

الجمهورية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية العظمى

كلية القانون



جامعة التحدي

قسم الشريعة الإسلامية

" تصرفات المريض مرض الموت في الشريعة الإسلامية والقانون "
دراسة مقارنة

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الإجازة العالية "الماجستير"

إعداد الطالب

أبوبكر علي علي أمعرف

إشراف الأستاذ الدكتور
سليمان محمد الجروشي

العام الجامعي: 2008 – 2009 م.

الجمهورية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية العظمى

كلية القانون

جامعة التحدي

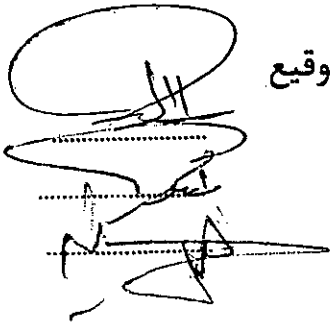
قسم الشريعة الإسلامية

(تصرفات المريض مرض الموت في الشريعة الإسلامية والقانون)

"دراسة مقارنة"

قدمت هذه الدراسة استكمالاً لنيل درجة التخصّص العالي "الماجستير"

إعداد الطالب // إيوكر علي علي أمعرف

التوقيع


مشرفاً ورئيساً
ممتحناً خارجياً
ممتحناً داخلياً

لجنة المناقشة /

الأخ / أ.د. سليمان محمد الجروشي
الأخ / د. غيث محمود الفاخري
الأخ / د. هواري سيّد حسنين

تاريخ المناقشة 15 / 04 / 2009 ف.

يعتمده
د. خليفة طالح أحواس
أمين اللجنة الشعبية لكلية القانون



أعوذ بالله من الشيطان الرجيم
بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ
وَلْتَنْظُرْ نَفْسٌ مَّا قَدَّمَتْ لِغَدٍ وَاتَّقُوا اللَّهَ
إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ﴾

صدق الله العظيم

سورة المشر الآية (18)

الإهداء

إلى والدتي ووالدي بارك الله في عمرهما.

إلى روح جدي الذي علمني أن الصدق والتواضع من أنقى شيم الرجال.

إلى أسرتي التي غرست فيّ حب العلم.

إلى كل من قدم لي يد العون والمساعدة لإظهار هذا العمل إلى حيز

الوجود.

أهدي هذا العمل المتواضع

الباحث

شكر و تقدير

يقول تعالى في كتابه العزيز: ﴿...لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ وَلَئِن كَفَرْتُمْ إِنَّ عَذَابِي لَشَدِيدٌ﴾⁽¹⁾.

إنها للحظات جميلة ووقفات عزيزة أن أتقدم بخالص الشكر والتقدير والاحترام إلى كل من مد لي يد العون والمساعدة ولو بكلمة، فأتقدم بخالص الشكر والتقدير والعرفان بالجميل إلى والدي العزيزين - رعاهما الله وحفظهما - على ما لقيتهُ منهما من تشجيع ورعاية وصبرٍ طيلة مدة الدراسة، وإنني كنتُ أحسُّ في ثنايا بحثي بشيءٍ من التيسيرِ أحسبُه بفضلِ الله تعالى، ثم ببركة دعائهما لي، فأسألُ الله تعالى أن يجزيهما عني خيرَ الجزاءِ وأن يمدَّ في عمرهما على طاعتهِ وأن يوفقني إلى برهما بفضلِ عنايتهِ.

كما أتقدم بالشكر الجزيل والثناء العميق إلى المشرفِ العالمِ الجليلِ الأستاذ الدكتور/ سليمان محمد الجروشي أستاذُ الفقه المقارن، رئيس قسم الشريعة الإسلامية بكلية القانون بجامعة قارون، الذي شرفني بإشرافه على هذه الدراسة، ولا أنسى الرعاية الكريمة التي شملني بها طيلة سنوات الدراسة، فلم تقتصرُ رعايتهُ على الإشراف فحسب، بل حظيت برعايته خلال السنة التمهيدية في الدراسات العليا، فكان نعم الأب والأستاذ في وقت واحد، فلم يألُ جهداً في توجيهه والإرشاد والتعليم والتقويم مُلبساً جميع ذلك بلباس النصيحة الصادقة والتحفيز المستمر، مع خالص امتناني وعرفاني لما أولاني من نصحٍ وعنايةٍ فائقين، والشكرُ موصولٌ لفضيلة الشيخين الكريمين الدكتور/ غيث الفاخري والدكتور/ هواري حسنين، الذي كان لتوجيهاتهما خلال السنة التمهيدية الأثر الكبير في شغفي لسلوك طريق البحث العلمي .

كما أتوجه بالشكر الجزيل والثناء العميق إلى اللجنة الشعبية لكلية القانون بجامعة التحدي والعاملين فيها، وأخص بالشكر أمينها الدكتور/ خليفة صالح أحواس

جزى الله الجميع عني خير الجزاء.

الباحث

(1) سورة إبراهيم، جزء من الآية رقم 7

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي من عظيم منته أن جعل الإسلام شريعة للعباد، منزهة من التناقض والفساد، وجعلها كفيلاً وافية بمصالح خلقه في المعاش والمعاد، مبرأة من كل نقص، مطهرة من كل دنس، مؤسسة على العدل والحكمة والمصلحة والرحمة، أمرت بكل صلاح ونهت عن كل فساد وأباحت كل طيب وحرمت كل خبيث، شعارها الصدق وقوامها الحق وحكمها الفصل وميزانها العدل فهي الميزان القسط الذي توزن فيه الأقوال والأفعال .

أما بعد :

فإن مفهوم التصرف باعتباره كل ما يصدر عن الشخص المميز المختار من قول أو فعل يرتب عليه الشارع آثاراً ونتائج، قد تكون في صالحه وقد تكون مضرّة له وفي صالح غيره، فهو ينقسم إلى نوعين من التصرفات: تصرفات إنشائية وهذه قد تكون فعلية لا أساس للعمل اللساني فيها، أي وقائع مادية يقوم بها الشخص كالغضب والإتلاف وإنقاد الغريق، وقد تكون قولية عقدية يتم فيها اتفاق إرادتين على إحداث أثر شرعي كالبيع والزواج والخلع، وقد تكون قولية غير عقدية، وهذه الأخيرة قد تكون شاملة لإرادة وعزيمة مبرمة من صاحبها منصبة على إنشاء حق كالوقف أو إنهائه كالطلاق أو إسقاطه كالإبراء، وقد تكون أقوالاً لا يراد بها إنشاء حق ولا إسقاطه ويترتب عليها نتائج وحقوقاً كالإقرار، ولما كان المال عصب الحياة والإنسان مخول في الانتفاع به بالطريقة التي ترضي الله من غير إسراف أو تبذير، فإن الشارع الحكيم أوجب المحافظة عليه وإنفاقه في الحدود والمسالك التي حددها بعيداً عن الأهواء، فالإنسان له أن يتصرف في ماله لتحقيق مصالح شخصية له ولغيره، إلا أنه يجب أن يكون هذا التصرف هدفه هو فعل الخير والبر، بحيث يؤدي ذلك إلى صلة الأرحام وتقوية وتماسك المجتمع، ويجب ألا يؤدي تصرفه هذا إلى حصول شقاق وخصام وكرامية بين أبناء المجتمع الواحد.

وبما أن الإنسان لا يبقى على حال واحدة من الصحة والقوة بل يعتريه الضعف، ومن ذلك الضعف المرض الذي يؤدي به إلى الموت، وعند موته تزول

أهليته ويفقد شخصيته وتتعدم ذمته وتنتقل أملاكه إلى غيره، ومتى ما ظهرت علامات ذلك المرض يصبح كل من ورثته أو من يتعامل معه في حالة ترقب متخوفين من كل تصرفاته مخافة أن تؤثر على حقوقهم، وقد لاحظ فقهاء الشريعة الإسلامية أن الإنسان نادراً ما يلجأ إلى مثل هذه التصرفات في شبابه وصحته، وأنه غالباً ما يلجأ إليها إبان مرضه وفي آخر حياته، ونظراً لما قد يترتب على تصرفاته من خصومات وعدم استقرار في المجتمع والعديد من المشاكل الاجتماعية والقانونية، فقد وضعوا لذلك نظرية مرض الموت، وتقوم هذه النظرية على تقييد تصرفات المريض مرض الموت و من في حكمه وإعطائها حكم الوصية، فلا تنفذ تصرفاته إذا كان مقصوداً بها التبرع إلا طبقاً لأحكام الوصية، وهذا التقييد مرده إلى تعلق حق الورثة والدائنين بأموال المريض من تاريخ المرض .

أهمية الموضوع :

و تأتي أهمية الموضوع في أنه يتناول أحد حالاتي الإنسان وهي حالة المرض، وتصرف الإنسان في هذه الحالة لم يحظ بالدراسة والاهتمام من الناحية الشرعية والقانونية، خاصة في ظل ظهور عدد من الأمراض لم يكن معروفاً من قبل مثل: " الإيدز - الكبد الوبائي - السرطان " وسأحاول في هذه الدراسة أن أتناول تصرفات المريض مرض الموت الشائعة من بيع، وهبة، وإقرار بمال أو دين، وزواج، وطلاق وخلع، بشيء من التفصيل الذي ينجلي معه اللبس والغموض، مبيناً آراء المدارس الفقهية الإسلامية والقوانين العربية في كل مسألة من المسائل بأسلوب سهل ودون تعقيد، الأمر الذي يسهل على كل باحث الإطلاع على آراء الفقهاء والقوانين الوضعية التي تحكم هذه التصرفات، بل إنه يسهل على واضعي القوانين إمكانية أن يعمل هؤلاء على تطوير القوانين بما يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية .

أسباب اختيار الموضوع :

لقد فكرت في اختيار موضوع للبحث الذي سأقدم به إلى كلية القانون بجامعة التحدي فجالت بخاطري موضوعات متعددة إلا إنه راق لي أن أكتب في موضوع تصرفات المريض مرض الموت، وأخذت لبحثي عنوان: (تصرفات المريض مرض الموت في الشريعة الإسلامية والقانون دراسة مقارنة)، وذلك لعدة أسباب منها:-

- أ- استكمال جهد علمي بذلته في المرحلة التمهيدية حيث تقدمت بعدة أبحاث وأوراق عمل، تتناول أحكام تصرفات المريض مرض الموت في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية.
- ب- عرض الموضوع عرضاً متناسقاً يبرز عظمة التشريع الإسلامي لكل من لم يذوق له طعماً ولم تتفتح بصيرته على نوره حتى يدرك ما فيه من كنوز علمية ونظريات قانونية وما يتمتع به من مرونة وسعة تجعله صالحاً لمعالجة القضايا وحل للمشكلات ومسايرة أرقى الحضارات في كل العصور في جميع الأصقاع.
- ج- بالرغم من أن موضوع تصرفات المريض مرض الموت موجود في كتب الفقه، إلا أنه لم يجمع في باب واحد، بل بقي مفرقاً وموزعاً هنا وهناك، فرأيت أن جمعه في مكان واحد يستحق هذا الجهد والعمل، حيث سيسهل على الباحث الوقوف على جوانب الموضوع .
- د- أهمية الموضوع في حياة الناس الواقعية؛ لأن أكثر المنازعات تقع فيه، وهذا ما يدل عليه ازدياد عدد المترددين على مكاتب المحامين ومحرري العقود الذين يستوضحون عن رأي القانون والشريعة الإسلامية في بعض تصرفات المريض مرضاً خطيراً في قضايا مثل: (البيع - الهبة - الزواج - الطلاق).
- هـ- في شهر النوار من العام (2001 مسيحي) وأثناء مراجعتي لمكتب الجسوزات وجدت رجلاً يبلغ من العمر (50) عاماً تقريباً، طلب مني مساعدته بإيصاله إلى منزله، وأثناء قيامي بذلك رأيت على أصبعه الإبهام أثر البصم، فدفعتني فضولي أن أسأله عن ذلك ففاجأني بما لم أكن أتوقعه، وهو أنه عندما أصيب بمرض السرطان تزوج امرأة من جمهورية مصر، وبعد أن وصل به المرض إلى المرحلة الأخيرة طلب منه أبناؤه من زوجته الأولى (الليبية) أن يطلق الزوجة الثانية (المصرية)، وهو الآن يجدد جواز سفره للقيام بذلك، فدفعتني ذلك إلى قراءة ما جاء في تصرفات المريض مرض الموت حتى تكونت لدي فكرة جيدة عن الموضوع تجعلني أنس في نفسي أن أقدم شيئاً جديداً إن شاء الله.

إشكاليات الموضوع :

البحث في موضوع تصرفات المريض مرض الموت في البيع والهبة والإقرار والزواج والطلاق والخلع يثير العديد من الإشكاليات التي تحتاج إلى نظر، وأول سؤال يتبادر إلى الذهن أثناء النظر في هذه الموضوعات هو حكم بيع المريض مرض الموت هل يقع صحيحاً؟ وإذا كان كذلك، هل يُعدُّ بيعه لكافة الأفراد مهما كانت درجة قرابتهم نافذاً؟ أم أنه غير صحيح ويقع باطلاً، وكذلك بالنسبة إلى الهبة والإقرار بالمال والدين والزواج، فهل يحق للمريض بمرض الموت أن يهب ويقر بمال أو دين ويتزوج؟ وإذا كان يحق له ذلك فهل هو مطلق التصرف دون حدود أم أن هناك حدوداً وقيوداً ينبغي أن لا يتجاوزها؟ وإذا طلق زوجته هل يقع طلاقه؟ كل هذه الأسئلة وغيرها هي إشكاليات سيتم مناقشتها في هذه الدراسة.

منهج البحث :

منهجي الذي سرت عليه في معالجة هذا الموضوع هو أنني أعرض المسألة وأذكر فيها آراء الفقهاء ومدارسهم الفقهية مقارناً بين المدارس الفقهية المشهورة في أكثر المسائل التي تضمنتها هذه الدراسة بالإضافة إلى آراء فقهاء الصحابة والتابعين، وبعض القوانين المدنية وقوانين الأحوال الشخصية، فإذا انتهيت من ذلك اخترت الرأي الذي ظهر لي رجحانه لقوة دليله أو تحقيقه مصلحة أو دفعه مفسدة وذكرت حجتني لذلك، وإذا لم يظهر لي رجحان احدها اكتفيت بحكاية الخلاف؛ لأن الترجيح لا يكون بالهوى والتشهي من غير دليل ولا برهان وأحسب أنني لم أتعصب لرأي ولا لفريق في ترجيحي وإنما كان قصدي الحق دون انقصاص للجانب الآخر.

كما سأقوم بنسب الآيات القرآنية ناسباً كل الآيات إلى سورها وأرقامها، وبتخريج الأحاديث والآثار معتمداً في ذلك على كتب الصحاح ومستعيناً ببعض مصادر الحديث الأخرى، وبترجمة للأعلام.

نطاق البحث :

سيشمل نطاق البحث رأي المدارس الفقهية التالية: الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، في البيع والهبة والإقرار بمال أو دين والزواج والطلاق والخلع، باعتبارها من التصرفات الشائعة التي تقع منازعات بشأنها بين الأفراد، وسأستقي رأي الفقهاء في كل مدرسة فقهية من الكتب المعتمدة لهذه المدرسة،

كما شملت الدراسة القانون في الأردن وتونس وسوريا وليبيا ومصر، بالإضافة إلى رأي القضاء في هذه البلدان.

الدراسات السابقة :

لقد سبق تناول هذا الموضوع في دراسات سابقة منها :-

أ- بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن من المعهد العالي للقضاء بالسعودية للعام الجامعي 1979 م بعنوان أحكام المريض في الفقه الإسلامي "العبادات والأحوال الشخصية" للطالب/ أبي بكر إسماعيل محمد ميقا وقد ركز فيه على أحكام العبادات ولم يعط القسم الثاني من الرسالة "الأحوال الشخصية" القدر الكافي من التوضيح .

ب- بحث مقدم لنيل درجة دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص بكلية الحقوق بجامعة دمشق للعام الجامعي 2000 م بعنوان البيع في مرض الموت للطالبة/ صفاء أمين باتر، تناولت فيه بيع المريض في القانون السوري وذلك بشكل مختصر جداً .

ج- كتاب الوجيز في تصرفات المريض مرض الموت للمستشار/ عزت كامل، وقد تناول فيه بعض تصرفات المريض وفقاً للقضاء والقانون المصري دون أن يشير إلى القوانين العربية الأخرى، بل إنه لم يشر إلى آراء المذاهب الفقهية إلا في حالات نادرة.

د- كتاب التركة والحقوق المتعلقة بها المواريث علماً وعملاً، الوصية، تصرفات المريض مرض الموت لكل من المرحوم الشيخ/ أحمد إبراهيم بك والمستشار/ واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، وقد تناولت فيه تصرفات المريض مرض الموت غير أنهما ركزا على المذهب الحنفي وعلى القانون المصري.

هـ- كتاب بعنوان مرض الموت وآثاره في الشريعة والقانون تأليف الدكتور محمد الزحيلي، تناول فيه بعض تصرفات المريض بشكل مختصر جداً .

صعوبات البحث:

تتمثل هذه الصعوبات في قلة المصادر والمراجع المتعلقة بموضوع الدراسة في مكتبتنا، وقد تغلبت على هذه الصعوبات بالبحث المتواصل، والاستعانة ببعض المعلومات الموجودة في الأقراص الإلكترونية وبعض مواقع شبكة المعلومات الدولية

المصادر الفقهية المستخدمة في البحث :

سبق أن أشرت بأن نطاق البحث سيشمل المدارس الفقهية التالية: الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، وسأنتقل آراء كل مدرسة من كتبها المعتمدة، فمنها ما هو مختصر ومنها ما هو مفصل، حيث قام الفقهاء بالتعليق عليه وشرحه حسب الأصول المعمول بها في كل مدرسة، وأشير إلى هذه الأصول وبعض التصانيف التي استعنت بها على النحو التالي :

مدرسة الأحناف: مؤسس هذه المدرسة هو الإمام النعمان بن ثابت بن زوطي بن كاوس بن هرمز، ولد بالكوفة سنة ثمانين من الهجرة ومات ببغداد سنة خمسين ومائة من الهجرة، كان يبيع الخبز ويطلب العلم، ثم انقطع للدرس والإفتاء⁽¹⁾؛ و منهجه في استنباط الأحكام يقوم على الأخذ بالقرآن الكريم فما وجد من أحكام في القرآن لا يبحث عنه في غيره وما لم يجده في القرآن بحث عنه في السنة، وما وجد من أحكام في السنة لا يبحث عنه في غيرها، وقد كان يتشدد في قبول الحديث ولا يقبل الاحتجاج إلا بالحديث المتواتر والمشهور، أما خبر الأحاد فلا يأخذ به إلا بشروط: هي ألا يعمل الراوي بخلاف ما رواه، وأن لا يكون موضوع الحديث مما يكثر وقوعه بين الناس، وأن يكون موضوع الحديث موافقاً للقياس والأصول الشرعية إذا كان الراوي غير فقيه، وما لم يجده في السنة بحث عنه في ما أجمع عليه الصحابة، وما لم يجده في كل ذلك بحث عنه في أقوال الصحابة فيما ليس فيه مجال للاجتهاد؛ لأنه في حكم الخبر المرفوع إلى النبي - صلى الله عليه وسلم -، فيقدمه على القياس، أما ما كان فيه مجال للعقل والاجتهاد فلا يقدمه على القياس إلا إذا وجد معه دليلاً آخر يرجحه، وما لم يجده في أقوال الصحابة فيما ليس فيه مجال للاجتهاد عمل فيه بالقياس، وقد توسع في الأخذ به كما أخذ بالاستحسان وهو أكثر الأئمة أخذاً به فكان ينظر إلى معاملات الناس وما استقاموا عليه فيمضي الأمور على القياس فإذا قبح القياس يمضيها على الاستحسان، كما أخذ بالعرف وقدمه على القياس عند التعارض، ولقد كان لأصحاب الإمام الفضل في تدعيم مذهبه ونشره، إلا أن هؤلاء التلاميذ لم يكونوا مقلدين للإمام في كل أقواله، وإنما كانوا

(1) ينظر طبقات الحنفية: عبد القادر بن أبي الوفاء محمد بن أبي الوفاء القرشي، دار مير محمد كتبه خانه، كراتشي، ج 1 ص 26-30، طبقات الفقهاء، إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبو إسحاق، تحقيق: خليل الميس، دار القلم، بيروت، ج 1 ص 87.

متفقين معه في أصوله وقواعد استنباطه دون أن يلتزموا موافقته في فروعه واجتهاداته، ومن أشهر هؤلاء التلاميذ أبو يوسف (*) ومحمد (**) وزفر (***)، ومن تصانيف هذه المدرسة (1) :

المبسوط: لأبي بكر محمد بن سهل السرخسي (****) ألف كتابه المبسوط شرحاً لكتاب الكافي للحاكم الشهيد أبي الفضل محمد بن محمد المروزي (*****)، إمام الحنفية في عصره، ويعتبر المبسوط كتاباً قيماً من أكبر ما صنّف في الفقه والفقه المقارن، وقد استوعب هذا الكتاب جميع أبواب الفقه، ومنهج السرخسي في كتابه أنه يذكر المسألة ويستدل لها على مذهب الحنفية ثم يذكر آراء بعض المذاهب الأخرى وأدلتها، ثم يناقشها ويرد عليها بما يراه الحق، وكثيراً ما يجمع بين أدلة الحنفية وأدلة مخالفينهم جمعاً حسناً لا تعارض فيه، وأكثر ما يذكره من المذاهب مذهب الشافعي ومالك.

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للشيخ أبي بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني (*****)، وهو شرحٌ لكتاب تحفة الفقهاء للسمرقندي (*****)، وهو من أسلس كتب الفقه التي تهتم بعرض مسائل الفروع وذكر الخلاف فيها بين فقهاء الأحناف وغيرهم من فقهاء المذاهب الأخرى .

(*) هو أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي القاضي ولد سنة ثلاث عشرة ومائة هجري ومات ببغداد سنة اثنتين وثمانين ومائة هجري، وكان من أصحاب الحديث ثم غلب عليه الرأي، وأخذ الفقه عن محمد بن عبد الرحمن أبي ليلى ثم عن أبي حنيفة، وتقه أحمد، ومن تصانيفه: الخراج، ينظر طبقات الحنفية، مرجع سابق، ج 2 ص 220-222، طبقات الفقهاء، مرجع سابق، ج 1 ص 141. (** هو أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد بن الشيباني، صحب أبا حنيفة وأخذ عنه الفقه ثم عن أبي يوسف، وصنف الكتب ونشر علم أبي حنيفة، ويروي الحديث عن مالك ودون الموطأ وحدث به عن مالك، وكتب عنه يحيى بن معين الجامع الصغير، توفي سنة سبع وثمانين ومائة هجري، من تصانيفه: الجامع الكبير والجامع الصغير؛ ينظر طبقات الحنفية، مرجع سابق، ج 2 ص 42-44. (***) هو ابن الهذيل بن قيس العنبري البصري الكوفي، كان أبوه من أهل أصفهان، ولد سنة عشر ومائة هجري، فقيه إمام من تلاميذ أبي حنيفة، كان من أصحاب الحديث، توفي سنة ثمان وخمسين ومائة هجري، ينظر طبقات الحنفية، مرجع سابق، ج 1 ص 534-536. (1) المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، د. محمد مصطفى شلبي، دار النهضة العربية، بيروت، تاريخ الطبع 1981 م، ص 171-178، نظرية الفقه في الإسلام، د. محمد كمال الدين إمام، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، بيروت، تاريخ الطبع 1998 م، ص 260-262.

(****) هو شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي من أهل سرخس بلدة في خراسان، كان إماماً في فقه الحنفية، لازم الإمام شمس الأئمة أبا محمد عبد العزيز الطلواني، وأملى كثيراً من كتبه علي أصحابه وهو في السجن، توفي في الثالث عشر من رمضان سنة تسع وثلاثين وأربعمائة هجري، من تصانيفه: المبسوط في الفقه والأصول في أصول الفقه، وشرح المير الكبير للإمام محمد بن الحسن، ينظر طبقات الحنفية، ج 2 ص 28، 29، الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين، خير الدين الزركلي، الطبعة الثامنة، دار الملايين، بيروت، تاريخ الطبع 1989 م، ج 3 ص 326.

(***** هو محمد بن أحمد بن عبد الله بن عبد المجيد بن إسماعيل المروزي الشهيد أبو الفضل البلخي، ولي قضاء بخارى، يروى عن أحمد بن حنبل وغيره، سمع منه أئمة خراسان، توفي سنة أربع وثلاثين وثلاثمائة هجري، ينظر طبقات الحنفية، مرجع سابق، ج 2 ص 112، 113. (***** علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، فقيه حنفي، تفقه على محمد بن أحمد بن أبي أحمد السمرقندي المنعوت علاء الدين وقرأ عليه معظم تصانيفه مثل التحفة في الفقه وغيرها من كتب الأصول، وصنف كتاب البدائع وهو شرح التحفة وعرضه على شيخه فازداد فرحاً به وزوجه ابنته وجعل مهرها منه ذلك، وله غير البدائع من المصنفات منها السلطان المبين في أصول الدين، توفي سنة سبع وثمانين وخمس مائة هجري، ودفن بظاهر حلب، ينظر طبقات الحنفية، مرجع سابق، ج 2 ص 244-246. (***** هو محمد بن أحمد بن أبي أحمد أبو منصور السمرقندي صاحب تحفة الفقهاء تفقهت عليه ابنته فاطمة العاملة الصالحة وكانت تحفظ التحفة وتفقه عليه أيضاً زوجها أبو بكر الكاساني صاحب كتاب البدائع، ينظر طبقات الحنفية، مرجع سابق، ج 2 ص 6.

مدرسة المالكية: مؤسس هذه المدرسة هو الإمام مالك بن أنس بن مالك الأصبحي الأنصاري، أخذ العلم عن نافع(*) مولي ابن عمر، والزهري(**)، ونظرانهم وكان مشهوراً بالتثبيت والتحري، اشتهر في فقهه بإتباع الكتاب والسنة وعمل أهل المدينة، ميلاده ووفاته بالمدينة⁽¹⁾، ومنهجه في استنباط الأحكام يقوم على الأخذ بالقرآن الكريم فما وجده من أحكام في القرآن لا يبحث عنه في غيره، وما لم يجده في القرآن بحث عنه في السنة وما وجده من أحكام في السنة لا يبحث عنه في غيرها، ولم يشترط في الأخذ بخبر الأحاد إلا موافقته لعمل أهل المدينة، وما لم يجده في السنة بحث عنه في ما أجمع عليه الصحابة وما لم يجده في كل ذلك بحث عنه في عمل أهل المدينة وهو عنده مقدم على القياس وخبر الأحاد؛ لأن عملهم بمنزلة روايتهم عن الرسول - صلى الله عليه وسلم - وهو عنده رواية جماعية أولى بالتقديم من الرواية الفردية، وما لم يجده في كل ذلك بحث عنه في أقوال الصحابة متى صح سنده، ولم يخالف الحديث المرفوع فيقدمه على القياس، ومن الأصول التي اعتمدها الإمام مالك العمل بالمصلحة المرسله التي لم يشهد لها نص من الشارع بالاعتبار أو الإلغاء، كما أخذ بالاستحسان ومبدأ سد الذرائع، ولقد كان لأصحاب الإمام الفضل في تدعيم مذهبه ونشره، ومن أشهر هؤلاء التلاميذ أبو عبد الرحمن بن القاسم(***) وأبو محمد عبد الله بن وهب بن مسلم(***)، ومن تصانيف هذه المدرسة⁽²⁾:

(*) هو أبو عبد الله نافع المدني مولي عبد الله بن عمر بن الخطاب من أئمة التابعين بالمدينة، مجهول النسب أصابه ابن عمر صغيراً في بعض مغازيه كان علامة في فقه الدين، أرسله عمر بن عبد العزيز إلى مصر ليعلم أهلها السنن، كان كثير الرواية للحديث ولا يعرف له خطأ في جميع ما رواه، مات سنة تسع عشرة ومائة هجري، ينظر سير أعلام النبلاء، محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي، تحقيق: شعيب الأرنؤوط ومحمد نعيم القرسوسي، الطبعة التاسعة، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1413 هـ ج5 ص95-101.

(**) هو محمد بن مسلم بن عبد الله بن شهاب، من بني زهرة من قریش، تابعي من كبار الحفاظ والفقهاء مدني سكن الشام، هو أول من دون الأحاديث النبوية، ودون معها فقه الصحابة، قال أبو داود: جميع حديث الزهري "2200" حديث، أخذ عن بعض الصحابة وأخذ عنه مالك بن أنس، ولد الزهري في سنة ثمان وخمسين هجري في آخر خلافة معاوية وهي السنة التي ماتت فيها عائشة ومرض وأوصى أن يدفن على قارعة الطريق ومات لسبع عشرة خلت من رمضان سنة أربع وعشرين ومائة هجري وهو ابن خمس وسبعين سنة، ينظر طبقات الفقهاء، مرجع سابق، ج1 ص47،48، صفة الصفاة، عبدالرحمن بن علي بن محمد أبو الفرج، تحقيق: محمود فاخوري ودمحمد رواس قلعه جي، الطبعة الثانية، دار المعرفة، بيروت، 1979م، ج2، ص:136،139.

(1) ينظر الديباج المذهب، إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون اليعمري المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت، ج1: ص17، 18.

(**) هو عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة العتقي، جمع ابن القاسم بين الفقه والورع وصحب مالكا عشرين سنة وتفقه به، وكان لا يقبل جوائز السلطان وكان يقول ليس في قرب الولاة ولا في الذنوب منهم خير، روى عن مالك والليث وغيرهم، لم يرو أحد الموطأ عن مالك أثبت منه وروى عن ابن مالك (المدونة)، وروى عنه أصبغ وسحنون وغيرهم، توفي بمصر سنة إحدى وتسعين ومائة هجري، ينظر الديباج المذهب، مرجع سابق، ج1 ص146، طبقات الفقهاء، مرجع سابق، ج1 ص155، الأعلام للرزكلي، مرجع سابق، ج3 ص323.

(****) هو عبد الله أبو محمد بن وهب بن مسلم القرشي مولى يزيد بن ربحانة تفقه بمالك والليث وابن دينار وغيرهم، وقال: أدركت من أصحاب ابن شهاب أكثر من عشرين رجلاً وقال: صحبت مالكا عشرين سنة، وقال أحمد بن حنبل: ابن وهب عالم صالح فقيه كثير العلم صحيح الحديث ثقة، كان مولده في ذي القعدة أربع وعشرين ومائة هجري، وتوفي سنة سبع وتسعين ومائة هجري، ينظر الديباج المذهب، مرجع سابق، ج1: ص132،133.

(2) المنخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، مرجع سابق، ص184-191، نظرية الفقه في الإسلام، مرجع سابق، ص262-270.

المدونة الكبرى: للإمام مالك بن أنس بن مالك الأصبحي الأنصاري إمام دار الهجرة وأحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة، وتعتبر أشرف ما ألف في الفقه المالكي من الدواوين، وهي أصل المذهب وعمدته، وقد جمعت المدونة جميع أبواب الفقه، والغالب على منهج المدونة أن يسأل الإمام سحنون(*) الإمام عبد الرحمن بن القاسم فيجيب هذا بما سمعه من الإمام مالك، وإذا لم يحفظ في المسألة عن مالك شيئاً يجيب ويسند الجواب إلى نفسه، كما أنه كثيراً ما يعرض المسائل الفقهية عرضاً علمياً بعيداً عن صيغة السؤال والجواب .

الذخيرة: للشيخ أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن بن عبد الله الصنهاجي الملقب بشهاب الدين المعروف بالقرافي(**)، وتعتبر الذخيرة أهم المصنفات في الفقه المالكي خلال القرن السابع الهجري وآخر الأمهات في هذا المذهب، وتميزت بدقة التعبير وسعة الأفق وسلاسة الأسلوب وجودة التقسيم والتبويب، الأمر الذي يضيف عليها من جهة أخرى طابع الجدة والحداثة، ويمكن أن يعد من مميزات الذخيرة عناية المؤلف بإبراز أصول الفقه المالكي حيث لا يكاد المؤلف يأتي بمسألة من مسائل فروع العبادات أو المعاملات إلا أبان أصل حكمها وحجج المختلفين فيها من الأئمة والفقهاء مبرزاً أدلة المالكية بصفة خاصة بعد عبارة لنا، دون إغفال أدلة الآخرين سيراً مع الخطة التي قررها في المقدمة .

مدرسة الشافعية: مؤسس هذه المدرسة هو الإمام محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع، نشأ يتيماً في حجر أمه بمكة، أقبل على الرمي حتى فاق فيه الأقران، ثم أقبل على العربية والشرع فبرع في ذلك وتقدم، ثم حبب إليه الفقه فساد أهل زمانه، حدث عنه أحمد بن حنبل وأبو ثور(***)، اجتمع له فقه مدرستي الرأي

(*) هو عبدالسلام بن سعيد سحنون بن سعيد بن حبيب التنوخي، أصله من حمص، أخذ سحنون العلم بالقيروان من مشايخها، ورحل في طلب العلم في حياة مالك وهو ابن ثمانية عشر عاماً وكانت رحلته إلى ابن زياد بتونس، وكان سحنون ثقة حافظاً للعلم، وعنه انتشر علم مالك بالمغرب، ولى قضاء أفريقية سنة أربع وثمانين ومائتين هجري، فلم يزل قاضياً إلى أن توفي سنة أربعين ومائتين هجري، من مصنفاته: المدونة جمع فيها فقه الإمام مالك، ينظر إلى الديباج المذهب، مرجع سابق، ج1 ص160-165 سير أعلام النبلاء، مرجع سابق، ج12 ص63،64.

(**) هو شهاب الدين أبو العباس أحمد بن أبي العلاء إدريس بن عبد الرحمن بن عبد الله الصنهاجي البهنسي المصري، انتهت إليه رئاسة الفقه على مذهب مالك رحمه الله تعالى، كان إماماً بارعاً في الفقه والأصول وله معرفة بالتفسير وتخرج به جمع من الفضلاء وأخذ كثيراً من علومه عن الشيخ الإمام العلامة الملقب بسلطان العلماء عز الدين بن عبد السلام الشافعي وأخذ عن الإمام العلامة شرف الدين محمد بن عمران الشهير بالشريف الكركي، وألف كتاباً مفيدة منها كتاب الذخيرة وكتاب التنقيح في أصوله الفقه وهو مقدمة الذخيرة وتوفي عام أربعة وثمانين وستمئة هجري ودفن بالقرافة، ينظر الديباج المذهب، مرجع سابق، ج1 ص62-66.

(***) هو أبو ثور إبراهيم بن خالد الكلبى، صاحب الشافعي وأخذ عنه، وله مصنفات كثيرة يذكر فيها الاختلاف ويحتج لاختياره، وله كتاب ذكر فيه اختلاف مالك والشافعي وذكر مذهبه في ذلك، وهو أكثر ميلاً إلى الشافعي في ذلك الكتاب وفي كتبه كلها، وتوفي أبو ثور ببغداد سنة أربعين ومائتين هجري، ينظر الانتقاء في فضائل الأئمة الفقهاء، أبي عمر يوسف عبد البر النمري القرطبي، دار الكتب العلمية، بيروت، ج1 ص107.

والحديث ولذلك استفاد من وجهات النظر المختلفة، ومذهب الشافعية عبارة عن قسمين مذهب قديم ومذهب جديد، فالمذهب القديم هو ما نقل عنه في العراق وقام بإملائه على تلاميذه، فقام بتصنيف كتاب الرسالة وهو ببغداد، واشتمل هذا الكتاب على علم جديد هو علم أصول الفقه ثم أعاد تصنيفه مرة أخرى عندما ذهب إلى مصر، أما المذهب الجديد فكونه في مصر حيث عدل كثيراً من آرائه التي قالها بالعراق إلى آراء أخرى إما لزيادة اطلاعه واكتمال مداركه الفقهية أو بسبب اختلاف البيئة والطباع مابين مصر والعراق، ودون مذهبه الجديد في كتابه الشهير بالأم⁽¹⁾، ومنهجه في استنباط الأحكام يقوم على الأخذ بالقرآن الكريم فما وجده من أحكام في القرآن لا يبحث عنه في غيره، وما لم يجده في القرآن بحث عنه في السنة، وما وجده من أحكام في السنة لا يبحث عنه في غيرها، وما لم يجده في السنة بحث عنه فيما أجمع عليه الصحابة -رضوان الله عليهم- وهو عنده مقدم على خبر الأحاد كما كان يعمل بالقياس والمصلحة المرسلّة ولا يعترف بالاستحسان، ولقد كان لأصحاب الإمام الفضل في تدعيم مذهبه ونشره، ومن أشهر هؤلاء التلاميذ الربيع بن سليمان بن عبد الجبار بن كامل المرادي^(*)، وكان الشافعي يحبه وقال له يوماً ما أحبك إليّ وقال: ما خدمني أحد قط ما خدمني الربيع بن سليمان، وقال له يوماً يا ربيع لو أمكنتني أن أطعمك العلم لأطعمتك، ومن تصانيف هذه المدرسة⁽²⁾:

الأم: للشيخ محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع أحد أئمة المذاهب الأربعة، وإليه ينتسب الشافعية، ويعتبر كتاب الأم أصلاً للمذهب الشافعي، رواه عن الإمام تلميذه الربيع بن سليمان بن عبد الجبار بن كامل المرادي، فقد جمع بين دفتيه جميع أبواب الفقه حيث رتبته على كتب وجعل تحت كل منها عدة أبواب ويفتح الكتاب والباب غالباً بآية من القرآن الكريم أو حديث شريف ثم يعقب هذا باستنباط الأحكام المستفادة منها بطريقة موضوعية دقيقة وبشكل مفصل .

(1) ينظر طبقات الشافعية الكبرى تاج الدين بن علي بن عبد الكافي المبكي، تحقيق: محمود محمد الطناجي ود. عبد الفتاح محمد الطور، الطبعة الثانية، دار هجر للطباعة والنشر، 1413 هـ ج 2 ص 71-74، طبقات الحنابلة، محمد بن أبي يعلى أبو الحسين، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار المعرفة، بيروت، ج 1 ص 280-284؛ سير أعلام النبلاء، مرجع سابق، ج 10 ص 5-7.

(*) هو الربيع بن سليمان بن عبد الجبار بن كامل المرادي، صاحب الشافعي وراوي كتبه ولقد تعارض هو وأبو إبراهيم المزني في رواية فقدم الأصحاب روايته مع علو قدر أبي إبراهيم علماً ودينًا وجمالة وموافقة ما رواه للقواعد، ولد الربيع سنة أربع وسبعين ومائة هجري، واتصل بخدمة الشافعي وحمل عنه الكثير وحدث عنه به، وكان الشافعي يحبه وقال له يوماً ما أحبك إلى وقال ما خدمني أحد قط ما خدمني الربيع بن سليمان، وقال له يوماً يا ربيع لو أمكنتني أن أطعمك العلم لأطعمتك، توفي سنة سبعين ومائتين هجري، ينظر طبقات الشافعية الكبرى، مرجع سابق، ج 2: ص 131-134 .

(2) المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، مرجع سابق، ص 192-199، نظرية الفقه في الإسلام، مرجع سابق، ص 270-271 .

المهذب: للشيخ الإمام الزاهد الموفق أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي^(*)، ويعتبر كتاب المهذب من أمهات الكتب في المذهب الشافعي التي يعول عليها في دراسته ومعرفة أقوال فقهاءه، وتعليل الآراء والأحكام، وقد بدأ المصنف تصنيفه في عام 455 هـ وانتهى منه عام 469 هـ، وقد قسم المؤلف كتابه إلى كتب وكل كتاب إلى أبواب وقسم الباب إلى فصول، وفي بعض الأحيان يقسم الكتاب إلى فصول وذلك في الكتب التي تعالج موضوعات لا تكثر فيها الفروع ولا تنتشعب فيها المسائل ككتاب الصداق، ويقوم بذكر آراء فقهاء المذهب الشافعي بأدلتها ولا يتجاوزها إلى غيره من المذاهب وغالباً ما يذكر صاحب الرأي ثم يناقشه على ضوء ما قيل في المذهب .

مدرسة الحنابلة: مؤسس هذه المدرسة هو الإمام أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني، أصله من مرو، ولد ببغداد سنة أربع وستين ومائة من الهجرة، ومات في رجب يوم الجمعة سنة إحدى وأربعين ومائتين من الهجرة، وكان إمام الناس في الحديث وكان ورعاً خيراً فاضلاً عابداً، امتحن في أيام المأمون والمعتصم ليقول بخلق القرآن فأبى وأظهر الله علي يديه مذهب أهل السنة له المسند وفيه ثلاثون ألف حديث، وفضائل الصحابة وغيرها⁽¹⁾، ومنهجه في استنباط الأحكام يقوم على الأخذ بالقرآن الكريم فما وجد من أحكام في القرآن لا يبحث عنه في غيره، وما لم يجده في القرآن بحث عنه في السنة، وما وجد من أحكام في السنة لا يبحث عنه في غيرها، وما لم يجده في السنة بحث عنه فيما أفتى به الصحابة إن لم يعلم لهم مخالف فيه، وإذا اختلف الصحابة اختار ما بين أقوالهم ما هو أقرب إلى الكتاب والسنة، ولا يخرج عن أقوالهم، فإن لم يتبين له موافقة أحد الأقوال ذكر الخلاف فيها ولم يجزم بقول، كما كان يأخذ بالحديث المرسل والحديث الضعيف إذا لم يكن في الباب شيء يدفعه ويرجحه على القياس، كما كان يستعمل القياس للضرورة عند فقدان النص وقول الصحابي والأثر المرسل والحديث الضعيف، ولقد كان

(*) هو إبراهيم بن علي بن يوسف بن عبد الله الشيخ إسحاق الشيرازي ولد بفيروزآباد قرية من قرى شيراز في سنة ثلاث وتسعين وثلاثمائة هجري، قرأ الفقه على أبي عبد الله البيضاوي وغيره، دخل بغداد في شوال سنة خمس عشرة وأربعمائة هجري، قرأ الأصول على أبي حاتم القزويني والفقه على جماعة منهم القاضي أبو الطيب انتهت إليه رئاسة المذهب، وكان الشيخ أولاً يدرس في مسجد بباب المراتب إلى أن بنى له الوزير نظام المالك المدرسة على شاطئ دجلة فانتقل إليها ودرس بها بعد تمنع شديد، توفي سنة ست وسبعين وأربعمائة هجري، من تصانيفه: المهذب في الفقه، والنكت في الخلاف، ينظر طبقات الشافعية، أبو بكر بن أحمد بن محمد بن عمر بن قاضي شهبة، الطبعة الأولى، تحقيق: حافظ عبدالمعطي خان، عالم الكتب، بيروت، تاريخ الطبع 1404 هـ، ج1 ص238-240.
(1) ينظر طبقات الحنابلة، مرجع سابق، ج1 ص4-9، سير أعلام النبلاء، مرجع سابق، ج11 ص177، 178، طبقات الفقهاء، مرجع سابق، ج1 ص101-107.

لأصحاب الإمام الفضل في تدوين مذهبه ونشره، ومن أشهر هؤلاء التلاميذ ابنه صالح(*) وابنه عبدالله(**) وأبو بكر الخلال(***) وأبو القاسم الخرقى(****)، ومن تصانيف هذه المدرسة(1):

المغني: للشيخ أبي محمد عبد الله بن أحمد المشهور بابن قدامة المقدسي(****)، وهو شرح على مختصر الإمام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله الخرقى، ويعتبر موسوعة في الفقه الإسلامي، بالإضافة إلى كونه من أهم كتب المذهب في الفقه الحنبلي ولقد لخص فيه ابن قدامة المذاهب الإسلامية كلها بأدلتها، ويذكر المؤلف منهجه في الكتاب بقوله: " وقد أحببت أن أشرح مذهبه واختياره، ليعلم ذلك من اقتفى آثاره وأبين في كثير من المسائل ما اختلف فيه مما أجمع عليه، وأذكر لكل إمام ما ذهب إليه تبركاً بهم وتعريفاً لمذاهبهم، وأشير إلى دلائل بعض أقوالهم على سبيل الاختصار والاقتصار من ذلك على المختار، وأعزو ما أمكنني عزوه من الأخبار إلى كتب الأئمة من علماء الآثار، لتحصل الثقة بمدلولها والتمييز بين صحيحها ومعلولها، فيعتمد على معروفها ويعرض عن مجهولها "(2).

الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للشيخ علاء الدين أبي الحسن بن سليمان المرداوي، شرح به كتاب المقنع لموفق الدين عبد الله بن محمد بن قدامة؛ لأنه كتاب جامع لأكثر الأحكام كما قال عنه مصنفه: " إلا أنه أطلق في بعض مسائله الخلاف من غير ترجيح فاشتبه على الناظر فيه الضعيف من الصحيح "(3)، وجعل المرداوي

(*) صالح أحمد بن حنبل ويكنى بأبي الفضل، ولي القضاء بأصبهان ومات بها سنة ست وستين ومائتين هجري، ينظر طبقات الفقهاء، مرجع سابق، ج 1 ص 171.

(**) هو عبد الله أحمد بن حنبل وكنيته أبو عبد الرحمن، وكان عالماً بعلل الحديث وأسماء الرجال مات ببغداد سنة تسعين ومئتين هجري وله تسع وتسعون سنة، ينظر طبقات الفقهاء، مرجع سابق، ج: 1 ص: 171.

(***) هو أبو بكر أحمد بن هارون الخلال، أخذ العلم من المروزي وصالح وعبد الله بن أحمد، مات سنة إحدى عشرة وثلاثمائة هجري، وله مصنفات كثيرة في الفقه منها كتاب الجامع في المذهب، ينظر طبقات الفقهاء، مرجع سابق، ج: 1 ص: 173.

(****) هو أبو القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله الخرقى ببغداد، من كبار فقهاء الحنابلة، رحل عن بغداد لما ظهر بها سب الصحابة زمن بني بوية، وترك كتبه في بيت ببغداد فاحترق ولم تكن تنتشر، وبقي منها مختصرة المشهور بـ (مختصر الخرقى الذي شرحه ابن قدامة في المغني) وغيره، ينظر طبقات الحنابلة، مرجع سابق، ج: 2 ص: 75، 76، طبقات الفقهاء، مرجع سابق، ج: 1 ص: 173، الأعلام للزركلي، مرجع سابق، ج 5 ص 44.

(1) المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، مرجع سابق، ص 200-240، نظرية الفقه في الإسلام، مرجع سابق، ص 271-272.

(****) هو عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، من قري نابلس بفلسطين، خرج من بلده صغيراً مع عمه عندما ابتليت بالصليبيين واستقر بدمشق واشترك مع صلاح الدين في محاربه الصليبيين، رحل في طلب العلم إلى بغداد أربع سنين ثم عاد إلى دمشق، قال عز الدين بن عبد المللم: (ما طابت نفسي بالإفتاء حتى صار عندي نسخة من المغني للموفق ونسخة من المحلي لابن حزم) من تصنيفه: المغني في الفقه شرح مختصر الخرقى والكافي وله في الأصول روضة الناظر، ينظر الأعلام للزركلي، مرجع سابق، ج 4 ص 67.

(2) المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، 1405 هـ، ج: 1 ص: 18.

(3) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد ابن حنبل، أبي الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرداوي، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج: 1 ص: 3.

همه تبين الصحيح من المذهب والمشهور والمعول عليه وما اعتمده أكثر الأصحاب وذهبوا إليه ولم يعرجوا على غيره ولم يعولوا عليه، كما ذكر الكتب التي رجع إليها في كتابه والتي بلغت (144) كتاباً، ويعتبر كتاب الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف أطول ما كتب في الفقه الحنبلي، وقد جمع فيه مؤلفه كل ما قيل في المذهب من أقوال وروايات ثم بين الصحيح منها، وقد ذكر في كل مسألة ما نقل فيها من الكتب وكلام علماء المذهب من المتقدمين والمتأخرين .

وسأتناول دراستي هذه بإذن الله في فصل تمهيدي و فصلين وخاتمة تتضمن أهم النتائج والتوصيات، وذلك على النحو التالي:

فصل تمهيدي: ماهية مرض الموت وتميزه عما قد يختلط به ويأخذ حكمه.

المبحث الأول: تعريف مرض الموت وشروطه وعلاقته بالأهلية وإثباته.

المطلب الأول: تعريف مرض الموت.

المطلب الثاني: الشروط الواجب توفرها في المريض مرض الموت.

المطلب الثالث: علاقة مرض الموت بالأهلية والحكمة من تقييد تصرفات المريض فيه.

المطلب الرابع: إثبات مرض الموت.

المبحث الثاني: أنواع الأمراض وما يأخذ حكم تصرفات المريض مرض الموت من الأصحاء.

المطلب الأول: أنواع الأمراض.

المطلب الثاني: الضوابط والمعايير التي وضعها الفقهاء لتحديد الأشخاص الأصحاء الذين تأخذ تصرفاتهم حكم تصرفات المريض مرض الموت.

المطلب الثالث: الأشخاص الأصحاء الذين تأخذ تصرفاتهم حكم تصرفات المريض مرض الموت

الفصل الأول: أثر مرض الموت على التصرفات المالية للمريض.

المبحث الأول: البيع في مرض الموت.

المطلب الأول: تعريف البيع ومشروعيته والحكمة منه.

المطلب الثاني: بيع المريض مرض الموت بمثل القيمة.

المطلب الثالث: بيع المريض مرض الموت بالمحاباة

المطلب الرابع: إجازة الورثة في بيع المريض مرض الموت.

المبحث الثاني: الهبة في مرض الموت.

المطلب الأول: تعريف الهبة ومشروعيتها.

المطلب الثاني: أثر القبض في هبة المريض.
المطلب الثالث: القدر الذي تجوز فيه هبة المريض مرض الموت.
المطلب الرابع: هبة المريض مرض الموت لو ارثه.
المطلب الخامس: هبة المريض مرض الموت لغير وارثه.
المطلب السادس: هبة المريض مرض الموت الذي لا وارث له.
المبحث الثالث: الإقرار في مرض الموت.
المطلب الأول: تعريف الإقرار ومشروعيته.
المطلب الثاني: إقرار المريض لو ارثه بمال أو دين.
المطلب الثالث: إقرار المريض للأجنبي بمال أو دين.
المطلب الرابع: الإقرار بدين مشترك للوارث والأجنبي.
المطلب الخامس: الإقرار بديون في الصحة وديون في المرض
الفصل الثاني: أثر مرض الموت على تصرفات المريض في مسائل الأحوال الشخصية.

المبحث الأول: النكاح في مرض الموت.
المطلب الأول: تعريف النكاح لغةً واصطلاحاً ومشروعيته والحكمة من تشريعه.
المطلب الثاني: حكم النكاح في مرض الموت.
المطلب الثالث: المهر في مرض الموت.
المبحث الثاني: الطلاق في مرض الموت.
المطلب الأول: تعريف الطلاق ومشروعيته والحكمة منه.
المطلب الثاني: وقوع الطلاق في مرض الموت.
المطلب الثالث: ميراث المطلقة طلاقاً رجعياً في مرض الموت.
المطلب الرابع: ميراث المطلقة طلاقاً بائناً في مرض الموت.
المطلب الخامس: الوقت المحدد لميراث المطلقة طلاقاً بائناً في مرض الموت.
المطلب السادس: ميراث المطلقة في مرض الموت إذا كانت الفرقة بسببها.
المطلب السابع: عدة الطلاق في مرض الموت.
المبحث الثالث: الخلع في مرض الموت.
المطلب الأول: تعريف الخلع ومشروعيته والحكمة منه.
المطلب الثاني: حكم الخلع في مرض الموت.

المطلب الثالث: مقدار العوض هل هو من رأس المال أو من ثلث المال ؟.

المطلب الرابع: مقدار العوض في خلع المريضة مرض الموت.

المطلب الخامس: مقدار العوض في خلع المريض مرض الموت.

المطلب السادس: الإرث في الخلع في مرض الموت.

الخاتمة: تتضمن أهم النتائج والتوصيات.

وذيلت بحثي بملاحقه ومصادره ومراجعته ثم فهارسه.

وأخيراً فإنني لا أدعي أن هذه الدراسة قد خلّت من كلِّ عيبٍ وسلّمت من كلِّ نقصٍ، فإنني أعتقدُ تمامَ الاعتقادِ أنني مهّمًا بالغتُ في تحريرِها وتهذيبِها فلا بدَّ من وجودِ هفواتٍ وعثراتٍ ومآخذٍ تثيرُ الانتقادَ؛ إذ لا معصوم من الخطأ والنسيان إلا الأنبياء والرسل، قال المُرزبي (*) : قرأتُ كتابَ الرسالةِ على الشافعي ثمانينَ مرةً فما من مرةٍ إلا وكُنَّا نَقِفُ على خطأٍ فقال الشافعي: هيه أباي الله أن يكون كتاباً صحيحاً غير كتابه (1).

(*) أبو إبراهيم إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل بن عمرو بن ميمون المُرزبي، مولده في سنة خمس وسبعين ومائة هجري، تلميذ الشافعي، قال الشافعي المُرزبي ناصر مذهبي، وهو قليل الرواية ولكنه كان رأساً في الفقه، وحدث عنه أبو بكر بن زياد النيمابوري وأبو جعفر الطحاوي وغيرهم من المشارقة والمغاربة، وبه انتشر مذهب الإمام الشافعي، وكان يغسل الموتى تعبدًا واحتساباً وهو القائل تعنيت غسل الموتى ليرق قلبي فصار لي عادة، وهو الذي غسل الشافعي، توفي بمصر في العشر الأخر من رمضان سنة أربع وستين ومائتين هجري، صنّف كتباً كثيرة منها الجامع الكبير و الجامع الصغير والمنثور، ينظر طبقات الفقهاء، مرجع سابق، ج: 1 ص 109-189 ، سير أعلام النبلاء، مرجع سابق، ج 12 ص 394-492.

(1) كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام علي بن محمد البرزدي، علاء الدين بن عبد العزيز بن أحمد البخاري ، تحقيق: عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، تاريخ الطبع 1418هـ، ج: 1 ص: 9 .

فصل^{٢٤} تمهيدي

ماهية مرض الموت

وتمييزه عما قد يختلط به ويأخذ

حكمه.

تمهيد وتقسيم:

هذا الفصل هو تمهيداً لموضوع البحث فقد يتساءل سائل: ما هو مرض الموت ؟ وما هي شروطه وما علاقته بالأهلية ؟ وكيف يمكن إثباته ؟ وهل هناك أصحاء تنطبق على تصرفاتهم أحكام تصرفات المرضى ؟

هذا الفصل هو بمثابة إجابة على هذه التساؤلات وغيرها، حيث سأتناول تعريف مرض الموت لغةً واصطلاحاً وقانوناً وشروطه وعلاقته بالأهلية والحكمة من تقييد تصرفاته فيه وإثباته والأشخاص الذين تأخذ تصرفاتهم حكم تصرفات المريض مرض الموت، وسأتناول ذلك كله في مبحثين:

المبحث الأول: تعريف مرض الموت وشروطه وعلاقته بالأهلية وإثباته.

المبحث الثاني: أنواع الأمراض، وما يأخذ حكم تصرفات المريض مرض الموت من الأصحاء.

المبحث الأول

تعريف مرض الموت وشروطه وعلاقته بالأهلية وإثباته

وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول

تعريف مرض الموت

الفرع الأول

تعريف المرض والموت في اللغة والاصطلاح .

المرَضُ في اللغة : المرَضُ السَّقْمُ نَقِيضُ الصِّحَّةِ يكون للإنسان والبعير وهو اسم للجنس، قال سيبويه(*) المرَضُ من المَصَادِرِ كَالشَّغْلِ والعَقْلِ قالوا: أَمْرَاضٌ وَأَشْغَالٌ وَعُقُولٌ، ومرَضَ فلانَ مرَضاً ومرَضاً فهو مَرِضٌ ومرِضٌ ومرِضٌ والأنثى مَرِيضَةٌ ويقال أَتَيْتَ فلاناً فأمرَضْتَهُ أي وجدته مريضاً، والتَّمارِضُ أن يُرِيَّ من نفسه المرضَ وليس به، قال سيبويه أمرَضَ الرجلَ جعله مَرِيضاً ومرَضَهُ تمرِضاً قام عليه وولِيَهُ في مرَضِهِ وداواه لِيُزِيلَ مرَضَهُ .

ويقال المرَضُ والسَّقْمُ في البدن والدين جميعاً كما يقال الصِّحَّةُ في البدن والدين جميعاً، والمرَضُ في القلب يَصْلُحُ لكل ما خرج به الإنسان عن الصحة في الدين، ويقال قلب مَرِيضٌ من العداوة وهو النِّفاقُ.
وقال ابن الأعرابي(**): أصل المرَضِ النُّقْصَانُ وهو بدنٌ مريض ناقصُ القوَّةِ وقلب مَرِيضٌ ناقصُ الدين، وقال أيضاً: المرَضُ إِظْلَامُ الطَّبِيعَةِ واضْطِرَابُهَا بعد صَفَائِهَا واعتدالها(1).

وجاء في المعجم الوسيط أن المرض: هو كلُّ ما خرج بالكائن الحي عن حدِّ الصِّحَّةِ والاعتدال من علَّةٍ أو نفاقٍ أو تقصير في أمر(2) .

(*) هو عمرو بن عثمان بن قنبر وكان من أهل فارس من البيضاء ومنشؤه بالبصرة، وكنيته أبو البشر وسيبويه لقب، كان يطلب الآثار والفقهاء ثم لزم الخليل بن أحمد فبرع في النحو وقيل عاش اثنتين وثلاثين سنة وقيل نحو الأربعين، مات سنة ثمانين ومائة هجري، ينظر سير أعلام النبلاء، ج: 8، ص: 351، 352.

(**) هو أبو عبد الله محمد بن زياد بن الأعرابي الهاشمي ولد بالكوفة سنة خمسين ومائة هجري، مات بسامراء في سنة إحدى وثلاثين ومائتين هجري، له مصنفات كثيرة أدبية وتاريخ القبائل، ينظر سير أعلام النبلاء ج: 10، ص: 687، 688.

(1) لسان العرب، محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، الطبعة الأولى، دار صادر، بيروت، مادة مرض .

(2) المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بجمهورية مصر العربية، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، مصر، تاريخ الطبع 2004 م مادة مرض .

وجاء في مختار القاموس: "المرَضُ إِظْلَامُ الطَّبِيعَةِ، وَاضْطِرَابُهَا بَعْدَ صَفَائِهَا
وَاعْتِدَالِهَا. مَرِضٌ - كَفَرِحَ - مَرَضًا فَهُوَ مَرِيضٌ، وَمَرِضٌ، ج. مَرِاضٌ، وَمَرَضِيٌّ.
وَأَمْرَضُهُ: جَعَلَهُ مَرِيضًا، وَالتَّمْرِيضُ حُسْنُ الْقِيَامِ عَلَى الْمَرِيضِ"⁽¹⁾.

المرض في الاصطلاح: هو ما يعرض للبدن فيخرجه عن الاعتدال الخاص⁽²⁾.
الموت في اللغة: المَوْتُ ضد الحياة ماتَ يَمُوتُ وَيَمَاتُ أَيضاً فَهُوَ مَيِّتٌ وَ مَيِّتٌ مُشَدِّدٌ
وَمُخَفَّفٌ وَقَوْمٌ مَوْتَى وَأَمْوَاتٌ وَمَيِّتُونَ وَمَيِّتُونَ قَالَ اللهُ تَعَالَى: ﴿لِنُحْيِيَ بِهِ بَلْدَةً
مَيِّتًا...﴾⁽³⁾ ولم يقل مَيِّتَةً وَالْمَيِّتَةُ مَا لَمْ تَلْحَقْهُ الذِّكَاةُ⁽⁴⁾.

وقيل المَوْتُ في كلام العرب يُطْلَقُ عَلَى السُّكُونِ يُقَالُ مَاتَتْ الرِّيحُ أَي سَكَنْتُ،
والمَوْتُ يقع على أنواع بحسب أنواع الحياة فمنها ما هو بإزاء القوَّة النامية الموجودة
في الحيوان والنبات كقوله تعالى: ﴿...وَيُحْيِي الْأَرْضَ بَعْدَ مَوْتِهَا...﴾⁽⁵⁾ ومنها زوال
القوَّة الحسيَّة كقوله تعالى: ﴿فَأَجَاءَهَا الْمَخَاضُ إِلَى جِذْعِ النَّخْلَةِ قَالَتْ يَا لَيْتَنِي مِتُّ قَبْلَ
هَذَا وَكُنْتُ نَسِيًّا مَنْسِيًّا﴾⁽⁶⁾ ومنها زوال القوَّة العاقلة وهي الجهالة كقوله تعالى:
﴿أَوْ مَنْ كَانَ مَيِّتًا فَأَحْيَيْنَاهُ...﴾⁽⁷⁾ وقوله تعالى: ﴿إِنَّكَ لَا تُسْمِعُ الْمَوْتَى...﴾⁽⁸⁾
ومنها الحزنُ والخوفُ المُكَدِّرُ للحياة كقوله تعالى: ﴿...وَيَأْتِيهِ الْمَوْتُ مِنْ كُلِّ مَكَانٍ
وَمَا هُوَ بِمَيِّتٍ...﴾⁽⁹⁾ ومنها المنام كقوله تعالى: ﴿اللَّهُ يَتَوَفَّى الْأَنْفُسَ حِينَ مَوْتِهَا
وَالَّتِي لَمْ تَمُتْ فِي مَنَامِهَا فَيُمْسِكُ الَّتِي قَضَىٰ عَلَيْهَا الْمَوْتَ وَيُرْسِلُ الْأُخْرَىٰ إِلَىٰ أَجَلٍ
مُّسَمًّى إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾⁽¹⁰⁾ وقد قيل المنام الموت الخفيف والموت
النوم الثقيل، وقد يُستعار الموت للأحوال الشاقَّة كالْفَقْرُ وَالذُّلُّ وَالسُّؤَالُ وَالهِرَمُ
والمعصية وغير ذلك⁽¹¹⁾.

(1) مختار القاموس، الطاهر أحمد الزاوي، الطبعة الثانية، الدار العربية للكتاب، ليبيا، تاريخ الطبع 1977 م، مادة مرض .

(2) التعريفات، علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، تحقيق: الدكتور عبد المنعم الحفني، دار الرشد للنشر والتوزيع، القاهرة، ص 238

(3) سورة الفرقان، جزء من الآية رقم 49 .

(4) مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، تحقيق: محمود خاطر، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، تاريخ الطبع
1995م، مادة موت .

(5) سورة الروم، جزء من الآية رقم 19 .

(6) سورة مريم، الآية رقم 23 .

(7) سورة الأنعام، جزء من الآية رقم 122 .

(8) سورة النمل، جزء من الآية رقم 80 .

(9) سورة إبراهيم، جزء من الآية رقم 17 .

(10) سورة الزمر، الآية رقم 42 .

(11) لسان العرب لابن منظور، مادة موت .

الموت في الاصطلاح: هو صفة وجودية خلقت ضداً للحياة⁽¹⁾.

فقد جاء في كشف الأسرار: "الموت ضد الحياة لأنه أمر وجودي عند أهل السنة لقوله تعالى: ﴿ الَّذِي خَلَقَ الْمَوْتَ وَالْحَيَاةَ... ﴾⁽²⁾ لهذا قيل: إن تفسير الموت بزوال الحياة تفسير بلازمه؛ لأنه لما كان ضد الحياة يلزم من وجوده زوال الحياة ولما كانت الحياة من أسباب القدرة كان الموت موجباً للعجز لا محالة لفوات الشرط"⁽³⁾.

وعرفه البعض بأنه: مفارقة الروح الجسد، قال الشاعر:

والموتُ حقٌ يجبُ الإيمانُ به، كذلك البعثُ والحُسنانُ
فالموتُ أنْ تفارقَ الرُّوحَ الجَسَدَ والبعثُ رَدُّها إليه للأبد.⁽⁴⁾

(1) كتاب التعريفات للجرجاني، مرجع سابق، ص 264 .

(2) سورة الملك، جزء من الآية رقم 2 .

(3) كشف الأسرار، مرجع سابق، ج: 4، ص: 434، 435 .

(4) مشارق أنوار العقول، عبدالله بن حميد المسالمي، تحقيق: عبد الرحمن عميرة، الطبعة الأولى، بيروت، ص 68 .

الفرع الثاني

تعريف مرض الموت عند فقهاء الشريعة الإسلامية

لقد انقسم الفقهاء في تعريف مرض الموت، فمنهم من أخذ بعوارض المرض فقط ومنهم من وضع ضابطاً معيناً لتحديد مرض الموت، ولتوضيح ذلك سوف أورد تعريفات كل مدرسة فقهية وذلك على النحو التالي:

مدرسة الحنفية: لقد عرف الأحناف مرض الموت بعدة تعريفات: فمنهم من اعتبر المريض مرض الموت هو من أضناه المرض وأعجزه عن القيام بحوائجه وصار صاحب فراش⁽¹⁾، ومنهم من قال: إنه من لا يقدر على أن يصلي قائماً بمفرده دون مساعدة من أحد⁽²⁾، ومنهم من قال: هو من يعجز عن قضاء مصالحه خارج داره بالنسبة للرجل وبالنسبة للمرأة عجزها عن القيام بمصالحها داخل البيت⁽³⁾ ومنهم من قال: إن العبرة بغلبة الموت من المرض وليس لزوم الفراش أو العجز عن القيام بالمصالح⁽⁴⁾.

قال الكاساني: "الحاصل أن مرض الموت هو الذي يُخَافُ منه المَوْتُ غَالِباً"⁽⁵⁾.

وجاء في بدائع الصنائع: "ذكر الكرخي^(*) أن المريض مرض الموت هو الذي أضناه المرض وصار صاحب فراش، فأما إذا كان يذهب ويجيء وهو مع ذلك يُحَمُّ فهو بمنزلة الصحيح، وذكر الحسن بن زياد^(**) عن أبي حنيفة المريض الذي طلق

(1) المبسوط شمس الدين محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، دار المعرفة، بيروت، ج 6 ص 169، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، الطبعة الثانية، دار الكتاب العربي، بيروت، تاريخ الطبع 1982م، ج 3 ص: 224، الاختيار لتعليل المختار، عيد الله بن محمود بن مودود الموصل الحنفي، خرج أحاديثه وضبطه وعلق عليه: خالد عبد الرحمن العلك، الطبعة الثالثة، دار المعرفة، بيروت، تاريخ الطبع 1425 هـ، ج 3 ص 178.

(2) المبسوط مرجع سابق، ج 6 ص 169، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 3 ص 224.

(3) حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، محمد بن عبدالعزيز بن عابدين، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، تاريخ الطبع 1421 هـ ج 3 ص 384، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، تعريف: المحامي فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت، ج 4 ص 118.

(4) حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج 3 ص 384، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 3 ص: 224.

(5) المرجع السابق نفس الصفحة.

(*) هو أبو الحسن عبيد الله بن الحسين بن دلال بن نلهم الكرخي، انتهت إليه رئاسة أصحاب أبي حنيفة، وكان كثير الصوم والصلاة صبوراً على الفقر والحاجة، ولما أصابه الفالج آخر عمره كتب أصحابه إلى سيف الدولة بن حمدان بما يفتق عليه فعلم بذلك فبكى وقال: اللهم لا تجعل رزقي إلا من حيث عودتني، فمات قبل أن تصل إليه صلة سيف الدولة وهي عشرة آلاف درهم، مولده سنة ستين ومائتين هجري وتوفي ليلة النصف من شعبان سنة أربعين وثلاث مائة هجري، من تصنيفه: رسالة في الأصول التي عليها مدار فروع الحنفية، ينظر طبقات الحنفية، مرجع سابق، ج 1 ص 337، طبقات الفقهاء، مرجع سابق، ج 1 ص 148، الأعلام للزركلي، مرجع سابق، ج 4 ص 193.

(**) هو الحسن بن زياد اللؤلؤي الكوفي صاحب الإمام أبي حنيفة، نسبتة إلى بيعه اللؤلؤ، ولي القضاء بالكوفة ثم استعفى عنه، وكان محباً للسنة وأتباعها، وكان يكسو ممالئكه كما كان يكسو نفسه، قال محمد بن سماعة: سمعت الحسن بن زياد يقول: كتبت عن ابن جريج اثني عشر ألف حديث كلها يحتاج إليها الفقهاء، توفي سنة أربع ومائتين هجري من تصنيفه: الخراج، ومعاني الإيمان، ينظر طبقات الحنفية، مرجع سابق، ج 1 ص 193، 194، طبقات الفقهاء، مرجع سابق، ج 1 ص 143، سير أعلام النبلاء، مرجع سابق، ج 9 ص 543، 544.

امراته كان فاراً، هو أن يكون مضني لا يقوم إلا بشدة وهو في حالٍ يُعزَّرُ في الصلّةِ جالساً⁽¹⁾.

ويؤيد ما ذهب إليه الكاساني ما قاله أبو الليث^(*) فقد جاء في حاشية ابن عابدين^(**): "قال أبو الليث: كونه صاحب فراش ليس بشرط لكونه مريضاً مرض الموت، بل العبرة للغلبة لو الغالب من هذا المرض الموت فهو مرض الموت وإن كان يخرج من البيت، وبه كان يفتي الصدر الشهيد^(***)، ثم نقل عن صاحب المحيط^(****) أنه ذكر محمد في الأصل مسائل تدل عن أن الشرط خوف الهلاك غالباً لا كونه صاحب فراش... ويؤيده أن من ألحق بالمريض كمن بارز رجلاً ونحوه إنما اعتبر فيه غلبة الهلاك دون العجز عن الخروج"⁽²⁾.

ولقد حاول ابن عابدين التوفيق بين أقوال المتقدمين والمتأخرين من الأحناف في قوله: "بأنه إن علم أن به مرضاً مهلكاً غالباً وهو يزداد إلى الموت فهو المعتبر وإن لم يعلم أنه مهلك يعتبر العجز عن الخروج للمصالح"⁽³⁾.

مدرسة المالكية: لقد عرف المالكية مرض الموت بعدة تعريفات: فمنهم من عرفه بأنه: ما يقعد صاحبه عن الدخول والخروج⁽⁴⁾، ومنهم من أرجعه إلى قول الأطباء بكثرة الموت منه⁽⁵⁾، ومنهم من قال: إنه كل ما لا يؤمن فيه الموت⁽⁶⁾

(1) بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج:3 ص:224 .

(*) هو نصر بن محمد بن أحمد بن إبراهيم السمرقندي، أبو الليث الفقيه الملقب بإمام الهدى، تفقه على أبي جعفر الهندواني وغيره، توفي ليلة الثلاثاء لإحدى عشرة ليلة خلت من جمادى الآخرة سنة ثلاث وتسعين وثلاث مائة هجري، من كتبه: خزانة الفقه؛ وتنبية الغافلين، ينظر طبقات الحنفية، مرجع سابق، ج:2 ص:196.

(**) هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين دمشقي، كان فقيه الديار الشامية وإمام الحنفية في عصره، صاحب رد المحتار على الدر المختار المشهور بحاشية ابن عابدين خمس مجلدات، ينظر الأعلام للزركلي، مرجع سابق، ج 1 ص 152 .

(***) هو عمر بن عبد العزيز بن عمر بن مازة، أبو محمد، المعروف بالصدر الشهيد ولد في صفر سنة ثلاث وثمانين وأربعمائة هجري وتوفي سنة ست وثلاثين وخمسائة هجري، فقيه أصولي من أكابر الحنفية تفقه على والده برهان الدين الكبير عبد العزيز، من تصنيفه: الفتاوى الكبرى، و الفتاوى الصغرى، ينظر طبقات الحنفية، مرجع سابق، ج:1 ص:391، الأعلام للزركلي، مرجع سابق، ج 5 ص 51 .

(****) هو محمد بن محمد بن محمد العلامة الملقب رضي الدين ويرهان الإسلام السرخسي، كان إماماً كبيراً مصنف المحيط وهو أربع مصنفات المحيط الكبير وهو من أربعين مجلداً والمحيط الثاني عشر مجلدات والمحيط الثالث أربع مجلدات والمحيط الرابع في مجلدين، قال ابن العديم أخبرني خليفة بن سليمان بن خليفة قال قدم الرضي السرخسي صاحب المحيط حلب وذكر الدرس وكان في لسانه لكنة فتعصب عليه الفقهاء وكتبوا فيه رقاعاً إلى نور الدين محمود بن زكي يذكرون أنهم أخذوا عليه تصحيحاً كثيراً من ذلك أنه قال في الجباير الخبرا فعزل عن التدريس فسار إلى دمشق، ينظر طبقات الحنفية، مرجع سابق، ج:2 ص:128، 129 .

(2) حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج3 ص384 .

(3) المرجع السابق، الصفحة نفسها.

(4) التاج والإكليل في شرح مختصر خليل، لأبي عبدالله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، تاريخ الطبع 1398هـ، ج 5 ص78 .

(5) الذخيرة، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب، بيروت، تاريخ الطبع 1994 م، ج:7 ص:137، التاج والإكليل، مرجع سابق، ج5 ص78، شرح مختصر خليل حاشية الخرخشي على مختصر سيدي خليل، لأبي عبد الله محمد الخرخشي المالكي، دار الفكر، بيروت، ج5 ص304، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن عرفه الدسوقي، تحقيق: محمد عليش، دار الفكر، بيروت، ج3 ص306 .

(6) الذخيرة، مرجع سابق، ج:7 ص:137.

ويستتب من أقوال المالكية أنهم يقصدون بمرض الموت هو كل مرض يشتهر منه الموت بحيث لا يكون غالباً ولا نادراً، ويكون الأطباء هم المرجع في تقدير هذه الشهرة من عدمها، ولقد خالف المازري^(*) جمهور المالكية في تقدير الغلبة فقال: أنه ما كان الموت غالباً منه⁽¹⁾.

فقد جاء في الذخيرة: "المخوف كل ما لا يؤمن فيه الموت كالحمي الحادة والسل والقولنج^(**) وذات الجنب^(***) والإسهال المتواتر مع الدم، وما يقول الأطباء إنه سبب الهلاك غالباً... وكل ما أشكل أخذ فيه بقول أهل المعرفة بالطب... وأما المفلوج^(****) والمجنوم^(*****) إن لزم الفراش فكالمرض وإلا فلا"⁽²⁾.

وجاء في منح الجليل: "ابن الحاجب^(*****) والمخوف ما يحكم الطب أن الموت به كثير، (خليل^(*****)) مراده بالكثير ما يشتهر الموت عنه فلا يتعجب من حصوله منه، لا لكونه الغالب من حال المرض كما هو ظاهر كلام المازري، ومثل للمرض الذي حكم الطب بكثرة الموت به فقال كسل... ومثله ذات الجنب وإسهال دم"⁽³⁾.

مدرسة الشافعية: لقد عرّف الشافعية مرض الموت عدة تعريفات: فمنهم من قال: إنه كل مرض كان الأغلب منه خوف الموت⁽⁴⁾، ومنهم من قال: هو كل مرض

(*) هو محمد بن علي عمر التميمي المازري نسبة إلى "مازر" بلدة في صقلية، لقب بالإمام وصار الإمام لقباً له فلا يعرف بغير الإمام المازري، وكان آخر المشتغلين من شيوخ أفريقية بتحقيق الفقه، وكان قلمه في العلم أبلغ من لسانه وألف في الفقه، توفي سنة ست وثلاثين وخمسمائة هجري، وله تعليق علي المنونة، ينظر الديباج المذهب، مرجع سابق، ج 1 ص 279-281.

(1) منح الجليل شرح على مختصر خليل، محمد بن أحمد بن محمد عيش، دار الفكر، بيروت، تاريخ الطبع 1409 هـ، ج 6 ص 128.

(**) القولنج بضم القاف وسكون الواو وفتح اللام وجع معدي يعسر معه خروج ما يخرج بالطبع من غائط وريح وقد يقوى فيقتل.

التوقيف على مهمات التعاريف، محمد عبد الرؤوف المناوي، تحقيق: د. محمد رضوان الداية، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، تاريخ الطبع 1410 هـ ج 1 ص 594.

(***) هي قرحة تصيب الإنسان في العضلات الباطنة والحجاب المستبطن للأضلاع تؤدي إلى حمى وتتفجر إلى داخل الجسم وقلم يسلم صاحبها، المطلع على أبواب المقنع، محمد بن أبي الفتح البعلبي الحنبلي أبو عبدالله، تحقيق: محمد بشير الأدلبي، المكتب الإسلامي، بيروت، تاريخ الطبع 1981م، ج 1 ص 292.

(****) هو مرض يحدث في أحد شقي البدن طولا فيبطل إحساسه وحركته وربما كان في الشقين و يحدث بغتة وفي كتب الطب أنه في السابع خطر فإذا جاوز السابع انقضت حدته فإذا جاوز الرابع عشر صار مرضاً مزمناً ومن أجل خطره في الأسبوع الأول عد من الأمراض الحادة ومن أجل لزومه ودوامه بعد الرابع عشر عد من الأمراض المزمنة، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المكتبة العلمية، بيروت، ج 2 ص 480.

(*****) هو تشقق الجلد وتقطع اللحم وتماقظه حيث تنهافت الأطراف ويتأثر منها اللحم، المغرب في ترتيب المعرب، أبو الفتح ناصر الدين بن عبد السيد بن علي بن المطرز، تحقيق: محمود فاخوري و عبد الحميد مختار، الطبعة الأولى، مكتبة أسامة بن زيد، حلب، تاريخ الطبع 1979م، ج 1 ص 137، المطلع على أبواب المقنع، مرجع سابق، ج 1 ص 324.

(2) الذخيرة، مرجع سابق، ج 7 ص 137.

(*****) هو أبو عمرو عثمان بن عمرو بن أبي بكر بن يونس المصري، يكنى بابن الحاجب، كردي الأصل، كان والده حاجب الأمير عز الدين الصلاحي، كان ثقة حجة متواضعاً محباً للعلم وأهله ناشراً له، درس بدمشق ثم رجع إلى مصر فانتزعتها من كبار العلماء بالعربية وفقهاها من فقهاء المالكية، توفي في الإسكندرية سنة ست وأربعين وستمائة هجري، وصنف التصانيف المفيدة منها كتاب الجامع بين الأمهات في الفقه وغيره، ينظر الديباج المذهب، مرجع سابق، ج 1 ص 189-191.

(*****) هو ضياء الدين خليل بن إسحاق بن موسى الجندي، فقيه مالكي محقق، كان يلبس زي الجند، تعلم في القاهرة، وهو عمدة المالكية في الفقه وعليه تدور غالب شروحهم، وولي الإفتاء على مذهب مالك، من تصنيفه: المختصر و شرح جامع الأمهات شرح به مختصر ابن الحاجب وسماه التوضيح، ينظر الديباج المذهب، مرجع سابق، ج 1 ص 116، الأعلام للزركلي ج 7 ص 315.

(3) منح الجليل، مرجع سابق، ج 6 ص 128.

(4) الأم، أبو عبدالله محمد بن إدريس الشافعي، الطبعة الثانية، دار المعرفة، بيروت، تاريخ الطبع 1393 هـ، ج 4 ص 107.

لا يكون منه الموت غالباً ولا نادراً⁽¹⁾، ومنهم من قال: هو كل ما يستعد بسببه الإنسان إلى الموت بالإقبال على العمل الصالح⁽²⁾، وقال الماوردي^(*): كل ما لا يتناول بصاحبه معه الحياة⁽³⁾، ومنهم من عرفه بأنه: ما اتصل الموت به⁽⁴⁾ ويستنتج من أقوال الشافعية أنهم يطابقون رأي المالكية في تقدير الغلبة فهي عندهم ما كان يشتهر منه الموت بحيث لا يكون غالباً ولا نادراً، ويكون الأطباء هم المرجع في تقدير هذه الشهرة من عدمها، لكن الشافعية اشترطوا توافر بعض الشروط في الأطباء كأن يكونا ذكراً مسلماً حريماً .

فقد جاء في روضة الطالبين: "قال الإمام لا يشترط في المرض المخوف كون الموت منه غالباً، بل يكفي أن لا يكون نادراً بدليل البرسام^(**)"⁽⁵⁾. وجاء في السراج الوهاج: "أي تبيننا باتصاله بالموت أنه مخوف، ولو شككنا في كونه مخوفاً لم يثبت إلا بطبيبين حريماً عدلين"⁽⁶⁾.

مدرسة الحنابلة: لقد عرف الحنابلة مرض الموت بأنه: ما كان مخوفاً واتصل به الموت⁽⁷⁾، ومنهم من عرفه بأنه: ما قال عدلان من أهل الطب أنه مخوف⁽⁸⁾، ومنهم من قال: هو كل مرض يكون سبباً صالحاً للموت فيضاف إليه ويجوز حدوثه عنده⁽⁹⁾ ويلاحظ على الحنابلة في تقديرهم للغلبة أنهم ذهبوا إلى ما ذهب إليه المالكية

(1) روضة الطالبين وعدة المفتين، النووي، الطبعة الثانية، المكتب الإسلامي، بيروت، تاريخ الطبع 1405 هـ، ج 6 ص 130.
(2) الوسيط في المذهب، أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم و محمد محمد تامر، الطبعة الأولى، دار السلام، القاهرة، تاريخ الطبع 1417 هـ، ج 4 ص 421، حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرة العين بمهمات الدين، أبو بكر بن السيد محمد شطا الدمياطي، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ج 3 ص 209، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير، دار الفكر، بيروت، تاريخ الطبع 1404 هـ، ج 6 ص 61.

(*) هو أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الإمام الجليل الماوردي، صاحب الحاوي والإقناع في الفقه وأنب الدين والدنيا والتفسير ودلائل النبوة والأحكام السلطانية وقانون الوزارة وسياسة الملك وغير ذلك، وتفقه بالبصرة على الصيمري ثم رحل إلى الشيخ أبي حامد الإسفرايني ببغداد، وله تصانيف عدة في أصول الفقه وفروعه وغير ذلك، وجعل إليه ولاية القضاء ببلدان كثيرة، مات ببغداد وذلك في يوم الثلاثاء في ربيع الأول سنة خمسين وأربعمائة هجري، ينظر طبقات الشافعية الكبرى، مرجع سابق، ج 5 ص 267-269، طبقات الفقهاء، مرجع سابق، ج 1 ص 230.

(3) نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج 6 ص 61، إعانة الطالبين، مرجع سابق، ج 3 ص 209.

(4) حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب "التجريد لنفع العبيد"، سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي، المكتبة الإسلامية، تركيا، ج 3 ص 276، السراج الوهاج على متن المنهاج، محمد الزهري الغمراوي، دار المعرفة، بيروت، ج 1 ص 339.

(**) هو ورم يعرض للحجاب الذي بين الكبد والأمعاء ثم يصل إلى الدماغ، التوقيف على مهمات التعاريف، محمد عبد الرؤوف المناوي، مرجع سابق، ج 1 ص 124.

(5) روضة الطالبين، مرجع سابق، ج 6 ص 130.

(6) السراج الوهاج، مرجع سابق، ج 1 ص 339.

(7) المغني، مرجع سابق، ج 6 ص 108، المبدع في شرح المقنع، أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح، المكتب الإسلامي، بيروت، تاريخ الطبع 1400 هـ، ج 5 ص 387، الروض المربع شرح زاد المستنقع، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، تاريخ الطبع 1390 هـ، ج 2 ص 502، 503، كشاف القناع على متن الإقناع، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، تحقيق: هلال مصيلحي و مصطفى هلال، دار الفكر، بيروت، تاريخ الطبع 1402 هـ، ج 4 ص 323.

(8) الفروع وتصحيح الفروع، أبو عبدالله محمد بن مفلح بن محمد المقدسي، تحقيق: أبي الزهراء حازم القاضي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، تاريخ الطبع 1418 هـ، ج 4 ص 505، الروض المربع، مرجع سابق، ج 2 ص 502، 503.

(9) كشاف القناع، مرجع سابق، ج 4 ص 323.

والشافية من قبلهم، حيث يكون المرض عندهم لا يكون الهلاك منه غالباً ولا نادراً بل مشتهراً حيث يكثر حصول الموت منه، ويكون الأطباء هم المرجع في تقدير هذه الغلبة، إلا أنهم أقرب للشافية من المالكية في اشتراط بعض الشروط الواجب توافرها في الأطباء.

فقد جاء في المغني: "ويعتبر في المريض الذي هذه أحكامه شرطان أحدهما أن يتصل بمرضه الموت،...، الثاني أن يكون مخوفاً" (1).

وجاء في الروض المربع: "وإن كان المرض الذي اتصل به الموت مخوفاً كبرسام... وما قال طبيبان مسلمان عدلان أنه مخوف فعطاياه كوصية" (2).

وجاء في كشف القناع: "ليس معنى المرض المخوف الذي يغلب على القلب الموت منه، أو يتساوى في الظن جانب البقاء والموت؛ لأن أصحابنا جعلوا ضرب المخاض (*) من الأمراض المخوفة، وليس الهلاك غالباً ولا مساوياً للسلامة وإنما الغرض أن يكون سبباً صالحاً للموت فيضاف إليه ويجوز حدوثه عنده وأقرب ما يقال ما يكثر حصول الموت منه" (3).

و أستخلص مما سبق أن الفقهاء قد اختلفوا في تعريفهم لمرض الموت

وانقسموا إلى رأيين وذلك على النحو التالي:

الرأي الأول: عرّف أصحاب هذا الرأي مرض الموت من خلال النظر إلى العوارض واللوازم كالعجز عن القيام بالأعمال المعتادة ولزوم الفراش.. إلخ، ويؤخذ على هذا الرأي بأنه اتخذ هذه العوارض واللوازم أداة للتعريف، فلم يكن مانعاً من دخول غير المعرف فيه، فقد يعجز الشخص عن مباشرة أعماله المعتادة ويصبح صاحب فراش، ولكن ليس بسبب مرض الموت وإنما بسبب كسر في الساق مثلاً، كما أنه غير جامع؛ لأنه لم يشمل الأشخاص المصابين بأمراض خطيرة تؤدي بهم إلى الوفاة لكنها لم تقدهم عن مباشرة أعمالهم كالمصابين بمرض السرطان في آخر مراحلها مثلاً، وبالرغم من ذلك نجدهم ألحقوا أصحاب لا تتوافر فيهم هذه العوارض واللوازم مثل راكب السفينة والحامل بالمريض مرض الموت

(1) المغني، مرجع سابق، ج: 6 ص: 108.

(2) الروض المربع، مرجع سابق، ج: 2 ص: 502، 503.

(*) هو وجع الولادة، مختار الصحاح، مرجع سابق، مادة مخض.

(3) كشف القناع، مرجع سابق، ج: 4 ص: 323.

ومن أصحاب هذا الرأي أبو حنيفة وغيره من فقهاء مدرسة الحنفية القدامى كالحسن بن زياد والكرخي⁽¹⁾ وبعض المالكية⁽²⁾ .

الرأي الثاني : لقد وضع أصحاب هذا الرأي ضوابط معينة لمعرفة مرض الموت كغلبة الموت من المرض واتصاله به، لكنهم اختلفوا في تقدير هذه الغلبة فمنهم من اشترط أن يكون الموت منه غالباً، أمثال الكاساني وأبو الليث من الأحناف⁽³⁾ والمازري من المالكية⁽⁴⁾، ومنهم من لا يشترط أن يكون الموت منه غالباً، بل يكفي أن يكون اشتهر منه الموت وأن لا يكون نادراً كجمهور المالكية⁽⁵⁾ والشافعية⁽⁶⁾ والحنابلة⁽⁷⁾، ويظهر لي أنه الرأي الراجح؛ لأنه أكثر توافقاً مع التطور العلمي في مجال تشخيص وعلاج الأمراض، وظهور أمراض أكثر خطورة مما سبق ولكنها في الوقت نفسه لا تعجز الشخص عن القيام بمصالحه المعتادة .

ويلاحظ على قيام بعض الفقهاء بتحديد عدد من الأمراض واعتبارها مرض موت، أن هذه الأمراض وإن كانت في عصورهم أمراض تؤدي إلى الموت غالباً، فإنها في هذا العصر مع التقدم العلمي الكبير في مجال الطب من تشخيص وأمصال وأدوية قد لا تؤدي إلى الموت غالباً بل إنها قد لا تؤدي إلى الموت، وبالتالي ينبغي عدم اعتبار كافة الأمراض التي حددها الفقهاء القدامى من الأمراض التي يُعدُّ المصاب بها مريضاً مرض الموت .

(1) المبسوط مرجع سابق، ج 6 ص 169، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 3 ص 224، الاختيار لتعليل المختار، مرجع سابق، ج 3 ص 178.

(2) التاج والإكليل، مرجع سابق، ج 5 ص 78.

(3) بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 3 ص 224، حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج 3 ص 384.

(4) منح الجليل، مرجع سابق، ج 6 ص 128.

(5) المرجع السابق الصفحة نفسها، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج 3 ص 306.

(6) روضة الطالبين، مرجع سابق، ج 6 ص 130.

(7) كشاف القناع، مرجع سابق، ج 4 ص 323.

الفرع الثالث

تعريف مرض الموت عند العلماء المحدثين

عرّف الفقهاء في العصر الحديث مرض الموت بعدة تعريفات لا تخرج في مجملها كثيراً عن التعريفات التي وضعها فقهاء الشريعة الإسلامية في العصور التي سبقتهم.

• فعرف الدكتور أحمد إبراهيم بك^(*) مرض الموت بأنه: " نوع من أنواع المرض اجتمع فيه وصفان: أولهما: أن يغلب فيه الهلاك عادة، ويرجع في هذا إلى الإحصاءات الطبية، وإلى الأطباء في معرفة طبيعة الأمراض وفي حالة المريض نفسه، وفي كل حادثة جزئية اشتبته الأمر فيها وثانيهما: أن يعقبه الموت ويكون متصلاً به، سواء كان الموت بسببه ظاهراً أم كان بسبب آخر أفضى بالمريض إلى الموت حال كونه مريضاً، فإذا انتفى الوصفان كلاهما أو أحدهما فلا يعتبر الإنسان مريضاً مرض موت، وحينئذ يكون حكم تصرفاته حال مرضه كحكم تصرفاته حال صحته تماماً بدون أي فرق بينهما"⁽¹⁾.

