



جوازية التعامل في التركة المستقبلية

(دراسة تحليلية)

م. و عباس علي سلمان
كلية القانون - جامعة البيان

المخلص

يعد اصل التعامل في التركة المستقبلية باطلاً مطلقاً من وجهة نظر القانون وفقهائه، بيد أن هذا البطلان لا يمكن التسليم به مطلقاً، فإن هناك من التصرفات التي تترتب على التعامل في التركة المستقبلية ولا يعد التصرف فيها باطلاً، مثلما التعامل الصوري بالبيع من قبل المورث لو ارث معين، او في الامور التي يصح التصرف بها في حدود الثلث، أو في التصرفات القانونية والشرعية كالوقف والوصية، أو قد يتحول التصرف القانوني الباطل في التركة المستقبلية الى غير الارادة التي ارادها المتعاقد على وفق نظرية تحول العقد فيصح التعامل بالتركة ولكن بحدود ما قرره القانون.

Summary

Dealing in the future inheritance is absolutely void from the point of view of the law and its jurisprudence, but this nullity can never be recognized, There are actions that result from dealing in the future inheritance, and the disposal of them is not void, Just as the formal transaction of selling by the benefactor to a specific heir, or in matters that can be disposed of within the limit of a third, or in matters and legal actions such as endowment and wills, or the invalid legal disposition of the future inheritance may turn out to be other than the will desired by the contracting party, According to the theory of contract transformation, it is valid to deal with the inheritance, but within the limits of what is legally decided.

مقدمة

يعد التعامل في التركة المستقبلية من الموضوعات القانونية المهمة ذات التطبيق الكبير، وقد تصدت القوانين في كثير من البلدان لهذا الموضوع في قوانينها المدنية، ولعل شيوع التعامل بالتركة المستقبلية ومساسها بالنظام العام؛ أدى الى وضع قاعدة أمره تختص بمنع التعامل في التركة المستقبلية، مثلما الحال في القانون المدني



العراقي على وفق المادة (٢٩١/٢)، التي نصت على: "غير أن التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل". بيد أن التعامل في التركة المستقبلية لا يصلح ان يكون محل منع مطلقاً؛ لما يثيره هذا الموضوع من تشعبات كثيرة؛ ومن اجل البحث عن هذا الموضوع بنظرة حديثة يجب تناول اهم ما يتعلق بالبحث، ومعرفة اوجه التعامل الصحيحة فيه من الممنوعة؛ لذا سنقسم المبحث الى مطلبين نستعرض في اول المطالب مفهوم التركة المستقبلية وفي ثانيها طرق التعامل في التركة المستقبلية واحكامها.

المطلب الاول: مفهوم التركة المستقبلية

من اجل الوقوف على مفهوم التركة المستقبلية ينبغي تسليط الضوء على هذا المفهوم لغة واصطلاحاً وكالاتي:

الفرع الاول: تعريف التركة لغة واصطلاحاً

اولاً: تعريف التركة المستقبلية لغة

التركة: اسم مأخوذ من ترك الشيء ويقال: تركت الميت بفتح التاء و كسر الراء، وقيل ترك الشيء إذا خليته، وجمعت تركة بلفظ التركات، وهي بمعنى الشيء المتروك، ومن معانيها "تركة الميت" وترك الشيء تركاً: خليته، تركة الرجل الميت: ما يتركه من الارث، التركة من فعل: ترك، المتروك^(١).

وعرفها ابن منظور بقوله: ترك الشيء يتركه تركاً وترك الشيء تركاً خليته، وتركة الميت ما يتركه من الميراث، والتركات: جمع تركة، والتاء، والراء، والكاف: الترك، وهو التخليه عن، والتركة: اسم للمتروك، وترك الشيء: خلاه الشيء، وهي التراث المتروك عن الميت^(٢).

ثانياً: تعريف التركة اصطلاحاً

لفقهاء الشريعة الاسلامية تعريفات مختلفة في التركة، ويفهم منها اجمالاً كل ما يكون للميت حال حياته من اموال وحقوق.

ويطلق بعضهم على لفظ (التركة) على غير الاعيان المالية التي كان قد تعلق بها حق الغير حال حياة الميت، في حين يذهب البعض الاخر في مفهومها على ما يبقى من المال بعد وفاء الديون تطبيقاً لقاعدة (لا تركة الا بعد سداد الدين).

ويرجع سبب هذا الاختلاف عبر توسيع وتضييق مدلول ومفهوم التركة، ومن اجل الوقوف على تعريف التركة؛ نستعرض جملة من تعريفات فقهاء الشريعة الاسلامية في الفرع الاول، ثم نعرض الى تعريفها قانوناً في المطلب الثاني وكالاتي:

١- تعريف التركة على وفق فقهاء الشريعة الاسلامية:

ذهب فقهاء الشريعة الاسلامية الى جملة من التعريفات للتركة وهي كالاتي :

(١) محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح في تحقيق الشيخ، المكتبة العصرية، ط ٥، بيروت - لبنان، ١٩٨٦، ص ٤٦.

