثلاثون: مرض الموت - مصاهرة، الطبعة الأولى، دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت، 1997، ص 19.

(33) يرى بعض الشافعية والحنابلة أن حق الوارث في القيمة فقط دون الأعيان، ويرى الجمهور أن حق الوارث يشمل الأعيان أيضاً؛ لأن في الأعيان غرضاً صحيحاً، وهبة الزحيلي الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 96.

(34) أشرت للمذهب الحنفي بالتحديد لكونه يتفق مع توجه المشرع الجزائري في اعتبار أن حق الورثة قائم في العين والمقدار معاً.

(35) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المرجع السابق، ص 16.