• وعرفه الدكتور مصطفى الزرقاء بأنه: "المرض الذي يُعجزُ الرجل عن ممارسة أعماله المعتادة خارج البيت، ويُعجزُ المرأة عن أعمالها المعتادة داخل البيت، ويتصل به الموت دون أن يستمر سنة كاملة على حال واحدة من غير ازدياد، ولا فرق بين أن يلزمه الفراش أو لا، ولا فرق بين أن يموت الإنسان من نفس المرض أو يموت بسبب آخر خلال المرض"⁽²⁾.

• وعرفه الدكتور عبد الرحمن تاج بأنه: "المرض الشديد الذي يغلب على الظن موت صاحبه، ويلزمه حتى الموت سواء كان الموت منه فعلاً أم كان بعارض آخر"⁽³⁾.

(*) أحمد إبراهيم بك "1874-1945 م" فقيه باحث مدرس من أهل القاهرة تخرج من كلية دار العلوم سنة 1315 هـ، احترف التعليم فكان مدرس الشريعة في مدرسة القضاء الشرعي ثم بكلية الحقوق بالجامعة المصرية فوكيلاً لهذه الكلية، وكان من أعضاء المجمع اللغوي امتاز بأبحاثه في المقارنة بين المذاهب والشرائع، له نحو "25" كتاباً منها أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، والوصايا، وأحكام الهبة والوصية وتصرفات المريض، ينظر الأعلام للزركلي، مرجع سابق، ج 1 ص 90.
(1) الالتزامات في الشرع الإسلامي، أحمد إبراهيم بك، دار الأنصار، القاهرة، تاريخ الطبع 1945 م، الجزء الثاني، ص 147.
(2) المدخل الفقهي العام، د. مصطفى أحمد الزرقاء، الطبعة الثانية، دار القلم، دمشق، تاريخ الطبع 2004 م، ج 2: ص 836.
(3) أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، د. عبد الرحمن تاج، دار الكتاب العربي، مصر، تاريخ الطبع 1955 م، ص 281.

- وعرفه الدكتور وهبة الزحيلي بأنه: "الذي يغلب بسببه الموت بحسب رأي الأطباء، أو يحدث منه الموت، ولو لم يحصل الموت به غالباً" (1).
- وعرفه الدكتور محمد جلال حمزة بأنه: "المرض الذي اتصل به الموت وكان من الأمراض التي يغلب فيها الهلاك لخطورتها" (2).
- وعرفه الدكتور أحمد الغندور بأنه: "المرض الذي يغلب معه الهلاك ويتصل به الموت سواء مات به أم بغيره" (3).
- وعرفه الدكتور محمد جواد مغنية بأنه: "المرض الذي يُعجزُ الشخص عن القيام بمصالحه المنوط به أداؤها بعد أن كان قادراً عليها، وينتهي مرضه بالموت، وهذه المصالح تختلف باختلاف الأشخاص ذكورة وأنوثة وباختلاف الوظائف والأعمال، فلكل من السوقي والموظف والتاجر والزارع والصانع عمل مخصوص، فإذا عجز عنه بسبب المرض ومات عقبه سمي مرضه مرض موت" (4).

ويلاحظ أن شراح القانون في تعريفاتهم لمرض الموت كانوا متأثرين بشكل كبير بتعريفات فقهاء الشريعة الإسلامية، حيث اعتمد بعضهم على ضابط غلبة الهلاك وجعله العنصر الأساس في التعريف، واعتمد البعض الآخر على العلامات واللوازم في التعريف كالعجز عن القيام بالمصالح المعتادة دون اشتراط لزوم الفراش .

(1) العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني، د. وهبة الزحيلي، الطبعة الخامسة، دار الفكر، سوريا، تاريخ الطبع 2005م، ص 419.

(2) التبسيط في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الرابع العقود المسماة البيع والإيجار، د. محمود جلال حمزة، الطبعة الأولى، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، سنة الطبع 2005 م، ص 236.

(3) الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي مع بيان ما عليه العمل في محاكم الكويت، د. أحمد الغندور، منشورات كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، سنة الطبع 1972 م، ص 427.

(4) الأحوال الشخصية، د. محمد جواد مغنية، دار العلم للملايين، بيروت، ص 310.

الفرع الرابع

تعريف مرض الموت في القانون والقضاء

إن المشرّع الليبي والمصري والسوري والتونسي كأغلب التشريعات العربية لم تعرّف مرض الموت، وباعتبار أن نظرية مرض الموت مستمدة من الشريعة الإسلامية، فإنه وفقاً لهذه التشريعات يكون المرجع في تعريف مرض الموت هو الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدراً من مصادر التشريع، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني الليبي على أنه: "إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم توجد، فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة" ونص المشرع الليبي في المادة (165) من قانون إجراءات المحاكم الشرعية على أنه: "تطبق المحاكم الشرعية المدون في هذا القانون، وأرجح الأقوال من مذهب الإمام مالك، ما عدا الأحوال التي ينص فيها القانون على أحكام شرعية خاصة فيجب اتباعها".

ولكن بمرور الوقت نجد أن القضاء في بعض البلدان العربية، قد اجتهد في تعريف مرض الموت، وهذا الاجتهاد مستمد أيضاً من الشريعة الإسلامية وحتى في البلدان التي عرّفت تشريعاتها مرض الموت كالأردن واليمن مثلاً، نجد أن هذه التعريفات لا تخرج عما جاء في الفقه الإسلامي، ومن هذه التعريفات التي جاءت في بعض القوانين والأحكام القضائية العربية ما يلي :

فقد عرّفت المادة (543) من القانون المدني الأردني مرض الموت أنه: "هو المرض الذي يعجز فيه الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة، ويغلب فيه الهلاك ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة، فإن امتد مرضه وهو على حالة واحدة دون ازدياد سنة أو أكثر تكون تصرفاته كتصرف الصحيح".

وعرّفته المادة (477) من القانون المدني اليمني بأنه: "المرض الذي يغلب فيه ظن الهلاك ويتصل بالوفاة".

وعرّفته محكمة النقض المصرية بأنه: "هو المرض الشديد الذي يغلب على الظن موت صاحبه عرفاً أو بتقرير الأطباء، ويلزمه ذلك المرض حتى الموت

وإن لم يكن المرض معروفاً من الناس بأنه من العلل المهلكة، فضابط شدته واعتباره مرض موت أن يعجز غير العاجز من قبل عن القيام بمصالحة الحقيقية خارج البيت، فيجتمع فيه تحقق العجز وغلبة الهلاك واتصال الموت⁽¹⁾.

وعرّفته محكمة النقض السورية: " إن مرض الموت بحسب ما استقر عليه اجتهاد محكمة النقض بقرارها (599) بتاريخ 3-6-1985 م هو المرض الذي يغلب فيه الموت عادة مما يتولد معه لدى المريض شعور بالخوف من الموت وعلى أن ينتهي المرض بالموت فعلاً قبل مضي سنة على بدئه، ما لم يشتد المرض بعد ذلك، بحسبان أن مضي مدة السنة على ظهور المرض دون أن يشتد أو ينتهي بالموت هو قرينة على استقرار حالة المرض وخروجه عن دائرة أمراض الموت مما يزيل الشعور بالخوف الذي كان قد تولد لدى المريض عند حدوث المرض؛ لأن المعيار من الخوف ليس معياراً شخصياً يتأثر بحالة المريض أو بسنه أو بجنسه وإنما هو معيار عام يتلاقى فيه أغلب الناس وهو الخوف من الموت، وإن كون المرض من الأمراض التي يغلب فيها الموت عادة هو من الأمور الفنية التي تحتاج إلى خبرة طبية"⁽²⁾.

كما قضت: " إن مرض الموت هو الذي يعجز فيه الرجل المريض عن رؤية مصالحة الخارجية ويموت فيه قبل مرور سنة، فإذا امتد مرضه لأكثر من سنة يكون في حكم الصحيح ما لم تتغير حاله من وقت التغير إلى الوفاة فيعتبر مرض موت ضمن حدود السنة"⁽³⁾.

وعرّفته محكمة التعقيب التونسية^(*) في قرارها الصادر بتاريخ 25-6-1988 م بأنه: " وإن لم يعرف المشرع المعنى المقصود في مرض الموت ولم يضبطه بصفة مدققة، فإن الفقه وفقه القضاء استقرا على أن ذلك المرض هو الذي يقعد المريض عن قضاء مصالحه العادية كالذهاب إلى السوق وممارسة مهنته، والذي يغلب فيه

(1) طعن مدني رقم 1011، السنة القضائية 47، تاريخ الجلسة 27-12-1983 م، مجموعة القواعد القانونية التي قررت محكمة النقض في عقد البيع خلال ثمانية وخمسين عاماً 1931-1988 م، المستشار أحمد شعلة، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، ص 476.

(2) نقض سوري رقم 90، تاريخ 3-2-1968 م، مجموعة الاجتهاد المدني الحديث نقلاً عن موقع القانون السوري، نقابة المحامين السوريين، المحامي جمال عبد الناصر المسالمة. <http://syrialaw.50megs.com/syria-lew/agthad.htm>

(3) نقض سوري رقم 713، تاريخ 14-5-1978 م، مجلة المحامون لعام 1978 م، ص 289. نقلاً عن موقع القانون السوري، نقابة المحامين السوريين، المحامي جمال عبد الناصر المسالمة. <http://syrialaw.50megs.com/syria-lew/agthad.htm>

(*) تعد محكمة التعقيب أعلى محكمة في التنظيم القضائي في الجمهورية التونسية وتنتظر هذه المحكمة في جميع الأحكام والقرارات النهائية، وهي محكمة قانون باعتبارها تراقب حسن تطبيق القانون وتعمل على توحيد فهمه وليست درجة ثالثة من درجات التقاضي، وكانت تسمى قبل الاستقلال بلجنة التمييز وسميت بعده بمحكمة التعقيب في 13-8-1956 م. أصول المرافعات المدنية والتجارية، أحمد الجنوبي وحسين بن مليمة، الطبعة الأولى، مطبعة شركة أوربيس، تونس، تاريخ الطبع 2001 م، ص 42.

خوف الموت وينتهي بالموت فعلاً، وأن سند تقييد التصرف فيه لا يرجع إلى أهلية المريض ولا إلى عيوب في الرضا، باعتبار أن إبطال التصرف لتلك الأسباب له مجالات أخرى، وإنما يرجع إلى تعلق حق الورثة بأموال المريض منذ المرض⁽¹⁾.

كما عرفته في قرارها الصادر في 5-3-1998 م إن: "مرض الموت هو المرض المخيف المنذر بالوفاة العاجلة، ومعنى ذلك أنه يجب أن يكون متصلاً بموت المريض وسبباً له، أي أن تكون المدة الفاصلة بين العقد المطلوب إبطاله والموت قصيرة جداً لا تتجاوز مدة عام واحد"⁽²⁾.

ويلاحظ على هذه القوانين والمحاكم في أحكامها أنها متأثرة كثيراً بالفقه الحنفي، حيث إن معظم تعريفاتها تدور حول غلبة الموت وعجز المريض عن القيام بمصالحه المعتادة، وكما بينت فيما سبق يؤخذ على هذا الرأي بأنه اتخذ من هذه العوارض واللوازم أداة للتعريف، فلم يكن مانعاً من دخول غير المعرف فيه، فقد يعجز الشخص عن مباشرة أعماله المعتادة ويصبح صاحب فراش، ولكن ليس بسبب مرض الموت وإنما بسبب كسر في الساق مثلاً، كما أنه غير جامع؛ لأنه لم يشمل الأشخاص المصابين بأمراض خطيرة تؤدي بهم إلى الوفاة لكنها لم تقدهم عن مباشرة أعمالهم كالمصابين بمرض السرطان في آخر مراحلهم مثلاً .

ومن خلال النظر إلى التعريفات السابقة للمدارس الفقهية المختلفة وعند العلماء المحدثين وفي القانون وفقه القضاء، يظهر لي رجحان الرأي القائل بأن مرض الموت هو المرض الذي يقول الأطباء بأنه يشتبه منه الموت ويتصل به فعلاً؛ لأنه يتماشى مع التطور العلمي في مجال تشخيص الأمراض والوقاية منها وعلاجها، وجعل الأطباء أصحاب الخبرة المرجع في تحديد الأمراض التي يُعدُّ المصاب بها مريضاً مرض موت، ومن أصحاب هذا الرأي جمهور المالكية والشافعية والحنابلة.

(1) قرار تعقيبي مدني رقم 54771، مؤرخ في 25، 6، 1998 م نشرية محكمة التعقيب، القسم المدني، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية 1998 م، ص 149 .

(2) قرار تعقيبي مدني رقم 49025 مؤرخ في 5، 3، 1998 م نشرية محكمة التعقيب، القسم المدني، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية 1998 م، ص 145 .

المطلب الثاني

الشروط الواجب توفرها في المريض مرض الموت

لقد وضع الفقهاء في الشريعة الإسلامية والقانون شروطاً لا بد من توافرها في المريض لكي يعتبر مريضاً مرض الموت، وهذه الشروط هي على النحو التالي:

أ- أن يعجز المريض عن متابعة أعماله المعتادة.

يُقصدُ بالأعمال المعتادة: الأعمال التي اعتاد الشخص المريض القيام بها في حياته اليومية قبل إصابته، كممارسة حرفته أو مهنته أو وظيفته، ويُعدُّ العمل المنزلي عملاً معتاداً بالنسبة للمرأة⁽¹⁾، ولقد أشار إلى هذا الشرط بعض الأحناف⁽²⁾ في تعريفهم لمرض الموت، والمالكية⁽³⁾ والحنابلة⁽⁴⁾ فيما يتعلق بالأمراض المزمنة، حيث اشترطوا فيها أن يكون المصاب بها صاحب فراش عاجزاً عن قضاء مصالحه، بحيث إذا كان يجيء ويذهب فلا يعتبر مريضاً مرض الموت، وإن أضنى صاحبها على فراشه فهي مخوفة، وإن لم يكن صاحب فراش بل كان يذهب ويجيء فعطاياه من جميع المال.

وقد تبنت مجلة الأحكام العدلية هذا الشرط حيث جاء في المادة (1595) أن: "مرض الموت هو المرض الذي يخاف فيه الموت في الأكثر والذي يعجز المريض عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره إن كان من الذكور، ويعجزه عن رؤية المصالح الداخلة في داره إن كان من الإناث"⁽⁵⁾.

وجاء في المدونة الكبرى أن مالك بن أنس سئل: "عن أهل البلياء مثل المفلوج أو المجذوم أو الأبرص أو ما أشبه هؤلاء في أموالهم إذا أعطوها أو تصدقوا بها في حالاتهم، قال مالك: ما كان من ذلك أمراً يخاف على صاحبه منه فلا يجوز له إلا في ثلث ماله، وما كان من ذلك لا يخاف على صاحبه منه...، فهؤلاء وما أشبههم يجوز قضاؤهم في أموالهم من جميع المال، ومنهم من يكون ذلك منه قد أضناه

(1) العقود المسماة البيع والإيجار، د.علي هادي العبيدي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة الطبع 2004 م، ص187، 188.

(2) المبسوط مرجع سابق، ج:6 ص:169، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج:3 ص:224، البحر الرائق شرح كز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن محمد بن بكر بن نجم الحنفي، دار المعرفة، بيروت، ج4 ص46، مجلة الأحكام العدلية، جمعية المجلة، تحقيق: نجيب هوايني، كارخانه تجارت كتب، تركيا، ج1 ص314، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ج4 ص119.

(3) المدونة الكبرى، مالك بن أنس الأصبحي، دار صادر، بيروت، ج:5 ص:36.

(4) المغني، مرجع سابق، ج6 ص109، المبدع، مرجع سابق، ج:5 ص:388.

(5) مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ج1 ص314.

فيكون مرضاً من الأمراض قد ألزمه البيت والفراش يخاف عليه منه فهذا لا يجوز قضاؤه إلا في ثلثه⁽¹⁾.

وجاء في المغني: "الأمراض الممتدة كالجدام...والفالج في انتهائه والسل في ابتدائه...إن أضنى صاحبها على فراشه فهي مخوفة وإن لم يكن صاحب فراش بل كان يذهب ويحيى فعطاياه من جميع المال"⁽²⁾.

ولقد أخذ القضاء التونسي بهذا الرأي في القرار التعقيبي المدني رقم (54771) المؤرخ في 25-6-1998 م.

غير أن هناك اتجاه آخر في الفقه الحنفي لم يعتبر هذا الشرط ضرورياً والعبرة لدى أصحاب هذا الاتجاه بغلبة الموت، فلا يشترط أن يلزم المصاب بمرض الموت الفرش، فقد لا يلزمه ومع ذلك يكون عاجزاً عن قضاء مصالحه، وقد يكون عاجزاً عن قضاء مصالحه ولكن ليس بسبب المرض وإنما بسبب آخر، ولا يمنع من اعتباره مريضاً مرض الموت انتقاله إلى الجهة المختصة للتصديق على العقد الصادر منه، وهذا ما ذهب إليه أبو الليث ومحمد والصدر الشهيد والكاساني وابن عابدين وعدد من شراح القانون⁽³⁾.

فقد جاء في حاشية ابن عابدين: "قال أبو الليث: كونه صاحب فراش ليس بشرط لكونه مريضاً مرض الموت، بل العبرة للغلبة لو الغالب من هذا المرض الموت فهو مرض الموت وإن كان يخرج من البيت، وبه كان يفتي الصدر الشهيد،...ويؤيده أن من ألحق بالمريض كمن بارز رجلاً ونحوه إنما اعتبر فيه غلبة الهلاك دون العجز عن الخروج"⁽⁴⁾.

(1) المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج: 5 ص: 36.

(2) المغني، مرجع سابق، ج: 6 ص: 108، 109.

(3) الموجز في العقود المسماة البيع، د.أنور سلطان ود. جلال العدوي، دار المعارف، مصر، تاريخ الطبع، 1963 م، ج: 1 ص: 64، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول البيع والمقايضة، د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصر، مطابع دار النشر بالجامعات المصرية، علاء الدين الشيتي وشركاؤه، القاهرة، تاريخ الطبع 1960م، ص 315، 314، التبسيط في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الرابع العقود المسماة البيع والإيجار، مرجع سابق، ص 239، شرح القانون المدني الليبي الحقوق العينية الأصلية والتبعية، د.علي علي سليمان، منشورات الجامعات الليبية، دار صادر، بيروت، ص 174، المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية، د.أحمد أبو الفتح، الطبعة الثانية، مطبعة النهضة، مصر، تاريخ الطبع 1922م، ص 243، الوجيز في أحكام عقد البيع في القانون المدني اليمني، د.قائد سعيد الثريب، الطبعة الأولى، دار إقرأ للنشر والتوزيع، تاريخ الطبع 1996م، ص 241.

(4) حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج: 3 ص: 384.

وحاول ابن عابدين التوفيق بين أقوال المتقدمين والمتأخرين من الأحناف في قوله: "بأنه إن علم أن به مرضاً مهلكاً غالباً وهو يزداد إلى الموت فهو المعتبر وإن لم يعلم أنه مهلك يعتبر العجز عن الخروج للمصالح"⁽¹⁾.

ولقد أخذ القضاء المصري والسوري برأي الكاساني وأبو الليث حيث قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "لا يشترط في مرض الموت لزوم صاحبه الفراش على وجه الاستمرار والاستقرار، بل يكفي أن يلزمه وقت اشتداد العلة به، كما لا يشترط فيه أن يؤثر على سلامة إدراك المريض أو ينقص من أهليته للتصرف، ومن ثم فإن ذهاب المورث إلى المحكمة وإقراره بصحة توقيعه على العقود المطعون عليها؛ لا يمنع من اعتبار مرضه مرض موت متى كان شديداً يغلب فيه الهلاك وانتهى فعلاً بالموت"⁽²⁾.

كما قضت محكمة النقض السورية بأنه: "من شروط مرض الموت أن يقعد المريض عن قضاء مصالحه، بمعنى أن يجعله عاجزاً عن قضاء مصالحه العادية المألوفة التي يستطيع الأصحاء عادة مباشرتها، وليس واجباً ليكون مرض موت أن يلزم المريض الفراش، وقد لا يلزمه ويبقى مع ذلك عاجزاً عن قضاء مصالحه"⁽³⁾.

أما المشرع اليمني عندما عرّف مرض الموت في المادة (477) مسدني لم يشترط فيه أن يقعد المرض صاحبه عن تدبير مصالحه خارج البيت أو داخله، بل يكفي أن يكون المرض من الأمراض التي تسبب الموت عادة، أما الأمراض التي لا تؤدي إلى الموت عادة لا تعتبر مرض موت وإن أقعدت المريض في الفراش كالزكام مثلاً⁽⁴⁾.

ونظراً إلى عدم تعرض المشرع الليبي لتعريف مرض الموت وشروطه؛ فإنه يمكن للقضاء الليبي الأخذ بالرأي المشهور من مذهب الإمام مالك استناداً إلى نص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني والمادة (165) من قانون إجراءات المحاكم الشرعية الصادر في عام 1958 م، المشار إليهما سابقاً .

(1) المرجع السابق، الصفحة نفسها .

(2) طعن مندي رقم 26، السنة القضائية 29، تاريخ الجلسة 26 -3- 1964 م نقلاً عن الموسوعة القانونية المتكاملة "الجامع القانوني" حزمة إلكترونية قانونية حديثة متكاملة محملة على CD شركة أليكس سوفت للبرمجيات والكمبيوتر، الإسكندرية، الإصدار السادس 2002 م .

(3) نقض سوري رقم 110 أساس 834 تاريخ 23 / 3 / 1974 م مجلة المحامون ص 64 لعام 1974 م . نقلاً عن موقع القانون السوري، نقابة المحامين السوريين، المحامي جمال عبد الناصر المسالمة، [http:// syrialaw. 50megs. com./syria -lew /agthad .hum](http://syrialaw.50megs.com/syria-lew/agthad.hum).

(4) الوجيز في أحكام عقد البيع في القانون المدني اليمني، مرجع سابق، ص 241.

ويرى البعض أن مفهوم قضاء الحاجات متغير حسب نوعيتها وكذلك الأزمنة، فالإنسان أصبح في عصرنا قادراً على قضاء شؤونه وحاجياته بكل سهولة، حتى ولو كان مريضاً ملازماً للفراش باستعمال وسائل الاتصال الحديثة مثل الهاتف والفاكس والإنترنت، بالتالي فإن هذا الشرط يكون بحاجة إلى الضبط وتبقى المسألة خاضعة لاجتهاد محكمة الموضوع⁽¹⁾.

ويمكن التوفيق بين أصحاب هذا الرأي وأصحاب الاتجاه الأخير من الأحناف، بالاعتماد على هذا الشرط إلى جانب الشروط الأخرى في حالة ما إذا كان المريض غير عالماً بشدة خطورة مرضه على حياته، أما إذا كان عالماً بذلك فيكفي الأخذ بالشرطين وهما: أن يؤدي هذا المرض إلى الهلاك، وأن يتصل المرض بالموت فعلاً.

ب- أن يؤدي هذا المرض إلى الهلاك .

ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بأن مرض الموت يجب أن يؤدي إلى الهلاك، غير أنهم بالرغم من ذلك اختلفوا في تقدير هذا الهلاك وذلك على النحو التالي:

الرأي الأول: يرى أصحابه أن مرض الموت يجب أن يؤدي إلى الهلاك غالباً وهذا ما ذهب إليه الأحناف⁽²⁾ وبعض شراح القانون⁽³⁾ والقضاء في مصر وسوريا وتونس.

فقد جاء في حاشية ابن عابدين: "قال أبو الليث كونه صاحب فراش ليس بشرط لكونه مريضاً مرض الموت، بل العبرة للغلبة، لو الغالب من هذا المرض الموت فهو مرض الموت، وإن كان يخرج من البيت وبه كان يفتي الصدر الشهيد"⁽⁴⁾.

وقضت محكمة النقض المصرية بأنه: "من الضوابط المقررة في تحديد مرض الموت وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ويشعر معه بدنو أجله وأن ينتهي بوفاته"⁽⁵⁾ .

(1) قانون مني العقود الخاصة، البيع، د. عبدالله الأحمد، تونس، مطبعة الوفاء، تاريخ الطبع 1997م، ص 41، 40 .
(2) بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج: 3، ص: 224، الهداية شرح بداية المبتدي، أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبدالجليل الرشدي المرغيناني، المكتبة الإسلامية، تركيا، ج: 2، ص: 4، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، محمد بن علي بن محمد الحسكي، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، تاريخ الطبع 1386 هـ ج: 3، ص: 384، حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج: 3، ص: 384.
(3) الوجيز في أحكام عقد البيع في القانون المدني اليمني، مرجع سابق، ص: 241، الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسمأة، المجلد الأول، عقد البيع، د. سليمان مرقس، الطبعة الخامسة، مطبعة السلام بشبرا، مصر، تاريخ الطبع 1990م، ص 775، شرح القانون المدني الليبي الحقوق العينية الأصلية والتبعية، مرجع سابق، ص: 174، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول البيع والمقايضة، مرجع سابق، ص 315، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص: 283 .

(4) حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج: 3، ص: 384.
(5) طعن مني رقم 618، السنة القضائية 43، تاريخ الجلسة 6-12-1977م مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في عقد البيع خلال ثمانية وخمسين عاماً 1931-1988م، مرجع سابق، ص: 475.

كما قضت محكمة النقض السورية أن: "مرض الموت هو المرض الذي يغلب فيه خوف الموت، ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجاً عن داره إن كان من الذكور وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء كان صاحب فراش أو لم يكن، وعلى هذا فشرط مرض الموت هي: 1- أن يقعد المريض عن قضاء مصالحه 2- أن يغلب فيه الموت 3- أن ينتهي بالموت فعلاً" (1).

كما تبنت محكمة التعقيب التونسية هذا الرأي في عدة قرارات من أهمها قرارها رقم (54771) الصادر في 25-6-1988 م .

الرأي الثاني: يرى أصحابه أن مرض الموت هو ما كان سبباً صالحاً للموت باشتهار الموت منه لا بغلبته، وهذا هو رأي المالكية (2) والشافعية (3) والحنابلة (4).

فقد جاء في حاشية الدسوقي: "والحاصل أن المدار على كثرة الموت من ذلك المرض بحيث يكون الموت منه شهيراً لا يتعجب منه ولا يلزم من كثرة الموت منه غلبة الموت به، فيقال في الشيء إنه كثير إذا كان وجوده مساوياً لعدمه والغلبة أخص من ذلك" (5).

وجاء في إعانة الطالبين: "لا يشترط في كونه مخوفاً غلبة حصول الموت به بل عدم ندرته" (6).

وجاء في كشف القناع: "ليس معنى المرض المخوف الذي يغلب على القلب الموت منه، أو يتساوى في الظن جانب البقاء والموت؛ لأن أصحابنا جعلوا ضرب المخاض من الأمراض المخوفة، وليس الهلاك غالباً ولا مساوياً للسلامة وإنما الغرض أن يكون سبباً صالحاً للموت فيضاف إليه ويجوز حدوثه عنده وأقرب ما يقال ما يكثر حصول الموت منه" (7).

(1) نقض سوري رقم 621، تاريخ 20-4-1980 م، سجلات محكمة النقض، نقلاً عن موقع القانون السوري، نقابة المحامين السوريين، المحامي جمال عبد الناصر المتصالمة. <http://syrialaw.50megs.com/syria-lew/aghad.htm>.

(2) حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج 3 ص 306.

(3) إعانة الطالبين، مرجع سابق، ج 3 ص 209، المراج الوهاج، مرجع سابق، ج 1 ص 339، كشف القناع، مرجع سابق، ج 4 ص 323.

(4) كشف القناع، مرجع سابق، ج 4 ص 323.

(5) حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج 3 ص 306.

(6) إعانة الطالبين، مرجع سابق، ج 3 ص 209.

(7) كشف القناع، مرجع سابق، ج 4 ص 323.

ونظراً إلى عدم تعرض المشرع الليبي لتعريف مرض الموت وشروطه، فإنه يمكن للقضاء الليبي الأخذ بالرأي المشهور من مذهب الإمام مالك استناداً إلى نص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني والمادة (165) من قانون إجراءات المحاكم الشرعية الصادر في عام 1958 م .

وعلى ذلك يكون الملاحظ في مرض الموت وفقاً للرأي الأول غلبة الظن بالهلاك من هذا المرض، فكل مرض يغلب على الظن أنه موصل إلى الموت عادة أو حسب تقرير الأطباء، يعتبر مرض موت طال زمنه أو قصر متى اتصل به الموت ولم تتخلله فترة هدوء سنة أو أكثر⁽¹⁾، ويظهر لي أن الرأي الثاني هو الراجح؛ لأن القول بغلبة الهلاك يؤدي إلى خروج عدد من الأمراض الخطيرة التي يشتهر منها الموت ولا تؤدي إليه غالباً، الأمر الذي قد يترتب عليه الإضرار بالورثة والدائنين نتيجة لتصرفات المريض المصاب بهذه الأمراض في أمواله بالمحاباة^(*)، والمرجع في تحديد الأمراض التي يغلب فيها الهلاك عادة أو يشتهر منها، الأطباء المختصون في طبيعة الأمراض⁽²⁾، ولكن يبقى للقاضي بعد سماع رأي الأطباء تقدير ما إذا كان المرض مما يغلب فيه الهلاك عادة أو يشتهر منه، وهو يراعي في هذا التقدير ظروف كل حالة على حده، ولا يخضع فيه لرقابة محكمة النقض⁽³⁾ .

ج- أن يتصل المرض بالموت فعلاً .

ذهب جمهور الفقهاء من الأحناف⁽⁴⁾ والمالكية⁽⁵⁾ والشافعية⁽⁶⁾ والحنابلة⁽⁷⁾ وشراح القانون⁽⁸⁾ إلى ضرورة أن يتصل المرض المخوف بالموت، ولو بسبب غير المرض، فإذا لم يتصل بالموت وشُفي من المرض فإن تصرفه يعتبر تصرفاً صحيحاً وناظراً.

(1) المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، مرجع سابق، ص 511.

(*) المحاباة في البيع هي البيع بدون ثمن المثل وكما تكون المحاباة في البيع تكون في التزويج والخلع .

(2) الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، د. أحمد فرج حسين، دار الجامعية، مصر، تاريخ الطبع 1987م، ص 237، الوجيز في أحكام عقد البيع في القانون المدني الليبي، مرجع سابق، ص 241، العقود المسماة، البيع والإيجار، مرجع سابق، ص 188.

(3) الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، المجلد الأول، عقد البيع، مرجع سابق، ص 774.

(4) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، تاريخ الطبع 1313هـ، ج: 2، ص: 248، حاشية ابن عابدين ج: 3، ص: 384، 385.

(5) حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج: 3، ص: 307، شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج: 5، ص: 306.

(6) حاشية الجبرمي، مرجع سابق، ج: 3، ص: 276.

(7) المغني، مرجع سابق، ج: 6، ص: 108.

(8) العقود المسماة، البيع والإيجار، مرجع سابق، ص 188-189، الوجيز في أحكام عقد البيع في القانون المدني الليبي، مرجع سابق، ص 242، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، مرجع سابق، ص 510-512، الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، المجلد الأول، عقد البيع، مرجع سابق، ص 776، الموجز في العقود المسماة، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 66، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول، البيع والمقايضة، مرجع سابق، ص 317، 318، شرح القانون المدني الليبي الحقوق العينية الأصلية والتبعية، مرجع سابق، ص 174، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 281 .

فقد جاء في حاشية ابن عابدين: "إنَّ مرض الموت هو الذي يتصل به الموت"⁽¹⁾.

وجاء في حاشية الدسوقي وشرح مختصر خليل أن المريض مرضٌ مخوفٌ إذا تبرَّع في مرضه بشي من ماله فإن ذلك يوقف، فإن مات قوم بعد موته ويخرج كله من ثلثه إن وسَّعه كلُّه وإلا أخرج ما وسَّعه الثلث فقط، وإن صحَّ ولم يمُت مَضَى جميع تبرُّعه⁽²⁾.

وجاء في حاشية البجيرمي^(*): "قوله (لاتصال الموت به)، يؤخذ منه أن المخوف ما اتصل به الموت...فإن قيل المرض إن اتصل به الموت فهو مخوف وإن لم يتصل به فهو غير مخوف...إذا تبرع فيه ومات بسبب آخر كهدم أو غرق فإنه يحسب من الثلث"⁽³⁾.

وجاء في المغني: "ويعتبر في المريض الذي هذه أحكامه شرطان أحدهما: أن يتصل بمرضه الموت، ولو صح في مرضه الذي أعطى فيه ثم مات بعد ذلك فحكم عطيته حكم عطية الصحيح؛ لأنه ليس بمرض الموت، والثاني: أن يكون مخوفاً"⁽⁴⁾.

ويرى شراح القانون أن إصابة الإنسان بمرض يغلب فيه الهلاك، وعجزه بسبب ذلك عن متابعة أعماله المعتادة، لا يكفي لاعتبار هذا المرض مرض موت، بل يشترط بالإضافة إلى ذلك حصول الوفاة فعلاً، ولو بسبب آخر غير المرض قبل مرور سنة كاملة على بدء المرض، وإذا امتد المرض لمدة سنة أو أكثر مع ازدياد واشتداد، وعاقبه الموت فإنه يعتبر مرض موت أيضاً، بشرط أن تحصل الوفاة قبل مضي سنة من تاريخ ازدياد المرض⁽⁵⁾، وإذا استمر المرض أكثر من سنة، وأصبح مزماً ولم يشتد خلال هذه الفترة، فلا يعتبر المريض مريضاً بمرض الموت في هذه الحالة، وإنما إذا اشتد المرض المزمن وحدثت مضاعفات جديدة يغلب معها

(1) حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج: 3 ص: 384، 385.

(2) حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج: 3 ص: 307، شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج: 5 ص: 306.

(*) هو سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي، فقيه شافعي من بجيرم، قرية غربي مصر، قدم القاهرة صغيراً، فتعلم في الأزهر ودرس وكف بصره، من تصنيفه: التجريد وهو شرح على المنهج، ينظر الأعلام للزركلي، مرجع سابق، ج: 1 ص: 93.

(3) حاشية البجيرمي، مرجع سابق، ج: 3 ص: 276.

(4) المغني، مرجع سابق، ج: 6 ص: 108.

(5) العقود المسماة، البيع والإيجار، مرجع سابق، ص: 189، 188، الوجيز في أحكام عقد البيع في القانون المدني اليمني، مرجع سابق، ص: 242، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، مرجع سابق، ص: 510-512، الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، المجلد الأول، عقد البيع، مرجع سابق، ص: 776، الموجز في العقود المسماة، الجزء الأول البيع مرجع سابق، ص: 66، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول البيع والمقايضة، مرجع سابق، ص: 318، 317، شرح القانون المدني الليبي الحقوق العينية الأصلية والتبعية، مرجع سابق، ص: 174.

هلاك المريض ويتحقق الهلاك فعلاً نتيجة لهذه المضاعفات فإنه يعتبر المريض في حالة مرض الموت⁽¹⁾، وإذا لم يتصل المرض بالموت فعلاً، بل شفي منه المريض، فإن ما تم في أثناءه من تصرفات يأخذ حكم التصرفات التي تمت حال الصحة، وإذا مرض الشخص مرضاً انتهى بوفاته دون أن يكون ذلك المرض مما يغلب فيه الهلاك مثل الزكام، فإن مرضه هذا لا يُعدّ مرض موت⁽²⁾.

ولهذا تعتبر تصرفات المريض مرض الموت صحيحة وناظفة أثناء مرضه لاحتمال أن يبرأ منه، فإذا انتهى المرض بالوفاة كان للورثة أن يطعنوا في التصرف، أما إذا شفي المريض فإن تصرفه يأخذ حكم تصرف الأصحاء، ولكن يجوز لمن صدر منه التصرف نفسه أن يطعن في تصرفه بالغلط في الباعث، وذلك بأن يثبت أنه إنما تصرف وهو معتقد أنه في مرض الموت، ولو اعتقد أنه سيشفي ما كان ليتصرف، ففي هذه الحالة يكون التصرف قابلاً للإبطال للغلط، ويجوز للمتصرف أن يبطله لهذا العيب⁽³⁾، ولا تكون تصرفاته خاضعة لأحكام الوصية إلا إذا مات في فترة هذا المرض نفسه⁽⁴⁾.

ولقد تبني القضاء السوري في النقض المدني رقم (621) الصادر في 20-4-1980 ف، والقضاء التونسي في قرار محكمة التعقيب رقم (54771) الصادر في 25-6-1988م هذا الشرط، كما قضت محكمة النقض المصرية بأنه: " العبرة في اعتبار المرض الذي يطول أمده عن سنة مرض موت، هي بحصول التصرف خلال فترة تزايد واشتداد وطأته على المريض للدرجة التي يغلب فيها الهلاك وشعوره بدنو أجله، ثم انتهاء المرض بوفاته"⁽⁵⁾.

ونظراً إلى عدم تعرض المشرع الليبي لتعريف مرض الموت وشروطه، فإنه يمكن للقضاء الليبي الأخذ بهذا الرأي استناداً إلى نص الفقرة (2) من المادة (1) من القانون المدني والمادة (165) من قانون إجراءات المحاكم الشرعية .

(1) الوجيز في أحكام عقد البيع في القانون المدني اليمني، مرجع سابق، ص 242.
(2) المرجع السابق، الصفحة نفسها، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، مرجع سابق، ص 510-512 ، الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، المجلد الأول، عقد البيع، مرجع سابق، ص 776 .
(3) الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول البيع والمقايضة، مرجع سابق، ص 317-318، الموجز في العقود المسماة، الجزء الأول البيع، ص 66 .
(4) شرح القانون المدني الليبي الحقوق العينية الأصلية والتبعية، مرجع سابق، ص 174 .
(5) طعن مدني رقم 156، السنة القضائية 25، تاريخ الجلسة 11-6-1959 م نقلاً عن الموسوعة القانونية المتكاملة "الجامع القانوني" حزمة إلكترونية قانونية حديثة متكاملة محملة على CD ، شركة أليكس سوفت للبرمجيات والكمبيوتر، الإسكندرية، الإصدار السادس 2002م.

المطلب الثالث

علاقة مرض الموت بالأهلية والحكمة من تقييد تصرفات المريض فيه

• تعريف الأهلية:

الأهلية في اللغة: تعني الصلاحية⁽¹⁾، ويقال فلان أهل لعمل كذا إذا كان صالحاً للقيام به⁽²⁾.

الأهلية في اصطلاح الفقهاء: صلاحية الشخص لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه⁽³⁾، وتنقسم الأهلية إلى قسمين⁽⁴⁾ :

القسم الأول: أهلية الوجوب: تعني أن يكون الشخص صالحاً لأن تثبت له الحقوق وتجب عليه الواجبات⁽⁵⁾، أي صلاحيته للإلزام والالتزام، وتسمى عند الفقهاء الذمة وهي وصف شرعي يصير به الإنسان أهلاً لما يجب له أو عليه⁽⁶⁾، أما رجال القانون فيطلقون عليها اسم الشخصية القانونية فهي عندهم عبارة عن الصلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات⁽⁷⁾، والمقصود بالإلزام هو ثبوت الحقوق له كاستحقاقه عوض مساوٍ لقيمة ما تلف من ماله، وانتقال الملكية له فيما يشتريه، أما الالتزام فهو ثبوت الحقوق عليه كالتزامه بأداء ثمن ما يشتريه .

وأساس ثبوت هذه الأهلية هو الصفة الإنسانية (الحياة) ولا علاقة لها بالسن أو العقل، بل كل إنسان في أي طور كان أو صفة حتى الجنين والمجنون يعتبر متمتعاً بأهلية الوجوب، وتثبت كاملة للجنين متى انفصل حياً عن أمه ولا تنفك عنه في جميع أطوار حياته، وتكون ناقصة قبل ولادته، وتعني صلاحيته في أن تثبت له الحقوق التي لا تحتاج لقبول كالإرث مثلاً الوصية والنسب⁽⁸⁾، وأهلية الوجوب لا تثبت للإنسان بها تعامله وتعاقدته مع غيره، إنما موطن ذلك هو أهلية الأداء.

(1) المعجم الوسيط، مرجع سابق، مادة أهل .

(2) أصول الفقه الإسلامي، زكي الدين شعبان، منشورات جامعة بنغازي كلية الحقوق، الطبعة الثالثة، دار القلم، بيروت، تاريخ الطبع 1974 م، ص 278 .

(3) كشف الأسرار، مرجع سابق، ج 4 ص 335 ، التوضيح في حل غوامض التنقيح، عبيد الله بن مسعود المحجوبي البخاري الحنفي ، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، 1416 هـ ج: 2 ص: 336 .

(4) أصول البزدوي كنز الوصول إلى معرفة الأصول، علي بن محمد البزدوي الحنفي، مطبعة جاويد بريس، كراتشي ج: 1 ص: 324.

(5) أصول الفقه، د. سليمان الجروشي، منشورات جامعة قاريونس، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، بيروت، تاريخ الطبع 2002 م ص 76 .

(6) كشف الأسرار، مرجع سابق، ج 4 ص 335 ، التوضيح في حل غوامض التنقيح، مرجع سابق، ج 2 ص 337 ، أصول البزدوي، مرجع سابق، ج: 1 ص: 324 .

(7) أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 278، 279 .

(8) المدخل الفقهي العام ، مرجع سابق، ص 785 ، أصول الفقه، مرجع سابق، ص 76 .

القسم الثاني: أهلية الأداء: تعني صلاحية الشخص لممارسة الأعمال التي يتوقف اعتبارها الشرعي على العقل⁽¹⁾.

وأساس ثبوت هذه الأهلية العقل والتمييز لا الحياة فهي لا تثبت للجنين ولا الطفل قبل سن التمييز (سن السابعة)، وهذه الأهلية قد تكون كاملة وتعني صلاحية الإنسان للقيام بجميع التصرفات على الوجه المشروع دون توقف على رأي الغير، كما يمكن أن تكون ناقصة بأن يكون الإنسان بموجبها صالحاً لصدور التصرفات عنه دون البعض الآخر بمعنى أن نفاذها يتوقف على رأي غيره، وهذا النوع من الأهلية يثبت للمميز الذي أتم السابعة إلى البلوغ⁽²⁾.

ويجب التفرقة وعدم الخلط بين انتفاء الأهلية وبين المنع من التصرف، ففي حالة انتفاء الأهلية يكون الشخص نفسه غير صالح للقيام بنفسه بالتصرفات القانونية، وعلى ذلك فإن الشخص ذاته هو الذي يوصف بأنه عديم أو ناقص الأهلية، أما في حالة المنع من التصرف فإن المال نفسه هو الذي لا يقبل التصرف فيه، فالمنع من التصرف إذا وصف يلحق بالمال لا بالشخص فالذي أوقف ماله لا يستطيع التصرف فيه لعدم قابلية المال الموقوف للتصرف، وقد يمنع الشخص من التصرف لمصلحة مشروعة ولا يرجع ذلك لنقص في التمييز عنده كما في نقص الأهلية ولا لعدم قابلية المال للتصرف، من ذلك مثلاً منع الشخص من أن يبيع ماله في مرض الموت إلا في حدود معينة إذ روعي في ذلك مصلحة الورثة، فإذا زال المانع صح التصرف كما إذا أجازت الورثة البيع⁽³⁾.

ويرى الفقهاء أنّ المرض لا ينافي أهلية الحكم، أي ثبوت الحكم ووجوبه على الإطلاق، سواء من حقوق الله تعالى كالصلاة والزكاة، أم من حقوق العباد كالقصاص ونفقة الأزواج والأولاد، ولا ينافي أهلية العبارة أيضاً؛ لأنه لا يخل بالعقل، ولما كان الأمر كذلك فإنه يجب على المريض العبادات كاملة بقدر المكنة كما تجب على الصحيح، وأن لا يتعلق بماله حق الغير، ولا يثبت الحجر عليه بسببه لكنه لما كان المرض سبباً للموت، والموت علة لخلافة الورثة والغرماء في المال،

(1) المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ص 786، أصول الفقه، مرجع سابق، ص 76 .

(2) أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 279، أصول الفقه، مرجع سابق، ص 76 .

(3) أحكام الولاية على المال، صلاح خاطر، بحث منشور في مجلة القضاء، الصادرة عن نادي القضاء بمصر، القاهرة، مجلد الأحوال الشخصية والقانون البحري، بدون عدد، تاريخ الإصدار 1980 م، ص 17، 18 .

كان من أسباب الحجر على المريض بقدر ما يقع به صيانة حقوق هؤلاء، وهو مقدار الثلثين في حق الوارث، ومقدار الدين في حق الغريم، ويثبت الحجر إذا اتصل الموت بهذا المرض مستنداً إلى أول المرض؛ لأن علة الحجر مرض مميت لا نفس المرض، فقبل وجود الوصف لا يثبت الحجر⁽¹⁾.

ولقد أخذت محكمة التمييز الأردنية برأي الفقهاء حيث قررت أنه: "لا يشترط لبطلان التصرفات التي يجريها من كان في مرض الموت أن يكون المريض فاقد الأهلية... إذ لو كان فقدان الأهلية شرطاً لازماً لبطلان تصرفات المريض مرض الموت لما كان ثمة حاجة لوضع نصوص خاصة بمرض الموت، إذ أن مجرد فقدان الأهلية بحد ذاته يوجب بطلان التصرفات"⁽²⁾.

كما أخذت بذلك محكمة النقض المصرية في الطعن المدني رقم (26) الصادر بتاريخ 26-3-1964 م، ومحكمة التعقيب التونسية في القرار التعقيبي المدني رقم (54771) الصادر بتاريخ 25-6-1998 م.

ومن ثم فإن المرض في حد ذاته لا يعتبر سبباً يحد من أهلية الإنسان مادام هذا المرض لم يؤثر على قواه العقلية، ولكن الذي يحد من هذه الأهلية هو دنو الموت من المريض بدرجة يصبح فيها شبه مؤكد، وهذا الوضع يجعل المريض في حالة نفسية مضطربة، قد تدفعه إلى بعض التصرفات القانونية التي تضر بالورثة بصفتهم الخلف العام له⁽³⁾، ولهذا يرجع التقييد إلى تعلق حقوق الورثة والدائنين بأموال المريض من تاريخ المرض، ويؤيد صحة هذا الرأي أن تصرف المريض في مرض الموت يعتبر صحيحاً إذا لم يكن له ورثة، ولو كان تصرفه وارداً على كل ماله⁽⁴⁾.

(1) كشف الأسرار، مرجع سابق، ج 4 ص 426، 427، تيسير التحرير على كتاب التحرير لكمال بن الهمام، محمد أمين المعروف بأمرير بادشاه، دار الفكر، بيروت، ج 2: ص 277، 278، التقرير والتحرير في علم الأصول، ابن أمير الحاج، دار الفكر، بيروت، تاريخ الطبع 1417 هـ، ج 2: ص 248، 249، أصول البزدوي كنز الوصول إلى معرفة الأصول، علي بن محمد البزدوي الحنفي، مطبعة جاويد بريس، كراتشي، ج 1: ص 335، 334، التاج والإكليل، مرجع سابق، ج 5 ص 78، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج 2 ص 837، 836.

(2) تمييز حقوق 165-84 صفحة 710 سنة 1984م، نقلاً عن العقود المسماة، البيع والإيجار، مرجع سابق، ص 189.

(3) العقود المسماة، البيع والإيجار، مرجع سابق، ص 189.

(4) شرح القانون المدني، حقوق البيع والحوالة والمقايضة في التقنين القديم والجديد، الأستاذ أحمد نجيب الهلالي، الأستاذ حامد زكي، الطبعة الثالثة، مطبعة الفجالة الجديدة، مصر، تاريخ الطبع 1954م، ص 198، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول البيع والمقايضة، مرجع سابق، ص 323، عقد البيع في القانون المدني، د. عبد المنعم البدرابي، مطابع الكتاب، مصر، تاريخ الطبع 1960 م، بند 418، شرح القانون المدني الحقوق العينية الأصلية، د. محمد كامل مرسي باشا، الجزء السادس، أمبياب كسب الملكية "الوصية وتصرفات المريض مرض الموت"، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، تاريخ الطبع 2005 م، ص 360، الالتزامات في الشرع الإسلامي، مرجع سابق، ج 2 ص 150، 149.

المطلب الرابع إثبات مرض الموت

ذهب جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية⁽¹⁾ وشرّاح القانون⁽²⁾ على أن تحديد مرض الموت من الأمور التي يمكن إثباتها بالرجوع إلى رأي الأطباء أصحاب الخبرة .

فقد جاء في الذخيرة: "والمخوف كل ما لا يؤمن فيه الموت، وما يقول الأطباء إنه سبب الهلاك غالباً، وكل ما أشكل أخذ فيه بقول أهل المعرفة بالطب"⁽³⁾.
غير أن الشافعية⁽⁴⁾ والحنابلة⁽⁵⁾ اشترطوا في الأطباء أن يكونوا من أهل الشهادة؛ لأن الأمر يتعلق بحقوق آدميين من ورثة وموصى لهم، فيجب أن يتوافر فيهم الإسلام والحرية والبلوغ والعدالة، ويجب أن يكونوا ذكوراً فيما يتعلق بأمور الرجال التي لا يمكن للنساء الاطلاع عليها غالباً، أما في الأمور التي تتعلق بأمور النساء التي لا يطلع عليها إلا النساء غالباً فيقبل فيها قول أربع نسوة أو رجل وامرأتان، وقال الخرقي: يقبل قول الطبيب العدل إذا لم يقدر على طبيبين وإذا اختلف الأطباء فإنه يأخذ بقول الأعم، وإن تساوا في العلم أخذ بالأكثر عدداً كما قال الماوردي.

ولقد أخذت محكمة النقض المصرية في الطعن المدني رقم (1011) الصادر

بتاريخ 27-12-1983 م برأي الجمهور.

(1) الذخيرة، مرجع سابق، ج 7 ص 137، التاج والإكليل، مرجع سابق، ج 5 ص 78، شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج 5 ص 304، منح الجليل، مرجع سابق، ج 6 ص 128، المهذب في فقه الإمام الشافعي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي الشيرازي، تحقيق: صدقي محمد جميل المطار، دار الفكر، بيروت، تاريخ الطبع 1999 م، ج: 1 ص: 635، الوسيط، مرجع سابق، ج: 4 ص: 422، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج: 6 ص: 128، 129، نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج: 6 ص: 61، المغني، مرجع سابق، ج: 6 ص: 109، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، الطبعة الثانية، المكتب الإسلامي، بيروت، تاريخ الطبع 1399 هـ، ج: 2 ص: 165، 166، الفروع، مرجع سابق، ج: 4 ص: 505، المبدع، مرجع سابق، ج: 5 ص: 387، الإنصاف للمراي، مرجع سابق، ج: 7 ص: 165، 166، الروض المربع، مرجع سابق، ج: 2 ص: 503، مطلب أولي النهي في شرح غاية المنتهى، مصطفى الميوطي الرحباني، المكتب الإسلامي، دمشق، تاريخ الطبع 1961 م، ج: 4 ص: 416، 417.

(2) الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص: 237، الوجيز في أحكام عقد البيع في القانون المدني اليمني، مرجع سابق، ص: 241، العقود المسماة، البيع والإيجار، مرجع سابق، ص: 188، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، مرجع سابق، ص: 511.

(3) الذخيرة، مرجع سابق، ج: 7 ص: 137.

(4) المهذب، مرجع سابق، ج: 1 ص: 635، الوسيط، مرجع سابق، ج: 4 ص: 422، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج: 6 ص: 128، 129، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، دار الفكر، بيروت، ج: 3 ص: 50، نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج: 6 ص: 61.

(5) المغني، مرجع سابق، ج: 6 ص: 109، الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق، ج: 2 ص: 486، الإنصاف، مرجع سابق، ج: 7 ص: 165، 166، الروض المربع، مرجع سابق، ج: 2 ص: 503، الفروع، مرجع سابق، ج: 4 ص: 505، المبدع، مرجع سابق، ج: 5 ص: 387.

كما أخذ القضاء في سوريا وتونس بهذا الرأي أيضاً، فقد قضت محكمة النقض السورية: "1- يترتب على الوارث الذي يدعي صدور التصرف عن المورث في مرض الموت، أن يثبت حالة المرض بجميع وسائل الثبوت. 2- إن الاستشهاد بأقوال الأطباء الذين كانوا يعالجون المريض والاستناد إلى الشهادات المقدمة منهم جائز، ودعوة الأطباء إلى المحكمة لاستكمال التحقيق لا يتوقف على طلب أو رضاء الخصوم" (1).

كما قضت محكمة التعقيب التونسية: "المقصود بمرض الموت المخيف إنما هو ذلك المخيف المنذر بالوفاة العاجلة ويغلب فيه الموت ويعجز معه المريض عن رؤية ومباشرة مصالحه، وحالة المرض المخيف لا تثبت إلا بالمعاينة الطبية، وهو أمر موضوعي موكل لاجتهاد محكمة الأصل ولا رقابة في ذلك عليها، لكن بشرط التعليل المستمد من أوراق الملف" (2).

وبالرغم من أن مرض الموت من الأمور التي يمكن إثباتها بالرجوع إلى رأي الأطباء أصحاب الخبرة، لكنه يبقى للقاضي بعد سماع رأي الأطباء تقدير ما إذا كان المرض مما يغلب فيه الهلاك عادة، وهو يراعي في هذا التقدير ظروف كل حالة على حده، ولا يخضع فيه لرقابة محكمة النقض (3).

وكما يجوز إثبات مرض الموت عند الفقهاء بأقوال أهل الطب، فإنه يجوز إثباته بالبينات والقرائن، لكنهم اختلفوا في ذلك، فعند الأحناف (4) إذا اختلف الوارث والمتصرف إليه في كون المرض مخوفاً، بأن قال الوارث إن التصرف صدر في مرض الموت، وقال المتصرف إليه إن التصرف صدر في الصحة فالقول قول الوارث عندهم؛ لأن الحادث يضاف إلى أقرب أوقاته، فلما ترددوا حمل على الأقرب، والأقرب المرض المتأخر زمنه عن الصحة، وإذا قدم كل منهم بينة فتقدم بينة من ادعى الصحة، إلا إذا تساوى في الوقت فتقدم بينة الورثة، وكذلك المالكية (5)

(1) نقض سوري رقم 242 تاريخ 1954/7/26م، مجلة القانون ص 637 العام 1954م. نقلاً عن موقع القانون السوري، نقابة المحامين السوريين، المحامي جمال عبد الناصر المسالمة. <http://syrialaw.50megs.com/syria-lew/agthad.htm>.

(2) قرار تعقيبي مدني رقم 4140 مؤرخ في 19، 6، 2001م نشرية محكمة التعقيب، القسم المدني، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية 2001 م ص 81.

(3) الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، المجلد الأول، عقد البيع، مرجع سابق، ص 774.

(4) حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج:7 ص:180، 181.

(5) الفواكه الدواني، أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي المالكي، دار الفكر، بيروت، تاريخ الطبع 1415هـ، ج:2 ص:30، الفروق، شهاب الدين أبو العباس الصنهاجي المشهور بالقرافي، تحقيق: عبد الحميد هنداي، المكتبة العصرية، بيروت، تاريخ الطبع 1424هـ، ج:4 ص:61.

والحنابلة⁽¹⁾ يرون تقديم بينة الصحة لأنها الأصل الغالب، أما الشافعية⁽²⁾ فيرون أنه إذا اختلف الوارث والمتبرع إليه في كون التصرف حصل في مرض الموت فإن القول قول المتبرع إليه، وعلى الوارث أن يثبت قوله بالبينة؛ لأن الأصل عدم الخوف، وإذا قدم كل منهم بينة فتقدم بينة مرض الموت؛ لأن معها زيادة علم . ويرى شراح القانون أن مرض الموت بشروطه السابقة، يعتبر واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات، ومنها البينات والقرائن، وأكثر ما يثبت بالشهادات الطبية الدالة على حالة لمريض في أواخر أيامه، كذلك يثبت بشهادة الشهود، وبتقصي حياة المريض في أيامه الأخيرة ويقع عبء الإثبات على الورثة⁽³⁾.

وقد نص المشرع الليبي في المادة (920) من القانون المدني المقابلة للمادة (1128) مدني أردني والمادة (916) مدني مصري والمادة (877) مدني سوري على أنه: "1- كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أياً ما كانت التسمية التي تعطى له 2- وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا بجميع الطرق أن التصرف قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت، ولا يحتج على الورثة بسند التصرف إلا إذا كان ثابت التاريخ ثبوتاً رسمياً 3- فإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع، ما لم يثبت من صدر له التصرف غير ذلك أو وجدت أحكام خاصة تخالفه".

وبالتالي أقام المشرع قرينة بسيطة مفادها أن كل تصرف صادر من شخص في مرض الموت يعد تصرفاً مقصوداً به التبرع، وعليه فلا يكلف الورثة إلا بإثبات صدور التصرف في مرض الموت، وبإمكان من صدر له التصرف أن يثبت له عكس ذلك، وذلك بإثبات أن التصرف لم يقصد به التبرع، فإن أثبت المتصرف إليه أن التصرف رغم صدوره في مرض الموت لم يكن تبرعاً وإنما كان بمقابل؛ وجب أن يأخذ حكم المعاوضات الصادرة في مرض الموت⁽⁴⁾.

(1) المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن تيمية الحراني، الطبعة الثانية، مكتبة المعارف، الرياض تاريخ الطبع 1404 هـ ج:1 ص:380 ، مطالب أولى النهى، مرجع سابق، ج 4 ص424 .

(2) روضة الطالبين، مرجع سابق، ج 6 ص129 .

(3) الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول البيع والمقايضة، مرجع سابق، ص 322،321، شرح القانون المدني الليبي الحقوق العينية الأصلية والتبعية، مرجع سابق، ص 174، عقد البيع في القانون المدني، مرجع سابق، بند 419 .

(4) عقد البيع في القانون المدني، مرجع سابق، بند 420 ، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية دراسة مقارنة، د.علي هادي العبيدي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة الطبع 2000 م، ص 139-138.

ويجوز أيضاً لدائني المريض مرض الموت أن يتمسكوا بهذه القرينة، بحيث يعد كل تبرع أو محاباة من المدين وهو في مرض الموت في حكم الوصية بالنسبة للدائنين، بحيث يتقدمون على المتصرف إليه إذا كانت التركة مستغرقة، سواء أجاز الورثة التصرف أم لم يجيزوه⁽¹⁾.

وقضت محكمة النقض المصرية: "أنه متى كانت المحكمة وهي في صدد عقد طعن فيه بأنه صدر في مرض موت البائعة، قد استخلصت من أقوال الشهود أن البائعة أصيبت بمرض يغلب فيه الهلاك وانتهى فعلاً بوفاتها، فإن في هذا الذي قررته ما يكفي في اعتبار أن التصرف حصل إبان مرض موت المتصرف، ويكون في غير محله النعي عليه بمخالفة القانون في هذا الخصوص"⁽²⁾.

كما قضت محكمة النقض السورية: "بأن إثبات اشتداد المرض ووقوع البيع أثناء مرض الموت تقبل فيه جميع وسائل الإثبات"⁽³⁾.

كما قضت: "بأنه ليس واجباً ليكون المرض مرض موت أن يفقد المريض ملكاته العقلية أو أن يلزم الفراش، فقد لا يلزمه ويبقى مع ذلك عاجزاً عن قضاء مصالحه، وإذا كان مرض الموت أكثر ما يثبت بالشهادة الطبية الدالة على حالة المريض في أواخر أيامه فكذا يثبت بشهادة الشهود"⁽⁴⁾.

(1) الموجز في العقود المسماة، الجزء الأول البيع، مرجع سابق، ص 67 .
(2) طعن مدني رقم 174، السنة القضائية 20، تاريخ الجلمة 8-5-1952 م مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في عقد البيع خلال ثمانية وخمسين عاماً 1931-1988 م، مرجع سابق، ص 468.
(3) نقض سموري رقم 29، تاريخ 11-2-1951 م، مجلة القانون لعام 1951 م، ص 237. نقلاً عن موقع القانون السوري، نقابة المحامين السوريين، المحامي جمال عبد الناصر المسالمة. <http://syrialaw.50megs.com/syria-lew/agthad.htm>.
(4) نقض سموري رقم 3، أساس 470، تاريخ 5-1-1978 م، مجلة المحامون لعام 1978 م، ص 181. نقلاً عن موقع القانون السوري، نقابة المحامين السوريين، المحامي جمال عبد الناصر المسالمة. <http://syrialaw.50megs.com/syria-lew/agthad.htm>.

المبحث الثاني

أنواع الأمراض وما يأخذ حكم تصرفات المريض مرض الموت

من الأصحاء

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول

أنواع الأمراض

من خلال التعريف اللغوي والاصطلاحي للمرض، يتضح لنا أن المرض

ينقسم إلى قسمين هما: أمراض القلوب وأمراض الأبدان، وأمراض القلوب نوعان:

أ- مرض شك ونفاق: كما ورد في قوله تعالى: ﴿ فِي قُلُوبِهِمْ مَّرَضٌ فَزَادَهُمُ اللَّهُ مَرَضًا وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ بِمَا كَانُوا يَكْذِبُونَ ﴾ (1).

فقد جاء في مختصر ابن كثير (*) " { في قلوبهم مرض } أي شك { فزادهم الله مرضاً } شكاً وعن ابن عباس (**) { مرض } نفاق { فزادهم الله مرضاً } نفاقاً وهذا كالأول، وقال عبد الرحمن بن أسلم (***) : هذا مرض في الدين وليس مرضاً في الأجساد والمرض الشك الذي دخلهم في الإسلام { فزادهم الله مرضاً } أي زادهم رجساً، وقرأ: ﴿... فَأَمَّا الَّذِينَ آمَنُوا فزادتهم إيماناً وهم يستبشرون ﴿١٠﴾ وَأَمَّا الَّذِينَ فِي قُلُوبِهِمْ مَرَضٌ فَزَادَتْهُمْ رِجْسًا إِلَى رِجْسِهِمْ...﴾ (2)، يعني شراً إلى شرهم وضلالة إلى ضلاتهم وهذا الذي قاله هو الجزاء من جنس العمل { ولهم عذاب أليم بما كانوا يكذبون } (3) .

(1) سورة البقرة، الآية رقم 10.

(*) هو إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي الفقيه الشافعي وكنيته أبو الفداء، قال الذهبي إمام محدث مفت بارع، أخذ العلوم من الحسين العراقي والقاسم بن عساكر ولازم الحافظ المزني وتزوج بنته وسمع من الشيخ تقي الدين بن تيمية، ومن مصنفاته التاريخ الكبير والتفسير الكبير وقد ولد في عام 701 هـ وتوفي بدمشق عام 774 هـ، ينظر طبقات المفسرين أحمد بن محمد الأندروي، تحقيق: سليمان بن صالح الخزي، الطبعة الأولى، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، تاريخ الطبع 1997 م، ج1: ص260، 261. (***) هو أبو العباس عبد الله بن العباس بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف بن قصي القرشي الهاشمي، ولد قبل الهجرة بثلاث سنين، وقد أخرج ابن الزبير من مكة إلى الطائف ومات بها سنة ثمان ومستين هجري، و شهد عبد الله بن عباس مع علي رضي الله عنهما - الجمل وصفين والنهروان، وكان ابن عباس رضي الله عنهما - قد عمي في آخر عمره، ينظر طبقات الفقهاء، مرجع سابق، ج1 ص30. (***) هو عبد الرحمن بن زيد بن أسلم القرشي العدوي المدني مولى عمر بن الخطاب من أهل المدينة يروي عن أبيه روى عنه العراقيون وأهل المدينة مات سنة اثنتين وثمانين ومائة هجري، قال عبد الله بن أحمد: سمعت أبي يضعف عبد الرحمن، وقال أبو داود: أولاد زيد بن أسلم كلهم ضعيف وقال أيضا: أنا لا أحدث عن عبد الرحمن وقال النسائي: ضعيف، ينظر تهذيب التهذيب، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، تاريخ الطبع 1984م، ج6 ص161، المجروحين، أبو حاتم محمد بن حبان البستي، تحقيق: محمد إبراهيم زايد، دار الوعي، حلب، ج2 ص57 .

(2) سورة التوبة جزء من الآيتين رقم 124، 125 .

(3) مختصر ابن كثير، محمد علي الصابوني، دار القرآن الكريم، المملكة العربية السعودية، ج1 ص28 .

ب- مرض شهوة واتباع هوى النفس: وقد ورد في قوله تعالى: ﴿ يَا نِسَاءَ النَّبِيِّ لَسْتُنَّ كَأَحَدٍ مِّنَ النِّسَاءِ إِنِ اتَّقَيْتُنَّ فَلَا تَخْضَعْنَ بِالْقَوْلِ فَيَطْمَعَ الَّذِي فِي قَلْبِهِ مَرَضٌ وَقُلْنَ قَوْلًا مَّعْرُوفًا ﴾ (1).

قوله تعالى: " { يا نساء النبي لستن كأحد من النساء إن اتقيتن } يعني في الفضل والشرف... قوله تعالى: { فيطمع } بالنصب على جواب النهي { الذي في قلبه مرض } أي شك ونفاق، عن قتادة* والسيدي** وقيل : تشوف لفجور وهو الفسق والغزل قاله عكرمة*** وهذا أصوب وليس للنفاق مدخل في هذه الآية (2).

أما أمراض الأبدان: التي هي عبارة عن اعتلال في الصحة العامة للإنسان يترتب عليه فتوره عن القيام ببعض الأعمال، قد ورد ذكرها في قوله تعالى: ﴿ لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرْجٌ وَلَا عَلَى الْأَعْرَجِ حَرْجٌ وَلَا عَلَى الْمَرِيضِ حَرْجٌ ﴾ (3) وذهب الفقهاء إلى أنها تنقسم إلى مخوفة وغير مخوفة باستثناء الحنابلة، فقد قسمها ابن قدامة إلى أربعة أقسام، كما تناولوا بعض الأمراض المزمنة، ولقد وضع فقهاء كل مدرسة فقهية معياراً خاصاً بهم لمعرفة الأمراض المخوفة من غيرها ولتوضيح ذلك سأتناول رأي كل مدرسة فقهية، وذلك على النحو التالي :

مدرسة الحنفية : لقد وضع الأحناف (4) معياراً لتحديد الأمراض المخوفة وغير المخوفة، هو غلبة الهلاك، فكل مرض كان الهلاك منه غالباً هو مخوف،

(1) سورة الأحزاب، الآية رقم 32.

(*) هو أبو الخطاب قتادة بن دعامة بن قنادة بن عزيز السدوسي البصري، المفسر حدث عن أنس بن مالك وسعيد بن المسيب وغيرهم ، قال أحمد بن حنبل: قتادة عالم بالتفسير ووصفه بالحفظ والفقه، مات بواسط سنة ثمان مائة هجرية، ينظر طبقات المفسرين، مرجع سابق، ج1 ص14، سير أعلام النبلاء، مرجع سابق، ج5 ص279-283.

(**) هو أبو محمد إسماعيل بن عبد الرحمن بن أبي كريمة الحجازي ثم الكوفي الأعور السدي الإمام المفسر أحد موالى قریش ويكنى أبا محمد، حدث عن أنس بن مالك وابن عباس وعبد خير الهمداني ومصعب بن مسعود وأبي عبد الرحمن السلمى وعدد كثير، وحدث عنه شعبة وسفيان الثوري والحسن بن حي وأبو عوانة وآخرون، قال النسائي : صالح الحديث وقال أحمد بن حنبل: ثقة ، مات سنة سبع وعشرين ومائة هجرية، ينظر طبقات المحدثين بأصبهان، عبدالله بن محمد بن جعفر بن حيان أبو جابر الأنصاري، تحقيق : عبدالغفور عبدالحق حسين البلوشي، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، بيروت، تاريخ الطبع 1992 م، ج1 ص332، الطبقات الكبرى، محمد بن سعد بن منيع أبو عبدالله البصري الزهري، دار صادر، بيروت، ج6 ص323، ينظر سير أعلام النبلاء، مرجع سابق، ج5 ص:264،265.

(***) هو عكرمة بن عبد الله مولى عبد الله بن عباس ، وأصله من البربر ، مات ابن عباس وهو عبد فاشتره خالد بن يزيد بن معاوية من علي بن عبد الله بن عباس بأربعة آلاف دينار فبلغ ذلك عكرمة فأتى علياً فقال: بعث علم أبيك بأربعة آلاف دينار فراح علي إلى خالد فاستقاله فأقاله فأعتقه، وقال قتادة أعلمهم بالتفسير عكرمة، وقيل لسعيد بن جبیر: هل تعلم أحدا أعلم منك ؟ قال: عكرمة، ومات عكرمة وكثير عزة في يوم واحد فقال الناس مات أفقه الناس وأشعر الناس، وكان ذلك في سنة أربع ومائة هجرية، ينظر طبقات الفقهاء، مرجع سابق، ج1 ص:59 ، صفة الصفوة، مرجع سابق، ج2 ص103-105.

(2) الجامع لأحكام القرآن، أبي عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، دار الشعب، القاهرة ، ج1 ص:157.

(3) سورة النور جزء من الآية رقم 61.

(4) الميموط، مرجع سابق، ج6 ص169، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج3 ص:224، شرح فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، ج4 ص152 ، تبیین الحقائق، مرجع سابق، ج2 ص:248 ، حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج3 ص:385.

وبالتالي مرض موت، وقيدوا مدة تطاول الأمراض المزمنة بسنة، كما أنهم أشاروا إلى عدد من الأمراض المزمنة التي يمكن أن تكون مهلكة في مرحلة من المراحل. قال ابن عابدين: "حاصله أنه إن صار قديماً تطاول سنة ولم يحصل فيه ازدياد فهو صحيح، أما لو مات في حالة الازدياد الواقع قبل التطاول أو بعده فهو مريض"⁽¹⁾.

مدرسة المالكية: لقد ذهب المالكية⁽²⁾ إلى ما ذهب إليه الأحناف في تقسيم الأمراض، لكنهم خالفوهم في المعيار الذي وضعوه لتحديد هذه الأمراض، فقالوا: إنَّ المخوف هو ما حكم أهل الطب بأن الهلاك منه كثير، والمقصود بالكثير هو أن يشتهر الموت من ذلك المرض لا أن يكون الهلاك منه غالباً، واشترطوا في الأمراض المزمنة لكي يعتبر المصاب بها مريضاً مرض موت أن يخاف عليه الموت وأن يلزم فراشه، ولم يقيدوها بمدة معينة كما فعل الأحناف، وذكروا عدداً من الأمثلة على ذلك .

فقد جاء في منح الجليل: "ابن الحاجب والمخوف ما يحكم الطب أن الموت به كثير، (خليل) مراده بالكثير ما يشتهر الموت عنه فلا يتعجب من حصوله منه، لا لكونه الغالب من حال المرض كما هو ظاهر كلام المازري، ومثل للمرض الذي حكم الطب بكثرة الموت به فقال كسل... ومثله ذات الجنب وإسهال دم"⁽³⁾.

مدرسة الشافعية: نجد عند الشافعية رأيين في تقسيم الأمراض أولهما ذهب إلى ما ذهب إليه الأحناف والمالكية من قبلهم⁽⁴⁾، أما الرأي الآخر الذي جاء في حاشية البجيرمي فقد قسم الأمراض إلى ثلاثة أقسام: قسم مخوف ابتداءً ودواماً كالقولنج، وقسم مخوف دواماً لا ابتداءً كالإسهال، وقسم مخوف ابتداءً لا دواماً كالفالج⁽⁵⁾، وقد وضعوا معياراً لتحديد المرض المخوف من غيره فقالوا: إن كل مرض يخاف منه الموت لا غالباً ولا نادراً هو مرض موت، وهو أقرب إلى رأي المالكية منه إلى الأحناف، والأمراض المزمنة اعتبروها غير مخوفة؛ لأن هذه الأمراض يؤمن معها معاملة الموت، وإن ما أشكل في شيء من هذه الأمراض رجع فيه إلى طبيبين من المسلمين، وذكروا لذلك بعض الأمثلة.

(1) حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج:3 ص:385.

(2) المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج:5 ص:36، الذخيرة، مرجع سابق، ج:7 ص:137، التاج والإكليل، مرجع سابق، ج:5 ص:78.

(3) منح الجليل، مرجع سابق، ج:6 ص:128.

(4) الأم، مرجع سابق، ج:4 ص:107، المهذب، مرجع سابق، ج:1 ص:634، 636، السراج الوهاج، مرجع سابق، ج:1 ص:339.

(5) حاشية البجيرمي، مرجع سابق، ج:3 ص:276.

فقد جاء في المذهب والسراج الوهاج: أن القولنج وذات الجنب والرعاف الدائم والإسهال المتواتر وقيام الدم والسل في انتهائه والفالج الحادث في ابتدائه والحمى المطبقة كل ذلك يعتبر من الأمراض المخوفة التي يعتبر المصاب بها مريضاً مرض موت؛ لأن هذه الأمراض لا يؤمن معها معالجة الموت فجعل كحال الموت، أما الجرب ووجع الضرس والصداع اليسير وحمى يوم أو يومين وإسهال يوم أو يومين من غير دم والسل قبل انتهائه والفالج إذا طال، فهذه الأمراض لا يُعَدُّ المصاب بها مريضاً مرض موت؛ لأنها يؤمن معها معالجة الموت (1).

مدرسة الحنابلة: لقد خالف ابن قدامة الجمهور في تقسيم الأمراض، فقسمها إلى أربعة أقسام، ووضع معياراً لمعرفة الأمراض المخوفة، هو أن يخاف منها الموت وتودي إلى التلف، وذهب الحنابلة (2) إلى ما ذهب إليه المالكية في أن الأمراض المزمنة لكي يُعَدُّ المصاب بها مريضاً مرض الموت لا بد أن تكون مخوفة وأن يلزم المصاب بها الفراش، دون تقيدها بمدة معينة .

فقد جاء في المغني: " الأمراض على أربعة أقسام: القسم الأول: غير مخوف مثل وجع العين والضرس والصداع اليسير وحمى ساعة فهذا حكم صاحبه حكم الصحيح؛ لأنه لا يخاف منه في العادة، القسم الثاني: الأمراض الممتدة كالجذام... والفالج في انتهائه والسل في ابتدائه... فهذا القسم إن أضنى صاحبها على فراشه فهي مخوفة، وإن لم يكن صاحب فراش بل كان يذهب ويجيء فعطايها من جميع المال، قال القاضي (*) هذا تحقيق المذهب فيه... ولنا إنه مريض صاحب فراش يخشى التلف فأشبهه صاحب الحمى الدائمة، القسم الثالث: من تحقق تعجيل موته فينظر فيه فإن كان عقله قد اختل مثل من ذبح أو أبينت حشوته فهذا لا حكم لكلامه ولا لعطيته؛ لأنه لا يبقى له عقل ثابت، وإن كان ثابت العقل كمن خرقت حشوته أو اشتد مرضه ولم يتغير عقله صح تصرفه وتبرعه وكان تبرعه

(1) المذهب، مرجع سابق، ج: 1، ص: 634، 635 السراج الوهاج، مرجع سابق، ج: 1، ص: 339.

(2) المغني، مرجع سابق، ج: 6، ص: 108، 109.

(*) هو القاضي أبو يعلى محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد البغدادي الحنبلي بن الفراء، ولد في أول سنة ثمانين وثلاث مائة هجري، أنتهت إليه الإمامة في الفقه، وكان عالم العراق في زمانه مع معرفة بعلوم القرآن وتفسيره والنظر والأصول، ولي أبو يعلى القضاء بدار الخلافة والحريم مع قضاء حران وطلوان، تفقه عليه أبو الحسن البغدادي وابن عقيل وأبو الخطاب وغيرهم، توفي سنة ثمان وخمسين وأربع مئة هجري، ألف كتاب أحكام القرآن ومسائل الإيمان والعدة في أصول الفقه ومختصرها وفضائل أحمد، ينظر سير أعلام النبلاء، مرجع سابق، ج: 18، ص: 89، 90.

من الثلث...، القسم الرابع: مرض مخوف لا يتعجل موت صاحبه يقيناً لكنه يخاف ذلك كالبرسام... وذات الجنب... فهذه كلها مخوفة سواء كان معها حمى أو لم يكن⁽¹⁾. وبعد استعراض ما قيل بشأن أنواع الأمراض والأمراض المزمنة في الفقه الإسلامي، يمكن أن أقسم الآراء التي قيلت في الأمراض المزمنة في الفقه الإسلامي وفي القانون والقضاء إلى ثلاثة آراء:

الرأي الأول: القائل أن المدة الزمنية المعتبرة في الأمراض المزمنة لكي تعتبر أمراض موت هي سنة، فإذا طال المرض أكثر من سنة دون أن يشتد، بل بقي مستقراً على حال واحدة، فإنه لا يُعدّ مرض موت، ويعتبر تصرف المريض فيه كتصرف الصحيح، وإذا اشتد وأصبح في تزايد وحصلت الوفاة قبل مضي سنة من تاريخ الازدياد والشدة، فإنه يعتبر مرض موت، وهذا رأي ابن عابدين⁽²⁾ وشرّاح مجلة الأحكام العدلية⁽³⁾، والمشرع الأردني وبعض شرّاح القانون⁽⁴⁾ والقضاء في مصر وسوريا وتونس .

فقد نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة(1595): "مرض الموت هو المرض الذي يخاف فيه الموت في الأكثر الذي يعجز المريض عن رؤية مصالحه الخارجية عن داره إن كان من الذكور، ويعجزه عن رؤية المصالح الداخلة في داره إن كان من الإناث، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة صاحب فرائش 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 ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ومات يعد حاله اعتباراً من وقت التغير إلى الوفاة مرض موت"⁽⁵⁾.

(1) المغني، مرجع سابق، ج:6، ص:108، 109.

(2) حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج:3، ص:385.

(3) ندر الحكام شرح مجلة الأحكام ، مرجع سابق، ج 2 ص 138، شرح مجلة الأحكام العدلية، سليم رستم باز لبناني، طبع بإجازة نظارة المعارف الجلييلة في الأستانة العليا ، تاريخ الإجازة 25 أغسطس 1304 ، الطبعة الثالثة ، العدد 450 ص 888.

(4) المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية، مرجع سابق، ص 243 ، شرح القانون المدني، حقوق البيع والحوالة والمقايضة في التفتين القديم والجديد، مرجع سابق، ص 200 ، عقد البيع في القانون المدني، مرجع سابق، بند 417 ، العقود المسماة شرح عقد البيع في القانون المدني، د. محمد يوسف الزعبي، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، تاريخ الطبع 2004 م، ص 506، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني دراسة موازنة بالفقه الإسلامي، المحامي صلاح الدين محمد شوشاري ، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، تاريخ الطبع 2001 م، ص 110، التبسيط في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الرابع العقود المسماة البيع والإيجار، مرجع سابق، ص 241 ، العقود المسماة، البيع والإيجار، مرجع سابق، ص 189.

(5) مجلة الأحكام العدلية ، مرجع سابق، ج 1 ص 314.

ولقد أخذ المشرع الأردني بهذا الرأي حيث نصت الفقرة (1) من المادة (543) من القانون المدني: "إن امتد مرضه وهو على حالة واحدة دون ازدياد سنة أو أكثر تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح".

وقال بعض سُراح القانون إن كلمة (دون ازدياد) التي جاءت في نص المادة المشار إليه، تدل على أنه إذا ازداد المرض في الفترة التي تزيد عن سنة وانتهى به إلى الوفاة فيكون مرضه في تلك الفترة مرض موت ولو امتد أكثر من سنة⁽¹⁾، بشرط أن تحصل الوفاة قبل مضي سنة من تاريخ ازدياد المرض⁽²⁾.

وقضت محكمة النقض المصرية بأن: "العبرة في اعتبار المرض الذي يطول أمده عن سنة مرض موت، هي بحصول التصرف خلال فترة تزايد واشتداد وطأته على المريض للدرجة التي يغلب فيها الهلاك وشعوره بدنو أجله، ثم انتهاء المرض بوفاة"⁽³⁾.

كما قضت أخذت بذلك محكمة النقض السورية في النقض رقم (90) الصادر بتاريخ 3-2-1968 م والنقض رقم (713) الصادر بتاريخ 14-5-1978 م. كما قضت محكمة التعقيب التونسية بأنه: "إذا طال المرض بصاحبه أكثر من سنة ولو كان مخوفاً يلحق صاحبه بالأصحاء في تصرفاته"⁽⁴⁾.

الرأي الثاني: القائل أن الأمراض المزمنة يُرجع في تقديرها إلى رأي الأطباء كون المرض من أمراض الموت أم لا⁽⁵⁾، وأضاف المالكية⁽⁶⁾ والحنابلة⁽⁷⁾ شرط لزوم الفراش، ولا يرجع إلى رأي الأطباء إلا في حال إشكال شيء في هذه الأمراض، واشترطوا في الأطباء أن يكونا طبييين مسلمين.

(1) العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني، مرجع سابق، ص506، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني دراسة موازنة بالفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص110، التبسيط في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الرابع العقود المسماة البيع والإيجار، مرجع سابق، ص241.

(2) العقود المسماة، البيع والإيجار، مرجع سابق، ص189.

(3) ظعن مدني رقم 156، السنة القضائية 25، تاريخ الجلسة 11-6-1959 م. نقلا عن الموسوعة القانونية المتكاملة "الجامع القانوني" حزمة إلكترونية قانونية حديثة متكاملة محملة على CD، شركة أليكس سوفت للبرمجيات والكمبيوتر، الإسكندرية، الإصدار السادس 2002 م.

(4) قرار تعقيبي مدني رقم 1510 مؤرخ في 31، 12، 1985 م نشرية محكمة التعقيب، القسم المدني، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية 1985 م، ص276.

(5) عقد البيع في التشريع الليبي، مرجع سابق، ص396، دروس في العقود المسماة، البيع والتأمين، د. عبد الودود يحيى، دار النهضة العربية، مصر، تاريخ الطبع 1978 م، ص200، الالتزامات في الشرع الإسلامي، مرجع سابق، ص148.

(6) المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج:5 ص:36، الذخيرة، مرجع سابق، ج:7 ص:137.

(7) المغني، مرجع سابق، ج:6 ص:108، 109.

ونظراً إلى عدم تعرض المشرع الليبي لماهية مرض الموت فإنه يمكن للقضاء الليبي الأخذ بهذا الرأي استناداً إلى نص المادة (165) من قانون إجراءات المحاكم الشرعية .

الرأي الثالث: القائل أن الأمراض المزمنة لا تعتبر مرض موت إذا طالّت دون أن تشتد، حتى لو كان المرض قد أقعد المريض عن قضاء مصالحه وألزمه الفراش، مادام لم يغلب فيه خطر الموت العاجل، ولكن إذا اشتد المرض بعد ذلك وساءت حالة المريض حتى أصبحت تنذر بدنو الأجل، واستمر المرض في الاستداد حتى انتهى بالموت فعلاً، فإنه يعتبر مرض موت في الوقت الذي اشتد فيه وكان الهلاك منه غالباً، وهذا ما ذهب إليه معظم الأحناف⁽¹⁾ والشافعية⁽²⁾ وبعض سُراح القانون⁽³⁾.

ويظهر لي صحة الرأي الثاني فيما يتعلق بالرجوع إلى الأطباء في تحديد ما إذا كانت هذه الأمراض من أمراض الموت من عدمه؛ لأنهم هم وحدهم المختصون في تحديد طبيعة الأمراض ومدى خطورتها، فما يعتبر اليوم خطيراً قد لا يكون خطيراً بعد عشرين سنة؛ وذلك نظراً لسرعة التطور العلمي في مجال تشخيص الأمراض والأدوية، كما أنه مادام قد أعطينا الأطباء حرية تقدير كون المرض من أمراض الموت أم لا، فإنه ينبغي أن لا نقيد ذلك بوضع شروط معينة كلزوم الفراش أو غيره، أما اشتراط الإسلام في الأطباء فأرى أنه ليس ضرورياً بل يكفي أن يكون الطبيب له خبرة عالية وموثوق به من الناحية المهنية.

(1) شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج 4 ص 152 ، المبسوط، مرجع سابق، ج 6 ص 169، تبيين الحقائق، مرجع سابق، ج 2 ص 248 ، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 3 ص 224.

(2) المهذب، مرجع سابق، ج 1 ص 634، 635 ، السراج الوهاج، مرجع سابق، ج 1 ص 339.

(3) الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول البيع والمقايضة، مرجع سابق، ص 318، قانون مدني العقود الخاصة، البيع، مرجع سابق، ص 38، الوجيز في أحكام عقد البيع في القانون المدني اليمني، مرجع سابق، ص 241، 242.

المطلب الثاني

الضوابط والمعايير التي وضعها الفقهاء لتحديد الأشخاص الأصحاء الذين تأخذ تصرفاتهم حكم تصرفات المريض مرض الموت

اتفق الفقهاء على أن هناك بعض الأشخاص الأصحاء الذين تأخذ تصرفاتهم حكم تصرفات المريض مرض الموت، لكنهم اختلفوا فيما بينهم في الضوابط والمعايير التي على أساسها تأخذ تصرفات هؤلاء حكم تصرفات المريض مرض الموت، فمنهم من تبنى ضابط غلبة الهلاك، ومنهم من تبنى اشتهاار الموت، وآخر قال بالحالة النفسية للشخص وهذه الضوابط هي كالتالي:

الضابط الأول: خوف الهلاك غالباً.

نقد أخذ بهذا الضابط جمهور فقهاء الأحناف⁽¹⁾ وبعض سُراح القانون⁽²⁾:

فقد جاء في الهداية شرح البداية: "وقد يثبت حكم الفرار بما هو في معنى المرض في توجه الهلاك الغالب، وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار"⁽³⁾.

ويرى الدكتور/ وهبة الزحيلي والدكتور/ سليمان مرقس بأنه: يلحق بمرض الموت المخاطر الجسيمة التي يغلب فيها الموت بحيث يكون موته قريب الاحتمال⁽⁴⁾.

ولقد أخذ المشرع الأردني بهذا الضابط فنص في الفقرة (3) من المادة (543) مدني على أنه: "يعتبر في حكم مرض الموت الحالات التي يحيط بالإنسان فيها خطر الموت ويغلب في أمثالها الهلاك ولو لم يكن مريضاً".

(1) المبسوط، مرجع سابق، ج:6 ص:168، الهداية شرح البداية، مرجع سابق، ج:2 ص:4، شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج:4 ص:151، البحر الرائق، مرجع سابق، ج:4 ص:46.

(2) الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، المجلد الأول، عقد البيع، مرجع سابق، ص 775، عقد البيع في القانون المدني، مرجع سابق، بند 417، الموجز في العقود المسماة، الجزء الأول البيع، مرجع سابق، ص 66، العقود المسماة، البيع والإيجار، مرجع سابق، ص 188، عقد البيع في التشريع الليبي، مرجع سابق، ص 396، مطول القانون المدني في عقد البيع، د. محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن، مصر، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، تاريخ الطبع 2003 م، ص 430، المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية، مرجع سابق، ص 244، العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص 123.

(3) الهداية شرح البداية، مرجع سابق، ج:2 ص:4.

(4) العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص 123، الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، المجلد الأول، عقد البيع، مرجع سابق، ص 775.

الضابط الثاني: اشتهاار الموت.

لقد أخذ المالكية⁽¹⁾ والشافعية⁽²⁾ والحنابلة⁽³⁾ بضابط اشتهاار الموت والمقصود أن يكون المرض سبباً صالحاً للموت بأن يشتهر منه ولا يكون نادراً. فقد جاء في حاشية الدسوقي: "والحاصل أن المدار على كثرة الموت من ذلك المرض بحيث يكون الموت منه شهيراً لا يتعجب منه ولا يلزم من كثرة الموت منه غلبة الموت به فيقال في الشيء إنه كثير إذا كان وجوده مساوياً لعدمه والغلبة أخص من ذلك"⁽⁴⁾.

وجاء في إعانة الطالبين: "لا يشترط في كونه مخوفاً غلبة حصول الموت به بل عدم ندرته"⁽⁵⁾.

وجاء في كشاف القناع: "ليس معنى المرض المخوف الذي يغلب على القلب الموت منه، أو يتساوى في الظن جانب البقاء والموت؛ لأن أصحابنا جعلوا ضرب المخاض من الأمراض المخوفة، وليس الهلاك غالباً ولا مساوياً للسلامة وإنما الغرض أن يكون سبباً صالحاً للموت فيضاف إليه ويجوز حدوثه عنده وأقرب ما يقال ما يكثر حصول الموت منه"⁽⁶⁾.

ونظراً إلى عدم تعرض المشرع الليبي لماهية مرض الموت فإنه يمكن للقضاء الليبي الأخذ بهذا الرأي استناداً إلى نص المادة (165) من قانون إجراءات المحاكم الشرعية .

الضابط الثالث : الحالة النفسية .

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن كل شخص تتوافر فيه الحالة النفسية التي تتوافر في المريض مرض الموت يأخذ حكم المريض مرض الموت⁽⁷⁾.

(1) المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج 5 ص 35، 36، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج 3 ص 306، منح الجليل، مرجع سابق ج 6 ص 128 .
(2) الأم، مرجع سابق، ج 4 ص 108، المهذب، مرجع سابق، ج 1 ص 635، نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج 6 ص 63، إعانة الطالبين، مرجع سابق، ج 3 ص 209.