(٢) احمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية، ج ١، ط ١، دار عالم الكتب - القاهرة، ٢٠٠٨.



عرفها فقهاء الحنفية بانها: "هي ما يتركه الميت من الاموال صافياً عن تعلق حق الغير بعينه"^(١)، ويتضح من هذا التعريف ان التركة لا تسمى تركة الا بعد تصفيته وعدم تعلق حق الغير بها مطلقاً، حتى الحقوق المتعلقة بالاموال العينية كالرهن مثلاً، بل ان دية المقتول وان لم تكن تحصلت تضاف الى التركة بحكم انها من امواله^(٢).

اما الشافعية فان تعريف التركة عندهم هو: "كل ما كان للإنسان حال حياته وخلفه من بعد مماته، من مال او حقوق او اختصاص، كذلك ما دخل بعد موته في ملكه بسبب كان منه في حياته كصيد وقع في شبكة نصبها في حياته"^(٣).

وبملاحظة تعريف الشافعية فان التركة عندهم لا تكون خالصة بعد تصفيته، بل انها تشمل كل ما يكون من اموال وحقوق حالة او مستقبلية فيها، فضلا عن دينه وخياراته بالرد وغيرها، بمعنى آخر: ان التركة تسمى تركة بمجرد الوفاة حاملة معها الديون والحقوق والالتزامات.

اما الحنابلة فان تعريفهم للتركة مقتضب جداً وتشمل حقوق الميت من دون التزاماته التي تركها لمورثيه دون غيرها، إذ جاء تعريفهم لها بالقول: "الحق المخلف عن الميت، ويقال لها ايضاً التراث"^(٤).

في حين ذهب المالكية الى تعريف التركة بانها: "حق يقبل التجزئة يثبت لمستحق بعد موت من كان له بقراية، او ما في معناها"^(٥).

والملاحظ على هذا التعريف انه حسر الحق بما يقبل التجزئة وما لا يقبل، إذ ما يمكن التجزئة معناه يمكن تقسيمه لأكثر من شخص أي: لفلان جزء منه ولفلان الجزء الباقي^(٦).

وذهب فقهاء الشيعة الامامية الى تعريف التركة بانها: "ما تركه الميت من الأموال والحقوق صافياً عن تعلق حق الله او الناس"^(٧).

ونرى في التعريف الاخير بأنه افضل التعاريف؛ لان هذا التعريف يتماشى مع القاعدة الفقهية التي تقول: "لا تركة الا بعد سداد الديون"، وعلى اثر هذه القاعدة سار

(١) محمد أمين الملقب ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، ط ٢، ١٩٦٦، ج ٦، ص ٧٥٩.

(٢) بدران ابو العنين بدران، احكام الموارث والتركات في الشريعة الاسلامية والقانون، مؤسسة الجماعة للطباعة والنشر، ١٩٨١، ص ٣٢.

(٣) محمد بن الخطيب الشريبي (المتوفي سنة ٩٧٧هـ)، مقني المحتاج، ج ٣، ص ٣، وكذلك ينظر: ابي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الاقتناع في الفقه الشافعي، دار احسان للنشر، ايران، مطبعة بياض، ط ١، ١٤٢٠هـ، ص ١٢٣.

(٤) منصور بن يونس البهوتي (المتوفي ١٠٥١هـ)، كشاف القناع على متن الاقتناع، ج ٤، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧، ص ٤٨٩.

(٥) أبو عبد الله محمد الخرشني (المتوفي ١١٠١هـ)، شرح مختصر خليل، ج ٨، دار الفكر، ص ١٩٧، وكذلك ينظر علي الصعدي العدوي، حاشية العدوي، ج ٨، دار الفكر، ص ١٩٧.

(٦) شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٤، دار احياء الكتب العربية، بلا سنة طبع ولا دار نشر، ص ٤٥٧.

(٧) د. احمد فتح الله، معجم الفاظ الفقه الجعفري، بلا مكان طبع، ط ١، ١٩٩٥، ص ١٠٨.



القضاء المصري في كثير من قضاياها المعروضة امامه، إذ ذهبت محكمة النقض المصرية الى ان تطبيق قاعدة: " لا تركة الا بعد سداد الديون" حتى لو كان الوارث مدينا الى مورثه فينبغي ان يستوفي الديون بأجمعها ومنها دينه وبعد ذلك تؤول التركة الى بقية الوارثين وان كان هو منهم"^(١).

٢- تعريف التركة في القانون

من اجل سبر غور البحث، لابد من معرفة الرأي القانوني لمفهوم التركة؛ ليتسنى لنا الوقوف على حقيقة المعنى بدقة اكثر، فضلا من أن المشرع ليس من دأبه ايراد التعريفات والخوض في حدودها ومعانيها، الا ان ذلك ليس بالمطلق، فقد تكون هناك ضرورة يراها المشرع في ايراد التعريف، وكيفما كان الامر، حين يرد المشرع التعريف يغنينا عن هذا البحث، ولعل من نافلة القول استعراض هذه التعاريف وكالاتي:
في التشريع المصري لم يتعرض قانون الموارث المصري المرقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ الى تعريف التركة، الا ان تقرير اللجنة التحضيرية لمشروع قانون الوصية المصري بين معناها بما يشمل كل ما يتركه المورث من الاموال والمنافع والحقوق، إذ جاء في التقرير معناها بالقول: "كل ما يخلف فيه الوارث المورث، مالا كان او منفعة او حقاً من الحقوق الاخرى المتعلقة بالمال التي تنتقل بالموت من المورث الى الوارث"^(٢).

واما قانون الموارث المصري رقم (٧٧) لسنة (١٩٤٣) فانه عَرَفَ عن تعريف التركة بيد انه جاء مبيناً للحقوق المتعلقة بالتركة، إذ نصت المادة (٤) منه على ما يأتي:

"اولاً: ما يكفي لتجهيز الميت وتجهيز من تلزمه نفقته من الموت الى الدفن .

ثانياً: ديون الميت .

ثالثاً: ما اوصى به الميت في الحد الذي تنفذ فيه الوصية، ويوزع ما بقي بعد ذلك على الورثة".

ويظهر من النص المذكور أنفا ما يأتي:

١- ان التركة تشمل جميع ما تركه الميت من لحظة الوفاة من حقوق والتزامات.

(١) الطعن رقم (٢٢١ لسنة ٣٥)، مكتب فني، صفحة ٧٦٩، التاريخ ١٣ / ٥ / ١٩٦٩ الموضوع (ارث)، الموضوع العام: (لا تركة إلا بعد سداد الديون)، (فقرة رقم ٤) مؤداه: احكام الشريعة الاسلامية التي تحكم الميراث هو أنه حين يرث الدائن والمدين فإنه على ما جرى به قضاء هذه المحكمة لا يرث الدين الذي على التركة حتى ولو كان هو الوارث الوحيد للمدين؛ لما هو مقرر في الشريعة من انه لا تركة إلا بعد سداد الديون مقتضاه: ان تبقى التركة منفصلة عن مال الدائن حتى تسدد الديون التي عليها ومن بينها دينها له، وبعد ذلك يرث الدائن وحده او مع غيره من الورثة ما تبقى من التركة فلا ينقضي دينه باتحاد الذمة بالنسبة الى نصيبه الميراثي، قرار منشور على الموقع الالكتروني : <http://www.lawjo.net/vb/showthread.php?25336> تاريخ الزيارة: ١٠-٥-٢٠٢١ الساعة الرابعة صباحاً.

(٢) د. حسن نعمة الياسري، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه الاسلامي والقانون المقارن، منشورات الحلبي، ٢٠١٩، ص-٥ -٨.



٢- جاء النص مرتباً للحقوق والالتزامات والوصايا، وهذا المعنى مطابقاً لتعريف الشافعية التي تقول "ان التركة تسمى تركة بمجرد الوفاة حاملة معها الديون الحقوق والالتزامات".

اما المشرع العراقي فإن قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل جاء خالياً من تعريف الارث، او التركة على خلاف تعريفه للوصية^(١). في حين عرف التركة في قانون ضريبة التركات والمواريث رقم (١٥٧) لسنة (١٩٥٩) الملغي، وفي قانون ضريبة التركات رقم (٧) لسنة (١٩٦٦) الملغي ايضاً بقوله أن التركة: " كل ما يتركه المتوفى من اموال منقولة وعقارات وحقوق والتزامات بما في ذلك عقود التأمين لمصلحة الغير"^(٢). والملاحظات التي تسجل على التعريف المذكور انفاً ما يأتي:

- ١- أنه لم يحدد مفهوماً للتركة، وانما عدد ما يصلح لان يكون من اجزاء التركة.
- ٢- عرف المشرع العراقي في القانون الملغي التركة بالمفهوم الذي تتعلق بها الحقوق تارة، وتارة اخرى بالمفهوم الذي يقصد منه حساب وعاء الضريبة واستيفائها^(٣).

اما القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) فانه تعرض الى الاموال والحقوق التي تنتقل الى الوارث من دون ايراد تعريف للتركة، اذ نصت المادة (١١٠٦) من القانون المذكور انفاً ما يأتي: "يكسب الوارث بطريق الميراث المنقولات والعقارات والحقوق الموجودة في التركة".