(3) الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق، ج 2 ص 487، المددع، مرجع سابق، ج 5 ص 388، كشاف القناع ج 4 ص 323، منار السبيل في شرح الدليل، إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان، تحقيق: عصام القلعجي، الطبعة الثانية، مكتبة المعارف، الرياض، تاريخ الطبع 1405 هـ، ج 2 ص 32.

(4) حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج 3 ص 306.

(5) إعانة الطالبين، مرجع سابق، ج 3 ص 209.

(6) كشاف القناع، مرجع سابق، ج 4 ص 323.

(7) الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول البيع والمقايضة، مرجع سابق، ص 320، شرح القانون المدني الليبي الحقوق العينية الأصلية والتبعية، مرجع سابق، ص 174.

المطلب الثالث

الأشخاص الأصحاء الذين تأخذ تصرفاتهم حكم تصرفات المريض مرض الموت وفيه أربعة فروع :

الفرع الأول

ركاب السفن

تناول الفقهاء حكم تصرفات ركاب البوارج والسفن والمراكب البحرية، وغيرهم من الأشخاص الذين يدخلون البحار والأنهار والأودية والبحيرات ولو على قطعة صغيرة من الخشب أو أي معدن آخر، غير أن الفقهاء اختلفوا في حكم تصرفات هؤلاء، فمنهم من أعطى تصرفاتهم حكم تصرفات المريض مرض الموت ووضع ضابطاً لذلك، ومنهم من اعتبر تصرفاتهم كتصرفات الأصحاء، ولتوضيح ذلك سأتناول رأي كل مدرسة فقهية، وذلك على النحو التالي :

مدرسة الحنفية : لقد وضع فقهاء الأحناف ضابط غلبة الهلاك لمعرفة حكم تصرفات الأشخاص الذين يدخلون البحار والأنهار والأودية والبحيرات، فاعتبروا متى ما تلاطمت الأمواج وأصبح هؤلاء الأشخاص في حال يغلب فيها الهلاك، فهم بمنزلة المريض مرض الموت وتأخذ تصرفاتهم حكم تصرفات المريض مرض الموت، أما إذا لم يخش هلاكهم فهم كالأصحاء⁽¹⁾، وقيده بعضهم بأن يموت فعلاً من ذلك الموج⁽²⁾.

فقد جاء في المبسوط: " وراكب السفينة بمنزلة الصحيح، فإن تلاطمت الأمواج وخيف الغرق فهو بمنزلة المريض في هذه الحالة"⁽³⁾.
وجاء في البحر الرائق: " قَيَّدَهُ الْأَسْبِجَابِيُّ^(*) بِأَنْ يَمُوتَ مِنْ ذَلِكَ الْمَوْجِ، أَمَا لَوْ سَكَنَ ثُمَّ مَاتَ لَا تَرَبُّتٌ"⁽⁴⁾.

(1) المبسوط، مرجع سابق، ج: 6 ص: 168، شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج: 4 ص: 151، البحر الرائق، مرجع سابق، ج: 4 ص: 50، 51.

(2) البحر الرائق، مرجع سابق، ج: 4 ص: 50، 51.

(3) المبسوط، مرجع سابق، ج: 6 ص: 168.

(*) هو علي بن محمد بن إسماعيل بن علي بن أحمد بن محمد بن إسحاق الأسبجابي السمرقندي المعروف بشيخ الإسلام، من أهل سمرقند وهو من إسبجياب بلدة من ثغور الترك، سكن سمرقند وصار المفتي والمقدم بها، ولم يكن أحد بما وراء النهر في زمانه يحفظ مذهب أبي حنيفة ويعرفه مثله في عصره، وكانت ولادته يوم الاثنين السابع من جمادى الأولى سنة أربع وخمسين وأربعمائة هجري، وتوفي بسمرقند يوم الاثنين الثالث والعشرين من ذي القعدة سنة خمس وثلاثين وخمسمائة هجري، من تصانيفه: الفتاوى، ينظر طبقات الحنفية، مرجع سابق، ج: 1 ص: 370، 371، الأعلام للزركلي، مرجع سابق، ج: 4 ص: 329.

(4) البحر الرائق، مرجع سابق، ج: 4 ص: 50، 51.

مدرسة المالكية: لقد اختلف المالكية في حكم الأشخاص الذين يدخلون البحار والأنهار والأودية والبحيرات وفقاً للآراء التالية:

الرأي الأول: القائل بأنه يتم الحجر على الأشخاص الذين يدخلون البحار والأنهار والأودية والبحيرات في حال الهول إذا كانوا لا يحسنون السباحة وكانوا خارج السفينة، أما إذا كانوا يحسنون السباحة، أو كانوا على ظهر السفينة فهم كالأصحاء في تصرفاتهم⁽¹⁾.

الرأي الثاني: القائل بأنه يتم الحجر على الأشخاص الذين يدخلون البحار والأنهار والأودية والبحيرات متى ما تلاطمت الأمواج وأصبح هؤلاء الأشخاص في حال يغلب فيها الهلاك، فهم بمنزلة المريض مرض الموت وتأخذ تصرفاتهم حكم تصرفات المريض مرض الموت، أما إذا لم يخش هلاكهم فهم كالأصحاء، دون أن ينظر هؤلاء إلى ما إذا كان يحسن السباحة أو لا يحسنها، لأن الضابط عندهم اشتهاار الموت وهذه الحالة يشتهر فيها الموت⁽²⁾.

فقد جاء في المدونة الكبرى: "قال: سئل مالك عن أهل البحر إذا عدوا فيصيبهم النوء أو الريح الشديدة فيخافون الغرق فيعتق أحدهم على تلك الحال أترأه في التلث؟ قال مالك: ما أرى هذا يشبه الخوف ولا أراه في التلث وأراه من رأس المال، وكذلك قال مالك وغيره، قال سحنون: وقد روى عن مالك أن أمر راكب البحر في التلث"⁽³⁾.

مدرسة الشافعية: اختلف الشافعية في حكم الأشخاص الذين يدخلون البحار والأنهار والأودية والبحيرات اختلافاً يشابه اختلاف المالكية إلى حد كبير، وفقاً للآراء التالية:

الرأي الأول: القائل أنه متى ما تلاطمت الأمواج وأصبح هؤلاء الأشخاص في حال يغلب فيها الهلاك، فهم بمنزلة المريض مرض الموت وتأخذ تصرفاتهم حكم تصرفات المريض مرض الموت، أما إذا لم يخش هلاكهم فهم كالأصحاء⁽⁴⁾.

(1) حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج:3 ص:307، منح الجليل، مرجع سابق، ج:6 ص:130،131.

(2) المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج:5 ص:36، التاج والإكليل، مرجع سابق، ج:5 ص:78.

(3) المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج:5 ص:36.

(4) نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج:6 ص:63.

الرأي الثاني: القائل أنه لا يتم الحجر على الأشخاص الذين يدخلون البحار والأنهار والأودية والبحيرات إذا لم يحدث في أجسامهم ما يخاف منه⁽¹⁾.

مدرسة الحنابلة: يرى الحنابلة⁽²⁾ أنه متى ما تلاطمت الأمواج وأصبح هؤلاء الأشخاص في حال يغلب فيها الهلاك، فهم بمنزلة المريض مرض الموت وتأخذ تصرفاتهم حكم تصرفات المريض مرض الموت، أما إذا لم يخش هلاكهم فهم كالأصحاء؛ لأن الله تعالى وصفهم بشدة الخوف بقوله سبحانه: ﴿هُوَ الَّذِي يُسَيِّرُكُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ حَتَّىٰ إِذَا كُنْتُمْ فِي الْفُلِكِ وَجَرِينَكُمْ بِهِمْ بِرِيحٍ طَيِّبَةٍ وَفَرِحُوا بِهَا جَاءَتْهَا رِيحٌ عَاصِفٌ وَجَاءَهُمُ الْمَوْجُ مِنْ كُلِّ مَكَانٍ وَظَنُّوا أَنَّهُمْ أُحِيطَ بِهِمْ دَعَوُا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ لَئِنِ أَنْجَيْتَنَا مِنْ هَذِهِ لَنَكُونَنَّ مِنَ الشَّاكِرِينَ﴾⁽³⁾، وهناك رواية أخرى عن أحمد أن عطاياهم من جميع المال؛ لأنه لا مرض بهم⁽⁴⁾.

من خلال تقصي آراء الفقهاء في هذه الحالة ألاحظ أن آراءهم تعددت، وذلك على النحو التالي:

الرأي الأول: يرى أصحابه أنه متى ما تلاطمت الأمواج وأصبح هؤلاء الأشخاص في حال يغلب فيها الهلاك، فهم بمنزلة المريض مرض الموت وتأخذ تصرفاتهم حكم تصرفات المريض مرض الموت، أما إذا لم يخش هلاكهم فهم كالأصحاء وهذا ما ذهب إليه معظم الأحناف⁽⁵⁾ وبعض المالكية⁽⁶⁾ ورأي عند الشافعية⁽⁷⁾ والحنابلة⁽⁸⁾ وذهب بعض شراح القانون⁽⁹⁾ إلى قول يكاد يطابق رأي الأحناف، فقالوا: أن راكب السفينة متى ما تلاطمت بها الأمواج وأشرفت على الغرق تأخذ تصرفاته حكم تصرفات المريض مرض الموت .

(1) المهذب، مرجع سابق، ج 1 ص 635، الوسيط، مرجع سابق، ج 4 ص 422.
(2) المغني، مرجع سابق، ج 6 ص 111، كشاف القناع، مرجع سابق، ج 4 ص 325، مطالب أولي النهى، مرجع سابق، ج 4 ص 420، منار السبيل، مرجع سابق، ج 2 ص 32.
(3) سورة يونس، الآية رقم 22.
(4) الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق، ج 2 ص 487.
(5) المبسوط، مرجع سابق، ج 6 ص 168، شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج 4 ص 151، البحر الرائق، مرجع سابق، ج 4 ص 50:51.
(6) المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج 5 ص 36، التاج والإكليل، مرجع سابق، ج 5 ص 78 .
(7) نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج 6 ص 63.
(8) المغني، مرجع سابق، ج 6 ص 111، كشاف القناع، مرجع سابق، ج 4 ص 325، مطالب أولي النهى، مرجع سابق، ج 4 ص 420، منار السبيل، مرجع سابق، ج 2 ص 32.
(9) الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، المجلد الأول، عقد البيع، مرجع سابق، ص 775، الموجز في العقود المسماة، الجزء الأول البيع، مرجع سابق، ص 66، العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص 123، العقود المسماة، البيع والإيجار، مرجع سابق، ص 188، مطول القانون المدني في عقد البيع، مرجع سابق، ص 430، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول البيع والمقايضة، مرجع سابق، ص 321، عقد البيع في القانون المدني، مرجع سابق، بند 471، المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية، مرجع سابق، ص 244، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 285.

الرأي الثاني: يرى أصحابه عدم الحجر على الأشخاص الذين يدخلون البحار والأنهار والأودية والبحيرات متى ما تلاطمت الأمواج وأصبح هؤلاء الأشخاص في حال يخافون فيها الغرق، وهو أحد أقوال الإمام مالك⁽¹⁾.

الرأي الثالث: يرى أصحابه عدم الحجر على الأشخاص الذين يدخلون البحار والأنهار والأودية والبحيرات؛ لأنهم لا مرض بهم وهو رواية عن الإمام أحمد⁽²⁾.

الرأي الرابع: يرى أصحابه عدم الحجر على الأشخاص الذين يدخلون البحار والأنهار والأودية والبحيرات إذا لم يحدث في أجسامهم ما يخاف منه، وهو رأي عند الشافعية⁽³⁾.

وأرى أنه متى أصبح الأشخاص الذين يدخلون البحار والأنهار والأودية والبحيرات في حال يشتهر فيها الهلاك وعدم النجاة، فلا فائدة من التمييز بين من لا يحسن العوم وبين من يحسنه، وقياساً على ذلك فإن كل من عصفت به أعاصير عاتية أو كان في منطقة زلازل، أو براكين، أو فيضانات، أو حرائق، وكان موجوداً أثناء حصول هذه الكوارث، أو أصبح ما يستقله للركوب في وضع غير طبيعي، وغلب على حاله ظن الهلاك وعدم النجاة سواء أكان في البحر أم في البر أم في الجو، فتصرفاته تأخذ حكم تصرفات المريض مرض الموت .

(1) المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج: 5 ص: 36.

(2) الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق، ج: 2 ص: 487.

(3) المهذب، مرجع سابق، ج: 1 ص: 635، الوسيط، مرجع سابق، ج: 4 ص: 422.

الفرع الثاني

الحامل

تناول الفقهاء حكم تصرفات المرأة الحامل، غير أنهم اختلفوا في حكمها، فمنهم من أعطى تصرفاتها حكم تصرفات المريض مرض الموت بمجرد إكمالها الشهر السادس من الحمل، ومنهم من أعطى تصرفاتها حكم تصرفات المريض مرض الموت عندما يضربها الطلق^(*)، ومنهم من اعتبر تصرفاتها كتصرفات الأصحاء، ولتوضيح ذلك سأتناول رأي كل مدرسة فقهية، وذلك على النحو التالي: مدرسة الحنفية: يرى جمهور فقهاء الأحناف⁽¹⁾ أن تصرفات المرأة الحامل لا تأخذ حكم تصرفات المريض مرض الموت إلا عندما يضربها الطلق؛ لأنها حال يغلب فيها الهلاك، أما في غير الطلق فهي كالأصحاء في تصرفاتها.

فقد جاء في بدائع الصنائع: " والمرأة إذا ما أخذها الطلق فهي في حكم المريض إذا ماتت من ذلك؛ لأن الغالب منه خوف الهلاك وإذا سلمت من ذلك فهي في حكم الصحيح"⁽²⁾.

مدرسة المالكية: يرى جمهور فقهاء المالكية⁽³⁾ أن تصرفات المرأة الحامل تأخذ حكم تصرفات المريض مرض الموت بمجرد إكمالها الشهر السادس ودخولها في الشهر السابع، ولا يشترطون أن يضربها الطلق؛ لأن ولادتها متوقعة في أي لحظة، وبالتالي تكون في حالة خوف، أما قبل إكمالها الشهر السادس فهي كالأصحاء في تصرفاتها، واستدلوا على رأيهم بأدلة من القرآن الكريم .

فقد جاء في الاستذكار: " قال مالك: المرأة الحامل أول حملها بشرٌ وسرورٌ وليس بمرّضٍ ولا خوفٍ؛ لأن الله تبارك وتعالى قال في كتابه: ﴿... فَبَشِّرْنَاهَا بِإِسْحَاقَ وَمِنْ وَرَاءِ إِسْحَاقَ يَعْقُوبَ﴾⁽⁴⁾، وقال تعالى: ﴿... حَمَلَتْ حَمْلًا خَفِيًّا فَمَرَّتْ بِهِ فَلَمَّا أَثْقَلَتْ دَعَا اللَّهُ رَبَّهُمَا لَئِنْ آتَيْنَا صَالِحًا لَنُكَوِّنَنَّ مِنَ الشَّاكِرِينَ﴾⁽⁵⁾، فالمرأة الحامل إذا أثقلت

(*) هو وجع الولادة، لسان العرب لابن منظور، مرجع سابق، مادة طلق.

(1) بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج:3 ص:224، شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج:4 ص:151، البحر الرائق، مرجع سابق، ج:4 ص:51.

(2) بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج:3 ص:224.

(3) الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، أبو عمر بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي، تحقيق: سالم محمد عطا ومحمد علي معوض، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، تاريخ الطبع 2000 م، ج:7 ص:281، الشرح الكبير، سيدي أحمد الدردير أبو البركات، تحقيق محمد عيش، دار الفكر، بيروت، ج:3 ص:306، التاج والإكليل، مرجع سابق، ج:5 ص:78، شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج:5 ص:305.

(4) سورة هود، جزء من الآية رقم 71.

(5) سورة الأعراف، جزء من الآية رقم 189.

لم يَجْزُ لها قَضَاءٌ إِلَّا فِي ثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ، قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى - فِي كِتَابِهِ: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ...﴾ (1)، وَقَالَ: ﴿... وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا...﴾ (2)، فَإِذَا مَضَتْ لِلْحَامِلِ سِتَّةَ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ حَمَلَتْ لَمْ يَجْزُ لَهَا قَضَاءٌ فِي مَالِهَا إِلَّا فِي الثَّلَاثِ (3).

مدرسة الشافعية: يرى فقهاء الشافعية (4) في أحد آرائهم وهو الرأي الظاهر لديهم أن تصرفات المرأة الحامل لا تأخذ حكم تصرفات المريض مرض الموت إلا عندما يضربها الطلق؛ لأنها حال يغلب فيها الهلاك، أما في غير الطلق فهي كالأصحاء في تصرفاتها، ومنهم من قال: إن تصرفاتها لا تأخذ حكم تصرفات المريض مرض الموت، حتى وإن ضربها الطلق؛ لأن السلامة منه أكثر.

فقد جاء في روضة الطالبين: "الحامل قبل أن يحضرها الطلق ليست في حال خوف، وإن ضربها الطلق فقولان: أظهرهما مخوف، وإذا وضعت فالخوف باقٍ إلى انفصال المشيمة، فإذا انفصلت زال الخوف إلا إذا حصل من الولادة جراحة...، وإلقاء العلقة والمضغة لا خوف فيه قاله... ابن الصباغ (*) وقال المتولي (**). هو كالولادة، قلت الأصح أو الصحيح أنه لا خوف فيهما كذا نقله... أبو الطيب (***) في تعليقه عن الأصحاب قالوا لأنه أسهل خروجاً من الولد (5).

مدرسة الحنابلة: يرى جمهور الحنابلة (6) أن تصرفات المرأة الحامل لا تأخذ حكم تصرفات المريض مرض الموت إلا عندما يضربها الطلق؛ لأنه يخاف منه التلف،

(1) سورة البقرة، جزء من الآية رقم 233.

(2) سورة الأحقاف، جزء من الآية رقم 15.

(3) الاستنكار، مرجع سابق، ج 7 ص 281.

(4) الأم، مرجع سابق، ج 4 ص 108، الوسيط مرجع سابق، ج 4 ص 423، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج 6 ص 128، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، أبو يحيى زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، تاريخ الطبع 1418 هـ، ج 2 ص 27، فتح المعين بشرح قرّة العين، زين الدين بن عبد العزيز المليباري، دار الفكر، بيروت، ج 3 ص 210، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج 3 ص 52.

(*) هو أبو نصر عبد السيد محمد بن عبد الواحد البغدادي، المعروف بابن الصباغ، ولد وتوفي ببغداد، كان فقيهاً شافعيًا، أصوليًا محققًا درس الفقه على أبي حامد الإسفراييني، وكان يضاهاه أبا إسحاق الشيرازي وقد تقدم عليه في معرفة المذهب، تفقه على القاضي أبي الطيب، وسمع الحديث من أبي علي بن شاذان وأبي الحسين بن الفضل، ولد في شهر رمضان سنة ست وستين وثلاثمائة هجري وتوفي يوم الثلاثاء الثالث عشر من جمادى الأولى سنة سبع وسبعين وأربعمائة هجري ودفن يوم الأربعاء، ينظر طبقات الشافعية الكبرى، مرجع سابق، ج 4 ص 188، 189، طبقات الفقهاء، مرجع سابق، ج 1 ص 237.

(**) هو عبد الرحمن بن مأمون بن علي، المتولي، من أهل نيسابور، كان فقيهاً شافعيًا، أصوليًا محققًا، تفقه على الفوراني، برع في الفقه والأصول والخلاف، تولى التدريس بالنظامية ببغداد وأقام بها إلى أن توفي، من تصانيفه: كتاب الفرائض مختصر، ينظر الأعلام للزركلي، مرجع سابق، ج 3 ص 323.

(***) هو أبو الطيب طاهر بن عبد الله بن طاهر بن عمر، القاضي، فقيه، كان إماماً ورعاً حسن الخلق من أعيان الشافعية، ولد في أمل بطبرستان سنة ثمان وأربعين وثلاثمائة هجري، واستوطن بغداد، وولي القضاء برقع الكرخ بعد موت القاضي الصيمري، وتوفي ببغداد سنة خمسين وأربعمائة هجري، من تصانيفه: شرح مختصر المزني، ينظر طبقات الشافعية الكبرى، مرجع سابق، ج 5 ص 13-16، طبقات الفقهاء، مرجع سابق، ج 1 ص 135.

(5) روضة الطالبين، مرجع سابق، ج 6 ص 128.

(6) الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق، ج 2 ص 487، المغني، مرجع سابق، ج 6 ص 110.

أما في غير الطلق فهي كالأصحاء في تصرفاتها، باستثناء الخرقى ورواية عن أحمد⁽¹⁾ الذين اعتبروا أن تصرفات المرأة الحامل تأخذ حكم تصرفات المريض مرض الموت بمجرد إكمالها الشهر السادس ودخولها في الشهر السابع؛ لأن ولادتها متوقعة في أي لحظة من هذا الوقت وهي من أسباب التلف .

فقد جاء في الكافي في فقه ابن حنبل: " وإذا ضرب الحامل الطلق فهو مخوف؛ لأنه من أسباب التلف، وما قبل ستة أشهر فهي في حكم الصحيح، فإذا صار لها ستة أشهر فقال الخرقى عطيتها من الثلث؛ لأنه وقت لخروج الولد وهو من أسباب التلف، وقال غيره هي كالصحيح؛ لأنه لا مرض بها وإن وضعت الولد وبقيت معها المشيمة أو حصل مرض أو ضربان فهو مخوف وإلا فلا"⁽²⁾.

من خلال استقصاء آراء الفقهاء يمكن تلخيص أقوالهم في الرأيين التاليين :-

الرأي الأول: يرى أصحابه أن تصرفات المرأة الحامل تأخذ حكم تصرفات المريض مرض الموت متى ما صار لها ستة أشهر، واستدل هؤلاء بقوله تعالى: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ... ﴾⁽³⁾، وقوله تعالى: ﴿... وَحَمَلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا... ﴾⁽⁴⁾، ووجه الدلالة أن الله تعالى قد حدد في الآية الأولى مدة الرضاعة بأربعة وعشرين شهراً، وفي الآية الثانية حدد مدة الحمل والرضاعة بثلاثين شهراً، وعلى ذلك يمكن القول أن الولادة متوقعة في أي لحظة بعد مرور ستة أشهر من الحمل، وهذا هو رأي المالكية⁽⁵⁾ والخرقي ورواية عن الإمام أحمد⁽⁶⁾.

ونظراً إلى عدم تعرض المشرع الليبي لماهية مرض الموت فإنه يمكن للقضاء الليبي الأخذ بهذا الرأي استناداً إلى نص المادة (165) من قانون إجراءات المحاكم الشرعية .

الرأي الثاني: يرى أصحابه أن تصرفات المرأة الحامل لا تأخذ حكم تصرفات المريض مرض الموت إلا عندما يضربها الطلق، أما في غير الطلق فهي كالأصحاء في تصرفاتها، وإذا وضعت فالخوف باق إلى انفصال المشيمة، فإن بقيت المشيمة

(1) الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق، ج 2 ص 487، المبدع، مرجع سابق، ج 5 ص: 389، 390.

(2) الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق، ج 2 ص 487.

(3) سورة البقرة، جزء من الآية رقم 233.

(4) سورة الأحقاف، جزء من الآية رقم 15.

(5) الاستذكار، مرجع سابق، ج 7 ص 281، الشرح الكبير، مرجع سابق، ج 3 ص 306، شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج 5 ص 305،

التاج والإكليل، مرجع سابق، ج 5 ص 78.

(6) الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق، ج 2 ص 487، المبدع، مرجع سابق، ج 5 ص: 389، 390.

معها فهو مخوف، وإن مات الولد معها فهو مخوف؛ لأنه يصعب خروجه وإن وضعت الولد وخرجت المشيمة وحصل ورم أو ضربان شديد فهو مخوف وهذا رأي جمهور الفقهاء من الأحناف⁽¹⁾ والشافعية⁽²⁾ والحنابلة⁽³⁾.

ويظهر لي أنه هو الرأي الراجح؛ لأن فترة الحمل لدى المرأة في الغالب هي تسعة أشهر، وتقييد تصرفاتها بمجرد بلوغ الحمل ستة أشهر أي قبل الوقت الغالب للطلق فيه ضررٌ كبيرٌ لها وللمجتمع حيث تفقد الثقة في التعامل معها، فالمرأة اليوم أصبحت تدير مؤسسات اقتصادية كبيرة في المجتمع، بالإضافة إلى أنه مع التقدم العلمي الكبير في مجال الطب والأدوية أصبح من السهولة بمكان تلافي أي مخاطر قد تنتج عن الحمل أو الولادة .

ونظراً إلى عدم تعرض المشرع المصري والسوري والأردني لهذه الحالة، فإنه يمكن للقضاء في هذه الدول أن يعتمد على هذا الرأي استناداً إلى ما جاء في قوانين الأحوال الشخصية لهذه البلدان من إحالة إلى أرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة .

(1) بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج:3، ص:224 ، شرح فتح القدير مرجع سابق، ج:4، ص:151، البحر الرائق، مرجع سابق، ج:4 ص:51.

(2) الأم، مرجع سابق، ج:4، ص:108، الوسيط، مرجع سابق، ج:4، ص:423، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج:6، ص:128، فتح الوهاب، مرجع سابق، ج:2، ص:27، فتح المعين، مرجع سابق، ج:3، ص:210، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج:3، ص:52 .

(3) الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق، ج:2، ص:487، المغني، مرجع سابق، ج:6، ص:110.

الفرع الثالث المحكوم عليه بالقتل

تناول فقهاء الشريعة الإسلامية حكم تصرفات المحكوم عليه بالقتل، غير أن الفقهاء اختلفوا في حكم تصرفاته، فمنهم من أعطى تصرفاته حكم تصرفات المريض مرض الموت إذا قدم للقتل في قصاص، أما إذا كان محبوساً للقتل في قصاص فلا، ومنهم من أعطى تصرفاته حكم تصرفات المريض مرض الموت إذا قدم للقتل أو حبس لأجله دون تفريق، ومنهم من اشترط أن يجرح المحكوم عليه في القصاص، ومنهم من اعتبر تصرفاته كتصرفات الأصحاء، ولتوضيح ذلك سأتناول رأي كل مدرسة فقهية، وذلك على النحو التالي :

مدرسة الحنفية: يرى جمهور فقهاء الأحناف⁽¹⁾ أن تصرفات المحكوم عليه بالقتل لا تأخذ حكم تصرفات المريض مرض الموت إلا إذا قدم للقتل؛ لأن الغالب على حاله الهلاك، أما إذا كان محبوساً للقتل في قصاص فتصرفاته كتصرفات الأصحاء، لكثرة أسباب الخلاص قبل ذلك.

فقد جاء في بدائع الصنائع: "ومن وجب عليه القتل في حد أو قصاص فحُبِسَ لِيُقْتَلَ أنه كالصحيح؛ لأنه ليس الغالب من هذه الأحوال الموت، فإن الإنسان يتخلص منها غالباً لكثرة أسباب الخلاص، ولو قُدِّمَ لِيُقْتَلَ... فهو كالمريض إذ الغالب من هذه الحالة الهلاك فترتب عليه أحكام المريض إذا مات في ذلك الوجه"⁽²⁾.

مدرسة المالكية: يرى فقهاء المالكية⁽³⁾ أن تصرفات المحكوم عليه بالقتل تأخذ حكم تصرفات المريض مرض الموت دون اشتراط التقدم للقتل، بل يكفي أن يكون محبوساً للقتل، وذلك لاشتغال الموت في مثل هذه الحالات.

(1) بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج: 3 ص: 224، شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج: 4 ص: 151، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة، الشيخ نظام الدين البلخي وجماعة من علماء الهند، دار الفكر، تاريخ الطبع 1411 هـ، ج: 1 ص: 463.
(2) بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج: 3 ص: 224.
(3) الذخيرة، مرجع سابق، ج: 7 ص: 137.

مدرسة الشافعية: اختلف فقهاء الشافعية في حكم تصرفات المحكوم عليه بالقتل وفقاً للأراء التالية:

الرأي الأول: القائل أن تصرفات من قدم للقتل في قصاص لا تأخذ حكم تصرفات المريض مرض الموت إلا إذا غلب على الظن أنه يقتص منه، أما إذا لم يغلب على الظن أنه يقتص منه فهو كالأصحاء في تصرفاته⁽¹⁾.

وجاء في روضة الطالبين: "عن صاحب التقریب^(*) أنه إن كان هناك ما يغلب على الظن أنه يقتص من شدة حقد أو عداوة قديمة فمخوف وإلا فلا"⁽²⁾.

الرأي الثاني: القائل أن تصرفات من قدم للقتل في قصاص لا تأخذ حكم تصرفات المريض مرض الموت إلا إذا أصيب في جسمه بجروح، أما إذا لم يصب في جسمه بجروح فهو كالأصحاء في تصرفاته⁽³⁾.

الرأي الثالث: القائل أن تصرفات من قدم للقتل في قصاص لا تأخذ حكم تصرفات المريض مرض الموت؛ لأن صاحب الحق قد يعفو ويصفح⁽⁴⁾.

فقد جاء في الأم: " قال لو قدم في قصاص لضرب عنقه فإن عطيته عطية الصحيح لأنه قد يعفى عنه "⁽⁵⁾.

مدرسة الحنابلة: اختلف فقهاء الحنابلة في حكم تصرفات المحكوم عليه بالقتل وذلك وفقاً للأراء التالية:

الرأي الأول: القائل أن تصرفات من قدم للقتل في قصاص لا تأخذ حكم تصرفات المريض مرض الموت إلا إذا غلب على الظن أنه يقتص منه، أما إذا لم يغلب على الظن أنه يقتص منه فهو كالأصحاء في تصرفاته وهو قول القاضي⁽⁶⁾.

الرأي الثاني: يذهب أصحابه⁽⁷⁾ إلى القول بأن تصرفات من قدم للقتل في قصاص تأخذ حكم تصرفات المريض مرض الموت.

(1) المهذب، مرجع سابق، ج: 1 ص: 635، الوسيط، مرجع سابق، ج: 4 ص: 422، 423، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج: 6 ص: 127.

(*) هو القاسم بن محمد بن علي الشاشي، كان إماماً جليلاً فاضلاً، صنف التقریب وهو شرح على المختصر وهو شرح جليل استكثر فيه من الأحاديث ومن نصوص الشافعي بحيث أنه يحافظ في كل مسألة على نقل ما نص عليه الشافعي فيها في جميع كتبه ناقلاً له باللفظ دون المعنى، ينظر طبقات الشافعية الكبرى، مرجع سابق، ج: 3 ص: 472-474، طبقات الفقهاء، مرجع سابق، ج: 1 ص: 218.

(2) روضة الطالبين، مرجع سابق، ج: 6 ص: 127.

(3) المهذب، مرجع سابق، ج: 1 ص: 635، الوسيط مرجع سابق، ج: 4 ص: 422، 423.

(4) الأم، مرجع سابق، ج: 4 ص: 108، المهذب، مرجع سابق، ج: 1 ص: 635، الوسيط مرجع سابق، ج: 4 ص: 422، 423.

(5) الأم، مرجع سابق، ج: 4 ص: 108.

(6) الإنصاف، مرجع سابق، ج: 7 ص: 168.

(7) الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق، ج: 2 ص: 487، كشف القناع، مرجع سابق، ج: 4 ص: 325.

الرأي الثالث: القائل أن تصرفات من قدم للقتل في قصاص لا تأخذ حكم تصرفات المريض مرض الموت، وتصح عطاياهم من جميع المال؛ لأنه لا مرض بهم وهذه رواية عن أحمد(1).

فقد جاء في الكافي في فقه ابن حنبل: "قدم للقتل أو حبس له أو وقع الطاعون ببلده فعطيته من الثلث... قال أبو بكر وفيه رواية أخرى أن عطاياهم من جميع المال؛ لأنه لا مرض بهم" (2).

ومن خلال استقصاء آراء الفقهاء أجد أنهم اختلفوا في حكم تصرفات المحكوم عليه بالقتل إلى أربعة آراء وذلك على النحو التالي:

الرأي الأول: يرى أصحابه أن تصرفات المحكوم عليه بالقتل لا تأخذ حكم تصرفات المريض مرض الموت إلا إذا قدم للقتل؛ لأن الغالب على حاله الهلاك، أما إذا كان محبوساً للقتل في قصاص فتصرفاته كتصرفات الأصحاء، لكثرة أسباب الخلاص قبل ذلك، وهو رأي الأحناف(3)، وبه أخذ بعض شراح القانون(4) أمثال عبد المنعم البدرأوي وأحمد أبو الفتح(*) ومحمد شريف عبد الرحمن.

الرأي الثاني: يرى أصحابه أن تصرفات المحكوم عليه بالقتل تأخذ حكم تصرفات المريض مرض الموت دون اشتراط التقدم للقتل، بل يكفي أن يكون محبوساً للقتل وذلك لغلبة الهلاك واشتتار الموت في مثل هذه الحالات، وهو رأي المالكية(5) وبعض الحنابلة(6)، وبه أخذ بعض شراح القانون(7)، أمثال أنور سلطان وجمال العدوي وعبد الرازق السنهوري(**) وعلي هادي العبيدي وغيرهم.

(1) الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق، ج 2 ص 487.

(2) المرجع السابق، نفس الصفحة.

(3) بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 3 ص 224، شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج 4 ص 151، الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ج 1 ص 463.

(4) عقد البيع في القانون المدني، مرجع سابق، بند 417، المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية، مرجع سابق، ص 244، مطول القانون المدني في عقد البيع، مرجع سابق، ص 430.

(*) هو أحمد أبو الفتح بك بن حسين أبي الفتح، منرس مصري، ولد ببلدة الشهداء بالمنوفية بمصر وتخرج من دار العلوم بالقاهرة عام 1890 م وانتخب عضواً في مجلس النواب المصري وتوفي بالقاهرة عام 1946 م، له مؤلفات منها المختارات الفتحية في تاريخ التشريع الإسلامي وأصول الفقه، والمعاملات في الشريعة الإسلامية، ينظر الأعلام للزركلي، مرجع سابق، ج 1 ص 194.

(5) الذخيرة، مرجع سابق، ج 7 ص 137.

(6) الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق، ج 2 ص 487، كشاف القناع، مرجع سابق، ج 4 ص 325.

(7) العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص 123، الموجز في العقود المسماة، الجزء الأول البيع، مرجع سابق، ص 66، العقود المسماة البيع والإيجار، مرجع سابق، ص 188، عقد البيع في التشريع الليبي، مرجع سابق، ص 396.

(**) عبد الرازق أحمد السنهوري كبير علماء القانون المدني في عصره، مصري ولد في الإسكندرية تخرج من كلية الحقوق في القاهرة عام 1917 م واختير في بعثة إلى فرنسا عام 1921 م فحصل على الدكتوراه في الحقوق والاقتصاد والعلوم السياسية عام 1926 م وتولى وزارة المعارف بمصر عدة مرات ومنح لقب باشا واختير عضواً بمجمع اللغة العربية عام 1946 م وعين رئيساً لمجلس الدولة بمصر من عام 1949 إلى 1954 م، توفي بالقاهرة عام 1971 م من كتبه المطبوعة أصول القانون، ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، والوسيط في التشريع الإسلامي وشرح القانون المدني في العقود، ومصادر الحق في التشريع الإسلامي. ينظر الأعلام للزركلي، مرجع سابق، ج 5 ص 350.

الرأي الثالث: يذهب أصحابه إلى القول بأن تصرفات من قدم للقتل في قصاص لا تأخذ حكم تصرفات المريض مرض الموت إلا إذا أصيب في جسمه بجروح، أما إذا لم يُصَبْ في جسمه بجروح فهو كالأصحاء في تصرفاته وهو قول عند الشافعية⁽¹⁾.

الرأي الرابع: يذهب أصحابه إلى القول بأن تصرفات من قُدِّم للقتل في قصاص لا تأخذ حكم تصرفات المريض مرض الموت؛ لأن صاحب الحق قد يعفو ويصفح وهو قول عند الشافعية⁽²⁾.

ويبدو لي أن الرأي الأول هو الرأي الراجح؛ لأنه مادام لم يقدم للقتل فأسباب الخلاص ممكنة بالنسبة له، فقد يصدر عفواً عنه من ولي الدم أو يتمكن من الهروب من السجن، فكافة أسباب الخلاص متوافرة في حقه .

(1) المهذب، مرجع سابق، ج:1 ص:635 ، الوسيط، مرجع سابق، ج:4 ص:422،423.
(2) الأم، مرجع سابق، ج:4 ص:108 ، المهذب ، مرجع سابق، ج:1 ص:635 ، الوسيط، مرجع سابق، ج:4 ص:422،423.

الفرع الرابع المقاتل

تناول فقهاء الشريعة الإسلامية حكم تصرفات من كان في صف القتال غير أنهم اختلفوا في حكم تصرفاته، فمنهم من أعطى تصرفاته حكم تصرفات المريض مرض الموت وإن لم يحصل التحام، ومنهم من اشترط الالتحام في القتال وأن تكون الطائفتان متكافئتين أو متقاربتين في التكافؤ، ومنهم من اكتفى باشتراط التقدم للقتال، ومنهم من رأى أن تصرفاته لا تأخذ حكم تصرفات المريض مرض الموت إلا إذا أصيبَ في جسمه بجروح أو حدث في جسمه ما يخوف ومنهم من اعتبر تصرفاته كتصرفات الأصحاء، ولتوضيح ذلك سأتناول رأي كل مدرسة فقهية، وذلك على النحو التالي :

مدرسة الحنفية: يرى الأحناف⁽¹⁾ أن تصرفات من كان في صف القتال لا تأخذ حكم تصرفات المريض مرض الموت إلا إذا تقدم للقتال؛ لأنه لا يغلب الهلاك عليه إلا في حالة التقدم.

فقد جاء في المبسوط: " فما دام في الصف فهو بمنزلة الصحيح، فإذا خرج بين الصفين يبارز قرنه من المشركين فهو بمنزلة المريض؛ لأنه صار مشرفاً على الهلاك والمحصور بمنزلة الصحيح؛ لأن غالب حاله السلامة فإن خرج يقاتل فهو كالمريض"⁽²⁾.

مدرسة المالكية: يرى جمهور فقهاء المالكية⁽³⁾ أن تصرفات من كان في صف القتال تأخذ حكم تصرفات المريض مرض الموت وإن لم يحصل التحام؛ لأن الضابط عندهم كثرة الموت وهذا يتحقق في نظرهم في هذه الحالة.

فقد جاء في التاج والإكليل: " وحاضر صف القتال من المدونة قلت: أن مالكا قال: فيمن يحضر الزحف أو يحبس للقتل هو كالمريض"⁽⁴⁾.

(1) المبسوط، مرجع سابق، ج: 6 ص: 168، البحر الرائق، مرجع سابق، ج: 4 ص: 51، حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج: 3 ص: 385.

(2) المبسوط، مرجع سابق، ج: 6 ص: 168.

(3) الذخيرة، مرجع سابق، ج: 7 ص: 137، التاج والإكليل، مرجع سابق، ج: 5 ص: 78، الشرح الكبير، مرجع سابق، ج: 3 ص: 307، شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج: 5 ص: 305، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج: 3 ص: 307.

(4) التاج والإكليل، مرجع سابق، ج: 5 ص: 78.

مدرسة الشافعية: يرى جمهور فقهاء الشافعية⁽¹⁾ أن تصرفات من كان في صف القتال لا تأخذ حكم تصرفات المريض مرض الموت، إلا إذا التحم في القتال وأن تكون الطائفتان متكافئتين أو متقاربتين في التكافؤ، وهناك رأي آخر⁽²⁾ لديهم هو أنه لا يلحق المقاتل بالمريض إلا إذا جرح .

وجاء في المذهب والوسيط أن المقاتل إذا كان في الحرب وقد التحمت الطائفتان وكانتا متكافئتين فيه رأيان: الرأي الأول: أنه كالمريض المخوف يعتبر تبرعاته فيه من الثلث؛ لأنه لا يأمن الموت، والرأي الثاني: أنه كالصحيح؛ لأنه لم يحدث في جسمه ما يخاف منه الموت⁽³⁾.

وجاء في إعانة الطالبين والسراج الوهاج: أن المذهب يلحق بالمريض مرض الموت المقاتل في حالة التحام القتال بين طائفتين متكافئتين أو قريبتين التكافؤ⁽⁴⁾.
مدرسة الحنابلة: يرى جمهور فقهاء الحنابلة⁽⁵⁾ أن تصرفات من كان في صف القتال لا تأخذ حكم تصرفات المريض مرض الموت، إلا إذا التحم في القتال وأن تكون الطائفتان متكافئتين أو متقاربتين في التكافؤ، وإن الطائفة القاهرة لا يلحق أفرادها بالمريض؛ لأن خوف التلف لا يتحقق في حقها، وهناك رواية أخرى عن أحمد⁽⁶⁾ هي أن المقاتل كالصحيح؛ لأنه غير مريض .

فقد جاء في الكافي في فقه ابن حنبل: "ومن كان بين الصفين حال التحام الحرب... فعطيته من الثلث؛ لأنه يخاف الموت خوف المريض وأكثر فكان مثله في عطيته قال أبو بكر: وفيه رواية أخرى أن عطياهم من جميع المال؛ لأنه لا مرض بهم " ⁽⁷⁾.

من خلال استقصاء آراء الفقهاء ألاحظ أنهم اختلفوا في حكم تصرفات من كان في صف القتال إلى عدة آراء، هي على النحو التالي:

(1) الأم، مرجع سابق، ج: 4، ص: 108، المذهب، مرجع سابق، ج: 1، ص: 635، الوسيط مرجع سابق، ج: 4، ص: 422، إعانة الطالبين، مرجع سابق، ج: 3، ص: 210، السراج الوهاج، مرجع سابق، ج: 1، ص: 339.
(2) الأم، مرجع سابق، ج: 4، ص: 108، المذهب، مرجع سابق، ج: 1، ص: 635، الوسيط، مرجع سابق، ج: 4، ص: 422.
(3) المذهب، مرجع سابق، ج: 1، ص: 635، الوسيط مرجع سابق، ج: 4، ص: 422.
(4) إعانة الطالبين، مرجع سابق، ج: 3، ص: 210، السراج الوهاج، مرجع سابق، ج: 1، ص: 339.
(5) الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق، ج: 2، ص: 87، المبدع، مرجع سابق، ج: 5، ص: 388، الإنصاف، مرجع سابق، ج: 7، ص: 168، شرح منتهى الإرادات المسمى أولى النهي لشرح المنتهى، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، الطبعة الثانية، عالم الكتب، بيروت، تاريخ الطبع 1996 م، ج: 2، ص: 443.
(6) الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق، ج: 2، ص: 487، الإنصاف، مرجع سابق، ج: 7، ص: 168 .
(7) الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق، ج: 2، ص: 487.

الرأي الأول: القائل أن تصرفات من كان في صف القتال لا تأخذ حكم تصرفات المريض مرض الموت إلا إذا تقدم للقتال؛ لأنه لا يغلب الهلاك عليه إلا في حال التقدم وهذا هو رأي الأحناف⁽¹⁾، وبه أخذ بعض شُرّاح القانون⁽²⁾، أمثال أنور سلطان. الرأي الثاني: القائل أن تصرفات من كان في صف القتال تأخذ حكم تصرفات المريض مرض الموت وإن لم يحصل التحام؛ لأن الضابط عندهم اشتهاه الموت وهذا يتحقق في نظرهم في هذه الحالة، وهو رأي جمهور فقهاء المالكية⁽³⁾.

الرأي الثالث: القائل أن تصرفات من كان في صف القتال لا تأخذ حكم تصرفات المريض مرض الموت إلا إذا التحم في القتال، وأن تكون الطائفتان متكافئتين أو متقاربتين في التكافؤ، وهو رأي جمهور فقهاء الشافعية⁽⁴⁾ والحنابلة⁽⁵⁾.

الرأي الرابع: القائل أن تصرفات من كان في صف القتال لا تأخذ حكم تصرفات المريض مرض الموت إلا إذا جرح أو حدث في جسمه ما يخوف، وهو رأي عند الشافعية⁽⁶⁾.

الرأي الخامس: القائل أن تصرفات من كان في صف القتال لا تأخذ حكم تصرفات المريض مرض الموت؛ لأنه غير مريض وبالتالي تكون تصرفاته كتصرفات الأصحاء، وهو رواية عن أحمد⁽⁷⁾.

وأرى أن الدول في كثير من الأحيان تستخدم القوة العسكرية للتلويح بها فقط بهدف تحقيق أهداف سياسية، وبالتالي فالجنود في هذه القوات لا تأخذ تصرفاتهم حكم تصرفات المريض مرض الموت؛ لأنهم في هذه الحالة لا خوف عليهم، ولكن إذا بدأت العمليات العسكرية فعلاً فكافة الجنود في حكم المريض مرض الموت، وإن لم يحصل اشتباك مباشر؛ وذلك لأن المعدات العسكرية الحديثة من طائرات وغواصات وصواريخ ومدفعية أصبحت تعمل ما لا يعمله الالتحام المباشر من قتل ودمار.

(1) المبسوط، مرجع سابق، ج: 6 ص: 168، البحر الرائق، مرجع سابق، ج: 4 ص: 51، حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج: 3 ص: 385.

(2) العقود المسماة، البيع والإيجار، مرجع سابق، ص: 188، الموجز في العقود المسماة، الجزء الأول البيع، مرجع سابق، ص: 66، المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية، مرجع سابق، ص: 244، عقد البيع في التشريع الليبي، مرجع سابق، ص: 396.

(3) الذخيرة، مرجع سابق، ج: 7 ص: 137، التاج والإكليل، مرجع سابق، ج: 5 ص: 78، الشرح الكبير، مرجع سابق، ج: 3 ص: 307، شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج: 5 ص: 305، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج: 3 ص: 307.

(4) الأم، مرجع سابق، ج: 4 ص: 108، المهذب، مرجع سابق، ج: 1 ص: 635، الوسيط، مرجع سابق، ج: 4 ص: 422، إغانة الطالبين، مرجع سابق، ج: 3 ص: 210، السراج الوهاج، مرجع سابق، ج: 1 ص: 339.

(5) الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق، ج: 2 ص: 487، المبدع، مرجع سابق، ج: 5 ص: 388، الإنصاف، مرجع سابق، ج: 7 ص: 168، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، ج: 2 ص: 443.

(6) الأم، مرجع سابق، ج: 4 ص: 108، المهذب، مرجع سابق، ج: 1 ص: 635، الوسيط، مرجع سابق، ج: 4 ص: 422.

(7) الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق، ج: 2 ص: 487، الإنصاف، مرجع سابق، ج: 7 ص: 168.

الفصل الأول

أثر مرض الموت على التصرفات

المالية للمريض

تمهيد وتقسيم :

بعد أن بينتُ تعريف مرض الموت في اللغة والفقه والقانون والقضاء وشروطه وعلاقته بالأهلية والحكمة من تقييد تصرفات المريض فيه والأشخاص الأصحاء الذين تأخذ تصرفاتهم حكم تصرفات المريض.

بقى أن أتعرّف على أثر مرض الموت على التصرفات المالية التي يبرمها المريض من معاوضات وتبرعات وإقرارات، فهل يكون تصرف المريض المالي مقيد بحدود وضوابط؟ وهل هناك فرق بين تصرفه المالي لوارثه وللأجنبي؟

هذا ما سأحاول الإجابة عليه في هذا الفصل من خلال التعرف على بيع المريض بمثل القيمة لوارثه وللأجنبي، وكذلك بيعه بمحاباة لوارثه وللأجنبي وهبته لوارثه وللأجنبي وهبته عندما لا يكون له وارث، وإقراره بمال أو دين وسأتناول ذلك كله في ثلاثة مباحث :

المبحث الأول: البيع في مرض الموت.

المبحث الثاني: الهبة في مرض الموت.

المبحث الثالث: الإقرار بمال أو دين في مرض الموت.

المبحث الأول

البيع في مرض الموت

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول

تعريف البيع ومشروعيته والحكمة منه

• تعريف البيع.

البيع في اللغة: بَاعَ الشَّيْءَ يَبِيعُهُ بَيْعًا وَمَبِيعًا شَرَاهُ وَقِيَاسُهُ مَبَاعًا وَبَاعَهُ أَيْضًا اشْتَرَاهُ فَهُوَ مِنَ الْأَضْدَادِ، وَيُقَالُ لِلْبَائِعِ وَالْمَشْتَرِي بَيْعَانِ بِتَشْدِيدِ الْيَاءِ، وَأَبَاعَ الشَّيْءَ عَرْضَهُ لِلْبَيْعِ وَالِابْتِيَاغَ الْاِشْتِرَاءِ، وَبَايَعَهُ مِنْ الْبَيْعِ وَالْبَيْعَةُ جَمِيعًا وَتَبَايَعَا مَثَلُهُ وَاسْتَبَاعَهُ الشَّيْءُ سَأَلَهُ أَنْ يَبِيعَهُ مِنْهُ⁽¹⁾.

البيع في اصطلاح الفقهاء: هو مبادلة المال المنقوم بالمال المنقوم تملكاً وتملكاً⁽²⁾.

وعرفه عبد الجليل القرنشاي: عبارة عن عقد يفيد تملك الذات بعوض، فهو يقوم على أساس مبادلة المال بالمال، فيفيد تبادل الملكيات بلا توقيت في انتقالها بهذا التبادل⁽³⁾.
البيع في القانون: لقد أوردت المادة (407) من القانون المدني الليبي المطابقة للمادة (418) من القانون المدني المصري تعريفاً لعقد البيع فنصت على أنه: "عقد يلتزم به البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي".

• مشروعية البيع .

أ- القرآن الكريم: كما في قوله تعالى: ﴿...وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا...﴾⁽⁴⁾

فالأية تدل بشكل صريح على مشروعية البيع .

ب- السنة النبوية: كما في قوله -صلى الله عليه وسلم-: "الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ

يَتَفَرَّقَا، فَإِنْ صَدَقَا وَبَيَّنَّا بُورِكَ لَهُمَا فِي بَيْعِهِمَا، وَإِنْ كَذَبَا وَكَتَمَا مُحِقَّتْ بَرَكَةُ

بَيْعِهِمَا"⁽⁵⁾، فالحديث يدل بشكل صريح على مشروعية البيع.

(1) مختار الصحاح، مرجع سابق، مادة بيع.

(2) كتاب التعريفات للرجاني، مرجع سابق، ص57.

(3) دراسات في الشريعة الإسلامية، عبد الجليل القرنشاي، مطابع الشروق، منشورات جامعة قاروينس، بيروت، 1973م، ص380 .

(4) سورة البقرة، جزء من الآية رقم 275 .

(5) الجامع الصحيح المختصر، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري، تحقيق: مصطفى ديب البغا، الطبعة الثالثة، دار ابن كثير، بيروت، تاريخ الطبع 1407هـ، الجزء الثاني، كتاب البيوع، باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا .

ج- الإجماع: أجمع الصحابة -رضوان الله عليهم- بعد وفاة الرسول -صلى الله عليه وسلم- على مشروعية البيع كما جاء في الكتاب والسنة.

• الحكمة من البيع .

البيع رأس عقود المعاوضات المالية، وهو من النظم التي لا غنى لأي مجتمع عنها، ووسيلة لا بد منها لتبادل السلع وحصول كل على حاجته منها، فكان شرعه ضرورياً لانتظام أمور المعاش في هذه الحياة؛ لأن حاجة الإنسان تتعلق بما في يد صاحبه ولا يبذله بغير عوض غالباً، ففي تجويز البيع طريق إلى وصول كل واحد منهما إلى غرضه ودفع حاجته، فشرع البيع للوصول إلى ما في يد الغير على وجه الرضا بطريق مشروع من غير حرج، ولا شك أن ذلك مفض إلى عدم المنازعة والمقاتلة والسرقه والخيانة والحيل للوصول إلى ما في يد الغير بغير حق (1).

(1) المغني، مرجع سابق، ج:4 ص:3، المبدع، مرجع سابق، ج:4 ص:3، مطالب أولي النهى، مرجع سابق، ج:3 ص:3، دراسات في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 381 .

المطلب الثاني

بيع المريض مرض الموت بمثل القيمة

الفرع الأول

بيع المريض مرض الموت بمثل القيمة لوارثه

تناول فقهاء الشريعة الإسلامية بيع المريض مرض الموت بمثل القيمة لوارثه، لكنهم اختلفوا فيما بينهم وفقاً للأراء التالية :

الرأي الأول: يرى أصحاب هذا الرأي عدم صحة البيع بمثل القيمة للوارث، حيث لا يصح البيع له بمثل القيمة أو بغيره؛ لأن فيه إيثار بعض الورثة بعين من أعيان التركة وحق الورثة يتعلق بأعيان التركة فيما بينهم كما يتعلق بالمالية؛ ولأن للناس في الأعيان أغراضاً فقد يتفاخر الإنسان بها فوق ما يفخر بكثرة ماله ويكون هذا البيع موقوفاً على إجازة الورثة، وهذا رأي الإمام أبي حنيفة⁽¹⁾ وأبو الخطاب^(*) من الحنابلة⁽²⁾.

ولقد تبنت مجلة الأحكام العدلية رأي الإمام أبي حنيفة حيث جاء في المادة (393) " إذا باع شخص في مرض موته شيئاً من ماله لأحد ورثته فيصير ذلك موقوفاً على إجازة سائر الورثة فإن أجازوا بعد موت المريض ينفذ البيع وإن لم يجيزوا لا ينفذ "⁽³⁾.

وجاء في الإنصاف: " وأما معاوضة المريض بثمن المثل فتصح من رأس المال وإن كانت مع وارث،...على الصحيح من المذهب...ويحتمل أن لا يصح لوارث؛ لأنه خصه بعين المال وهو لأبي الخطاب...وعنه تصح مع وارث بإجازة"⁽⁴⁾.

كما تبني المشرع الأردني هذا الرأي حيث جاء في الفقرة (1) من المادة (544) مدني أن: "بيع المريض شيئاً من ماله لأحد ورثته لا ينفذ ما لم يجزه باقي الورثة بعد موت المورث "

(1) المبسوط، مرجع سابق، ج 14 ص 150، 151- ج 28 ص 79، كشف الأسرار، مرجع سابق، ج 4 ص 429، شرح التلويح على التوضيح لمثن التنقيح في أصول الفقه، عبيد الله بن مسعود المحبوبي البخاري الحنفي، دار الكتب العلمية، بيروت، ج 2 ص 370، البحر الرائق، مرجع سابق، ج 8 ص 114، الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ج 3 ص 239، ندر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ج 1 ص 362 (* هو أبو الخطاب محفوظ بن أحمد بن حسن بن حسن العراقي، مولده سنة 432 هـ، ومات سنة 510 هـ، درس الفقه على أبي يعلى وصار إمام وقته وشيخ عصره وصنف في الأصول والخلاف، كان مفتياً صالحاً عابداً ورعاً حسن العشرة، من تصنيفه كتاب أصول الفقه، ينظر طبقات الحنابلة، مرجع سابق، ج 2 ص 258، سير أعلام النبلاء، مرجع سابق، ج 19 ص 348-350.

(2) المبدع، مرجع سابق، ج 5 ص 391، الإنصاف، مرجع سابق، ج 7 ص 171، 172.

(3) مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ج 1 ص 76.

(4) الإنصاف، مرجع سابق، ج 7 ص 171، 172.

فالمشرع الأردني لم يفرق بين كون البيع لأحد الورثة بثمن المثل أو بغبن يسير أو فاحش، فكل بيع يقوم به المريض لوارثه يكون موقوفاً على إجازة باقي الورثة بعد موت المورث، حيث لا عبرة بالإجازة قبل موت المورث (1).

ولقد أشارت محكمة التمييز الأردنية إلى أن إجازة بعض الورثة للبيع في مرض الموت يترتب عليها نفاذ البيع في حصص من أجاز البيع من الورثة، ولا ينفذ في حصص من لم يجزه (2).

وإلى هذا ذهب أيضاً المشرع اليمني فقد نص في الفقرة (1) من المادة (476) من القانون المدني أن: "بيع المريض مرض الموت لوارثه موقوف على إجازة سائر الورثة".

الرأي الثاني: يرى أصحاب هذا الرأي صحة البيع بمثل القيمة للوارث؛ لأنه ليس في تصرفه إبطال حق الورثة عن شيء مما يتعلق حقهم به وهو المالية والوارث والأجنبي على حد سواء، فحقوقهم متعلقة بمالية التركة وليس أعيانها وقيمة التركة لم تنتقص؛ ولأن ما خرج منها قد دخل فيه ما يساويه في القيمة، وهذا رأي صاحبين (3) والمالكية (4) والشافعية (5) وجمهور الحنابلة (6).

فقد جاء في المبسوط: "أن بيع المريض من وارثه بمثل قيمته...يجوز في قولهما" (7).

وجاء في المدونة الكبرى: "قال: وقال لي مالك: ما باع المريض أو اشترى فهو جائز إلا أن يكون حابي فإن كان حابي كان ذلك في ثلثه" (8).

وجاء في المهذب: "وإن باع في المرض بثمن المثل أو تزوج امرأة بمهر المثل صح العقد، ولم يعتبر العوض من الثلث؛ لأنه ليس بوصية، لأن الوصية أن يخرج مالاً من غير عوض ولم يخرج ههنا شيئاً من غير عوض" (9).

(1) التبسيط في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الرابع العقود المسماة البيع والإيجار، مرجع سابق، ص 244، 245.

(2) تمييز حقوق 84/405 صفحة 1785 سنة 1984م نقلاً عن العقود المسماة البيع والإيجار، مرجع سابق، ص 192.

(3) المبسوط، مرجع سابق، ج 14 ص 150، 151، ج 28 ص 79، كشف الأسرار، مرجع سابق، ج 4 ص 429، 430، شرح التلويح على التوضيح، مرجع سابق، ج 2 ص 370، الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ج 3 ص 239، 240.

(4) المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج 7 ص 278، ج 9 ص 167، شرح ميارة، أبي عبدالله محمد بن أحمد بن الفاسي ميارة، تحقيق: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، تاريخ الطبع، 1420هـ، ج 2 ص: 30، شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج 5 ص: 305، 306.

(5) الأم، مرجع سابق، ج 4 ص 102، ج 7 ص 107، المهذب، مرجع سابق، ج 1 ص: 634.

(6) الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق، ج 2 ص 487، المبدع، مرجع سابق، ج 5 ص 391، الإنصاف، مرجع سابق، ج 7 ص 171، 172.

(7) المبسوط، مرجع سابق، ج 14 ص: 150، 151.

(8) المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج 7 ص 278.

(9) المهذب، مرجع سابق، ج 1 ص: 634.

وجاء في مطالب أولي النهي: "وما لزمه من معاوضة بثمن مثل بيع أو شراء أو إجارة(*) أو كان بزائد يسيراً بحيث يتغابن الناس به أي بمثله عادة فمن رأس مال؛ لأنه يندرج في ثمن المثل لوقوع التعارف به ولو كانت معاوضته مع وارث فمن رأس المال؛ لأنه لا تبرع فيها ولا تهمة"⁽¹⁾.

ولقد أخذ المشرع التونسي بهذا الرأي حيث اعتبر البيع لو ارث بمثل القيمة صحيح، واشترط لإبطال البيع ظهور محاباة فيه، فقد نص في الفصل (565) من مجلة الالتزامات والعقود أن: "بيع المريض في مرض موته يجري عليه حكم الفصل (354) إذا كان لو ارث وظهر فيه قصد المحاباة"، و ينص الفصل (354) على أنه: "لا يصح إلا بمصادقة جميع الورثة عليه"، نستنبط من ذلك أن المشرع التونسي لا يكفي لديه لإبطال البيع لو ارث حصوله في مرض الموت بل لابد من توافر المحاباة فيه.

وكذلك الحال أخذ المشرع الليبي والمصري والسوري بهذا الرأي بالرغم من أنهم لم يشيروا صراحة إلى البيع بمثل القيمة لو ارث كما فعل المشرع التونسي فقد نص المشرع الليبي في المادة (466) من القانون المدني المقابلة للمادة (477) من القانون المدني المصري والمادة (445) من القانون المدني السوري على أنه: "1- إذا باع المريض مرض الموت لو ارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت فإن البيع يسري في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تجاوز ثلث التركة داخلاً فيها المبيع ذاته. 2- أما إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة فإن البيع فيما يجاوز الثلث لا يسري في حق الورثة إلا إذا أقروه أو رد المشتري للتركة ما يفي بتكلمة الثلثين. 3- ويسري على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة 920".

وتنص المادة (920) من القانون المدني الليبي المقابلة للمادة (916) من القانون المدني المصري والمادة (877) من القانون المدني السوري على أن: "1- كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيأ كانت التسمية

(*) هي عبارة عن العقد على المنافع بعوض هو مال و تملك المنافع بعوض إجارة و بغير عوض إجارة، كتاب التعريفات للجرجاني، مرجع سابق، ص 20.

(1) مطالب أولي النهي، مرجع سابق، ج 4 ص 426.

التي تعطى لهذا التصرف.2- وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً.3- وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه".

وتنص المادة الثانية من القانون رقم (7) لسنة 1994 م بشأن أحكام قانون الوصية على أن: " كل تصرف صدر في مرض الموت بقصد التبرع أو المحاباة تسري عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى له ".

ويفهم من هذه النصوص بمفهوم المخالفة أنه إذا أثبت المشتري أنه دفع ثمناً للمبيع يساوي قيمة المبيع كان البيع صحيحاً وناظراً في حق الورثة بدون حاجة إلى إجازتهم ولا يكون هناك محل للطعن فيه⁽¹⁾.

ويظهر لي أن الرأي الأول هو الراجح؛ لأنه يمنع الشقاق والخلاف بين أفراد الأسرة الواحدة ويؤدي إلى ترابط الأسرة وتماسكها ومن ثم ترابط وتماسك المجتمع الإسلامي .

(1) الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، المجلد الأول، عقد البيع، مرجع سابق، ص 785، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول البيع والمقايضة، مرجع سابق، ص 329، مطول القانون المدني في عقد البيع، مرجع سابق، ص 439، دروس في العقود المسماة، البيع والتأمين، مرجع سابق، ص 203، أحكام التركات في ضوء الفقه والقضاء، د.عبد الحميد الشوربي، منشأة المعارف بالاسكندرية، مصر، 1990 م، ص 76.

الفرع الثاني

بيع المريض مرض الموت بمثل القيمة إلى الأجنبي

تناول فقهاء الشريعة الإسلامية بيع المريض مرض الموت بمثل القيمة وقالوا أن بيع المريض مرض الموت إلى الأجنبي بمثل القيمة يكون صحيحاً بدون حاجة إلى إجازة الورثة؛ لأن حقهم متعلق بالمالية، والحجر عليه يكون في المحاباة وهنا لا توجد محاباة فقد دخل إلى التركة مثل ما خرج منها، والمريض غير محجور على المعاوضة المعتادة التي لا تمس حقوق دائنيه وورثته⁽¹⁾.

فقد جاء في المبسوط: "البيع بمثل القيمة من المريض صحيح في حق الأجنبي في جميع ماله ولا يكون ذلك وصية بشيء... فإنه غير ممنوع من التصرف مع الأجنبي فيما يرجع إلى العين وإنما يمنع من إبطال حق الورثة عن ثلثي ماله وليس في البيع بمثل القيمة من الأجنبي إبطال حق الورثة عن شيء من ماله"⁽²⁾.

وجاء في شرح ميارة: "بيع المريض وابتياعه جائز ما لم يحاب، فإن حابي ومات من مرضه فإن كانت المحاباة لمن لا يرثه فمحاباة في ثلثه إن حملها الثلث أو ما حمل منها ويرجع ما لم يحمل منها ميراثاً، وإن كانت لمن يرثه فلا يجوز شيء من المحاباة؛ لأنها وصية لو ارث إلا أن يجيزها الورثة"⁽³⁾.

وجاء في المهذب: "وإن باع في المرض بثمن المثل أو تزوج امرأة بمهر المثل صح العقد ولم يعتبر العوض من الثلث؛ لأنه ليس بوصية؛ لأن الوصية أن يخرج مالا من غير عوض ولم يخرج ههنا شيئاً من غير عوض"⁽⁴⁾.

وجاء في الكافي في فقه ابن حنبل: "فأما بيع المريض بثمن المثل وتزويجه بمهر المثل فلازم من جميع المال؛ لأنه ليس بوصية إنما الوصية التبرع وليس هذا تبرعاً، وإن حابي في ذلك اعتبرت المحاباة من الثلث؛ لأنها تبرع"⁽⁵⁾.

(1) المبسوط، مرجع سابق، ج 14 ص 150، 151، كشف الأسرار، مرجع سابق، ج 4 ص 429، 430، شرح التلويح على التوضيح، مرجع سابق، ج 2 ص 370، مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ج 1 ص 76، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ج 1 ص 363، المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج 7 ص 278، ج 9 ص 167، شرح ميارة، مرجع سابق، ج 2 ص 30، الأم، مرجع سابق، ج 7 ص 107، المهذب، مرجع سابق، ج 1 ص 634، الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق، ج 2 ص 487، المبدع، مرجع سابق، ج 5 ص 391، مطالب أولي النهى، مرجع سابق، ج 4 ص 426.

(2) المبسوط، مرجع سابق، ج 14 ص 150، 151.

(3) شرح ميارة، مرجع سابق، ج 2 ص 30.

(4) المهذب، مرجع سابق، ج 1 ص 634.

(5) الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق، ج 2 ص 487.

ولقد أخذ المشرع الليبي والمصري والسوري بهذا الرأي في المواد (466) من القانون المدني الليبي المقابلة للمادة (477) من القانون المدني المصري والمادة (445) مدني سوري .

وبالتالي إذا كان يصح البيع لغير وارث بمحاباة في حدود الثلث فمن باب أولى أن يكون البيع بمثل القيمة صحيحاً بدون حاجة إلى إجازة الورثة، كما يفهم من هذه النصوص بمفهوم المخالفة أن البيع بثمن المثل لأجنبي يكون صحيحاً ونافاً في حق الورثة بدون حاجة إلى إجازتهم⁽¹⁾.

كما تبنى المشرع الأردني هذا الرأي حيث جاء في الفقرة الثانية من المادة (544) مدني: "بيع المريض لأجنبي بثمن المثل أو بغبن يسير نافذاً لا يتوقف على إجازة الورثة".

ونصت المادة (546) من القانون المدني الأردني على أنه: "لا ينفذ بيع المريض لأجنبي بأقل من قيمة مثله ولو بغبن يسير في حق الدائنين إذا كانت التركة مستغرقة بالديون وللمشتري دفع ثمن المثل وإلا جاز للدائنين فسخ البيع".

فبيع المريض لغير وارث بمثل القيمة يكون نافذاً بدون حاجة إلى إجازة من الورثة والدائنين حتى وإن كانت التركة مستغرقة بالديون؛ لأن حقهم متعلق بمالية التركة وليس أعيانها، فقيامه ببيع عين لأجنبي عنهم بثمن المثل لا يؤثر على حقهم؛ لأنه إن خرجت العين من ذمة المورث فقد دخل مقابلاً لها عين أخرى أو ثمن نقدي وإذا كان في هذا البيع غبن يسير فإنه يسري في حق الورثة؛ لأنه عادة ما يتسامح الناس في مثل هذا الغبن، أما في حق الدائنين فإنه لا يسري إلا بموافقة الدائنين إذا كانت التركة مستغرقة بالديون⁽²⁾.

ويرى الدكتور/ محمد يوسف الزغبى أن التركة المستغرقة بالديون هي التي تكون قيمة موجوداتها من مال منقول أو غير منقول أقل من الديون التي تتحملها أما إذا تساوت الموجودات والديون فلا تكون التركة مستغرقة بالديون بل تكون تركة متعادلة⁽³⁾.

(1) الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، المجلد الأول، عقد البيع، مرجع سابق، ص785، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول البيع والمقايضة، مرجع سابق، ص329، مطول القانون المدني في عقد البيع، مرجع سابق، ص439، دروس في العقود المسماة، البيع والتأمين، مرجع سابق، ص203، أحكام التركات في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص76.

(2) العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني، مرجع سابق، ص509-516.

(3) المرجع السابق، هامش ص515.

وكذلك أخذ المشرع التونسي برأي الجمهور فقد نص في الفصل(565) من مجلة الالتزامات و العقود على أنه: " إذا كان البيع لغير وارث يتنزل عليه حكم الفصل 355." و ينص الفصل المشار إليه على أن: "الإسقاط الصادر من الدائن لغير وارثه في مرض موته يعتبر في ثلث مخلفه بعد استيفاء الديون ومصاريف جنازته"، يتضح من هذا النص أنه إذا كان يصح البيع لغير وارث بمحاباة في حدود الثلث فمن باب أولى أن يكون البيع بمثل القيمة صحيحاً بدون حاجة إلى إجازة الورثة .

وإلى هذا ذهب أيضاً المشرع اليمني فقد نص في الفقرة الثانية من المادة (476) من القانون المدني على أن: "بيعه لغير وارثه بثمن المثل أو بغبن يسير صحيحاً، والغبن اليسير هو ما لم يكن خارجاً عما يقرره العدول ."

المطلب الثالث

بيع المريض مرض الموت بالمحابة

الفرع الأول

بيع المريض مرض الموت بمحابة لوارثه

تناول فقهاء الشريعة الإسلامية بيع المريض مرض الموت إلى وارثه بالمحابة وانقسموا في حكم هذا البيع إلى ثلاثة آراء:

الرأي الأول: يرى أصحاب هذا الرأي أنه إذا كان لم يجز البيع للوارث بمثل القيمة إلا بإجازة الورثة في الأصل فمن باب أولى لا يجوز بالمحابة إلا بإجازتهم كذلك فالبيع من الوارث بالمحابة صحيح ولكن موقوف على إجازة باقي الورثة، فإن أجازوه نفذ في الجميع وإن لم يجزوه بطل في الجميع؛ لأن فيه إيثار بعض الورثة بعين من أعيان التركة وحق الورثة يتعلق بأعيان التركة فيما بينهم كما يتعلق بالمالية، وهذا هو رأي أبي حنيفة⁽¹⁾ وأبو الخطاب من الحنابلة⁽²⁾.

فقد جاء في البحر الرائق: "لو باع المريض عيناً من وارثه بمثل القيمة حيث لا يجوز عند الإمام؛ لأن المريض ممنوع من إيثار بعض الورثة بها"⁽³⁾. وجاء في المبدع: "وأما معاوضة المريض بثمن المثل...يحتمل أن لا يصح لوارث هذا رواية؛ لأنه خصه بعين المال أشبه ما لو حاباه، ومعناه أنها لا تصح معه إلا بإجازة"⁽⁴⁾.

وإلى هذا ذهب المشرع اليمني فقد نص في الفقرة الأولى من المادة (476) مدني: "بيع المريض مرض الموت لوارثه موقوف على إجازة سائر الورثة". كما تبني المشرع الأردني هذا الرأي حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة (544) مدني: "بيع المريض شيئاً من ماله لأحد ورثته لا ينفذ ما لم يجزه باقي الورثة بعد موت المورث".

ومن ثم أي بيع لوارث بمثل القيمة أو بمحابة لا ينفذ ما لم يجزه باقي الورثة بعد موت المورث، والمشرع الأردني لم يفرق بين كون البيع لأحد الورثة بثمن المثل

(1) بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5 ص14، البحر الرائق، مرجع سابق، ج8 ص114، الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ج3 ص239، 240، حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج5 ص613، مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ج1 ص76.

(2) المبدع، مرجع سابق، ج5 ص391، الإنصاف، مرجع سابق، ج7 ص171، 172.

(3) البحر الرائق، مرجع سابق، ج8 ص114.

(4) المبدع، مرجع سابق، ج5 ص391.

أو بغبن يسير أو فاحش، ويسري على هذا البيع الذي فيه محاباة أحكام الوصية حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة (1128) مدني أردني على أن: "كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أياً ما كانت التسمية التي تعطى له".
وحكم الوصية يطبق على هذا البيع في القدر المحابي به⁽¹⁾، هذا إذا أجازته الورثة، أما إذا لم يجيزوه فيكون البيع مفسوخاً، فيأخذ المشتري الثمن الذي دفعه ويعاد المبيع إلى التركة⁽²⁾.

الرأي الثاني: يرى أصحابه أن البيع لوارث بالمحاباة صحيح ومتوقف على إجازة باقي الورثة، فلا يجوز شيء من المحاباة لأنها وصية لوارث، إلا أن يجيزه الورثة فإن أجازته الورثة جاز وإن ردوه بطل البيع في القدر المحابي به، وصحت المعاوضة في غير قدر المحاباة؛ لأن المانع من الصحة المحاباة وهي غير موجودة وهذا رأي المالكية⁽³⁾ وبعض الشافعية⁽⁴⁾ وجمهور الحنابلة⁽⁵⁾.

فقد جاء في شرح ميارة: "بيع المريض وابتاعه جائز ما لم يحاب فإن حابي ومات من مرضه فإن كانت المحاباة... لمن يرثه فلا يجوز شيء من المحاباة؛ لأنها وصية لوارث إلا أن يجيزها الورثة"⁽⁶⁾.

وجاء في أسنى المطالب في شرح روض الطالب: "ينفذ البيع بثمن المثل من رأس المال سواء باع لوارثه أم لغريمه أم لغيرهما... فإن حابي الوارث بما لا يتغابن بمثله فوصية، يعني فالزائد على ما يتغابن بمثله وصية له فلا ينفذ إلا بإجازة بقية الورثة"⁽⁷⁾.

وجاء في مطالب أولي النهي: "وإن حابي مريض وارثه بطلت تصرفاته في قدرها - أي المحاباة -؛ لأنها كالهبة وهي لا تصح منه لوارث بغير إجازة باقي الورثة؛ لأن المحاباة كالوصية وهي لوارث باطلة فكذا المحاباة، وصحت المعاوضة

(1) الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية - دراسة مقارنة، د. علي هادي العبيدي، مرجع سابق، ص 139.
(2) التبسيط في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الرابع العقود المسماة البيع والإيجار، د. محمود جلال حمزة، مرجع سابق، ص 244.

(3) المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج 7 ص 278، ج 15 ص 41، شرح ميارة، مرجع سابق، ج 2 ص 30، شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج 5 ص 305، 306.

(4) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، أبو يحيى زكريا بن محمد الأنصاري، المكتبة الإسلامية، تركيا ج 3 ص 39.

(5) المغني، مرجع سابق، ج 5 ص 184، الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق، ج 2 ص 432، 433، المبدع، مرجع سابق، ج 5 ص 391، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، ج 2 ص 444، كشاف القناع، مرجع سابق، ج 4 ص 327، 328.

(6) شرح ميارة، مرجع سابق، ج 2 ص 30.

(7) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، مرجع سابق، ج 3 ص 39.

في غيره -أي غير قدر المحاباة-... فلو باع لوارثه شيئاً لا يملك غيره يساوي ثلاثين بعشرة فلم يجز باقي الورثة، صح بيع ثلثه بالعشرة والثلاثان كعطيّة، وله-أي المشتري- الفسخ لتبعض الصفقة في حقه فشرع له ذلك دفعا للضرر⁽¹⁾.

وأخذ بهذا الرأي المشرع السوري حيث نص في المادة (445) من القانون المدني على أنه: "1- 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 تجاوز ثلث التركة داخلاً فيها المبيع ذاته. 2- أما إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة فإن البيع فيما يجاوز الثلث لا يسري في حق الورثة، إلا إذا أقره أو رد المشتري للتركة ما يفي بتكاملة الثلثين. 3- ويسري على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة 877."

كما أن القانون المدني أحال بشكل صريح أحكام البيع في مرض الموت إلى أحكام الوصية حيث نص في الفقرة الثالثة من المادة (445) على أنه: "ويسري على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة (877) التي تنص في الفقرة الأولى منها على أن: " كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت ويسري عليه أحكام الوصية أي كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف."

والمشرع السوري عندما أصدر قانون الأحوال الشخصية نص الفقرة الثانية من المادة (237) من قانون الأحوال الشخصية على أنه: " لا تنفذ للوارث ولا بما زاد على الثلث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي وكان المجيز كامل الأهلية."

وبالتالي فإن أي تصرف يصدر من المريض مرض الموت على سبيل التبرع والمحاباة يكون موقوفاً على إجازة الورثة، فإذا أجازوه نفذ في حق من أجازوه وإذا لم يجيزوه لم ينفذ؛ وذلك لأن قانون الأحوال الشخصية متأخر في الصدور عن القانون المدني، ومن ثم فإنه عند التعارض فيما بينهما يقدم العمل بقانون الأحوال الشخصية؛ لأنه ألغى بشكل ضمني ما ورد في القانون المدني، وهنا التعارض هو تعارض جزئي فلا يقع الإلغاء إلا في حدود القدر الذي يوجد فيه التعارض بين القاعدتين وهو البيع لوارث بمحاباة .

(1) مطالب أولي النهى، مرجع سابق، ج 4 ص 426.

وتأسيساً على ما سبق فإن بيع المريض مرض الموت لوارثه بمحابة يقع صحيحاً، لكنه موقوف على إجازة الورثة، فإذا أجازوه نفذ في حق من أجازوه، وإذا لم يجيزوه لم ينفذ في قدر المحابة ونفذ فيما عدا ذلك .

ويؤيد ذلك ما قضت به محكمة النقض السورية وهو: "أن المشرع اعتبر كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، تسري عليه أحكام الوصية أي كانت التسمية التي تعطى له، ما لم يثبت المتصرف إليه أن التصرف الواقع في مرض الموت كان لقاء مقابل، فإن أثبت ذلك كان القدر المحابي به هو الذي يأخذ حكم الوصية ويخضع إلى أحكام بيع المريض المنصوص عليها في المادة (445) من القانون المدني المعطوفة على المادة 877 " (1).

كما تبني المشرع التونسي هذا الرأي، فلا يكفي عنده لإبطال البيع لوارث أن يحصل في مرض موت المورث، بل لابد من توافر المحابة في هذا البيع، حيث نص في الفصل (565) من مجلة العقود والالتزامات على أن: " بيع المريض في مرض موته يجري عليه حكم الفصل (354) إذا كان لوارث وظهر فيه قصد المحابة كأن يبيع له بأقل من الثمن المتعارف عليه بكثير أو يشتري منه بأزيد" وينص الفصل (354) على أنه: " إذا أسقط الدائن في مرض موته ما له على أحد ورثته سواء كان الإسقاط في الكل أو البعض فإن الإسقاط لا يصح إلا بمصادقة جميع الورثة عليه " .

ومن ثم يفهم من هذا النص أن البيع الذي فيه محابة لا يكون صحيحاً إلا إذا أجازوه جميع الورثة، وبمعنى آخر نستنتج من قوله أن الإسقاط لا يصح إلا بمصادقة جميع الورثة عليه، أنه لا يجوز شيء من المحابة إلا أن يجيزها جميع الورثة، فإن أجازها الورثة جازت وإن ردوها بطل البيع في القدر المحابي به وصحت المعاوضة في غير قدر المحابة؛ لأن المانع من الصحة المحابة وهي غير موجودة، ولا يكفي إجازة بعض الورثة عند المشرع التونسي بل لابد من إجازتهم جميعاً ولقد نص على ذلك صراحة بقوله: " فإن الإسقاط لا يصح إلا بمصادقة جميع الورثة عليه " .

(1) نقض سوري رقم 93، تاريخ، 13-3-1954 م، مجلة القانون لعام 1954 م، ص 262. نقلا عن موقع القانون السوري، نقابة المحامين السوريين، المحامي جمال عبد الناصر المسالمة. <http://syrialaw.50megs.com/syria-lew/agthad.htm>

الرأي الثالث: يرى أصحاب هذا الرأي أن البيع لو ارث صحيح ويجب على المشتري تكملة القيمة إلى ثمن المثل أو الرد، وهو رأي الصاحبين⁽¹⁾ والإمام الشافعي⁽²⁾، غير أن الشافعي اعتبر ما يتغابن الناس بمثله يدخل في ثمن المثل. فقد جاء في حاشية ابن عابدين: "البيع من الوارث لا يصح إلا بإجازة الورثة يعني في مرض الموت وهو الصحيح، وعندهما يجوز لكن إن كان فيه غبن أو محاباة يخير المشتري بين الرد أو تكميل القيمة"⁽³⁾.

وجاء في الأم: "قال الشافعي: وما كان من عطايا المريض على عوض أخذه مما يأخذ الناس من الأموال في الدنيا فأخذ به عوضاً... لا يتغابن الناس بمثله فالزيادة عطية بلا عوض فهي من الثلث فمن جازت له وصية جازت له، ومن لم تجز له وصية لم تجز له الزيادة... وقيل للوارث حكم الزيادة على ما يتغابن الناس بمثله حكم الوصية، وأنت فلا وصية لك، فإن شئت فاردد البيع إذا لم يسلم لك ما باعك، وإن شئت فأعط الورثة من ثمن السلعة ما زاد على ما يتغابن الناس بمثله"⁽⁴⁾.

ونص المشرع الليبي في المادة (466) من القانون المدني على أنه: "1- إذا باع المريض مرض الموت لو ارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت فإن البيع يسري في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تجاوز ثلث التركة داخلاً فيها المبيع ذاته. 2- أما إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة فإن البيع فيما تجاوز الثلث لا يسري في حق الورثة إلا إذا أقروه أو رد المشتري للتركة ما يفي بتكملة الثلثين. 3- ويسري على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة 920". وتتص الفقرة الأولى من المادة (920) من القانون المدني الليبي المقابلة للمادة (916) من القانون المدني المصري على أن: "كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف".

(1) الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ج: 3 ص: 239، 240، حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج: 5 ص: 613، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ج: 1 ص: 361-363.

(2) الأم، مرجع سابق، ج: 4 ص: 102، 103.

(3) حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج: 5 ص: 613.

(4) الأم، مرجع سابق، ج: 4 ص: 102، 103.

غير أن المشرع الليبي عندما أصدر قانون الوصية رقم (7) لسنة 1994 م أعطى تصرفات المريض مرض الموت الصادرة منه على سبيل التبرع أو المحاباة حكم الوصية، واشترط في الموصى له أن يكون غير وارث للموصي حيث لا وصية لوارث.

بالتالي فإن أي تصرف يصدر من المريض مرض الموت على سبيل التبرع والمحاباة فإنه يكون باطلاً إذا كان لوارث ولا يسري ولو أجازته الورثة، ومن ثم يكون المشرع الليبي أقرب في وجهه نظره إلى الرأي القائل أن البيع لوارث جائز ويجب على المشتري تكملة القيمة إلى ثمن المثل أو الرد، وهو رأي صاحبين والشافعي، فلو أمعنا النظر في هذا الرأي لوجدناه مماثلاً إلى البيع بمثل القيمة؛ لأنه إذا قام المشتري بتكملة القيمة إلى ثمن المثل فإنه لا تكون هناك محاباة .

أما المشرع المصري فقد نص في الفقرة الأولى من المادة (477) من القانون المدني المصري 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 تجاوز ثلث التركة داخلاً فيها المبيع ذاته " .

وبالتالي فإن بيع المريض بمحاباة لوارثه صحيح دون حاجة إلى إجازة الورثة، إذا كان في حدود الثلث، فإذا أثبت المشتري أنه دفع ثمناً للمبيع وكان هذا المقدار يقل عن قيمة المبيع وقت الموت، بما لا يجاوز ثلث التركة داخلاً فيها المبيع ذاته؛ فإن البيع يكون صحيحاً نافذاً في حق الورثة دون حاجة إلى إجازتهم؛ لأن القدر المحابى به لا يزيد عن ثلث التركة، وللائتمان أن يوصي بثلث تركته فتتخذ الوصية دون حاجة لإقرار الورثة⁽¹⁾، أما إذا كانت المحاباة تجاوز ثلث قيمة التركة وقت الموت، فإن البيع في هذه الحالة لا يكون نافذاً في حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة إلا بإجازتهم، ويستوي في ذلك البيع لوارث ولغير وارث، وإذا لم يجز الورثة الزيادة، وجب على المتصرف إليه أن يرد هذه الزيادة إلى التركة⁽²⁾

(1) الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول البيع والمقايضة، مرجع سابق، ص 330، عقد البيع في القانون المدني، مرجع سابق، الفقرة 421، الموجز في العقود المسماة، الجزء الأول البيع، مرجع سابق، ص 68، مطول القانون المدني في عقد البيع، مرجع سابق، ص 439، دروس في العقود المسماة، البيع والتأمين، مرجع سابق، ص 203، أحكام التركات في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص 77، 76.

(2) الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول البيع والمقايضة، مرجع سابق، ص 331، 332، عقد البيع في القانون المدني، مرجع سابق، الفقرة 421، الموجز في العقود المسماة، الجزء الأول البيع، مرجع سابق، ص 67-69، مطول القانون المدني في عقد البيع، مرجع سابق، ص 440، دروس في العقود المسماة، البيع والتأمين، مرجع سابق، ص 203 .

وإذا كان قد تصرف في هذه الزيادة إلى شخص آخر سيئ النية، فللورثة أن يتبعوا العين بين يديه وينفذوا عليها بمقدار الزيادة على الثلث، أما إذا كان الغير الذي تصرف إليه حسن النية، وكان قد تلقى الشيء بعوض فليس للورثة أن يرجعوا عليه، بل يكون لهم أن يرجعوا على من تصرف له المريض مرض الموت ويُنفذ بحقهم على المقابل السذي تقاضاه⁽¹⁾.

وقد كان القانون المدني المصري القديم في حالة البيع بأقل من القيمة بما لا يتجاوز ثلث التركة، إذا كان البيع لوارث، فلا ينفذ في حق الورثة إلا بإجازتهم؛ وذلك لأن أي محاباة في الثمن تعتبر تبرعاً، فتأخذ حكم الوصية، وكانت الوصية في القانون القديم لا تجوز لوارث إلا بإجازة الورثة، إلا أنه بعد صدور قانون الوصية رقم (71) لسنة 1946 م. أصبح يجوز الوصية لوارث دون حاجه إلى إجازة الورثة⁽²⁾، وبالتالي فإنه أجاز البيع لوارث ولغير وارث، بشرط عدم تجاوز المحاباة الحاصلة في البيع ثلث التركة، ولما كانت المحاباة هنا نقل عن ثلث التركة، فإنها تكون نافذة دون الحاجة إلى إجازة الورثة.

ويبدو لي أن الرأي الأول هو الراجح؛ لأنه يمنع الشقاق والخلاف بين أفراد الأسرة الواحدة ويؤدي إلى ترابط الأسرة وتماسكها ومن ثم ترابط وتماسك المجتمع الإسلامي

(1) شرح القانون المدني الليبي الحقوق العينية الأصلية والتبعية، مرجع سابق، ص 178.
(2) الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول البيع والمقايضة، مرجع سابق، ص 331، أحكام التركات في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص 77، 76.

الفرع الثاني

بيع المريض مرض الموت بمحابة إلى أجنبي

تناول فقهاء الشريعة الإسلامية من الأحناف والمالكية والشافعية والحنابلة بيع المريض مرض الموت إلى غير وارثه بالمحابة، وقالوا أن بيع المريض مرض الموت إلى غير وارثه بالمحابة في حدود الثلث يقع صحيحاً بدون حاجة إلى إجازة الورثة، أما إذا كانت المحابة تجاوز ثلث التركة يقع صحيحاً إذا أجازته الورثة، لكنهم اختلفوا في حكم هذا البيع إذا لم يجزه الورثة، فمنهم من قال: إن البيع لا ينفذ في قدر المحابة الزائدة على الثلث وينفذ فيما عدا ذلك؛ لأنه يجوز للمريض أن يتبرع بثلث ماله، ومنهم من قال: إن المشتري مخير بين أن يفسخ البيع فيرد الشيء المبيع ويأخذ الثمن الذي دفعه أو عليه أن يدفع لورثة المريض ثمن المقدار المحابي به الزائد على الثلث، ومنهم من قال: إذا اختار المشتري الإمضاء نفذ البيع في بعض المبيع ببعض الثمن.

هذا كله في حال أن التركة غير مدينه، أو كانت مدينه وغير مستغرقة بالديون والمتبقي يكفي لسداد الديون الموجودة، وإذا كانت التركة مستغرقة بالديون فللدائنين مطالبة المشتري بإكمال الثمن إلى ثمن المثل سواء أجازته الورثة أم لم يجيزوه، فإن أكمله فيها ونعمة، وإن لم يكمله فسخ الغرماء البيع واقتسموا المبيع بينهم، ولتوضيح ذلك سأتناول رأي كل مدرسة فقهية، وذلك على النحو التالي :

مدرسة الحنفية: إن الأحناف⁽¹⁾ في بيع المريض مرض الموت لغير وارث بالمحابة أكثر من الثلث، اتفقوا على أنه لا حجر للمريض من التصرف مع الأجنبي فيما لا يخل بالثلثين، فإذا أخل بالثلثين فالبيع موقوف على إجازة الورثة، فإن أجازوه نفذ في حق من أجازه منهم، وإن أبى الورثة أن يجيزوا كان للمشتري الخيار إن شاء أخذ قدر الثمن من المبيع وأكمل القدر الذي لم يتسع له الثلث وإن شاء رده كله؛ لأن المريض حابه بأكثر من ثلث ماله.

(1) الميسوط، مرجع سابق، ج: 14، ص: 74، شرح التلويح على التوضيح، مرجع سابق، ج: 2، ص: 370، مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ج: 1، ص: 76، 77، دَرر الحَكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ج: 1، ص: 363.

ولقد تبنت مجلة الأحكام العدلية هذا الرأي حيث جاء في المادة(394):
 " إذا باع المريض في مرض موته شيئاً لأجنبي بثمن المثل صحّ بيعه، وإن باعه بدون ثمن المثل وسلم المبيع كان بيع محاباة يعتبر من ثلث ماله، فإن كان الثلث وافياً بها صحّ، وإن كان الثلث لا يفي بها لزم المشتري إكمال ما نقص من ثمن المثل وإعطاؤه للورثة، فإن أكمل لزم البيع وإلا كان للورثة فسخه"، والمادة (395):
 " إذا باع شخص في مرض موته ماله بأقل من ثمن المثل ثم مات مديناً وتركته مستغرقة كان لأصحاب الديون أن يكلفوا المشتري بإبلاغ قيمة ما اشتراه إلى ثمن المثل وإكماله وأدائه للتركة فإن لم يفعل فسخوا البيع" (1) .

مدرسة المالكية: إن المالكية⁽²⁾ في بيع المريض مرض الموت لغير وارث بالمحاباة اتفقوا على أنه لا حجر للمريض من التصرف مع الأجنبي فيما لا يخل بالثلثين، فإذا أخل بالثلثين فالبيع موقوف على إجازة الورثة، فإن أجازوه نفذ في حق من أجازه منهم، وإن لم يجيزوه فإنه لا ينفذ في قدر المحاباة الزائدة على ثلث التركة وينفذ فيما عدا ذلك.

فقد جاء في شرح ميارة: " أن المريض مرضاً مخوفاً إذا باع أو اشترى في حال مرضه، فإن ذلك ماضٍ نافذ ولا يرد؛ لأنه إنما يحجر عليه في التبرعات لا في المعاوضات...فإن كان لأجنبي فإنه يخرج من ثلثه إن مات، فإن زاد عليه رد إلا أن يجيزه الورثة...وبيع المريض وابتاعه جائز ما لم يحاب فإن حابى ومات من مرضه فإن كانت المحاباة لمن لا يرثه فمحاباة في ثلثه إن حملها الثلث، أو ما حمل منها ويرجع ما لم يحمل منها ميراثاً" (3).

مدرسة الشافعية: إن الشافعية⁽⁴⁾ في بيع المريض مرض الموت لغير وارثه بالمحاباة اتفقوا على أنه لا حجر للمريض من التصرف مع الأجنبي فيما لا يخل بالثلثين، فإذا أخل بالثلثين فالبيع موقوف على إجازة الورثة، فإن أجازوه نفذ في حق من أجازه منهم، وإن أبى الورثة أن يجيزوا كان للمشتري الخيار إن شاء رد المبيع وأخذ الثمن الذي دفعه أو أكمل القدر الذي لم يتسع له الثلث؛ لأن المريض حاباه

(1) مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ج 1 ص 76، 77.

(2) شرح ميارة، مرجع سابق، ج 2 ص 30، شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج 5 ص 305، 306.

(3) شرح ميارة، مرجع سابق، ج 2 ص: 30.

(4) الأم، مرجع سابق، ج: 4 ص: 102، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج: 3 ص: 427، 428، الفتاوى الفقهية الكبرى، مرجع سابق، ج: 2 ص: 229.

بأكثر من ثلث ماله، ويرى بعض الشافعية⁽¹⁾ أن يأخذ نصف المبيع بنصف الثمن ويفسخ البيع في الباقي.

فقد جاء في الأم: "إذا باع المريض ودفع إليه ثمنه أو لم يدفع حتى مات فقال ورثته حاباك فيه أو غبنته فيه نظر إلى قيمة المشتري يوم وقع البيع والثلث الذي اشتراه به، فإن كان اشتراه بما... لا يتغابن الناس بتمثله كان ما يتغابن أهل المصر بتمثله جائزاً من رأس المال وما جاوزه جائزاً من الثلث، فإن حمله الثلث جاز له البيع وإن لم يحمله الثلث قيل للمشتري لك الخيار في رد البيع إن كان قائماً وتأخذ ثمنه الذي أخذ منك، أو تعطي الورثة الفضل عما يتغابن الناس بتمثله مما لم يحمله الثلث"⁽²⁾. وجاء في الفتاوى الفقهية الكبرى: "وسئل ابن حجر الهيتمي -رضي الله عنه- عن باع في مرضه عيناً قيمتها مائة بخمسين ليس له غيرها، وعليه دين مائة فما الحكم في هذا البيع؟ فأجاب... صحة البيع في نصف العين بجميع الخمسين وحينئذ يثبت للمشتري الخيار"⁽³⁾.

مدرسة الحنابلة: إن الحنابلة⁽⁴⁾ في بيع المريض مرض الموت لغير وارث بالمحابة أكثر من الثلث، اتفقوا على أنه لا حجر للمريض من التصرف مع الأجنبي فيما لا يخل بالثلثين، فإذا باع المريض مرض الموت بمحابة للأجنبي وكانت المحابة في حدود الثلث صح البيع؛ لأن المانع من صحة البيع المحابة وهي في غير قدرها مفقودة، وإذا كان البيع بمحابة تزيد على الثلث فهو موقوف على إجازة الورثة، فإن أجازوه نفذ في حق من أجازه منهم، وإن أبى الورثة أن يجيزوا بطلت الزيادة على الثلث في حق الأجنبي، وصح البيع في الباقي وثبت للمشتري الخيار لتفريق صفتته إن شاء رد المبيع وأخذ الثمن الذي دفعه، أو يأخذ المشتري نصف المبيع بنصف الثمن، وهذا هو ما رجحه صاحب المغني، ويعتبر الثلث عند الموت؛ لأن العطية معتبرة بالوصية، والثلث في الوصية معتبر بالموت؛ لأنه وقت لزومها وقبولها وردها فكذا في العطية .

(1) روضة الطالبين، مرجع سابق، ج: 3 ص: 427، 428.

(2) الأم، مرجع سابق، ج: 4 ص: 102.

(3) الفتاوى الفقهية الكبرى، مرجع سابق، ج: 2 ص: 229.

(4) الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق، ج: 2 ص: 432، 433، المغني، مرجع سابق، ج: 6 ص: 114، كشف القناع، مرجع سابق، ج: 4 ص: 328، مطالب أولي النهى، مرجع سابق، ج: 4 ص: 426، 427.

فقد جاء في الكافي في فقه ابن حنبل: "المحابة وإن كانت محابة المريض لوارثه أو لأجنبي بزيادة على الثلث بطلت... الزيادة على الثلث في حق الأجنبي وصح البيع في الباقي وثبت للمشتري الخيار لتفريق صفته"⁽¹⁾.

وجاء في المغني أيضاً: "فلو باع في مرضه عبداً لا يملك غيره قيمته ثلاثون بعشرة فقد حابى المشتري بثلثي ماله وليس له المحابة بأكثر من الثلث، فإن أجاز الورثة ذلك لزم البيع وإن لم يجزوا فاختر المشتري فسخ البيع فله ذلك؛ لأن الصفقة تبعضت عليه وإن اختار إمضاء البيع فالصحيح عندي أنه يأخذ نصف المبيع بنصف الثمن ويفسخ البيع في الباقي وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي، والوجه الثاني أنه يأخذ ثلثي المبيع بالثمن كله، إلى هذا أشار القاضي في نحو هذه المسألة؛ لأنه يستحق الثلث بالمحابة والثلث الآخر بالثمن"⁽²⁾.

ومن خلال استقصاء الآراء المختلفة للفقهاء ألاحظ أنهم اتفقوا على أنه إذا باع المريض مرض الموت إلى غير وارث وكان في البيع محابة فيما لا يزيد عن ثلث التركة فالبيع يكون صحيحاً؛ لأنه يجوز للمريض أن يتبرع بثلث ماله وهو رأي الأحناف⁽³⁾ والمالكية⁽⁴⁾ والشافعية⁽⁵⁾ والحنابلة⁽⁶⁾.

ولقد أخذ المشرع الأردني برأي جمهور الفقهاء حيث نص في الفقرة الأولى من المادة (545) مدني على أن: "بيع المريض من أجنبي بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت نافذ في حق الورثة إذا كانت قيمة المبيع على الثمن لا تتجاوز ثلث التركة داخلاً فيها المبيع ذاته".

فلو باع المريض عيناً من أمواله لشخص أجنبي بثمن ينقص عن قيمتها بما لا يتجاوز ثلث التركة وقت وفاته يكون بيعه صحيحاً وناظراً ولا يستطيع الورثة الاعتراض عليه وفسخه.

ونص القانون على أنه عند احتساب ثلث التركة يجب أن يدخل فيها قيمة المبيع: "لا تتجاوز ثلث التركة داخلاً فيها المبيع ذاته"؛ وذلك لأن حق الورثة يتعلق

(1) الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق، ج2 ص432، 433.

(2) المغني، مرجع سابق، ج6: ص114.

(3) شرح التلويح على التوضيح، مرجع سابق، ج2 ص370، مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ج1 ص76، 78، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ج1 ص362-364.

(4) المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج7 ص278، ج15 ص41، شرح ميارة، مرجع سابق، ج2 ص30، شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج5 ص305، 306.

(5) الأم، مرجع سابق، ج4 ص102، 103، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج6 ص268، ج12 ص114.

(6) كشاف القناع، مرجع سابق، ج4 ص328، مطالب أولي النهى، مرجع سابق، ج4 ص426، 427.

في المبيع ذاته من تاريخ المرض والبيع قد تم في هذه الفترة، فيجب أن يدخل في الحساب كل ما يتعلق حقهم به⁽¹⁾.

وبناءً على ذلك لو باع المريض مصنعه الذي لا يملك غيره إلى شخص أجنبي بثمانية وأربعين مليون دينار، وكانت قيمة المصنع عند وفاة البائع ستون مليون دينار، فالبيع في هذه الحالة يكون صحيحاً وناظراً ولا يستطيع الورثة الاعتراض على ذلك؛ لأن قيمة المحاباة لم تتجاوز ثلث التركة حيث إن قيمة التركة ستون مليون دينار وثلثها هو عشرون مليون دينار وقيمة المحاباة اثني عشر مليون دينار، وكذلك الحال إذا كان يملك بالإضافة إلى المصنع مجموعة فنادق قيمتها تسعون مليون دينار، وباع المصنع بعشرة ملايين دينار، حيث إن التركة المتكونة من قيمة المصنع المبيع البالغة ستين مليون دينار بالإضافة إلى قيمة الفنادق البالغ قيمتها تسعين مليون دينار ففي مجملها تساوي مائة وخمسون مليون دينار، والمحاباة عبارة عن خمسين مليون دينار، أي ثلث قيمة التركة داخلاً فيها قيمة المبيع نفسه، هذا في حالة ما إذا كانت التركة غير مستغرقة بالديون، أو كانت مدينة وفي باقي التركة بسداد هذه الديون، أما إذا كانت التركة مستغرقة بالديون فقد نصت المادة (546) من القانون المدني على أنه: "لا ينفذ بيع المريض لأجنبي بأقل من قيمة مثله ولو بغبن يسير في حق الدائنين إذا كانت التركة مستغرقة بالديون وللمشتري دفع ثمن المثل وإلا جاز للدائنين فسخ البيع".

فإن البيع يكون غير نافذ في حقهم إلا إذا أجازوه فإن أجازوه نفذ وإن لم يجيزوه لم ينفذ، ويجب على المشتري أن يكمل الثمن ليكون معادلاً لثمن المثل وإن لم يفعل ذلك المشتري يكون من حق الدائنين فسخ البيع واسترداد المبيع، وعليهم دفع الثمن الذي سبق وإن دفعه المشتري وفي هذه الحالة يقسم الدائنون المبيع بينهم .

وبمثل ذلك أخذ المشرع الليبي والمصري والسوري في الفقرة (1) من المادة (466) من القانون المدني الليبي المقابلة للفقرة (1) للمادة (477) من القانون المدني المصري والمادة (445) من القانون المدني السوري .

(1) العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني، مرجع سابق، ص 512.

وإلى هذا ذهب أيضاً المشرع اليمني فقد نص في الفقرة (2) من المادة (476) من القانون المدني على أن: "بيعه لغير وارثه بثمن المثل أو بغبن يسير صحيح، والغبن اليسير هو ما لم يكن خارجاً عما يقرره العدول".

ولما كان البيع بأقل من القيمة بما لا يجاوز ثلث التركة فيه محاباة، فإنه يكون نافذاً صحيحاً بدون حاجة لإجازة الورثة؛ لأن القدر المحابي به لا يزيد عن ثلث التركة، وللإنسان أن يوصي بثلث تركته فتتخذ الوصية دون حاجة لإقرار الورثة⁽¹⁾.

كذلك أخذ بهذا الرأي المشرع التونسي فقد نص في الفصل (565) من مجلة الالتزامات والعقود على أنه: "إذا كان البيع لغير وارث ينتزل عليه حكم الفصل 355" وينص الفصل المشار إليه على أن: "الإسقاط الصادر من الدائن لغير وارثه في مرض موته يعتبر في ثلث مخلفه بعد استيفاء الديون ومصاريف جنازته" ويتضح من هذا النص أنه يصح البيع لغير وارث بمحاباة في حدود الثلث بدون إجازة من أحد.

غير أن المشرع التونسي لم يحدد وقت تقدير قيمة المبيع للثبوت من توفر ركن المحاباة كما فعل المشرع الأردني الذي حددها بتاريخ وفاة المريض، بل ترك ذلك للقضاء حيث أشارت محكمة التعقيب في العديد من قراراتها إلى أن تحديد قيمة المبيع يكون في تاريخ البيع⁽²⁾.

(1) الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول البيع والمقايضة، مرجع سابق، ص 330، عقد البيع في القانون المدني، مرجع سابق، الفقرة 421، الموجز في العقود المسماة، الجزء الأول البيع، مرجع سابق، ص 68، مطول القانون المدني في عقد البيع، مرجع سابق، ص 439، دروس في العقود المسماة، البيع والتأمين، مرجع سابق، ص 203، أحكام الشركات في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص 77، 76.

(2) قرار تعقيبي مدني 19621 مؤرخ في 13، 3، 1990 م، القسم المدني، نشرية محكمة التعقيب، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية 1990 م، ص 278، قرار تعقيبي مدني 4140 مؤرخ في 19، 6، 2001 م، القسم المدني، نشرية محكمة التعقيب، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية 2001 م، ص 81.

كما ألاحظ أن الفقهاء اختلفوا في حكم محاباة المريض لغير وارثه (للأجنبي) إذا زادت على الثلث إلى رأيين يمكن تلخيصهما في التالي:

الرأي الأول: يرى أصحابه أن بيع المريض مرض الموت لغير وارث بالمحاباة بأكثر من الثلث موقوف على إجازة الورثة، فإن أجازوه نفذ في حق من أجازوه منهم وإن أبى الورثة أن يجيزوا فاختار المشتري فسخ البيع فله ذلك؛ لأن الصفقة تبعضت عليه، وإن اختار إمضاء البيع له إن شاء أخذ قدر الثمن من المبيع وإكمال القدر الذي لم يتسع له الثلث، وهذا رأي الأحناف⁽¹⁾ والمالكية⁽²⁾ ورأي عند الشافعية⁽³⁾ والحنابلة⁽⁴⁾. ولقد أخذ المشرع الأردني بهذا الرأي حيث نص في الفقرة (2) من المادة (545) مدني على أنه: "أما إذا تجاوزت هذه الزيادة ثلث التركة فلا ينفذ البيع ما لم يقره الورثة أو يكمل المشتري ثلثي قيمة المبيع وإلا كان للورثة فسخ البيع".

وبناءً على هذا النص لو باع مريض مزرعته التي لا يملك غيرها لأجنبي بخمسين ألف دينار، وكانت قيمة المزرعة وقت الموت مائة وخمسين ألف دينار، فإنه يكون حبابه بمائة ألف وهي تتجاوز ثلث التركة الذي يساوي خمسين أي نصف المبلغ الذي حبابه به، وبالتالي لا يكون البيع نافذاً في القدر الذي يجاوز الثلث إلا إذا أقره الورثة، فإن أقره جاز وإن لم يقره فإنه يجب على المشتري أن يدفع مبلغاً من المال ليكمل به النقص في الثمن إلى أن يصل به إلى ثلث التركة، وإن لم يقر بذلك فإنه يجوز للورثة فسخ البيع، هذا في حالة ما إذا كانت التركة غير مستغرقة بالديون أو كانت مدينة وفي باقي التركة بسداد هذه الديون، أما إذا كانت التركة مستغرقة بالديون فإن البيع يكون غير نافذ في حقهم إلا إذا أجازوه، فإن أجازوه نفذ وإن لم يجيزوه لم ينفذ، ويجب على المشتري أن يكمل الثمن ليكون معادلاً لثمن المثل، وإن لم يفعل ذلك المشتري يكون من حق الدائنين فسخ البيع واسترداد المبيع، وعليهم دفع الثمن الذي سبق وإن دفعه المشتري، وفي هذه الحالة يقسم الدائنون المبيع بينهم.

(1) المبسوط، مرجع سابق، ج: 14، ص: 74، شرح التلويح على التوضيح، مرجع سابق، ج: 2، ص: 370، مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ج: 1، ص: 76، 77، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ج: 1، ص: 363.

(2) شرح ميلرة، مرجع سابق، ج: 2، ص: 30.

(3) الأم، مرجع سابق، ج: 4، ص: 102، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج: 3، ص: 427، 428.

(4) الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق، ج: 2، ص: 432، 433، المغني، مرجع سابق، ج: 6، ص: 114.

فقد نصت المادة (546) من القانون المدني على أنه: "لا ينفذ بيع المريض لأجنبي بأقل من قيمة مثله ولو بغبن يسير في حق الدائنين إذا كانت التركة مستغرقة بالديون وللمشتري دفع ثمن المثل وإلا جاز للدائنين فسخ البيع".

ويتضح من نصوص المواد (466) من القانون المدني الليبي المقابلة للمادة (477) من القانون المدني المصري والمادة (445) من القانون المدني السوري أن بيع المريض للأجنبي فيما يجاوز ثلث التركة لا يسري في حق الورثة إلا إذا أقره أو ردّ المشتري للتركة ما يفي بتكملة الثلثين.

الرأي الثاني: يرى أصحابه أنه إذا كان البيع بالمحاباة بأكثر من الثلث فالبيع صحيح ومتوقف على إجازة الورثة، فإن أجاز الورثة ذلك لزم البيع، وإن لم يجيزوا فاختار المشتري فسخ البيع فله ذلك؛ لأن الصفقة تبعضت عليه، وإن اختار إمضاء البيع له أن يأخذ نصف المبيع بنصف الثمن وهذا أحد آراء الشافعية⁽¹⁾ ورأي عند الحنابلة رجحه ابن قدامة⁽²⁾.

والمرجع التونسي لم يتعرض لهذه الحالة وبالتالي فالأمر يقتضي الرجوع إلى أحكام الفصل (179) من مجلة الأحوال الشخصية الذي ينص على أنه: "لا وصية لوارث ولا فيما زاد على الثلث إلا بإجازة الورثة بعد وفاة الموصي" والفصل (187) من مجلة الأحوال الشخصية الذي ينص على أن: "الوصية لغير الوارث تمضي في الثلث من التركة بدون توقف على إجازة الورثة".

وتأسيساً على هذين النصين فإن البيع الصادر من المريض لغير وارث وبمحاباة تتجاوز ثلث التركة لا ينفذ إلا إذا أجازته جميع الورثة.

ويظهر لي أن الرأي الأول هو الأولى بالقبول؛ لأن المريض حابه بأكثر من ثلث ماله فيستحق الثلث بالمحاباة والباقي بالثمن.

(1) روضة الطالبين، مرجع سابق، ج: 3، ص: 427، 428.

(2) المغني، مرجع سابق، ج: 6، ص: 114.

المطلب الخامس

إجازة الورثة في بيع المريض مرض الموت

قبل الحديث عن إجازة الورثة ينبغي تحديد صفة الوارث، هل المقصود من كان وارثاً وقت إبرام عقد البيع أم من كان وارثاً وقت موت المريض؟
لقد ذهب جمهور الفقهاء⁽¹⁾ إلى أن الوقت المعتبر في تحديد صفة الوارث، هو وقت موت المورث، ولو لم يكن وارثاً وقت البيع، أما من كان وارثاً وقت البيع وأصبح غير وارث وقت موت المورث فلا يُعدُّ وارثاً، كما أجمعوا على أنه يجب أن يكون المجيز أهلاً للتصرف ولا يكون مجنوناً أو صغيراً أو محجوراً عليه لفسفه.
فقد جاء في البحر الرائق: "والعبرة لكونه وارثاً وقت الموت"⁽²⁾.

وجاء في الثمر الداني شرح رسالة القيرواني: "إخراج المال موقوف حتى يعلم الوارث بعد الموت فيحتمل موت المجيز وحدث وارث غيره"⁽³⁾.
وجاء في مغني المحتاج: "والعبرة في كونه أي (الموصى له) وارثاً أو غير وارث (بيوم) أي وقت الموت فلو أوصى لأخيه فحدث له ابن قبل موته صحت"⁽⁴⁾.
وجاء في منار السبيل: "والاعتبار بكون ممن وصى أو وهب وارثاً أو لا عند الموت أي: موت موصٍ وواهب قال في الشرح: لا نعلم فيه خلافاً"⁽⁵⁾.
ولقد أخذ بعض شراح القانون برأي الجمهور، حيث اعتبروا تحديد صفة الوارث وقت وفاة البائع لا وقت البيع⁽⁶⁾.

كما أخذ بهذا الرأي القضاء المصري حيث قضت محكمة النقض المصرية:
"أن توقيع المطعون عليه الأول كشاهد على عقدي البيع - المطعون فيهما بصدورهما

(1) المبسوط، مرجع سابق، ج: 18، ص: 32، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج: 7، ص: 337، البحر الرائق، مرجع سابق، ج: 7، ص: 254، الدر المختار، مرجع سابق، ج: 6، ص: 651، الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، صالح عبد السميع الأبي الأزهر، المكتبة الثقافية، بيروت، ج: 1، ص: 462، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج: 3، ص: 44، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج: 6، ص: 111، مطالب أولي النهى، مرجع سابق، ج: 4، ص: 453، منار السبيل، مرجع سابق، ج: 2، ص: 24.

(2) البحر الرائق، مرجع سابق، ج: 7، ص: 254.

(3) الثمر الداني شرح رسالة القيرواني، مرجع سابق، ج: 1، ص: 462.

(4) مغني المحتاج، مرجع سابق، ج: 3، ص: 44.

(5) منار السبيل، مرجع سابق، ج: 2، ص: 24.

(6) الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول البيع والمقايضة، مرجع سابق، ص: 329، الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، المجلد الأول، عقد البيع، د. سليمان مرقس، مرجع سابق، ص: 786، شرح القانون المدني حقوق البيع والحوالة والمقايضة في التقنين القديم والجديد، مرجع سابق، ص: 204، العقود المسماة شرح عقد البيع في القانون المدني، مرجع سابق، ص: 507، عقد البيع في التشريع الليبي، مرجع سابق، ص: 403، شرح القانون المدني الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ج: 6، ص: 363، التبسيط في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الرابع العقود المسماة البيع والإيجار، مرجع سابق، ص: 244، شرح القانون المدني الليبي الحقوق العينية الأصلية والتبعية، مرجع سابق، ص: 175، قانون مدني العقود الخاصة بالبيع، مرجع سابق، ص: 56، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية، مرجع سابق، ص: 141، الموجز في العقود المسماة، الجزء الأول البيع، مرجع سابق، ص: 72.

في مرض الموت - في وقت لم يكن قد أصبح فيه وارثاً لا يعدو أن يكون شهادة بصحة صدورهما من المورث ولا يعتبر إجازة منه للعقدين، لأن هذه الإجازة لا يعتد بها إلا إذا حصلت بعد وفاة المورث، إذ أن صفة الوارث التي تخوله حقاً في التركة لا تثبت له إلا بهذه الوفاة⁽¹⁾.

وينبغي أن يكون المجيز بالغاً عاقلاً رشيداً أهلاً للتبرع، فلم تجز إجازة صغير ومجنون؛ لأن في الإجازة إسقاط الحق بطريق التبرع⁽²⁾.

كما تناول فقهاء الشريعة الإسلامية الوقت المناسب لإجازة الورثة لتصرف المريض لكنهم اختلفوا في تحديد هذا الوقت إلى رأيين :

الرأي الأول: يرى أصحابه أنه لا عبرة بالرد أو الإجازة إلا بعد موت المريض وهذا رأي أبي حنيفة وأبي يوسف وزفر ومحمد⁽³⁾، والمالكية⁽⁴⁾ والشافعية⁽⁵⁾ والحنابلة⁽⁶⁾.

فقد جاء في المبسوط: " وإنما تعتبر إجازتهم بعد موت الموصي فأما في حياته فلا تعتبر؛ لأن الإجازة إما أن تكون بمنزلة التملك منهم أو بمنزلة إسقاط الحق، وإنما ثبت كله لهم بعد موت الموصي فتملكهم قبل أن يملكوا أو إسقاطهم لحقهم قبل أن يتقرر وجوب الحق لهم لغواً، ثم إجازتهم في حالة الحياة لا تكون دليل الرضى منهم بهذا، بل الظاهر أنهم كارهون له إلا أنهم احتشموا المورث فلم يجاهروه بالإباء... وقال ابن أبي ليلى^(*): تصح إجازته في حياته وليس له أن يرجع بعد وفاته؛ لأنه سقط حقه بالإجازة وبالمرض قد تعلق حقه بماله فيصح إسقاطه وفقه هذا أن حق الوارث إنما يثبت في ماله بالموت ولكن سبب موته المرض، فلما أقيم هذا السبب مقام حقيقة الموت في منع المورث من التصرف

(1) الطعن رقم 816 السنة القضائية 43، تاريخ الجلسة 6-12-1977م نقلاً عن الموسوعة القانونية المتكاملة "الجامع القانوني" حزمة إلكترونية قانونية حديثة متكاملة محملة على CD شركة اليكس سوفت للبرمجيات والكمبيوتر، الإسكندرية، الإصدار السادس 2002 م .
(2) بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج4 ص106، الدر المختار، مرجع سابق، ج6 ص656، المغني، مرجع سابق، ج6 ص64، الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، المجلد الأول عقد البيع، مرجع سابق، ص787، عقد البيع في التشريع الليبي، مرجع سابق، ص403، شرح القانون المدني الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ج6 ص363، عقد البيع في القانون المدني، مرجع سابق، بند422.

(3) المبسوط، مرجع سابق، ج7: 233، 234، ج27: 154، 153، الدر المختار، مرجع سابق، ج6 ص651، حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج8: 170، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ج1: 362.

(4) حاشية النسوقي، مرجع سابق، ج4 ص444، شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج8: 185.
(5) روضة الطالبين، مرجع سابق، ج6 ص110.

(6) المغني، مرجع سابق، ج6 ص63، المحرر في الفقه، مرجع سابق، ج1 ص376، 377، المبدع، مرجع سابق، ج6 ص17، مطالب أولي النهي، مرجع سابق، ج4 ص453، منار النبيل، مرجع سابق، ج2 ص37.

(*) هو محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى قاضي الكوفة ولد سنة أربع وسبعين هجري ومات سنة ثمان وأربعين ومائة هجري وهو ابن اثنتين وسبعين سنة، وتفقه بالمشعي، وأخذ عنه الفقه سفيان بن سعيد الثوري وقال سفيان الثوري: فقهنا ابن أبي ليلى وابن شبرمة، ينظر طبقات الفقهاء، مرجع سابق، ج1 ص85.

المبطل لحق الوارث، فكذلك قام مقامه في صحة إسقاط الحق من الوارث بالإجازة ولكننا نقول: إسقاط الحق قبل وجود السبب لا يجوز، ولا يعتبر المرض سبب تعلق حقه بماله بل السبب مرض الموت، ومرض الموت ما يتصل به الموت فقبل اتصال الموت لا يكون سبباً وهذا الاتصال موهوم فيكون هذا إسقاط الحق قبل تقرر السبب⁽¹⁾.

وجاء في روضة الطالبين: "لا اعتبار برد الورثة وإجازتهم في حياة الموصي"⁽²⁾.
وجاء في المبدع: "ولا تصح إجازتهم وردهم إلا بعد موت الموصي؛ لأنه حق لهم حينئذ فتصح منهم الإجازة والرد كسائر الحقوق وما قبل ذلك لا عبرة به"⁽³⁾.
واحتج أصحاب هذا الرأي بالتالي:

بما روي عن النبي -صلى الله عليه وسلم-، أنه قال: " لا وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة"⁽⁴⁾، فقوله -صلى الله عليه وسلم- فيه بيان أن إجازتهم معتبرة بعد الموت؛ لأنهم في حال حياته ليسوا بورثة، وإنما تحصل لهم هذه الصفة بعد موت المورث، فمتى أجاز وهو ليس بوارث فإجازته باطلة، لعموم قوله لا وصية لوارث، ودلّ على أن الورثة متى أجازوا الوصية لم يكن ذلك هبة مستأنفة من جهتهم⁽⁵⁾.

ولقد أخذ بعض شراح القانون بهذا الرأي، حيث قالوا: إن الإجازة يجب أن تقع بعد موت المورث فلا عبرة بها قبل وفاة المورث، فالقاعدة الشرعية تقول إن الإجازة لا تكون إلا بعد ثبوت الحق وهو لا يثبت إلا بعد الوفاة⁽⁶⁾.

وهذا ما أخذ به المشرع الليبي والمصري والأردني والتونسي، حيث نص المشرع الليبي صراحة على أن الإجازة يجب أن تكون بعد وفاة المورث، فقد جاء في المادة (42) من قانون الوصية ما يأتي: "إذا كانت الوصية بأزيد من الثلث

(1) المبسوط، مرجع سابق، ج: 27، ص: 154، 153.

(2) روضة الطالبين، مرجع سابق، ج: 6، ص: 110.

(3) المبدع، مرجع سابق، ج: 6، ص: 17.

(4) سنن الدارقطني، علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي، تحقيق: السيد عبدالله هاشم يماني المدني، دار المعرفة، بيروت، تاريخ الطبع 1966 م، كتاب الوصايا ج: 4، ص: 98.

(5) أحكام القرآن، أحمد بن علي الرازي الجصاص، تحقيق: محمد الصالح قحماوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج: 1، ص: 207.

(6) الموجز في العقود المسماة، الجزء الأول البيع، مرجع سابق، ص: 71، عقد البيع في القاتون المدني، مرجع سابق، بند 422، الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، المجلد الأول، عقد البيع، ص: 786، 787، شرح القانون المدني، حقوق البيع والحوالة والمقايضة في التقنين القديم والجديد، مرجع سابق، ص: 207، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني، مرجع سابق، ص: 507، عقد البيع في التشريع الليبي، مرجع سابق، ص: 404، شرح القانون المدني الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ج: 6، ص: 363، التبسيط في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الرابع العقود المسماة البيع والإيجار، مرجع سابق، ص: 244.

فلا تنفذ فيما زاد على الثلث إلا بإجازة الورثة بعد وفاة الموصي، بشرط أن يكون المجيز كامل الأهلية " .

وكذلك نص المشرع المصري في المادة (37) من قانون الوصية رقم (71) لسنة 1946 م على أنه: "تصح الوصية بالثلث لو ارث وغيره وتنفذ من غير إجازة الورثة وتصح بما زاد على الثلث، ولا تنفذ في الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي وكانوا عالمين بما يجيزونه".

كما نص المشرع الأردني في الفقرة الأولى من المادة (544) مدني على أن: "بيع المريض شيئاً من ماله لأحد ورثته لا ينفذ ما لم يجزه باقي الورثة بعد موت المورث".

وكذلك الحال نص المشرع التونسي في الفصل (179) من مجلة الأحوال الشخصية على أنه: "لا وصية لو ارث ولا فيما زاد على الثلث إلا بإجازة الورثة بعد وفاة الموصي " .

وكذلك أخذت محكمة النقض المصرية أيضاً بهذا الرأي في الطعن المدني رقم (816) الصادر بتاريخ 6-12-1977 م .

الرأي الثاني: يرى أصحابه أنه إذا أجاز الورثة قبل وفاة المريض فهو جائز وهذا هو رأي عطاء(*) وحامد بن أبي سليمان(**) وعبد الملك بن يعلى(***) و الأوزاعي(****) والزهري وابن أبي ليلى(1).

واحتج أصحاب هذا الرأي بالتالي:

أ- إن المنع إنما وقع من أجل الورثة فإذا أجازوه جاز، وقد اتفقوا على أنه إذا أوصى بأكثر من ثلثه لأجنبي جاز بإجازتهم فكذاك هنا.

(*) هو عطاء بن أسلم أبي رباح كان أسود مفلل الشعر نشأ بمكة وهو مولى آل أبي ميسرة الفهري، سمع عائشة، وأبا هريرة، وابن عباس، وأم سلمة، وأخذ عنه الأوزاعي وأبو حنيفة رضي الله عنهم جميعاً، وكان مفتي مكة، شهد له ابن عباس وابن عمر وغيرهما بالفتيا، وحثوا أهل مكة على الأخذ عنه، وعن ابن أبي ليلى قال: حج عطاء سبعين حجة ومات عطاء بمكة في سنة خمس عشرة ومائة هجري، ينظر طبقات الفقهاء، مرجع سابق، ج 1 ص 57، 58، صفة الصفة، مرجع سابق، ج 2 ص 211-214.

(**) هو أبو إسماعيل حماد بن أبي سليمان مولى إبراهيم بن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه، فقيه تابعي كوفي من شيوخ الإمام أبي حنيفة أخذ الفقه عن إبراهيم النخعي وغيره، وكان أفقه أصحابه، يضعف في الحديث عن غير إبراهيم، وهو مستقيم في الفقه، مات سنة تسع عشرة ومائة هجري، ينظر طبقات الفقهاء، مرجع سابق، ج 1 ص 84.

(***) هو عبد الملك بن يعلى البصري قاضي البصرة روى عن النبي صلى الله عليه وسلم- مرسلًا وعن أبيه وعمران بن حصين ومحمد بن عمران بن حصين، ذكره ابن حبان في الثقات وقال توفي سنة مائة، ينظر تهذيب التهذيب، مرجع سابق، ج 6 ص 380.

(****) هو أبو عمرو عبد الرحمن بن عمرو بن يحمى الأوزاعي ولد سنة ثمان وثمانين هجري ومات سنة سبع وخمسين ومائة هجري، وكان من سبي أهل اليمن ولم يكن من الأوزاع ومات وله ستون سنة وسئل عن الفقه وله ثلاث عشرة سنة، ينظر طبقات الفقهاء، مرجع سابق، ج 1 ص 71.

(1) تفسير القرطبي، مرجع سابق، ج 2 ص 265، المبسوط، مرجع سابق، ج 27 ص 154، 153، المغني، مرجع سابق، ج 6 ص 63.

ب- إن الحق للورثة فإذا رضوا بتركه سقط حقهم كما لو رضي المشتري بالعيب. ورد أصحاب القول الأول على ذلك بأنهم أجازوا شيئاً لم يملكوه في ذلك الوقت، وإنما يملك المال بعد وفاته، وقد يموت الوارث المستأذن قبله ولا يكون وارثاً، وقد يرثه غيره فقد أجاز من لا حق له فيه فلا يلزمه شيء⁽¹⁾.

وأرى رجحان الرأي الأول لقوة أدلة أصحابه وسلامتها من التجريح.

ولكن هل يشترط في الإجازة أن يكون المجيز عالماً بما أجاز، و إذا أجاز الورثة في حياة المريض هل يحق لهم أن يرجعوا عن هذه الإجازة أم أنه لا يحق لهم الرجوع عنها؟

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في الإجابة على هذا التساؤل، واختلفهم هذا مبني على اختلافهم في الإجازة، هل هي تنفيذ لإرادة المريض أم هي عطية مبتدأة منهم؟ فقالوا: إن قلنا الإجازة تنفيذ فتلزم بدون القبول والقبض ومع جهالة وليس للمجيز الرجوع وإن كان قبل القبض، وإن قلنا ابتداء عطية فينبغي أن يعرف الوارث قدر الزائد على الثلث وقدر التركة فإن جهل أحدهما لم يصح ولا بد من القبض وللمجيز الرجوع قبل القبض⁽²⁾.

وقال بعض شراح القانون يجب أن يكون المجيز عالماً بأن تصرف مورثه غير نافذ في حقه وراغباً في تصحيحه، ولذا لا يعتبر اشتراك الورثة في عمل محضر جرد لمخلفات المتوفى، وذكر البيع في المحضر إجازة له، إذ لم يكن الورثة عالمين في ذلك الوقت بما في العقد من عيب⁽³⁾.

وكذلك نص المشرع المصري في المادة (37) من قانون الوصية رقم (71) لسنة 1946 م صراحة على أنه يجب أن يكون الورثة المجيزون عالمين بما يجزونه، فجاء في المادة المذكورة: "تصح الوصية بالثلث لوارث وغيره وتتفد من غير إجازة

(1) تفسير القرطبي، مرجع سابق، ج: 2، ص: 265، المبسوط، مرجع سابق، ج: 27، ص: 154، 153، المبدع، مرجع سابق، ج: 6، ص: 17.
(2) روضة الطالبين، مرجع سابق، ج: 6، ص: 109، 110، المحرر في الفقه، مرجع سابق، ج: 1، ص: 376، 377، الإنصاف، مرجع سابق، ج: 7، ص: 195.

(3) الموجز في العقود المسماة، الجزء الأول، مرجع سابق، ص: 69، الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، المجلد الأول، عقد البيع، مرجع سابق، ص: 787، عقد البيع في القانون المدني، مرجع سابق، بند 422.

الورثة، وتصح بما زاد على الثلث ولا تنفذ في الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي وكانوا عالمين بما يجيزونه".

كما انقسم الفقهاء في تحديد مدى أحقية الورثة في الرجوع عن الإجازة

التي صدرت منهم إلى عدة آراء :

الرأي الأول: يرى أصحابه بأن لهم الرجوع في ذلك إن أحبوا، وهذا هو رأي أبي حنيفة والشافعي وأحمد وابن مسعود^(*) وشريح^(**) وطاووس^(***) والثوري^(****) وأبي ثور واختاره ابن المنذر^(*****) (1).

الرأي الثاني: ليس لهم الرجوع فيه هذا رأي عطاء بن أبي رباح وطاووس وابن سيرين^(*****) وابن أبي ليلى والزهري والأوزاعي⁽²⁾.

الرأي الثالث: وهو قول الإمام مالك فقد فرق بين حالتين: الحالة الأولى: أن يكون الورثة المجيزون بآئنين عن الميت، مثل الولد الذي قد بان عن أبيه، والأخ وابن العم الذين ليسوا في عياله، وهؤلاء ليس لهم أن يرجعوا في إجازتهم.

(*) هو عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب بن مضر، كان إسلامه قديماً في أول الإسلام وكان سبب إسلامه أنه كان يرعى غنماً لعقبة بن أبي معيط فمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم - وأخذ شاة حائلاً من تلك الغنم فذرت عليه لبناً غزيراً، شهد بدرًا والحديبية وهاجر الهجرتين: الأولى إلى أرض الحبشة والهجرة الثانية من مكة إلى المدينة فصلى القبليتين وشهد له رسول الله صلى الله عليه وسلم - بالجنة، ومات ابن مسعود رحمه الله بالمدينة سنة اثنتين وثلاثين هجري ودفن بالبقيع وصلى عليه عثمان، وقيل: بل صلى عليه الزبير ودفنه ليلاً بليصانه بذلك إليه، ولم يعلم عثمان بدفنه فعاتب الزبير على ذلك وكان يوم توفي ابن بضع وستين سنة، ينظر صفة الصغوة، مرجع سابق، ج: 1 ص: 395-397، طبقات الفقهاء، مرجع سابق، ج: 1 ص: 24، 25.

(**) هو شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي، من أشهر القضاة في صدر الإسلام، قاضي الكوفة أصله من الفرس الذين كانوا باليمن وهو ممن أسلم في حياة النبي - صلى الله عليه وسلم - وانتقل من اليمن زمن الصديق، وروي أن علياً - رضي الله عنه - قال: اجتمعوا القراء فاجتمعوا في رجة المسجد فقال: إني أوشك أن أفارقكم فجعل يسألهم ما تقولون في كذا ما تقولون في كذا وبقي شريح يسانله فلما فرغ قال: اذهب فأنت من أفضل الناس أو من أفضل العرب، وقيل أن عمر ولاء قضاء الكوفة فقيل أقام على قضائها ستين سنة وقد قضى بالبصرة سنة، ووفد زمن معاوية إلى دمشق وكان يقل له قاضي المصريين، واستعفى في أيام الحجاج فأعفاه سنة 77 هـ كان ثقة في الحديث، مات بالكوفة، ينظر طبقات الفقهاء، مرجع سابق، ج: 1 ص: 80-83، سير أعلام النبلاء، مرجع سابق، ج: 4 ص: 100-106.

(***) هو أبو عبد الرحمن طلووس بن كيسان اليماني، من أهل فارس، كان فقيهاً جليلاً، مات بمكة قبل يوم التروية بيوم وكان هشام بن عبد الملك قد حج تلك السنة وهو خليفة سنة ست ومائة هجري فصلى عليه، وكان له يوم مات بضع وتسعون سنة، ينظر الطبقات الكبرى، مرجع سابق، ج: 5 ص: 537-542، طبقات الفقهاء، مرجع سابق، ج: 1 ص: 65.

(****) هو سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري، ولد في خلافة سليمان بن عبد الملك سنة ست وتسعين هجري، وكان ثقة كثير الحديث حجة، قال سفيان بن عيينة: ما رأيت رجلاً أعلم بالحلال والحرام من سفيان الثوري، توفي سنة إحدى وستين ومائة هجري في خلافة المهدي وصلى عليه عبد الرحمن بن عبد الملك، ينظر الأعلام للزركلي، مرجع سابق، ج: 3 ص: 104، طبقات الفقهاء، مرجع سابق، ج: 1 ص: 85، 86، الطبقات الكبرى، مرجع سابق، ج: 6 ص: 371-373.

(*****) هو محمد بن إبراهيم بن المنذر نيسابوري من كبار الفقهاء المجتهدين، وكان مجتهداً لا يقلد أحداً، وعده الشيرازي من الشافعية لقب بشيخ الحرم، أكثر تصانيفه في بيان اختلاف العلماء، ومن تصانيفه: المبسوط في الفقه، والأوسط في المسنن، والإجماع والاختلاف واختلاف العلماء، ينظر طبقات الشافعية الكبرى، مرجع سابق، ج: 3 ص: 102، 103، طبقات الفقهاء، مرجع سابق، ج: 1 ص: 201.

(1) تفسير القرطبي، مرجع سابق، ج: 2 ص: 265، المغني، مرجع سابق، ج: 6 ص: 63، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج: 6 ص: 110. (*****) هو أبو بكر محمد بن سيرين مولى أنس بن مالك من سبى عين التمر رضي الله عنه -، ولد محمد بن سيرين لسنتين من خلافة عثمان بن عفان وولد له ثلاثون ولداً من امرأة واحدة، وكان ورعاً في الفقه فقيهاً في الورع، ومات سنة عشر ومائة هجري وهو أبو سبغ وسبعين سنة، سمع أبا هريرة وابن عمر وابن الزبير وعمران بن حصين ومولاه أنس بن مالك، وروى عنه قتادة وأيوب السخيتاني وغيرهم، طبقات الفقهاء، مرجع سابق، ج: 1 ص: 91-92، الطبقات الكبرى، مرجع سابق، ج: 7 ص: 119-121.

(2) تفسير القرطبي، مرجع سابق، ج: 2 ص: 265، المغني، مرجع سابق، ج: 6 ص: 63.

والحالة الثانية: أن يكون الورثة المجيزون حال الحياة هم امرأة الميت، وبناته اللاتي لم يبن، وكل من في عياله وإن كان قد احتلم، وكذلك العم وابن العم ومن خاف منهم أنه إن لم يجز لحقه ضرر منه في قطع النفقة إن صح المريض، وهؤلاء لا عبرة في إجازتهم في حال الحياة (1).

واحتج مالك بأن الرجل إذا كان صحيحاً فهو أحق بماله كله يصنع فيه ما شاء فإذا أذنوا له في صحته فقد تركوا شيئاً لم يجب لهم، وإذا أذنوا له في مرضه فقد تركوا ما وجب لهم من الحق، فليس لهم أن يرجعوا فيه إذا كان قد أنفذه لأنه قد فات (2).

ولكن إذا أجاز بعض الورثة ولم يجز البعض الآخر فهل تكون الإجازة سارية في حق الجميع أم أنها لا تسري إلا إذا أجازها الجميع أم أنها تسري في حق من أجاز فقط؟

لقد ذهب جمهور الفقهاء (3) إلى أن الإجازة تسري في حق المجيز بقدر حصته ولا تسري في حق غيره من الورثة الذين لم يجيزوا. فقد جاء في الدر المختار: "ولو أجاز البعض وردّ البعض جاز على المجيز بقدر حصته" (4).

وجاء في التلقين: "ومن أجاز منهم لزمه، ولكل واحد منهم حكم نفسه في الإجازة والرد" (5). وجاء في الأم: "قال الشافعي - رحمه الله تعالى - وإن أجاز بعض الورثة فيما تلتزم الإجازة فيه ولم يجز بعضهم جاز في حصة من أجاز ما أجاز" (6).

وجاء في المغني: "وإن وصى لوارث فأجاز بعض باقي الورثة الوصية دون البعض نفذ في نصيب من أجاز دون من لم يجز، وإن أجازوا بعض الوصية دون بعض نفذت فيما أجازوا دون ما لم يجيزوا فإن أجاز بعضهم بعض الوصية وأجاز بعضهم جميعها أو ردها فهو على ما فعلوا من ذلك" (7).

(1) المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج: 15 ص: 75، 76.

(2) تفسير القرطبي، مرجع سابق، ج: 2 ص: 265.

(3) الدر المختار، مرجع سابق، ج: 6 ص: 656، التلقين في الفقه المالكي، أبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر المالكي، تحقيق: محمد ثالث سعيد العاني، الطبعة الأولى، مكة المكرمة، تاريخ الطبع 1415 هـ، ج: 2 ص: 54، الاستنكار، مرجع سابق، ج: 7 ص: 283، الأم، مرجع سابق، ج: 4 ص: 110، المغني، مرجع سابق، ج: 6 ص: 62.

(4) الدر المختار، مرجع سابق، ج: 6 ص: 656.

(5) التلقين، مرجع سابق، ج: 2 ص: 554.

(6) الأم، مرجع سابق، ج: 4 ص: 110.

(7) المغني، مرجع سابق، ج: 6 ص: 62.

وبهذا الرأي أخذ سُراح القانون حيث قالوا: إنه إذا أجاز بعض الورثة البيع ولم يجزه البعض الآخر، فإنه يسري في القدر المحابي به في حق من أجازه من الورثة بنسبة حصصهم في الميراث⁽¹⁾، ويجوز للوارث المشتري أن يطلب من باقي الورثة إبداء نياتهم من حيث الإجازة وعدمها، كما يجوز له أن يطلب من المحكمة تحديد ميعاد مقبول يلزم فيه الورثة بالإفصاح عن نيتهم من حيث إجازة العقد أو عدم إجازته، وإذا لم يفصحوا عن نياتهم في هذا الميعاد وجب القول بأنهم لا يرتضون العقد ولا يجيزونه⁽²⁾.

ولقد أشارت محكمة النقض المصرية ومحكمة التمييز الأردنية إلى أن إجازة بعض الورثة البيع في مرض الموت يترتب عليها نفاذ البيع في حصص من أجاز البيع من الورثة، ولا ينفذ في حصص من لم يجزه؛ لأن سهم كل وارث في التركة مستقل عن سهام بقية الورثة⁽³⁾.

أما المشرع التونسي فقد نص صراحة على ضرورة إجازة جميع الورثة، فنص في الفصل (354) من مجلة الالتزامات والعقود على أنه: "إذا أسقط الدائن في مرض موته ما له على أحد ورثته سواء كان الإسقاط في الكل أو البعض فإن الإسقاط لا يصح إلا بمصادقة جميع الورثة عليه".

ومن ثم يفهم من هذا النص أن البيع الذي فيه محاباة لا يكون صحيحاً إلا إذا أجازته جميع الورثة، وبمعنى آخر نستنتج من قوله فإن الإسقاط لا يصح إلا بمصادقة جميع الورثة عليه، أنه لا يجوز شيء من المحاباة إلا أن يجيزها الورثة، فإن أجازها الورثة جازت، وإن ردها بطل البيع في القدر المحابي به وصحت المعاوضة في غير قدر المحاباة؛ لأن المانع من الصحة المحاباة وهي غير موجودة، ولا يكفي إجازة بعض الورثة عند المشرع التونسي بل لا بد من إجازتهم جميعاً ولقد نص على ذلك صراحة بقوله "فإن الإسقاط لا يصح إلا بمصادقة جميع الورثة عليه".

(1) الموجز في العقود المسماة، الجزء الأول البيع، مرجع سابق، ص 69، الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، المجلد الأول، عقد البيع، مرجع سابق، ص 787، شرح القانون المدني، حقوق البيع والحالة والمقايضة في التقنين القديم والجديد، مرجع سابق، ص 208، عقد البيع في التشريع الليبي، مرجع سابق، ص 404، 405، شرح القانون المدني الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ج 6 ص 364، 365.

(2) شرح القانون المدني، عقود البيع والحالة والمقايضة في التقنين القديم والجديد، مرجع سابق، ص 209.

(3) الطعن رقم 7 السنة القضائية 7 تاريخ الجلسة 20-5-1937 م، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في عقد البيع خلال ثمانية وخمسين عاماً 1931-1988 م، مرجع سابق، ص 471، تمييز حقوق 84/405 صفحة 1785 سنة 1984م نقلاً عن العقود المسماة البيع والإيجار، مرجع سابق، هامش ص 192.

ويثار تساؤل آخر هو: هل إجازة الورثة هي تنفيذ لأمر المريض أم هي عطية

مبتدأة منهم؟

لقد انقسم الفقهاء في الإجابة على هذا التساؤل إلى رأيين :
الرأي الأول: يرى أصحابه أن إجازة الورثة هي تنفيذ لأمر المريض وليست هبة
مبتدأة منهم وهو رأي الجمهور (1).

فقد جاء في الذخيرة: " قال التونسي (*) فإن أجازوا الزيادة بعد الموت فهي
كالهبة عند ابن القاسم، وإن مات الوارث قبل قبض الموصى له بطلت الهبة كموت
الواهب قبل قبض الهبة، وعند أشهب تمضى وإن مات لأنها تنفيذ لفعل الموصى (2).
وجاء في روضة الطالبين: " فإن أجازوا فعلى القولين أحدهما إجازتهم ابتداء
عطية والوصية باطلة وأظهرهما أنها تنفيذ " (3).

وجاء في الإنصاف: "إجازة الورثة تنفيذ في الصحيح من المذهب... والإجازة
تنفيذ في أصح الروايتين... فعلى هذا: تكون إجازتهم تنفيذاً وإجازة محضة يكفى فيها
قول الوارث أجزت أو أمضيت أو نفذت انتهى وعنه: ما يدل على أن الإجازة هبة
مبتدأة" (4).

الرأي الثاني: يرى أصحابه أن إجازة الورثة هي عطية مبتدأة منهم، وهو رأي بعض
المالكية (5) وقول عند الشافعية (6).

فقد جاء في شرح مختصر خليل: " يعني أن صاحب المرض المخوف يحجر
عليه في غير مؤنته وفي غير ما يتداوى به لضرورة قوام بدنه، وفي غير المعاوضة
المالية كالبيع ونحوه مما فيه تنمية لماله إذا كان ذلك بغير محاباة وإلا ففي ثلثه
إن مات، حيث كانت المحاباة لغير وارث وإلا بطلت إلا أن يجيزها له بقية الورثة
فتكون عطية منهم له فتفتقر للحوز" (7).

(1) الذخيرة، مرجع سابق، ج: 7، ص: 41، المهذب، مرجع سابق، ج: 1، ص: 631، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج: 6، ص: 109،
المحرر في الفقه، مرجع سابق، ج: 1، ص: 376، 377، الإنصاف، مرجع سابق، ج: 7، ص: 195، مطالب أولي النهى، مرجع سابق،
ج: 4، ص: 450، 451.

(*) هو إبراهيم بن حسن بن إسحاق التونسي فقيه وأصولي مالكي، كان جليلاً فاضلاً إماماً صالحاً، كان مدرساً بالقيروان تفقه بأبي بكر
بن عبد الرحمن وأبي عمران الفلسي، وبه تفقه جماعة من أهل إفريقية من تصانيفه: التعليق على كتاب ابن المواز؛ والتعليق
على المدونة، ينظر الديباج المذهب، مرجع سابق، ج: 1، ص: 89، 88.

(2) الذخيرة، مرجع سابق، ج: 7، ص: 41.

(3) روضة الطالبين، مرجع سابق، ج: 6، ص: 109.

(4) الإنصاف، مرجع سابق، ج: 7، ص: 195.

(5) الذخيرة، مرجع سابق، ج: 7، ص: 41، شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج: 5، ص: 305.

(6) المهذب، مرجع سابق، ج: 1، ص: 631، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج: 6، ص: 109.

(7) شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج: 5، ص: 305.

وجاء في روضة الطالبين: " فإن أجازوا فعلى القولين أحدهما إجازتهم ابتداء عطية والوصية باطللة وأظهرهما أنها تنفيذ "(1).

ويبدو لي أن الرأي الأول هو الأولى بالقبول من غيره، لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: " لا وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة "(2) فقله - صلى الله عليه وسلم - فيه بيان أن إجازتهم معتبرة بعد الموت؛ لأنهم في حال حياته ليسوا بورثة، وإنما تحصل لهم هذه الصفة بعد موت المورث، ودلّ على أن الورثة متى أجازوا الوصية لم يكن ذلك هبة مستأنفة من جهتهم (3) .

(1) روضة الطالبين، مرجع سابق، ج 6 ص 109.

(2) سبق تخريجه في ص 84.

(3) أحكام القرآن للجصاص، مرجع سابق، ج 1: ص 207.

المبحث الثاني الهبة في مرض الموت

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول

تعريف الهبة ومشروعيتها

• تعريف الهبة :

الهبة في اللغة: العَطِيَّة الخالية عن الأَعْوَاضِ والأَغْرَاضِ فإذا كَثُرَتْ سُمِّيَ صاحبُها وَهَابًا، وَتَوَاهَبَ النَّاسُ وَهَبَ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ، وَالاسْتِيْهَابُ سُؤَالُ الْهَبَةِ، وَالإْتِهَابُ قَبُولُ الْهَبَةِ (1).

الهبة في اصطلاح الفقهاء: عرفها الأحناف والمالكية والشافعية والحنابلة: بأنها تَمْلِكُ الْعَيْنَ مَجَانًا أَوْ بِبَلَاءٍ عَوْضٍ فِي حَالِ الْحَيَاةِ تَطَوُّعًا (2).

الهبة في القانون: لقد أوردت المادة (475) من القانون المدني الليبي المطابقة للمادة (486) من القانون المدني المصري تعريفاً لعقد الهبة فنصت على أن: "1- الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في ماله دون عوض 2- ويجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين".

• مشروعية الهبة:

أ- القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿... فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾ (3)، فإباحة الأكل بطريق الهبة دليل على جواز الهبة.

ب- السنة النبوية: فقد روي عن أبي هريرة (*) - رضي الله عنه - أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: " يَا نِسَاءَ الْمُسْلِمَاتِ لَا تَحْقِرَنَّ جَارَةً لِجَارَتِهَا

(1) لسان العرب لابن منظور، مرجع سابق، مادة وهب.
(2) الدر المختار، مرجع سابق، ج: 5 ص: 687، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي المدعو بشيخي زاده، خرج آياته وأحاديثه: خليل عمران المنصور، الطبعة الأولى، بيروت، دار الكتب العلمية، 1419هـ، ج: 3 ص: 489، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، أبي عبد الله محمد بن محمد عبد الرحمن الحطاب المغربي، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، تاريخ الطبع 1398هـ، ج: 6 ص: 49، منح الجليل، مرجع سابق، ج: 1 ص: 450، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج: 2 ص: 396، زاد المستنقع، موسى بن أحمد بن سالم المقدسي أبو النجاء، تحقيق: علي محمد عبد العزيز الهندي، مكتبة النهضة الحديثة، مكة المكرمة، ج: 1 ص: 146، دليل الطالب على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مرعي يوسف الحنبلي، الطبعة الثانية، المكتب الإسلامي، بيروت، تاريخ الطبع 1389 هـ، ج: 1 ص: 176.

(3) سورة النساء، جزء من الآية رقم 4.

(*) هو عبد الرحمن بن صخر، من قبيلة دوس، وأسلم أبو هريرة عام خيبر وشهدا مع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ثم لزمه وواظب عليه رغبة في العلم فدعا له رسول الله - صلى الله عليه وسلم -، قال البخاري: روى عن أبي هريرة أكثر من ثمانمائة رجل من أصحابه وتابع فمن الصحابة: ابن عباس وابن عمر وأنس، وولاه أمير المؤمنين عمر البحرين، ثم عزله للين عريكته. وولي المدينة سنوات في خلافة بني أمية وبها كانت وفاته سنة سبع وخمسين هجري قيل: مات بالعقيق وحمل إلى المدينة وصلى عليه الوليد بن عتبة بن أبي سفيان وكان أميراً على المدينة لعمه معاوية بن أبي سفيان، ينظر الأعلام للزركلي، مرجع سابق، ج: 3 ص: 308.

وَلَوْ فَرَسِنَ شَاةٌ⁽¹⁾، فنهي الرسول - صلى الله عليه وسلم - على الإنسان ألا يستصغر ولا يحتقر أن يهدي أو يهب ولو كان هذا الشيء المهدى أو الموهب شيئاً قليلاً حتى لو كان ذلك فرسن شاة، دليل على جواز الهبة.

ج- الإجماع: أجمع الصحابة - رضوان الله عليهم - على مشروعية الهبة كما جاء في الكتاب والسنة.

(1) صحيح البخاري، مرجع سابق، كتاب الهبة وفضلها، باب فضلها والتحريض عليها .

المطلب الثاني أثر القبض في هبة المريض

يرى جمهور الأحناف⁽¹⁾ والمالكية⁽²⁾ والحنابلة⁽³⁾ والشافعية⁽⁴⁾ أنه إذا مات الواهب قبل القبض بطلت الهبة؛ لأنه عقد جائز فبطل بموت أحد المتعاقدين، بينما يرى بعض الشافعية⁽⁵⁾ وأبو الخطاب⁽⁶⁾ من الحنابلة أنه إذا مات الواهب قام وارثه مقامه في الإذن في القبض والفسخ؛ لأنه عقد مآله إلى اللزوم فلم يفسخ بالموت كالبيع المشروط فيه الخيار.

أما إذا مات الموهوب له قبل القبض فقد رأى الأحناف⁽⁷⁾ وبعض الشافعية⁽⁸⁾ والحنابلة⁽⁹⁾ أن الهبة تبطل، بينما رأى الإمام مالك⁽¹⁰⁾ وبعض الشافعية⁽¹¹⁾ أن الهبة لا تبطل ويحل ورثته محلها في القبض.

فقد جاء في المبسوط: "فإن مات أحدهما إما الواهب أو الموهوب له قبل التسليم بطلت الهبة؛ لأن تمام الهبة بالقبض وكان القبض في الهبة كالقبول في البيع من حيث أن الملك يثبت به فكما أن موت أحدهما بعد الإيجاب قبل القبول يبطل البيع فكذلك الهبة"⁽¹²⁾.

وجاء في حاشية ابن عابدين: "وهب في مرضه ولم يسلم حتى مات بطلت الهبة؛ لأنه وإن كان وصية حتى اعتبر فيه الثلث فهو هبة حقيقة فيحتاج إلى القبض"⁽¹³⁾.

(1) حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج: 8 ص: 470 .
(2) القوانين الفقهية، محمد بن أحمد بن محمد بن جزى الكلبى، دار المعرفة، بيروت، ص: 316 ، الكافي في فقه أهل المدينة، أبي عمر بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، تاريخ الطبع 1407 هـ، ج: 1 ص: 530 .
(3) المغني، مرجع سابق، ج: 5 ص: 380، 381.
(4) الأم، مرجع سابق، ج: 4 ص: 63، 104 .
(5) الوسيط، مرجع سابق، ج: 4 ص: 270، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج: 2 ص: 401 .
(6) المغني، مرجع سابق، ج: 5 ص: 380، 381.
(7) المبسوط، مرجع سابق، ج: 12 ص: 56، 57 .
(8) مغني المحتاج، مرجع سابق، ج: 2 ص: 401 .
(9) المغني، مرجع سابق، ج: 5 ص: 380، 381 ، كشف القناع، مرجع سابق، ج: 4 ص: 303 .
(10) المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج: 15 ص: 120 .
(11) مغني المحتاج، مرجع سابق، ج: 2 ص: 401 .
(12) المبسوط، مرجع سابق، ج: 12 ص: 56، 57 .
(13) حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج: 8 ص: 470 .

وجاء في القوانين الفقهية: " فإن مات الواهب قبل الحوز بطلت الهبة إلا إن كان الطالب جاداً في الطلب غير تارك، وإن مرض بطل الحوز ولا تبطل الهبة إلا أن يموت من مرضه ذلك"⁽¹⁾.

وجاء في الأم: " قال الشافعي: وإذا وهب الرجل في مرضه الهبة فلم يقبضها الموهوبة له حتى مات الواهب لم يكن للموهوبة له شيء وكانت الهبة للورثة"⁽²⁾.
وجاء في الوسيط: " إذا مات الواهب قبل القبض فالأظهر أن الوارث يتخير في الإقباض كالبيع في زمان الخيار، ومنهم من قال: يفسخ العقد؛ لأن هذا عقد جائز فيفسخ بالموت كالوكالة(*) والجعالة(**) وكأن هذا القائل يجعل القبض كجزء من السبب مثل القبول"⁽³⁾.

وجاء في المغني: " إذا مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض بطلت الهبة سواء كان قبل الإن في القبض أو بعده... لأنه عقد جائز فبطل بموت أحد المتعاقدين كالوكالة والشركة... وقال أبو الخطاب: إذا مات الواهب قام وارثه مقامه في الإن في القبض والفسخ، وهذا ما يدل على أن الهبة لا تنفسخ بموته وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي؛ لأنه عقد مآله إلى اللزوم فلم يفسخ بالموت كالبيع المشروط فيه الخيار"⁽⁴⁾.

أما في القانون فإن الهبة في الأصل عقد شكلي، ويبرر الشكلية فيه أنه عقد خطير يقع نادراً ولدوافع قوية، حيث يتجرد فيه الواهب عن ماله دون مقابل لذلك، فالواهب في أشد الحاجة إلى التأمل والتدبر وتعيينه الشكلية على ذلك⁽⁵⁾.

ولقد نصت المادة (477) من القانون المدني الليبي لمقابلة للمادة (488) مدني مصري والمادة (456) مدني سوري على أنه: " 1 - تكون الهبة بورقة رسمية، وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر. 2 - ومع ذلك يجوز في المنقول أن تتم الهبة بالقبض، دون حاجة إلى ورقة رسمية."،

(1) القوانين الفقهية، مرجع سابق، ص: 316.

(2) الأم، مرجع سابق، ج: 4، ص: 63.

(*) استنابة جائز التصرف مثله فيما له عليه تسلط أو ولاية ليتصرف فيه، التوقيف على مهمات التعاريف، محمد عبد الرؤوف المنلوي، مرجع سابق، ج: 1، ص: 733.

(**) الجعل هو الإجارة على منفعة مظلون حصولها مثل مشاركة الطبيب على البرء، بداية المجتهد ونهاية المقصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي، دار الفكر، بيروت، ج: 2، ص: 177.

(3) الوسيط، مرجع سابق، ج: 4، ص: 270.

(4) المغني، مرجع سابق، ج: 5، ص: 380، 381.

(5) الموازيث والهبة والوصية، د. كمال حمدي، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، تاريخ الطبع 1998 م، ص: 160.

وبمثل هذه النصوص أخذ المشرع التونسي في القانون رقم 48 لسنة 1992 م، كما نصت المادة (482) من القانون المدني الليبي لمقابلة للمادة (493) مدني مصري والمادة (461) مدني سوري على أنه: "إذا لم يكن الموهوب له قد تسلم الشيء الموهوب، فإن الواهب يلتزم تسليمه إياه، وتسري في ذلك الأحكام المتعلقة بتسليم المبيع."، ونص المشرع التونسي في الفصل (201) من مجلة الأحوال الشخصية على أنه: "تتم الهبة بتسليم الموهوب إلى الموهوب له والهبة باطلة إذا مات الواهب أو الموهوب له قبل التسليم وإن اجتهد الموهوب له في طلبه".

وقبول الهبة إذا كان منفصلاً عن الإيجاب يمكن أن يكون في ورقة عرفية، بل يمكن أن يكون باللفظ أو حتى بمجرد السكوت، أما الإيجاب فإنه يجب أن يكون في ورقة رسمية، وأن تشتمل هذه الورقة على جميع عناصر الهبة، من مال موهوب وواهب وموهوب له، وجميع الشروط التي قد يحتويها هذا العقد من عوض والتزامات مفروضة على الموهوب له هذا إذا كان الموهوب عقاراً⁽¹⁾، أما إذا كان الموهوب منقولاً، فإن الهبة إذا وثقت في ورقة رسمية فلا ضرورة للقبض، ويجوز أن تتم هبة المنقول بالقبض دون الحاجة إلى التوثيق في ورقة رسمية، وفي هذه الحالة تسمى الهبة بالهبة اليدوية، ويتم القبض بالتسليم، والتسليم الفعلي يكون عادة بالمناولة، فيناول الواهب الموهوب له المنقول الموهوب يداً بيد، وتنتقل بذلك حيازة الموهوب من الواهب إلى الموهوب له، فنتم الهبة بالقبض وذلك إذا كان الموهوب منقولاً يمكن مناولته يدوية "نقوداً - مجوهرات"، وإذا كان الموهوب حقاً شخصياً حوله الواهب للموهوب له على سبيل التبرع، فالقبض يكون بتسليم سند الحق للموهوب له، حتى يتمكن من استعماله في مواجهة الغير، وقد يتم القبض بأن يضع الواهب المنقول الموهوب تحت تصرف الموهوب له، بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق، وقد يكون القبض قبضاً حكماً وله صورتان الصورة الأولى: أن يكون المنقول في حيازة الموهوب له قبل الهبة بإجارة أو إعارة، ثم تقع الهبة فيتفق الواهب مع الموهوب له على بقاء المنقول

(1) الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، الجزء الخامس، الهبة، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 51.

في حيازة الأخير كمالك عن طريق الهبة، والصورة الثانية: وهي أن يبقى المنقول في حيازة الواهب بعد الهبة، ولكن ليس كمالك بل كمستأجر أو مستعير⁽¹⁾.
ومن خلال ما سبق ألاحظ أن القبض ليس من شروط انعقاد الهبة قانوناً إلا إذا كانت الهبة يدوية ولم يتم تحريرها في ورقة رسمية، وإنما هو من آثارها.

(1) المواريث والهبة والوصية ، مرجع سابق، ص 161.

المطلب الثالث

القدر الذي تجوز فيه هبة المريض مرض الموت

تناول فقهاء الشريعة الإسلامية هبة المريض مرض الموت لكنهم اختلفوا في القدر الذي تجوز فيه، هل تجوز من رأس ماله أو من ثلثه؟ فاختلّفوا في ذلك إلى رأيين:

الرأي الأول: يرى أصحابه بأن الهبة في مرض الموت تكون من ثلث مال المريض قياساً على الوصية، فلا تنفذ إلا في حدود الثلث، وهذا هو رأي الجمهور من الأحناف⁽¹⁾ والمالكية⁽²⁾ والشافعية⁽³⁾ والحنابلة⁽⁴⁾.

فقد جاء في الهداية شرح البداية: "والهبة من المريض للوارث في هذا نظير الوصية؛ لأنها وصية حكما حتى تنفذ من الثلث... إلا أن تجيزها الورثة... ولأن الامتناع لحقهم فتجوز بإجازتهم ولو أجاز بعض ورد بعض تجوز على المجيز بقدر حصته لولايته عليه وبطل في حق الراد"⁽⁵⁾.

وجاء في الفواكه الدواني: "التبرع الواقع بلفظ الهبة أو الصدقة أو الحبس في حال المرض نافذ من الثلث؛ لأنه خرج مخرج الوصية وهي لا تبطل بالموت وتكون من الثلث"⁽⁶⁾.

وجاء في المهذب: "الهبة والصدقة والمحاباة في البيع تعتبر من الثلث سواء كانت في حال الصحة أو في حال المرض أو بعضها في الصحة وبعضها في المرض، لأن لزوم الجميع عند الموت"⁽⁷⁾.

(1) الننف في القتوي " فتاوي السعدي " أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد السعدي، تحقيق: د. صلاح الدين الناهي، الطبعة الثانية، دار الفرقان مؤسسة الرسالة، عمان - بيروت، تاريخ الطبع 1404 هـ، ج 1 ص 520، الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ج: 4 ص: 400، حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج: 8 ص: 469.

(2) جامع الأمهات، الفقيه جمال الدين بن عمر ابن الحاجب المالكي، الطبعة الأولى، تحقيق: أبو عبدالرحمن الأخضر، دار اليمامة، بيروت، تاريخ الطبع 1998 م، ص: 454، 455، القوانين الفقهية، مرجع سابق، ص: 314، الفواكه الدواني، مرجع سابق، ج: 2 ص: 155، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، علي الصعدي العدوي المالكي، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، تاريخ الطبع 1412 هـ، ج: 2 ص: 333، حاشية النسوقي، مرجع سابق، ج: 4 ص: 98، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج: 2 ص: 245.

(3) التنبيه في الفقه الشافعي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي الشيرازي، تحقيق: عماد الدين محمد حيدر، الطبعة الأولى، عالم الكتب، بيروت، تاريخ الطبع 1403 هـ، ج: 1 ص: 141، المهذب، مرجع سابق، ج: 1 ص: 633، الوسيط، مرجع سابق، ج: 4 ص: 421، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، محمد بن أحمد الشربيني الخطيب، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات بدار الفكر، دار الفكر، بيروت، تاريخ الطبع 1415 هـ، ج: 2 ص: 394، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج: 3 ص: 47.

(4) الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق، ج: 2 ص: 485، 486، المغني، مرجع سابق، ج: 5 ص: 394، عمدة الفقه، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، تحقيق: عبد الله سفر العبدلي - محمود غيليب العتيبي، مكتبة الطرفين، الطائف، ج: 1 ص: 67، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي، قدم له ووضع حواشيه: عبد المنعم خليل إبراهيم، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، تاريخ الطبع 1423 هـ، ج: 2 ص: 236.

(5) الهداية شرح البداية، مرجع سابق، ج: 4 ص: 233.

(6) الفواكه الدواني، مرجع سابق، ج: 2 ص: 155.

(7) المهذب، مرجع سابق، ج: 1 ص: 633.

وجاء في المبدع: "وما قال عدلان من أهل الطب أنه مخوف فعطاياه كالوصية في أنها لا تصح لو ارث ولا لأجنبي بزيادة على الثلث إلا بإجازة الورثة كالهبة والعق (*) والكتابة (**) والمحاباة (1) .

وقد استدل الجمهور لرأيهم الذي يقول بأن الهبة في مرض الموت تنفذ بالثلث كالوصية (***) بما يلي :-

(*) قوة حكيمية يصير بها القن أهلاً للتصرفات الشرعية ، كتاب التعريفات للرجستاني، مرجع سابق، ص 169 .
(**) إعتاق المملوك يداً حلالاً ورقية مالا حتى لا يكون للمولى سبيل على اكتسابه، التعريفات للرجستاني، مرجع سابق، ص 209 .
(1) المبدع ، مرجع سابق، ج: 5، ص: 387.

(***) لقد أجمع جمهور الفقهاء على أن حد الوصية هو الثلث ، ومستند إجماعهم "حديث سعد بن أبي وقاص كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي فقلت: يا رسول الله إني قد بلغ بي من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي أفأتصدق بثلاثي مالي قال: لا قلت: بالشرط يا رسول الله قال: لا قلت: فالثالث قال: الثلث والثالث كثير أو كبير إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تنزهم عالة يتكفون الناس، متفق عليه وفي رواية للبخاري فلوصي بثلاثي مالي قال: لا . صحیح البخاري، مرجع سابق، كتاب الوصايا ، باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكفوا الناس، خلاصة البدر المنير في تخریج كتاب الشرح الكبير للرافعي، عمر بن علي بن الملقن الأنصاري، تحقيق: حمدي عبد المجيد إسماعيل السلفي، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد، الرياض، تاريخ الطبع 1410 هـ ، كتاب الوصايا ج 2 ص 140 ، وقال الأحناف والشافعية والحنبلة وابن الحاجب من المالكية بأن الاعتبار في قيمة الوصية ليعرف خروجها من الثلث وعمه بحالة الموت؛ لأنها حالة لزوم الوصية فالوصية تمليك بعد الموت، أما جمهور المالكية فالمعتبر عندهم هو يوم تنفيذ الوصية لا يوم الموت . الدر المختار ، مرجع سابق، ج 6 ص 667 ، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 7 ص 333 ، التاج والإكليل، مرجع سابق، ج 6 ص 368 ، الثمر الداني شرح رسالة القيرواني، مرجع سابق، ج 1 ص 537 ، الوسيط، مرجع سابق، ج 4 ص 420 ، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج 6 ص 123 ، فتح الوهاب، مرجع سابق، ج 2 ص 24 ، الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق، ج 2 ص 474 ، 477 ، شرح الزركشي، مرجع سابق، ج 2 ص 230 ، الروض المربع، مرجع سابق، ج 3 ص 14 . - ولقد أخذ برأيهم المشرع الليبي والمصري والسوري والتونسي- لكنهم اختلفوا فيما بعد في حكم الوصية إذا تجاوزت الثلث في حالتين، الحالة الأولى: حالة ما إذا كان للموصي وارث ، والحالة الثانية: حالة ما إذا كالم يكن له وارث .

والاختلف الفقهاء في حكم الوصية لو ارث ولغير وارث إلى ثلاثة آراء : **الرأي الأول** : يرى أصحابه جواز الوصية لغير وارث بدون حاجة إلى إجازة الورثة إذا كانت في حدود الثلث، أما إذا تجاوزت الثلث فإن هذه الزيادة تكون موقوفة على إجازة الورثة ، أما الوصية للوارث متوقفة على إجازة باقي الورثة فإن أجازوها نفذت وكانت إجازتهم تنفيذاً لوصية مورثهم وإن ردوها بطلت وذلك استناداً إلى قوله - صلى الله عليه وسلم - لا وصية لو ارث إلا أن يجيز الورثة، وهو رأي الأحناف وبعض المالكية والشافعية في الرأي الظاهر عندهم والحنبلة . المبسوط، مرجع سابق، ج: 27، ص: 175، 176 ، الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ج: 6، ص: 90 ، التاج والإكليل، مرجع سابق، ج: 6، ص: 368 ، كفاية الطالب الرباني لرملة ابن أبي زيد القيرواني، أبو الحسن المالكي، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، تاريخ الطبع 1412 هـ ، ج: 2، ص: 333 ، التنبيه، مرجع سابق، ج: 1، ص: 140 ، المهذب، مرجع سابق، ج: 1، ص: 631 ، السراج الوهاج، مرجع سابق، ج: 1، ص: 337 ، المبدع ، مرجع سابق، ج: 5، ص: 387 ، المغني، مرجع سابق، ج: 6، ص: 58 ، ولقد أخذ بهذا المشرع السوري حيث نص في المادة (237) من قانون الأحوال الشخصية على أنه: "1- تنفذ الوصية لغير الوارث بثلث ما يبقى من التركة بعد وفاة الدين من غير إجازة الورثة 2- لا تنفذ للوارث ولا بما زاد على الثلث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي وكان المميز كامل الأهلية..." كما أخذ به المشرع التونسي حيث نص في الفصل (179) و الفصل (187) من مجلة الأحوال الشخصية على أنه: " الوصية لغير الوارث تمضي في الثلث من التركة بدون توقف على إجازة الورثة " ، **الرأي الثاني** : يرى أصحابه جواز الوصية لغير وارث بدون حاجة إلى إجازة الورثة إذا كانت في حدود الثلث، أما إذا تجاوزت الثلث فإن هذه الزيادة باطلية، أما الوصية لو ارث باطلية سواء أجازها الورثة أم لم يجيزوها وتعتبر إجازتهم لها عطية مبتدأه منهم وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم- لا وصية لو ارث ، وهو رأي بعض المالكية ورأي عند الشافعية ورواية عند الحنبلة . الاستذكار، مرجع سابق، ج 7 ص 283 ، الثمر الداني شرح رسالة القيرواني، مرجع سابق، ج 1 ص: 552 ، الأم ، مرجع سابق، ج: 4، ص: 108، 115 ، المهذب، مرجع سابق، ج: 1، ص: 31 ، المغني، مرجع سابق، ج: 6، ص: 58 ، " ولقد أخذ المشرع الليبي بهذا الرأي عندما أصدر قانون الوصية رقم (7) لسنة 1423 ميلادية، حيث نص في الفقرة (د) من المادة (8) التي تحدد شروط الوصية له على أنه: " أن لا يكون وارثاً للموصي " ونص في الفقرة (5) من المادة (46) من القانون نفسه على بطلان الوصية إذا اكتسب الموصي له صفة الوارث للموصي، **الرأي الثالث** : يرى أصحابه جواز الوصية لو ارث في حدود الثلث بدون حاجة لإجازة الورثة أما إذا تجاوزت الثلث فهي كالوصية لأجنبي تحتاج إلى إجازة الورثة، وهو رأي بعض فقهاء الشيعة . أحكام الشريعة العبادات والمعاملات، المرجع الديني محمد حسين فضل الله ، الطبعة الثالثة، دار الملاك، بيروت، تاريخ الطبع 2006 م ، ص: 317، 316 ، ولقد أخذ بهذا الرأي المشرع المصري حيث نص في المادة (37) من قانون الوصية لسنة 1949 م " تصح الوصية للوارث وغيره وتنفذ من غير إجازة الورثة وتصح بما زاد على الثلث ولا تنفذ في الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه وتنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله أو بعضه من غير توقف على إجازة الخزائن العلمة " ، كما اختلف الفقهاء في وصية من لا وارث له إلى رأيين : **الرأي الأول** : يرى أصحابه أن وصية من لا وارث له غير المدين تكون صحيحة وإن كانت بجميع ماله، لأن المنع فيما زاد على الثلث لحق الورثة، فإذا عدموا زال المنع ، ولا يحتاج إلى إجازة بيت المال، فالصرف إلى بيت المال عند عدم الوارث لأنه لا مستحق له، لا لأنه مستحق لبيت المال، وهذا هو رأي الأحناف، والصحيح عند الحنبلة . المبسوط، مرجع سابق، ج 8 ص 82، الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ج 6 ص 90 ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ج 2 ص 430 ، الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق، ج 2 ص 476 ، زاد المستقنع، مرجع سابق، ج 1 ص 149 ، الإنصاف، مرجع سابق، ج 7 ص: 192 ، الروض المربع، مرجع سابق، ج: 3، ص: 6، كشف القناع، مرجع سابق، ج: 4، ص: 437 ، ولقد أخذ المشرع الليبي

أ- حديث عمران بن حصين^(*) عن النبي- صلى الله عليه وسلم - حيث قال: " إن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعا بهم رسول الله- صلى الله عليه- وسلم فجزأهم أثلاثاً ثم اقترع بينهم، فأعتق اثنين وأرق أربعة وقال له قولاً شديداً"⁽¹⁾، لقد دل هذا الحديث على أن النبي- صلى الله عليه وسلم- أقر من تصرف في ماله كله بالعتق على الثلث فقط، وكان ذلك في مرض الموت، فدل على أن التبرع ينفذ في حدود الثلث فقط كالوصية، والهيئة تبرع فهي في معنى الوصية والعتق؛ ولأنه في هذه الحالة لا يأمن الموت فجعل كحال الموت، فإن برئ ثم مرض ومات فهو من رأس المال؛ لأنه ليس بمرض الموت وإن وهب ما يعتبر قبضه وهو صحيح وأقبضه وهو مريض اعتبر من الثلث؛ لأنه لم يلزم إلا بالقبض الذي وجد بالمرض.

ب - حديث أبي هريرة -رضي الله عنه- حيث قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم- : " إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم"⁽²⁾، لقد بين الرسول- صلى الله عليه وسلم- في هذا الحديث الحد الذي يجوز للإنسان أن يتصرف فيه في ماله في مرض موته عن طريق التبرع وهو الثلث؛ ولأن الهبة تبرع فلا تنفذ إلا في هذا الحد إذا صدرت في مرض الموت.

والمصري والسوري والتونسي برأي الجمهور، حيث نص المشرع الليبي في المادة (43) من قانون الوصية المذكور على أنه: "تنفذ الوصية الزائدة على الثلث ولو كانت بكل مال الموصي من غير توقف على إجازة أحد إذا لم يكن للموصي وارث ولا دين عليه"، كما نص المشرع المصري في المادة (37) من قانون الوصية لسنة 1949م على أنه: "...وتنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله أو بعضه من غير توقف على إجازة الخزانة العامة". كما نص قانون الأحوال الشخصية السوري في الفقرة الرابعة من المادة (237) على أنه: "تنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله من غير توقف على إجازة أحد". ونص المشرع التونسي في الفصل (206) من مجلة الأحوال الشخصية على أنه: "إذا صدرت الهبة خلال مرض متصل بالموت اعتبرت وصية" ونص في الفصل (188) من مجلة الأحوال الشخصية على أنه: "من لا دين عليه ولا وارث تنفذ وصيته ولو بكل ماله بدون توقف على ميراث صندوق الدولة". **الرأي الثاني**: يرى أصحابه أن وصية من لا وارث له غير المدين تكون صحيحة في حدود الثلث فقط، وذلك لأن بيت مال المسلمين وارث لمن لا وارث له، وهذا هو رأي المالكية والشافعية ورواية عند الحنابلة. التلقين، مرجع سابق، ج:2، ص:554، التاج والإكليل، مرجع سابق، ج:5، ص:244، مواهب الجليل، مرجع سابق، ج:6، ص:414، شرح مسأرة، مرجع سابق، ج:2، ص:493، التنبية، مرجع سابق، ج:1، ص:140، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج:2، ص:41، الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق، ج:2، ص:476، الإنصاف، مرجع سابق، ج:7، ص:192.

^(*) هو عمران بن حصين بن عبيد بن خلف الخزاعي الكعبي، كان من فضلاء الصحابة وفقهائهم أسلم عام خيبر، وغزا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم- غزوات، بعثة عمر بن الخطاب إلى البصرة ليقله أهلها، استقضاه عبد الله ابن عامر علي البصرة، ثم استعفى فأعفاة، وكان قد اعتزل الفتنه فلم يقاتل فيها، توفي بالبصرة سنة اثنتين وخمسين هجري، وكان أبيض الرأس واللحية وبقي له عقب بالبصرة، ينظر صفة الصفوة، مرجع سابق، ج:1، ص:681-683، الأعلام للزركلي، مرجع سابق، ج:5، ص:70.

⁽¹⁾ صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، كتاب الإيمان، باب من أعتق له شركا في عبده، ج:3، ص:1288، شرح صحيح مسلم، الإمام أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، المكتبة التوفيقية، مصر، كتاب الإيمان، باب من أعتق له شركا في عبده، ج:11، ص:115.

⁽²⁾ نيل الأوطار، محمد بن علي بن محمد الشوكاني، دار الجيل، بيروت، تاريخ الطبع 1973 م، كتاب الوصايا ج:6، ص:149، وجاء فيه "أخرجه أحمد والبيهقي وابن ماجه والبراز من حديث أبي هريرة بلفظ "إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم"... وإسناده ضعيف وأخرجه الدارقطني والبيهقي من حديث أبي أمامة بلفظ "إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة في حسناتكم ليجعل لكم زكاة في أموالكم" وفي إسناده إسماعيل بن عياش وشيخه عتبة بن حميد وهما ضعيفان".

فيؤخذ من هذين الحديثين أنه ليس للواهب أن يهب بأكثر من الثلث في مرض الموت.

ولقد أخذ المشرع الليبي والمصري والأردني والسوري والتونسي برأي الجمهور في أن هبة المريض تكون في ثلث مال المريض إذا كان له وارث أو عليه دين قياساً على الوصية، في نصوص المواد (2) من قانون الوصية والفقرة (1) من المادة (920) من القانون المدني الليبي المقابلة للفقرة (1) من المواد (916) مدني مصري و(1128) مدني أردني و(877) مدني سوري .

ونص المشرع الليبي في المادة (42) من القانون رقم (7) لسنة 1994 م بشأن الوصية على أنه: "إذا كانت الوصية بأزيد من الثلث فلا تنفذ فيما زاد على الثلث إلا بإجازة الورثة بعد وفاة الموصي بشرط أن يكون المجيز كامل الأهلية" ونص في الفقرة (د) من المادة (8) التي تحدد شروط الموصي له أن لا يكون وارثاً للموصي ونص في المادة (43) منه على أنه: "تنفذ الوصية الزائدة على الثلث ولو كانت بكل مال الموصي من غير توقف على إجازة أحد إذا لم يكن للموصي وارث ولا دين عليه ."

كما نص المشرع المصري في المادة (37) من قانون الوصية لسنة 1949 م على أنه: "تصح الوصية للوارث وغيره وتنفذ من غير إجازة الورثة وتصح بما زاد على الثلث، ولا تنفذ في الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه، وتنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله أو بعضه من غير توقف على إجازة الخزانة العامة ."

كما نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (237) على أنه: "1- تنفذ الوصية لغير الوارث بثلث ما يبقى من التركة بعد وفاة الدين من غير إجازة الورثة 2- لا تنفذ للوارث ولا بما زاد على الثلث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي وكان المجيز كامل الأهلية...4- تنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله من غير توقف على إجازة أحد ."

ونص المشرع التونسي في الفصل (206) من مجلة الأحوال الشخصية على أنه: "إذا صدرت الهبة خلال مرض متصل بالموت اعتبرت وصية" ونص في الفصل (179) على أنه: "لا وصية لوارث ولا فيما زاد على الثلث

إلا بإجازة الورثة بعد وفاة الموصي"، ونص في الفصل (188) على أنه: "من لا دين عليه ولا وارث تنفذ وصيته ولو بكل ماله بدون توقف على ميراث صندوق الدولة". وقضت محكمة التعقيب التونسية في قرارها الصادر بتاريخ 26-4-1949 م على أنه: "وحيث إن العقود المجانية كالتبرعات والإسقاطات التي هي عين المحاباة... فإن كانت لوارث فصحتها مطلقاً تتوقف على إجازة الورثة وإن كانت لغير وارث فتخرج مخرج الوصية من الثلث فقط من المخلف بعد استيفاء السديون ومصاريف الديون" (1).

و يُستخلص مما سبق أن هبة المريض مرض الموت تنفذ من ثلث ماله إذا كان له وارث، أما إذا لم يكن له وارث فإنها تنفذ من رأس ماله. الرأي الثاني: يرى أصحابه أن هبة المريض مرض الموت سواء أكانت لوارث أم لغير وارث تكون صحيحة ونافذة من رأس المال كله، وهو رأي الظاهرية (1). فقد جاء في المحلي: "الهبة عندهم لبعض الورثة دون بعض جائزة من رأس المال" (2).

وجاء أيضاً في المحلي: "هبة... المريض مرض موته أو مرض غير موته وصدقاتهم... كهبات الصحيح ولا فرق" (3). وجاء أيضاً في المحلي: "المريض مرض يموت منه أو الموقوف للقتل أو الحامل أو المسافر في أموالهم، قال محمد كل ما ذكرنا ما أنفذوا في أموالهم من هبة... كان كل ذلك لوارث أو غير وارث... فكله نافذ من رؤوس أموالهم... برهان ذلك قول الله تعالى: ﴿... وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ...﴾ (4) وحضه على الصدقة وتحليله البيع وقوله تعالى: ﴿... وَلَا تَسْأُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ...﴾ (5) ولم يخصص عز وجل صحيحاً من مريض ولا حاملاً من حائل ولا آمناً من خائف... ولو أراد الله - تعالى - تخصيص شيء من ذلك لبينه على لسان رسوله - صلى الله عليه وسلم - (6).

(1) نشرية محكمة التعقيب، القسم المدني، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية 1949 م.
(1) المحلي، على بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، تحقيق: لجنة أحياء التراث العربي، دار الأفق الجديدة، بيروت، ج: 8، ص: 256، ج: 9، ص: 160، 348.

(2) المرجع السابق ج: 8، ص: 256.

(3) المرجع السابق ج: 9، ص: 160.

(4) سورة الحج، جزء من الآية رقم 77.

(5) سورة البقرة، جزء من الآية رقم 237.

(6) المحلي، مرجع سابق، ج: 9، ص: 348.

وجاء في بداية المجتهد: "وأما المريض فقال الجمهور إنها في ثلثه تشبيها بالوصية، أعني الهبة التامة بشروطها، وقالت طائفة من السلف وجماعة أهل الظاهر: إن هبته تخرج من رأس ماله إذا مات، ولا خلاف بينهم أنه إذا صح من مرضه أن الهبة صحيحة... وعمدة أهل الظاهر استصحاب الحال أعني حال الإجماع وذلك أنهم لما اتفقوا على جواز هبته في الصحة وجب استصحاب حكم الإجماع في المرض، إلا أن يدل الدليل من كتاب أو سنة بيينة والحديث عندهم محمول على الوصية⁽¹⁾.