ونستنتج مما تقدم أن تعريفات القوانين المذكورة انفا ارادت بمصطلح (التركة) نفس المعنى الذي ذكره جمهور فقهاء الشريعة الاسلامية، ما خلا تعريف الامامية التي جردت التركة من الديون وما تعلق بها من وقف ووصية وديون وتجهيز الميت ودفنه، وهذا المعنى والمفهوم هو الاقرب من وجهة نظرنا للأسباب الاتية:

- ١- ان ما ذكرناه موافقاً ومطابقاً للمشهور الفقهي القائل: "لا تركة الا بعد سداد الديون"، وهذه الديون تتضمن ما تعلق بها من واجبات على المال نفسه، مثلما التكفين، والتغسيل والدفن، وكذلك سداد الديون المالية والعينية والوقف والوصية، لا انها التركة شاملة لكل ما تركه الميت من اموال

(١) ينظر نص المادة (٦٤) من قانون الاحوال الشخصية العراقي بالرقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل التي جاء فيها تعريف الوصية بانه: "تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت مقتضاه التملك بلا عوض"، وكذلك المادة (٨٧) من القانون نفسه على ما يأتي: "الحقوق التي تتعلق بالتركة بعد وفاة المورث اربعة مقدم بعضها على بعضها وهي: ١. تجهيز المتوفى على الوجه الشرعي، ٢. قضاء ديونه وتخرج من جميع ماله. ٣. تنفيذ وصاياه وتخرج من ثلث ما بقي من ماله. ٤. اعطاء الباقي الى المستحقين".

(٢) ينظر: الفقرة (أ) من المادة الأولى من قانون ضريبة التركات والمواريث رقم ١٥٧ لسنة ١٩٥٩، والفقرة (أ) من المادة (١) من قانون ضريبة التركات رقم (٧) لسنة ١٩٦٦.

(٣) د. احمد الكبيسي، التركة تكوينها ومدى تعلق الديون بها، مجلة كلية الامام الاعظم، العدد الثاني، ١٩٧٤، ص ٦٨.



وحقوق والتزامات، بمعنى ان القانون عد الاموال التي تعلق بها حقوق الدائنين جزءاً من التركة.

٢- ان التصرف الممنوع الذي يلحق التركة هو بمفهومها الاخير الذي يكون قابل للتجزئة ويكون للورثة حق فيه.

اما مفهوم التركة المستقبلية: "ان يكون الشخص على قيد الحياة، وان تركته تكون مستقبلية بالنسبة الى ورثته"^(١).

والقاعدة القانونية التي تمنع من التعامل على التركة المستقبلية تتصل بالنظام العام لأنها ترجع الى احكام الارث والوصية وهذا الكلام له تفصيل سنتعرض له لاحقاً^(٢).

الفرع الثاني: الحكمة من منع التعامل في التركة المستقبلية

قبل التطرق الى طرق التعامل بالتركة المستقبلية لإنسان على قيد الحياة، حرياً بنا أن نتعرض الى ما يقوله بعض فقهاء القانون في الحكمة التي تبرر تطبيق القاعدة في عدم التعامل على التركة المستقبلية، ونستعرض هذه الآراء في بيان الحكمة وتبرير التشريع وهي كالاتي:

قال بعض فقهاء القانون ان التعامل في التركة المستقبلية تختلف باختلاف القائم بالعمل أو نوعيته، فإن كان العمل صادراً عن الوارث كأن يكون واقعاً على تنازل منه عن حصته في التركة الى شخص آخر، فإن هذا العمل وهدفه يخالف النظام العام المرتبط بقواعد الميراث، فعندها يصبح العمل غير مشروع، وإذا كان التعامل صادراً عن نفس المورث، مثلما تنازله عنها، فان تعامله ينطوي على تعامل يتعارض وحرية المورث في التصرف بأمواله، إذ بعمله يفقد التركة نهائياً، ومن الوارد ايضاً افتقاره واثراء المقابل من غير سبب؛ مما يؤدي الى عدم قدرته استرجاعها مستقبلاً، لاسيما ان كان في عوز لها، فيحرم نفسه من حق الوصية الذي اكدته التشريعات الوضعية والسماوية^(٣).

وذهب آخر الى ان التعامل في تركة انسان على قيد الحياة محظور في القوانين الحديثة، إذ اخذت هذه القوانين بالحسبان مصلحة المورث ومصلحة الوارث معاً، فوضعت حداً لاستهتار الوارث ونزقه، او من اجل حمايته قبل وفاة مورثه في التفريط في حقوقه المستقبلية المحتملة، وان لا تكون سهلة التخلي عنها، وفي الوقت نفسه رأت هذه التشريعات الى حماية حقوق المورث التي لولا منعه فيها من التفريط بتركته؛ لفقد حقه بالوصية والايضاء؛ لما ينطوي هذا الحق من ترابط لشخصية الانسان الذي هو على قيد الحياة، إذ بوصيته للآخرين وان كانوا من غير الورثة، لعله يقدم لما بعد وفاته

(١) عاطف النقيب، نظرية العقد، مكتب صادر دار المنشورات الحقوقية، ١٩٩٨، ص ٢٧٣.