ويمكن الرد على الظاهرية بأن الآيات التي رغبت في الصدقة قد وردت عامة من غير تخصيص، ويمكن أن نقول أنها مخصصة بالأحاديث التي استدلت بها الجمهور.

ولما كان رأي الجمهور هو الراجح لقوة أدلتهم فإنه يجب أن نفرق بين الهبة لوarith والهبة لغير وارث وهبة من لا وارث له.

(1) بداية المجتهد، مرجع سابق، ج: 2 ص: 245.

المطلب الرابع هبة المريض مرض الموت لوارثه

تناول فقهاء الشريعة الإسلامية هبة المريض مرض الموت لوارثه، واختلفوا فيها إلى رأيين وذلك على النحو التالي :

الرأي الأول: يرى أصحابه أن الهبة في مرض الموت لوارث موقوفة على إجازة الورثة فتنفذ في حق من أجازها منهم، وهو رأي الأحناف⁽¹⁾ وبعض المالكية⁽²⁾ والشافعية⁽³⁾ والصحيح عند الحنابلة⁽⁴⁾.

فقد جاء في الهداية شرح البداية: "والهبة من المريض للوارث في هذا نظير الوصية؛ لأنها وصية حكما حتى تنفذ من الثلث... إلا أن تجيزها الورثة... ولأن الامتناع لحقهم فتجوز بإجازتهم ولو أجاز بعض ورد بعض تجوز على المجيز بقدر حصته لولايته عليه وبطل في حق الراد"⁽⁵⁾.

وجاء في شرح ميارة: "هبة في المرض فإن كان لأجنبي فإنه يخرج من ثلثه إن مات فإن زاد عليه رد إلا أن يجيزه الورثة، وإن كان لوارث توقف على إجازة باقي الورثة فإن أجازوه جاز وإن رده رد"⁽⁶⁾.

وجاء في الإقناع للشربيني: "في معنى الوصية للوارث الوقف عليه وإبرأؤه من دين عليه أو هبته شيئا فإنه يتوقف على إجازة بقية الورثة"⁽⁷⁾.

وجاء في المبدع: "وما قال عدلان من أهل الطب إنه مخوف فعطاياه كالوصية في أنها لا تصح لوارث ولا لأجنبي بزيادة على الثلث إلا بإجازة الورثة كالهبة والعق والكتابة والمحاباة"⁽⁸⁾.

(1) الهداية شرح البداية، مرجع سابق، ج:4 ص:233، البحر الرائق، مرجع سابق، ج:8 ص:490، ندر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ج:2 ص:432.

(2) التلقين، مرجع سابق، ج:2 ص:553، التاج والإكليل، مرجع سابق، ج:6 ص:368، شرح ميارة، مرجع سابق، ج:2 ص:30، منح الجليل، مرجع سابق، ج:9 ص:514، كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني، مرجع سابق، ج:2 ص:333.

(3) التنبية، مرجع سابق، ج:1 ص:140، المهذب، مرجع سابق، ج:1 ص:630،631، الإقناع للشربيني، مرجع سابق، ج:2 ص:395، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج:3 ص:43، السراج الوهاج، مرجع سابق، ج:1 ص:337.

(4) المبدع، مرجع سابق، ج:5 ص:387، الإنصاف، مرجع سابق، ج:7 ص:166، الروض المربع، مرجع سابق، ج:2 ص:503.

(5) الهداية شرح البداية، مرجع سابق، ج:4 ص:233.

(6) شرح ميارة، مرجع سابق، ج:2 ص:30.

(7) الإقناع للشربيني، مرجع سابق، ج:2 ص:395.

(8) المبدع، مرجع سابق، ج:5 ص:387.

وبناء على كل ما سبق فإن هبة المريض مرض الموت لأحد ورثته لا تنفذ إلا إذا أجازها الورثة، فإن لم يجيزوا وجب على الموهوب له أن يرد إلى التركة الشيء الموهوب له.

وقد سبقت الإشارة في المطلب السابق إلى موقف المشرع الأردني والسوري والتونسي الذي جاء موافقاً لهذا الرأي.

أما المشرع المصري عندما أعطى هذه التصرفات حكم الوصية، في نص الفقرة الأولى من المادة (916) من القانون المدني ونص في المادة (37) من قانون الوصية لسنة 1949 م على أنه: "تصح الوصية للوارث وغيره وتنفذ من غير إجازة الورثة وتصح بما زاد على الثلث، ولا تنفذ في الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه، وتنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله أو بعضه من غير توقف على إجازة الخزانة العامة".

فإنه أجاز الهبة لوارث دون حاجة إلى إجازة الورثة إذا كانت قيمة الموهوب لا تزيد على ثلث التركة، أي أن الشيء الموهوب إذا لم تزد قيمته على ثلث التركة صحت الهبة، سواء أكان الموهوب له وارث أم غير وارث، أما إذا كانت قيمة الشيء الموهوب تزيد على ثلث التركة فلا تصح الهبة بغير إجازة الورثة، فإن لم يجيزوا وجب على الموهوب له أن يرد إلى التركة ما جاوز الثلث، أي أن يرد إليه ما يفي بتكتملة ثلثها⁽¹⁾.

الرأي الثاني: يرى أصحابه أن هبة المريض مرض الموت لوارث باطلة، وإن أجازها الورثة فهي هبة مبتدأة منهم، وهذا رأي بعض المالكية⁽²⁾ وقول للشافعي⁽³⁾ وبعض أصحاب أحمد⁽⁴⁾.

فقد جاء في الثمر الداني شرح رسالة القيرواني: "فإن مات الواهب قبل أن تحاز عنه فهي ميراث يرثه الورثة، وتبطل لمن جعلت له إلا أن يكون ذلك في المرض فذلك نافذ من الثلث؛ لأنه خرج مخرج الوصية إن كان لغير وارث؛

(1) الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، الجزء الخامس، الهبة، مرجع سابق، ص 127، 128.

(2) الفواكه الدواني، مرجع سابق، ج 2: ص 155، الثمر الداني شرح رسالة القيرواني، مرجع سابق، ج 1: ص 537-552.

(3) الأم، مرجع سابق، ج 4: ص 104-108، التنبيه، مرجع سابق، ج 1: ص 140، المهذب، مرجع سابق، ج 1: ص 630، 631، السراج الوهاج، مرجع سابق، ج 1: ص 337.

(4) المغني، مرجع سابق، ج 6: ص 58.

لأن الوصية للوارث غير جائزة أي غير نافذة أي فهي باطلة وإن أجاز الوارث كان ابتداء عطية منه " (1).

وجاء في الأم: " قال الشافعي - رحمه الله تعالى - وما ابتدأ المريض هبة في مرضه لوارث أو غير وارث فدفعت إليه ما وهب له، فإن كان وارثاً ولم يصح المريض حتى مات من مرضه الذي وهب فيه فالهبة مردودة كلها، وكذلك إن وهب له وهو غير وارث ثم صار وارثاً فإن استغل ما وهب له ثم مات الواهب قبل أن يصح رد الغلة؛ لأنه إذا مات استدللنا على أن ملك ما وهب له كان في ملك الواهب" (2).

وجاء في المغني: " أن الإنسان إذا وصى لوارثه بوصية فلم يجزها سائر الورثة لم تصح بغير خلاف بين العلماء... وإن أجازها جازت في قول الجمهور من العلماء وقال بعض أصحابنا الوصية باطلة وإن أجازها سائر الورثة إلا أن يعطوه عطية مبتدأة أخذاً من ظاهر قول أحمد في رواية حنبل لا وصية لوارث، وهذا قول المزني وأهل الظاهر وهو قول للشافعي واحتجوا بظاهر قول النبي - صلى الله عليه وسلم - : " لا وصية لوارث" (3)، وظاهر مذهب أحمد والشافعي أن الوصية صحيحة في نفسها وهو قول جمهور العلماء " (4).

ولقد أخذ المشرع الليبي بهذا الرأي عندما أصدر قانون الوصية رقم (7) لسنة 1994 م ونص في المادة (2) من القانون المذكور على أن: " كل تصرف صدر في مرض الموت بقصد التبرع أو المحاباة تسري عليه أحكام الوصية أيأ كانت التسمية التي تعطى له " ونص في الفقرة (د) من المادة (8) التي تحدد شروط الموصى له على: " أن لا يكون وارثاً للموصي " ونص في الفقرة (5) من المادة (46) من نفس القانون على بطلان الوصية إذا اكتسب الموصى له صفة الوارث للموصي. وبالتالي فإن الهبة لا تجوز لوارث الواهب حتى ولو أجازها الورثة وفقاً للقانون الليبي.

(1) الثمر الداني شرح رسالة القيرواني، مرجع سابق، ج: 1 ص: 552.

(2) الأم، مرجع سابق، ج: 4 ص: 104.

(3) سبق تخريجه ص 84.

(4) المغني، مرجع سابق، ج: 6 ص: 58.

المطلب الخامس

هبة المريض مرض الموت لغير وارثه

ذهب جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية⁽¹⁾ إلى أن هبة المريض مرض الموت لغير وارثه تكون صحيحة لا تحتاج إلى إجازة من أحد إذا كانت في حدود الثلث، أما إذا تجاوزت الثلث فإنها موقوفة على إجازة الورثة في القدر الزائد، فإذا أجازها الورثة نفذت، وإذا لم يجزها الورثة نفذت في الثلث، وعلى الموهوب له رد الزائد.

فقد جاء في الفتاوى الهندية: "مريض وهب عبده ولا مال له غيره فباعه الموهوب له ثم مات المريض صح تصرفه وضمن ثلثي قيمته لورثته"⁽²⁾.

وجاء في الثمر الداني شرح رسالة القيرواني: "فإن مات الواهب قبل أن تحاز عنه فهي ميراث يرثه الورثة وتبطل لمن جعلت له، إلا أن يكون ذلك في المرض فذلك نافذ من الثلث؛ لأنه خرج مخرج الوصية إن كان لغير وارث؛ لأن الوصية للوارث غير جائزة أي غير نافذة أي فهي باطلة وإن أجاز الوارث كان ابتداء عطية منه"⁽³⁾.

وجاء في الأم: "قال الشافعي: وما كان من عطية بتات في مرضه لم يأخذ بها عوضاً أعطاه إياها، وهو يوم أعطاه ممن يرثه لو مات أو لا يرثه فهي موقوفة فإذا مات فإن كان المعطى وارثاً له حين مات أبطلت العطية لأنني إذا جعلتها من الثلث لم أجعل لوارث في الثلث شيئاً من جهة الوصية، وإن كان المعطى حين مات المعطى لغير وارث أجزتها له لأنها وصية لغير وارث"⁽⁴⁾.

وجاء في المبدع: "وما قال عدلان من أهل الطب إنه مخوف فعطاياه كالوصية، في أنها لا تصح لوارث ولا لأجنبي بزيادة على الثلث إلا بإجازة الورثة كالهبة والعق والكتابة والمحاباة"⁽⁵⁾.

(1) الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ج: 4 ص: 401، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ج: 2 ص: 435، الفواكه الدواني، مرجع سابق، ج: 2 ص: 155، الثمر الداني شرح رسالة القيرواني، مرجع سابق، ج: 1 ص: 552، شرح ميارة، مرجع سابق، ج: 2 ص: 254، الأم ج: 4 ص: 102، نهاية الزين في إرشاد المبتدئين، أبو عبدالمعطي محمد ابن عمر بن علي بن نوي الجوي، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، ج: 1 ص: 247، المغني، مرجع سابق، ج: 5 ص: 394، المبدع، مرجع سابق، ج: 5 ص: 387، الإنصاف، مرجع سابق، ج: 7 ص: 166، الروض المربع، مرجع سابق، ج: 2 ص: 503.

(2) الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ج: 4 ص: 401.

(3) الثمر الداني شرح رسالة القيرواني، مرجع سابق، ج: 1 ص: 552.

(4) الأم، مرجع سابق، ج: 4 ص: 102.

(5) المبدع، مرجع سابق، ج: 5 ص: 387.

ولقد أخذ المشرع الأردني والتونسي والسوري و الليبي والمصري برأي الجمهور، وقد سبق الإشارة إليه في المطلب قبل السابق.

ويستخلص من كل ما سبق جواز الهبة لغير وارث في حدود الثلث دون الحاجة لإجازة الورثة، إلا إذا كانت قيمة الموهوب تجاوز ثلث التركة، فيتطلب إجازة الورثة لتلك الزيادة، أي إن الشيء الموهوب إذا لم تزد قيمته على ثلث التركة صحت الهبة، أما إذا كانت قيمة الشيء الموهوب تزيد على ثلث التركة فلا تصح الهبة بغير إجازة الورثة، فإن لم يجيزوا وجب على الموهوب له أن يرد إلى التركة ما جاوز الثلث، أي أن يرد إليه ما يفي بتكملة ثلثها⁽¹⁾.

(1) الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، الجزء الخامس، الهبة، مرجع سابق، ص 127، 128.

المطلب السادس

هبة المريض مرض الموت الذي لا وارث له

تناول الفقهاء هبة من لا وارث له و اختلفوا في القدر الذي تنفذ فيه، هل تنفذ في ثلث مال الواهب أم أنها تنفذ من رأس ماله؟ و اختلف الفقهاء في ذلك إلى رأيين: الرأي الأول: يرى أصحابه أن هبة المريض الذي لا وارث له غير المدين تكون صحيحة وإن كانت بجميع ماله؛ لأن المنع فيما زاد على الثلث لحق الورثة، فإذا عدموا زال المنع، ولا يحتاج إلى إجازة بيت المال، فالصرف إلى بيت المال عند عدم الوارث لأنه لا مستحق له، لا لأنه مستحق لبيت المال، وهذا هو رأي الأحناف⁽¹⁾، والصحيح عند الحنابلة⁽²⁾، وابن مسعود وأبي موسى الأشعري^(*) وعبدة السلماني^(**) وإسحاق بن راهويه^(***).

فقد جاء في المبسوط: " أن من أوصى بجميع ماله فيمن لا وارث له عندنا يكون للموصى له جميع المال... وعندنا المال ملكه وحقه وإنما يمتنع تصرفه فيما زاد على الثلث لتعلق حق الورثة، والصرف إلى بيت المال عند عدم الوارث؛ لأنه لا مستحق له، لا لأنه مستحق لبيت المال"⁽³⁾.

وجاء في الكافي في فقه ابن حنبل: " فأما من لا وارث له ففيه روايتان إحداهما تجوز وصيته بماله كله؛ لأن النهي معلل بالإضرار بالورثة لقوله -صلى

(1) المبسوط، مرجع سابق، ج: 8، ص: 82، ج: 30، ص: 43، الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ج: 6، ص: 90، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ج: 2، ص: 430.

(2) الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق، ج: 2، ص: 476، زاد المستقنع، مرجع سابق، ج: 1، ص: 149، الإنصاف، مرجع سابق، ج: 7، ص: 192، الروض المربع، مرجع سابق، ج: 3، ص: 6، كشاف القناع، مرجع سابق، ج: 4، ص: 437، مطالب أولي النهى، مرجع سابق، ج: 4، ص: 623، 448.

(*) هو أبو موسى عبد الله بن قيس بن سليم الأشعري، أسلم قديماً بمكة ثم رجع إلى بلاد قومه فلم يزل بها حتى قدم هو وناس من الأشعريين على رسول الله صلى الله عليه وسلم. فوافق قدومهم قدوم أهل السفينتين: جعفر وأصحابه من أرض الحبشة ووافقوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فخبروا فقالوا: قدم أبو موسى مع أهل السفينتين، ثم ولى عمر بن الخطاب أبا موسى البصرة وذلك سنة عشرين هجري فافتتح أبو موسى الأهواز ولم يزل على البصرة إلى صدر من خلافة عثمان، ثم لما دفع أهل الكوفة سعيد بن العاص ولوا أبا موسى وكتبوا إلى عثمان يسألونه أن يوليّه فأقره فلم يزل على الكوفة حتى قتل عثمان، ثم انتقل أبو موسى إلى مكة ومات بها وقيل إنه مات بالكوفة في داره بجانب المسجد سنة اثنتين وأربعين هجري، ينظر طبقات الفقهاء، مرجع سابق، ج: 1، ص: 25، الأعلام للزركلي، مرجع سابق، ج: 4، ص: 114.

(**) هو عبدة بن عمرو السلماني المرادي الهمداني، أسلم قبل وفاة النبي - صلى الله عليه وسلم - بمئتين ولم يره ومات ابن السلماني سنة اثنتين وسبعين هجري، وقال أبو إسحاق: كان يقال ليس بالكوفة أعلم من عبدة بالفريضة، وكان عبدة يجلس في المسجد فإذا ورد على شريح فريضة فيها حد رفعها إلى عبدة ففرض، ينظر، مرجع سابق، طبقات الفقهاء ج: 1، ص: 86.

(***) هو إسحاق بن إبراهيم بن مخلد الحنظلي التميمي نزيل نيسابور، مولده في سنة إحدى وستين ومائة هجري، جمع بين الحديث والفقه والورع، وسمع من ابن المبارك والفضيل بن عياض وسفيان بن عيينة وغيرهم بخراسان والعراق والحجاز واليمن والشام، وحدث عنه أحمد بن حنبل ويحيى بن معين وهما من أقرانه ومحمد بن إسماعيل البخاري ومسلم بن الحجاج في صحيحيهما وأبو داود والنسائي في سننهما وغيرهم، وسئل عنه أحمد بن حنبل فقال: إسحاق عندنا إمام من أئمة المسلمين، مات بنيسابور سنة ثمان وثلاثين ومائتين هجري، ينظر سير أعلام النبلاء، مرجع سابق، ج: 11، ص: 358-364، طبقات الفقهاء، مرجع سابق، ج: 1، ص: 108.

(3) المبسوط، مرجع سابق، ج: 8، ص: 82.

الله عليه وسلم-: "إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالية يتكفون الناس"⁽¹⁾ والثانية الوصية باطللة لأن ماله يصير للمسلمين ولا مجيز منهم⁽²⁾.

ولقد أخذ المشرع الليبي والمصري والأردني والسوري والتونسي برأي الجمهور، حيث نص المشرع الليبي في المادة (2) من قانون الوصية والفقرة (1) من المادة (920) من القانون المدني والمقابلة للفقرة الأولى من المواد (916) مدني مصري و(1128) مدني أردني و(877) مدني سوري على أن: "كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيأ ما كانت التسمية التي تعطى له".

ونص المشرع الليبي في المادة (43) من قانون الوصية المذكور على أنه: "تنفذ الوصية الزائدة على الثلث ولو كانت بكل مال الموصي من غير توقف على إجازة أحد إذا لم يكن للموصي وارث ولا دين عليه"، كما نص المشرع المصري في المادة (37) من قانون الوصية لسنة 1949 م على أنه: "تصح الوصية للوارث وغيره وتنفذ من غير إجازة الورثة وتصح بما زاد على الثلث، ولا تنفذ في الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه، وتنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله أو بعضه من غير توقف على إجازة الخزانة العامة".

كما نص قانون الأحوال الشخصية السوري في الفقرة(4) من المادة (237) على أنه: "تنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله من غير توقف على إجازة أحد"

ونص المشرع التونسي في الفصل (206) من مجلة الأحوال الشخصية على أنه: "إذا صدرت الهبة خلال مرض متصل بالموت اعتبرت وصية" ونص في الفصل (188) من مجلة الأحوال الشخصية على أن: "من لا دين عليه ولا وارث تنفذ وصيته ولو بكل ماله بدون توقف على ميراث صندوق الدولة".

وبناء على كل ما سبق فإن هبة المريض مرض الموت الذي لا وارث له ولا دين عليه تنفذ ولو بكل ماله من غير التوقف على إجازة أحد.

(1) سبق تخريجه في هامش ص 99 .
(2) الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق، ج: 2 ص: 476.

الرأي الثاني: يرى أصحابه أن هبة المريض الذي لا وارث له غير المدين تكون صحيحة في حدود الثلث فقط؛ وذلك لأن بيت مال المسلمين وارث لمن لا وارث له، وبالتالي إذا زادت الهبة على ثلث ماله فإنها لا تنفذ إلا في الثلث، وهذا رأي المالكية⁽¹⁾ والشافعية⁽²⁾ ورواية عند الحنابلة⁽³⁾.

فقد جاء في مواهب الجليل: "والذي ذكره غير واحد من أهل المذهب أن بيت المال وارث إذا كان يصرفه في وجوهه"⁽⁴⁾.

وجاء في التنبيه: "فإن أوصى بأكثر من الثلث ولا وارث له بطلت الوصية فيما زاد على الثلث"⁽⁵⁾.

وجاء في الكافي في فقه ابن حنبل: "فأما من لا وارث له ففيه روايتان إحداهما تجوز وصيته بماله كله؛ لأن النهي معلل بالإضرار بالورثة لقوله - صلى الله عليه وسلم - : "إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس"⁽⁶⁾، والثانية الوصية باطله؛ لأن ماله يصير للمسلمين ولا مجيز منهم"⁽⁷⁾.

(1) التلقين، مرجع سابق، ج: 2، ص: 554، التاج والإكليل، مرجع سابق، ج: 5، ص: 244، مواهب الجليل، مرجع سابق، ج: 6، ص: 414، شرح ميارة، مرجع سابق، ج: 2، ص: 493.

(2) التنبيه، مرجع سابق، ج: 1، ص: 140، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج: 2، ص: 41.

(3) الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق، ج: 2، ص: 476، الإنصاف، مرجع سابق، ج: 7، ص: 192.

(4) مواهب الجليل، مرجع سابق، ج: 6، ص: 414.

(5) التنبيه، مرجع سابق، ج: 1، ص: 140.

(6) سبق تخريجه في هامش ص 99.

(7) الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق، ج: 2، ص: 476.

المبحث الثالث

الإقرار في مرض الموت

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول

تعريف الإقرار ومشروعيته

• تعريف الإقرار :

الإقرار في اللغة : الإذعانُ للحق والاعترافُ به أقرَّ بالحق أي اعترف به⁽¹⁾.

الإقرار في اصطلاح الفقهاء: لقد عرّفه الحنفية⁽²⁾ والمالكية⁽³⁾ والحنابلة⁽⁴⁾ والشافعية⁽⁵⁾ بأنه: إخبار عن ثبوت حق الغير على نفسه لفظاً أو كتابةً أو إشارة من أخرس أو على موكله أو موليه أو مورثه بما يمكن صدقه وليس بإثباته، وحكمه ظهور المقر به لا إثباته ابتداءً، فهو خبر كالمدعى والشهادة، والفرق بين الثلاثة إنه إذا كان حكمه قاصراً على قائله فهو الإقرار، وإن لم يقتصر على قائله فإما أن يكون له فيه نفع وهو المدعى، وإما أن لا يكون للمخبر فيه نفع وهو الشهادة، هذا إذا كان خاصاً، فإن اقتضى شيئاً عاماً فإن كان عن أمر محسوس فهو الرواية، وإن كان عن حكم شرعي فهو الفتوى.

الإقرار في القانون: لقد أوردت المادة (396) من القانون المدني الليبي تعريفاً للإقرار بأنه: اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة.

وعرّفه شرّاح القانون بأنه: اعتراف شخص بحق لآخر عليه، سواء قصد ترتيب هذا الحق في ذمته أو لم يقصد⁽⁶⁾.

(1) لسان العرب، لابن منظور، مرجع سابق، مادة قرر .

(2) الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ج 4 ص 156.

(3) شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج 6 ص 86، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج: 3 ص: 397.

(4) كشاف القناع، مرجع سابق، ج 6 ص 452، 453.

(5) مغني المحتاج، مرجع سابق، ج: 2 ص: 238، فتح الوهاب، مرجع سابق، ج: 1 ص: 381.

(6) الإثبات وأثر الالتزام الجزء الثاني المجلد الأول، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 471 .

• مشروعية الإقرار:

- أ- القرآن الكريم: قال تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ... ﴾⁽¹⁾، فالآية تدل على أن شهادة المرء على نفسه إنما هي إقراره بالحقوق عليها .
- ب- السنة النبوية: ما رواه أبو هريرة وزيد بن خالد الجهيني^(*) قالوا: جاء رجل إلى النبي - صلى الله عليه وسلم -، فقال: أناشدك الله إلا قضيت بيننا بكتاب الله، فقام خصمه وكان أفتقه منه فقال: صدق، اقضي بيننا بكتاب الله وأنز لي يا رسول الله، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: (قل) فقال: إن ابني كان عسيفاً في أهل هذا فزنى بامرأته، فافتديت منه بمائة شاة وخادم، وإني سألت رجلاً من أهل العلم، فأخبروني أن على ابني جلد مائة وتغريب عام، وإن على امرأة هذا الرجم، فقال: " والذي نفسي بيده لأقضين بينكما بكتاب الله: المائة والخادم رد عليك، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام، ويا أنيس^(**) اغدو على امرأة هذا فسلها، فإن اعترفت فارجمها، فاعترفت فرجمها."⁽²⁾، فهذا الحديث يدل على أن الإقرار مشروع وأنه يثبت به الحد.
- ج- الإجماع: أجمع الصحابة - رضوان الله عليهم - على صحة الإقرار كما جاء في الكتاب والسنة.

(1) سورة النساء، جزء من الآية 135.

(*) هو زيد بن خالد الجهني مختلف في كنيته، روى عن النبي - صلى الله عليه وسلم - وعن عثمان وعائشة روى عنه ابنه خالد وأبو حرب ومولاه أبو عمرة وآخرون وشهد الحديبية وكان معه لواء جهينة يوم الفتح وحديثه في الصحيحين، مات سنة ثمان وسبعين هجري بالمدينة وله خمس وثلاثون وقيل مات سنة ثمان وستين هجري وقيل مات قبل ذلك في خلافة معاوية بالمدينة، ينظر الإصطبة في تمييز الصحابة أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، تحقيق: علي محمد البجاوي، الطبعة الأولى، دار الجبل، بيروت، 1412 هـ، ج 2 ص 603.

(**) هو أنيس بن مرثد بن أبي مرثد الغنوي ويقال: أنس والأول أكثر، قال أبو عمر: يكنى أبا يزيد، قتل أبوه يوم الرجيع في حياة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ومات جده في خلافة أبي بكر الصديق، وشهد أنيس هذا مع النبي فتح مكة وحنينا ويقال: إنه الذي قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: " واغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها "، قيل: إنه كان بينه وبين أبيه مرثد بن أبي مرثد إحدى وعشرون سنة، ومات أنيس في ربيع الأول سنة عشرين هجري، ينظر أسد الغابة في معرفة الصحابة، عز الدين ابن الأثير أبي الحسن علي بن محمد الجزري، تحقيق وتعليق: الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية، بيروت، تاريخ الطبع 2008 م، ج 1 ص: 306

(2) صحيح البخاري، مرجع سابق، كتاب الحدود، بلب الاعتراف بالزنا.

المطلب الثاني

إقرار المريض لوارثه بمال أو دين

قبل الحديث على إقرار المريض لوارثه ينبغي تحديد صفة الوارث ولقد اختلف الفقهاء في تحديد صفة الوارث في إقرار المريض، فذهب البعض إلى القول بأن يكون وارثاً وقت الإقرار، وذهب بعضهم إلى القول أن يكون وارثاً وقت موت المريض، ونظراً لهذا الاختلاف سأتناول رأي كل مدرسة فقهية على النحو التالي:

مدرسة الحنفية: يرى الأحناف⁽¹⁾ أن الوارث في الإقرار هو من قام به سبب من أسباب الميراث ولم يمنع من إرثه مانع عند الوفاة، فإذا انتفى أحد الشرطين صح الإقرار دون حاجة إلى إجازة الورثة، وبناء على ذلك إن كان وارثاً وقت الإقرار دون وقت الموت، بأن أقر لأخيه مثلاً ثم ولد له ولد يصح الإقرار لعدم كونه وارثاً وقت الموت، وإن لم يكن وارثاً وقت الإقرار ثم صار وارثاً وقت الموت ينظر، فإن صار وارثاً بسبب كان قائماً وقت الإقرار بأن أقر لأخيه وله ابن مات الابن قبل الأب لا يصح إقراره، فإن صار وارثاً بسبب جديد كالتزوج بأن أقر لأجنبية ثم تزوجها ثم مات صح إقراره، وإن كان وارثاً فيهما لا فيما بينهما بأن أقر لامرأته ثم أبانها وانقضت عدتها ثم تزوجها لا يجوز الإقرار عند أبي يوسف؛ لأن المقر متهم بالطلاق، وعند محمد يجوز؛ لأن شرط امتناع الإقرار أن يبقى وارثاً إلى الموت بذلك السبب ولم يبق؛ ولأنه لو لم يعقد ثانياً كان جائزاً فكذا إذا عقد.

فقد جاء في تبيين الحقائق: "أن الإقرار لا يخلو إما أن يكون المقر له وارثاً وقت الإقرار دون الموت أو كان وارثاً فيهما ولم يكن وارثاً فيما بينهما أو لم يكن وارثاً وقت الإقرار وصار وارثاً وقت الموت، فإن كان وارثاً وقت الإقرار دون وقت الموت بأن أقر لأخيه مثلاً ثم ولد له ولد يصح الإقرار لعدم كونه وارثاً وقت الموت، وإن كان وارثاً فيهما لا فيما بينهما بأن أقر لامرأته ثم أبانها وانقضت عدتها ثم تزوجها... لايجوز الإقرار عند أبي يوسف؛ لأن المقر متهم في الطلاق... وعند محمد يجوز؛ لأن شرط امتناع الإقرار أن يبقى وارثاً إلى الموت بذلك السبب ولم يبق؛

(1) المبسوط، مرجع سابق، ج 18 ص 32-34، تبيين الحقائق، مرجع سابق، ج 5 ص 26، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، مرجع سابق، ج 3 ص 416، الدر المختار، مرجع سابق، ج 5 ص 615، الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ج 4 ص 176، حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج 8 ص 176.

ولأنه لما صار أجنبياً تعذر الإقرار كما لو أنشأه في ذلك الوقت... وإن لم يكن وارثاً وقت الإقرار ثم صار وارثاً وقت الموت ينظر فإن صار وارثاً بسبب كان قائماً وقت الإقرار بأن أقر لأخيه وله ابن مات الابن قبل الأب لا يصح إقراره فإن صار وارثاً بسبب جديد كالتزوج وعقد الموالة جاز" (1).

مدرسة المالكية: يرى جمهور المالكية (2) أن الوارث في الإقرار هو من كان وارثاً يوم الموت لا يوم الإقرار في حين ذهب أشهب (*) في أحد آرائه أن المعتبر هو يوم الإقرار لا الموت.

فقد جاء في النوادر والزيادات: "قال ابن سحنون: اختلف أصحابنا إذا أقر المريض لأخيه وليس بوارث يومئذ فلم يمت المريض حتى صار الأخ وارثه فقال سحنون وأهل العراق: الإقرار باطل وإنما راعوا يوم الموت، فقالوا وكذلك إن أقر المسلم في مرضه لابنه النصراني بدين ثم أسلم الابن ثم مات الأب من مرضه إن الإقرار باطل، وقال أشهب: إقراره جائز وكأنه أقر لغير وارث؛ لأنه أقر في وقت يجوز إقراره فيه فقد لزمه ذلك قبل أن يكون وارثاً... قال سحنون ولأشهب قول في الإقرار في المرض غير هذا أنا أستحسنه، قال ابن سحنون ومحمد بن عبد الحكم (***) يقول أشهب إنه إنما يراعى يوم الإقرار" (3).

مدرسة الشافعية: أن للشافعية (4) في تحديد الوارث في الإقرار قولين، القول الأول يعتبر الوارث هو من كان وارثاً وقت الإقرار، وهو رأي الشافعي في القديم، والقول الثاني يعتبر من كان وارثاً يوم الموت لا يوم الإقرار قياساً على الوصية وهو رأي الشافعية في الجديد وهو القول المشهور.

(1) تبين الحقائق، مرجع سابق، ج 5 ص 26.
(2) النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، أبو محمد بن عبد الله بن عبد الرحمن بن زيد القيرواني، تحقيق: محمد الأمين بوخيزة، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1999م، ج 9 ص 259، مواهب الجليل، مرجع سابق، ج 5 ص 245.
(*) هو أشهب بن عبد العزيز بن داود بن إبراهيم أبو عمر القيسي العامري الجعدي من ولد جعدة بن كلاب بن ربيعة بن عامر اسمه مسكين، وهو من أهل مصر من أصحاب مالك وأشهب لقب، روى عن مالك والليث والفضيل ابن عياض وجماعة غيرهم روى عنه سحنون بن سعيد وجماعة، وقرأ على نافع وتفقه بمالك، قال الشافعي: ما رأيت أفقه من أشهب، وانتهت إليه الرئاسة بمصر بعد ابن القاسم وسئل سحنون عن ابن القاسم وأشهب أيهما أفقه فقال كنا كفرمنا رهان وربما وفق هذا وخذل هذا وربما خذل هذا وفق هذا، ولد أشهب سنة أربعين ومائة هجري وقيل سنة خمسين ومائة هجري وتوفي بمصر سنة أربع ومائتين هجري بعد الشافعي بثمانية عشر يوماً، ينظر الديباج المذهب، مرجع سابق، ج 1 ص 98، 99.
(**) هو أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن عبد الحكم المصري ولد سنة اثنين وثمانين ومائة هجري، وكان أبوه عالماً جليلاً، كان على مذهب مالك ونشأ ابنه هذا على مذهب أبيه وأخذ العلم عن أشهب وابن وهب المالكيين فلما قدم الشافعي مصر صحبه وثققه منه وكان أبوه يأمره سرا بملازمة الشافعي وكان الشافعي يحبه حتى قال له مرة وددت لو أن لي ولداً مثل هذا، مات سنة ثمان وستين ومائتين هجري، ينظر طبقات الفقهاء، مرجع سابق، ج 1 ص 191، 192.
(3) النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، مرجع سابق، ج 9 ص 259.
(4) المهذب، مرجع سابق، ج 2 ص 481، 480، الوسيط، مرجع سابق، ج 3 ص 320، حاشية البجيرمي، مرجع سابق، ج 3 ص 77، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج 4 ص 353.

فقد جاء في روضة الطالبين: "والاعتبار في كونه وارثاً بحال الموت أم بحال الإقرار فيه وجهان، وقيل قولان أظهرهما وأشهرهما وهو الجديد بحال الموت كالوصية"⁽¹⁾.

مدرسة الحنابلة: أن للحنابلة⁽²⁾ في تحديد الوارث في الإقرار روايتين، الرواية الأولى تعتبر الوارث هو من كان وارثاً وقت الإقرار وهو المشهور لوجود التهمة في هذه الحال، والرواية الثانية تعتبر من كان وارثاً يوم الموت لا يوم الإقرار قياساً على الوصية .

فقد جاء في النكت والفوائد السننية على مشكل المحرر: "قوله ولو أقر لوارث ثم صار عند الموت أجنبياً أو بالعكس فهل يعتبر بحالة الإقرار أو الموت على روايتين: إحداهما: يعتبر بحالة الإقرار قطع به القاضي وغيره وهو المشهور ونصره في المغني لوجود التهمة في هذه الحال بخلاف العكس كالشهادة، والثانية: بحالة الموت وهي مذهب الشافعي؛ لأنه معنى يعتبر فيه عدم الميراث فأشبه الوصية، والفرق أن الوصية عطية بعد الموت فاعتبر فيها حالة الموت"⁽³⁾.

ولقد تناول الفقهاء إقرار المريض لوارثه بمال أو دين واختلفت آراؤهم

في ذلك إلى ثلاثة آراء هي كالتالي :

الرأي الأول: يرى أصحابه أنه لا يجوز إقرار المريض لوارثه بدين أو عين إلا أن يجيزه الورثة بعد موته ولا عبرة لإجازتهم قبل ذلك، وهذا رأي الأحناف⁽⁴⁾ وقول عند الشافعية⁽⁵⁾ والمشهور عند الحنابلة⁽⁶⁾ .

ولقد استثنى الأحناف ثلاث حالات يجوز فيها عندهم إقرار المريض لوارثه دون

حاجة إلى إجازة الورثة وهي كالتالي⁽⁷⁾:

(1) روضة الطالبين، مرجع سابق، ج: 4 ص: 353.
(2) المغني، مرجع سابق، ج: 5 ص: 125، الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق، ج: 4 ص: 571، الفروع، مرجع سابق، ج: 6 ص: 524، المبدع، مرجع سابق، ج: 10 ص: 302، النكت والفوائد السننية على مشكل المحرر، أبو إسحاق إبراهيم بن عبد الله بن مفلح الحنبلي، الطبعة الثانية، مكتبة المعارف، الرياض، تاريخ الطبع 1404 هـ، ج: 2 ص: 375، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، ج: 3 ص: 621، كشاف القناع، مرجع سابق، ج: 6 ص: 456، شرح الزركشي، مرجع سابق، ج: 2 ص: 157.
(3) النكت والفوائد السننية على مشكل المحرر، مرجع سابق، ج: 2 ص: 375.
(4) المبسوط، مرجع سابق، ج: 18 ص: 24، 31، 32، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج: 7 ص: 224، تبيين الحقائق، مرجع سابق، ج: 5 ص: 25، الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ج: 4 ص: 176، حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج: 5 ص: 610-613، ج: 8 ص: 170-177 .
(5) المهذب، مرجع سابق، ج: 2 ص: 481، 480، الإقناع للشربيني، مرجع سابق، ج: 2 ص: 328، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج: 2 ص: 240، السراج الوهاج، مرجع سابق، ج: 1 ص: 255.
(6) المغني، مرجع سابق، ج: 5 ص: 124، شرح الزركشي، مرجع سابق، ج: 2 ص: 157، الإنصاف، مرجع سابق، ج: 12 ص: 136-139، كشاف القناع، مرجع سابق، ج: 6 ص: 457.
(7) تبيين الحقائق، مرجع سابق، ج: 5 ص: 25، الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ج: 4 ص: 176، حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج: 5 ص: 610-613، ج: 8 ص: 170-177 .

أ- إذا أودع الوارث وديعة معلومة بالبينة عند مورثه المريض، ثم أقر المريض إنه استهلكها صح إقراره؛ ومتى أثبت المُودِعُ الوديعةَ بِالْبَيِّنَةِ فَيَلْزَمُ الضمان من التركة حتى وإن لم توجد في تركته بعد وفاته؛ لأنه باستهلاكه لها يعتبر متعدياً عليها فتتحول يده من يد أمانة إلى يد ضمان لقوله - صلى الله عليه وسلم-: "على اليد ما أخذت حتى تؤديه" (1).

ب- إذا كان للمريض وديعة عند وارثه فأقر هذا المريض بأنه قبضها منه، صح إقراره؛ لأن الوارث لو ادعى رد الوديعة إلى مورثه المريض وكذبه المورث يقبل قول الوارث، فهو أمين.

ج- إذا أقر بقبض ما قبضه الوارث من مديونية بطريق الوكالة صح إقراره؛ لأن الوارث لو ادعى تسليم المديونية إلى مورثه المريض وكذبه المورث يقبل قول الوارث فهو أمين، وتعبير الأمانات شامل لجميعها كمال الشركة أو المضاربة(*) أو العارية(**)، ولا يشمل غير الأمانة كالدين والمغصوب والمرهون، فلو أقر المريض إنه قبض دينه من وارثه أو ماله الذي غصبه وارثه أو الذي ارتهنه لا يصح إقراره.

ولقد استدلت أصحاب هذا الرأي بالآتي:

أ- استدلتوا بما روي عن الرسول - صلى الله عليه وسلم- أنه قال: " لا وصية لوارث ولا إقرار له بدين" (2)، وهذا الحديث يدل على نفي صريح للوصية لوارث فكان نفي الإقرار له أولى؛ لأنه بالوصية يذهب ثلث المال، وبالإقرار يذهب كله (3).

ب- بما روي عن ابن عمر-رضي الله عنهما- أنه قال: إذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فإنه جائز وإن أحاط ذلك بماله، وإن أقر لوارث

(1) سنن النعماني الكبرى، أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، تحقيق: د. عبدالغفار سليمان البنداري و سيد كمروي حسن، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، تزيخ الطبع 1991م ، كتاب العارية، ج:3 ص:411.

(*) أن يدفع الرجل إلى الرجل مالا ليترج فيه ويكون الربح بينهما على ما شرطاً ، مختار الصحاح، مرجع سابق، مادة قرض .

(**) هي تملك منفعة بلا بدل، كتاب التمرينات للجرجاني، مرجع سابق، ص 167 .

(2) سنن الدارقطني، كتاب الوصايا، ج4 ص152 ، وجاء في نصب الراية، عبدالله بن يوسف الحنفي الزيلعي، تحقيق: محمد يوسف البنوري، دار الحديث، مصر، تاريخ الطبع 1357 هـ، كتاب الإقرار باب إقرار المريض، ج4 ص111 " أن الدارقطني أخرجه في سننه في كتاب الوصايا عن نوح بن دراج عن أبان بن تغلب عن جعفر بن محمد عن أبيه قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم- لا وصية لوارث ولا إقرار له بدين انتهى، وهو مرسل ونوح بن دراج ضعيف، نقل عن أبي داود أنه قال فيه كل يضع الحديث انتهى".

(3) بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج:7 ص:224، حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج8 ص170.

فهو باطل إلا أن تصدقه الورثة، ولم يعرف له فيه مخالف من الصحابة - رضي الله عنهم - فيكون إجماعاً⁽¹⁾.

ج- إن حق الورثة تعلق بماله في مرضه، ولهذا يمنع من التبرع على الوارث أصلاً، ففي تخصيص البعض به إبطال حق الباقين، ولأن في إقراره لبعض الورثة تهمة الكذب، إذ من الجائز أن يكون غرضه في هذا الإقرار إيصال مقدار المال المقر به إلى الوارث بغير عوض فيكون وصية من حيث المعنى، وكذلك لم يصح إقرار المريض باستيفاء دينه الذي على الوارث منه وإن لزم الوارث الدين في حال صحة المقر؛ لأن هذا إيصال له بمالية الدين⁽²⁾.

فقد جاء في المبسوط: "ولا يجوز إقرار المريض لوارثه بدين أو عين عندنا،...، وحجتنا في ذلك قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: " لا وصية للوارث ولا إقرار له بالدين"⁽³⁾ إلا أن هذه الزيادة سائرة غير مشهورة، وإنما المشهور قول ابن عمر - رضي الله عنه - لما روينا وقول الواحد من فقهاء الصحابة - رضي الله عنهم - عندنا مقدم على القياس، والمعنى فيه أنه أثر بعض وراثته بشيء من ماله بمجرد قوله فلا يصح منه، كما لو أوصي له بشيء... إلا أن هذا الحجر لحق الورثة فإذا صدقوه نفذ كما إذا أجازوا وصيته⁽⁴⁾.

وجاء في حاشية ابن عابدين: "وأما مجرد الإقرار للوارث فهو موقوف على الإجازة سواء كان بعين أو دين أو قبض منه أو أبرأه إلا في ثلاث كما لو أقر بإتلاف وديعته المعروفة أو أقر بقبض ما كان عنده وديعة أو بقبض ما قبضه الوارث بالوكالة من مديونه... وينبغي أن يلحق بالثانية إقراره بالأمانات كلها"⁽⁵⁾.

وجاء في الإقناع للشربيني: "ويصح إقراره في مرضه لوارثه على المذهب كالأجنبي؛ لأن الظاهر أنه محق لأنه انتهى إلى حالة يصدق فيها الكاذب ويتوب فيها الفاجر، وفي قول لا يصح؛ لأنه متهم بحرمان بعض الورثة"⁽⁶⁾.

(1) المبسوط، مرجع سابق، ج: 18، ص: 31، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج: 7، ص: 224، تبين الحقائق، مرجع سابق، ج: 5، ص: 25.

(2) المبسوط، مرجع سابق، ج: 18، ص: 31، الهداية شرح البداية، مرجع سابق، ج: 3، ص: 190، تبين الحقائق، مرجع سابق، ج: 5، ص: 25، المهذب، مرجع سابق، ج: 2، ص: 481، 480، الإقناع للشربيني، مرجع سابق، ج: 2، ص: 328، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج: 2، ص: 240، المغني، مرجع سابق، ج: 5، ص: 124، كشف القناع، مرجع سابق، ج: 6، ص: 455.

(3) سبق تخريجه في الصفحة السابقة

(4) المبسوط، مرجع سابق، ج: 18، ص: 31.

(5) حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج: 8، ص: 174.

(6) الإقناع للشربيني، مرجع سابق، ج: 2، ص: 328.

وجاء في شرح الزركشي: " (قال) وإن أقر لوارث بدين لم يلزم باقي الورثة قبوله إلا ببينة (ش) أما مع البينة فواضح، وأما مع عدمها فلا يلزم باقي الورثة القبول لمكان التهمة، نعم لا يبطل الإقرار على المشهور من المذهب بل يقف على إجازة الورثة فإن أجازوه جاز وإن ردوه بطل، ولهذا قال الخرقي لم يلزم" (1).

ولقد أخذ المشرع التونسي بهذا الرأي لكنه نص صراحة على ضرورة إجازة جميع الورثة، في الفصل (354) من مجلة الالتزامات والعقود.

وطالما أن المشرع المصري والأردني والسوري لم ينصوا على الإقرار في مرض الموت، وأعطى كل منهم التصرف الصادر من المورث في مرض موته حكم الوصية إذا لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك كل، حيث نصوص المواد (915) من القانون المدني المصري المقابلة للمادة (876) من القانون المدني السوري على أنه: "تسري على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها"، وتتص المادة (916) من القانون المدني المصري المقابلة للمادة (877) من القانون المدني السوري والمادة (1128) مدني أردني .

وباعتبار الوصية من مسائل الأحوال الشخصية فإنه يمكن للقضاء في هذه البلدان أن يأخذ بهذا الرأي استناداً إلى نص المادة (3) من قانون الأحوال الشخصية المصري والمادة (183) من قانون الأحوال الشخصية الأردني والمادة (304) من قانون الأحوال الشخصية السوري.

الرأي الثاني: يرى أصحابه أن إقرار المريض لوارثه بدين أو عين صحيح دون الحاجة إلى إجازة الورثة كالإقرار لأجنبي؛ لأن دلالة الإقرار على الصدق في مرض الموت أكثر من دلالته عليه في الصحة، فإذا صح الإقرار في حالة الصحة ففي حال المرض أولى، وهذا هو الرأي المشهور عند الشافعية (2).

فقد جاء في المذهب: " واختلف أصحابنا في إقراره للوارث فمنهم من قال فيه قولان أحدهما: أنه لا يقبل؛ لأنه إثبات مال للوارث بقوله من غير رضا الورثة فلم يصح من غير رضا سائر الورثة كالوصية، والثاني: أنه يقبل وهو الصحيح؛ لأن من صح إقراره له في الصحة صح إقراره في المرض كالأجنبي" (3).

(1) شرح الزركشي، مرجع سابق، ج: 2، ص: 157.

(2) المذهب، مرجع سابق، ج: 2، ص: 481، 480، الإقناع للشربيني، مرجع سابق، ج: 2، ص: 328، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج: 2، ص: 240.

(3) المذهب، مرجع سابق، ج: 2، ص: 481، 480.

الرأي الثالث: يرى أصحابه أن إقرار المريض لوارثه بدين أو عين يصح دون الحاجة إلى إجازة الورثة إذا كان غير متهم فيه، أما إذا كان متهماً فيه فلا يصح وهذا هو رأي المالكية⁽¹⁾ وقول عند الحنابلة⁽²⁾.

فقد جاء في المدونة الكبرى: "قلت: أرأيت إن أقر في مرضه أنه قد قبض دينه الذي كان له على فلان أيجوز أم لا؟ قال: إن كان وارثاً وكان ممن يتهم أن يكون إنما أراد أن يولج ذلك إليه لم يقبل قوله"⁽³⁾.

وجاء في الإنصاف: "وإن أقر لوارث لم يقبل إلا ببينة هذا بلا ريب وعليه جماهير الأصحاب وقطع به كثير منهم ونص عليه، وقال أبو الخطاب... يصح ما لم يتهم وفقاً لمالك - رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى - وَأَنَّ أَصْلَهُ مِنَ الْمَذْهَبِ وَصِيَّتَهُ لغير وارث ثم يصير وارثاً لانتفاء التهمة"⁽⁴⁾.

وطالما أن المشرع الليبي لم ينص صراحة على الإقرار في مرض الموت ونص في المادة (2) من القانون رقم (7) لسنة 1994 م بشأن أحكام قانون الوصية الليبي على أن: "كل تصرف صدر في مرض الموت بقصد التبرع أو المحاباة تسري عليه أحكام الوصية أي كانت التسمية التي تعطى له".

وباعتبار الوصية من مسائل الأحوال الشخصية فإنه يمكن للقضاء في ليبيا أن يأخذ بهذا الرأي استناداً إلى نص المادة (165) من قانون إجراءات المحاكم الشرعية الصادر في عام 1958 م .

ويظهر لي رجحان الرأي الأول لقوة الأدلة التي أوردها أصحابه.

(1) المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج:13 ص:212 ، حاشية التسوقي، مرجع سابق، ج:3 ص:399، الفواكه الدواني، مرجع سابق، ج:2 ص:246،247.

(2) الإنصاف، مرجع سابق، ج:12 ص:135.

(3) المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج:13 ص:212.

(4) الإنصاف، مرجع سابق، ج:12 ص:135.

المطلب الثالث

إقرار المريض للأجنبي بمال أو دين

تناول فقهاء الشريعة الإسلامية إقرار المريض بمال أو دين للأجنبي وذهب الجمهور⁽¹⁾ إلى أنه يكون صحيحاً ونافذاً من رأس المال، لكن المالكية اشترطوا في ذلك الإقرار عدم التهمة، وفي رواية عند الحنابلة أن إقرار المريض لأجنبي بمال ودين جائز ويكون من الثلث؛ لأنه ممنوع من عطية ذلك للأجنبي بزيادة على الثلث؛ ولأنه يملك التصرف في الثلث بالوصية فملك الإقرار به، وفي رواية أخرى لا يصح مطلقاً كالإقرار لو ارث، ولقد استدلت جمهور الفقهاء لرأيهم بالأدلة التالية :

أ- استدلتوا بالإجماع على الأثر المروي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أنه قال: " إذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فإنه جائز وإن أحاط ذلك بماله"، " إذا أقر المريض بدين لأجنبي جاز ذلك من جميع تركته"، والقياس أن لا يصح الإقرار إلا في الثلث، ووجه القياس أن حق الورثة متعلق بما زاد على الثلث، وهو لا يملك التبرع بما زاد على الثلث، ولكن قدم الاستحسان بالأثر على القياس، ولم يعرف له فيه مخالف من الصحابة - رضي الله عنهم - فيكون إجماعاً⁽²⁾.

ب- استدلتوا بالمعقول فقالوا: أن المريض في إقراره لأجنبي غير متهم؛ لأنه في حالة المرض أقرب إلى الاحتياط لنفسه بما يراد منه وتحري الصدق فكان أولى بالقبول بخلاف الإقرار لو ارث، فإنه متهم فيه⁽³⁾؛

(1) المبسوط، مرجع سابق، ج 18 ص 24، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 7 ص 224، الهداية شرح البداية، مرجع سابق، ج 3 ص 190، الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ج 4 ص 177، حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج 8 ص 162، المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج 13 ص 212، الكافي لابن عبد البر، مرجع سابق، ج 1 ص 457، حاشية الدمشقي، مرجع سابق، ج 3 ص 399، المهذب، مرجع سابق، ج 2 ص 480، 481، الوسيط، مرجع سابق، ج 3 ص 320، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج 4 ص 353، فتح الوهاب، مرجع سابق، ج 1 ص 382، الإقناع للشربيني، مرجع سابق، ج 2 ص 328، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج 2 ص 240، السراج الوهاج، مرجع سابق، ج 1 ص 255، المغني، مرجع سابق، ج 5 ص 123، 124، الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق، ج 4 ص 570، الفروع، مرجع سابق، ج 6 ص 525، شرح الزركشي، مرجع سابق، ج 2 ص 157، الإنصاف، مرجع سابق، ج 12 ص 138، الروض المربع، مرجع سابق، ج 3 ص 442.

(2) بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 7 ص 224، الوسيط، مرجع سابق، ج 3 ص 320، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج 2 ص 240، المغني، مرجع سابق، ج 5 ص 123، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، ج 3 ص 619.

(3) بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 7 ص 224، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، مرجع سابق، ج 3 ص 416، المهذب، مرجع سابق، ج 2 ص 480، 481، فتح الوهاب، مرجع سابق، ج 1 ص 382، فتح المعين، مرجع سابق، ج 3 ص 193، الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق، ج 4 ص 570، المغني، مرجع سابق، ج 5 ص 124، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، ج 3 ص 619، كشف القناع، مرجع سابق، ج 6 ص 456.

ولأنه من حوائج الميت فإنه يحتاج إلى إظهار ما عليه بإقراره ليفك رقبته وحاجته مقدمة على حق ورثته⁽¹⁾.

فقد جاء في حاشية ابن عابدين: "فالذي تحرر من المتون والشروح أن إقرار المريض لأجنبي صحيح وإن أحاط بجميع ماله وشمل الدين والعين"⁽²⁾. وجاء في الكافي لابن عبد البر: " وإقرار المريض لغير الوارث ومن لا يتهم عليه كإقرار الصحيح"⁽³⁾.

وجاء في المهذب: " ويقبل إقراره بالمال لغير وارث؛ لأنه غير متهم في حقه"⁽⁴⁾.

وجاء في الكافي في فقه ابن حنبل: " وإقرار المريض بدين الأجنبي صحيح؛ لأنه غير متهم في حقه، وعنه لا يقبل في مرض موته؛ لأن حق الورثة تعلق بماله فلم يقبل إقراره به كالمفلس، وعنه يقبل إقراره بثلاث المال دون ما زاد؛ لأنه يملك التصرف فيه بالوصية فملك الإقرار به والأول ظاهر المذهب"⁽⁵⁾.

ولقد سبقت الإشارة إلى موقف المشرع الأردني والسوري والليبي والمصري في المطلب السابق والذي جاء موافقاً لهذا الرأي.

ويظهر لي رجحان ما ذهب إليه الجمهور وذلك لقوة أدلتهم من حيث الأثر والإجماع والمعقول.

(1) المبسوط، مرجع سابق، ج 18 ص 24، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ج 4 ص 127.

(2) حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج 8 ص 162.

(3) الكافي لابن عبد البر، مرجع سابق، ج 1 ص 457.

(4) المهذب، مرجع سابق، ج 2 ص 480، 481.

(5) الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق، ج 4 ص 570.

المطلب الرابع

الإقرار بدين مشترك للوارث والأجنبي

تناول الفقهاء إقرار المريض لوارثه والأجنبي معاً بدين مشترك واختلفوا في ذلك، فكان لفقهاء كل مدرسة فقهية رأي يختلف عن غيرهم، وسأتناول هذه الآراء على النحو التالي:

مدرسة الحنفية: يرى الأحناف⁽¹⁾ إنه إذا أقر المريض لوارثه ولأجنبي بدين مشترك بطل إقراره لهما تصادقا في الشركة أو تكاذبا، لما فيه من منفعة الوارث، فإن ما يحصل للأجنبي بهذا الإقرار يشاركه الوارث فيه، بخلاف ما إذا أوصي لوارثه ولأجنبي فإن الوصية تصح في نصيب الأجنبي؛ لأن ذلك إنشاء عقد، فإذا صححناه في حق الأجنبي لم ينتفع به الوارث، بينما يرى محمد: إنه إذا كان كاذبا بالشركة بينهما أو أنكر الأجنبي الشركة صح في نصيب الأجنبي .

فقد جاء في حاشية ابن عابدين: "قوله أو مع أجنبي قال...أقر لوارثه ولأجنبي بدين مشترك بطل إقراره عندهما تصادقا في الشركة أو تكاذبا، وقال محمد للأجنبي بحصته لو أنكر الأجنبي الشركة"⁽²⁾.

مدرسة المالكية: يرى المالكية⁽³⁾ إنه إذا أقر المريض لوارثه ولأجنبي بدين مشترك صح إقراره لهما .

فقد جاء في شرح ميارة: "قلت فإن أقر بدين لابنه ولأجنبي في مرضه وله بنون سوى الذي أقر له وماله يضيق عما أقر به، قال يتحاصص^(*) ابنه والأجنبي فيما ترك فما صار للابن دخل معه فيه الورثة إن شأوا وليس هذا بمنزلة من أقر بدين لابنه وعليه ديون بنيه"⁽⁴⁾.

مدرسة الشافعية: يرى الشافعية⁽⁵⁾ إن أقر المريض لوارثه ولأجنبي بدين مشترك بطل إقراره لوارثه وصح في نصفه للأجنبي .

(1) المبسوط، مرجع سابق، ج18 ص35، 36، البحر الزانق، مرجع سابق، ج7 ص255، الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ج4 ص178، الدر المختار، مرجع سابق، ج5 ص613، حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج8 ص170، 177، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ج4 ص122.

(2) حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج8 ص170.

(3) شرح ميارة، مرجع سابق، ج2 ص381.

(4) تحاصص القوم اقتسموا حصصهم، و حاصه محاصه قسمة فأخذ كل واحد منهما حصته، ويقال حاصصته الشيء أي قسّمته فحصني منه كذا وكذا يحصني إذا صار ذلك حصتي، و أحص القوم أعطاهم حصصهم، لسان العرب، ابن منظور، مرجع سابق، مادة حصص .

(5) روضة الطالبين، مرجع سابق، ج4 ص354.

فقد جاء في روضة الطالبين: "ولو أقر لوارثه وأجنبي معاً وقلنا لا يقبل للوارث قبل في نصفه للأجنبي على الأظهر"⁽¹⁾.

مدرسة الحنابلة: يرى الحنابلة⁽²⁾ إن إقرار المريض لوارثه وأجنبي بدين مشترك صح في حصة الأجنبي قياساً على الوصية وهو المشهور من المذهب؛ وذلك لتفريق الصفقة في البيع مع انتفاء الجهالة فيه فأولى أن يفرق في الإقرار مع دخول الجهالة فيه، وفي رأي آخر يرى أبو الخطاب عدم اللزوم والصحة.

فقد جاء في النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر: "قوله وإذا أقر بدين لوارث وأجنبي لزمه في حصة الأجنبي، هذا هو المنصور في المذهب كما لو كان الإقرار بلفظين، قال القاضي وهذا بناء على أصلنا في تفريق الصفقة في البيع مع انتفاء الجهالة فيه فأولى أن يفرق في الإقرار مع دخول الجهالة فيه، وذكر أبو الخطاب والأصحاب قولاً بعدم اللزوم والصحة أخذاً من تفريق الصفقة وقاس القاضي الصحة على الوصية، قال الشيخ تقي الدين فكان التفريق بينهما محل وفاق ولو أقر لأجنبي ولعبده بدين فإنه يصح في حصة الأجنبي ذكره محل وفاق"⁽³⁾.

(1) روضة الطالبين، مرجع سابق، ج: 4، ص: 354.

(2) الفروع، مرجع سابق، ج: 6، ص: 524، المبدع، مرجع سابق، ج: 10، ص: 301، الإنصاف، مرجع سابق، ج: 12، ص: 137، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، ج: 3، ص: 620، 621، كشف القناع، مرجع سابق، ج: 6، ص: 456، مطالب أولي النهى، مرجع سابق، ج: 6، ص: 661.

(3) النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر، مرجع سابق، ج: 2، ص: 375.

المطلب الخامس

الإقرار بديون في الصحة وديون في المرض

تناول فقهاء الشريعة الإسلامية حالة ما إذا أقر المريض بدين في صحته وآخر في مرض، واتفقوا على أنهما متساويان في الاستيفاء من التركة إذا كان في التركة سعة لهما، فلا يقدم أحدهما على الآخر، لكنهم اختلفوا في حالة ما إذا كانت التركة لا تفي بهما معاً إلى رأيين هما على النحو التالي:

الرأي الأول: يرى أصحابه أن ديون المرض أضعف من ديون الصحة، وبالتالي تقدم في الوفاء ديون الصحة على ديون المرض الثابت بالإقرار، بحيث يقضي دين الصحة أولاً، فإذا بقى شيء من التركة يقضي به دين المريض الثابت بالإقرار، فإذا بقى شيء أخذه الورثة بعد كل ذلك؛ لأن الإقرار لا يعتبر دليلاً إذا كان فيه إبطال حق الغير وفي إقرار المريض ذلك؛ لأن حق غرماء الصحة تعلق بالمالية لا بالصورة، وفي حال الصحة لم يتعلق حقهم بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التتمير، وتقدم الديون المعروفة الأسباب؛ لأنه لا تهمة في ثبوتها، ولأنه أقر بعد تعلق حق الأجنبي بتركته فلم يشارك المقر له من ثبت حقه قبل التعلق كما لو أقر بعد الفس؛ لأنه أقر بعد تعلق الحق كغريم المفلس الذي أقر له بعد الحجر عليه، والدليل على تعلق الحق بماله منعه من التبرع ومن الإقرار لو ارث؛ ولأنه محجور عليه ولهذا لا تنفذ هباته وتبرعاته فلم يشارك من أقر له قبل الحجر ومن ثبت دينه ببينة كالذي أقر له المفلس، وهذا هو رأي الأحناف⁽¹⁾ والصحيح عند الحنابلة⁽²⁾.

فقد جاء في الهداية شرح البداية: "وإذا أقر الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه بأسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروف الأسباب مقدم... الإقرار لا يعتبر دليلاً إذا كان فيه إبطال حق الغير وفي إقرار المريض ذلك؛ لأن حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحابة إلا بقدر الثلث بخلاف النكاح؛ لأنه من الحوائج الأصلية

(1) الهداية شرح البداية، مرجع سابق، ج3 ص189، الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ج4 ص177، حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج3 ص169.

(2) الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق، ج4 ص570، 571، المغني، مرجع سابق، ج5 ص124، الفروع، مرجع سابق، ج6 ص525، المبدع، مرجع سابق، ج10 ص299، الإنصاف، مرجع سابق، ج12 ص134، كشاف القناع، مرجع سابق، ج6 ص455.

وهو بمهر المثل وبخلاف المبايعة بمثل القيمة؛ لأن حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة، وفي حال الصحة لم يتعلق حقهم بالمال لقدرته على الاكتساب⁽¹⁾.

وجاء في الكافي في فقه ابن حنبل: "فإن ثبت عليه دين في الصحة ثم أقر بدين في مرض موته واتسع ماله لهما تساويا، وإن ضاق عنهما فظاهر كلام الخراقي والتميمي^(*) أنهما يتحصان فيه؛ لأنهما حقان يجب قضاؤهما من رأس المال فتساويا كدين الصحة، وقال القاضي قياس المذهب أنه يقدم الدين الثابت على الدين الذي أقر به في المرض؛ لأنه أقر بعد تعلق حق الأجنبي بماله فلم يشارك المقر له من ثبتت حقه قبل التعلق كما لو أقر بعد الفس، وإن أقر لهما جميعا في المرض تساويا، ولم يقدم السابق منهما؛ لأنهما تساويا في الحال فأشبهه غريمي الصحة⁽²⁾.

الرأي الثاني: يرى أصحابه أن دين الصحة ودين المرض متساويان فلا يقدم أحدهما على الآخر بل يحاص دائن المرض غرماء الصحة إذا لم يكن في التركة وفاء للجميع؛ لأنهما حقان يجب قضاؤهما من رأس المال فتساويا كدين الصحة، ولأنه إقرار لا تهمة فيه، وهذا هو رأي المالكية⁽³⁾ والشافعية⁽⁴⁾ وقول عند الحنابلة⁽⁵⁾.

فقد جاء في الذخيرة: "قال الطرطوشي^(**) إذا أقر المريض لأجانب لا يستهم عليهم، وأقر لبعضهم في الصحة ولبعضهم في المرض وضاعت التركة استوا في المحاصة وقاله (ش) وقال (ح) يقدم غرماء الصحة ولا خلاف أن من تقدم إقراره في المرض لشخص ثم أقر لآخر أنهما سواء، وإن كان للتقديم والتأخير أثر في التبرعات وقال: لو حابى ثم قدمت المحاباة ولو عكس تساويا،

(1) الهداية شرح البداية، مرجع سابق، ج: 3 ص: 189.

(2) هو عبد العزيز بن الحارث بن أسد أبو الحسن التميمي، صحب أبا القاسم الخراقي، وصنف في الأصول والفروع والفرائض صحبه القاضي أبو علي بن أبي موسى وأبو الحسين بن هرمز، وكان له أولاد أبو الفضل وأبو الفرج وغيرهما، ومولده سنة سبع عشرة وثلاثمائة هجري وموته سنة إحدى وسبعين وثلاثمائة هجري، ينظر طبقات الحنابلة، مرجع سابق، ج: 2 ص: 139.

(3) الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق، ج: 4 ص: 570، 571.

(4) المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج: 13 ص: 227، الذخيرة، مرجع سابق، ج: 9 ص: 260.

(5) الأم، مرجع سابق، ج: 7 ص: 121، المهذب، مرجع سابق، ج: 2 ص: 480، 481، إغاة الطالبين، مرجع سابق، ج: 3 ص: 194.

(6) المغني، مرجع سابق، ج: 5 ص: 124، الفروع، مرجع سابق، ج: 6 ص: 525، الإنصاف، مرجع سابق، ج: 12 ص: 134.

(**) هو محمد بن الوليد بن محمد بن خلف بن سليمان بن أيوب الفهري المعروف بالطرطوشي ومنها أصله يكنى أبا بكر ويعرف بابن أبي رندقة، نشأ بالأندلس ببلده طرطوشة ثم تحول لغيرها من بلاد الأندلس وصحب القاضي أبا الوليد الباجي بسر قسطة وأخذ عنه مسائل الخلاف وكان يعين إليها وتفق عليه وسمع منه وأجاز له ثم رحل إلى المشرق وحب فدخل بغداد والبصرة وتفق عند أبي بكر الشاشي وابن سعيد المتولي وأبي سعيد الجرجاني وغيرهم من أئمة الشافعية، وسكن الشام مدة ودرس بها وأخذ عنه الناس هناك علماء كثيرا، امتحن في دولة العبيديين بالإخراج من الإسكندرية والتزم الفسطاط ومنع الناس من الأخذ عنه ثم شرح ألف تأليف حسنا منها تعليقه في مسائل الخلاف وفي أصول الفقه وكتابه في البدع والمحدثات وفي بر الوالدين وغير ذلك، توفي بالإسكندرية في شهر شعبان سنة عشرين وخمسمائة هجري، ينظر الديباج المذهب، مرجع سابق، ج: 1 ص: 276-278.

وأصل المسألة أن المرض لا يؤثر في الإقرار عند (ش) ويؤثر عند (ح) وعندنا يؤثر في محل تقوى فيه التهمة⁽¹⁾.

وجاء في المهذب: "وإن أقر لرجل بدين في الصحة وأقر لآخر بدين في المرض وضاق المال عنهما قسم بينهما على قدر الدينين؛ لأنهما حقان يجب قضاؤهما من رأس المال ولم يقدم أحدهما على الآخر كما لو أقر لهما في حال الصحة"⁽²⁾.

وجاء في المبدع: "و رواية عن أحمد يحاصهم إذا لم يكن في التركة وفاء للجميع؛ لأنهما حقان يجب قضاؤهما من رأس المال فتساويا كدين الصحة وكما لو ثبتا بالبينة"⁽³⁾.

ويبدو لي أنه هو الرأي الراجح وذلك لقوة أدلة أصحابه، كما أنه إذا قبلنا إقراره في حال الصحة يفترض بنا أن نقبله في حال المرض؛ لأن دلالة الإقرار على الصدق في مرض الموت أكثر من دلالته عليه في الصحة، فإذا صح الإقرار في حالة الصحة ففي حال المرض أولى.

(1) الذخيرة، مرجع سابق، ج: 9 ص: 260.

(2) المهذب، مرجع سابق، ج: 2 ص: 480، 481.

(3) المبدع، مرجع سابق، ج: 10 ص: 299.

الفصل الثاني

أثر مرض الموت على تصرفات

المريض في مسائل الأحوال

الشخصية

تمهيد وتقسيم :

بعد أن بينتُ في الفصل الأول أثر مرض الموت على التصرفات المالية التي يبرمها المريض من معاوضات وتبرعات وإقرارات .

بقى لي أن أتعرف على أثر مرض الموت في تصرفات المريض في بعض مسائل الأحوال الشخصية، فهي وإن لم يكن المال معتبراً فيها أصالة إلا أنها تترتب عليها آثار مالية، بالتالي ينبغي معرفة أثر المرض فيها.

هذا ما سأحاول الإجابة عليه في هذا الفصل، من خلال التعرف على حكم النكاح في مرض الموت ومقدار المهر فيه، ووقوع الطلاق، وعدة وميراث المطلقة فيه، وحكم الخلع فيه، ومقدار العوض، والميراث في الخلع، وسأتناول ذلك كله في ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: النكاح في مرض الموت.

المبحث الثاني: الطلاق في مرض الموت.

المبحث الثالث: الخلع في مرض الموت.

المبحث الأول النكاح في مرض الموت

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

تعريف النكاح لغةً واصطلاحاً ومشروعيته والحكمة من تشريعه.

• تعريف النكاح:

النكاح في اللغة: نَكَحَ بمعنى تزوج، ولا يعرف شيء من ذكر النكاح في كتاب الله - تعالى - إلا على معنى التزويج، قال تعالى: ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ ﴾ (1) فهذا تزويج لا شك فيه، وقال تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا... ﴾ (2) فعقد التزويج يسمى النكاح (3).

الزواج في اصطلاح الفقهاء: عرفه الأحناف (4) والمالكية (5) والشافعية (6) والحنابلة (7) بأنه: عقد يفيد ملك المتعة أي حل استمتاع الرجل من امرأة، ما لم يمنع من نكاحهما مانع شرعي، ويعتبر فيه لفظ نكاح أو تزويج أو ترجمته. كما عرفه محمد أبو زهرة بأنه: هو عقد يفيد حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع (8).

النكاح في القانون: لقد عرفه المشرع الليبي في المادة رقم (2) من القانون رقم (10) لسنة 1984 م، بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما بأنه: ميثاق شرعي يقوم على أسس من المودة والرحمة والسكينة، تحل به العلاقة بين رجل وامرأة ليس أحدهما محرماً على الآخر.

(1) سورة النور، الآية رقم 32.

(2) سورة الأحزاب، جزء من الآية رقم 49.

(3) لسان العرب لابن منظور، مرجع سابق، مادة نكح.

(4) الدر المختار، مرجع سابق، ج: 3، ص: 4، 3.

(5) مواهب الجليل، مرجع سابق، ج: 3، ص: 403.

(6) فتح المعين، مرجع سابق، ج: 3، ص: 254، 255، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج: 3، ص: 123.

(7) كشاف القناع، مرجع سابق، ج: 5، ص: 5.

(8) محاضرات في عقد الزواج وآثاره، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 18.

• مشروعية النكاح:

- أ- القرآن الكريم: قال تعالى: ﴿...فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَتَى وَثَلَاثَ وَرُبَاعَ...﴾⁽¹⁾، فالآية صريحة في إفادة مشروعية الزواج .
- ب- السنة النبوية: قوله - صلى الله عليه وسلم -: "يا معشرَ الشبابِ من استطاعَ البَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ، فَإِنَّهُ أَغْضُ لِلْبَصْرِ، وَأَحْصَنُ لِلْفَرْجِ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ فَإِنَّهُ لَهُ وَجَاءٌ"⁽²⁾، فالحديث يدل بشكل صريح على مشروعية الزواج وإن كان قيده بالاستطاعة.
- ج- الإجماع: أجمع الصحابة - رضوان الله عليهم - على مشروعية الزواج كما جاء في القرآن والسنة.

• الحكمة من تشريع النكاح :

شرع الله - سبحانه وتعالى- الزواج لحكمة بالغة، حيث بالزواج يتحقق للإنسان العديد من المصالح الدينية والدنيوية، والتي من بينها حفظ النساء والقيام عليهن، وفيه كذلك صيانة للنفس من الزنا، فالغريزة الجنسية هي من أقوى الغرائز وأعنفها، فلما لم يكن ثمة ما يشبعها انتاب الإنسان الكثير من القلق والاضطراب، والزواج وضع طبيعي لكبح هذه الغريزة والسمو بها والسيطرة عليها، كما أن الزواج هو الوسيلة الوحيدة للإنجاب والتكاثر واستمرار الحياة، والمحافظة على الجنس البشري مع رعاية الأنساب التي يوليها الإسلام عناية فائقة، وبه تكثير عباد الله - تعالى- وأمة الرسول - صلى الله عليه وسلم - وتتحقق مباحاته بهم كما قال: " تزوجوا الولود الودود فإنني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة"⁽³⁾، كما أنه لا تنمو غريزة الأبوة والأمومة إلا في ظل الزواج، ولا تتكامل إلا في ظل الطفولة، ولا تتعاضد مشاعر العطف والود والحنان إلا في رحاب الحياة الزوجية المستقرة، كما أن الشعور بتبعية الزواج ورعاية الأولاد يبعثان على النشاط وبذل الجهد في تقوية ملكات الفرد ومواهبه، فينتقل إلى العمل من أجل النهوض بأعبائه

(1) سورة النساء، جزء من الآية رقم 3 .

(2) صحيح البخاري، مرجع سابق، كتاب النكاح، باب من لم يستطع الباءة فليصم .

(3) خلاصة البدر المنير في تخريج كتاب الشرح الكبير للرافعي، عمر بن علي بن الملحق الأنصاري، تحقيق: حمدي عبد المجيد إسماعيل السلفي، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد، الرياض، تاريخ الطبع 1410 هـ، الجزء الثاني، كتاب النكاح، باب ما جاء في استحباب النكاح للقادر على مؤنه وصفة المنكوحه واحكام النظر .

والقيام بواجبه، فيكون ذلك سبباً في النمو والتقدم وتوسيع مجالات الاستثمار، مما يزيد في تنمية الثروة وكثرة الإنتاج، ويدفع إلى استخراج ثروات الله واستغلالها أفضل استغلال. (1)

(1) المبسوط، مرجع سابق، ج:4 ص:192،193، الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، خليفة أحمد العقيلي، الطبعة الأولى، دار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، ليبيا، تاريخ الطبع 1990 م، ص 179.

المطلب الثاني

حكم النكاح في مرض الموت

تناول فقهاء الشريعة الإسلامية النكاح في مرض الموت، لكنهم اختلفوا حول

جوازه من عدمه إلى رأيين:

الرأي الأول: يرى أصحابه أن النكاح في مرض الموت جائز كما هو نكاح الصحيح سواء بسواء، وهذا رأي الجمهور من الأحناف⁽¹⁾ والشافعية⁽²⁾ والحنابلة⁽³⁾ والظاهرية⁽⁴⁾ وهو كذلك قول ابن شبرمة^(*) والأوزاعي .

فقد جاء في المبسوط: " وإذا تزوج المريض امرأة على ألف درهم وهي مهر مثلها كانت المرأة استوت لغرماء الصحة في مهرها؛ لأن وجوب دينها بسبب لا تهمة فيه وهو النكاح ثم هذا السبب من حوائج المريض؛ لأن النكاح في الأصل عقد مصلحة مشروع للحاجة وبمرضه تزداد حاجته إلى ما يتعاهده، وهو غير محجور عن التزام الدين بمباشرة ما هو من حوائجه كاستئجار الأطباء وشراء الأدوية، ثم مهر المثل لا يجب بالتسمية بل إنما يجب شرعاً بصحة النكاح"⁽⁵⁾.

وجاء في روضة الطالبين: " نكاح المريض صحيح، فإن نكح بمهر المثل أو أقل فهو من رأس المال، كما لو اشترى شيئاً بثمن مثله وإن كان بأكثر من مهر المثل استحقت مهر المثل والزيادة تبرع على الوارث"⁽⁶⁾.

وجاء في كشاف القناع: " وحكم التزوج في مرضه حكمه في الصحة... وحكم تزوجها في مرضها حكم التزوج في الصحة...؛ لأنه عقد معاوضة يصح في الصحة فصح في المرض كالبيع؛ ولأن له أن يوصي بثلث ماله"⁽⁷⁾.

(1) الحجة على أهل المدينة، أبو عبد الله محمد بن حسن الشيباني، تحقيق: مهدي حسن الكيلاني القادري، الطبعة الثالثة، عالم الكتب، بيروت، تاريخ الطبع 1403 هـ ج: 3 ص: 495 وما بعدها، المبسوط مرجع سابق، ج: 18 ص: 30، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج: 7 ص: 225، حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج: 8 ص: 164.

(2) الأم، مرجع سابق، ج: 4 ص: 103، المهذب، مرجع سابق، ج: 1 ص: 453، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج: 6 ص: 132، مسند الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، كتاب النكاح من الإملاء ج: 1 ص: 376، 377.

(3) المغني، مرجع سابق، ج: 6 ص: 265، 266، الفتاوى الكبرى، أحمد عبد الحلیم بن تيمية الحراني، تحقيق: حسنين محمد مخلوف، دار المعرفة، بيروت، ج: 4 ص: 86، كشاف القناع، مرجع سابق، ج: 4 ص: 484، 485.

(4) المحلى، مرجع سابق، ج: 10 ص: 25، 26.

(5) هو عبد الله بن شبرمة بن طفيل بن حسان الضبي، ولد سنة اثنتين وتسعين من الهجرة ومات سنة أربع وأربعين ومائة هجري، وكان عفيفاً صارماً عاقلاً خيراً، حدث عن أنس بن مالك وعامر الشعبي وإبراهيم النخعي والحسن البصري وغيرهم، وحدث عنه الثوري وابن المبارك وسفيان بن عيينة وغيرهم، وثقه أحمد بن حنبل، ينظر طبقات الفقهاء، مرجع سابق، ج: 1 ص: 85، سير أعلام النبلاء، مرجع سابق، ج: 6 ص: 347، 348.

(6) المبسوط مرجع سابق، ج: 18 ص: 30.

(7) روضة الطالبين، مرجع سابق، ج: 6 ص: 132.

(8) كشاف القناع، مرجع سابق، ج: 4 ص: 484، 485.

وجاء في المحلى: "جائز ويرثها وترثه مات من ذلك المريض أو صح ثم مات... ولها في كل ذلك الصداق المسمى كالصحيحين ولا فرق... عن الزهري في نكاح المريض قال: ليس له أن يدخل الإضرار على أهل الميراث ولا نرى أن ترثه إن فعل ذلك إضراراً... وقال قتادة: إن كان تزوجها من حاجة إليها في خدمته أو في القيام بأمره فإنها ترثه... عن سفيان الثوري قال: نكاح المريض جائز على مهر مثلها... وهو قول ابن شبرمة و الأوزاعي... وأبي سليمان^(*)(1).

ولقد استدل الجمهور على رأيهم بالأدلة التالية :

- أ- بما روي عن معاذ بن جبل^(**) - رضي الله عنه- أنه قال في مرضه الذي مات فيه: " زوجوني فإني أكره أن ألقى الله تعالى عزباً⁽²⁾ .
ويمكن مناقشة هذا الأثر بأن معاذاً طلب أن يزوجه لحاجته إلى الزواج، إذ لم يكن وقتها متزوجاً، فأراد أن يقابل ربه وهو محصن عفيف، والإحصان والعفة صورة من صور الحاجة إلى الزواج، وهذا أخص مما ادعاه أصحاب هذا الرأي فإنهم أجازوا زواج المريض ولو كان غير محتاج إلى الزواج⁽³⁾.
ب- وبما روي عن نافع أنه قال: قال: عمر بن الخطاب^(***) - رضي الله عنه- إذا نكح الرجل امرأة وهو مريض فإن صداقها من الثلث، فلم يبطل عمر - رضي الله عنه- النكاح، بل قيده بأن يكون المهر من الثلث⁽⁴⁾.

(*) هو أبو سليمان داود بن علي ابن خلف البغدادي المعروف بالأصبهاني مولى أمير المؤمنين المهدي، رئيس أهل الظاهر، ولد في سنة اثنتين ومئتين ومات سنة سبعين ومئتين هجري، وكان إماماً ورعاً ناسكاً زاهداً، حدث عنه ابنه أبو بكر وغيره، عرف بالأصبهاني لأن أمه أصبهانية وكان أبوه حنفي المذهب، ينظر سير أعلام النبلاء، مرجع سابق، ج13 ص97-101.
(1) المحلى، مرجع سابق، ج10 ص25، 26.

(**) هو أبو عبد الرحمن معاذ بن جبل بن عمرو بن أوس الأنصاري الخزرجي، صحابي جليل، أسلم وعمره ثماني عشرة سنة، شهد بيعة العقبة، ثم شهد بدرًا وأحد، جمع القرآن على عهد الرسول - صلى الله عليه وسلم -، وكان من الذين يقتون في ذلك العهد، بعثه النبي صلى الله عليه وسلم بعد غزوة تبوك قاضياً ومرشداً لأهل اليمن، قدم من اليمن إلى المدينة في خلافة أبي بكر، ينظر طبقات الفقهاء، مرجع سابق، ج1 ص26.

(2) الحجة ج3 ص500، الأم ج4 ص103، معرفة السنن والآثار، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو أحمد البيهقي الخسروجدي، تحقيق: سيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، بيروت، ج5 ص102.

(3) أثر مرض الموت في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي، د.أنور محمد دبور، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، الصادرة عن كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثالث، تموز 1989م، ص80.

(**) هو عمر بن الخطاب بن نفيل بن عدي بن كعب بن لؤي القرشي العدوي، ثاني الخلفاء الراشدين، ولد بعد الفيل بثلاث عشرة سنة، وكان من أشرف قريش وإليه كانت السفارة في الجاهلية، أسلم عمر بعد أربعين رجلاً وإحدى عشرة امرأة وقيل أسلم بعد تسعة وثلاثين رجلاً وعشرين امرأة، وكان أسلامه قبل الهجرة بخمس سنين، ولازم النبي صلى الله عليه وسلم، وكان أحد وزيريه، بايعه المسلمون خليفة بعد أبي بكر، قتله أبو لؤلؤة المجوسي وهو يصلي الصبح، ينظر طبقات الفقهاء، مرجع سابق، ج1 ص19، الأعلام للزركلي، مرجع سابق، ج5 ص45.

(4) الحجة، مرجع سابق، ج3 ص501، 502.

- ج- وبما رُوِيَ عن الشيباني(*) قال: سمعت الشعبي(**) يقول في رجل تزوج امرأة وهو مريض فقال الشعبي يجوز تزويجهُ وبيعهُ وشراءه(1).
- د- وبما رُوِيَ عن هشام بن عروة(***) عن أبيه قال: دخل الزبير على قدامة بن مظعون(****) - رضي الله عنه- يعوده، قال: فَبَشَّرَ الزبيرَ بجارية وهو عنده فقال: قدامة زوجنيها، فقال: له الزبير وما تصنع بجارية صغيرة وأنت على هذه الحالة فقال: إن عشت فبنت الزبير، وإن مت فأحب من ورثتي، قال: فزوجها إياه، فالزبير زوج قدامة بن مظعون في مرضه(2).
- هـ- وبما رُوِيَ عن عمرو بن دينار(****) أن عبد الرحمن بن أم الحكم(*****) أراد في شكواه أن يخرج امرأته من ميراثها منه فأبَت فنكح عليها ثلاث نسوة وأصدقهن ألف دينار كل امرأةٍ منهن فأجاز ذلك عبد الملك بن مروان(*****) وشرك بينهن في الثمن(3).

(*) هو أبو إسحاق سليمان بن أبي سليمان فيروز ويقال خاقان وقيل عمرو، مولى بني شيبان بن ثعلبة الكوفي، ولد في أيام الصحابة كآبَن عمر وجابر، وحدث عن الشعبي وعبد الرحمن بن يزيد النخعي وعكرمة وغيرهم، وحدث عنه سفيان وابن عيينة وغيرهم، وتقه يحيى بن معين، مات سنة ثمان وثلاثين ومائة هجري، ينظر سير أعلام النبلاء، مرجع سابق، ج6 ص193-195.

(**) أبو عمرو عامر بن شراحيل الهمداني الكوفي، أصله من حمير منسوب إلي شعب همدان ولد ونشأ بالكوفة، كان إماماً حافظاً فقيهاً ولقي الشعبي أربعة وثلاثين رجلاً من الصحابة، ومن أعلام القوم الذين أدركهم علي بن أبي طالب وسعد بن أبي وقاص وابن عباس وأسامة بن زيد وأبو سعيد الخدري والمغيرة بن شعبة وأنس بن مالك وأبو هريرة وهو ثقة عند أهل الحديث، ينظر صفة الصفوة، مرجع سابق، ج:3 ص:75، 76، ينظر سير أعلام النبلاء، مرجع سابق، ج4 ص:294-304.

(1) المحلي، مرجع سابق، ج:10 ص:26، سنن سعيد بن منصور، سعيد بن منصور الخرساني، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، الطبعة الأولى، الدار السلفية، الهند، تاريخ الطبع 1403 هـ، كتاب الوصايا، باب تزويج الجارية الصغيرة، ج:1 ص:206.

(**) هو هشام بن عروة بن الزبير بن العوام بن خويلد بن أسد ويكنى أبا المنذر، من حفاظ أهل المدينة ومتقيهم وأهل الورع والفضل في الدين كان مولده سنة ستين أو إحدى وستين هجري، وكان ثقة ثباتاً كثير الحديث حجة وقد سمع من عبد الله بن الزبير ووفد على أبي جعفر المنصور بالكوفة ولحق به ببغداد فمات بها سنة ست وأربعين ومائة هجري، ينظر الطبقات الكبرى، مرجع سابق، ج7 ص:321.

(****) هو قدامة بن مظعون بن حبيب بن وهب بن حذافة بن جمح القرشي يكنى أبا عمرو، وهو من السابقين إلى الإسلام هاجر إلى الحبشة مع أخويه عثمان وعبد الله ابني مظعون وشهد بدرأً وأحدًا وسائر المشاهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم، واستعمل عمر بن الخطاب قدامة بن مظعون على البحرين، روى ابن جريج عن أيوب السخيتاني قال: لم يحد أحد من أهل بدر في الخمر إلا قدامة بن مظعون، وتوفي قدامة سنة ست وثلاثين هجري، ينظر سير أعلام النبلاء، مرجع سابق، ج:1 ص:161، 162.

(2) الحجّة، مرجع سابق، ج:3 ص:501-504، الأم، مرجع سابق، ج:4 ص:103، ج:5 ص:102، المحلي، مرجع سابق، ج:10 ص:26.

(*****) هو عمرو بن دينار مولى قريش مكي إمام عن ابن عباس وابن عمر وروى عنه شعبة، قال طاروس إن بن دينار هذا جعل أنه قمعاً لكل عالم، وكان عمرو لا يدع إتيان المسجد ومات عمرو بن دينار سنة ست وعشرين ومائة هجري، وكان يقني بالبدل وكان عمرو ثقة ثباتاً كثير الحديث، ينظر الطبقات الكبرى، مرجع سابق، ج5 ص:479، 480.

(*****) هو عبد الرحمن بن عبد الله بن عثمان بن عبد الله بن ربيعة بن الحارث، وهو مشهور بأمه أم الحكم، روى عن النبي صلى الله عليه وسلم ومرسلًا، روى عنه إسماعيل بن عبيد الله ويعقوب بن عثمان، واستعمله خاله معاوية على الكوفة سنة سبع وخمسين هجري ثم عزله، واستعمله معاوية أيضاً على الجزيرة وغزا الروم سنة ثلاث وخمسين هجري، توفي أيام عبد الملك بن مروان، ينظر أسد الغابة، مرجع سابق، ج3 ص:433، 434.

(*****) هو عبد الملك بن مروان بن الحكم بن أبي العاص بن أمية ابن شمس بن عبد مناف، الخليفة الفقيه أبو الوليد الأموي ولد سنة ست وعشرين هجري، سمع عثمان وأبا هريرة ومعاوية وابن عمر وبريرة وغيرهم، وحدث عنه عروة وخالد بن معدان وإسماعيل بن عبيد الله والزهري وآخرون، وقال أبو الزناد: فقهاء المدينة سعيد بن المسيب وعبد الملك وعروة وقيصة بن ذؤيب، تملك بعد أبيه الشام ومصر ثم حارب ابن الزبير الخليفة، واستولى على العراق وجهز الحجاج لحرب ابن الزبير فقتل ابن الزبير سنة اثنتين وسبعين هجري، قال مالك: أول من ضرب الدنانير عبد الملك وكتب عليها القرآن، توفي سنة ست وثمانين هجري، ينظر طبقات الفقهاء، مرجع سابق، ج:1 ص:46، سير أعلام النبلاء، مرجع سابق، ج4 ص:246-249.

(3) مسند الشافعي، مرجع سابق، ج:1 ص:376، 377، الأم، مرجع سابق، ج4 ص:103، المغني، مرجع سابق، ج6 ص:265، ج5 ص:101.

و- وبما رُوِيَ عن شريح أنه قضى في نكاح رجل نكح عند موته فجعل الميراث والصداق في ماله⁽¹⁾.

ز- بما رُوِيَ عن الحسن البصري^(*) أنه كان يقول يجوز تزويج المريض في مرضه⁽²⁾.

ح- كما استدلَّ الجمهور بالمعقول، فالنكاح من الحوائج الأصلية للإنسان، وبمرضه تزداد حاجته إلى من يتعاهده ويقوم بشؤونه؛ ولأنه في الأصل عقد مصلحة مشروع للحاجة، كما أنه له أن يوصي بثلث ماله⁽³⁾.

ويمكن مناقشة ذلك بأن النكاح من الحوائج الأصلية للإنسان إذا كان المريض في حاجة إليه، أما إذا كان غير محتاج إليه فلا يكون من الحاجات الأصلية في حقه، وإنما يكون سبباً من أسباب إلحاق الضرر بالورثة، وهو أمر غير جائز⁽⁴⁾.

ط- كما قاس الجمهور النكاح على البيع باعتبار أن كل منهما عقد معاوضة، وقالوا إن النكاح عقد معاوضة يصح في الصحة والمرض كالبيع⁽⁵⁾.

ويمكن مناقشة ذلك بأنه قياس مع الفارق فالبيع فيه معاوضة مالية من الطرفين، بخلاف الزواج فإن دفع المال فيه إنما يكون من قبل الزوج وحده⁽⁶⁾.

ولقد أخذ المشرّع الأردني والسوري والمصري برأي الجمهور القائل بجواز النكاح في مرض الموت، في نصوص المواد (183) من قانون الأحوال الشخصية الأردني و(304) من قانون الأحوال الشخصية السوري و(3) من قانون الأحوال الشخصية المصري.

الرأي الثاني: يرى أصحابه أن النكاح في مرض الموت غير جائز إذا كان كل من الطرفين مريضاً، وهذا هو قول المالكية لكنهم اختلفوا في حالة ما إذا كان

(1) لأم، مرجع سابق، ج: 4، ص: 104، ج: 5، ص: 101.

(*) هو أبو سعيد الحسن بن أبي الحسن البصري، مولى الأنصار، ولد الحسن لسنتين بقتنا من خلافة عمر رضي الله عنه. ومات بالبصرة عشية الخميس ودفن يوم الجمعة غرة رجب سنة عشر ومائة هجري وهو ابن ثمان وثمانين سنة، وروي أن أمه كانت خاتمة لأم سلمة زوج رسول الله - صلى الله عليه وسلم ورضي الله عنها- وربما بعثتها في حاجة فيبكي الحسن فتناوله ثديها فراوا أن تلك الحكم التي رزقها الحسن من بركات ذلك، ينظر على طبقات الفقهاء، مرجع سابق، ج: 1، ص: 91.

(2) المحلي، مرجع سابق، ج: 10، ص: 26.

(3) المبسوط، مرجع سابق، ج: 18، ص: 30.

(4) أثر مرض الموت في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي، د. أنور محمد دبور، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، الصادرة عن كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثالث، تموز 1989 م، ص: 81.

(5) لأم، مرجع سابق، ج: 4، ص: 103، 104، المغني، مرجع سابق، ج: 6، ص: 265، 266، كشاف القناع، مرجع سابق، ج: 4، ص: 484، 485.

(6) أثر مرض الموت في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي، د. أنور محمد دبور، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، الصادرة عن كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثالث، تموز 1989 م، ص: 81.

أحد الزوجين مريضاً دون الآخر واحتاج إليه، وسأتناول أقوال المالكية بشيء من التفصيل على النحو التالي :

القول الأول: يرى أصحابه⁽¹⁾ أن المريض مرضاً مخوفاً لا يجوز له أن يتزوج وإن أذن له الوارث وسواء احتاج المريض إلى النكاح أم لا، للنهي عن إدخال وارث، وهو المشهور عند اللخمي^(*) وبه قال الزهري .

فقد جاء في المدونة الكبرى: " (قلت) رأيت المرأة...تتزوج وهي مريضة يجوز تزويجها أم لا (قال) لا يجوز تزويجها عند مالك...وإن كانت المرأة مريضة فتزوجت في مرضها فإنه لا يجوز هذا النكاح "⁽²⁾ .

وجاء في حاشية الدسوقي: " قوله (وهل يمنع من النكاح مرض أحدهما المخوف) أي سواء كان المريض مشرفاً أم لا، وقوله (مرض أحدهما) أي وأما لو كانا معاً مريضين فإنه يتفق على المنع، ثم إن كلاً من القولين في مرض أحدهما قد شهر، فالأول شهره اللخمي والثاني شهره ابن شاس^(**)، لكن الأول منهما هو الراجح للنهي عن إدخال وارث، وإنما لم يمنع المريض من وطء زوجته مع أن فيه إدخال وارث وقد نهى عنه؛ لأن في النكاح إدخال وارث محقق وليس ينشأ عن كل وطء حمل "⁽³⁾ .

وجاء في المحلى: " عن الزهري في نكاح المريض قال: ليس له أن يدخل الإضرار على أهل الميراث ولا نرى أن ترثه إن فعل ذلك إضراراً "⁽⁴⁾ .

وقول المالكية بعدم صحة نكاح المريض والمريضة مرجعه إلى أن فيه إضراراً بالورثة، حيث يترتب على هذا الزواج إدخال وارث جديد، وبالتالي إذا وقع فهو فاسد ولا ميراث فيه، يعني سواء مات المريض أو الصحيح، ويفسخ إن صح المريض أو لم يصح وقيل أنه يثبت إذا صح المريض، ويرد على ذلك بأن دخول

(1) المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج: 4، ص: 246، 247 - ج: 5، ص: 37، الذخيرة، مرجع سابق، ج: 4، ص: 210، التاج والإكليل، مرجع سابق، ج: 3، ص: 481، حاشية العسوي، مرجع سابق، ج: 2، ص: 506، مواهب الجليل، مرجع سابق، ج: 3، ص: 481، بداية المجتهد، مرجع سابق، ج: 2، ص: 35، المحلى، مرجع سابق، ج: 10، ص: 25 .

(*) هو أبو الحسن علي بن محمد الربيعي المعروف باللخمي قيرواني نزل بصفافس، تفقه بآب بن محرز والتونسي، وكان أبو الحسن فقيهاً فاضلاً ديناً متقناً ذا حظ من الأدب، أخذ عنه أبو عبدالله المازري، وله تعليق كبير على المدونة سماه التبصرة، توفي في صفافس سنة ثمان وتسعين وأربعمائة هجري، ينظر الديباج المذهب، مرجع سابق، ج: 1، ص: 203، الأعلام للزركلي، مرجع سابق، ج: 4، ص: 328 .

(2) المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج: 4، ص: 246، 247 .

(**) هو أبو محمد عبدالله بن نجم بن شاس بن نزار الجذامي السعدي الفقيه المالكي، كان فقيهاً فاضلاً في مذهبه عارفاً بقواعده، صنف الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، توفي سنة عشر وستمائة هجري، ينظر الديباج المذهب، مرجع سابق، ج: 1، ص: 141، الأعلام للزركلي، مرجع سابق، ج: 4، ص: 124 .

(3) حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج: 2، ص: 276 .

(4) المحلى، مرجع سابق، ج: 10، ص: 25 .

الزوجة ضمن الورثة في حالة احتياج المريض للزواج لا يكون قصداً بل تبعاً، فالقصد من الزواج أساساً بالنسبة للمريض المحتاج هو سد حاجاته، أما دخول الزوجة ضمن الورثة ومشاركتها لهم فهو أمر تبعي⁽¹⁾.

ولقد أخذ المشرع التونسي بهذا الرأي حيث تشدد في ضرورة أن لا يقوم ضابط الحالة المدنية أو العدول الذين وقع اختيارهم لتحرير عقود الزواج أن يقوموا بإبرام الزواج إلا بعد أن يتسلموا من الطرفين العازمين على الزواج شهادة طبية تثبت خلوهم من الأمراض المعدية والخطيرة، ونص في الفصل الخامس من القانون عدد(46) لسنة 1964 م المتعلق بالشهادة الطبية السابقة للزواج على أنه: " يمكن للحاكم في الحالات الاستثنائية إعفاء الشخصين العازمين على الزواج أو أحدهما من تقديم الشهادة الطبية، ولا تطلب الشهادة الطبية من كلا الشخصين العازمين على الزواج إذا كان أحدهما في حالة احتضار " .

القول الثاني: يرى أصحابه⁽²⁾ أن منع النكاح في مرض الموت وإن أذن الوارث مقيد بعدم احتياج المريض إلى من يقوم بشؤونه ويخدمه في مرضه، وعليه إن احتاج إلى ذلك جاز له النكاح وإن منعه الوارث منه، وهو المشهور عند ابن شاس وبه قال قتادة، وهو الرأي الراجح عندي فقد حاول التوفيق بين رأي الجمهور الذي لا يمكن الأخذ به على إطلاقه دون تفريق بين حالة المريض المحتاج إلى الزواج وغير المحتاج والرأي الأول عند المالكية الذي لا يجيز زواج المريض حتى لو احتاج إليه المريض، ووفقاً لهذا الرأي لا يجوز زواج المريض إذا كان غير محتاج إليه؛ لأن فيه الإضرار بالورثة والدائنين، وإذا كان محتاج إلى الزواج فإنه يجوز له أن يتزوج؛ لأن الزواج في هذه الحالة يعتبر من حوائج الأصلية .

فقد جاء في شرح مختصر خليل: " يقول منع النكاح المذكور وإن أذن الوارث مقيد بعدم الاحتياج إلى النكاح أو إلى من يقوم به ويخدمه في مرضه وعليه إن احتاج إلى ذلك جاز له النكاح وإن منعه الوارث منه قال في الجواهر وهو المشهور"⁽³⁾.

(1) أثر مرض الموت في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي، د. أنور محمد دبور، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، الصادرة عن كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثالث، تموز 1989 م ، ص 82.
(2) التاج والإكليل، مرجع سابق، ج: 3، ص: 481 ، شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج: 3، ص: 234 ، مواهب الجليل، مرجع سابق، ج: 3، ص: 481، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج: 2، ص: 276 منح الجليل، مرجع سابق، ج: 3، ص: 377، الثمر الداني شرح رسالة القيرواني، مرجع سابق، ج: 1، ص: 462 ، كفاية الطالب، مرجع سابق، ج: 2، ص: 98.
(3) شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج: 3، ص: 234 .

وجاء في حاشية الدسوقي: " قوله (وهل يمنع من النكاح مرض أحدهما المخوف) أي سواء كان المريض مشرفاً أم لا، وقوله (مرض أحدهما) أي وأما لو كانا معاً مريضين فإنه يتفق على المنع، ثم إن كلا من القولين في مرض أحدهما قد شهر، فالأول شهره اللخمي والثاني شهره ابن شاس⁽¹⁾.
وجاء في كفاية الطالب: " المشهور الآخر يجوز مع الحاجة ولا يجوز مع عدمها"⁽²⁾.

والمشرع الليبي عندما لم ينص صراحة على النكاح في مرض الموت، ونص في المادة(165) من قانون إجراءات المحاكم الشرعية الصادر في عام1958م على أنه: " تطبق المحاكم الشرعية المدون في هذا القانون، وأرجح الأقوال من مذهب الإمام مالك، ما عدا الأحوال التي ينص فيها قانون على أحكام شرعية خاصة فيجب اتباعها "، ونص في المادة (17) من القانون رقم(17) لسنة 1992 م بشأن تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم على أنه:"يعتبر قاصراً من لم يبلغ سن الرشد والمجنون والسفيه وذو الغفلة ويكون في حكم القاصر المفقود والغائب والممنوع من التصرف بحكم القانون والمريض مرض الموت ومن أحاط الدين بماله ومن في حكمهم الذين تحددهم المحكمة المختصة"، وأفاد في المادة (68) فقرة (12) بأن ما يصرف في تزويج القاصر من مهر وخلافه من ضمن التصرفات التي لا يجوز للوصي أو القيم مباشرتها إلا بإذن المحكمة، ونص في المادة (10) من القانون رقم (10) لسنة 1984 م بشأن أحكام الزواج والطلاق وأثارهما على أنه: " لا يعقد زواج المجنون والمعتوه إلا من وليه وبعد صدور إذن من المحكمة، ولا تأذن المحكمة بالزواج إلا بعد توافر الشروط التالية :

1. قبول الطرف الآخر التزوج منه بعد اطلاعه على حاله.
2. كون مرضه لا ينتقل منه إلى نسله .
3. كون زواجه فيه مصلحة له. ويتم التثبت من الشرطين الآخرين بتقرير لجنة من ذوي الاختصاص..."، فإنه يكون أقرب إلى رأي المالكية القائل بأن نكاح

(1) حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج:2 ص:276.

(2) كفاية الطالب، مرجع سابق، ج:2 ص:98.

المريض مرض الموت يجوز إن احتاج إليه المريض، أما إذا لم يحتج إليه المريض فلا يجوز.

ورد الجمهور على أدلة القائلين بعدم جواز النكاح في مرض الموت بالتالي:

أ- أن الله - سبحانه وتعالى- ورسوله - صلى الله عليه وسلم- قد أباح النكاح ولم يخص في القرآن ولا في السنة صحيحاً وصحيحاً من مريض ومريضة، ولا نعلم أن لهم حجة أصلاً لا من القرآن ولا السنة ولا قول صاحبي ولا من رأى يعقل⁽¹⁾.

ب- قول المالكية بعدم صحة نكاح المريض والمريضة مرجعه إلى أن فيه إضراراً بالورثة، حيث يترتب على هذا الزواج إدخال وارث جديد⁽²⁾، قول يجانبه الصواب، فالله - سبحانه وتعالى- عندما أباح الزواج في القرآن الكريم وفي سنة المصطفى- صلى الله عليه وسلم - لم يقصره على الصحيح دون المريض، جاءت النصوص الدالة على إباحة الزواج والمنظمة له عامة لم تميز صحيحاً من مريض، وقال أبو محمد^(*) إن أهل هذا القول يقولون إن أقر في مرض موته وهو موقن بالموت بابتن أمة له لم يزل يقول إنه عبده فأقر عند موته أنه ابنه؛ فإن إقراره نافذ ويرث ماله، فأجازوا أن يدخل على أهل الميراث من يحرمهم الكل ومنعوه أن يدخل عليهم من يحطهم اليسير وهذا غاية التخليط⁽³⁾.

ج- إن استدلال المالكية بما روي عن عطاء بن رباح والزهري وغيرهم بأن المريض ليس له أن يتزوج؛ لأنه ليس له أن يدخل الإضرار على أهل الميراث، وبأنه لا ترثه إن فعل ذلك إضراراً⁽⁴⁾، فهذه الآثار معارضة بالآثار المروية عن الصحابة وقول الصحابي مقدم على قول التابعي .

(1) الحجة، مرجع سابق، ج:3 ص:500، المحلي، مرجع سابق، ج:10 ص:27.

(2) شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج:3 ص:234، الفواكه الدواني، مرجع سابق، ج:2 ص:258،259، حاشية النسوقي، مرجع سابق، ج:2 ص:276.

(3) هو علي بن أحمد بن سعيد بن حزم بن غالب بن صالح بن خلف بن معدان، فارسي الأصل، ولد بقرطبة سنة أربع وثمانين وثلاث مئة هجري، أول من أسلم من أسلافه جد له كان يدعى يزيد مولى ليزيد بن أبي سفيان، نشأ في تنعم ورفاهية ورزق نكأة مفرطاً وكان والده من كبراء أهل قرطبة ووزر أبو محمد في شببته، وكان قد مهر أولاً في الأدب والأخبار والشعر، قيل إنه تفقه أولاً للشافعي ثم آداه اجتهاده إلى القول بنفي القياس والأخذ بظاهر النص وعموم الكتاب والحديث والقول بالبرائة الأصلية واستصحاب الحال، بسط لسانه وقلمه ولم يتأذب مع الأئمة في الخطاب، من تصانيفه: المحلي في الفقه والأحكام في أصول الأحكام في أصول الفقه، عاش اثنتين وسبعين سنة، ينظر سير أعلام النبلاء، مرجع سابق، ج:18 ص:184 - 211.

(3) المحلي، مرجع سابق، ج:10 ص:27.

(4) المرجع السابق، ج:10 ص:25.

المطلب الثالث

المهر في مرض الموت

تناول فقهاء الشريعة الإسلامية المهر في مرض الموت، وتعددت آراؤهم فيه، فمن قال بجواز نكاح المريض مرض الموت اعتبره من رأس المال إذا كان في حدود مهر المثل، ومن لم يجز النكاح في مرض الموت اعتبره من الثلث بل تناوله في حالتين، حالة مرض أحد الزوجين وحالة مرض كلا الزوجين، ونظراً لهذا الاختلاف سأتناول رأي كل مدرسة فقهية، ثم أستخلص ما توصل إليه الفقهاء في خلاصة تكون خاتمة لهذا المطلب وذلك على النحو التالي :

مدرسة الحنفية: يرى الأحناف⁽¹⁾ أن النكاح في مرض الموت بمهر المثل جائز من رأس المال؛ لأنه صرف لماله في حاجة نفسه فيقدم بذلك على وارثه، وإذا كان النكاح بمهر يزيد على مهر المثل فيبطل من ذلك ما زاد على صداق مثلها ما لم تجزها الورثة؛ لأنها وصية لزوجته الورثة وإن صح جاز ذلك كله، فإذا تزوج مريض امرأة بمهر قيمته 500 جرام من الذهب وكان ذلك مساوياً لمهر مثلها فإن ذلك يقع صحيحاً ولا يحتاج إلى إجازة من أحد، أما إذا تزوجها على مهر قيمته 600 جرام من الذهب ومهر مثلها 500 جرام من الذهب فإن القدر الزائد على مهر مثلها وهو 100 جرام من الذهب يكون بمثابة الوصية موقوفاً على إجازة الورثة فإن أجازوه يكون نافذاً وإن لم يجيزوا يكون باطلاً .

فقد جاء في المبسوط: " أن المريض إذا تزوج امرأة على أكثر من صداق مثلها فالزيادة على صداق المثل بمنزلة الوصية في الاعتبار من الثلث ومقدار صداق مثلها لا يعتبر من الثلث"⁽²⁾.

مدرسة المالكية: لقد فرق المالكية⁽³⁾ في هذه الحالة في تحديد المهر هل يحق للمرأة مهر أم لا يحق لها؟ وإن حق لها، هل هو من الثلث أم من رأس المال؟ وذلك على النحو التالي:

(1) الحجة ، مرجع سابق، ج: 3 ص: 495 ، المبسوط مرجع سابق، ج: 6 ص: 195، ج: 18 ص: 30، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج: 6 ص: 286- ج: 7 ص: 225 ، تبیین الحقائق، مرجع سابق، ج: 2 ص: 269 ، شرح فتح القدير ، مرجع سابق، ج: 4 ص: 222 ، حاشية ابن عابدين ، مرجع سابق، ج: 8 ص: 164 .

(2) المبسوط مرجع سابق، ج: 6 ص: 195 .

(3) المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج: 4 ص: 246، 247 - ج: 5 ص: 37 ، رسالة ابن أبي زيد القيرواني، أبو محمد عبدالله بن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، بيروت، ج: 1 ص: 93، الكافي لابن عبدالبر، مرجع سابق، ج: 1 ص: 248 ، شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج: 3 ص: 275، 276، حاشية العدوي، مرجع سابق، ج: 2 ص: 99 .

الحالة الأولى: إذا فسخ العقد قبل الدخول فإنه في هذه الحالة لا يكون للمرأة شيء.
الحالة الثانية: إذا فسخ العقد وتم التفريق بينهما بعد الدخول كان لها المسمى تأخذه من ثلثه مبدأً على الوصايا، فإن سمي لها أكثر من صدق مثلها سقط ما زاد على صدق المثل، وإن صحا قبل الفسخ ثبت النكاح دخلاً أو لم يدخلها وهو المشهور في المذهب.
الحالة الثالثة: إذا دخل بها ومات قبل الفسخ فإن لها الأقل من ثلث التركة ومن المسمى ومن مهر المثل، فأى واحد من هذه الثلاثة يكون هو الأقل استحقته المرأة؛ وذلك لأن الزواج في المرض تبرع وهو لا ينفذ إلا في حدود الثلث مع رعاية الأصلح للورثة.

فقد جاء في الكافي لابن عبد البر: "لا يجوز نكاح المريض ولا المريضة إن تزوجا أو تزوج أحدهما ومن فعل ذلك مريضاً فسخ نكاحه قبل الدخول وبعده ولا يرث الصحيح منهما المريض إن مات من مرضه ذلك دخلاً أو لم يدخلها، فإن فسخ نكاحهما قبل البناء فلا صدق للمرأة ولا ميراث فإن... دخل المريض فالصدق في ثلثه مبدأً على الوصايا... فإن سمي لها أكثر من صدق مثلها سقط ما زاد على صدق المثل وإن صحا قبل الفسخ ثبت النكاح دخلاً أو لم يدخلها وهو المشهور في المذهب"⁽¹⁾.

مدرسة الشافعية: يرى الشافعية⁽²⁾ أن النكاح في مرض الموت بمهر المثل جائز من رأس المال؛ لأنه صرف لماله في حاجة نفسه، فيقدم بذلك على وارثه إذا تزوجها في مرض الموت، وإذا كان النكاح بمهر يزيد على مهر المثل فالزيادة محاباة، فإن صح قبل أن يموت جاز لها من جميع المال، وإن مات قبل أن يصح بطلت عنها الزيادة على صدق مثلها وثبت النكاح وكان لها الميراث، هذا كله في حالة ما إذا كانت الزوجة لا يوجد ما يمنعها من ميراث الزوج، أما إذا كانت الزوجة لا ترثه لكونها مخالفة له في الدين أو غير ذلك فلها مهرها وثلث ما حباها به، وإذا نكحت المرأة بأقل من مهر المثل لم يحسب من الثلث؛ لأنها لم تنزل إلا عن البضع^(*) والبعضع ليس بمال، فالنقصان تبرع على الورثة رده وتكميل مهر المثل،

(1) الكافي لابن عبد البر، مرجع سابق، ج: 1، ص: 248.

(2) الأم، مرجع سابق، ج: 4، ص: 103، 104، المهذب، مرجع سابق، ج: 1، ص: 453، الوسيط، مرجع سابق، ج: 4، ص: 424، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج: 6، ص: 132، 133.

(*) قيل هو الفرج، وقال قوم: هو الجماع، وقد قيل: هو عقد النكاح ويقال: ملك فلان بضع فلانة إذا ملك عقدة نكاحها، لسان العرب لابن منظور، مرجع سابق، مادة بضع.

فإن لم يكن وارثاً بأن كان عبداً أو مسلماً وهي ذميمة لم يكمل مهر المثل ولم يعتبر هذا النقص من الثلث، وإنما جعل ذلك وصية في حق الوارث، ولم يجعل وصية في الاعتبار من الثلث؛ لأن المريض إنما يمنع من تفويت ما عنده، وهذا ليس بتفويت إنما هو امتناع من الكسب.

فقد جاء في الأم: "قال الشافعي -رحمه الله تعالى- ويجوز للمريض أن ينكح جميع ما أحل الله -تعالى- أربعاً وما دونهن كما يجوز له أن يشتري فإذا أصدق كل واحدة منهن صداق مثلها جاز لها من جميع المال وأن زاد على صداق مثلها فالزيادة محاباة فإن صح قبل أن يموت جاز لها من جميع المال وإن مات قبل أن يصح بطلت عنها الزيادة على صداق مثلها وثبت النكاح وكان لها الميراث" (1).

وجاء في الوسيط: "إذا نكح امرأة بأكثر من مهر المثل فالزيادة تبرع محسوب من الثلث... إذا نكحت المرأة بأقل من مهر المثل لم يحسب من الثلث؛ لأنها لم تنزل إلا عن البضع والبضع ليس بمال" (2).

مدرسة الحنابلة: يرى الحنابلة (3) أن النكاح في مرض الموت بمهر المثل جائز من رأس المال؛ لأنه صرف لماله في حاجة نفسه، فيقدم بذلك على وارثه إذا تزوجها في مرض الموت، وإذا كان النكاح بمهر يزيد عن مهر المثل ففي المحاباة روايتان إحداهما: أنها موقوفة على إجازة الورثة لأنها عطية لوارث، والثانية: أن المحاباة تنفذ من الثلث، هذا كله في حالة ما إذا كانت الزوجة لا يوجد ما يمنعها من ميراث الزوج، أما إذا كانت الزوجة لا ترثه لكونها مخالفة له في الدين أو غير ذلك فلها مهرها وثلث ما حباها به.

فقد جاء في الإنصاف: "لو تزوج في مرض الموت بمهر يزيد على مهر المثل ففي المحاباة روايتان إحداهما: هي موقوفة على إجازة الورثة؛ لأنها عطية لوارث والثانية: تنفذ من الثلث" (4).

مدرسة الظاهرية: يرى الظاهرية (5) إن النكاح في مرض الموت بمهر المثل جائز من رأس المال كالصحيح ولا فرق، وهو قول ابن شبرمة والأوزاعي وأبي سليمان.

(1) الأم، مرجع سابق، ج: 4، ص: 103.

(2) الوسيط، مرجع سابق، ج: 4، ص: 424.

(3) المغني، مرجع سابق، ج: 6، ص: 108، 65، 115، الإنصاف، مرجع سابق، ج: 7، ص: 181.

(4) الإنصاف، مرجع سابق، ج: 7، ص: 181.

(5) المطى، مرجع سابق، ج: 10، ص: 25، 26.

فقد جاء في المحلى: "جائز ويرثها وترثه مات من ذلك الممرض أو صح ثم مات...ولها في كل ذلك الصداق المسمى كالصحيحين ولا فرق...عن سفيان الثوري قال نكاح المريض جائز على مهر مثلها وهو قول أبي حنيفة والشافعي وأصحابهما وكلهم يرى الصداق من رأس ماله وهو قول ابن شبرمة والأوزاعي...وأبي سليمان وجميع أصحابنا"⁽¹⁾.

ومن خلال استقصاء آراء فقهاء الشريعة الإسلامية، أجد الجمهور القائلين بجواز نكاح المريض مرض الموت - الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية - يقولون إن النكاح إذا كان بمهر المثل فهو جائز من رأس المال لا من الثلث؛ لأن النكاح من حوائج المريض، وهو في الأصل عقد مصلحة مشروع للحاجة وبمرضه تزداد حاجته إلى من يتعاهده ويقوم بشؤونه، وهو غير محجور عن مباشرة ما هو من حوائجه كاستئجار الأطباء وشراء الأدوية.. الخ .

وأما إذا كان النكاح بمهر يزيد على مهر المثل فالزيادة محاباة، فإن صح قبل أن يموت جاز لها من جميع المال، وتعتبر هذه المحاباة بمنزلة الوصية لو ارث فتكون موقوفة على إجازة الورثة عند من يعتبرون بإجازتهم، وتكون باطلة عند من لا يعتبر بإجازة الورثة في هذه الحالة، أما إذا كانت الزوجة لا ترثه لكونها مخالفة له في الدين أو غير ذلك فلها مهرها وثلث ما حاباها به مقدمة علي الوصايا، وإذا نكحت المرأة بأقل من مهر المثل لم يحسب من الثلث؛ لأنها لم تنزل إلا عن البضع والبضع ليس بمال، فالنقصان تبرع على الورثة رده وتكمل مهر المثل، فإن لم يكن وارثاً بأن كان عبداً أو مسلماً وهي ذمية لم يكمل مهر المثل ولم يعتبر هذا النقص من الثلث، وإنما جعل ذلك وصية في حق الوارث، ولم يجعل وصية في الاعتبار من الثلث؛ لأن المريض إنما يمنع من تقويت ما عنده، وهذا ليس بتقويت إنما هو امتناع من الكسب .

وعندما لم ينص المشرع الليبي صراحة على مقدار المهر في مرض الموت، ونص في المادة (17) من القانون رقم (17) لسنة 1992 م. بشأن تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم على أنه: "يعتبر قاصراً من لم يبلغ سن الرشد والمجنون والسفيه وذو الغفلة ويكون في حكم القاصر المفقود والغائب والممنوع من التصرف

(1) المرجع السابق، نفس الصفحة .

بحكم القانون والمريض مرض الموت ومن أحاط الدين بماله ومن في حكمهم الذين تحددهم المحكمة المختصة "وأفاد في المادة (68) فقرة (12) منه بأن ما يصرف في تزويج القاصر من مهر وخلافه من ضمن التصرفات التي لا يجوز للوصي أو القيم مباشرتها إلا بإذن المحكمة، وعندما أصدر قانون الوصية رقم (7) لسنة 1994 م، أعطى تصرفات المريض مرض الموت الصادرة منه على سبيل التبرع أو المحاباة حكم الوصية، واشترط في الموصى له أن يكون غير وارث للموصي، حيث لا وصية لوارث، فقد نصت المادة (2) من القانون المذكور على أنه: "كل تصرف صدر في مرض الموت بقصد التبرع أو المحاباة تسري عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى له" ونص في الفقرة (د) من المادة (8) التي تحدد شروط الموصى له على أنه: "أن لا يكون وارثاً للموصي"، ونص في الفقرة (5) من المادة (46) من نفس القانون على بطلان الوصية إذا اكتسب الموصى له صفة الوارث للموصي .

فتأسيساً على هذه النصوص إذا تزوج أحد في مرض موته ينظر فإن كان المهر المسمى كمهر المثل فهو جائز من رأس المال لا من الثلث؛ لأنه لا محاباة فيه، وأما إذا كان النكاح بمهر يزيد على مهر المثل فالزيادة محاباة وتعتبر هذه المحاباة بمنزلة الوصية لوارث فتكون باطلة، وفي جميع الأحوال يجب على القيم أو الوصي أن يأخذ إذن من المحكمة لمباشرة هذه التصرفات، والمشرع الليبي بهذا الرأي يكاد يطابق رأي الجمهور لولا أنه اعتبر المريض في حكم القاصر واشترط حصول القيم أو الوصي على إذن من المحكمة لمباشرة هذا التصرف .

ولقد أخذ المشرع الأردني والسوري والمصري برأي الجمهور حيث أشارت المادة (60) من قانون الأحوال الشخصية الأردني والمادة (64) من قانون الأحوال الشخصية السوري إلى أنه: إذا تزوج أحد في مرض موته ينظر، فإن كان المهر المسمى مساوياً لمهر المثل تأخذه الزوجة من تركة الزوج وإذا كان زائداً، فإن الزيادة تأخذ حكم الوصية، وطالما وقع العقد صحيحاً ولزم به المهر فإنه يثبت حق التوارث بين الزوجين وفقاً لنص المادة (49) من قانون الأحوال الشخصية السوري، والمادة (35) من قانون الأحوال الشخصية الأردني، ونص المشرع

المصري في المادة (3) من قانون الأحوال الشخصية المصري على أنه: يعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة . أما المشرع التونسي لم يتعرض لهذه الحالة، وبالتالي أرى بأن الأمر يقتضي الرجوع إلى ما ورد من أحكام في الفصل (354) والفصل(565) والفصل(535) من مجلة العقود والالتزامات الذي ينص على أنه: " إذا تعذر الحكم بنص صريح من القانون اعتبر القياس فإن بقي شك جرى الحكم على مقتضى القواعد العامة للقانون"، ونص الفصل(179) من مجلة الأحوال الشخصية .

وتأسيساً على هذه النصوص فإنه إذا تزوج أحد في مرض موته ينظر فإن كان المهر المسمى كمهر المثل فهو جائز من رأس المال لا من الثلث، وأما إذا كان النكاح بمهر يزيد على مهر المثل فالزيادة محاباة وتعتبر هذه المحاباة بمنزلة الوصية لو ارث فتكون موقوفة على إجازة الورثة .

المبحث الثاني الطلاق في مرض الموت

وفيه ثمانية مطالب:

المطلب الأول

تعريف الطلاق ومشروعيته والحكمة منه

• تعريف الطلاق:

الطلاق في اللغة: حلّ عقدة النكاح (1).

جاء في مختار القاموس: "طَلَّقْتُ فِي الْمَخَاضِ طَلْقًا: أَصَابَهَا وَجَعُ الْوِلَادَةِ، وَطَلَّقْتُ مِنْ زَوْجِهَا - كَنَصَرَ وَكْرَمَ - طَلْقًا: بَانَتْ فِيهِ طَالِقٌ: وَأَطْلَقَهَا وَطَلَّقَهَا، فَهُوَ مِطْلَاقٌ، وَمِطْلِيقٌ: كَثِيرُ الطَّلَاقِ" (2).

الطلاق في اصطلاح الفقهاء: عرفه الأحناف (3) والمالكية (4) والشافعية (5) والحنابلة (6) بأنه: هو رفع أو حل قيد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه.

وعرفه محمد أبوزهرة بأنه: هو رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مشتق من مادة الطلاق أو في معناها وهو على هذا التعريف قسمان، قسم يرفع النكاح في الحال وهو الطلاق البائن، وقسم يرفع النكاح في المآل وهو الطلاق الرجعي (7). وعرفه مصطفى بن العدوي بأنه: حل عقدة التزويج (8).

الطلاق في القانون: لقد عرفه المشرع الليبي في المادة (28) من القانون رقم (10) لسنة 1984 م، بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما بأنه: حل عقدة الزواج.

(1) لسان العرب، لابن منظور، مرجع سابق، مادة طلق .

(2) مختار القاموس، الطاهر الزاوي، مرجع سابق، مادة طلق .

(3) تبين الحقائق، مرجع سابق، ج 2 ص 188، شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج 3 ص 463.

(4) الثمر الداني شرح رسالة القيرواني، مرجع سابق، ج 1 ص 464.

(5) فتح الوهاب، مرجع سابق، ج 2 ص 124، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج 3 ص 279.

(6) كشاف القناع، مرجع سابق، ج 5 ص 232.

(7) الأحوال الشخصية، الإمام محمد أبوزهرة، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، مصر، تاريخ الطبع 1957 م، ص 279.

(8) جامع أحكام النساء، د. مصطفى العدوي، الطبعة الأولى، دار السنة، السعودية، تاريخ الطبع 1992 م، ج 4 ص 107، ج 5 ص 448،

أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، مصطفى بن العدوي، الطبعة الأولى، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، تاريخ الطبع 1988 م، ص 9 .

• مشروعية الطلاق:

- أ- القرآن الكريم: قال تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ... ﴾ (1)، فبيان الله - سبحانه وتعالى - الطريقة التي يجب اتباعها في الطلاق دليل على مشروعيتها، وقال تعالى: ﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ... ﴾ (2)، فالآية تدل بشكل صريح على مشروعية الطلاق .
- ب- السنة النبوية: ورد الطلاق في السنة النبوية قولاً وفعلاً، فالنبي - صلى الله عليه وسلم - قال: " ما أحلَّ الله شيئاً أبغضَ إليه من الطَّلَاقِ " (3)، فالحديث فيه دليل على أن في الحلال أشياء مبعوضة إلى الله، وأن أبغضها الطلاق فيكون مجازاً عن كونه لا ثواب فيه ولا قرابة في فعله (4)، وقد طلق رسول الله - صلى الله عليه وسلم - حفصة (*) - رضي الله عنها - حتى نزل عليه الوحي يأمره أن يراجعها فإنها صوامة قوامة ولم يكن هناك كبر سن ولا ريبة فأتاه جبريل - عليه الصلاة والسلام - فقال: يا محمد طلقت حفصة وهي صوامة قوامة وهي زوجتك في الجنة فراجعها (5).
- ج- الإجماع: انعقد إجماع الصحابة - رضوان الله عليهم - على مشروعية الطلاق كما جاء في القرآن والسنة.

(1) سورة الطلاق، جزء من الآية رقم 1.

(2) سورة البقرة، جزء من الآية رقم 236.

(3) سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر، بيروت، الجزء الثاني، كتاب الطلاق، باب كراهية الطلاق، ص 254.

(4) سبل السلام، محمد بن إسماعيل الصنعاني الأمير، تحقيق: محمد عبد العزيز الخولي، الطبعة الرابعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، تاريخ الطبع 1379 هـ، الجزء الثالث، كتاب الطلاق.

(5) حفصة بنت عمر بن الخطاب - رضي الله عنهما - وأمها وأم أخيها عبد الله بن عمر: زينب بنت مظعون أخت عثمان بن مظعون، وكانت حفصة من المهاجرات، وكانت قبل رسول الله صلى الله عليه وسلم - تحت خنيس بن حذافة السهمي وكان ممن شهد بدرًا وتوفي بالمدينة، فلما تأيمت حفصة ذكرها عمر لأبي بكر وعرضها عليه فلم يرد عليه أبو بكر كلمة فغضب عمر من ذلك فعرضها على عثمان حين ماتت رقية بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم - فقال عثمان: ما أريد أن أتزوج اليوم، فانطلق عمر إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم - فشكا إليه عثمان فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم -: " يتزوج حفصة من هو خير من عثمان ويتزوج عثمان من هو خير من حفصة ". ثم خطبها إلى عمر فتزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم - سنة ثلاث هجري عند أكثر العلماء بعد عائشة وطلقها تطليقة ثم ارتجعها أمره جبريل بذلك وقال: إنها صوامة قوامة وإنها زوجتك في الجنة، وتوفيت حفصة حين بايع الحسن بن علي - رضي الله عنهما - معاوية وذلك في جمادى الأولى سنة إحدى وأربعين هجري، ينظر صفة الصفة، مرجع سابق، ج 2 ص 38-40.

(5) المستدرک علی الصحیحین، محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، تاريخ الطبع 1411 هـ كتاب معرفة الصحابة، ذكر أم المؤمنين حفصة بنت عمر بن الخطاب رضي الله عنهما - ج 4 ص 17، وجاء في مجمع الزوائد لعلي بن أبي بكر الهيثمي، دار الريان، بيروت - القاهرة، تاريخ الطبع 1407 هـ كتاب المناقب، باب فضل حفصة بنت عمر بن الخطاب زوج النبي - صلى الله عليه وسلم -، ج 9: ص 244 " عن عمار بن ياسر قال لما طلق رسول الله صلى الله عليه وسلم - حفصة أتاه جبريل - صلى الله عليه وسلم - فقال راجع حفصة فإنها صوامة قوامة وإنها زوجتك في الجنة رواه البزار والطبراني إلا أنه قال أراد رسول الله صلى الله عليه وسلم - أن يطلق حفصة فجاءه جبريل - عليه السلام - فقال لا تطلقها فإنها صوامة قوامة وإنها زوجتك في الجنة وفي إسناديهما الحسن بن أبي جعفر وهو ضعيف ".

• الحكمة من مشروعية الطلاق :

إن الله - سبحانه وتعالى- شرع النكاح لمصلحة عباده؛ لأنه ينتظم به مصالحهم الدينية والدنيوية، ثم شرع الطلاق إكمالاً للمصلحة؛ لأنه قد لا يوافق النكاح فيطلب الخلاص، حيث تطراً أحياناً على العلاقة الزوجية أمور تجعل الحياة بين الزوجين مصدر شقاء وخصام وشقاق، فقد يتبين للمرء أنه أخطأ في اختيار شريكة حياته فيرى أخلاقاً وطباعاً تنافى - خلافاً لما توقع - أخلاقه وطباعه، وقد ترى الزوجة من زوجها قسوة في المعاملة أو غلظة في الطباع أو قد تطلع على ما لا يرضيها من سلوكه، بحيث لو عرفت ذلك قبل الزواج ما قبلت به زوجاً وشريكاً لحياتها، وقد يصاب أحدهما بمرض معدٍ أو مخوف أو منفر مما لا يستطيع معه دوام العشرة الزوجية، فتصعب وتستحيل المعاشرة بالمعروف، أو قد يجد أحدهما صاحبه عقيماً لا يرجى منه نسل، والنتيجة لمثل هذه الأمور أن يحصل الخصام والشقاق في الحياة الزوجية، وتتقلب المحبة حقداً وضغينة، ويصبح العش الزوجي الذي كان أملاً يراود خيال الزوجين بالسعادة والنعيم والهناء، مصدراً للشقاء والجحيم والنزاع، فشرعه رحمة منه - سبحانه - فَمَكَّنَهُ مِنْ ذَلِكَ وَجَعَلَهُ عَدَدًا؛ لأن النفس كذوبة ربما تظهر عدم الحاجة إلى المرأة والحاجة إلى تركها فإذا وقع حصل الندم وضاق الصدر فشرعه - تعالى - ثلاثاً ليجرب نفسه في المرة الأولى، فإذا كان الواقع صدقها استمر حتى تنقضي العدة، وإلا أمكنه التدارك بالرجعة، ثم إذا عادت النفس لمثل الأول وغلبته حتى عاد إلى طلاقها نظر أيضاً فيما يحدث له فما يوقع الثالثة، إلا وقد جرب وقعه في حال نفسه، ثم حرّمها عليه بعد فراغ العدد قبل أن تتزوج بزواج آخر، ليتأدب بما فيه غيظه وهو الزوج الثاني⁽¹⁾ .

(1) تبين الحقائق، مرجع سابق، ج:2، ص: 188-200، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، تاريخ الطبع 1411هـ، ج:3، ص:216، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، د. عبدالرحمن الصابوني، مطبعة جامعة دمشق، سوريا، الجزء الثاني، ص 83.

المطلب الثاني

وقوع الطلاق في مرض الموت

ذهب الفقهاء⁽¹⁾ إلى أنه لا يشترط في الطلاق صحة الزوج، فطلاق المريض مرض الموت كطلاق الصحيح على السواء - رجعيًا(*) أو بائنًا(**) - في وقوعه على الزوجة؛ لأنه صدر من أهل لإيقاعه ولقي محلاً قابلاً لإيقاعه .

فقد جاء في مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر: "ويقع طلاق كل زوج عاقل بالغ حر أو عبد"⁽²⁾.

وجاء في القوانين الفقهية: "طلاق المريض نافذ كالصحيح اتفاقاً فإن مات من ذلك المرض ورثته المطلقة"⁽³⁾.

وجاء في الأم: "قال الشافعي - رحمه الله تعالى - يقع طلاق من لزمه فرض الصلاة والحدود وذلك كل بالغ من الرجال غير مغلوب على عقله"⁽⁴⁾.

وجاء في المغني: "إذا طلق الرجل امرأته طلاقاً يملك رجعتها في عدتها لم يسقط التوارث بينهما ما دامت في العدة سواء كان في المرض أو الصحة بغير خلاف نعلمه وروي ذلك عن أبي بكر (***) وعمر وعثمان وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم"⁽⁵⁾.

وجاء في كشاف القناع: "ويصح الطلاق من زوج عاقل مختار ولو مميزاً يعقله أي الطلاق ولو كان المميز دون عشر لعموم قوله - صلى الله عليه وسلم - : "إن الطلاق لمن أخذ بالساق"⁽⁶⁾ (7).

(1) تبين الحقائق، مرجع سابق، ج: 2، ص: 194، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، مرجع سابق، ج: 2، ص: 8، جامع الأمهات، مرجع سابق، ص: 293، القوانين الفقهية، مرجع سابق، ص: 197، الأم، مرجع سابق، ج: 5، ص: 253، فتح الوهاب، مرجع سابق، ج: 2، ص: 128، المغني، مرجع سابق، ج: 6، ص: 268، كشاف القناع، مرجع سابق، ج: 5، ص: 233، المحلى، مرجع سابق، ج: 10، ص: 218، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، د. عبد الرحمن تاج، مرجع سابق، ص: 256.

(2) هو الطلاق الذي يملك الزوج المطلق بعده إعادة المطلقة إلى الزوجية من غير عقد جديد مادامت في العدة.

(3) هو الطلاق الذي لا يملك الزوج فيه استرجاع المرأة إلا بعقد جديد لكونها مطلقة ثلاثاً أو دونها بعوض أو بغيره وقد انقضت عدتها.

(4) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، مرجع سابق، ج: 2، ص: 8.

(5) القوانين الفقهية، مرجع سابق، ص: 197.

(6) الأم، مرجع سابق، ج: 5، ص: 253.

(7) هو عبد الله بن أبي قحافة عثمان بن عامر بن كعب بن سعد بن تيم، ولد بمكة، ونشأ في قريش سيداً موسراً، عالماً بأنساب القبائل شهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم - بدرًا وجميع المشاهد، وهو أول من جمع القرآن، وتنزه عن شرب الممكر في الجاهلية والإسلام، وأسلم على يده من العشرة خمسة عثمان بن عفان وطلحة بن عبيد الله والزبير وسعد بن أبي وقاص وعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنهم، بويع بالخلافة يوم قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم. فرسخ قواعد الإسلام ووجه الجيوش إلى الشام والعراق وكانت خلافته سنتين وأشهرًا. ينظر صفة الصفة، مرجع سابق، ج: 1، ص: 235 - 264.

(8) المغني، مرجع سابق، ج: 6، ص: 268.

(9) جاء في خلاصة البدر المنير، مرجع سابق، كتاب الإيلاء ج: 2/ص: 228 "حديث الطلاق لمن أخذ بالساق رواه ابن ماجه من رواية ابن عباس وفيه ابن لهيعة و الدارقطني من رواية عصمة بن مالك قال البيهقي ضعيف ."

(10) كشاف القناع، مرجع سابق، ج: 5، ص: 233.

وجاء في المحلى: " وطلاق المريض كطلاق الصحيح ولا فرق مات من ذلك المرض أو لم يمّت منه، فإن كان طلاق المريض ثلاثاً، أو آخر ثلاث، أو قبل أن يطأها فمات، أو ماتت قبل تمام العدة أو بعدها أو كان طلاقاً رجعيّاً فلم يرتجعها حتى مات أو ماتت بعد تمام العدة فلا ترثه في شيء من ذلك كله ولا يرثها أصلاً، وكذلك طلاق الصحيح للمريضة وطلاق المريض للمريضة ولا فرق" (1).

وأخذ المشرع الليبي برأي الجمهور حيث اشترط في المادة (32) من القانون رقم (10) لسنة 1984 م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما، في الزوج المطلق أن يكون بالغاً عاقلاً مختاراً قاصداً اللفظ الذي يقع به الطلاق واعياً لما يقول.

وطالما أن المشرع الليبي ركز على ضرورة البلوغ ووجود العقل والقصد، فإنه متى ما كان المريض مرض الموت يعي ما يقول ولم يذهب المرض عقله ويكون قاصداً كذلك ما يقول؛ فإن طلاقه يقع وتترتب عليه الآثار المترتبة على الطلاق في حال الصحة، أما إذا أذهب المرض عقله وأصبح لا يعي ما يقول فإن طلاقه لا يقع.

كما أخذ المشرع السوري بهذا الرأي حيث نص في المادة (116) من قانون الأحوال الشخصية على أنه: "من باشر سبباً من أسباب البيونة في مرض موته أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك طائفاً بلا رضى زوجته ومات في ذلك المرض أو في تلك الحالة، والمرأة في العدة فإنها ترث بشرط أن تستمر أهليتها للإرث من وقت الإبانة إلى الموت." .

وطالما أن المشرع الأردني والمصري لم ينصا صراحة على حكم الطلاق في مرض الموت، فإنه يمكن الأخذ بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة الذي هو جزء من رأي الجمهور في هذه الحالة، حيث نصت المادة (183) من قانون الأحوال الشخصية الأردني والمادة (3) من قانون الأحوال الشخصية المصري على أنه يعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة .

(1) المحلى، مرجع سابق، ج10/ص218.

وقضت محكمة النقض المصرية بأنه: " مؤدى نص المادة 3/11 من قانون المواريث رقم (77) لسنة 1943 م أن المشرع الوضعي قرر الأخذ بالمذهب الحنفي أن من كان مريضاً مرض موت وطلق امرأته بائناً بغير رضاها ومات حال مرضه، والزوجة لا تزال في العدة فإن الطلاق البائن يقع على زوجته ويثبت منه من حين صدوره؛ لأنه أهل لإيقاعه، إلا أنها ترثه مع ذلك بشرط أن تكون أهلاً لإرثه من وقت إبانها إلى وقت موته، رغم أن المطلقة بائناً لا ترث لانقطاع العصمة بمجرد الطلاق، استناداً إلى أنه لما أبانها حال مرضه اعتبر احتياطياً فإراً وهارباً فيرد عليه قصده لها ويثبت لها الإرث"⁽¹⁾.

ويبدو لي أن ما ذهب إليه الجمهور في طلاق المريض مرض الموت هو الرأي الراجح، فمادام لم يُذهب المرض عقله يقع طلاقه صحيحاً وتترتب عليه كل الآثار المترتبة على الطلاق في الصحة، أما إذا أثر المرض على قواه العقلية وأصبح لا يعي ما يقول فإن طلاقه لا يقع .

(1) طعن أحوال شخصية رقم 31 السنة القضائية 52، تاريخ الجلسة 17-5-1983 م. نقلا عن الموسوعة القانونية المتكاملة "الجامع القانوني" حزمة إلكترونية قانونية حديثة متكاملة محملة على CD، شركة أليكس سوفت للبرمجيات والكمبيوتر، الإسكندرية، الإصدار السادس 2002 م .

المطلب الثالث

ميراث المطلقة طلاقاً رجعياً في مرض الموت

تناول فقهاء في الشريعة الإسلامية ميراث المطلقة طلاقاً رجعياً في مرض الموت، وأجمعوا على أن المطلقة الرجعية ترث وتورث في العدة سواء أوقع الطلاق في المرض أم الصحة؟ لكنهم اختلفوا في الميراث بعد العدة فانقسموا إلى رأيين: الرأي الأول: يرى أصحابه أن المطلقة الرجعية ترث وتورث في العدة، لأن الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح ولا يحرم الوطاء، فالزوجة المطلقة طلاقاً رجعياً يلحقها طلاق زوجها وظهاره^(*) وإيلاؤه^(**) وله مرجعتها بغير رضاها وبدون شهود وصدق جديد، لكن بعد انقضاء العدة لا ترثه ولا يرثها لزوال الزوجية التي هي سبب التوارث وهذا رأي الأحناف⁽¹⁾ والشافعية⁽²⁾ والحنابلة⁽³⁾ والظاهرية⁽⁴⁾.

فقد جاء في المبسوط: "إذا طلقها تطليقة رجعية فطلاقه يقع عليها ما دامت في العدة... وإن مات أحدهما توارثا لبقاء ملك النكاح بعد الطلاق الرجعي"⁽⁵⁾. وجاء في روضة الطالبين: "طلاق المريض في الوقوع كطلاق الصحيح ثم إن كان رجعياً بقي التوارث بينهما ما لم تنقض عدتها، فإن مات أحدهما قبل انقضاء عدتها ورثه الآخر وبعد انقضائها لا يرثه"⁽⁶⁾.

وجاء في الكافي في فقه ابن حنبل: "إذا طلق الرجل زوجته طلاقاً رجعياً لم ينقطع الميراث بينهما مادامت في العدة سواء كان صحيحاً أو مريضاً؛ لأن الرجعية زوجة وإن أبانها في صحته انقطع التوارث بينهما لزوال الزوجية التي هي سبب التوارث"⁽⁷⁾.

(*) هو تشبيه زوجته أو ما عبر به عنها أو جزء شائع منها بعضو يحرم نظره إليه من أعضاء محارمه نسباً أو رضاعاً كامه وابنته وأخته، التعريفات، علي بن محمد الجرجاني، مرجع سابق، ص 165.

(**) هو اليمين على ترك وطء المنكوحه مدة، مثل والله لا أجامعك أربعة أشهر، التعريفات، الجرجاني، مرجع سابق، ص 50.

(1) المبسوط، مرجع سابق، ج 6 ص 93، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، مرجع سابق، ج 2 ص 78، 79، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 3 ص 218، البحر الرائق، مرجع سابق، ج 4 ص 46.

(2) الأم، مرجع سابق، ج 5 ص 255، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج 8 ص 72، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج 3 ص 294، السراج الوهاج، مرجع سابق، ج 1 ص 414.

(3) الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق، ج 2 ص 560، المغني، مرجع سابق، ج 6 ص 268، الروض المربع، مرجع سابق، ج 3 ص 47.

(4) المحلى، مرجع سابق، ج 10 ص 218-229.

(5) المبسوط، مرجع سابق، ج 6 ص 93.

(6) روضة الطالبين، مرجع سابق، ج 8 ص 72.

(7) الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق، ج 2 ص 560.

وجاء في المحلى: "وطلاق المريض كطلاق الصحيح ولا فرق مات من ذلك المرض أو لم يمته منه؟ فإن كان طلاق المريض ثلاثاً أو آخر ثلاث أو قبل أن يطأها فمات أو ماتت قبل تمام العدة أو بعدها أو كان طلاقاً رجعياً فلم يرتجعها حتى مات أو ماتت بعد تمام العدة فلا ترثه في شيء من ذلك كله، ولا يرثها أصلاً وكذلك طلاق الصحيح للمريضة وطلاق المريض للمريضة ولا فرق"⁽¹⁾.

وأخذ محمد أبو زهرة برأي الجمهور فقال: إن طلاق المريض مرض الموت ومن في حكمه يقع، وإن كان رجعياً فله حكم الطلاق الرجعي كاملاً وإذا مات في العدة ورثته الزوجة؛ لأن الطلاق الرجعي لا يمنع التوارث في العدة ولو كان المطلق صحيحاً⁽²⁾.

وطالما أن المشرع الأردني والسوري والمصري لم ينصوا صراحة على حكم الطلاق في مرض الموت؛ فإنه يمكن للقضاء في هذه البلدان أن يأخذ بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة الذي هو موافق لرأي الجمهور في هذه الحالة، استناداً إلى المادة (183) من قانون الأحوال الشخصية الأردني والمادة (304) من قانون الأحوال الشخصية السوري والمادة (3) من قانون الأحوال الشخصية المصري.

الرأي الثاني: يرى أصحابه أن المطلقة الرجعية ترث وتورث في العدة أما بعد انقضاء العدة فإنها ترثه ولا يرثها وهذا رأي المالكية⁽³⁾، ويبدو لي أنه هو الرأي الراجح؛ لأن الزوجية سبب إرثها في مرض موته والزوج قصد إبطالها فيرد عليه قصده؛ ولأنه قصد قصداً فاسداً في الميراث فعورض بنقيض قصده كالفاتل القاصد استعجال الميراث يعاقب بالحرمان.

فقد جاء في الثمر الداني شرح رسالة القيرواني: "ولو طلق المريض امرأته لزمه ذلك الطلاق بلا خلاف، لأنه عاقل مكلف وكان الميراث لها منه إن مات في مرضه ذلك كان الطلاق بائناً أو رجعياً، ولا يرثها هو إن كان الطلاق ثلاثاً ويرثها إن كان رجعياً ما لم تخرج من العدة"⁽⁴⁾.

(1) المحلى، مرجع سابق، ج 10 ص 218.

(2) الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 320، 319.

(3) النخيرة، مرجع سابق، ج 13 ص 14، الثمر الداني شرح رسالة القيرواني، مرجع سابق، ج 1 ص 463، 642، منح الجليل، مرجع سابق، ج 4 ص 18.

(4) الثمر الداني شرح رسالة القيرواني، مرجع سابق، ج 1 ص 463.

وطالما أن المشرع الليبي لم يتعرض إلى هذه الحالة، فإنه يمكن للقضاء الليبي الأخذ بالرأي المشهور من مذهب الإمام مالك استناداً إلى نص المادة (165) من قانون إجراءات المحاكم الشرعية الصادر في عام 1958 م .

المطلب الرابع

ميراث المطلقة طلاقاً بائناً في مرض الموت

رغم اتفاق الفقهاء على صحة وقوع طلاق المريض، لكنهم اختلفوا في ميراث المطلقة طلاقاً بائناً، هل يحق لها أن ترث زوجها أو أنها لا ترثه؟ فانقسموا إلى رأيين :

الرأي الأول: يرى أصحابه أن المطلقة طلاقاً بائناً في مرض الموت ترث زوجها، وقد أطلق الفقهاء على هذا النوع من الطلاق طلاق الفار، وذلك بأن يطلق زوجته بعد ما تعلق حقها بماله، وكانت وقت الطلاق ممن ترثه فيرد عليه قصده؛ ولأنه قصد قصداً فاسداً في الميراث فعورض بنقيض قصده كالقاتل، وهذا هو رأي الجمهور من الأحناف⁽¹⁾ والمالكية⁽²⁾ والشافعية في القديم وبعض الشافعية⁽³⁾ والحنابلة⁽⁴⁾.

فقد جاء في الحجة: "قال أبو حنيفة - رضي الله عنه - في المريض يطلق امرأته البتة ثم يموت من مرضه ذلك إن مات وهي في العدة وورثته وإن انقضت أو لم يكن دخل بها حتى طلقها لم ترث شيئاً؛ لأنها قد حلت للأزواج فكيف ترث زوجها وهي تحت غيره"⁽⁵⁾.

وجاء في رسالة القيرواني: "والمطلقة ثلاثاً في المرض ترث زوجها إن مات من مرضه ذلك ولا يرثها، وكذلك إن كان الطلاق واحدة وقد مات من مرضه ذلك بعد العدة"⁽⁶⁾.

وجاء في المهذب: "قول الشافعي - رحمه الله - فيمن بت طلاق امرأته في المرض المخوف... فقال في أحد القولين إنها ترثه؛ لأنه متهم في قطع إرثها فورثت كالقاتل لما كان متهماً في استعجال الميراث لم يرث، والثاني أنها لا ترث وهو الصحيح؛ لأنها بينونة قبل الموت فقطعت الإرث كالطلاق في الصحة"⁽⁷⁾.

(1) الحجة، مرجع سابق، ج: 4 ص: 78 وما بعدها، المبسوط، مرجع سابق، ج: 6 ص: 168، الهداية شرح البداية، مرجع سابق، ج: 2 ص: 3، تبين الحقائق، مرجع سابق، ج: 2 ص: 245، 246، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج: 3 ص: 218، 219.

(2) المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج: 4 ص: 210، رسالة القيرواني، مرجع سابق، ج: 1 ص: 143، شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج: 4 ص: 18، الفواكه الدواني، مرجع سابق، ج: 2 ص: 258، الثمر الداني شرح رسالة القيرواني، مرجع سابق، ج: 1 ص: 463.

(3) الأم، مرجع سابق، ج: 5 ص: 254، المهذب، مرجع سابق، ج: 2 ص: 34، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج: 8 ص: 72.

(4) الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق، ج: 2 ص: 561، المغني، مرجع سابق، ج: 6 ص: 268، مختصر الفتاوى المصرية، بدر الدين أبو عبد الله محمد بن علي الحنبلي البعلبي، تحقيق: محمد حامد الفقي، الطبعة الثانية، دار ابن القيم، المعنوية، تاريخ الطبع 1406 هـ، ج: 1 ص: 421، مسائل أحمد بن حنبل رواية ابن أبي الفضل صالح، الدار العلمية، الهند، تاريخ الطبع 1408 هـ، ج: 3 ص: 174،

الإنصاف، مرجع سابق، ج: 7 ص: 356، 357.

(5) الحجة، مرجع سابق، ج: 4 ص: 78، 79.

(6) رسالة القيرواني، مرجع سابق، ج: 1 ص: 143.

(7) المهذب، مرجع سابق، ج: 2 ص: 34.

وجاء في مسائل الإمام أحمد رواية ابنه أبي الفضل صالح: "المرأة إذا طلقها زوجها وهو مريض ترثه إذا مات بعد انقضاء العدة...قلت: فإن تزوجت في مرضه وقد انقضت عدتها قال: لا...قلت: لم هو واجب لها قال: إنما هذا اتباع يروى عن أبي بن كعب(*) ترثه ما لم تزوج ويروى عن عطاء ترثه ما لم تزوج" (1).

واستدل الجمهور على آرائهم بالأدلة التالية:

أ- ما رُوِيَ أَنَّ عثمان رضي الله عنه أنه ورثت تماضر بنت الأصبغ الكلبية(**)، وقيل بنت عمرو بن الشريد السلمية(***) من عبد الرحمن بن عوف(****) لما بت طلاقها في مرضه ومات، وكان تورث عثمان لها بمحض من الصحابة فلم ينكر عليه أحد فكان إجماعاً (2).

ب- ماروي عن شريح قال: أتاني عروة البارقي(*****) من عند عمر في الرجل يطلق امرأته ثلاثاً في مرضه إنها ترثه ما دامت في العدة ولا يرثها(3).

(*) هو أبي بن كعب بن قيس بن عبيد بن مالك بن النجار، شهد بدرًا والمشاهد كلها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم، وكان يقف على عهده، وجمع القرآن في حياة النبي - صلى الله عليه وسلم -، وكان رأساً في العلم، حدث عنه بنوه محمد والطفيل وعبد الله وأنس بن مالك وآخرون، مات في خلافة عثمان سنة ثلاثين هجري، ينظر سير أعلام النبلاء، مرجع سابق، ج 1 ص 389-400.

(1) مسائل الإمام أحمد رواية ابنه أبي الفضل صالح، مرجع سابق، ج 3 ص 174.

(**) هي تماضر بنت الأصبغ بن عمرو بن ثعلبة بن حضر بن ضمضم وأما جويرية بنت وبرة من بني كنانة بن عوف، وبعث النبي صلى الله عليه وسلم - عبد الرحمن بن عوف إلى كلب، وقال: إن استجابوا لك فتزوج ابنة ملكهم أو ابنة سيدهم، فلما قدم عبد الرحمن دعاهم إلى الإسلام فاستجابوا وأقام من أقام على إعطاء الجزية فتزوج عبد الرحمن بن عوف تماضر بنت الأصبغ بن عمرو ملكهم ثم قدم بها إلى المدينة وهي أم أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف أخبرنا محمد بن عمر وهي أول كلبية تكحها قرشي ولم تلد لعبد الرحمن غير أبي سلمة، ينظر الطبقات الكبرى، مرجع سابق، ج 8 ص 298، 299.

(***) هي الخنساء تماضر بنت عمرو بن الشريد بن امرئ القيس، الشاعرة، قدمت رسول الله صلى الله عليه وسلم مع قومها فأسلمت معهم، شهت القادسية ومعها أربعة بنين لها فقالت لهم أول الليل: يا بني إنكم أسلمتم وهاجرتم مختارين والله الذي لا إله غيره إنكم لبني رجل واحد كما أنكم بنو امرأة واحدة ما خنت أبائكم ولا فضحت خالكم ولا هجنت حسبكم ولا غيرت نسبكم وتعلمون ما أعد الله للمسلمين من الثواب الجزيل في حرب الكافرين وأعلموا أن الدار الباقية خير من الدار الفانية يقول الله عز وجل: "يا أيها الذي آمنوا اصبروا وصابروا ورابطوا واتقوا الله لتعلمن قلحون" فإذا أصبحتم غدا إن شاء الله سالمين فاعدوا إلى قتال عدوكم مستبصرين وبالله على أعدائه مستبصرين فخرج بنوها قائلين لنصحبها وتقدموا فقاتلوا وهم يرتجزون واستشهدوا، أسد الغابة، مرجع سابق، ج 7 ص 89، 90.

(****) هو عبد الرحمن بن عوف بن الحارث بن زهرة القرشي يكنى أبا محمد، ولد بعد الفيل بعشر سنين وأسلم قبل أن يدخل الرسول صلى الله عليه وسلم - دار الأرقم وكان أحد الثمانية الذين سبقوا إلى الإسلام وأحد الخمسة الذي أسلموا على يد أبي بكر، وكان من المهاجرين الأولين هاجر إلى الحبشة وإلى المدينة، وكان أحد العشرة المشهود لهم بالجنة، وشهد بدرًا والمشاهد كلها مع رسول الله - صلى الله عليه وسلم -، ينظر صفة الصفوة، مرجع سابق، ج 1 ص 349-356.

(2) المبسوط، مرجع سابق، ج 6 ص 155، الغرة المنيفة في تحقيق بعض مسائل الإمام أبي حنيفة، أبو حفص عمر الغزنوي الحنفي، قدم له وعلق عليه: محمد زاهد بن الحسن الكوثري، مكتبة الإمام أبي حنيفة، بيروت، ج 1 ص 160، المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج 5 ص 38، موطأ مالك، الإمام مالك بن أنس، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، مصر، كتاب الطلاق، باب طلاق المريض، ج 2 ص 571، 572، المغني، مرجع سابق، ج 6 ص 268، سنن البيهقي الكبرى، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى البيهقي، تحقيق: محمد عبدالقادر عطا، مكتبة دار البياز، مكة المكرمة، تاريخ الطبع 1414 هـ كتاب الخلع والطلاق، باب ما جاء في تورث المبتوتة في مرض الموت، ج 7 ص 362، مصنف عبد الرزاق، أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، تحقيق: حبيب الرحمن الاعظمي، الطبعة الثانية، المكتب الإسلامي، بيروت، تاريخ الطبع 1403 هـ كتاب الطلاق، باب طلاق المريض، ج 7 ص 62.

(*****) هو بن أبي الجعد البارقي يقال: إن البارقي جبل نزل به بعض الأزديين فنسبوا إليه، استعمل عمر بن الخطاب عروة البارقي على قضاء الكوفة وضم إليه سلمان بن ربيعة وذلك قبل أن يستقضي شريحاً، روى عنه والشعبي وأبو إسحاق وشيب بن غرقدة البارقي وغيرهم، وكان ممن سيره عثمان رضي الله عنه - إلى الشام من أهل الكوفة، ينظر الطبقات الكبرى، مرجع سابق، ج 6 ص 34.

(3) المبسوط، مرجع سابق، ج 6 ص 155، المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج 5 ص 38، المغني، مرجع سابق، ج 6 ص 268، وجاء في سنن البيهقي، مرجع سابق، كتاب الخلع والطلاق، باب ما جاء في تورث المبتوتة في مرض الموت، ج 7 ص 363 "عن المغيرة عن إبراهيم أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال في الذي طلق امرأته وهو مريض قال ترثه في العدة ولا يرثها وهذا منقطع ولم يسمعه مغيرة من إبراهيم إنما قال ذكر عبيدة عن إبراهيم عن عمر وعبيدة الضبي ضعيف ولم يرفعه عبيدة إلى عمر في رواية يحيى القطان عنه إنما ذكره عن إبراهيم والشعبي عن شريح ليس فيه عمر رضي الله عنه".

- ج- ما رواه هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة(*) - رضي الله عنها- أنها قالت: إن المطلقة ثلاثاً وهو مريض ترثه مادامت في العدة (1).
- د- ما روي عن الشعبي قال: إذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً وهو مريض ورثته ما دامت في عدتها؛ لأنه فار من كتاب الله فإذا مضت العدة فلا ميراث لها(2).
- ه- ما روي عن أبي بن كعب - رضي الله عنه- أنها ترث ما لم تتزوج(3).
- و- ما رواه قتادة قال: كتب هشام بن هبيرة(**) إلى شريح يسأله عن رجل طلق امرأته وهو مريض فكتب إليه شريح في التي طلق وهو مريض أنها ترثه ما كانت في العدة(4).
- ز- ما روي عن طاووس في الرجل إذا طلق امرأته ثلاثاً في مرضه فإنها ترثه ما دامت في العدة (5).
- ح- إن الزوجية سبب إرثها في مرض موته، والزوج قصد إبطالها فيرد عليه قصده؛ ولأنه قصد قصداً فاسداً في الميراث فعورض بنقيض قصده كالقائل القاصد استعجال الميراث يعاقب بالحرمان (6).

(*) هي عائشة بنت أبي بكر الصديق الصديقة بنت الصديق أم المؤمنين زوج النبي صلى الله عليه وسلم- وأشهر نسائه، وأمها أم رومان ابنة عامر بن عويمر بن كنانة، تزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم- قبل الهجرة بستين وهي بكر وقيل: بثلاث سنين وقيل: بأربع سنين وقيل: بخمس سنين، وكان عمرها لما تزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم- ست سنين وقيل: سبع سنين، وبني بها وهي بنت تسع سنين بالمدينة. وكان جبريل قد عرض على رسول الله صلى الله عليه وسلم صورتها في خرقة حرير في المنام لما توفيت خديجة وكانها رسول الله صلى الله عليه وسلم- أم عبد الله بابتها عبد الله بن الزبير، عن ابن أبي مليكة عن عائشة: أن جبريل جاء بصورتها في خرقة حرير خضراء إلى النبي صلى الله عليه وسلم- فقال: " هذه زوجتك في الدنيا والآخرة، وكان أكابر الصحابة يسألونها عن الفرائض، وتوفيت عائشة سنة ثمان وخمسين هجري وأمرت أن تدفن بالبقيع ليلاً فدفنت وصلى عليها أبو هريرة ونزل في قبرها خمسة: عبد الله وعروة ابنا الزبير والقاسم بن محمد بن أبي بكر وعبد الله بن محمد بن أبي بكر وعبد الله بن عبد الرحمن بن أبي بكر ولما توفي النبي صلى الله عليه وسلم- كان عمرها ثمان عشرة سنة، ينظر صفة الصفة، مرجع سابق، ج2 ص15-19.

(1) المبسوط، مرجع سابق، ج6 ص155، شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج4 ص145، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج3 ص219.

(2) الحجية، مرجع سابق، ج4 ص85، شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج4 ص145، الغرة المنيفة، مرجع سابق، ج1 ص160، المغني، مرجع سابق، ج6 ص268، سنن سعيد بن منصور، مرجع سابق، كتاب الطلاق، باب من طلق امرأته مريضاً ومن يرثها، ج2 ص68، 69.

(3) المبسوط، مرجع سابق، ج6 ص155، شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج4 ص145، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج3 ص219، مسائل الإمام أحمد رواية ابنه أبي الفضل صالح، مرجع سابق، ج3 ص174، المغني، مرجع سابق، ج6 ص268، سنن البيهقي الكبرى، مرجع سابق، كتاب الخلع والطلاق، باب ما جاء في توريث الميتة في مرض الموت، ج7 ص363.

(**) هو هشام بن هبيرة الضبي وكان قاضياً بالبصرة وكان معروفاً، قليل الحديث، وكتب هشام بن هبيرة إلى شريح كتاباً قال فيه إنني استعملت على القضاء على حدائث سني وقلة علمي بكثير منه وإنه لا غناء بي عن مشاورة مثلك، وتوفي هشام بن هبيرة أول ما قدم الحجاج بن يوسف العراق واليا في خلافة عبد الملك بن مروان، ينظر الطبقات الكبرى، مرجع سابق، ج7 ص151.

(4) شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج4 ص146، الغرة المنيفة، مرجع سابق، ج1 ص160، المغني، مرجع سابق، ج6 ص268، مصنف عبد الرزاق، مرجع سابق، كتاب الطلاق، باب طلاق المريض، ج7 ص64، الكتاب المنصف في الأحاديث والآثار "مصنف ابن أبي شيبة"، أبو بكر عبدالله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي، تحقيق: كما يوسف الحوت، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد، الرياض، تاريخ الطبع 1409 هـ، كتاب الطلاق، ج4 ص171.

(5) شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج4 ص146، الغرة المنيفة، مرجع سابق، ج1 ص160، الكتاب المنصف في الأحاديث والآثار "مصنف ابن أبي شيبة"، مرجع سابق، كتاب الطلاق، ج4 ص172.

(6) الهداية شرح البداية، مرجع سابق، ج2 ص3، تبين الحقائق، مرجع سابق، ج2 ص246، البحر الرائق، مرجع سابق، ج4 ص46، الغرة المنيفة، مرجع سابق، ج1 ص160، الفواكه الدواني، مرجع سابق، ج2 ص258، حاشية العنودي، مرجع سابق، ج2 ص505، الثمر الداني شرح رسالة القيرواني، مرجع سابق، ج1 ص642، المغني، مرجع سابق، ج6 ص268، الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق، ج2 ص561.

ط- إن المريض مرض الموت قد تعلق حق الورثة بماله من حين المرض وصار محجوراً عليه بالنسبة إليهم، ولهذا يمنع عن التبرع بما زاد على الثلث، وليس له أن يحرم بعض الورثة ميراثه ويخص بعضهم بالإرث، كما ليس له ذلك بعد الموت، وبالتالي ليس له بعد المرض أن يقطع حقها من الإرث لا بطلاق ولا غيره، وإن وقع الطلاق بالنسبة له إذ له أن يقطع نفسه منها ولا يقطع حقها منه (1).

وقال محمد أبو زهرة إذا كان الطلاق بائناً و اعتبر الزوج بطلاقه فاراً من الميراث، بأن قامت أسباب الظن بأنه طلقها طلاقاً بائناً في ذلك الوقت فراراً من الميراث، ويتوفر ذلك الظن إذا طلقها طلاقاً بائناً وكان طائعاً بغير رضاها وكانت مستحقة للميراث من وقت الطلاق إلى وقت الوفاة من ذلك المرض؛ فإنه يعتبر فاراً بطلاقه البائن من الميراث (2).

وطالما أن المشرع الليبي لم يتعرض إلى هذه الحالة، فإنه يمكن للقضاء الليبي الأخذ بالرأي المشهور من مذهب الإمام مالك، استناداً إلى نص المادة (165) من قانون إجراءات المحاكم الشرعية الصادر في عام 1958م .

كما أخذ المشرع المصري في قانون الموارث المصري رقم (77) لسنة 1943م بهذا الرأي حيث نص في المادة (11) منه على أنه: "تعتبر المطلقة بائناً في مرض الموت في حكم الزوجة إذا لم ترض بالطلاق ومات المطلق في ذلك المرض وهي في عدته" .

وقضت محكمة النقض المصرية بأنه: "المريض مرض الموت إذا طلق زوجته ثم مات ومطلقاته في العدة يعتبر متى توافرت الشروط - بطلاقه فاراً من الميراث، وتقوم المظنة على أنه طلق زوجته طلاقاً بائناً في مرض الموت قاصداً حرمانها من حقها الذي تعلق بماله منذ حلول المرض به، بمعنى أن الطلاق البائن ينبئ بذاته بغير دليل آخر على هذا القصد فرد المشرع عليه قصده، وذلك دون ما حاجة للبحث عن خبايا نفس المريض" (3) .

(1) المبسوط، مرجع سابق، ج:6، ص:155، 156 .

(2) الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص:319، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، مرجع سابق، ص:253.

(3) طعن أحوال شخصية رقم 15 السنة القضائية 40، تاريخ الجلسة 17-1-1976م. نقلاً عن الموسوعة القانونية المتكاملة "الجامع القانوني" حزمة إلكترونية قانونية حديثة متكاملة محملة على CD، شركة أليكس سوفت للبرمجيات والكمبيوتر، الإسكندرية الإصدار السادس 2002م .

كما أخذ المشرع السوري أيضاً بهذا الرأي، حيث نصت المادة (116) منه على أن: "من باشر سبباً من أسباب البينونة في مرض موته، أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك، طائعاً بلا رضا زوجته، ومات في ذلك المرض، أو في تلك الحالة، والمرأة في العدة؛ فإنها ترث منه بشرط أن تستمر أهليتها للإرث من وقت الإبانة إلى الموت".

وطالما أن المشرع الأردني لم ينص على ميراث المطلقة طلاقاً بائناً في مرض الموت، فإنه يمكن للقضاء الأردني أن يأخذ برأي الجمهور استناداً إلى نص المادة (183) من قانون الأحوال الشخصية الأردني التي تنص على أنه: "يعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة".

الرأي الثاني: يرى أصحابه أن طلاق المريض أو المريضة كطلاق الصحيح ولا فرق، فإن كان طلاق المريض ثلاثاً أو آخر ثلاث، أو كان طلاقاً رجعياً فلم يرتجعها حتى مات أو ماتت بعد تمام العدة فلا ترثه في شيء من ذلك كله ولا يرثها، وهذا ما ذهب إليه الشافعية⁽¹⁾ في الجديد والظاهرية⁽²⁾.

فقد جاء في المذهب: "اختلف قول الشافعي - رحمه الله - فيمن بت طلاق امرأته في المرض المخوف واتصل به الموت فقال في أحد القولين: إنها ترثه؛ لأنه متهم في قطع إرثها فورثت كالفاتل لما كان متهماً في استعجال الميراث لم يرث، والثاني: أنها لا ترث وهو الصحيح؛ لأنها بينونة قبل الموت فقطعت الإرث كالطلاق في الصحة"⁽³⁾.

وجاء في المحلي: "وطلاق المريض كطلاق الصحيح ولا فرق مات من ذلك المرض أو لم يمته منه، فإن كان طلاق المريض ثلاثاً أو آخر ثلاث أو قبل أن يطأها، فماتت أو ماتت قبل تمام العدة أو بعدها، أو كان طلاقاً رجعياً فلم يرتجعها حتى ماتت، أو ماتت بعد تمام العدة فلا ترثه في شيء من ذلك كله ولا يرثها أصلاً، وكذلك طلاق الصحيح للمريضة وطلاق المريض للمريضة ولا فرق"⁽⁴⁾.

(1) التنبية، مرجع سابق، ج: 1، ص: 182، المذهب، مرجع سابق، ج: 2، ص: 34، الوسيط، ج: 5، ص: 402، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج: 8، ص: 72، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج: 3، ص: 294.

(2) المحلي، مرجع سابق، ج: 10، ص: 218.

(3) المذهب، مرجع سابق، ج: 2، ص: 34.

(4) المحلي، مرجع سابق، ج: 10، ص: 218.

واستدل أصحاب هذا الرأي بالأدلة التالية:

أ- ما روي عن ابن أبي مليكة(*) أنه سأل ابن الزبير(**) عن الرجل يطلق المرأة فيبئتها ثم يموت وهي في عدتها، فقال عبد الله بن الزبير: طلق عبد الرحمن بن عوف تماضر بنت الأصبع الكلبية فبئتها، ثم مات عنها وهي في عدتها فورثها عثمان، قال ابن الزبير: وأما أنا فلا أرى أن تترث مبتوتة⁽¹⁾.

ب- أن من أسباب الميراث الزوجية ولما انقطعت الزوجية بالإبانة لا يبقى استحقاق الميراث بها سواء كان في صحته أم في مرضه⁽²⁾.

ج- أن الزوجة تترث من الزوج والزوج يرث من الزوجة ما كانا زوجين وهذان ليسا بزوجين، ولا يملك رجعتها فتكون في معاني الأزواج فترث وتورث، كما أن الزوجة أن تعتد من الوفاة أربعة أشهر وعشراً وهذه لا تعتد من الوفاة، كما أن الزوجة تغسل الزوج ويغسلها وهذه لا تغسله ولا يغسلها⁽³⁾.

ورد أصحاب هذا الرأي على أدلة القائلين بتوريث المطلقة طلاقاً بانئاً في مرض الموت بالآتي:

أ- أن استدلالهم بما روي عن عثمان - رضي الله عنه - أنه ورث تماضر بنت الأصبع بن زياد الكلبية، ونساء عبد الرحمن بن مَكْمَلٍ هو استدلال مردود

(*) هو عبد الله بن عبيد الله بن أبي مليكة بن عبد الله بن جدعان بن تيم بن مرة، واسم أبي مليكة زهير ولد في خلافة علي أو قبلها وحدث عن عائشة أم المؤمنين وأختها أسماء وابن عباس وابن الزبير وعثمان بن عفان وغيرهم، وكان عالماً مفتياً، حدث عنه رفيقه عطاء بن أبي رباح وذلك في صحيح مسلم وعمرو ابن دينار وغيرهم، ينظر سير أعلام النبلاء، مرجع سابق، ج 5 ص 88-90.

(**) هو عبد الله بن الزبير بن العوام بن خويلد بن أسد بن مرة القرشي ويكنى أبو خبيب، وأمه أسماء بنت أبي بكر بن أبي قحافة ذات النطاقين، وروي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أحاديث وعن أبيه وعن عمر وعثمان وغيرهما، روى عنه أخوه عروة وأبناه: عامر وعبد وعبيدة السلماني وعطاء بن أبي رباح والشعبي وغيرهم، وغزا عبد الله بن الزبير إفريقية مع عبد الله بن سعد بن أبي مروح، وشهد الجمل مع أبيه الزبير مقاتلاً لعلي فكان علي يقول: ما زال الزبير منا أهل البيت حتى نشأ له عبد الله، وامتنع عن بيعة يزيد بن معاوية بعد موت أبيه معاوية، وبويع عبد الله بن الزبير بالخلافة بعد موت يزيد وأطاعه أهل الحجاز واليمن والعراق وخراسان، وبقي ابن الزبير خليفة إلى أن تولى عبد الملك بن مروان بعد أبيه فسير الحجاج بن يوسف إلى الحجاز فحصر عبد الله بن الزبير بمكة أول ليلة من ذي الحجة سنة 72 هـ وحج بالناس الحجاج ولم يطف بالبيت ولا بين الصفا والمروة ونصب منجنيقاً على جبل أبي قبيس فكان يرمي الحجاره إلى المسجد ولم يزل يحاصره إلى أن قتل في جمادى الآخرة من سنة 73 هـ ينظر أسد الغابة، مرجع سابق، ج 1 ص 909-911.

(1) الأم، مرجع سابق، ج 5 ص 254، المغني، مرجع سابق، ج 6 ص 268، مسند الشافعي، مرجع سابق، ج 1 ص 294، سنن البيهقي الكبرى، مرجع سابق، كتاب الخلع والطلاق، باب ما جاء في توريث المبتوتة في مرض الموت، ج 7 ص 362، الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار "مصنف ابن أبي شيبة"، مرجع سابق، كتاب الطلاق، ج 4 ص 171، مصنف عبد الرزاق، مرجع سابق، كتاب الطلاق، باب طلاق المريض، ج 7 ص 62.

(2) المهذب، مرجع سابق، ج 2 ص 34، المحلى، مرجع سابق، ج 10 ص 218.

(3) الأم، مرجع سابق، ج 5 ص 254.

عليه؛ لأنه روي عن نافع مولى ابن عمر(*) قال: إن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته الكلبية في مرضه الذي مات فيه، فكلمه عثمان ليراجعها فتكأ عليه عبد الرحمن، فقال عثمان: قد أعرف إنما طلقها كراهية أن ترث مع أم كلثوم، وإني والله لأقسم لها ميراثها وإن كانت أم كلثوم أختي، قال نافع: وكان آخر طلاقها تطليقة في مرضه، فعثمان أمر عبد الرحمن بمراجعتها بعد أن طلقها آخر طلاقها في مرضه فصح أنه لم يكن يراه طلاقاً، فبالتالي كل ما روى عن عثمان بعد هذا فهو مردود إلى هذا (1).

ب- أن استدلالهم بما روى عن عائشة - رضي الله عنها - عن طريق سعيد بن أبي عروبة(**) عن هشام بن عروة عن أبيه أنها قالت في المطلقة ثلاثاً وهو مريض ترثه ما دامت في العدة هو أيضاً مردود عليه؛ لأن سعيد بن أبي عروبة لم يسمع من هشام بن عروة شيئاً قط فلا ندري عن أخذه (2).

ج- أن استدلالهم بمن طلق امرأته ثلاثاً وهو مريض بأنه فار، هو استدلال مردود عليه؛ لأن الله - سبحانه وتعالى - أباح الطلاق وقطع بالثلاث جميع حقوق الزوجية من النفقة وإباحة الوطاء والتوارث، ولم يكن هذا فراراً من كتاب الله - سبحانه وتعالى -، إنما يكون الفرار إذا قال كتاب الله - تعالى - لو قال لا ترث مني شيئاً دون أن يطلقها بل الفرار من كتاب الله - تعالى - هو تورث من ليست زوجة، وتساءل ابن حزم بأنه: كيف يجوز أن تورث بالزوجية من إن وطئها رجم أو من قد حل لها زواج غيره أو من هي زوجة لغيره؟ وقال هذا هو خلاف كتاب الله - تعالى - حقاً بلا شك (3).

(*) هو عبد الله بن عمر بن الخطاب، أبو عبد الرحمن، قرشي عدوي، صاحب رسول الله - صلى الله عليه وسلم -، أسلم بمكة مع أبيه ولم يكن بالغاً حينئذ، شهد الخندق وما بعدها، أفتى الناس ستين سنة، ولما قتل عثمان عرض عليه ناس أن يبايعوه بالخلافة فأبى، شهد فتح أفريقيا، كف بصره في آخر حياته، كان آخر من توفي بمكة من الصحابة، هو أحد المكثرين من الحديث عن الرسول صلى الله عليه وسلم، وسئل مولى لعبد الله بن عمر عن موت عبد الله بن عمر فقال أصابه رجل من أهل الشام بزجه في رجله فاتاه الحجاج يعوده فقال لو أعلم الذي أصابك لضربت عنقه فقال عبد الله: أنت الذي أصبنتني قال: كيف قال: يوم أدخلت حرم الله السلاح، مات بمكة سنة 74 هـ وقيل سنة 73 هـ. هو ابن أربع وثمانين سنة رضي الله عنه. صفة الصفوة، مرجع سابق، ج1 ص563-582.

(1) المحلى، مرجع سابق، ج10 ص218.

(**) هو سعيد بن أبي عروبة ويكنى أبا النضر واسم أبي عروبة مهران وكان ثقة كثير الحديث، ومات سنة سبع وخمسين ومائة هجري في خلافة أبي جعفر، ينظر الطبقات الكبرى، مرجع سابق، ج7 ص273.

(2) المحلى، مرجع سابق، ج10 ص219، 227.

(3) المرجع السابق، ج10 ص224.

د- أن استدلالهم بما روي عن أبي بن كعب - رضي الله عنه - أنه قال إنها ترث ما لم تتزوج، هو استدلال مردود عليه؛ لأنه عن طريق شيخ من قریش لا ندري من هو؟ (1).

كما رد الجمهور على أدلة القائلين بعدم توريث المطلقة طلاقاً بائناً في مرض الموت بما ورد عن الزبير - رضي الله عنه - أنه قال: "أما أنا فلا أرى أن ترث مبنوتة" بالآتي :

- أ- يحتمل أن يكون معناه أنه خفي عليه ما لم يخفى على عثمان وليس معناه أنه يقطع بعدم توريثها، وإنما كان قوله إخبار عن عدم سابق علمه بالعلة التي ورث عثمان بها وهي رفع الضرر عن المبنوتة في مرض زوجها (2).
- ب- يحتمل أنها كانت سألت الطلاق فرأى عثمان - رضي الله عنه - توريثها مع سؤالها الطلاق فيرجع قوله لو كنت أنا ما ورثتها إلى سؤالها الطلاق، فلما ورثها عثمان - رضي الله عنه - مع سؤالها الطلاق فعند عدم السؤال أولى خاصة وإنه ورد في بعض الروايات أنها سألته الطلاق (3).
- ج- أن هذا القول قاله في ولايته وقد كان انعقد الإجماع قبله منهم على التوريث فخلافه بعد وقوعه لا يقدر فيه؛ لأن الإجماع انعقد قبل أن يصير ابن الزبير من أهل الاجتهاد إذ لم يعرف له قبل ذلك فتوى ولا شهرة بفقته (4).
- د- أما القول بأنها ليست بزوجة لبطلان الزوجية بالثلاث بدليل أنه لو ماتت المرأة لا يرث الزوج عنها بالإجماع، فيرد عليه بأن النكاح في العدة قائم في حق بعض الآثار كثبوت النسب والمنع من الخروج فجاز أن يبقى في حق إرثها عنه دفعاً للضرر عنها بدون رضاها بخلاف إرثه منها؛ لأنه رضي بإبطال حقه حيث أقدم على البيونة (5).
- ويبدو لي أن الرأي الأول وهو الرأي الراجح لقوة أدلة أصحابه .

(1) المرجع السابق ، ج: 10 ص: 227.

(2) المبسوط مرجع سابق، ج: 6 ص: 155، 156، شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج: 4 ص: 146، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج: 3 ص: 219.

(3) المبسوط مرجع سابق، ج: 6 ص: 155، 156، شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج: 4 ص: 146، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج: 3 ص: 219، فقد جاء في حسن سعيد بن منصور، مرجع سابق، كتاب الطلاق، باب من طلق امرأته مريضا ومن يرثها، ج: 2 ص: 66 " عمر بن أبي سلمة عن أبيه عن جده عبد الرحمن بن عوف أنه قال لا تسألني امرأة من نسائي الطلاق إلا طلقها وكانت تماضر بنت الأصيب أم أبي سلمة في خلقها بعض ما فيه فسألته الطلاق وهو مريض فقال لها إذا حضت ثم طهرت فأنتيني فأنتنته فطلقها البتة ومات في مرضه ذلك فورثها عثمان رضي الله عنه منه بعد انقضاء العدة".

(4) شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج: 4 ص: 146، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج: 3 ص: 219، تبیین الحقائق، مرجع سابق، ج: 2 ص: 246، مجموع الفتاوى، مرجع سابق، ج: 31 ص: 370، الفتاوى الكبرى، مرجع سابق، ج: 4 ص: 64.

(5) الغرة المنيفة، مرجع سابق، ج: 1 ص: 160.

المطلب الخامس

الوقت المحدد لميراث المطلقة طلاقاً بائناً في مرض الموت

إن جمهور الفقهاء رغم اتفاقهم على أن المطلقة طلاقاً بائناً في مرض الموت ترث زوجها، لكنهم اختلفوا بعد ذلك على المدة المحددة للميراث، فمنهم من حددها بفترة العدة، ومنهم من حددها بالفترة الممتدة من الطلاق إلى أن تتزوج المطلقة من زوج آخر، فبعد الزواج يسقط حقها في الميراث، ومنهم من أعطى المطلقة الحق في الميراث حتى وإن تزوجت أكثر من مرة بعد طلاق المريض، وسأتناول هذه الاختلافات بشيء من التفصيل في ثلاثة آراء :

الرأي الأول: يرى أصحابه أنه إذا طلق المريض مرض الموت امرأته في مرضه ثلاثاً ثم مات في مرضه وهي في العدة؛ فإنها ترثه ما دامت في العدة، فإن مات بعد انقضاء العدة لم ترثه، وهو رأي الأحناف⁽¹⁾ وأحد أقوال الشافعية⁽²⁾ وقول عند الحنابلة⁽³⁾ وقول إبراهيم النخعي^(*) والثوري والأوزاعي وابن شبرمة⁽⁴⁾.

فقد جاء في كتاب الآثار: "حدثنا يوسف عن أبيه عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم أنه قال: في الرجل يطلق امرأته ثلاثاً في مرضه أنها ترثه ما كانت في عدتها فإذا انقضت العدة لم ترث، وإن طلقها في مرضه قبل أن يدخل بها فلها نصف المهر ولا عدة عليها ولا ميراث لها " ⁽⁵⁾.

وجاء في المهذب: " قول الشافعي - رحمه الله - فيمن بت طلاق امرأته في المرض المخوف... في أحد القولين إنها ترثه؛ لأنه متهم في قطع إرثها فورثت كالقائل لما كان متهماً في استعجال الميراث لم يرث... فالإي أي وقت ترث فيه ثلاثة أقوال أحدها: إن مات وهي في العدة ورثت، لأن حكم الزوجية باق، وإن مات وقد انقضت العدة لم ترث؛ لأنه لم يبق حكم الزوجية " ⁽⁶⁾.