(٢) عاطف النقيب، المصدر نفسه، ص ٢٧٥.

(٣) عاطف النقيب، المصدر نفسه ص ٢٧٣.



اغراضاً شريفة لما فاته منها أو عجز في حياته من إتمامها، وتصيح هذه الاغراض فيما اذا تصرف بأمواله محاطة بالطمع والاستغلال^(١).

في حين آخر الى ان التركة المستقبلية ليست هي ملك للوراث المحتمل، إذ ان ليس كل الاموال تنتقل الى الوارثين؛ بحكم أن ذمة المورث المالية تبقى مشغولة مادام باقياً على قيد الحياة؛ وعليه لا يحق للمورث والوارث ان يجري أي تعامل عليها؛ لان انتقالها اليه يبقى احتمالاً غير مؤكد، لربما توفي الوارث قبل المورث، أو أن المورث تصرف بأمواله اثناء حياته، وعموما فإن تصرف الوارث فيها يمس النظام العام بالإضافة للاعتبارات الاخلاقية المتعددة، التي من اهمها تمنيه موت مورثه، لاسيما إن كان أحد اصوله، أو فروعه، أو اقاربه^(٢).

الفرع الثالث: شروط منع التعامل على التركة المستقبلية

ان تطبيق قاعدة منع التعامل في التركة المستقبلية الواردة في القوانين المدنية لا بد لها من توافر شروط معينة، حتى تدخل في مفهوم التعامل في التركة المستقبلية، ومن اهم هذه الشروط ما يأتي:

١- ان تكون الاموال المتعامل عليها مملوكة للمورث في حياته. إذ لا يمكن التعامل على اموال ليست للمورث؛ لان القاعدة في المنع نصت على المنع في اموال المورث من دون سواه، وتكون تلك الاموال ملكيتها مستمرة لحين الوفاة.

٢- ان لا يكون التعامل على الاموال متوقفة على شرط او اجل الوفاة، بحكم ان الالتزام كان قائماً بالأصل، فعندها ينظر الى اثر هذا الشرط او الاجل، كما اذا كان هناك عقار على الشيوخ متعهدين فيه بان الملك يعود بالكامل الى من يبقى حيا منهم، اذ ان هذه الحالة التعامل والتصرف فيه موجود بأصل العقد او من حين التصرف، غاية الامر ان عدم التخلي عن العقار مرتبط بحياة المشتاعين، فهو مبني على اجل او شرط.

٣- التعامل منصب على اموال تركة قبل استحقاقها، بمعنى: أن يكون تعيين مصير الاموال كلها أو جزءاً منها سيؤول الى احد الورثة ويعلم كلا العاقدين بعدم استحقاقها، وان كانت مستحقة فعلياً، لان الاموال اذا كانت مستحقة اعتقاداً مبنياً على الظن منهما فلا مجال ان يشملها القاعدة لعدم وجود الموضوع.

٤- قيام التصرف على مال تكون اثاره ونتيجته الى المتعهد بالتعامل أو بالتصرف، إذ يجب أن يؤول المال المتعامل عليه الى المتعهد بمقتضى حقوقه في التركة، وليس بسبب آخر، ولهذا لا يدخل تحت المنع من التعامل على تركة مستقبلية إذا كان المال يعود الى المتعهد نتيجة شرط واقف او دعوى، مثلما لو تضمن العقد الصادر عن الوارث لمصلحة المورث شرط نفاذه أو الغاء بوفاة الاخير، كتعهد الاب في هبة

(١) د. الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، ج١، اركان العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٢٠، ص ٤٢٤.

(٢) د. مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٧، ص ٤٢٢.



لولده مشروطة بوفاته الى ولده، وكذلك يرجوع الهبة الى الاب في حال وفاة الولد قبله، من دون أن يلغي حق الانتفاع العائد لزوجة الولد، واما مدى تطبيق القاعدة فإنها تشمل جميع الاتفاقات والتصرفات والتعاملات على حق متعلق بالتركة المستقبلية، أو نفس التركة المستقبلية^(١).

المطلب الثاني : طرق التعامل على التركة المستقبلية واحكامها

تتباين الطرق التي يتعامل فيها على التركة المستقبلية، إذ يمكن أن يكون التعامل صادراً من صاحب الاموال (المورث)، وتارةً اخرى من الوارث أو الغير، ومن أجل سبر غور البحث نتطرق في هذا المبحث الى طرق التعامل وانواعها، إذ سنبحث في المطلب الاول التعامل في التركة من المورث، وفي المطلب الثاني في طرق التعامل من الوارث وكما يأتي:

الفرع الاول: طرق التعامل الصادر من المورث واحكامها

تنقسم التصرفات الصادرة من صاحب الاموال (التركة) الى ثلاثة انواع، النوع الاول التصرفات بعنوانه مالكا للأموال وبتمام اهلية الاداء، والنوع الثاني التصرفات الصادرة على امواله وهو في مرض الموت، وثالثهما التصرفات الصادرة على امواله بعنوانها تركة، ومن أجل بحث هذه الانواع؛ لابد من التعرض اليها تفصيلا على وفق الاتي:

اولاً: التعامل على التركة بوصفه مالكا لها.