(1) الهداية شرح البداية، مرجع سابق، ج: 2، ص: 3، تبين الحقائق، مرجع سابق، ج: 2، ص: 245، 246، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج: 3، ص: 218، 219، البحر الرائق، مرجع سابق، ج: 4، ص: 46.

(2) الأم، مرجع سابق، ج: 5، ص: 254، التنبيه، مرجع سابق، ج: 1، ص: 182، المهذب، مرجع سابق، ج: 2، ص: 34.

(3) الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق، ج: 2، ص: 561، عمدة الفقه، مرجع سابق، ج: 1، ص: 80، الإنصاف، مرجع سابق، ج: 7، ص: 356، 357.

(4) هو إبراهيم بن يزيد بن الأسود بن مالك بن النخع من منجح ويكنى أبا عمران وكان أعور، توفي في سنة ست وتسعين هجري في خلافة الوليد بن عبد الملك بالكوفة وهو بن تسع وأربعين سنة، ينظر الطبقات الكبرى، مرجع سابق، ج: 6، ص: 270-276.

(5) بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج: 3، ص: 219، الاستنكار، مرجع سابق، ج: 6، ص: 115.

(6) الآثار، أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني، دار الكتب العلمية، بيروت، تاريخ الطبع 1355 هـ، ج: 1، ص: 136.

(6) المهذب، مرجع سابق، ج: 2، ص: 34.

وجاء في الكافي في فقه ابن حنبل: "إن أبانها في مرض موته... لم يرثها وورثته مادامت في العدة... وهل ترثه بعد انقضاء العدة فيه روايتان إحداهما... لا ترثه؛ لأن آثار النكاح زالت بالكلية فلم ترثه كما لو تزوجت؛ ولأن ذلك يفضي إلى توريث أكثر من أربع نسوة... وذلك غير جائز وإن تزوجت لم ترثه؛ لأنها فعلت باختيارها فعلاً ينافي زوجية الأول فلم ترثه كما لو تسببت في فسخ النكاح" (1).

واستدل أصحاب هذا الرأي بالأدلة التالية :

- أ- ما روي عن ابن سيرين أنه قال: كانوا يقولون ولا يختلفون في من فر من كتاب الله رد إليه، أي من طلق امرأته ثلاثاً في مرضه فإنها ترثه مادامت في العدة، وهو يقصد بذلك إجماع الصحابة رضي الله عنهم (2).
- ب- بما رواه هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة - رضي الله عنها - أنها قالت: إن المطلقة ثلاثاً وهو مريض ترثه مادامت في العدة (3).
- ج- بما روي عن الشعبي أنه قال: إذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً وهو مريض ورثته ما دامت في عدتها؛ لأنه فارٌّ من كتاب الله فإذا مضت العدة فلا ميراث لها (4).
- د- بما رواه قتادة قال كتب هشام بن هبيرة إلى شريح يسأله عن رجل طلق امرأته وهو مريض... فكتب إليه شريح في التي طلق وهو مريض أنها ترثه ما كانت في العدة (5).
- هـ- بما روي عن طاووس في الرجل طلق امرأته ثلاثاً في مرضه قال: ترثه ما دامت في العدة (6).
- و- إنها ترث في العدة؛ لأن العدة من بعض أحكام الزوجية (7).

(1) الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق، ج: 2، ص: 561.
(2) المبسوط، مرجع سابق، ج: 6، ص 155 بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج: 3، ص 218، الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار "مصنف ابن أبي شيبة"، مرجع سابق، كتاب الطلاق، ج: 4، ص 172، مصنف عبد الرزاق، مرجع سابق، كتاب الطلاق، باب طلاق المريض، ج: 7، ص 64.
(3) المبسوط، مرجع سابق، ج: 6، ص 155، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج: 3، ص 218، 219، الفرة المنيفة، مرجع سابق، ج: 1، ص 160.
(4) شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج: 4، ص 145، الفرة المنيفة، مرجع سابق، ج: 1، ص 160، المغني، مرجع سابق، ج: 6، ص 268، سنن سعيد بن منصور، مرجع سابق، كتاب الطلاق، باب من طلق امرأته مريضاً ومن يرثها، ج: 2، ص: 68، 69.
(5) الفرة المنيفة، مرجع سابق، ج: 1، ص 160، المغني، مرجع سابق، ج: 6، ص 268، مصنف عبد الرزاق، مرجع سابق، كتاب الطلاق، باب طلاق المريض، ج: 7، ص 64، الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار "مصنف ابن أبي شيبة"، مرجع سابق، كتاب الطلاق، ج: 4، ص 171.
(6) الفرة المنيفة، مرجع سابق، ج: 1، ص 160، الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار "مصنف ابن أبي شيبة"، مرجع سابق، كتاب الطلاق، ج: 4، ص 172.
(7) بداية المجتهد، مرجع سابق، ج: 2، ص: 62.

وقال عبد الرحمن تاج: إذا طلق الرجل طائعاً في مرض موته امرأته المدخول بها طلاقاً بائناً بغير رضاها وكانت وقت الطلاق أهلاً أن ترثه، واستمرت على هذه الأهلية إلى أن مات قبل انقضاء عدتها فإنها ترثه؛ لأنها ممن تعلق حقهم بماله من وقت مرضه، فتطبيقها بائناً بعد ذلك مقصود به حرمانها من حقها في التركة، أو هو مظنة ذلك، فيعامل الرجل بنقيض مقصوده الحقيقي أو الذي يدل عليه ظاهر الحال، وتستحق المرأة نصيبها في التركة، هذا مع نفاذ الطلاق واعتباره بائناً على كل حال، ولذلك إذا ماتت المرأة قبل الرجل الذي طلقها بائناً في مرض موته فإنه لا يرثها، ولو كان موتها قبل انتهاء العدة، لأن الطلاق البائن في ذاته مزيل للزوجية التي يستحق بها الميراث (1).

وقال محمد جواد مغنية: إن هذا القول موافق للقواعد والأصول لانقطاع العلاقة الزوجية بانقضاء العدة؛ لأنها تباح للأزواج الأجانب وكل من تباح للأزواج الأجانب فلا ترث ممن كان بينه وبينها زوجية سابقة، وهذا الأصل لا يخرج عنه إلا بأية منزلة أو رواية ثابتة (2).

وتقد أخذ المشرع المصري بهذا الرأي حيث نص في المادة (11) من قانون المواريث المصري رقم (77) لسنة 1943 م على أنه: "تعتبر المطلقة بائناً في مرض الموت في حكم الزوجة إذا لم ترض بالطلاق ومات المطلق في ذلك المرض وهي في عدته".

وقضت بذلك محكمة النقض المصرية في طعن الأحوال الشخصية رقم (31) الصادر بتاريخ 17-5-1983 م .

كما أخذ القانون السوري بذلك أيضاً حيث نصت المادة (116) من قانون الأحوال الشخصية على أنه: "من باشر سبباً من أسباب البينونة في مرض موته، أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك، طائعاً بلا رضا زوجته، ومات في ذلك المرض، أو في تلك الحالة والمرأة في العدة؛ فإنها ترث منه بشرط أن تستمر أهليتها للإرث من وقت الإبانة إلى الموت".

(1) أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 282، 283.
(2) الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 248.

ونظراً لكون المشرع الأردني لم يتعرض لهذه الحالة، فإنه يمكن للقضاء الأردني أن يأخذ بهذا الرأي استناداً إلى نص المادة (183) من قانون الأحوال الشخصية الأردني .

الرأي الثاني: يرى أصحابه أنه إذا طلق المريض مرض الموت امرأته في مرضه ثلاثاً ثم مات في مرضه؛ ورثته في العدة وبعد العدة حتى لو تزوجت المطلقة بزواج آخر، وهو رأي المالكية (1).

فقد جاء في المدونة الكبرى: "قلت هل تترك امرأة أزواجاً كلهم يطلقها في مرضه ثم تتزوج زوجاً، والذين طلقوها كلهم أحياء ثم ماتوا من قبل أن يصحوا من مرضهم ذلك، وهي تحت زوج أتورتها من جميعهم أم لا في قول مالك، قال: لها الميراث من جميعهم، قال مالك: وكذلك لو طلقها واحدة ألبتة وهو مريض وتزوجت أزواجاً بعد ذلك كلهم يطلقها ورثت الأول إذا مات من مرضه ذلك" (2).

واستدل أصحاب هذا الرأي بالأدلة التالية :

أ- ما روي عن عبد الرحمن بن عوف أنه طلق امرأته البتة وهو مريض فورثها عثمان بن عفان منه بعد انقضاء عدتها (3).

ب- ما روي عن مالك أنه سمع ربيعة بن أبي عبد الرحمن يقول بلغني أن امرأة عبد الرحمن بن عوف سألته أن يطلقها فقال: إذا حضت فأذنيني فلم تحض حتى مرض عبد الرحمن بن عوف فلما طهرت أذنته فطلقها البتة أو تطليقة لم يكن بقي له عليها من الطلاق غيرها، وعبد الرحمن بن عوف يومئذ مريض فورثها عثمان بعد انقضاء عدتها (4).

ج- أن الزوجية سبب إرثها في مرض موته والزواج قصد إبطالها فيرد عليه قصده؛ ولأنه قصد قصداً فاسداً في الميراث فعورض بنقيض قصده كالمقاتل القاصد استعجال الميراث يعاقب بحرمان (5).

(1) المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج 4 ص 210، موطأ مالك، مرجع سابق، كتاب الطلاق، باب طلاق المريض ج 2 ص 571، 572، رسالة القيرواني، مرجع سابق، ج 1 ص 143، القوانين الفقهية، مرجع سابق، ص 197، شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج 4 ص 18، الفواكه الدواني، مرجع سابق، ج 2 ص 258، مسائل أحمد بن حنبل رواية ابنه عبد الله، عبد الله أحمد بن حنبل، تحقيق: زهير الشاويش، الطبعة الأولى، المكتب الإسلامي، بيروت، تاريخ الطبع 1401 هـ، ج 1 ص 372.

(2) المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج 4 ص 210.

(3) موطأ مالك، مرجع سابق، كتاب الطلاق، باب طلاق المريض ج 2 ص 571.

(4) المرجع السابق، كتاب الطلاق، باب طلاق المريض ج 2 ص 572.

(5) حاشية العدوي، مرجع سابق، ج 2 ص 505، الفواكه الدواني، مرجع سابق، ج 2 ص 258، الثمر الداني شرح رسالة القيرواني، مرجع سابق، ج 1 ص 642.

د- لما كان المريض يتهم في أن يكون إنما طلق في مرضه زوجته ليقطع نصيبها من الميراث فعلاً بقاعدة سد الذرائع؛ وجب لها الميراث وإن انقضت عدتها وتزوجت أزواجاً آخرين⁽¹⁾ .

وطالما أن المشرع الليبي لم يتعرض إلى هذه الحالة، فإنه يمكن للقضاء الليبي الأخذ بالرأي المشهور من مذهب الإمام مالك، استناداً إلى نص المادة (4) والمادة (165) من قانون إجراءات المحاكم الشرعية الصادر في عام 1958 م .
الرأي الثالث: يرى أصحابه أنه إذا طلق المريض مرض الموت امرأته في مرضه ثلاثاً ثم مات في مرضه، مات في عدتها أو بعد انقضاء العدة فإنها ترثه ما لم تتزوج قبل موته، فإذا تزوجت ثم مات لم ترثه، وهو قول ابن أبي ليلى⁽²⁾ والقول المشهور عن أحمد بن حنبل⁽³⁾، وقول عند الشافعية⁽⁴⁾ .

فقد جاء في المبسوط: " قال ابن أبي ليلى - رضي الله تعالى عنه - إن عدتها في حق الميراث لا تنقضي حتى أن لها الميراث مالم تتزوج، فإذا تزوجت فهي التي رضيت بسقوط حقها ولها ذلك كما لو سألته الطلاق في الابتداء " ⁽⁵⁾ .

وجاء في المهذب: " قول الشافعي - رحمه الله - فيمن بت طلاق امرأته في المرض المخوف واتصل به الموت، فقال في أحد القولين إنها ترثه؛ لأنه متهم في قطع إرثها فورثت كالقائل لما كان متهماً في استعجال الميراث لم يرث... فإذا قلنا إنها ترث فإلى أي وقت ترث؟ فيه ثلاثة أقوال أحدها: ...أنها ترث ما لم تتزوج؛ لأنها إذا تزوجت علمنا أنها اختارت ذلك " ⁽⁶⁾ .

وجاء في المغني: " إن طلقها... طلاقاً بائناً... في المرض المخوف ثم مات من مرضه ذلك في عدتها ورثته ولم يرثها إن ماتت... لأن هذا قصد قصداً فاسداً في الميراث فعورض بنقيض قصده... فالمشهور عن أحمد أنها ترثه في العدة وبعدها ما لم تتزوج " ⁽⁷⁾ .

(1) بداية المجتهد ، مرجع سابق، ج2 ص62.

(2) شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج4 ص145، المبسوط، مرجع سابق، ج:6 ص:156، تبيين الحقائق، مرجع سابق، ج:2 ص:247، الذخيرة، مرجع سابق، ج:13 ص:14، الاستنكار، مرجع سابق، ج:6 ص:114.

(3) مسائل الإمام أحمد رواية ابنه أبي الفضل صالح، مرجع سابق، ج3 ص87، 174، الإنصاف، مرجع سابق، ج7 ص356، 357، الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق، ج:2 ص:561، المغني، مرجع سابق، ج:6 ص:268 .

(4) التنبية، مرجع سابق، ج:1 ص:182، المهذب، مرجع سابق، ج:2 ص:34.

(5) المبسوط، مرجع سابق، ج:6 ص:156.

(6) المهذب ، مرجع سابق، ج:2 ص:34.

(7) المغني ، مرجع سابق، ج:6 ص:268.

واستدل أصحاب هذا الرأي بالأدلة التالية :

- أ- إجماع المسلمين على أن المرأة الواحدة لا ترث في وقت واحد من زوجين ولكون التهمة هي العلة عند الذين أوجبوا الميراث؛ ولأنها إن تزوجت فعلت باختيارها فعلاً ينافي زوجية الأول فلم ترثه كما لو تسببت في فسخ النكاح⁽¹⁾.
- ب- بما رُوِيَ عن عثمان أنه ورثَ امرأة من عبد الرحمن بعد انقضاء العدة؛ ولأنه فار من ميراثها فورثته كالمعتدة⁽²⁾.
- ج- ما رُوِيَ عن أبي بن كعب -رضي الله عنه- أنها ترث ما لم تتزوج⁽³⁾.
ويبدو لي أن الرأي الثاني هو الرأي الراجح لوجاهة أدلة أصحابه.

(1) الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق، ج:2، ص:561 ، بداية المجتهد ، مرجع سابق، ج:2، ص:62.

(2) الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق، ج:2، ص:561.

(3) المبسوط، مرجع سابق، ج:6، ص:155، شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج:4، ص:145، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج:3، ص:219 المغني، مرجع سابق، ج:6، ص:268، مسائل الإمام أحمد رواية ابنه أبي الفضل صالح ، مرجع سابق، ج:3، ص:174، مسائل أحمد بن حنبل رواية ابنه عبد الله، مرجع سابق، ج:1، ص:372 ، سنن البيهقي الكبرى، مرجع سابق، ج:7، ص:363 ، الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار "مصنف ابن أبي شيبة"، مرجع سابق، كتاب الطلاق، ج:4، ص:171.

المطلب السادس

ميراث المطلقة في مرض الموت إذا كانت الفرقة بسببها

ذهب الفقهاء إلى أنه إذا باشرت الزوجة سبب الفرقة، كأن تكون فعلت في مرض موتها ما يفسخ نكاحها، بأن ترضع امرأة زوجها الصغيرة أو استدخلت ذكر ابن زوجها أو ذكر أبيه وهو نائم لم يسقط ميراث زوجها ما دامت في العدة، فإن الزوج يرثها وهي لا ترثه؛ لأن فعل أحد الزوجين لا يبطل ميراث الآخر وهذا رأي الأحناف⁽¹⁾ والمالكية⁽²⁾ والحنابلة⁽³⁾ وقول عند الشافعية⁽⁴⁾، بخلاف ما إذا كان الزوج أمر ابنه بذلك كان لها الميراث؛ لأنه قصد إبطال حقها حين أمر ابنه أن يكرهها على ذلك الفعل فكان فاراً .

فقد جاء في المبسوط: " بخلاف ما لو طوعت ابن زوجها في العدة فجامعها فإنه لا يبطل ميراثها؛ لأنها بهذه الطواعية لم تبطل حقها فإنه ليس لفعالها تأثير في الفرقة، لأن الفرقة قد وقعت بإيقاع الثلاث ولم تخرج بهذا الفعل من أن تكون أهلاً للارث، فبقاء ميراثها ببقاء العدة ولا تأثير لهذا الفعل في إسقاط العدة، وهذا بخلاف ما لو طوعت ابن زوجها قبل أن يطلقها الزوج، لأن الفرقة هناك وقعت بفعالها وذلك مسقط لميراثها؛ ولأن تعلق حقها بماله يومئذ كان بسبب النكاح وفعالها مؤثر في رفع النكاح فلهذا سقط به ميراثها، وكذلك إن أكرهها الابن على ذلك وغلب على نفسها فلا ميراث له؛ لأن الفعل ينعدم من جانبها بهذا السبب، وإنما تقع الفرقة حكماً لثبوت الحرمة من غير أن يصير مضافاً إلى الزوج فلا ميراث لها منه... فإن كان الزوج أمر ابنه بذلك كان لها الميراث؛ لأنه قصد إبطال حقها حين أمر ابنه أن يكرهها على ذلك الفعل فكان فاراً " (5).

وجاء في شرح ميارة: " أن المطلقة في المرض ترث زوجها إذا مات من مرضه ذلك إلا أن يكون لها تسبب في الطلاق " (6).

(1) المبسوط ، مرجع سابق، ج:6 ص:164، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج:3 ص:220 ، الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ج:1 ص:462 ، البحر الرائق ، مرجع سابق، ج:4 ص:47 .

(2) شرح ميارة ، مرجع سابق، ج:1 ص:366.

(3) المغني، مرجع سابق، ج:6 ص:272، المبدع ، مرجع سابق، ج:6 ص:244، الإنصاف، مرجع سابق، ج:7 ص:358، 359، كشف القناع، مرجع سابق، ج:4 ص:483.

(4) روضة الطالبين، مرجع سابق، ج:8 ص:75.

(5) المبسوط مرجع سابق، ج:6 ص:164.

(6) شرح ميارة، مرجع سابق، ج:1 ص:366.

وجاء في كشاف القناع: " وإن فعلت في مرض موتها ما يفسخ نكاحها بأن ترضع امرأة زوجها الصغيرة أو ترضع زوجها الصغير في الحولين خمس رضعات أو استدخلت ذكر ابن زوجها أو ذكر أبيه وهو نائم أو ارتدت في مرض موتها المخوف؛ لم يسقط ميراث زوجها ما دامت في العدة لأنها أحد الزوجين فلم يسقط فعلها ميراث الآخر كالزوج " (1).

وبمثل رأي الجمهور قال عبد الرحمن تاج⁽²⁾ ومحمد أبو زهرة⁽³⁾ ووهبه الزحيلي⁽⁴⁾ وقال خليفة أحمد العقيلي: إنه في هذا النوع من الفرقة لا ميراث لأحدهما من الآخر، وذلك لانتهاء الزوجية بمجرد وجود الفرقة، والزوجية هي سبب التوارث بين الزوجين فإن زالت لا يثبت الميراث⁽⁵⁾.

وطالما أن المشرع الليبي لم يتعرض إلى هذه الحالة، فإنه يمكن للقضاء الليبي الأخذ بالرأي المشهور من مذهب الإمام مالك استناداً إلى نص المادة (165) من قانون إجراءات المحاكم الشرعية الصادر في عام 1958 م .

وأيضاً مادام لم ينص المشرع الأردني والسوري والمصري على ميراث المطلقة بئناً في مرض الموت، فإنه يمكن للقضاء في هذه البلدان الأخذ بهذا الرأي استناداً إلى المادة (183) من قانون الأحوال الشخصية الأردني والمادة (304) من قانون الأحوال الشخصية السوري والمادة (3) من قانون الأحوال الشخصية المصري.

(1) كشاف القناع، مرجع سابق، ج: 4 ص: 483.

(2) أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 286 .

(3) الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 322، 323 .

(4) الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 7 ص 455.

(5) الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 179 .

المطلب السابع

عدة الطلاق في مرض الموت

الفرع الأول

عدة المطلقة طلاقاً رجعيّاً في مرض الموت

يرى جمهور الفقهاء⁽¹⁾ أن المطلقة طلاقاً رجعيّاً في مرض الموت كالمطلقة في الصحة تعتد عدة طلاق ما لم يتوفى زوجها فتنتقل إلى عدة وفاة؛ لأن الزوجية باقية وموت الزوج يوجب عدة الوفاة.

فقد جاء في شرح فتح القدير: "أما إذا طلقها رجعيّاً فعدتها عدة الوفاة سواء طلقها في مرضه أو في صحته ودخلت في عدة الطلاق ثم مات الزوج فإنها تنتقل عدتها إلى عدة الوفاة وترث"⁽²⁾.

وجاء في المدونة الكبرى: "مالك وإن طلقها طلاقاً... يملك رجعتها فمات وهي في عدتها من الطلاق انتقلت إلى عدة الوفاة، وإن انقضت عدتها من الطلاق قبل أن يهلك فهلك بعد ذلك فلها الميراث ولا عدة عليها من الوفاة"⁽³⁾.

وجاء في مغني المحتاج: "وإن مات عن مطلقة رجعية انتقلت إلى عدة وفاة بالإجماع... فتلغى أحكام الرجعة وسقطت بقية عدة الطلاق فتسقط نفقتها وتثبت أحكام عدة الوفاة من إحداد وغيره"⁽⁴⁾.

ولقد أخذ المشرع الأردني برأي الجمهور حيث نص في الفقرة (1) من المادة (143) على أنه: "إذا توفى زوج المعتدة في طلاق رجعي تهدم عدة الطلاق وتلزمها عدة الوفاة".

كما أخذ المشرع السوري برأي الجمهور أيضاً حيث نص في الفقرة (1) من المادة (127) على أنه: "إذا توفى الزوج وكانت المرأة في عدة الطلاق الرجعي تنتقل إلى عدة الوفاة ولا يحسب ما مضى".

(1) تحفة الفقهاء، علاء الدين السمرقندي، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، تاريخ الطبع 1405 هـ، ج: 2، ص: 245، 246، الهداية شرح البداية، مرجع سابق، ج: 2، ص: 28، شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج: 4، ص: 315، 316، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، مرجع سابق، ج: 2، ص: 145، 146، المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج: 4، ص: 210، الكافي لابن عبد البر، مرجع سابق، ج: 1، ص: 270، 271، الأم، مرجع سابق، ج: 5، ص: 215- 217، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج: 3، ص: 396، الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق، ج: 3، ص: 310، 311، المحرر في الفقه، مرجع سابق، ج: 2، ص: 104، الروض المربع، مرجع سابق، ج: 3، ص: 208، مطالب أولي النهى، مرجع سابق، ج: 5، ص: 563.

(2) شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج: 4، ص: 315، 316.

(3) المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج: 4، ص: 210.

(4) مغني المحتاج، مرجع سابق، ج: 3، ص: 396.

وطالما أن المشرع الليبي لم يتعرض إلى هذه الحالة، فإنه يمكن للقضاء الليبي الأخذ بالرأي المشهور من مذهب الإمام مالك استناداً إلى نص المادة (165) من قانون إجراءات المحاكم الشرعية الصادر في عام 1958 م .
ومادام أن المشرع المصري لم ينص صراحة على عدة المطلقة طلاقاً رجعيّاً في مرض الموت، فإنه يمكن الأخذ بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة الذي يتوافق مع رأي الجمهور في هذه الحالة، وذلك استناداً إلى نص المادة (3) من قانون الأحوال الشخصية المصري.

الفرع الثاني

عدة المطلقة طلاقاً بائناً في مرض الموت

إن الفقهاء رغم اتفاقهم في حالة الطلاق الرجعي، اختلفوا إلى ثلاثة آراء في حالة الطلاق البائن، وذلك على النحو التالي:

الرأي الأول: يرى أصحابه أن المطلقة طلاقاً بائناً في مرض الموت تعتد بأبعد الأجلين من عدة الوفاة وعدة الطلاق؛ لأنها لما ورثت جعل النكاح قائماً حكماً إلى الوفاة إذ لا إرث لها إلا به، فكذا في حق العدة بل أولى؛ لأنها تجب مع الشك دون الإرث فصارت كالمطلقة رجعيًا، وهذا رأي أبي حنيفة ومحمد⁽¹⁾ والصحيح من المذهب عند الحنابلة⁽²⁾.

فقد جاء في الهداية شرح البداية: "وإذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها أبعد الأجلين وهذا عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله- ، وقال أبو يوسف -رحمه الله- ثلاث حيض ومعناه إذا كان الطلاق بائناً أو ثلاثاً"⁽³⁾.

وجاء في الروض المربع: "تعتد من أبائها في مرض موته الأطول من عدة الوفاة والطلاق؛ لأنها مطلقة فوجب عليها عدة الطلاق ووارثة فتجب عليها عدة الوفاة، ويندرج أقلهما في أكثرهما...ومن انقضت عدتها قبل موته لم تعتد له ولو ورثت لأنها أجنبية تحل للأزواج"⁽⁴⁾.

لقد أخذ المشرع السوري بهذا الرأي أيضاً حيث نص في الفقرة (2) من المادة (127) على أنه: "إذا توفى وهي في عدة البينونة تعتد بأبعد الأجلين من عدة الوفاة أو البينونة".

وطالما أن المشرع المصري لم ينص صراحة على عدة المطلقة طلاقاً بائناً في مرض الموت، فإنه يمكن الأخذ بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة الذي هو جزء من هذا الرأي، وذلك استناداً إلى نص المادة (3) من قانون الأحوال الشخصية المصري.

(1) تحفة الفقهاء، مرجع سابق، ج2 ص245، 246، الهداية شرح البداية، مرجع سابق، ج2 ص28، تبيين الحقائق، مرجع سابق، ج3 ص28، 29، شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج4 ص315، 316، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، مرجع سابق، ج2 ص:145، 146.

(2) المحرر في الفقه، مرجع سابق، ج:2 ص:104، الإنصاف، مرجع سابق، ج:9 ص:276، 277، الروض المربع، مرجع سابق، ج:3 ص:208، 209، مطالب أولي النهى، مرجع سابق، ج:5 ص:563.

(3) الهداية شرح البداية، مرجع سابق، ج:2 ص:28.

(4) الروض المربع، مرجع سابق، ج:3 ص:208، 209.

الرأي الثاني: يرى أصحابه أن المطلقة طلاقاً بائناً في مرض الموت تعدد عدة طلاق ولا تنتقل إلى عدة الوفاة؛ لأنها ليست زوجة فالنكاح انقطع بالطلاق ولزمها العدة عدة الطلاق - بثلاث حيض - فالنكاح بقي أثره في الإرث لا في تغيير العدة، ولما كانت الزوجية سبب إرثها في مرض موته والزوج قصد إبطالها فيرد عليه قصده، ولأنه قصد قصداً فاسداً في الميراث فعورض بنقيض قصده كالقاتل القاصد استعجال الميراث يعاقب بالحرمان، وهذا رأي أبي يوسف⁽¹⁾ والمالكية⁽²⁾ والشافعية⁽³⁾ ورواية عند الحنابلة⁽⁴⁾.

فقد جاء في الهداية شرح البداية: "وإذا ورثت المطلقة في المرض فعدها أبعد الأجلين، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - وقال أبو يوسف - رحمه الله - ثلاث حيض، ومعناه إذا كان الطلاق بائناً أو ثلاثاً"⁽⁵⁾.

وجاء في المدونة الكبرى: "وإن طلقها طلاقاً بائناً وهو مريض وقد دخل بها كان عليها عدة الطلاق ولها الميراث"⁽⁶⁾.

وجاء في مغني المحتاج: "مات عن مطلقة بائن فلا تنتقل لعدة وفاة؛ لأنها ليست زوجة فتكمل عدة الطلاق ولا تحد"⁽⁷⁾.

وجاء في الإنصاف: "وإن كان الطلاق في مرض موته اعتدت أطول الأجلين من عدة الطلاق وعدة الوفاة هذا المذهب... وعنه تعدد عدة الطلاق لا غير"⁽⁸⁾.

وطالما أن المشرع الليبي لم يتعرض إلى هذه الحالة، فإنه يمكن للقضاء الليبي الأخذ بالرأي المشهور من مذهب الإمام مالك الذي هو جزء من هذا الرأي، استناداً إلى نص المادة (165) من قانون إجراءات المحاكم الشرعية الصادر في عام 1958 م.

(1) تحفة الفقهاء، مرجع سابق، ج: 2، ص: 245، 246، الهداية شرح البداية، مرجع سابق، ج: 2، ص: 28، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، مرجع سابق، ج: 2، ص: 145، 146.

(2) المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج: 4، ص: 210، الكافي لابن عبد البر، مرجع سابق، ج: 1، ص: 270، 271.

(3) الأم، مرجع سابق، ج: 5، ص: 254، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج: 3، ص: 396.

(4) الإنصاف، مرجع سابق، ج: 9، ص: 276، 277.

(5) الهداية شرح البداية، مرجع سابق، ج: 2، ص: 28.

(6) المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج: 4، ص: 210.

(7) مغني المحتاج، مرجع سابق، ج: 3، ص: 396.

(8) الإنصاف، مرجع سابق، ج: 9، ص: 276، 277.

ولقد أخذ المشرع الأردني أيضاً بهذا الرأي حيث نص في الفقرة (2) من المادة (143) على أنه: "أما إذا كانت مطلقة طلاقاً بائناً فلا تلزمها عدة الوفاة بل تكمل عدة الطلاق".

الرأي الثالث: يرى أصحابه أن المطلقة طلاقاً بائناً في مرض الموت تعتد عدة وفاة، وهو رواية عن الإمام أحمد .

فقد جاء في المحرر في الفقه: "من أبانها في المرض قبل الدخول أو بعده فاعتدت ثم مات ولو مات في العدة؛ فعنه عليها عدة الوفاة فقط وعنه أطولهما وهو الصحيح إلا التي لا نورثها كالأمة والذمية ومن جاءت البيئونة منها فلا يلزمها سوى عدة الطلاق رواية واحدة" (1).

ويظهر لي أن الرأي الثاني هو الراجح؛ لأن النكاح بقي أثره في الإرث فقط .

(1) المحرر في الفقه، مرجع سابق، ج: 2، ص: 104.

المبحث الثالث

الخلع (*) في مرض الموت

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول

تعريف الخلع ومشروعيته والحكمة منه

• تعريف الخلع:

الخلع في اللغة: خَلَعَ الشيءَ يَخْلَعُهُ خُلْعًا واختَلَعَهُ كَنَزَعَهُ إِلاَّ أَنْ فِي الخَلْعِ مُهْلَةٌ وَسَوَى بعضهم بين الخَلْعِ والنَّزْعِ، وخلع امرأته خُلْعًا بالضم وخَلَعًا فاخْتَلَعَتْ وخَالَعَتْهَ أَزْهَاهَا عن نفسه وطلقها على بَدَلٍ منها له فهي خَالِعٌ والاسم الخُلْعَةُ وقد تَخَالَعَا واختَلَعَتْ منه اخْتِلَاعًا فهي مَخْتَلِعَةٌ، خَلَعَ امرأته وخَالَعَهَا إِذَا افْتَدَتْ منه بِمَا لَهَا فطَلَّقَهَا وَأَبَانَهَا من نفسه وسمي ذلك الفِرَاقَ خُلْعًا؛ لأنَّ الله تعالى جعل النساءَ لباسًا للرجال والرجالَ لباسًا لهنَّ⁽¹⁾ فقال سبحانه وتعالى: ﴿... هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لِهِنَّ...﴾⁽²⁾.

وجاء في مختار القاموس: "الخلع - كالمنع: النزاع، إلا أن في الخلع مهلة. والخلع بالضم: والمخالعة، والتخالع: طلاق المرأة ببذل منها أو من غيرها. والخلعة بالكسر: ما يخلع على الإنسان. وتخالعوا: نقضوا الحلف بينهم"⁽³⁾.

الخلع في اصطلاح الفقهاء: عرقه الأحناف⁽⁴⁾ والمالكية⁽⁵⁾ والشافعية⁽⁶⁾ والحنابلة⁽⁷⁾ بأنه: إزالة ملك النكاح بعوض مقصود راجع لجهة الزوج بلفظ الخلع أو بلفظ مفاداة.

(*) لقد اختلف العلماء في الخلع هل هو طلاق أم لا؟ فقال مالك هو طلاق بائن إلا أن يكون أراد غير ذلك فيكون على ما أراد، وروي ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود، واختلف فيه عن عثمان، والأصح عنه أن الخلع طلاق، وبه قال الأوزاعي وأبو حنيفة وأصحابه وهو أحد قولي الشافعي، وروي عنه أن الخلع لا يقع به طلاق إلا أن ينويه أو يسميه، وأما قول ابن عباس بأن الخلع فسخ وليس بطلاق فروي عن عثمان مثله وبه قال أحمد بن حنبل، كما اختلف العلماء في المختلعة هل يلحقها طلاق أم لا ما دامت في عدتها، فقال مالك: إن طلقها عقب الخلع من غير سكوت طلقت وإن كان بينهما سكوت لم تطلق وهذا يشبه ما روي عن عثمان - رضي الله عنه - ، وقال الشافعي: لا يلحقها طلاق وإن كانت في العدة وهو قول أحمد ، وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري والأوزاعي: يلحقها الطلاق ما دامت في العدة وهو قول سعيد بن المسيب وشريح وطاووس والزهري ، كما اختلفوا في مراجعة المختلعة في العدة، فقال جمهور أهل العلم لا سبيل له إليها إلا برضا منها ونكاح جنيد وصادق معلوم وهو قول عامة التابعين بالحجاز والعراق وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابهم والثوري والأوزاعي وأحمد. الاستنكار ، مرجع سابق، ج:6، ص:81، 82.

(1) لسان العرب، لابن منظور، مادة خلع .

(2) سورة البقرة، جزء من الآية 187.

(3) مختار القاموس، الطاهر الزاوي، مرجع سابق، مادة خلع.

(4) شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج:4، ص:210، 211 ، الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ج:1، ص:488.

(5) الثمر الداني شرح رسالة الفيرواني، مرجع سابق، ج:1، ص:468.

(6) الإقناع للشربيني، مرجع سابق، ج:2، ص:434 .

(7) كشاف القناع، مرجع سابق، ج:5، ص:212.

الخلع في القانون: وعرفه المشرع الليبي في المادة (48) من القانون رقم (10) لسنة 1984 م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما بأنه: هو التطليق بإرادة الزوجين لقاء عوض تبذله الزوجة بلفظ الخلع أو الطلاق.

• مشروعية الخلع :

أ- القرآن الكريم: قال تعالى: ﴿... فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ...﴾⁽¹⁾، فقد بينت الآية أنه يباح للمرأة أن تفتدي نفسها بمال تقدمه لزوجها مقابل طلاقه لها عندما تصبح العشرة الزوجية غير ممكنة وفقاً لتعاليم الدين الإسلامي.

ب- السنة النبوية: روى البخاري عن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال: جاءت امرأة^(*) ثابت بن قيس^(**) إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقالت: يا رسول الله: ما أنقمت على ثابت في دين ولا خلق إلا أنني أخاف الكفر، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : " أتردين عليه حديقته قالت: نعم، فأمرها بردها، وأمره بفرقتها " ⁽²⁾، فالحديث فيه دليل على مشروعية الخلع وصحته وأنه محل أخذ العوض من المرأة.

ج- الإجماع: أجمع الصحابة -رضوان الله عليهم- على جواز الخلع كما جاء في القرآن والسنة.

(1) سورة البقرة، جزء من الآية رقم 229.

(*) هي جميلة بنت أبي بن سلول أخت عبد الله رأس المنافقين، تزوجها ثابت بن قيس بن شماس فتركته ونشزت عليه فأرسل إليها رسول الله صلى الله عليه وسلم- : " ما كرهت من ثابت " فقالت : والله ما كرهت منه شيئاً إلا دمامته فقال لها : " أتردين عليه حديقته " قالت : نعم . ففرق بينهما، وتزوجها بعده مالك بن الدخشم، ثم تزوجها بعد مالك حبيب بن إساف، ينظر الإصابة في تمييز الصحابة، مرجع سابق، ج 7 ص 562 .

(**) هو ثابت بن قيس ابن شماس بن زهير بن مالك بن امرئ القيس بن مالك الأغر بن ثعلبة بن كعب بن الخزرج أبو محمد وقيل أبو عبد الرحمن، خطيب الأنصار، ولم يشهد بدرأ وشهد أهدأ وبيعة الرضوان، وكان زوج جميلة بنت عبد الله بن أبي بن سلول فولدت له محمداً، قيل أخی رسول الله - صلى الله عليه وسلم- بينه وبين عمار، وكان جهير الصوت خطيباً بليغاً، وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم- يقول نعم الرجل ثابت بن قيس، وعن أنس أن ثابت بن قيس جاء يوم اليمامة وقد تحنط وليس ثوبين أبيضين يكفن فيهما وقد انهزم القوم فقال اللهم إني أبرأ إليك مما جاء به هؤلاء المشركون وأعتذر إليك مما صنع هؤلاء ثم قال بنس ما عودكم أقرانكم منذ اليوم خلوا بيننا وبينهم ساعة فحمل فقاتل حتى قتل، ينظر صفة الصفة، مرجع سابق، ج 1 ص 626، 627، سير أعلام النبلاء، مرجع سابق، ج 1 ص 308-311.

(2) صحيح البخاري، مرجع سابق، الجزء الخامس، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيفية الطلاق فيه .

• الحكمة من تشريعه:

إن الشارع الحكيم أجاز الخلع منعاً للضرر عند عدم إقامة حدود الله، فالمرأة إذا حصل بينها وبين الرجل شقاق ونزاع، أفضى بهما إلى أن يرغب كل منهما في فراق الآخر، أو أن المرأة لم تطق معاشرته الرجل وكانت تكره صحبته لسوء خلقه أو دينه، أو منعها نفقة أو تخرجت من الإخلال ببعض حقوقه أو ضربها تأديباً، ورغبت في فراقه ولم تجد خلاصاً من ذلك إلا بالخلع، افتدت نفسها بشيء من المال حتى تخلص من عناء الزوجية إذا رضي الرجل بذلك (1).

(1) روضة الطالبين، مرجع سابق، ج:7، ص:374، إغاثة الطالبين، مرجع سابق، ج:3، ص:379، الموسوعة الميمرة الفقهية للطلاق، مرجع سابق، ص:295.

المطلب الثاني

حكم الخلع في مرض الموت

تناول فقهاء الشريعة الإسلامية الخلع في مرض الموت، إلا أنهم اختلفوا في حكمه إلى رأيين فمنهم من أجازوه ومنهم من لم يجزوه، وسأتناول اختلافهم هذا بشيء من التفصيل، وذلك على النحو التالي:

الرأي الأول: يرى أصحابه أن الخلع جائز في مرض الموت سواء كانت الزوجة مريضة أو الزوج؟ وهو رأي الأحناف⁽¹⁾ والشافعية⁽²⁾ والحنابلة⁽³⁾ وبعض المالكية⁽⁴⁾. واستند أصحابه إلى الأدلة التالية :-

- أ- عموم الآيات والأحاديث التي تدل على مشروعية الخلع لم تفرق بين الخلع في المرض أو في الصحة.
- ب- أنه لما جاز أن يملك الزوج الانتفاع بالبضع بعوض جاز أن يزيل ذلك الملك بعوض كالشراء والبيع فالنكاح كالشراء والخلع كالبيع⁽⁵⁾.
- ويمكن مناقشة ذلك بأنه قياس مع الفارق فالبيع فيه معاوضة مالية من الطرفين، بخلاف الخلع فإن دفع المال فيه إنما يكون من قبل الزوجة وحدها.
- ج- إن للمريضة صرف مالها في أغراضها وملذاتها ومن بينها الخلع الذي تخلص به نفسها من الزوج، وبالتالي يعتبر من حوائجها الأصلية.
- ويمكن مناقشة ذلك بأن الخلع من الحوائج الأصلية للإنسان إذا كانت الزوجة في حاجة إليه، أما إذا كانت غير محتاجة إليه فلا يكون من الحاجات الأصلية في حقها، وإنما يكون سبباً من أسباب إلحاق الضرر بالورثة، وهو أمر غير جائز.
- د- أن الزوج مادام يجوز له أن يطلق زوجته بدون مقابل فمن باب أولى له المخالعة بمقابل.

(1) المبسوط مرجع سابق، ج: 6 ص: 193-195، تبيين الحقائق، مرجع سابق، ج: 2 ص: 269 - ج: 5 ص: 163، البحر الرائق، مرجع سابق، ج: 4 ص: 82.

(2) الأم، مرجع سابق، ج: 5 ص: 200، الوسيط مرجع سابق، ج: 5 ص: 323، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج: 7 ص: 388، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج: 3 ص: 264-265، المراج الوهاج، مرجع سابق، ج: 1 ص: 402.

(3) المغني، مرجع سابق، ج: 7 ص: 270، المبدع، مرجع سابق، ج: 7 ص: 243، الإنصاف، مرجع سابق، ج: 8 ص: 419، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، ج: 3 ص: 68، كشاف القناع، مرجع سابق، ج: 5 ص: 228.

(4) شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج: 4 ص: 20، حاشية النسوقي، مرجع سابق، ج: 2 ص: 354.

(5) إعانة الطالبين، مرجع سابق، ج: 3 ص: 379.

هـ - أن حق الورثة لا يتعلق بالبضع و لو لم يخالغ .

فقد جاء في المبسوط: "وإن اختلعت وهي صحيحة والزوج مريض فالخلع جائز بالمسمى قل أو كثر؛ لأنه لو طلقها بغير عوض كان صحيحاً فبالعوض القليل أولى، ولا ميراث لها منه؛ لأن الفرقة إنما وقعت بقبولها فكأنه طلقها بسؤالها" (1) . وجاء في شرح مختصر خليل: "أن مالكا قال في المدونة: ومن اختلعت في مرضها وهو صحيح بجميع مالها لم يجز ولا يرثها، وقال ابن القاسم فيها: وأنا أرى أنها إذا اختلعت منه بأكثر من ميراثه منها فله قدر ميراثه ويرد الزائد، وإن اختلعت منه بقدر ميراثه فأقل فذلك جائز ولا يتوارثان" (2).

وجاء في الأم: "قال الشافعي - رحمه الله تعالى - والخلع في المرض والصحة جائز كما يجوز البيع في المرض والصحة وسواء أيهما كان المريض أحدهما دون الآخر أو هما معاً" (3) .

وجاء في المغني: "أن المخالعة في المرض صحيحة سواء كان المريض الزوج أو الزوجة أو هما جميعاً؛ لأنه معاوضة فصح في المرض كالبيع ولا نعلم في هذا خلافاً" (4).

وطالما أن المشرع الليبي لم ينص صراحة على حكم الخلع في مرض الموت، ونص في المادة (165) من قانون إجراءات المحاكم الشرعية الصادر في عام 1958 م على أنه: "تطبق المحاكم الشرعية المدون في هذا القانون، وأرجح الأقوال من مذهب الإمام مالك، ماعدا الأحوال التي ينص فيها قانون على أحكام شرعية خاصة فيجب اتباعها"، ونص في الفقرة (2) من المادة (48) من القانون رقم (10) لسنة 1984 م أحكام الزواج والطلاق وآثارهما على أنه: "يشترط لصحة المخالعة أن تكون الزوجة أهلاً للبدل، والزوج أهلاً لإيقاع الطلاق طبقاً لأحكام المادة الثانية والثلاثين من هذا القانون" وتنص هذه المادة على أنه: "يشترط في المطلق أن يكون عاقلاً مختاراً قاصداً للفظ الذي يقع به الطلاق واعياً لما يقول، ولا يقع طلاق الصبي، والمجنون، والمعته، والمكره، وفاقد التمييز"، ونص في المادة (17)

(1) المبسوط، مرجع سابق، ج: 6 ص: 193.

(2) شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج: 4 ص: 20.

(3) الأم، مرجع سابق، ج: 5 ص: 200.

(4) المغني، مرجع سابق، ج: 7 ص: 270.

من القانون رقم (17) لسنة 1992 م. بشأن تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم والتي نصت على أنه: "يعتبر قاصراً من لم يبلغ سن الرشد والمجنون والسفيه وذو الغفلة ويكون في حكم القاصر المفقود والغائب والممنوع من التصرف بحكم القانون والمريض مرض الموت ومن أحاط الدين بماله ومن في حكمهم الذين تحددهم المحكمة المختصة " وأفاد في المادة (68) فقرة (3) الصلح والتحكيم من ضمن التصرفات التي لا يجوز للوصي أو القيم مباشرتها إلا بإذن المحكمة، وعندما أصدر قانون الوصية رقم (7) لسنة 1994 م، أعطى تصرفات المريض مرض الموت الصادرة منه على سبيل التبرع أو المحاباة حكم الوصية واشترط في الموصى له أن يكون غير وارث للموصي، حيث لا وصية لوارث، وتأسيساً على هذه النصوص فإنه يكون أقرب إلى الأخذ بهذا الرأي، فهو من حيث الأصل أجاز الخلع في مرض الموت ولكنه قيده بخطوات وشروط يجب اتباعها.

ونظراً لعدم تناول المشرع الأردني والسوري والمصري لهذه الحالة فإنه يمكن للقضاء في هذه البلدان الأخذ بهذا الرأي استناداً إلى المادة (183) من قانون الأحوال الشخصية الأردني والمادة (304) من قانون الأحوال الشخصية السوري و المادة (3) من قانون الأحوال الشخصية المصري.

الرأي الثاني: يرى أصحابه بأن الخلع في مرض الموت جائز إذا كانت الزوجة صحيحة والزوج مريض، وإذا كانت الزوجة مريضة فإنه غير جائز ابتداءً؛ لأن فيه إخراج وارث، وإن وقع لزم الطلاق، وهذا هو قول الإمام مالك.

ويمكن مناقشة هذا الرأي بأن الخلع يتم بتراضي الطرفين، وبالتالي رضى كل منهم بإسقاط حقه في الميراث ولم يجبر عليه.

فقد جاء في شرح مختصر خليل: " (ص) ونفذ خلع المريض (ش) يعني أن المريض مرضاً مخوفاً ومن في حكمه من المحجور عليهم كحاضر صف القتال والمحبوس لقتل، أو قطع لا يجوز له أن يخالع زوجته ابتداءً؛ لأن فيه إخراج وارث، فإن فعل فإنه ينفذ ويقع عليه الطلاق" (1).

ويبدو لي أن الرأي الأول هو الراجح لقوة أدلة أصحابه .

(1) شرح مختصر خليل ، مرجع سابق، ج:4 ص:18.

المطلب الثالث

مقدار العوض هل هو من رأس المال أو من ثلث المال ؟

تناول فقهاء الشريعة الإسلامية العوض في الخلع في مرض الموت، لكنهم اختلفوا في كيفية احتسابه، هل هو من رأس المال، أو من ثلث مال المختلعة أو المخالعة؟ كما فرقوا في ذلك بين خلع المريضة وخلع المريض .

الفرع الأول

كيفية احتساب مقدار العوض في خلع المريضة

اختلف الفقهاء في كيفية احتساب العوض في خلع المريضة، هل هو من رأس مالها أو من ثلث مالها، إلى ثلاثة آراء هي على النحو التالي:

الرأي الأول: يرى أصحابه أن العوض في الخلع في مرض الموت يعتبر من ثلث مال المختلعة، وهذا هو رأي جمهور الأحناف⁽¹⁾ والمالكية⁽²⁾ .

فقد جاء في المبسوط: "والحاصل أنه إذا اختلعت في مرضها فبدل الخلع معتبر من ثلث مالها عندنا...ولكننا نقول البضع عند دخوله في ملك الزوج متقوم وعند الخروج لا يتقوم...والخلع ليس من أصول حوائجها فكان بدل الخلع بمنزلة الوصية منها للزوج فيعتبر من الثلث"⁽³⁾.

وجاء في حاشية الدسوقي: "وأما التبرعات فيحجر عليه فيها إذا كانت بزائد عن الثلث، وأما تبرعه بالثلث فلا يحجر عليه، ومن قبيل التبرعات النكاح والخلع فيمنع من ذلك كمنع التبرعات...قوله (فمن ثلثه) أي فتنفذ تلك المحاباة من ثلثه فإن وسعها مضت بتمامها وإن لم يسعها نفذ منها محمل الثلث فقط وتعتبر المحاباة يوم فعلها لا يوم الحكم"⁽⁴⁾.

وطالما أن المشرع الليبي لم يتعرض إلى هذه الحالة، فإنه يمكن للقضاء الليبي الأخذ بالرأي المشهور من مذهب الإمام مالك الذي يتوافق مع هذا الرأي، استناداً إلى نص المادة (165) من قانون إجراءات المحاكم الشرعية الصادر في عام 1958 م.

(1) المبسوط مرجع سابق، ج:6 ص:192-195 ، الهداية شرح البداية، مرجع سابق، ج:2 ص:17 ، بدائع الصنائع ، مرجع سابق، ج:6 ص:286، حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج:3 ص:460، الدر المختار، مرجع سابق، ج:3 ص:460 .

(2) حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج:3 ص:307.

(3) المبسوط مرجع سابق، ج:6 ص:192.

(4) حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج:3 ص:307.

وطالما أن المشرع الأردني والسوري والمصري لم ينصوا صراحة على مقدار الخلع في مرض الموت، فإنه يمكن للقضاء في هذه البلدان الأخذ بهذا الرأي استناداً إلى المادة (183) من قانون الأحوال الشخصية الأردني والمادة (304) من قانون الأحوال الشخصية السوري والمادة (3) من قانون الأحوال الشخصية المصري.

الرأي الثاني: يرى أصحابه أن العوض في خلع المريضة يعتبر من رأس مال المختلعة، وهذا رأي قول زفر (1).

فقد جاء في المبسوط: "وقال زفر - رحمه الله تعالى - من جميع المال واعتبر الخلع بالنكاح فإن المريض لو تزوج امرأة بصداق مثلها اعتبر من جميع ماله؛ لأن ذلك من حوائجها وكذلك المريضة إذا اختلعت؛ لأن ذلك من حوائجها لتتخلص به من أذى الزوج" (2).

الرأي الثالث: يرى أصحابه أن العوض في خلع المريضة يعتبر من رأس مال المختلعة إذا كان بمهر المثل ولا يحسب من الثلث إلا الزائد على مهر المثل ويقف الزائد على إجازة الورثة؛ لأنها إذا متهمة لاحتمال قصدتها أن يعطى الوارث زيادة على إرثه، وهذا رأي الشافعية (3) والحنابلة (4).

فقد جاء في السراج الوهاج: "يصح اختلاع المريضة مرض الموت ولا يحسب من الثلث إلا زائد على مهر مثل بخلاف مهر المثل فمن رأس المال" (5). وجاء في المغني: "إذا خالعت المريضة بميراثه منها فما دونه صح ولا رجوع، وإن خالعت بزيادة بطلت الزيادة وهذا قول الثوري وإسحاق... ولنا على أنه لا يعتبر مهر المثل أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم بما قدمنا، واعتبار مهر المثل تقويم له، وعلى إبطال الزيادة أنها متهمة في أنها قصدت الخلع لتوصل إليه شيئاً من مالها بغير عوض، على وجه لم تكن قادرة عليه وهو وارث لها فبطل" (6).

(1) المبسوط، مرجع سابق، ج: 6، ص: 192.

(2) المرجع السابق، نفس الصفحة.

(3) الأم، مرجع سابق، ج: 5، ص: 200، الوسيط، مرجع سابق، ج: 5، ص: 323، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج: 7، ص: 387، نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج: 6، ص: 398، إغانة الطالبين، مرجع سابق، ج: 3، ص: 379، السراج الوهاج، مرجع سابق، ج: 1، ص: 402.

(4) المغني، مرجع سابق، ج: 6، ص: 116، ج: 7، ص: 270، 271، المحرر في الفقه، مرجع سابق، ج: 2، ص: 48، شرح الزركشي، مرجع سابق، ج: 2، ص: 456، كشاف القناع، مرجع سابق، ج: 5، ص: 228، 229، مطالب أولي النهى، مرجع سابق، ج: 4، ص: 426.

(5) السراج الوهاج، مرجع سابق، ج: 1، ص: 402.

(6) المغني، مرجع سابق، ج: 7، ص: 270، 271.

الفرع الثاني

كيفية احتساب مقدار العوض في خلع المريض

اختلف الفقهاء في كيفية احتساب العوض في خلع المريض، هل هو من رأس

ماله أو من ثلث ماله، إلى رأيين هي على النحو التالي:

الرأي الأول: يرى أصحابه أن العوض في خلع المرض الموت يعتبر من رأس المال إن خالعه في مرضه وحاباها، وهذا رأي الأحناف⁽¹⁾ والشافعية⁽²⁾ والحنابلة⁽³⁾.

فقد جاء في المبسوط: "وإن اخلعت وهي صحيحة والزوج مريض فالخلع جائز بالمسمى قل أو كثر؛ لأنه لو طلقها بغير عوض كان صحيحاً فبالعوض القليل أولى ولا ميراث لها منه؛ لأن الفرقة إنما وقعت بقبولها فكأنه طلقها بسؤالها"⁽⁴⁾.

وجاء في المهذب: "إذا خالع امرأة في مرضه ومات لم يعتبر البذل من الثلث سواء حابى أو لم يحاب؛ لأنه لا حق للورثة في بضع المرأة ولهذا لو طلق من غير عوض لم تعتبر قيمة البضع من الثلث"⁽⁵⁾.

وجاء في المبدع: "وإن خالعه في مرضه وحاباها فهو من رأس المال مثل أن يخالعه بأقل من مهر مثلها... لم يحسب ما حاباها من الثلث في مرض موته؛ لأنه لو طلق بغير عوض لصح فلأن يصح بعوض أولى"⁽⁶⁾.

الرأي الثاني: يرى أصحابه أن العوض في الخلع في مرض الموت يعتبر من ثلث المال إن خالعه في مرضه وحاباها وهذا هو رأي المالكية⁽⁷⁾.

فقد جاء في حاشية الدسوقي: "وأما التبرعات فيحجر عليه فيها إذا كانت بزائد عن الثلث، وأما تبرعه بالثلث فلا يحجر عليه، ومن قبيل التبرعات النكاح والخلع فيمنع من ذلك كمنع التبرعات... قوله (فمن ثلثه) أي فتفد تلك المحاباة من ثلثه فإن وسعها مضت بتمامها وإن لم يسعها نفذ منها حمل الثلث فقط"⁽⁸⁾.

ويبدو لي أن الرأي الأول هو الراجح؛ لأنه لا حق للورثة في بضع المرأة؛ ولأنه لو طلقها بغير عوض كان صحيحاً فبالعوض القليل أولى.

(1) المبسوط، مرجع سابق، ج: 6، ص: 193.

(2) المهذب، مرجع سابق، ج: 2، ص: 105.

(3) المبدع، مرجع سابق، ج: 7، ص: 243، 244، الإنصاف، مرجع سابق، ج: 8، ص: 419.

(4) المبسوط، مرجع سابق، ج: 6، ص: 193.

(5) المهذب، مرجع سابق، ج: 2، ص: 105.

(6) المبدع، مرجع سابق، ج: 7، ص: 243، 244.

(7) حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج: 3، ص: 307، الكافي لابن عبد البر، مرجع سابق، ج: 1، ص: 278.

(8) حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج: 3، ص: 307.

المطلب الرابع

مقدار العوض في خلع المريضة مرض الموت

تناول فقهاء الشريعة الإسلامية مقدار عوض خلع المريضة مرض الموت

لكنهم اختلفوا فيه إلى ثلاثة آراء هي على النحو التالي:

الرأي الأول: لقد فرق أصحاب هذا الرأي وهم الأحناف⁽¹⁾ بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا خالعت المريضة زوجها في مرض موتها وماتت في العدة فللزوج

الأقل من عوض الخلع أو مقدار ميراثه منها أو ثلث مالها.

الحالة الثانية: إذا خالعت المريضة زوجها في مرض موتها وماتت بعد انقضاء العدة

فللزوج الأقل من عوض الخلع أو ثلث مالها .

فقد جاء في المبسوط: " وإذا اختلعت في مرضها بمهرها الذي كان لها على

زوجها ثم ماتت في العدة فله الأقل من ميراثه ومن المهر إن كان يخرج من ثلث

مالها مهر، وإن لم يكن لها مال سوى ذلك فله الأقل من ميراثه منها ومن الثلث،

وإن ماتت بعد انقضاء العدة فله المهر من ثلث مالها،... إذا عرفنا هذا فنقول إذا ماتت

قبل انقضاء العدة فسبب ميراثه باق ببقاء العدة ويجوز أن يكون قصدها بهذا الخلع

إيصال المنفعة المالية إلى الزوج، ولكن هذه التهمة في الزيادة على قدر ميراثه

فأما في الأقل فلا تهمة؛ فلهذا كان له الأقل من ميراثه ومما سمّت له، وإذا ماتت بعد

انقضاء العدة فليس بينهما سبب التوارث عند موتها فيكون له جميع المسمى من الثلث

بمنزلة الوصية⁽²⁾.

وطالما أن المشرع الأردني والسوري والمصري لم ينصوا صراحة على

مقدار العوض في خلع المريضة مرض الموت، فإنه يمكن للقضاء في هذه البلدان

الأخذ بهذا الرأي استناداً إلى نص المادة (183) من قانون الأحوال الشخصية

الأردني والمادة (304) من قانون الأحوال الشخصية السوري والمادة (3) من قانون

الأحوال الشخصية المصري.

(1) المبسوط، مرجع سابق، ج:6 ص:192، الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ج:1 ص:505.

(2) المبسوط، مرجع سابق، ج:6 ص:192.

الرأي الثاني: يرى أصحابه أنه إذا خالعت المريضة زوجها في مرض موتها بمهر مثلها فما دون صح الخلع ونفذ من رأس مال المختلعة، وإن خالعت بزيادة على مهر مثلها اعتبرت الزيادة من الثلث إذا وسعها، فإن لم يسعه الثلث فسخ المسمى ورجع لمهر المثل، وهذا هو قول الشافعية⁽¹⁾.

فقد جاء في المذهب: "فإن خالعت المرأة زوجها في مرضها وماتت فإن لم يزد العوض على مهر المثل اعتبر من رأس المال؛ لأن الذي بذلت بقيمة ما ملكته فأشبهه إذا اشترت متاعاً بثمن المثل، وإن زاد على مهر المثل اعتبرت الزيادة من الثلث؛ لأنه لا يقابلها بدل فاعتبرت من الثلث كالهبة"⁽²⁾.

الرأي الثالث: يرى أصحابه أنه إذا خالعت المريضة زوجها في مرض موتها بميراثه منها فما دون صح الخلع، وإن خالعت بزيادة على ميراثها منه بطلت الزيادة وله الأقل من المسمى أو من ميراثه منها؛ لأن الزوجة التي تخالع زوجها في مرضها متهمة بأنها قد تريد نفع زوجها بنصيب أكثر مما يستحقه بطريق الميراث، فإذا وجب له الأقل من المسمى ومما يستحقه على فرض إرثه فقد زالت التهمة؛ ولأن الزوج إذا لم يأخذه بطريق الخلع فإنه يأخذه بطريق الميراث وهذا هو قول أكثر المالكية⁽³⁾ والحنابلة⁽⁴⁾، ويبدو لي أنه هو الرأي الراجح؛ لأن الزوجة قد تلجأ إلى الخلع بقصد إيصال مال لزوجها زيادة على مقدار ميراثه منها، فعندما نعطي زوجها الأقل من العوض المسمى أو من ميراثه منها نكون قد رددنا عليها قصدها السيء .

فقد جاء في المدونة الكبرى: "قال ابن القاسم: وأنا أرى إن كان صالحها على أكثر من ميراثه منها أن ذلك غير جائز، وإن صالحها على مثل ميراثه منها أو أقل من ميراثه منها فذلك جائز"⁽⁵⁾.

وجاء في المغني: "أن يخالعها في مرضها بأكثر من مهرها فمذهب أحمد أن لورثتها أن لا يعطوه أكثر من ميراثه منها يكون له الأقل من العوض، أو ميراثه

(1) الأم، مرجع سابق، ج: 5، ص: 200، المذهب، مرجع سابق، ج: 2، ص: 105، إغاثة الطالبين، مرجع سابق، ج: 3، ص: 379.

(2) المذهب، مرجع سابق، ج: 2، ص: 105.

(3) المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج: 5، ص: 352، التاج والإكليل، مرجع سابق، ج: 4، ص: 32، منح الجليل، مرجع سابق، ج: 4، ص: 20.

(4) المغني، مرجع سابق، ج: 6، ص: 115، 116، ج: 7، ص: 270، 271، شرح الزركشي، مرجع سابق، ج: 2، ص: 456، المبدع، مرجع سابق، ج: 7، ص: 243، الإنصاف، مرجع سابق، ج: 8، ص: 419، كشاف القناع، مرجع سابق، ج: 5، ص: 228.

(5) المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج: 5، ص: 352.

منها، وبهذا قال أبو حنيفة إن خالعهما بعد دخوله بها ومات قبل انقضاء عدتها؛ لأنها متهمة في أنها قصدت إيصال أكثر من ميراثه إليه، وعند مالك: إن زاد على مهر المثل فالزيادة مردودة، وعن مالك أن خلع المريضة باطل... وقال أبو حنيفة: إن خالعهما قبل دخوله بها أو مات بعد انقضاء عدتها فالعوض من الثلث⁽¹⁾.
وطالما أن المشرع الليبي لم يتعرض إلى هذه الحالة، فإنه يمكن للقضاء الليبي الأخذ بالرأي المشهور من مذهب الإمام مالك الذي وافق هذا الرأي، استناداً إلى نص المادة (165) من قانون إجراءات المحاكم الشرعية الصادر في عام 1958م.

(1) المغني، مرجع سابق، ج: 6، ص: 115، 116.

المطلب الخامس

مقدار العوض في خلع المريض مرض الموت

تناول فقهاء الشريعة الإسلامية مقدار عوض الخلع في حالة صحة الزوجة ومرض الزوج مرض الموت، وذهب الجمهور⁽¹⁾ إلى أن الخلع جائز بالمسمى قل أو أكثر؛ لأنه لو طلقها بغير عوض كان صحيحاً فبالعوض القليل أولى.

فقد جاء في المبسوط: "وإن اختلعت وهي صحيحة والزوج مريض فالخلع جائز بالمسمى قل أو أكثر؛ لأنه لو طلقها بغير عوض كان صحيحاً فبالعوض القليل أولى ولا ميراث لها منه؛ لأن الفرقة إنما وقعت بقبولها فكأنه طلقها بسؤالها"⁽²⁾.

وجاء في الأم: "فإن كان الزوج المريض خالعه بأقل من مهر مثلها ما كان أو أكثر فالخلع جائز وإن مات من المرض"⁽³⁾.

وجاء في المبدع: "وإن خالعه في مرضه وحاباها فهو من رأس المال مثل أن يخالعه بأقل من مهر مثلها، مثل أن يكون قادراً على خلعها بشيء فخالعها بدونه لم يحسب ما حاباها من الثلث في مرض موته؛ لأنه لو طلق بغير عوض لصح فلئن يصح بعوض أولى"⁽⁴⁾.

وطالما أن المشرع الليبي لم يتعرض إلى هذه الحالة، فإنه يمكن للقضاء الليبي الأخذ بهذا الرأي استناداً إلى نص المادة (165) من قانون إجراءات المحاكم الشرعية الصادر في عام 1958 م .

ومادام لم ينص المشرع المصري والأردني والسوري على مقدار العوض في خلع المريض مرض الموت، فإنه يمكن للقضاء في هذه البلدان الأخذ بهذا الرأي استناداً على نص المادة(3) من قانون الأحوال الشخصية المصري والمادة (183) من قانون الأحوال الشخصية الأردني والمادة(304)من قانون الأحوال الشخصية السوري ويبدو لي أن رأي الجمهور هو الرأي الراجح؛ لأنه لو طلقها بغير عوض كان صحيحاً فبالعوض القليل أولى.

(1) المبسوط مرجع سابق، ج:6 ص:193 ، الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ج:1 ص:505، البحر الرائق، مرجع سابق، ج:4 ص:82 ، الكافي لابن عبد البر، مرجع سابق، ج:1 ص:278 ، الأم ، مرجع سابق، ج:5 ص:200 ، المهذب ، مرجع سابق، ج:2 ص:105 ، نهاية المحتاج ، مرجع سابق، ج:6 ص:398 ، المغني، مرجع سابق، ج:7 ص:271 ، المبدع ، مرجع سابق، ج:7 ص:243، 244.

(2) المبسوط ، مرجع سابق، ج:6 ص:193.

(3) الأم ، مرجع سابق، ج:5 ص:200.

(4) المبدع ، مرجع سابق، ج:7 ص:243، 244.

المطلب السادس

الإرث في الخلع في مرض الموت

تناول فقهاء الشريعة الإسلامية مسألة الإرث في الخلع في مرض الموت واختلفوا في ذلك إلى رأيين:

الرأي الأول: يرى أصحابه أنه لا توارث بين الزوجين في حالة الخلع في مرض الموت، وذلك لانتفاء تهمة الفرار، كما أن كلاً من الطرفين قد تراضيا على إسقاط حقهما، وهذا هو قول الأحناف⁽¹⁾ وبعض المالكية⁽²⁾ مثل ابن القاسم والشافعية⁽³⁾ والحنابلة⁽⁴⁾.

فقد جاء في الحجة: " قال أبو حنيفة - رضي الله عنه- في المرأة تختلع من زوجها في مرضه فيموت في مرضه ذلك قبل انقضاء عدتها أو بعد انقضاء عدتها...أنها لا ترثه في شيء من ذلك؛ لأنها هي التي أوقعت الفرقة بفعلها ولولا فعلها لم يقع الطلاق " ⁽⁵⁾ .

وجاء في الحجة: " قال أبو حنيفة - رضي الله عنه- في المرأة تختلع من زوجها وهي مريضة ثم تموت من مرضها ذلك أن زوجها لا يرثها؛ لأنه هو الذي طلقها " ⁽⁶⁾ .

وجاء في التاج والإكليل: " من المدونة إن اختلعت منه في مرضها وهو صحيح بجميع ما لها لم يجز ولا يرثها، قال ابن القاسم: وأنا أرى لو اختلعت منه على أكثر من ميراثه منها لم يجز وأما على مثل ميراثه منها فأقل فجائز ولا يتوارثان " ⁽⁷⁾ .

وجاء في الأم: " ولا ترث المختلعة في المرض ولا في الصحة زوجها ولا يرثها ولو مات أحدهما وهي في العدة " ⁽⁸⁾ .

(1) الحجة ، مرجع سابق، ج:4 ص:94-97، المبسوط ، مرجع سابق، ج:6 ص:192،193، البحر الرائق ، مرجع سابق، ج:4 ص:82، الفتاوى الهندية ، مرجع سابق، ج:1 ص:505.

(2) التاج والإكليل ، مرجع سابق، ج:4 ص:32.

(3) الأم ، مرجع سابق، ج:5 ص:200، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج:3 ص:265 ، نهاية المحتاج ، مرجع سابق، ج:6 ص:398.

(4) مسائل الإمام أحمد رواية ابنه أبي الفضل صالح، مرجع سابق، ج:3 ص:178، كشاف القناع، مرجع سابق، ج:4 ص:480،

مطالب أولي النهى ، مرجع سابق، ج:4 ص:656.

(5) الحجة، مرجع سابق، ج:4 ص:94،95.

(6) المرجع السابق ، ج:4 ص:97.

(7) التاج والإكليل ، مرجع سابق، ج:4 ص:32.

(8) الأم ، مرجع سابق، ج:5 ص:200.

وجاء في مسائل الإمام أحمد رواية ابنه أبي الفضل صالح: "وفي الخلع لا ترثه؛ لأنها برت نفسها منه" (1).

وطالما لم ينص المشرع المصري والأردني والسوري على الميراث في الخلع في مرض الموت، فإنه يمكن للقضاء في هذه البلدان الأخذ بهذا الرأي استناداً على نص المادة (3) من قانون الأحوال الشخصية المصري والمادة (183) من قانون الأحوال الشخصية الأردني والمادة (304) من قانون الأحوال الشخصية السوري.

الرأي الثاني: يرى أصحابه أنه ترث الزوجة المختلعة من زوجها المريض ولا يرثها وهذا رأي جمهور المالكية (2) ورأي عند الحنابلة (3).

ويمكن مناقشة هذا الرأي بأن الزوجة قد رضيت بالخلع وهي التي أسقطت حقها في الميراث بنفسها.

فقد جاء في شرح ميارة: "وأما عدم إرثها منه في مسألتني الخلع والتخيير فهو خلاف المعروف عند ابن الحاجب والمعروف وهو مذهب المدونة أنها ترثه" (4).

وجاء في الإنصاف: "لو خالعتة فهو كطلاق الصحيح على الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب وقيل ترث منه" (5).

وطالما أن المشرع الليبي لم يتعرض إلى هذه الحالة، فإنه يمكن للقضاء الليبي الأخذ بهذا الرأي استناداً إلى نص المادة (165) من قانون إجراءات المحاكم الشرعية الصادر في عام 1958 م.

ويبدو لي أن الرأي الأول هو الراجح؛ لأن الخلع تم بتراضي الطرفين ولم يجبرا عليه.

(1) مسائل الإمام أحمد رواية ابنه أبي الفضل صالح، مرجع سابق، ج: 3 ص: 178.
(2) المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج: 5 ص: 351، التاج والإكليل، مرجع سابق، ج: 4 ص: 27، شرح ميارة، مرجع سابق، ج: 1 ص: 367.
(3) الإنصاف، مرجع سابق، ج: 7 ص: 355.
(4) شرح ميارة، مرجع سابق، ج: 1 ص: 367.
(5) الإنصاف، مرجع سابق، ج: 7 ص: 355.

الخاتمة

تمت بعون الله وبحمده هذه الدراسة التي حاولت فيها أن ألقى الضوء على بعض تصرفات المريض مرض الموت في الشريعة الإسلامية وبعض القوانين الوضعية العربية، ومن خلال البحث في هذه التصرفات استخلصت جملة من النتائج والتوصيات هي كالتالي:

1. أن فقهاء الشريعة الإسلامية اختلفوا في تحديد ماهية مرض الموت بحسب نظرة كل فريق، فقد عرفه بعضهم من خلال النظر إلى العوارض واللوازم كالعجز عن القيام بالأعمال المعتادة ولزوم الفراش.. الخ، ويؤخذ على هذا الفريق أنه اتخذ هذه العوارض واللوازم أداة للتعريف، فقد يعجز الشخص عن مباشرة أعماله المعتادة ويصبح صاحب فراش، ولكن ليس بسبب مرض الموت وإنما بسبب كسر في الساق مثلاً، بينما عرفه البعض الآخر من خلال ضوابط معينة لمعرفة مرض الموت كغلبة الموت أو اشتهاؤه واتصاله بالمرض .

2. معظم التشريعات العربية لم تحدد ماهية مرض الموت، ولكن بمرور الوقت نجد أن القضاء في بعض البلدان العربية، قد اجتهد في تحديد ماهية مرض الموت، وهذا الاجتهاد مستمد من الشريعة الإسلامية، وللأسف لم نجد للمحكمة العليا سوى حكم واحد يتعلق بالموضوع؛ ولعل ذلك راجع إلى قلة الوعي بالحقوق والالتزامات المترتبة على هذا الموضوع أو لاستحياء الناس من عرض مثل هذه الموضوعات على القضاء وبالتالي يلجأون إلى حلول اجتماعية قد تؤدي إلى إهدار بعض الحقوق .

3. أن فقهاء الشريعة الإسلامية قسموا الأمراض إلى مخوفة وهي التي تؤدي إلى الموت غالباً أو كثيراً، وغير مخوفة وهي الأمراض المعتادة سريعة الشفاء مثل الرمد والزكام وغيرها، ويلاحظ على قيام بعض الفقهاء بتحديد عدد من الأمراض واعتبارها مرض موت، إن هذه الأمراض وإن كانت في عصورهم أمراض تؤدي إلى الموت غالباً، فإنها في هذا العصر مع التقدم العلمي الكبير في مجال الطب من تشخيص وأمصال وأدوية قد لا تؤدي

إلى الموت غالباً، بل أنها قد لا تؤدي إلى الموت أصلاً، وبالتالي ينبغي عدم اعتبار كافة الأمراض التي حددها الفقهاء القدامى من الأمراض التي يعتبر المصاب بها مريضاً مرض الموت .

4. أن فقهاء الشريعة الإسلامية رغم أنهم اتفقوا على أن هناك بعض الأشخاص الأصحاء الذين تأخذ تصرفاتهم حكم تصرفات المريض مرض الموت، لكنهم اختلفوا فيما بينهم في الضوابط والمعايير التي على أساسها تأخذ تصرفات هؤلاء حكم تصرفات المريض مرض الموت، فمنهم من تبنى ضابط غلبة الهلاك، ومنهم من تبنى اشتهاار الموت ومنهم من أخذ بضابط الحالة النفسية للشخص .

5. أن سبب تقييد تصرفات المريض مرض الموت لا يرجع إلى أهلية المريض ولا إلى عيب في إرادته، فمرض الموت لا يفقد الأهلية ولا ينقصها مادام المريض متمتعاً بكامل قواه العقلية، وإنما يرجع التقييد إلى تعلق حقوق الورثة والدائنين بأموال المريض من تاريخ المرض .

6. أن المريض مرض الموت لا يحجر عليه فيما يلزمه من نفقة له ولمن تلزمه نفقته في القوت والكسوة والتداوي وما يحتاج إليه من الأشرطة وأجرة الطبيب ونحو ذلك، وكذلك المعاوضة بغير محاباة؛ لأنه لا ضرر فيها على الورثة أو الدائنين، أما التبرعات فهي موقوفة فإن عاش نفذت وإن مات فهي في الثلث.

7. اتفقت القوانين الوضعية مع رأي جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية في القول بصحة بيع المريض مرض الموت بمثل القيمة سوء كان البيع لوارث أو لغير وارث.

8. فرّق فقهاء الشريعة الإسلامية بين البيع لوارث والبيع لغير وارث بمحاباة حيث اعتبروا أن المحاباة لأجنبي إذا كانت في حدود الثلث تكون صحيحة وناقذة، أما إذا كانت لوارث فإنها لا تكون ناقذة إلا إذا أجازها الورثة، بينما نجد بعض القوانين لم تفرق في ذلك، بل ساوت بين الأجنبي والوارث.

9. اختلاف بين آراء فقهاء الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية في تحديد محل المحاباة في البيع حيث يرى الفقهاء أن المحاباة لأجنبي جائزة في ثلث المبيع

فقط، بينما في بعض القوانين العربية تكون المحاباة لأجنبي وللوارث جائزة في ثلث التركة لا المبيع .

10. أن جمهور الفقهاء في الشريعة الإسلامية انقسموا فيما بينهم في حالة ما إذا كان في البيع محاباة، فرأى المالكية وبعض الشافعية والحنابلة أن المحاباة توقف على إجازة باقي الورثة فإن أجازها الورثة جازت وإن ردها بطل البيع في القدر المحابي به، وصحت المعاوضة في غير قدر المحاباة، وأخذ بهذا الرأي المشرع السوري والتونسي، ولا يكفي إجازة بعض الورثة عند المشرع التونسي بل لا بد من إجازتهم جميعاً، بينما رأى الصاحبين والإمام الشافعي أن البيع صحيح ويجب على المشتري تكملة القيمة إلى ثمن المثل أو الرد، والمشرع الليبي أقرب في وجهة نظره إلى هذا الرأي، أما المشرع المصري فقد رأى أن بيع المريض لوارث في حدود الثلث صحيح دون حاجة إلى إجازة الورثة وهو في ذلك مثل الأجنبي، بينما نجد الإمام أبانخيفة وأبو الخطاب من الحنابلة يرون عدم صحة البيع للوارث بمثل القيمة أو غيره؛ لأن فيه إيثار بعض الورثة بعين من أعيان التركة وحق الورثة يتعلق بأعيان التركة فيما بينهم كما يتعلق بالمالية؛ ولأن للناس في الأعيان أغراضاً فقد يتفاخر الإنسان بها فوق ما يفتخر بكثرة ماله، ويكون هذا البيع موقوفاً على إجازة الورثة، وهذا ما تبناه المشرع الأردني واليميني، ويبدو لي أنه هو الرأي الراجح؛ لأنه يمنع الشقاق والخلاف بين أفراد الأسرة الواحدة ويؤدي إلى ترابط الأسرة وتماسكها، ومن ثم ترابط وتماسك المجتمع الإسلامي .

11. اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن بيع المريض مرض الموت إلى غير وارثه بمثل القيمة أو بمحاباة في حدود الثلث يكون صحيحاً بدون حاجة إلى إجازة الورثة، وأخذ المشرع الليبي والمصري والسوري واليميني والتونسي والأردني برأيهم، كما اتفقوا على أنه إذا كانت المحاباة بأكثر من الثلث فالبيع صحيح ومتوقف على إجازة الورثة فإن أجاز الورثة ذلك لزم البيع .

12. أجمع جمهور الفقهاء وشراح القانون على أن الوقت المعتبر في تحديد صفة الوارث في البيع والهبة، هو وقت موت المورث لا وقت التصرف، واختلفوا

في الإقرار فمنهم من قال: الوارث هو من قام به سبب الميراث وقت الإقرار إلى وقت الموت، ومنهم من قال: أنه من كان وارثاً وقت الموت، ومنهم من قال: أنه من كان وارثاً وقت الموت لا الإقرار .

13. اتفق جمهور الفقهاء على أن حكم هبة المريض مثل حكم الوصية وأخذ المشرع الليبي والمصري والأردني والسوري والتونسي برأيهم.

14. معظم قوانين الأحوال الشخصية العربية لم تتناول كافة الأمور المتعلقة بزواج وطلاق وخلع المريض مرض الموت، وإنما اكتفت بالإحالة إلى الفقه الإسلامي، فعلى سبيل المثال نجد أن قوانين الأحوال الشخصية في مصر وسوريا والأردن أحالت إلى أرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة، بينما أحال قانون إجراءات المحاكم الشرعية الليبية الصادر في عام 1958 م إلى الرأي المشهور من مذهب الإمام مالك.

15. اتفق جمهور الفقهاء -عدا المالكية- أن الزواج في مرض الموت جائز كما هو زواج الصحيح سواء بسواء، ويرى المالكية أن الزواج في مرض الموت غير جائز إذا كان كل من الطرفين مريضاً، لكنهم اختلفوا في حالة ما إذا كان أحد الزوجين مريضاً دون الآخر واحتاج إليه كما اختلفوا في زواج من لا يرث، حيث رأى بعضهم أن المريض مرضاً مخوفاً لا يجوز له أن يتزوج وإن أذن له الوارث، وسواء احتاج المريض إلى النكاح أم لا، للنهي عن إدخال وارث، وهو المشهور عند الخمي، ورأى البعض الآخر أن منع النكاح في مرض الموت وإن أذن الوارث مقيد بعدم احتياج المريض إلى من يقوم بشؤونه ويخدمه في مرضه، وعليه إن احتاج إلى ذلك جاز له النكاح وإن منعه الوارث منه، وهو المشهور عند ابن شاس.

16. أن المشرع الليبي عندما أصدر قانوناً بشأن تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم واعتبر قاصراً من لم يبلغ سن الرشد والمجنون والسفيه وذو الغفلة ويكون في حكم القاصر المفقود والغائب والممنوع من التصرف بحكم القانون والمريض مرض الموت ومن أحاط الدين بماله ومن في حكمهم الذين تحددهم المحكمة المختصة، وأفاد أن ما يصرف في تزويج القاصر من مهر وخلافه من ضمن التصرفات التي لا يجوز للوصي أو القيم

مباشرتها إلا بإذن المحكمة، ونص في المادة (10) من القانون رقم (10) لسنة 1984 م بشأن أحكام الزواج والطلاق وآثارهما على أنه: (لا يعقد زواج المجنون والمعتوه إلا من وليه وبعد صدور إذن من المحكمة، ولا تأذن المحكمة بالزواج إلا بعد توافر الشروط التالية: 1- قبول الطرف الآخر التزوج منه بعد اطلاعه على حاله. 2- كون مرضه لا ينتقل منه إلى نسله 3 - كون زواجه فيه مصلحة له، ويتم التثبت من الشرطين الآخرين بتقرير لجنة من ذوي الاختصاص...)، فإنه يكون أقرب إلى رأي المالكية القائل بأن زواج المريض مرض الموت يجوز إذا احتاج إليه المريض، أما إذا لم يحتج إليه المريض فلا يجوز.

17. أن تقييد القانون الليبي حرية المريض مرض الموت في الزواج بضرورة أن يكون عن طريق الوصي أو القيم ويكون ذلك بإذن المحكمة، فيه إجحاف كبير في حق المريض؛ لأن في مساواته بالمجنون والمعتوه ظلماً كبيراً، حيث إن الفارق كبير بين الجنون والعتة ومرض الموت، فالمريض مرض الموت يعتبر كامل الأهلية ولا تتقيد تصرفاته إلا في الشؤون المالية في حدود ثلث تركته، بخلاف المجنون والمعتوه فهما معدوما الأهلية .

18. جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية القائلون بجواز نكاح المريض مرض الموت يقولون: إن المهر إذا كان بمهر المثل فهو جائز من رأس المال لا من الثلث؛ لأن النكاح من حوائج المريض، وهو في الأصل عقد مصلحة مشروع للحاجة وبمرضه تزداد حاجته إلى من يتعاهده ويقوم بشؤونه، أما إذا كان النكاح بمهر يزيد على مهر المثل فالزيادة محاباة، فإن صح قبل أن يموت جاز لها من جميع المال، وإن مات قبل أن يصح بطلت عنها الزيادة على صداق مثلها وثبت النكاح وكان لها الميراث، و تعتبر هذه المحاباة بمنزلة الوصية لو ارث فتكون موقوفة على إجازة الورثة عند من يعتبرون بإجازتهم، وتكون باطلة عند من لا يعتبر بإجازة الورثة في هذه الحالة، أما إذا كانت الزوجة لا ترثه لكونها مخالفة له في الدين أو غير ذلك فلها مهرها وثلث ما حاباها به مقدمة علي الوصايا؛ لأنها لم تنزل إلا عن البضع والبضع ليس بمال .

19. أئفق الفقهاء على أنه لا يشترط في صحة الطلاق صحة الزوج فطلاق المريض مرض الموت كطلاق الصحيح على سواء - رجعيأ أو بائناً - في وقوعه على الزوجة؛ لأنه صدر من أهل لإيقاعه ولقي محلاً قابلاً لإيقاعه، وأخذ المشرع الليبي والمصري والأردني والسوري برأيهم .

20. رغم اتفاق الفقهاء على صحة وقوع طلاق المريض، لكنهم اختلفوا في ميراث المطلقة طلاقاً بائناً، هل يحق لها أن تراث زوجها أو أنها لا تراثه؟ فمنهم من قال: أن المطلقة طلاقاً بائناً في مرض الموت تراث زوجها، وهذا هو رأي الجمهور من الأحناف والمالكية والشافعية في القديم وبعض الشافعية والحنابلة، ولقد أخذ المشرع الليبي والمصري والسوري والأردني بهذا الرأي، ومنهم من قال: إن طلاق المريض أو المريضة كطلاق الصحيح ولا فرق، فإن كان طلاق المريض ثلاثاً أو آخر ثلاث، أو كان طلاقاً رجعيأ فلم يرتجعا حتى مات أو ماتت بعد تمام العدة فلا تراثه في شيء من ذلك كله ولا يرثها، وهذا ما ذهب إليه الشافعية في الجديد والظاهرية.

21. رغم اتفاق جمهور الفقهاء على أن المطلقة طلاقاً بائناً في مرض الموت تراث زوجها، لكنهم اختلفوا بعد ذلك في المدة المحددة للميراث، فمنهم من قال: إنها تراثه ما دامت في العدة، فإن مات بعد انقضاء العدة لم تراثه، وهو قول الأحناف وأحد أقوال الشافعية وقول عند الحنابلة، وأخذ المشرع المصري والسوري والأردني برأيهم، ومنهم من قال: إنها تراثه في العدة وبعد العدة حتى لو تزوجت المطلقة بزواج آخر، وهو قول المالكية، ومنهم من قال: إنها تراثه ما لم تتزوج قبل موته، فإذا تزوجت ثم مات لم تراثه، وهذا هو القول المشهور عن أحمد بن حنبل، وهو قول عند الشافعية وابن أبي ليلى.

22. اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في حكم الخلع في مرض الموت، فمنهم من أجازاه؛ لأنه معاوضة فصح في المرض كالبيع؛ ولأن للمريضة صرف مالها في أغراضها وملذاتها ومن بينها الخلع الذي تخلص به نفسها من الزوج، وبالتالي يعتبر من حوائجها الأصلية، أما بالنسبة إلى الزوج فإنه مادام يجوز له أن يطلق زوجته بدون مقابل فمن باب أولى له المخالعة بمقابل وهذا هو قول الأحناف والشافعية والحنابلة والظاهرية،

ومنهم من قال: إنه إذا كانت الزوجة مريضة فإنه غير جائز ابتداءً؛ لأن فيه إخراج وارث، وإن وقع لزم الطلاق، وهذا هو قول الإمام مالك ومنهم من قال: إنه جائز إذا كان على مثل ميراثه منها فأقل، أما إذا كان بأكثر من ميراثه منها فله قدر ميراثه ويرد الزائد، وهو قول ابن القاسم.

23. اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة الإرث في الخلع في مرض الموت، فمنهم من رأى أنه لا توارث بين الزوجين في حالة الخلع في مرض الموت، وذلك لانتفاء تهمة الفرار، كما أن كل من الطرفين قد تراضيا على إسقاط حقهما، وهذا هو قول الأحناف وبعض المالكية والشافعية والحنابلة، ومنهم من رأى أنه ترث الزوجة المختلعة من زوجها المريض ولا يرثها وهذا هو قول بعض المالكية.

24. نظراً لخطورة بعض الأمراض المنتشرة مثل الإيدز، والسرطان، والتهاب الكبد الوبائي وغيرها، على حياة الفرد، ولكون مرض الموت لم يحظ بالاهتمام والبحث والدراسة بشكل مفصل ودقيق من جانب فقهاء القانون، بل اكتفت القوانين العربية بإعطاء تصرفاته حكماً عاماً هو أن كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيضاً كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف، فإنني أرى أن يتم تشكيل لجنة من المتخصصين في العلوم الصحية والشرعية والقانونية تقوم بدراسة موضوع مرض الموت بكافة جوانبه وإعداد مشروع قانون يحدد ماهية مرض الموت وحكم التصرفات التي يقوم بها المريض خلاله وذلك بشكل مفصل ودقيق، لكي تقوم أمانة مؤتمر الشعب العام أو اللجنة الشعبية العامة بعد ذلك بإعداد مذكرة للعرض على المؤتمرات الشعبية الأساسية بهذا المشروع لتتولى المؤتمرات الشعبية الأساسية مناقشته وإصدار قانون بشأنه، بدلاً من الأخذ بقانون الوصية.

والحمد لله رب العالمين، وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب.

الملاحق

1- ملحق رقم (1):

نصوص مواد القوانين المدنية العربية الوارد ذكرها في البحث.

2- ملحق رقم (2):

نصوص مواد القوانين المتعلقة بالمواريث والوصايا العربية الوارد ذكرها في البحث.

3- ملحق رقم (3):

نصوص مواد القوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية العربية الوارد ذكرها في البحث.

4- ملحق رقم (4):

نصوص مواد القانون رقم (17) لسنة 1992 م بشأن تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الوارد ذكرها في البحث.

5- ملحق رقم (5):

الطعون وقرارات النقض والتمييز والتعقيب الوارد ذكرها في البحث الصادرة من محاكم النقض والتمييز والتعقيب العربية.

ملحق رقم (1)

نصوص مواد القوانين المدنية العربية الوارد ذكرها في البحث.

أولاً : نصوص القانون المدني الأردني.

المادة (543)

تعريف مرض الموت

"هو المرض الذي يعجز فيه الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة، ويغلب فيه الهلاك، ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة، فإن امتد مرضه وهو على حالة واحدة دون ازدياد سنة أو أكثر تكون تصرفاته كتصرف الصحيح، ويعتبر في حكم مرض الموت الحالات التي يحيط بالإنسان فيها خطر الموت ويغلب في أمثالها الهلاك ولو لم يكن مريضاً " .

(544)

أثر البيع في مرض الموت

"1- بيع المريض شيئاً من ماله لأحد ورثته لا ينفذ ما لم يجزه باقي الورثة بعد موت المورث
2- بيع المريض لأجنبي بثمن المثل أو بغين يسير نافذاً لا يتوقف على إجازة الورثة".

المادة (545)

"1- بيع المريض من أجنبي بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت نافذ في حق الورثة إذا كانت قيمة المبيع على الثمن لا تتجاوز ثلث التركة داخلاً فيها المبيع ذاته
2- أما إذا تجاوزت هذه الزيادة ثلث التركة فلا ينفذ البيع ما لم يقره الورثة أو يكمل المشتري ثلثي قيمة المبيع وإلا كان للورثة فسخ البيع " .