يعد التصرف القانوني لأي شخص جائزاً متى ما توافرت فيه شروط التصرف واركانه، وطالما ما كانت الضوابط القانونية تنطبق عليه، وعلى رأس هذه الاركان الرضا والمحل الصحيح ومشروعية السبب، والاهلية القانونية اللازمة في إدارة التصرف، فضلا عن كونها خالية من العيوب والعوارض، والتصرف بهذه الاوصاف يكون خاضعاً للقواعد العامة التي يتطلبها أي تصرف قانوني، سواء كان ذلك التصرف بعوض ام بتبرع، ما دامت تلك الشروط والاركان التي يتطلبها القانون متوافرة، فضلا عن القوانين بأجمعها اعطت الحرية الكاملة للشخص في التصرف بأمواله على أي نحو يكون طالما تلك التصرفات واقعه تحت وطأة القانون.

والذي يهمننا في هذه الجزئية هو تصرف الشخص في الاموال التي يمكن ان تؤول بعنوانها تركة.

المتعارف عليه في أغلب القوانين إن أي تصرف لشخص بأمواله التي ستكون تركة مستقبلية كأصل عام، يعد تصرفه فيها مخالفا للنظام العام، ولا يجوز الاتفاق على صحة تصرفه ولو كان ذلك التصرف مقبولا من قبل الوارث او المورث نفسه.

وعلى وفق ما ذكر انفاً وبمفهوم المخالفة فان التصرفات التي يقوم بها الشخص على اعتبار أن هذه الاموال هي اموال ملك خالصة وحاضرة غير مستقبلية، وروعي

(١) د. الياس ناصيف، مصدر سابق، ص ٢٤٤، وكذلك د. عاطف النقيب، مصدر سابق، ص ٢٧٤.



في تصرفه فيها كل ما يتعلق بالتصرف القانوني الصحيح، فانه لا يجوز منعه من التصرف فيها بأي وجه يريد و بخلافه فأن منعه من التصرف فيها يعد مخالفا للنظام العام.

والمتعمن بالقاعدة القانونية الواردة في القانون المدني العراقي على وفق المادة (١٢٩) (الفقرة الثانية) التي نصت على: "غير أن التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل".

يلحظ ان المادة القانونية المذكورة انفاً، جاءت بنص أمر يرافقه الحكم وهو البطلان.

وربما يقال ان المادة القانونية المذكورة انفاً لا تلاحظ الشخص نفسه حتى يرد اشكال على أن التصرف يجب ان يكون من الغير.

والجواب عن هذا الاشكال إن القاعدة القانونية جاءت مطلقة في شمولها لكل من يريد التعامل في التركة المستقبلية، وتكون شاملة للشخص نفسه او غيره، وعندها يكون الاشكال ساقط من رأس.

وبالرجوع الى التعريفات التي سقناها في المطلب الاول والرأي المختار فيها للتركة، فان ما يكون موجود بيد الانسان الذي هو على قيد الحياة من الاموال تعد اموال خالصة، متى ما كانت مستوفية للشروط القانونية والشرعية، وله الحق في القيام بأي تعامل عليها مادام ذلك التعامل لا يخالف الآداب العامة والنظام العام، وتكون تركة كما اسلفنا في وجودها المستقبلي بعد الوفاة، وإن وجودها بعنوان املاك موصوفة بحق الملك التام، او تسمى تركة مناط ذلك بوفاة صاحبها، سواء كان ذلك الشخص مورث أم موصي، اما قبل وفاته فلا يمكن احتمالها ان تكون ميراثاً.

ومن الجدير بالذكر فإننا يمكن ملاحظة فرق بسيط في حظر التعامل بين كون الاموال التي بيد المورث كونها اموال حالة يحق له التصرف بها كيفما شاء، أو انها اموال مستقبلية لا يمكن التصرف بها، على وفق القاعدة التي حضرت مثل ذلك التصرف، مثلما إذا خشي على ورثته التنازع والخلاف بعد وفاته، عندها يقوم بتوزيعها عليهم حال حياته، ولكن هذا التوزيع ليس جزافياً، وإنما توزيع على وفق انصبة مبدعة موافقا لما هو الموجود في الشريعة الاسلامية والقانون، فيسلم لكل شخص من مورثيه المتوقعين بعد وفاته حسب نصيبهم المحدد على وفق الشريعة الاسلامية، وهذا جائز بلا خلاف لعدم مخالفته انظمة الميراث التي تعد من النظام العام ومع كل هذا لا بد من ملاحظة الامور الاتية:

١- اذا كان توزيعه لما اعطاه لهم وهو بكامل قواه العقلية وبأهليته الكاملة بنسب معينة مراعيًا فيها الاصول الشرعية فان ذلك التوزيع لا يعد تصرفاً او تعاملًا بتركة انسان على قيد الحياة، وانما هو نوع من الهبة او هدية وإن كانت على وفق الانصبة الشرعية او القانونية؛ لأن اصحاب الفروض لا يحصلوا فروضهم الا بعد الوفاة بحكم التقسيمات الموجودة في الشريعة الاسلامية، ومع هذا نسلم بالتقسيم الصحيح.



٢- لا يدخل تصرف الشخص المذكور انفا في التعامل المحظور لعدم تحقق العلة الكاملة في كون تلك الاموال ستكون مستقبلاً ميراثاً، بحكم الاحتمال الوارد في بيع امواله او الرجوع في وصيته او اتلافها ووصفها بعنوان تركة مستقبلية لا مبرر له، وعليه فان اي تصرف يقوم به من آلت اليه حصته باستلامه او تسجيلها في دائرة العقار، لا يكون هذا من قبيل التعامل في التركة المستقبلية، بل انه تعامل في اموال عائدته لشخص وهو حر بالتصرف فيها كونها ملكاً تاماً.

ثانياً: تصرف المالك في مرض الموت

يلجأ الكثير من الناس عندما يشعر بأن حياته على وشك الانتهاء، أو بعد تشخيص الاطباء لمرض ما هو فيه مرض الموت، واستحالة الشفاء منه، فعندها يبدوا بالأعمال والتصرفات في اموالهم، ولا تخلو هذه الاعمال والتصرفات من صور اهمها: قيام المريض ببيع امواله الحاضرة بيعاً حقيقياً لمورثيه، أو للغير، أو يكون البيع سورياً، أو تصرفاً في الوصية، أو هبة أو هدية، وكل صورة من هذه الصورة لها الحكم القانوني والشرعي، ومن اجل تناول بعض هذه الصور نستعرضها بالاتي:

١. صورة البيع الحقيقي ورعاية المصلحة

لا شك ان البيع الحقيقي بثمن حقيقي، أو بما يسمى مبادلة مال بمال يكون بلا شك تصرفاً صحيحاً، والتصرف في حالة من مرض الموت يساوي في تصرفاته تصرف الشخص السليم، هذا إذا ان كان البيع، او التصرف موافقاً للشروط القانونية والشرعية على شرط ان يكون المريض قادراً على رعاية مصالحه^(١)، وان كان مريضاً مرض الموت^(٢).

(١) "يُنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ الْعَجْزَ عَنْ ذَلِكَ مِنَ الْبَاطِنِ إِلَى الْمَسْجِدِ، أَوْ الدُّكَّانِ لِإِقَامَةِ الْمَصَالِحِ الْقَرِيبَةِ فِي حَقِّ الْكُلِّ؛ إِذْ لَوْ كَانَ مُحْتَرَفًا بِحِرْفَةٍ شَاقَّةٍ كَمَا لَوْ كَانَ مُكَارِبًا، أَوْ حَمَالًا عَلَى ظَهْرِهِ، أَوْ دَقَاقًا أَوْ نَجَّارًا، أَوْ نَحْوَ ذَلِكَ مِمَّا لَا يُمَكِّنُ إِقَامَتَهُ مَعَ أَدْنَى مَرَضٍ، وَعَجْزَ عَنْهُ مَعَ قُدْرَتِهِ عَلَى الْخُرُوجِ إِلَى الْمَسْجِدِ أَوْ السُّوقِ يَكُونُ مَرِيضًا، وَإِنْ كَانَتْ هَذِهِ مَصَالِحَهُ، وَإِلَّا لَزِمَ أَنْ يَكُونَ عَدَمُ الْقُدْرَةِ عَلَى الْخُرُوجِ إِلَى الدُّكَّانِ لِلْبَيْعِ وَالشَّرَاءِ مِثْلًا مَرِيضًا وَعَجْزٌ مَرِيضٌ بِحَسَبِ اخْتِلَافِ الْمَصَالِحِ ثُمَّ هَذَا إِنَّمَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ مَنْ كَانَ لَهُ قُدْرَةٌ عَلَى الْخُرُوجِ قَبْلَ الْمَرَضِ أَمَّا لَوْ كَانَ غَيْرَ قَادِرٍ عَلَيْهِ قَبْلَ الْمَرَضِ لِلْكِبَرِ، أَوْ عِلَّةٍ فِي رِجْلَيْهِ فَلَا يَظْهَرُ فَيُنْبَغِي اعْتِبَارُ غَلْبَةِ الْهَلَاكِ فِي حَقِّهِ" ينظر: علي حيدر خواجه أمين أفندي (المتوفى: ١٣٥٣هـ) تعريب: فهمي الحسيني، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ج٤، ط١، الناشر دار الجيل، ١٩٩١، ص١٢٨.