المادة (546)

" لا ينفذ بيع المريض لأجنبي بأقل من قيمة مثله ولو بغين يسير في حق الدائنين إذا كانت التركة مستغرقة بالديون وللمشتري دفع ثمن المثل وإلا جاز للدائنين فسخ البيع " .

المادة (1128)

الفقرة (1)

تصرفات المريض مرض الموت

" كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيّاً كانت التسمية التي تعطى له".

ثانياً : نصوص القانون المدني التونسي "مجلة العقود والالتزامات".

الفصل (354)

" إذا أسقط الدائن في مرض موته ما له على أحد ورثته سواء كان الإسقاط في الكل أو البعض فإن الإسقاط لا يصح إلا بمصادقة جميع الورثة عليه ".

الفصل (565)

" بيع المريض في مرض موته يجري عليه حكم الفصل (354) إذا كان لوارث وظهر فيه قصد المحاباة كأن يبيع له بأقل من الثمن المتعارف عليه بكثير أو يشتري منه بأزيد".

الفصل (535)

" إذا تعذر الحكم بنص صريح من القانون اعتبر القياس فإن بقي شك جرى الحكم على مقتضى القواعد العامة للقانون".

ثالثاً : نصوص القانون المدني السوري.

المادة (445)

أثر البيع في مرض الموت

"1- 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 تجاوز ثلث التركة داخلاً فيها المبيع ذاته.2- أما إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة فإن البيع فيما تجاوز الثلث لا يسري في حق الورثة، إلا إذا أقروه أو رد

المشتري للتركة ما يفى بتكملة الثلثين.3- ويسري على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة 877 ."

المادة (456)

شكل الهبة

"1- تكون الهبة بورقة رسمية، إلا وقعت باطلّة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر.
2 - ومع ذلك يجوز في المنقول أن تتم الهبة بالقبض، دون حاجة إلى ورقة رسمية".

المادة (461)

تسليم الموهوب

" إذا لم يكن الموهوب له قد تسلم الشيء الموهوب، فإن الواهب يلتزم تسليمه إياه، وتسري في ذلك الأحكام المتعلقة بتسليم المبيع".

المادة (876)

أحكام الوصية

" تسري على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها".

المادة (877)

تصرفات المريض مرض الموت

"1- كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف.2- وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً.3- وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه".

رابعاً: نصوص القانون المدني الليبي

المادة (1)

الفقرة (2)

" إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم توجد، فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة."

المادة (396)

تعريف الإقرار

" اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة."

المادة (407)

تعريف البيع

" عقد يلتزم به البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي."

المادة (466)

أثر البيع في مرض الموت

" 1- 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 تجاوز ثلث التركة داخلاً فيها المبيع ذاته. 2- أما إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة فإن البيع فيما تجاوز الثلث لا يسري في حق الورثة إلا إذا أقروه أو رد المشتري للتركة ما يفي بتكملة الثلثين. 3- ويسري على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة (920)."

المادة (475)

تعريف الهبة

" 1- الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض. 2- ويجوز للواهب، دون أن يتجرد عن نية التبرع، أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين."

مادة (477)

شكل الهبة

1- تكون الهبة بورقة رسمية، وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر
2- ومع ذلك يجوز في المنقول أن تتم الهبة بالقبض، دون حاجة إلى ورقة رسمية".

المادة (482)

تسليم الموهوب

" إذا لم يكن الموهوب له قد تسلم الشيء الموهوب، فإن الواهب يلتزم تسليمه إياه،
وتسري في ذلك الأحكام المتعلقة بتسليم المبيع".

مادة (920)

تصرفات المريض مرض الموت

1- كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع
يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيضاً كانت
التسمية التي تعطى لهذا التصرف. 2- وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل
القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع
الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً. 3- وإذا أثبت
الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت، اعتبر التصرف صادراً
على سبيل التبرع، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك. كل هذا ما لم توجد
أحكام خاصة تخالفه".

خامساً: نصوص القانون المدني المصري.

المادة (418)

تعريف البيع

" عقد يلتزم به البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل
ثمن نقدي".

المادة (477)

أثر البيع في مرض الموت

"1- 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 تجاوز ثلث التركة داخلاً فيها المبيع ذاته. 2- أما إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة فإن البيع فيما يجاوز الثلث لا يسري في حق الورثة إلا إذا أقروه أو رد المشتري للتركة ما يفي بتكملة الثلثين. 3- ويسري على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة 916."

المادة (486)

تعريف الهبة

"1- الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في ماله دون عوض 2- ويجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين."

المادة (488)

شكل الهبة

"1- تكون الهبة بورقة رسمية، وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر. 2- ومع ذلك يجوز في المنقول أن تتم الهبة بالقبض، دون حاجة إلى ورقة رسمية."

المادة (493)

تسليم الموهوب

"إذا لم يكن الموهوب له قد تسلم الشيء الموهوب، فإن الواهب يلتزم تسليمه إياه، وتسري في ذلك الأحكام المتعلقة بتسليم المبيع."

المادة (915)

أحكام الوصية

"تسري على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها."

(916)

تصرفات المرض مرض الموت

"1- كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أي كانت التسمية

التي تعطى لهذا التصرف.2- وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً.3- وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه".

سادساً: نصوص القانون المدني اليمني.

المادة (476)

أثر البيع في مرض الموت

" 1- بيع المريض مرض الموت لوارثه موقوف على إجازة سائر الورثة 2- بيعه لغير وارثه بثمن المثل أو بغبن يسير صحيح، والغبن اليسير هو ما لم يكن خارجاً عما يقرره العدول".

المادة (477)

تعريف مرض الموت

" المرض الذي يغلب فيه ظن الهلاك ويتصل بالوفاة".

ملحق رقم (2)

نصوص مواد القوانين المتعلقة بالمواريث والوصايا العربية الوارد ذكرها في البحث.

أولاً: نصوص القانون رقم (7) لسنة 1994 م بشأن أحكام قانون الوصية "الليبي".

المادة (2)

" كل تصرف صدر في مرض الموت بقصد التبرع أو المحاباة تسري عليه أحكام الوصية أي كانت التسمية التي تعطى له ."

المادة (42)

" إذا كانت الوصية بأزيد من الثلث فلا تنفذ فيما زاد على الثلث إلا بإجازة الورثة بعد وفاة الموصي بشرط أن يكون المجيز كامل الأهلية ."

المادة (8)

شروط الموصى له

الفقرة (د)

"أن لا يكون وارثاً للموصي."

المادة (43)

" تنفذ الوصية الزائدة على الثلث ولو كانت بكل مال الموصي من غير توقف على إجازة أحد إذا لم يكن للموصي وارث ولا دين عليه ."

المادة (46)

بطلان الوصية

الفقرة (5)

" إذا اكتسب الموصى له صفة الوارث للموصي ."

ثانياً: نصوص قانون الوصية المصري رقم (71) لسنة 1946 م.

المادة (37)

"تصح الوصية بالتث لوارث وغيره وتنفذ من غير إجازة الورثة وتصح بما زاد على الثلث، ولا تنفذ في الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي وكانوا عالمين بما يجيزونه".

ثالثاً : نصوص قانون الموارث المصري رقم (77) لسنة 1943 م.

المادة (11)

"تعتبر المطلقة بائناً في مرض الموت في حكم الزوجة إذا لم ترض بالطلاق ومات المطلق في ذلك المرض وهي في عدته".

ملحق رقم (3)

نصوص مواد القوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية العربية الوارد ذكرها في البحث.

أولاً : نصوص قانون الأحوال الشخصية الأردني.

المادة (143)

" 1- إذا توفي زوج المعتدة في طلاق رجعي تنهدم عدة الطلاق وتلزمها عدة الوفاة
2- أما إذا كانت مطلقة طلاقاً بائناً فلا تلزمها عدة الوفاة بل تكمل عدة الطلاق ".
المادة (183)

" ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة ".
ثانياً: نصوص مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

الفصل (179)

" لا وصية لوارث ولا فيما زاد على الثلث إلا بإجازة الورثة بعد وفاة الموصي ".
الفصل (187)

" الوصية لغير الوارث تمضي في الثلث من التركة بدون توقف على إجازة الورثة ".
الفصل (188)

" من لا دين عليه ولا وارث تنفذ وصيته ولو بكل ماله بدون توقف على ميراث صندوق الدولة ".
الفصل (201)

" تتم الهبة بتسليم الموهوب إلى الموهوب له والهبة باطلة إذا مات الواهب أو الموهوب له قبل التسليم وإن اجتهد الموهوب له في طلبه ".
الفصل (206)

" إذا صدرت الهبة خلال مرض متصل بالموت اعتبرت وصية ".
209

نصوص القانون عدد(46) لسنة 1964 م المتعلق بالشهادة الطبية السابقة للزواج

"التونسي"

الفصل (5)

" يمكن للحاكم في الحالات الاستثنائية إعفاء الشخصين العازمين على الزواج أو أحدهما من تقديم الشهادة الطبية، ولا تطلب الشهادة الطبية من كلا الشخصين العازمين على الزواج إذا كان أحدهما في حالة احتضار ."

رابعاً: نصوص قانون الأحوال الشخصية السوري.

المادة (116)

"من باشر سبباً من أسباب البينونة في مرض موته أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك طائعاً بلا رضى زوجته ومات في ذلك المرض أو في تلك الحالة، والمرأة في العدة فإنها تترث بشرط أن تستمر أهليتها للإرث من وقت الإبانة إلى الموت " .

المادة (127)

" 1- إذا توفى الزوج وكانت المرأة في عدة الطلاق الرجعي تنتقل إلى عدة الوفاة ولا يحسب ما مضى 2- إذا توفى وهي في عدة البينونة تعدد بأبعد الأجلين من عدة الوفاة أو البينونة " .

المادة(237)

" 1- تنفذ الوصية لغير الوارث بثلث ما يبقى من التركة بعد وفاة الدين من غير إجازة الورثة 2- لا تنفذ للوارث ولا بما زاد على الثلث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي وكان المجيز كامل الأهلية...4- تنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله من غير توقف على إجازة أحد" .

المادة (304)

" كل ما لم يرد عليه نص في هذا القانون يرجع فيه إلي القول الأرجح في المذهب الحنفي " .

خامساً: نصوص قانون إجراءات المحاكم الشرعية الليبي الصادر في عام 1958 م

المادة (165)

"تطبق المحاكم الشرعية المدون في هذا القانون وأرجح الأقوال من مذهب الإمام مالك، ماعدا الأحوال التي ينص فيها قانون على أحكام شرعية خاصة فيجب اتباعها"

سادساً: نصوص القانون رقم (10) لسنة 1984 م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج

والطلاق وآثارهما "الليبي".

المادة (2)

تعريف الزواج

"ميثاق شرعي، يقوم على أسس من المودة والرحمة والسكينة، تحل به العلاقة بين رجل وامرأة، ليس أحدهما محرماً على الآخر".

المادة (10)

" لا يعقد زواج المجنون والمعتوه إلا من وليه وبعد صدور إذن من المحكمة، ولا تأذن المحكمة بالزواج إلا بعد توافر الشروط التالية :

1. قبول الطرف الآخر التزوج منه بعد اطلاعه على حاله.

2. كون مرضه لا ينتقل منه إلى نسله .

3. كون زواجه فيه مصلحة له .

ويتم التثبت من الشرطين الآخرين بتقرير لجنة من ذوي الاختصاص...".

المادة (28)

تعريف الطلاق

" حل عقدة الزواج".

المادة (32)

" يشترط في المطلق أن يكون عاقلاً مختاراً قاصداً اللفظ الذي يقع به الطلاق واعياً
لما يقول، ولا يقع طلاق الصبي، والمجنون، والمعتوه، والمكره، وفاقد التمييز ."

المادة (48)

الفقرة (2)

"يشترط لصحة المخالعة أن تكون الزوجة أهلاً للبدل، والزوج أهلاً لإيقاع الطلاق طبقاً لأحكام المادة الثانية والثلاثين من هذا القانون " .

سابعاً: قانون الأحوال الشخصية المصري رقم (1) لسنة 2000 م.

المادة (3)

" تصدر الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة".

ملحق رقم (4)

نصوص مواد القانون رقم (17) لسنة 1992 م. بشأن تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الوارد ذكرها في البحث.

المادة (17)

"يعتبر قاصراً من لم يبلغ سن الرشد، والمجنون، والسفيه، وذو الغفلة، ويكون في حكم القاصر المفقود، والغائب، والممنوع من التصرف بحكم القانون، والمريض مرض الموت ومن أحاط الدين بماله، ومن في حكمهم الذين تحددهم المحكمة المختصة".

المادة (68)

الفقرة (3)

"الصلح والتحكيم من ضمن التصرفات التي لا يجوز للوصي أو القيم مباشرتها إلا بإذن المحكمة".

المادة (68)

الفقرة (12)

" ما يصرف في تزويج القاصر من مهر وخلافه من ضمن التصرفات التي لا يجوز للوصي أو القيم مباشرتها إلا بإذن المحكمة".

ملحق رقم (5)

الطعون وقرارات النقض والتمييز والتعقيب الوارد ذكرها في البحث
الصادرة من محاكم النقض والتمييز والتعقيب العربية.

أولاً: قرارات التمييز الصادرة من محكمة التمييز الأردنية.

تمييز حقوق رقم (165) لسنة 1984 م.

" لا يشترط لبطلان التصرفات التي يجريها من كان في مرض الموت أن يكون المريض فاقد الأهلية... إذ لو كان فقدان الأهلية شرطاً لازماً لبطلان تصرفات المريض مرض الموت لما كان ثمة حاجة لوضع نصوص خاصة بمرض الموت، إذ أن مجرد فقدان الأهلية بحد ذاته يوجب بطلان التصرفات "

ثانياً: قرارات التعقيب الصادرة من محكمة التعقيب التونسية.

قرار تعقبني مدني صادر بتاريخ 26-4-1949 م.

"وحيث إن العقود المجانية كالتبرعات والإسقاطات التي هي عين المحاباة... فإن كانت لوارث فصحتها مطلقاً تتوقف على إجازة الورثة وإن كانت لغير وارث فتخرج مخرج الوصية من الثلث فقط من المخلف بعد استيفاء الديون ومصاريف الديون "

قرار تعقبني مدني رقم (1510) صادر بتاريخ 31-12-1985 م.

"إذا طال المرض بصاحبه أكثر من سنة ولو كان مخوفاً يلحق صاحبه بالأصحاء في تصرفاته "

قرار تعقبني مدني رقم (49025) صادر بتاريخ 5-3-1998 م.

" مرض الموت هو المرض المخيف المنذر بالوفاة العاجلة، ومعنى ذلك أنه يجب أن يكون متصلاً بموت المريض وسبباً له، أي أن تكون المدة الفاصلة بين العقد المطلوب إبطاله والموت قصيرة جداً لا تتجاوز مدة عام واحد "

قرار تعقبني مدني رقم (54771) صادر بتاريخ 25-6-1998 م.

" وإن لم يعرف المشرع المعنى المقصود في مرض الموت ولم يضبطه بصفة مدققة، فإن الفقه وفقه القضاء استقرا على أن ذلك المرض هو الذي يقعد المريض

عن قضاء مصالحه العادية كالذهاب إلى السوق وممارسة مهنته، والذي يغلب فيه خوف الموت وينتهي بالموت فعلاً، وأن سند تقييد التصرف فيه لا يرجع إلى أهلية المريض ولا إلى عيوب في الرضا، باعتبار أن إبطال التصرف لتلك الأسباب له مجالات أخرى، وإنما يرجع إلى تعلق حق الورثة بأموال المريض منذ المرض".

قرار تعقيبي مدني رقم (4140) صادر بتاريخ 19-6-2001 م.

" المقصود بمرض الموت المخيف إنما هو ذلك المخيف المنذر بالوفاة العاجلة ويغلب فيه الموت ويعجز معه المريض عن رؤية ومباشرة مصالحه، وحالة المرض المخيف لا تثبت إلا بالمعاينة الطبية، وهو أمر موضوعي موكل لاجتهاد محكمة الأصل ولا رقابة في ذلك عليها، لكن بشرط التعليل المستمد من أوراق الملف ". .

ثالثاً: قرارات النقض الصادرة من محكمة النقض السورية.

نقض سوري رقم (29) صادر بتاريخ 11-2-1951 م.

" بأن إثبات اشتداد المرض ووقوع البيع أثناء مرض الموت تقبل فيه جميع وسائل الإثبات ". .

نقض سوري رقم (93) صادر بتاريخ 13-3-1954 م.

"أن المشرع اعتبر كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، تسري عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى له، ما لم يثبت المتصرف إليه أن التصرف الواقع في مرض الموت كان لقاء مقابل، فإن أثبت ذلك كان القدر المحابي به هو الذي يأخذ حكم الوصية ويخضع إلى أحكام بيع المريض المنصوص عليها في المادة(445)من القانون المدني المعطوفة على المادة 877 ". .

نقض سوري رقم (242) صادر بتاريخ 26-7-1954 م.

" 1- يترتب على الوارث الذي يدعي صدور التصرف عن المورث في مرض الموت، أن يثبت حالة المرض بجميع وسائل الثبوت. 2- إن الاستشهاد بأقوال الأطباء الذين كانوا يعالجون المريض والاستناد إلى الشهادات المقدمة منهم جائز، ودعوة الأطباء إلى المحكمة لاستكمال التحقيق لا يتوقف على طلب أو رضا الخصوم ". .

نقض سوري رقم (90) صادر بتاريخ 3-2-1968 م.

" إن مرض الموت بحسب ما استقر عليه اجتهاد محكمة النقض بقرارها (599) بتاريخ 3-6-1985 م هو المرض الذي يغلب فيه الموت عادة مما يتولد معه لدى المريض شعور بالخوف من الموت، وعلى أن ينتهي المرض بالموت فعلاً قبل مضي سنة على بدئه، ما لم يشتد المرض بعد ذلك، بحسبان أن مضي مدة السنة على ظهور المرض دون أن يشتد أو ينتهي بالموت هو قرينة على استقرار حالة المرض وخروجه عن دائرة أمراض الموت مما يزيل الشعور بالخوف الذي كان قد تولد لدى المريض عند حدوث المرض؛ لأن المعيار من الخوف ليس معياراً شخصياً يتأثر بحالة المريض أو بسنّه أو بجنسه، وإنما هو معيار عام يتلاقى فيه أغلب الناس وهو الخوف من الموت، وإن كون المرض من الأمراض التي يغلب فيها الموت عادة هو من الأمور الفنية التي تحتاج إلى خبرة طبية "

نقض سوري رقم (110 أساس 834) صادر بتاريخ 23-3-1974 م.

" من شروط مرض الموت أن يقعد المريض عن قضاء مصالحه، بمعنى أن يجعله عاجزاً عن قضاء مصالحه العادية المألوفة التي يستطيع الأصحاء عادة مباشرتها، وليس واجباً ليكون مرض موت أن يلزم المريض الفراش، وقد لا يلزمه ويبقى مع ذلك عاجزاً عن قضاء مصالحه."

نقض سوري رقم (3 أساس 470) صادر بتاريخ 5-1-1978 م.

"بأنه ليس واجباً ليكون المرض مرض موت أن يفقد المريض ملكاته العقلية أو أن يلزم الفراش، فقد لا يلزمه ويبقى مع ذلك عاجزاً عن قضاء مصالحه، وإذا كان مرض الموت أكثر ما يثبت بالشهادة الطبية الدالة على حالة المريض في أواخر أيامه فكذلك يثبت بشهادة الشهود."

نقض سوري رقم (713) صادر بتاريخ 14-5-1978 م.

" إن مرض الموت هو الذي يعجز فيه الرجل المريض عن رؤية مصالحه الخارجية ويموت فيه قبل مرور سنة، فإذا امتد مرضه لأكثر من سنة يكون في حكم الصحيح ما لم تتغير حاله من وقت التغيير إلى الوفاة فيعتبر مرض موت ضمن حدود السنة."

نقض سوري رقم (621) صادر بتاريخ 20-4-1980 م.

" مرض الموت هو المرض الذي يغلب فيه خوف الموت، ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجاً عن داره إن كان من الذكور وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء كان صاحب فراش أو لم يكن، وعلى هذا فشروط مرض الموت هي: 1- أن يقعد المريض عن قضاء مصالحه 2- أن يغلب فيه الموت 3- أن ينتهي بالموت فعلاً."

رابعاً : لطفون الصادرة من محكمة النقض المصرية.

طعن أحوال شخصية رقم (15) صادر بتاريخ 17-1-1976 م.

" المريض مرض الموت إذا طلق زوجته ثم مات ومطلقاته في العدة يعتبر - متى توافرت الشروط - بطلاقه فاراً من الميراث، وتقوم المظنة على أنه طلق زوجته طلاقاً بائناً في مرض الموت قاصداً حرمانها من حقها الذي تعلق بماله منذ حلول المرض به، بمعنى أن الطلاق البائن ينبئ بذاته بغير دليل آخر على هذا القصد فرد المشرع عليه قصده، وذلك دون ما حاجة للبحث عن خبايا نفس المريض."

طعن أحوال شخصية رقم (31) صادر بتاريخ 17-5-1983 م.

" مؤدى نص المادة 3/11 من قانون المواريث رقم (77) لسنة 1943 م أن المشرع الوضعي قرر الأخذ بالمذهب الحنفي أن من كان مريضاً مرض موت وطلق امرأته بائناً بغير رضاها ومات حال مرضه، والزوجة لا تزال في العدة فإن الطلاق البائن يقع على زوجته ويثبت منه من حين صدوره؛ لأنه أهل لإيقاعه، إلا أنها ترثه مع ذلك بشرط أن تكون أهلاً لإرثه من وقت إبانته إلى وقت موته، رغم أن المطلقة بائناً لا ترث لانقطاع العصمة بمجرد الطلاق، استناداً إلى أنه لما أبانها حال مرضه اعتبر احتياطياً فاراً وهارباً فيرد عليه قصده لها ويثبت لها الإرث."

طعن مدني رقم (174) صادر بتاريخ 8-5-1952 م.

"أنه متى كانت المحكمة وهي في صدد عقد طعن فيه بأنه صدر في مرض موت البائعة، قد استخلصت من أقوال الشهود أن البائعة أصيبت بمرض يغلب فيه الهلاك وانتهى فعلاً بوفااتها، فإن في هذا الذي قررته ما يكفي في اعتبار أن التصرف حصل

إبان مرض موت المتصرفة، ويكون في غير محله النعي عليه بمخالفة القانون في هذا الخصوص".

طعن مدني رقم (156) صادر بتاريخ 11-6-1959 م.

" العبرة في اعتبار المرض الذي يطول أمده عن سنة مرض موت، هي بحصول التصرف خلال فترة تزايد واشتداد وطأته على المريض للدرجة التي يغلب فيها الهلاك وشعوره بدنو أجله، ثم انتهاء المرض بوفاته".

طعن مدني رقم (26) صادر بتاريخ 26-3-1964 م.

" لا يشترط في مرض الموت لزوم صاحبه الفراش على وجه الاستمرار والاستقرار، بل يكفي أن يلزمه وقت اشتداد العلة به، كما لا يشترط فيه أن يؤثر على سلامة إدراك المريض أو ينقص من أهليته للتصرف، ومن ثم فإن ذهاب المورث إلى المحكمة وإقراره بصحة توقيعه على العقود المطعون عليها؛ لا يمنع من اعتبار مرضه مرض موت متى كان شديداً يغلب فيه الهلاك وانتهى فعلاً بالموت".

طعن مدني رقم (618) صادر بتاريخ 6-12-1977 م.

"من الضوابط المقررة في تحديد مرض الموت وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ويشعر معه بدنو أجله وأن ينتهي بوفاته".

طعن مدني رقم (816) صادر بتاريخ 6-12-1977 م.

"أن توقيع المطعون عليه الأول كشاهد على عقدي البيع - المطعون فيهما بصدورهما في مرض الموت - في وقت لم يكن قد أصبح فيه وارثاً لا يعدو أن يكون شهادة بصحة صدورهما من المورث ولا يعتبر إجازة منه للعقدين، لأن هذه الإجازة لا يعتد بها إلا إذا حصلت بعد وفاة المورث، إذ أن صفة الوارث التي تخوله حقاً في التركة لا تثبت له إلا بهذه الوفاة".

طعن مدني رقم (1011) صادر بتاريخ 27-12-1983 م.

" هو المرض الشديد الذي يغلب على الظن موت صاحبه عرفاً أو بتقرير الأطباء، ويلزمه ذلك المرض حتى الموت، وإن لم يكن المرض معروفاً من الناس بأنه من العلل المهلكة، فضابط شدته واعتباره مرض موت أن يعجز غير العاجز من قبل عن القيام بمصالحه الحقيقية خارج البيت، فيجتمع فيه تحقق العجز وغلبة الهلاك واتصال الموت".

الفهارس

- أولاً : فهرس الآيات القرآنية.
- ثانياً : فهرس الأحاديث النبوية.
- ثالثاً : فهرس الأعلام.
- رابعاً : فهرس المصادر والمراجع.
- خامساً : فهرس تفصيلي لموضوعات الرسالة.

أولاً : فهرس الآيات القرآنية

رقم	السورة/ الآية	رقم الآية	الصفحة
سورة البقرة			
1.	﴿فِي قُلُوبِهِمْ مَّرَضٌ فَزَادَهُمُ اللَّهُ مَرَضًا وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ بِمَا كَانُوا يَكْذِبُونَ﴾	10	32
2.	﴿...هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ...﴾ .	جزء من الآية 187	177
3.	﴿...فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ...﴾ .	جزء من الآية 229	178
4.	﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ...﴾ .	جزء من الآية 233	47,46
5.	﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ...﴾ .	جزء من الآية 236	148
6.	﴿... وَلَا تَسْؤُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾ .	جزء من الآية 237	102
7.	﴿... وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا...﴾ .	جزء من الآية 275	58
سورة النساء			
8.	﴿... فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ...﴾ .	جزء من الآية 3	131
9.	﴿... فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾ .	جزء من الآية 4	92
10.	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ...﴾	جزء من الآية 135	113
سورة الأنعام			
11.	﴿ أَوْ مَنْ كَانَ مِيثًا فَأَحْيَيْنَاهُ...﴾ .	جزء من الآية 122	4
سورة الأعراف			
12.	﴿... حَمَلَتْ حَمْلًا خَفِيئًا فَمَرَّتْ بِهِ فَلَمَّا أَثْقَلَتْ دَعَوَا اللَّهَ رَبَّهُمَا لَئِن آتَيْتَنَا صَالِحًا لَنُكَوِّنَنَّ مِنْ﴾ .	جزء من الآية 189	45
سورة التوبة			
13.	﴿... فَأَمَّا الَّذِينَ آمَنُوا فزَادَتْهُمْ إِيمَانًا وَهُمْ يَسْتَبْشِرُونَ ﴿٩٠﴾ وَأَمَّا الَّذِينَ فِي قُلُوبِهِمْ مَّرَضٌ فزَادَتْهُمْ رِجْسًا إِلَى رِجْسِهِمْ...﴾ .	جزء من الآيتين 124، 125	32
سورة يونس			
14.	﴿هُوَ الَّذِي يُسَبِّرُكُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ حَتَّى إِذَا كُنْتُمْ فِي الْفُلِكِ وَجَرَيْنَ بِهِم بِرِيحٍ طَيِّبَةٍ وَفَرِحُوا بِهَا جَاءَتْهَا رِيحٌ عَاصِفٌ وَجَاءَهُمُ الْمَوْجُ مِنْ كُلِّ مَكَانٍ وَظَنُّوا أَنَّهُمْ أُحِيطَ بِهِمْ دَعَوَا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ لَئِن أُنجِيتَنَا مِنْ هَذِهِ لَنُكُونَنَّ مِنَ الشَّاكِرِينَ﴾	22	43
سورة هود			
15.	﴿... فَبَشِّرْنَاهَا بِإِسْحَاقَ وَمِنْ وَرَاءِ إِسْحَاقَ يَعْقُوبَ﴾ .	جزء من الآية 71	45

سورة إبراهيم		
شـ ونقدير	جزء من الآية 7	16. ﴿... لَنْ شَكَرْتُمْ لِأَزِيدَنَّكُمْ وَلَنْ كَفَرْتُمْ إِنَّ عَذَابِي لَشَدِيدٌ﴾.
4	جزء من الآية 17	17. ﴿... وَيَأْتِيهِ الْمَوْتُ مِنْ كُلِّ مَكَانٍ وَمَا هُوَ بِمَيِّتٍ...﴾.
سورة مريم		
4	23	18. ﴿فَأَجَاءَهَا الْمَخَاضُ إِلَى جِذْعِ النَّخْلَةِ قَالَتْ يَا لَيْتَنِي مِتُّ قَبْلَ هَذَا وَكُنْتُ نَسِيًّا مَّسِيًّا﴾.
سورة الحج		
102	جزء من الآية 77	19. ﴿... وَافْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾.
سورة النور		
130	32	20. ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَانِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ﴾.
33	جزء من الآية 61	21. ﴿لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرْجٌ وَلَا عَلَى الْأَعْرَجِ حَرْجٌ وَلَا عَلَى الْمَرِيضِ حَرْجٌ...﴾.
سورة الفرقان		
4	جزء من الآية 49	22. ﴿لِنُخَبِرَ بِهِ بَلْدَةً مَيِّتًا...﴾.
سورة النمل		
4	جزء من الآية 80	23. ﴿إِنَّكَ لَا تَسْمَعُ الْمَوْتَى...﴾.
سورة الروم		
4	جزء من الآية 19	24. ﴿... وَيُخَبِّرِي الْأَرْضَ بَعْدَ مَوْتِهَا...﴾.
سورة الأحزاب		
33	32	25. ﴿يَا نِسَاءَ النَّبِيِّ لَسْتُنَّ كَأَحَدٍ مِنَ النِّسَاءِ إِنْ اتَّقَيْتُنَّ فَلَا تَخْضَعْنَ بِالْقَوْلِ فَيَطْمَعَ الَّذِي فِي قَلْبِهِ مَرَضٌ وَقَلْنَ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾.
130	جزء من الآية 49	26. ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا...﴾.
سورة الزمر		
4	42	27. ﴿اللَّهُ يَتَوَفَّى الْأَنْفُسَ حِينَ مَوْتِهَا وَالَّتِي لَمْ تَمُتْ فِي مَنَامِهَا فَيُمْسِكُ الَّتِي قَضَى عَلَيْهَا الْمَوْتَ وَيُرْسِلُ الْأُخْرَى إِلَى أَجَلٍ مُسْمًى إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يُتَفَكَّرُونَ﴾.
سورة الأحقاف		
47، 46	جزء من الآية 15	28. ﴿... وَحَمَلُهُ وَقِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا...﴾.

سورة الطلاق

148	جزء من الآية 1	﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ... ﴾.	29.
سورة الملك			
5	جزء من الآية 2	﴿ الَّذِي خَلَقَ الْمَوْتَ وَالْحَيَاةَ... ﴾.	30.

ثانياً : فهرس الأحاديث النبوية

رقم	الحديث	الصفحة
1.	" أتردين عليه حديقته " .	178
2.	" إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلاث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم " .	100
3.	" إن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعا بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم أثلاثاً تم اقترع بينهم، فأعتق اثنين وأرق أربعة وقال له قولاً شديداً " .	100
4.	" إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس " .	مش 99 ، 110 ، 111
5.	" البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فإن صدقا وبينا بورك لهم في بيعهما ، وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما " .	58
6.	" تزوجوا الولود الودود فإنني مكاتر بكم الأمم يوم القيامة " .	131
7.	" على اليد ما أخذت حتى تؤديه " .	117
8.	" لا وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة " .	106 ، 91 ، 84
9.	" لا وصية لوارث ولا إقرار له بدين " .	117
10.	" ما أحلَّ الله شيئاً أبغضَ إليه من الطلاقِ " .	148
11.	" والذي نفسي بيده لأقضين بينكما بكتاب الله: المائة والخادم رد عليك، وعلى ابنك جلد مائة وتعريب عام، ويا أنيس اغدو على امرأة هذا فسلها، فإن اعترفت فارجمها " .	113
12.	" يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر، وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فليصم فإنه له وجاء " .	131
13.	" يا نساء المسلمات لا تحقرنَّ جارةً لجاتها ولو فرسنَ شاة " .	92

ثالثاً : فهرس الأعلام

أولاً : فهرس الأعلام من الرجال :

رقم	الاسم	الصفحة
1.	الاسييجابي السمرقندي؛ علي بن محمد بن إسماعيل بن إسحاق .	41
2.	إبراهيم بن حسن بن إسحاق التونسي .	90
3.	إبراهيم بن علي بن يوسف بن عبد الله الشيرازي .	ك
4.	ابن الأعرابي؛ أبو عبد الله محمد بن زياد بن الأعرابي الهاشمي .	3
5.	ابن أبي شبرمة؛ عبد الله بن شبرمة بن طفيل بن حسان الضبي .	133
6.	ابن أبي ليلي؛ محمد بن عبد الرحمن .	83
7.	ابن الحاجب؛ أبو عمرو عثمان أبو عمرو بن أبي بكر .	8
8.	ابن عابدين؛ محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز .	7
9.	ابن الصباغ، أبو نصر عبد السيد محمد بن عبد الواحد البغدادي .	46
10.	ابن كثير، إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري .	32
11.	أبو إبراهيم إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل بن عمرو بن مسلم .	س
12.	أبو إسحاق؛ سليمان بن أبي سليمان فيروز .	135
13.	أبو الحسن التميمي، عبد العزيز بن الحارث بن أسد .	126
14.	أبو الخطاب؛ محفوظ بن أحمد بن حسن العراقي .	60
15.	أبو العباس؛ عبد الله بن العباس بن عبد المطلب بن قصي القرشي .	32
16.	أبو الطيب؛ طاهر بن عبد الله بن طاهر بن عمر الطبري .	46
17.	أبو الفضل؛ صالح أحمد بن حنبل .	ل
18.	أبو الليث السمرقندي؛ نصر بن محمد بن أحمد بن إبراهيم .	7
19.	أبو بكر أحمد بن هارون الخلال .	ل
20.	أبو بكر محمد بن سيرين .	87
21.	أبو ثور؛ إبراهيم بن خالد الكلبي .	ط

و	أبو حنيفة؛ النعمان بن ثابت	22.
161	أبو حبيب؛ عبد الله بن الزبير بن العوام بن خويلد .	23.
ل	أبو عبد الرحمن؛ عبد الله أحمد بن حنبل.	24.
162	أبو عبد الرحمن، عبد الله بن عمر بن الخطاب.	25.
87	أبو عبد الرحمن طاووس بن كيسان اليماني.	26.
ك	أبو عبد الله، أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني.	27.
ح	أبو عبد الله، عبد الرحمن بن القاسم العتقي.	28.
ز	أبو عبد الله، محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني .	29.
ي	أبو عبد الله، محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع.	30.
85	أبو عمرو عبد الرحمن بن عمرو بن يحمذ الأوزاعي.	31.
134	أبو سليمان داود بن علي بن خلف البغدادي .	32.
109	أبو موسى الأشعري؛ عبد الله بن قيس بن سليم.	33.
157	أبي بن كعب بن قيس بن عبيد بن مالك .	34.
161	أبي مليكة، عبد الله بن عبيد الله بن أبي مليكة بن تيم بن مرة.	35.
92	أبو هريرة؛ عبد الرحمن بن صخر.	36.
12	أحمد إبراهيم بك.	37.
51	أحمد أبو الفتح بن حسين أبي الفتح.	38.
109	إسحاق بن إبراهيم بن مخلد الحنظلي.	39.
33	إسماعيل بن عبد الرحمن بن أبي كريمة.	40.
115	أشهب بن عبد العزيز بن داود بن إبراهيم أبو عمر القيسي .	41.
113	أنيس بن مرثد بن أبي مرثد الغنوي.	42.
157	البارقي؛ ابن أبي الجعد البارقي .	43.
178	ثابت بن قيس بن شماس بن زهير .	44.
87	الثوري، سفيان بن سعيد بن مسروق .	45.
6	الحسن بن زياد اللؤلؤي الكوفي .	46.
136	الحسن البصري؛ أبو سعيد الحسن بن أبي الحسن البصري.	47.

85	حماد بن أبي سليمان مولي إبراهيم بن أبي موسى الأشعري.	48.
ل	الخرقي، أبو القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله .	49.
ي	الربيع بن سليمان بن عبد الجبار بن كامل المرادي .	50.
ح	الزهري، محمد بن مسلم بن شهاب.	51.
113	زيد بن خالد الجهني .	52.
ط	سحنون؛ عبد السلام بن سعيد سحنون بن سعيد بن حبيب التتوخي.	53.
ز	السرخسي؛ أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل.	54.
162	سعيد بن أبي عروبة.	55.
23	سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي .	56.
3	سيبويه؛ عمرو بن عثمان بن قنبر .	57.
87	شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي .	58.
135	الشعبي، أبو عمرو عامر بن شراحبيل الهمداني الكوفي .	59.
8	ضياء الدين خليل بن إسحاق بن موسى .	60.
126	الطرطوشي، محمد بن الوليد بن محمد بن أيوب الفهري .	61.
32	عبد الرحمن بن زيد بن أسلم القرشي .	62.
135	عبد الرحمن بن عبد الله بن عثمان.	63.
157	عبد الرحمن بن عوف بن عبد عوف بن كلاب بن مرة القرشي.	64.
46	عبد الرحمن بن مأمون بن علي .	65.
51	عبد الرزاق أحمد السنهوري.	66.
ح	عبد الله أبو محمد بن وهب بن مسلم القرشي .	67.
150	عبد الله بن أبي قحافة عثمان بن عامر بن تيم .	68.
ل	عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة.	69.
87	عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب بن تميم .	70.
137	عبد الله بن نجم بن شاس.	71.
135	عبد الملك بن مروان بن الحكم بن أبي العاص بن أمية .	72.
85	عبد الملك بن يعلى البصري.	73.

109	عبيدة بن عمرو السلماني المرادي الهمداني .	.74
85	عطاء بن أسلم أبي رباح .	.75
140	علي بن أحمد بن سعيد بن حزم.	.76
33	عكرمة بن عبد الله مولي عبد الله بن عباس.	.77
100	عمران بن حصين بن عبيد بن خلف الخزاعي الكعبي.	.78
134	عمر بن الخطاب بن نفيل بن عدي بن كعب بن لؤي القرشي.	.79
7	عمر بن عبد العزيز بن عمر بن مازة.	.80
135	عمرو بن دينار.	.81
35	القاضي أبو يعلى، محمد بن الحسين بن أحمد البغدادي الحنبلي.	.82
50	القاسم بن محمد بن علي الشاشي.	.83
33	قتادة؛ أبو الخطاب قتادة بن دعامة بن قتادة بن السدوسي البصري.	.84
135	قدامة بن مظعون بن حبيب بن جمح القرشي.	.85
ط	القرافي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن أبي العلاء إدريس بن عبد الرحمن.	.86
ز	الكاساني؛ علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد.	.87
6	الكرخي؛ أبو الحسن عبيد الله بن الحسين بن دلال بن دلهم.	.88
137	الللخمي؛ علي أبو الحسن بن محمد الربعي .	.89
9	الماوردي؛ أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب .	.90
ح	مالك بن أنس بن مالك الاصبحي.	.91
87	محمد بن إبراهيم بن المنذر نيسابوري.	.92
ز	محمد بن أحمد بن أبي أحمد أبو منصور السمرقندي.	.93
ز	محمد بن أحمد بن عبد الله بن عبد المجيد بن إسماعيل المروزي.	.94
115	محمد بن عبد الله بن عبد الحكم .	.95
8	محمد بن علي عمر التميمي المازري .	.96
7	محمد بن محمد بن محمد السرخسي.	.97
ز	زفر؛ ابن الهذيل بن قيس العنبري البصري الكوفي.	.98
134	معاذ بن جبل بن عمرو بن أوس الأنصاري الخزرجي.	.99

ح	100.	نافع المدني أبو عبد الله مولي عبد الله بن عمر بن الخطاب.
164	101.	النخعي؛ إبراهيم بن يزيد بن الأسود بن مالك.
158	102.	هشام بن هبيرة الضبي .
135	103.	هشام بن عروة بن الزبير بن العوام بن خويلد بن أسد.
ز	104.	يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن سعد بن معاوية الأنصاري.

ثانياً: فهرس الأعلام من النساء:

157	1.	تماضر بنت الأصبع عمرو بن ثعلبة بن حضر بن ضمضم .
178	2.	جميلة بنت أبي سلول.
148	3.	حفصة بنت عمر بن الخطاب
157	4.	الخنساء تماضر بنت عمرو بن الشريد بن امرئ القيس.
158	5.	عائشة بنت أبي بكر الصديق.

رابعاً : فهرس المصادر والمراجع

القرآن الكريم .	
أولاً: كتب تفسير القرآن الكريم :	
1.	أحكام القرآن، أحمد بن علي الرازي الجصاص، تحقيق: محمد الصادق قماوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (بدون تاريخ).
2.	الجامع لأحكام القرآن، أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، دار الشعب، القاهرة، (بدون تاريخ).
3.	مختصر بن كثير، محمد علي الصابوني، دار القرآن الكريم، المملكة العربية السعودية.
ثانياً : كتب السنة وشروحها:	
4.	التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، لأبي عمر بن عبد الله بن عبد البر النمري، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي ومحمد بن عبد الكبير البكري، المغرب، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، تاريخ الطبع 1387هـ.
5.	الجامع الصحيح المختصر، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري، تحقيق: مصطفى ديب البغا، الطبعة الثالثة، دار ابن كثير، بيروت، تاريخ الطبع 1407هـ .
6.	خلاصة البدر المنير في تخريج كتاب الشرح الكبير للرافعي، عمر بن علي بن الملقن الأنصاري، تحقيق: حمدي عبد المجيد إسماعيل السلفي، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد، الرياض، 1410هـ.
7.	الكتاب المنصف في الأحاديث والآثار، أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبه الكوفي، تحقيق: كمال يوسف الحوت، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد، الرياض، تاريخ الطبع 1409 هـ .
8.	سبل السلام، محمد بن إسماعيل الصنعاني، تحقيق: محمد عبد العزيز الخولي، الطبعة الرابعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، تاريخ الطبع 1379 هـ .
9.	سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر، بيروت، (بدون تاريخ).
10.	سنن البيهقي الكبرى، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى البيهقي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، تاريخ الطبع 1414هـ.
11.	سنن الدارقطني، علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي، تحقيق: السيد عبدالله هاشم يماني المدني، دار المعرفة، بيروت، تاريخ الطبع 1966 م .
12.	سنن سعيد بن منصور، سعيد بن منصور الخرساني، تحقيق: حبيب الرحمن الاعظمي، الطبعة الأولى، دار السلفية، الهند، تاريخ الطبع 1403هـ.

13.	سنن النسائي الكبرى، أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، تحقيق: د. عبدالغفار سليمان البنداري و سيد كسروي حسن، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، تاريخ الطبع 1991م.
14.	شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، محمد بن عبدالباقي بن يوسف الزرقاني، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، تاريخ الطبع 1411هـ.
15.	شرح صحيح مسلم، الإمام أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، المكتبة التوفيقية، مصر، (بدون تاريخ).
16.	صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (بدون تاريخ).
17.	مجمع الزوائد لعلي بن أبي بكر الهيثمي، دار الريان، بيروت، تاريخ الطبع 1407 هـ.
18.	المستدرک علی الصحیحین، محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، تاريخ الطبع 1411هـ .
19.	مسند الشافعي، أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، (بدون تاريخ).
20.	مصنف عبد الرزاق، أبوبكر عبد الرزاق بن همام الصنعائي، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، الطبعة الثانية، المكتب الإسلامي، بيروت، تاريخ الطبع 1403 هـ .
21.	معرفة السنن والآثار عن الإمام عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، أبوبكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو أحمد البيهقي الخسروجدي، تحقيق: سيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، بيروت، (بدون تاريخ).
22.	موطأ، الإمام مالك بن أنس، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، مصر (بدون تاريخ).
23.	نصب الراية، عبد الله بن يوسف الحنفي الزيلعي، تحقيق: محمد يوسف البنوري، دار الحديث، مصر، تاريخ الطبع 1357 هـ .
24.	نيل الأوطار، محمد بن علي بن محمد الشوكاني، دار الجيل، بيروت، تاريخ الطبع 1973م.
ثالثاً : كتب اللغة والمصطلحات:	
25.	التعريفات، العلامة علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، تحقيق: الدكتور عبد المنعم الحفني ، دار الرشد للنشر والتوزيع، القاهرة، (بدون تاريخ).
26.	التوقيف على مهمات التعاريف، محمد عبد الرؤوف المناوي، تحقيق: د. محمد رضوان الدايدة، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، تاريخ الطبع 1410 هـ.
27.	الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، محمد بن أحمد بن الأزهر الهروي، تحقيق: محمد جبر الألفي، الطبعة الأولى، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، تاريخ الطبع 1399هـ .

28.	لسان العرب، محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي، الطبعة الأولى، دار صادر، بيروت، (بدون تاريخ).
29.	مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، تحقيق: محمود خاطر، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، تاريخ الطبع 1995 م .
30.	مختار القاموس، الطاهر أحمد الزاوي، الطبعة الثانية،الدار العربية للكتاب، لبيبا، تاريخ الطبع1977م
31.	المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المكتبة العلمية، بيروت، (بدون تاريخ).
32.	المطلع على أبواب المقنع، محمد بن أبي الفتح البعلبي الحنبلي أبو عبدالله، تحقيق: محمد بشير الأدلبي، المكتب الإسلامي، بيروت، تاريخ الطبع 1981 م.
33.	المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بجمهورية مصر العربية، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، مصر، تاريخ الطبع 2004 م .
34.	المغرب في ترتيب المعرب، أبو الفتح ناصر الدين بن عبد السيد بن علي بن المطرز، تحقيق:محمود فاخوري وعبد الحميد مختار، الطبعة الأولى، مكتبة أسامة بن زيد، حلب، تاريخ الطبع 1979م.
رابعاً : كتب أصول الفقه:	
35.	أصول البزدوي كنز الوصول إلى معرفة الأصول، علي بن محمد البزدوي الحنفي، مطبعة جاويد بريس، كراتشي، (بدون تاريخ).
36.	أصول الفقه الإسلامي، زكي الدين شعبان، منشورات جامعة بنغازي كلية الحقوق، الطبعة الثالثة، دار القلم، بيروت، تاريخ الطبع 1974 م .
37.	أصول الفقه، ا.د.سليمان الجروشي، منشورات جامعة قاريونس، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، بيروت، تاريخ الطبع 2002 م .
38.	التقرير والتحرير في علم الأصول، ابن الأمير الحاج، دار الفكر، بيروت، تاريخ الطبع 1417هـ.
39.	التوضيح في حل غوامض التتقيح، عبيد الله بن مسعود المحبوبي البخاري الحنفي، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، تاريخ الطبع 1416 هـ.
40.	تيسير التحرير على كتاب التحرير لكمال بن الهمام، محمد أمين المعروف بأمير بادشاه، دار الفكر، بيروت، (بدون تاريخ).
41.	شرح التلويح على التوضيح لمتن التتقيح في أصول الفقه، عبيد الله بن مسعود المحبوبي البخاري الحنفي، دار الكتب العلمية، بيروت، (بدون تاريخ).

42.	كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام علي بن محمد البزدوي، علاء الدين بن عبد العزيز بن أحمد البخاري، تحقيق: عبدالله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، تاريخ الطبع 1418هـ.
خامساً: كتب الفقه :	
أ- الفقه الحنفي :	
43.	الآثار، أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني، دار الكتب العلمية، بيروت، تاريخ الطبع 1355هـ .
44.	الاختيار لتعليل المختار، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، خرج أحاديثه وضبطه وعلق عليه: خالد عبد الرحمن العكك، الطبعة الثالثة، دار المعرفة، بيروت، تاريخ الطبع 1425هـ .
45.	البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن محمد بن بكر بن نجيم الحنفي، دار المعرفة، بيروت، (بدون تاريخ) .
46.	بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، الطبعة الثانية، دار الكتاب العربي، بيروت، تاريخ الطبع 1982 م .
47.	تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، تاريخ الطبع 1313هـ .
48.	تحفة الفقهاء، علاء الدين السمرقندي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، تاريخ الطبع 1405هـ .
49.	حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، محمد بن عبد العزيز ابن عابدين، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، تاريخ الطبع 1421هـ .
50.	الحجة على أهل المدينة لأبي عبدالله محمد بن حسن الشيباني، تحقيق: مهدي حسن الكيلاني القادري، الطبعة الثالثة، عالم الكتب، بيروت، تاريخ الطبع 1403هـ .
51.	درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، تعريب المحامي فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت، (بدون تاريخ) .
52.	الدر المختار شرح تنوير الأبصار، محمد ابن علي بن محمد الحصكفي، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، تاريخ الطبع 1386 هـ .
53.	شرح فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، (بدون تاريخ) .
54.	شرح مجلة الأحكام العدلية، سليم رستم باز لبناني، الطبعة الثالثة، طبع بإجازة نظارة المعارف الجليلة في الأستانة العليا، العدد 450 (بدون تاريخ) .

55.	الغرة المنيفة في تحقيق بعض مسائل الإمام أبي حنيفة، أبي حفص عمر الغزنوي الحنفي، قدم له وعلق عليه: محمد زاهد بن الحسن الكوثري، مكتبة الإمام أبي حنيفة، بيروت، (بدون تاريخ).
56.	الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة، الشيخ نظام الدين البلخي وجماعة من علماء الهند، دار الفكر، بيروت، تاريخ الطبع 1411هـ .
57.	المبسوط، شمس الدين محمد بن أبي سهل السرخسي، دار المعرفة، بيروت، (بدون تاريخ).
58.	مجلة الأحكام العدلية، جمعية المجلة، تحقيق: نجيب هواويني، كارخانه تجارت كتب، (بدون تاريخ).
59.	مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، عبدالرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي المدعو بشيخي زاده، خرج آياته وأحاديثه: خليل عمران المنصور، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، تاريخ الطبع 1419 هـ .
60.	النتف في الفتاوى " فتاوى السغدي " أبي الحسن علي بن الحسين بن محمد السعدي، تحقيق: د. صلاح الدين الناهي، الطبعة الثانية، دار الفرقان، مؤسسة الرسالة، عمان - بيروت، تاريخ الطبع 1404هـ .
61.	الهداية شرح بداية المبتدي، أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني، المكتبة الإسلامية، تركيا، (بدون تاريخ).
ب- كتب الفقه المالكي:	
62.	الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، أبو عمر بن عبدالله بن عبد البر النمري القرطبي، تحقيق: سالم محمد عطا ومحمد علي معوض، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، تاريخ الطبع 2000 م
63.	بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي، دار الفكر، بيروت، (بدون تاريخ).
64.	التاج والإكليل في شرح مختصر خليل، أبو عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، تاريخ الطبع 1398هـ .
65.	التلقيب في الفقه المالكي، عبد الوهاب بن علي بن نصر المالكي، تحقيق: محمد ثالث سعيد العاني، الطبعة الأولى، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، تاريخ الطبع 1415هـ .
66.	الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، صالح عبد السميع الأبوي الأزهرري، المكتبة الثقافية، بيروت، (بدون تاريخ).
67.	حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل، أبو عبد الله محمد الخرشي المالكي، دار الفكر، بيروت، (بدون تاريخ).

68.	حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن عرفه الدسوقي، تحقيق: محمد عيش، دار الفكر، بيروت، (بدون تاريخ).
69.	حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرياني، على الصعيدي العدوي المالكي، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، تاريخ الطبع 1412 هـ .
70.	جامع الأمهات، الفقيه جمال الدين بن عمر ابن الحاجب المالكي، الطبعة الأولى، تحقيق: أبو عبد الرحمن الأخضر الأخضر، دار اليمامة، بيروت، تاريخ الطبع 1998 م.
71.	الذخيرة، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، تاريخ الطبع 1994 م.
72.	رسالة ابن أبي زيد القيرواني، أبو محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، بيروت.
73.	الشرح الكبير، أحمد الدردير أبو البركات، تحقيق: محمد عيش، دار الفكر، بيروت، (بدون تاريخ).
74.	شرح ميارة، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن الفاسي ميارة، تحقيق: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، تاريخ الطبع 1420 هـ .
75.	الفروق، شهاب الدين أبو العباس الصنهاجي المشهور القرقي، تحقيق: عبد الحميد هندوي، المكتبة العصرية، بيروت، تاريخ الطبع 1424 هـ .
76.	الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفرأوي المالكي، دار الفكر، بيروت، تاريخ الطبع 1415 هـ.
77.	القوانين الفقهية، محمد بن أحمد بن محمد بن جزي الكلبي، دار المعرفة، بيروت، (بدون تاريخ).
78.	الكافي في فقه أهل المدينة، أبو عمر بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، تاريخ الطبع 1407 هـ .
79.	كفاية الطالب الرياني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني، أبو الحسن المالكي، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، تاريخ الطبع 1412 هـ .
80.	المدونة الكبرى، مالك بن أنس الأصبحي، دار صادر، بيروت، (بدون تاريخ).
81.	منح الجليل شرح على مختصر خليل، محمد بن أحمد بن محمد عيش، دار الفكر، بيروت، تاريخ الطبع 1409 هـ.
82.	مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، أبو عبد الله محمد بن محمد عبد الرحمن الحطاب المغربي، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، تاريخ الطبع 1398 هـ.
83.	النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، أبو محمد بن عبد الله بن عبد الرحمن بن زيد القيرواني، تحقيق: محمد الأمين بوخبزة، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، تاريخ الطبع 1999 م .

ج- الفقه الشافعي :	
84.	أسنى المطالب شرح روض الطالب، أبو يحيى زكريا بن محمد الأنصاري، المكتبة الإسلامية، تركيا، (بدون تاريخ).
85.	الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، محمد بن أحمد الشربيني الخطيب، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات بدار الفكر، دار الفكر، بيروت، تاريخ الطبع 1415هـ.
86.	الأم، أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الطبعة الثانية، دار المعرفة، بيروت، تاريخ الطبع 1393هـ.
87.	التبويه في الفقه الشافعي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي الشيرازي، تحقيق: عماد الدين محمد حيدر، الطبعة الأولى، عالم الكتب، بيروت، تاريخ الطبع 1403هـ.
88.	حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قررة العين بمهمات الدين، أبو بكر ابن السيد محمد شطا الدمياطي، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، (بدون تاريخ).
89.	حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب، سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي، المكتبة الإسلامية، تركيا، (بدون تاريخ).
90.	روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، الطبعة الثانية، المكتب الإسلامي، بيروت، تاريخ الطبع 1405هـ.
91.	السراج الوهاج على متن المنهاج، محمد الزهري الغمراوي، دار المعرفة، بيروت، (بدون تاريخ).
92.	الفتاوي الفقهية الكبرى، ابن حجر الهيتمي، دار الفكر، بيروت، (بدون تاريخ).
93.	فتح المعين بشرح قررة العين، زين الدين بن عبد العزيز المليباري، دار الفكر، بيروت، (بدون تاريخ).
94.	فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، أبو يحيى زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، تاريخ الطبع 1418 هـ.
95.	مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، دار الفكر، بيروت، (بدون تاريخ).
96.	المهذب في فقه الإمام الشافعي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي الشيرازي، تحقيق: صدقي محمد جميل العطار، دار الفكر، بيروت، تاريخ الطبع 1999 م .
97.	نهاية الزين في إرشاد المبتدئين، أبو عبد المعطي محمد بن عمر بن علي الجاوي، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، (بدون تاريخ).
98.	نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير، دار الفكر، بيروت، تاريخ الطبع 1404هـ.

99.	الوسيط في المذهب، أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، الطبعة الأولى، دار السلام، القاهرة، تاريخ الطبع 1417 هـ.
د - كتب الفقه الحنبلي :	
100.	الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرادوي، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (بدون تاريخ).
101.	دليل الطالب على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مرعي يوسف الحنبلي، الطبعة الثانية، المكتب الإسلامي، بيروت، تاريخ الطبع 1389 هـ.
102.	الروض المربع شرح زاد المستتقع، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، تاريخ الطبع 1390 هـ .
103.	زاد المستتقع، موسى بن أحمد بن سالم المقدسي أبو النجا، تحقيق: علي محمد عبد العزيز الهندي، مكتبة النهضة الحديثة، مكة المكرمة، (بدون تاريخ).
104.	شرح الزركشي على مختصر الخرقى، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي، قدم له ووضع حواشيه: عبد المنعم خليل إبراهيم، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، تاريخ الطبع 1423 هـ.
105.	شرح منتهى الإرادات المسمى أولى النهي لشرح المنتهى، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، الطبعة الثانية، عالم الكتب، بيروت، تاريخ الطبع 1996 م .
106.	عمدة الفقه، عبد الله بن أحمد بن قدامه المقدسي، تحقيق: عبد الله سفر العبدلي و محمود غيليب العتيبي، مكتبة الطرفين، الطائف، (بدون تاريخ).
107.	الفتاوى الكبرى، أحمد عبد الحلیم بن تيمية الحراني، تحقيق: حسنين محمد مخلوف، دار المعرفة، بيروت، (بدون تاريخ).
108.	الفروع وتصحيح الفروع، أبي عبد الله محمد بن مفلح بن محمد المقدسي، تحقيق: أبو الزهراء حازم القاضي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، تاريخ الطبع 1418 هـ .
109.	الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامه المقدسي، الطبعة الثانية، المكتب الإسلامي، بيروت، تاريخ الطبع 1399 هـ.
110.	كشاف القناع على متن الإقناع، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، تحقيق: هلال مصيلحي مصطفى هلال، دار الفكر، بيروت، تاريخ الطبع 1402 هـ.
111.	المبدع في شرح المقنع، أبي إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح، المكتب الإسلامي، بيروت، تاريخ الطبع 1400 هـ .

112	المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن تيمية الحرائي، الطبعة الثانية، مكتبة المعارف، الرياض، تاريخ الطبع 1404 هـ .
113	مختصر الفتاوى المصرية، بدر الدين أبو عبد الله محمد بن علي الحنبلي البعلبي، تحقيق: محمد حامد الفقي، الطبعة الثانية، دار ابن القيم، السعودية، تاريخ الطبع 1406 هـ .
114	مسائل أحمد بن حنبل رواية ابن أبي الفضل صالح، الدار العلمية، الهند، تاريخ الطبع 1408 هـ .
115	مسائل أحمد بن حنبل رواية ابنه عبد الله، عبد الله أحمد بن حنبل، تحقيق: زهير الشاويش، الطبعة الأولى، المكتب الإسلامي، بيروت، تاريخ الطبع 1401 هـ .
116	مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهى، مصطفى السيوطي الرحباني، المكتب الإسلامي، دمشق، تاريخ الطبع 1961 م .
117	المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، تاريخ الطبع 1405 هـ .
118	منار السبيل في شرح الدليل، إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان، تحقيق: عصام القلعجي، الطبعة الثانية، مكتبة المعارف، الرياض، تاريخ الطبع 1405 هـ .
119	النكت والفوائد السنوية على مشكل المحرر، أبو إسحاق إبراهيم بن عبد الله بن مفلح الحنبلي، الطبعة الثانية، مكتبة المعارف، الرياض، تاريخ الطبع 1404 هـ .
هـ - الفقه الظاهري :	
120	المحلى، علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، تحقيق: لجنة أحياء التراث العربي، دار الآفاق الجديدة، بيروت، (بدون تاريخ) .
و - الفقه الشيعي الإمامي :	
121	أحكام الشريعة العبادات والمعاملات، المرجع الديني محمد حسين فضل الله، الطبعة الثالثة، دار الملاك، بيروت، تاريخ الطبع 2006 م .
ز - كتب الإباضية :	
122	مشارك أنوار العقول، عبد الله بن حميد السالمي، تحقيق: عبد الرحمن عميرة، الطبعة الأولى، بيروت .
سادساً : الكتب الحديثة :	
123	الأحوال الشخصية، الإمام محمد أبو زهرة، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، مصر، تاريخ الطبع 1957 م .
124	الأحوال الشخصية، د. محمد جواد مغنية، دار العلم للملايين، بيروت، (بدون تاريخ) .

125	الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي مع بيان ما عليه العمل في محاكم الكويت، د. أحمد الغندور، منشورات كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، تاريخ الطبع 1972م.
126	أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، د. عبد الرحمن تاج، دار الكتاب العربي، مصر، تاريخ الطبع 1955 م.
127	أحكام التركات في ضوء الفقه والقضاء، د عبد الحميد الشوربي، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، تاريخ الطبع 1990 م .
128	أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، مصطفى بن العدوي، الطبعة الأولى، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، تاريخ الطبع 1988 م .
129	أصول المرافعات المدنية والتجارية، أحمد الجندي وحسين بن سليمة، الطبعة الأولى، مطبعة شركة أوربيس، تونس، تاريخ الطبع 2001 م .
130	الالتزامات في الشرع الإسلامي، أحمد إبراهيم بك، دار الأنصار، القاهرة، تاريخ الطبع 1944م.
131	التبسيط في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الرابع العقود المسماة البيع والإيجار، د.محمود جلال حمزة، الطبعة الأولى، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، تاريخ الطبع 2005 م.
132	الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، خليفة أحمد العقيلي، الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، بنغازي، تاريخ الطبع 1990 م
133	جامع أحكام النساء، د.مصطفى العدوي، الطبعة الأولى، دار السنة، السعودية، تاريخ الطبع 1992 م
134	دراسات الشريعة الإسلامية، عبد الجليل القرناشي، مطابع الشروق، منشورات جامعة قاريونس، بيروت، 1973م.
135	دروس في العقود المسماة، البيع والتأمين، د.عبد الودود يحيى، دار النهضة العربية، مصر، تاريخ الطبع 1978 م.
136	شرح القانون المدني، حقوق البيع والحوالة والمقايضة في التقنين القديم والجديد، الأستاذ أحمد نجيب الهلالي، الأستاذ حامد زكي، الطبعة الثالثة، مطبعة الفجالة الجديدة، مصر، تاريخ الطبع 1954م.
137	شرح القانون المدني الحقوق العينية الأصلية، أسباب كسب الملكية (الوصية وتصرفات المريض مرض الموت)، د. محمد كامل مرسي باشا، منشأة المعارف، الإسكندرية، تاريخ الطبع 2005 م .
138	شرح القانون المدني الليبي الحقوق العينية الأصلية والتبعية، د.علي علي سليمان، منشورات الجامعات الليبية، دار صادر، بيروت، (بدون تاريخ).
139	عقد البيع في التشريع الليبي، فايز أحمد عبد الرحمن، دار المطبوعات الجامعية، مصر، تاريخ الطبع 2006 م .
140	عقد البيع في القانون المدني، د. عبد المنعم البدر اوي، مطابع الكتاب، مصر، تاريخ الطبع 1960 م.

141	العقود المسماة، البيع والإيجار، د.علي هادي العبيدي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، تاريخ الطبع 2004 م .
142	العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني، د.محمد يوسف الزعبي، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، تاريخ الطبع 2004 م.
143	العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني، د.وهبة الزحيلي، الطبعة الخامسة، دار الفكر، سوريا، تاريخ الطبع 2005 م.
144	الفقه الإسلامي وأدلته، د.وهبة الزحيلي، الطبعة الثانية، دمشق، دار الفكر، تاريخ الطبع 1985 م.
145	قانون مدني العقود الخاصة، البيع، د.عبدالله الأحمد، مطبعة الوفاء، تونس، تاريخ الطبع 1997 م.
146	محاضرات في عقد الزواج وآثاره، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، القاهرة، (بدون تاريخ).
147	المدخل الفقهي العام، د.مصطفى أحمد الزرقاء، الطبعة الثانية، دار القلم، دمشق، تاريخ الطبع 2004 م .
148	المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، د. محمد مصطفى شلبي، دار النهضة العربية، بيروت، تاريخ الطبع 1981م.
149	مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، د.عبد الرحمن الصابوني، مطبعة جامعة دمشق، سوريا، (بدون تاريخ).
150	مطول القانون المدني في عقد البيع، د. محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، تاريخ الطبع 2003 م.
151	المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية، د. أحمد أبو الفتح، الطبعة الثانية، مطبعة النهضة، مصر، تاريخ الطبع 1922 م.
152	الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، د.أحمد فرج حسين، الدار الجامعية، مصر، (بدون تاريخ).
153	الموجز في العقود المسماة، الجزء الأول البيع، د.أنور سلطان و د.جلال العدوي، مصر، دار المعارف، تاريخ الطبع 1963 م.
154	الوجيز في أحكام عقد البيع في القانون المدني اليمني، د.قائد سعيد الثريب، الطبعة الأولى، دار إقرأ للنشر والتوزيع، تاريخ الطبع 1996 م.
155	الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية - دراسة مقارنة- ، د.علي هادي العبيدي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، تاريخ الطبع 2000 م .
156	الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، المجلد الأول، عقد البيع، د.سليمان مرقس، الطبعة الخامسة، مطبعة السلام بشبرا، مصر، تاريخ الطبع 1990 م.

157	الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول البيع والمقايضة، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مطابع دار النشر بالجامعات المصرية، علاء الدين الشيتي وشركاؤه، القاهرة، تاريخ الطبع 1960 م.
158	الموسوعة الميسرة الفقهية للطلاق، محمد إبراهيم الحفناوي، مصر، (بدون تاريخ).
159	المواريث والهبة والوصية، د. كمال حمدي، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، تاريخ الطبع 1998 م.
160	نظرية العقد الموقوف في القانون المدني دراسة موازنة بالفقه الإسلامي، المحامي صلاح الدين محمد شوشاري، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، تاريخ الطبع 2001 م.
161	نظرية الفقه في الإسلام، د. محمد كمال الدين إمام، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، بيروت، تاريخ الطبع 1998 م.
سابعاً: كتب التراجم والطبقات:	
162	أسد الغابة في معرفة الصحابة، عز الدين ابن الأثير أبي الحسن علي بن محمد الجزري، تحقيق وتعليق: الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية، بيروت، تاريخ الطبع 2008 م.
163	الإصابة في تمييز الصحابة، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، تحقيق: علي محمد البجاوي، الطبعة الأولى، دار الجيل، بيروت، تاريخ الطبع 1412 هـ .
164	الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين، خير الدين الزركلي، الطبعة الثامنة، بيروت، دار الملايين، تاريخ الطبع 1989 م .
165	الانتقاء في فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء، أبو عمر يوسف عبد البر النمري القرطبي، دار الكتب العلمية، بيروت، (بدون تاريخ).
166	تهذيب التهذيب، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، تاريخ الطبع 1984 م.
167	الديباج المذهب، إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون اليعمري المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت، (بدون تاريخ).
168	صفة الصفوة، عبدالرحمن بن علي بن محمد أبو الفرج، تحقيق: محمود فاخوري و د. محمد رواس قلعجي، الطبعة الثانية، دار المعرفة، بيروت، تاريخ الطبع 1979 م .
169	طبقات الحنابلة، محمد بن أبي يعلى، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار المعرفة، بيروت، (بدون تاريخ).
170	طبقات الحنفية، عبد القادر بن أبي الوفاء القرشي، دار مير محمد كتبه خانه كراتشي، (بدون تاريخ).

171	طبقات الشافعية، أبو بكر بن أحمد بن محمد بن عمر بن قاضي شعبة، الطبعة الأولى، تحقيق: حافظ عبدالعليم خان، عالم الكتب، بيروت، تاريخ الطبع 1404 هـ .
172	طبقات الشافعية الكبرى، تاج الدين بن علي بن عبد الكافي السبكي، تحقيق: محمود محمد الطناحي ود. عبد الفتاح محمد الحلو، الطبعة الثانية، دار هجر للطباعة والنشر، تاريخ الطبع 1413 هـ .
173	طبقات الفقهاء، إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبو إسحاق، تحقيق خليل الميس، بيروت، دار القلم، (بدون تاريخ).
174	الطبقات الكبرى، محمد بن سعد بن منيع البصري الزهري، دار صادر، بيروت، (بدون تاريخ).
175	طبقات المحدثين بأصبهان، عبدالله بن محمد بن جعفر بن حيان أبو جابر الأنصاري، تحقيق: عبدالغفور عبدالحق حسين البلوشي، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، بيروت، (بدون تاريخ).
176	طبقات المفسرين أحمد بن محمد الأندروي، الطبعة الأولى، تحقيق سليمان بن صالح الخزي، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، تاريخ الطبع 1997 م .
177	المجروحين، أبو حاتم محمد بن حبان البستي، تحقيق: محمد إبراهيم زايد، دار السوعي، حلب، (بدون تاريخ).
ثامناً : الموسوعات :	
178	مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في عقد البيع خلال ثمانية وخمسين عاماً 1931-1988 م، المستشار أحمد شعله، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر .
179	نشرية محكمة التعقيب التونسية، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية .
180	الموسوعة القانونية المتكاملة "الجامع القانوني" حزمة إلكترونية قانونية حديثة محملة على CD، شركة أليكس سوفت للبرمجيات والكمبيوتر، الإسكندرية، الإصدار السادس 2002 م .
تاسعاً : بحوث ودوريات :	
181	أحكام الولاية على المال، صلاح خاطر، بحث منشور في مجلة القضاء، الصادرة عن نادي القضاء بمصر، القاهرة، مجلد الأحوال الشخصية والقانون البحري، بدون عدد، تاريخ الإصدار 1980 م .
182	أثر مرض الموت في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي، د.أنور محمد دبور، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، الصادرة عن كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثالث، تموز 1989 م .
عاشراً : مواقع وروابط الكترونية :	
183	موقع القانون السوري، المحامي جمال عبد الناصر المسالمة، نقابة المحامين السوريين http:// syrialaw.50megs.com/syria -lew /agthad.htm .

خامساً : فهرس تفصيلي لموضوعات الرسالة

الصفحة	الموضوع
1	فصل تمهيدي: ماهية مرض الموت وتميزه عما قد يختلط به ويأخذ حكمه.....
3	المبحث الأول: تعريف مرض الموت وشروطه وعلاقته بالأهلية وإثباته.....
3	المطلب الأول: تعريف مرض الموت.....
3	الفرع الأول: تعريف المرض والموت في اللغة والاصطلاح.....
6	الفرع الثاني: تعريف مرض الموت عند فقهاء الشريعة الإسلامية.....
12	الفرع الثالث: تعريف مرض الموت عند العلماء المحدثين.....
14	الفرع الرابع: تعريف مرض الموت في القانون والقضاء.....
17	المطلب الثاني: الشروط الواجب توفرها في المريض مرض الموت.....
25	المطلب الثالث: علاقة مرض الموت بالأهلية والحكمة من تقييد تصرفات المريض فيه.....
28	المطلب الرابع: إثبات مرض الموت.....
32	المبحث الثاني: أنواع الأمراض وما يأخذ حكم تصرفات المريض مرض الموت.....
32	المطلب الأول: أنواع الأمراض.....
39	المطلب الثاني: الضوابط والمعايير التي وضعها الفقهاء لتحديد الأشخاص الأصحاء الذين تأخذ تصرفاتهم حكم تصرفات المريض مرض الموت.....
41	المطلب الثالث: الأشخاص الأصحاء الذين تأخذ تصرفاتهم حكم تصرفات المريض مرض الموت.....
41	الفرع الأول: ركاب السفن.....
45	الفرع الثاني: الحمامل.....
49	الفرع الثالث: المحكوم عليه بالقتل.....
53	الفرع الرابع: المقاتل.....
56	الفصل الأول: أثر مرض الموت على التصرفات المالية للمريض.....
58	المبحث الأول: البيع في مرض الموت.....
58	المطلب الأول: تعريف البيع ومشروعيته والحكمة منه.....

60	المطلب الثاني: بيع المريض مرض الموت بمثل القيمة
60	الفرع الأول: بيع المريض مرض الموت بمثل القيمة لوارثه
64	الفرع الثاني: بيع المريض مرض الموت بمثل القيمة إلى الأجنبي
67	المطلب الثالث: بيع المريض مرض الموت بالمحابة
67	الفرع الأول: بيع المريض مرض الموت بمحابة لوارثه
74	الفرع الثاني: بيع المريض مرض الموت بمحابة إلى أجنبي
82	المطلب الخامس: إجازة الورثة في بيع المريض مرض الموت
92	المبحث الثاني: الهبة في مرض الموت
92	المطلب الأول: تعريف الهبة ومشروعيتها
94	المطلب الثاني: أثر القبض في هبة المريض
98	المطلب الثالث: القدر الذي تجوز فيه هبة المريض مرض الموت
104	المطلب الرابع: هبة المريض مرض الموت لوارثه
107	المطلب الخامس: هبة المريض مرض الموت لغير وارثه
109	المطلب السادس: هبة المريض مرض الموت الذي لا وارث له
112	المبحث الثالث: الإقرار في مرض الموت
112	المطلب الأول: تعريف الإقرار ومشروعيته
114	المطلب الثاني: إقرار المريض لوارثه بمال أو دين
121	المطلب الثالث: إقرار المريض للأجنبي بمال أو دين
123	المطلب الرابع: الإقرار بدين مشترك للوارث والأجنبي
125	المطلب الخامس: الإقرار بديون في الصحة وديون في المرض
128	الفصل الثاني أثر مرض الموت على تصرفات المريض في مسائل الأحوال الشخصية
130	المبحث الأول: النكاح في مرض الموت
130	المطلب الأول: تعريف النكاح لغة واصطلاحاً ومشروعيته والحكمة من تشريعه
133	المطلب الثاني: حكم النكاح في مرض الموت
141	المطلب الثالث: المهر في مرض الموت
147	المبحث الثاني: الطلاق في مرض الموت

147	المطلب الأول: تعريف الطلاق ومشروعيته والحكمة منه.....
150	المطلب الثاني: وقوع الطلاق في مرض الموت.....
153	المطلب الثالث: ميراث المطلقة طلاقاً رجعياً في مرض الموت.....
156	المطلب الرابع: ميراث المطلقة طلاقاً بائناً في مرض الموت.....
164	المطلب الخامس: الوقت المحدد لميراث المطلقة طلاقاً بائناً في مرض الموت.....
170	المطلب السادس: ميراث المطلقة في مرض الموت إذا كانت الفرقة بسببها.....
172	المطلب السابع: عدة الطلاق في مرض الموت.....
172	الفرع الأول: عدة المطلقة طلاقاً رجعياً في مرض الموت.....
174	الفرع الثاني: عدة المطلقة طلاقاً بائناً في مرض الموت.....
177	المبحث الثالث: الخلع في مرض الموت.....
177	المطلب الأول: تعريف الخلع ومشروعيته والحكمة منه.....
180	المطلب الثاني: حكم الخلع في مرض الموت.....
183	المطلب الثالث: مقدار العوض هل هو من رأس المال أو من ثلث المال؟.....
186	المطلب الرابع: مقدار العوض في خلع المريضة في مرض الموت.....
189	المطلب الخامس: مقدار العوض في خلع المريض في مرض الموت.....
190	المطلب السادس: الإرث في الخلع في مرض الموت.....
192	الخاتمة.....
199	الملاحق.....
200	ملحق رقم (1): نصوص مواد القوانين المدنية العربية الوارد ذكرها في البحث.....
207	ملحق رقم (2): نصوص مواد القوانين المتعلقة بالمواريث والوصايا العربية الوارد ذكرها في البحث.....
209	ملحق رقم (3): نصوص مواد القوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية العربية الوارد ذكرها في البحث.....
121	ملحق رقم (4): نصوص مواد القانون رقم (17) لسنة 1992 م بشأن تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الوارد ذكرها في البحث.....

213	ملحق رقم (5): الطعون وقرارات النقض والتمييز والتعقيب الوارد ذكرها في البحث الصادرة من محاكم النقض والتمييز والتعقيب العربية.....
218	الفهارس.....
219	فهرس الآيات القرآنية.....
222	فهرس الأحاديث النبوية.....
223	فهرس الأعلام.....
228	فهرس المصادر والمراجع.....
241	فهرس الموضوعات.....

ملخص الدراسة

تتناول هذه الدراسة تصرفات المريض مرض الموت الشائعة من بيع، وهبة، وإقرار بمال أو دين، وزواج، وطلاق وخلع، في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية التي تحكم هذه التصرفات.

وتأتي أهمية الموضوع في أنه يتناول أحد حالاتي الإنسان وهي حالة المرض، وتصرف الإنسان في هذه الحالة لم يحظ بالدراسة والاهتمام من الناحية الشرعية والقانونية، خاصة في ظل ظهور عدد من الأمراض لم يكن معروفاً من قبل مثل: " الإيدز - الكبد الوبائي - السرطان " .

فإن مفهوم التصرف باعتباره كل ما يصدر عن الشخص المميز المختار من قول أو فعل يرتب عليه الشارع آثاراً ونتائج، قد تكون في صالحه وقد تكون مضرة له وفي صالح غيره، فهو ينقسم إلى نوعين من التصرفات: تصرفات إنشائية وهذه قد تكون فعلية لا أساس للعمل اللساني فيها، أي وقائع مادية يقوم بها الشخص كالغضب والإتلاف وإنقاد الغريق، وقد تكون قولية عقدية يتم فيها اتفاق إرادتين على إحداث أثر شرعي كالبيع والزواج والخلع، وقد تكون قولية غير عقدية، وهذه الأخيرة قد تكون شاملة لإرادة وعزيمة مبرمة من صاحبها منصبة على إنشاء حق كالوقف أو إنهائه كالطلاق أو إسقاطه كالإبراء، وقد تكون أقوالاً لا يراد بها إنشاء حق ولا إسقاطه ويترتب عليها نتائج وحقوقاً كالإقرار، ولما كان المال عصب الحياة والإنسان مخول في الانتفاع به بالطريقة التي ترضي الله من غير إسراف أو تبذير، فإن المشرع الحكيم أوجب المحافظة عليه وإنفاقه في الحدود والمسالك التي حددها بعيداً عن الأهواء والملذات، فالإنسان له أن يتصرف في ماله لتحقيق مصالح شخصية له ولغيره، إلا أنه يجب أن يكون هذا التصرف هدفه هو فعل الخير والبر، بحيث يؤدي ذلك إلى صلة الأرحام وتقوية وتماسك المجتمع، ويجب ألا يؤدي تصرفه هذا إلى حصول شقاق وخصام وكراهية بين أبناء المجتمع الواحد.

وبما أن الإنسان لا يبقى على حال واحدة من الصحة والقوة بل يعتريه الضعف، ومن ذلك الضعف المرض الذي يؤدي به إلى الموت، وعند موته تزول أهليته ويفقد شخصيته وتتعدم ذمته وتنتقل أملاكه إلى غيره، ومتى ما ظهرت علامات ذلك المرض يصبح كل من ورثته أو من يتعامل معه في حالة ترقب

متخوفين من كل تصرفاته مخافة أن تؤثر على حقوقهم، وقد لاحظ فقهاء الشريعة الإسلامية أن الإنسان نادراً ما يلجأ إلى مثل هذه التصرفات في شبابه وصحته، وأنه غالباً ما يلجأ إليها إبان مرضه وفي آخر حياته، ونظراً لما قد يترتب على تصرفاته من خصومات وعدم استقرار في المجتمع والعديد من المشاكل الاجتماعية والقانونية، فقد وضعوا لذلك نظرية مرض الموت، وتقوم هذه النظرية على تقييد تصرفات المريض مرض الموت و من في حكمه وإعطائها حكم الوصية، فلا تنفذ تصرفاته إذا كان مقصوداً بها التبرع إلا طبقاً لأحكام الوصية، وهذا التقييد مرده إلى تعلق حق الورثة والدائنين بأموال المريض من تاريخ المرض .

هذا وقد خلصت الدراسة إلى جملة من النتائج والتوصيات نذكر منها:

1. أن فقهاء الشريعة الإسلامية اختلفوا في تحديد ماهية مرض الموت بحسب نظرة كل فريق فقد عرفه بعضهم من خلال النظر إلى العوارض واللوازم كالعجز عن القيام بالأعمال المعتادة ولزوم الفراش .. الخ، ويعاب على هذا الفريق أنه اتخذ هذه العوارض واللوازم أداة للتعريف، فقد يعجز الشخص عن مباشرة أعماله المعتادة ويصبح صاحب فراش، ولكن ليس بسبب مرض الموت وإنما بسبب كسر في الساق مثلاً، بينما عرفه البعض الآخر من خلال ضوابط معينة لمعرفة مرض الموت كغلبة الموت أو اشتهاؤه واتصاله بالمرض .

2. معظم التشريعات العربية لم تحدد ماهية مرض الموت، ولكن بمرور الوقت نجد أن القضاء في بعض البلدان العربية، قد اجتهد في تحديد ماهية مرض الموت، وهذا الاجتهاد مستمد من الشريعة الإسلامية، وللأسف لم نجد للمحكمة العليا سوى حكم واحد يتعلق بالموضوع، ولعل ذلك راجع إلى قلة الوعي بالحقوق والالتزامات المترتبة على هذا الموضوع أو لاستحياء الناس من عرض مثل هذه الموضوعات على القضاء وبالتالي يلجأون إلى حلول اجتماعية قد تؤدي إلى إهدار بعض الحقوق .

3. أن فقهاء الشريعة الإسلامية قسموا الأمراض إلى مخوفة وهي التي تؤدي إلى الموت غالباً أو كثيراً وغير مخوفة وهي الأمراض البسيطة مثل الرمد والزكام وغيرها ويلاحظ على قيام بعض الفقهاء بتحديد عدد من الأمراض

واعتبارها مرض موت، إن هذه الأمراض وإن كانت في عصورهم أمراض تؤدي إلى الموت غالباً، فإنها في هذا العصر مع التقدم العلمي الكبير في مجال الطب من تشخيص وأمصال وأدوية قد لا تؤدي إلى الموت غالباً بل أنها قد لا تؤدي إلى الموت أصلاً، وبالتالي ينبغي عدم اعتبار كافة الأمراض التي حددها الفقهاء القدامى من الأمراض التي يعتبر المصاب بها مريضاً مرض الموت .

4. أن سبب تقييد تصرفات المريض مرض الموت لا يرجع إلى أهلية المريض ولا إلى عيب في إرادته، فمرض الموت لا يفقد الأهلية ولا ينقصها مادام المريض متمتعاً بكامل قواه العقلية، وإنما يرجع التقييد إلى تعلق حقوق الورثة والدائنين بأموال المريض من تاريخ المرض .

5. أن المريض مرض الموت لا يحجر عليه فيما يلزمه من نفقه له ولمن تلزمه نفقته القوت والكسوة والتداوي وما يحتاج إليه من الأشربة وأجرة الطبيب ونحو ذلك، وكذلك المعاوضة بغير محاباة فلا يحجر عليه لأنه لا ضرر فيها على الورثة، أما التبرعات فهي موقوفة فإن عاش نفذت وإن مات فهي في الثلث.

6. معظم قوانين الأحوال الشخصية العربية لم تتناول كافة الأمور المتعلقة بزواج وطلاق وخلع المريض مرض الموت وإنما اكتفت بالإحالة إلى الفقه الإسلامي، فعلى سبيل المثال نجد أن قوانين الأحوال الشخصية في مصر وسوريا والأردن أحالت إلى أرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة، بينما أحال قانون إجراءات المحاكم الشرعية الليبي الصادر في عام 1958 ف إلى الرأي المشهور من مذهب الإمام مالك.

7. نظراً لخطورة بعض الأمراض المنتشرة مثل: الإيدز، السرطان، التهاب الكبد البائي وغيرها، على حياة الفرد، ولكون مرض الموت لم يحظ بالاهتمام والبحث والدراسة بشكل مفصل ودقيق من جانب فقهاء القانون، بل اكتفت القوانين العربية بإعطاء تصرفاته حكماً عاماً هو أن كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيضاً كانت

التسمية التي تعطى لهذا التصرف، فإنني أرى أن يتم تشكيل لجنة من المتخصصين في العلوم الشرعية والقانونية والصحية تقوم بدراسة موضوع مرض الموت بكافة جوانبه وإعداد مشروع قانون يحدد ماهية مرض الموت وحكم التصرفات التي يقوم بها المريض خلاله وذلك بشكل مفصل ودقيق، لكي تقوم أمانة مؤتمر الشعب العام أو اللجنة الشعبية العامة بعد ذلك بإعداد مذكرة للعرض على المؤتمرات الشعبية الأساسية بهذا المشروع لتتولى المؤتمرات الشعبية الأساسية مناقشته وإصدار قانون بشأنه، بدلاً من الأخذ بقانون الوصية .

A RESEARCH EXTRACT

This research is dealing with the acts of the fatally sick, such as selling, gratuity, admission of money or debit marriage, divorce and taking of, according to Islamic Figh and the man-made laws governing such acts.

The importance of this subject is due to its dealing with one of the conditions of the human being, that is the case of sickness and the acts and behaviors during this case. So far this point has not been given enough study and consideration in so far the Sharia and legal side are concerned especially at a time when a number of unprecedented illness is showing up such as the AIDS, hepatitis and cancer.

The meaning of acting means whatever action is taken by a person of statements or acts leading to impacts and results in his favor or in favor of the others or is detrimental to him. It is of two types of acts such as the initial where tongue has nothing to do with it-in other words they are material acts wherein the person commits usurpation, destruction and life saving. And it could be contractually verbal wherein two wells come to an agreement to create a Shari impact such as sale, marriage and taking of. And it could be non-contractual verbal wherein it could be including the well and intention by the person capitalizing on the creation of a right such as Wakif, or termination such as in the case of divorce or relegating it as in the case of curing.

Also it could be verbal not intended to crease a right nor to invalidate its yet it is leading to results and rights such as confirmation. Since property is the nerve of life and man is entitled to use it in way not displeasing to Allah and without spend drifting or misuse, the wise legislator made it mandatory to observe it and spend it only within the limits and acts given far away from pleasures and whims. Man is entitled to transact his property for his personal interests and for the others' provided that such transacting is aimed at doing good and charity or fulfillment of oath leading to further consolidate the relations with the kens and kits and the strength of the society. The acts should not lead to dissension, hate or disputes among the sons and daughter of the society.

Since man is ever changing from health and power to weakness such as sickness virtually leading to demise of course disqualifies him and makes him lose his entity; as such responsibility and properties go to the others.

Once the symptoms of sickness start appearing, his inheritors and whomever he is dealing with become couchant and concerned of these acts fearing they would infringe on their rights. The Sharia jurists have noticed that man rarely goes to such acts during his well being of youth and health; mostly he goes to them during sickness and in the late days of life. Because of may occur of disputes and instability in the society plus the social and legal problems, jurists have established the theory of fatal sickness. This theory restricts the acts of the fatally sick and treat them according to the provisions of well. His acts are not to be executed except if they are for contribution within the law. Such a restriction is due to the right of the inheritors and debtors of the sick as of the date of sickness.

The research reached a number of conclusions and recommendations of which are the following:

- 1 *The Islamic jurists disagreed on defining the fatal sickness. A team of them defined it through seeing the symptoms such as disability to conduct the regular works and staying in bed etc. this team is blamed for taking such symptom and causes as a tool of definition. A person may become disabled to conduct the regular works and stick to bid not because of a fatal sickness but because of say a fracture in the leg. Some other defined it through certain controls such as death advent or becoming in the offing or relating to death.*
- 2 *Most of the Arab legislations are not defining the fatal sickness, yet through the time the judiciaries of the some Arab countries explored the being the fatal sickness. Such exploration is extracted from the Islamic Sharia. It is regretful that the Supreme Court has only one judgment relating to this subject. This could be due to unawareness of the rights and obligations resulting from this matter or due to the fact that people are shy of presenting such matters to the judiciary and hence resort to social solutions leading virtually to disregarding some rights*
- 3 *The Islamic jurists divide sickness to scaring which in most cases lead to death, and not-scaring which are simple sicknesses such trachoma and flu etc. it should be remarked that some jurists specified a number of sicknesses and considered them fatal sicknesses. Such sickness were fatal at their time in most of the cases, yet at the present time they are not due to advances of science of medicines and*

- immunization, rather they do not cause death at all. As such one should not consider all sicknesses specified by the old jurists as fatal sickness.
- 4 Reason for restricting the acts of the fatally sick is not due to his qualification or due to his well. The fatally sick does not lose his qualifications as long as he is preserving his full senses. The restriction is to the rights of the inheritors and debtors in the property of the sick as of the date of his sickness.
 - 5 The fatally sick is not to be deprived of his requirements and the requirements of his dependents such as food, clothes, medication etc. plus rewarding without preference because there is no harm here to the inheritors. As for contributions, they are not hindered. If he remains alive, they are to be implemented; and if he passes away they are in one third.
 - 6 Most of the Arab personal laws do not cover all personal matters relating to marriage, divorce and removal of the fatally sick. They are satisfied by referring the cases to the Islamic Fiqh. For example the personal laws of Egypt, Syria and Jordan are resorting to the opinion of the Imam Buharif, while the Libyan court procedures issued in 1958 resort to the most known opinion of Imam Malik
 - 7 Due to seriousness of some of the widespread sicknesses such the AID, cancer and hepatitis etc, and to the fact that fatal sickness has not gotten the proper detailed attention and research by the jurists, the Arab laws remained satisfied by giving a general rule meaning that every legal act done by a fatally sick intended to be a contribution would be an act to be added to the post death and would be under the provisions of the well no matter under what name it is.

I believe there should be a committee of specialists in the Sharia, law and health to study the case of the fatal sickness with all its ramifications and to prepare a draft of a law defining the fatally sick and the actions of the sick during such sickness, detailed and accurate for the Secretariat of the General People's Congress or the General People's Committee to prepare a memo on this sickness and present it to the People's Congresses for consideration and issuance of a law instead of complying with the law of the wells.