(٢) على وفق هذا قضت محكمة التمييز بقولها: "إذا لم يعجز المريض على رؤية مصالحه فلا يعتبر مرضه مرض موت وإن مات قبل مرور سنة على مرضه وتنفذ تصرفاته في جميع التركة بعد وفاته، ينظر: قرار محكمة التمييز المرقم ٢٤/هينة عامة اولى/٩٧٢ في ١٩٧٣/١٢/٢٣، النشرة القضائية، يصدرها المكتب الفني في محكمة التمييز، ع، ١٤، س، ٤، ١٩٧٤، ص٨٨، وكذلك قضت محكمة التمييز بان الخوف من المرض بانه سيموت فيه هذا الشرط لا بد من رعايته لكي تصبح تصرفاته غير نافذة، إذ قضت محكمة التمييز في قرار لها بالقول: وعلى ضوء ما تقدم قضت محكمة تمييز العراق (...لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية...اما الشرط الثاني وهو أن يغلب في المرض خوف الموت.. فهو بدوره لم يتوافر لدى المورث حيث لم يثبت انه كان يشعر بخطر الموت لانه في الواقع وكما جاء في شهادة الطبيب المعالج(ب) انه لم يثبت له ان مرضه كان بالسرطان إلا قبيل وفاته بأيام...وان المريض لم يكن يعلم بان مرضه كان من الامراض الخبيثة والتي يخاف منها الموت، كما ان الطبيب المذكور لم يعلمه بذلك كما تقضي بذلك قواعد المهنة وعليه فإن المورث كان يتصرف ويقوم بأعماله كما يقوم به الاصحاء دون ان يخالجه بخوف الموت من مرضه، ينظر:



فاذا ثبت أن المشتري قد دفع الثمن الحقيقي عن المبيع لمن هو في مرض الموت وكان الشخص مراعيًا وقادراً على ادارة مصالحه كما ذكر انفاً؛ اصبح البيع نافذاً ويسري هذا البيع بحق الورثة والغير ولا يحتاج الى اجازتهم، وسواء كان البيع لوارث أم لغيره، ولا سبيل ايضاً للدائنين الى الطعن فيه^(١).

ونرى ان السبب في عدم صحة الطعن في البيع من قبل الورثة أو من غيرهم في صورة هذا البيع؛ بحكم ان الورثة والدائنين تعلق ميراثهم وحقهم بكل اموال المتوفي (اعيان واموال)، وما باعه بصورته الحقيقية فإنه دخل ضمن أموال الشركة ونتيجته أنه سيدخل في الميراث.

فالورثة لا يهتمهم هذا البيع، بحكم أن الاموال التي وجدت ثم بيعت أو دخلت ضمن نطاق اموال المورث فإنها راجعة الى خرج واحد.

اما الدائنون فان ديونهم تتعلق بالميراث حتى قبل تقسيمه الى المورثين، وعلى وجه الدقة تعلق حقهم بالأموال تعلقاً يشابه الحق العيني التبعي، ولا يؤثر ذلك على حقهم في استيفاء ديونهم.

والسبيل لمعرفة أن المبيع كان حقيقياً تقديره هل يكون في وقت البيع، أم في وقت الموت وما هو الاثر القانوني المترتب على مثل هذا التصرف؟ يمكن الاجابة عنه بالاتي:

ان الاثر القانوني سيختلف حتماً، ولاسيما المريض في مرض الموت، فاذا كانت قيمة المبيع فيها محاباة اثناء اصابته بالمرض، بيد ان موته لا يكون الا بعد اكثر من سنة، إذ حينها من الممكن أن تكون قيمة التصرف تبدلت الى احد امرين: اما ان تكون في حدود الثلث او تكون اكثر من ثلث الشركة، ففي هذه الفرض فان وقت البيع

قرار محكمة تمييز العراق المرقم ١٩/٥-ع/٧٦ في ١٠/٧/١٩٧٦، نقلاً عن د. حبيب ادريس عيسى المزوري، تصرفات المريض مرض الموت، ٢، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٥، ص ٣٩-٤٠.

(١) ينظر: علي بن محمد البرزوي وعبد العزيز البخاري، كشف الاسرار على اصول فخر الاسلام، ج ٤، طبعة اسطنبول، ١٣٠٧هـ، ص ١٤٢٩، وانظر المادة (٣٩٤) من مجلة الاحكام العدلية إذ جاء فيها: "اذا باع المريض في مرض موته شيئاً لأجنبي بثمن المثل صح بيعه"، وكذلك ينظر: أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، كتاب الام، ج ٤، ط ١، المطبعة الأميرية، مصر، ١٣٢٢هـ، ص ٣٠، إذ جاء قوله: "وما كان من عطايا المريض على عوض أخذه مما يأخذ الناس من الاموال في الدنيا فأخذ به عوضاً يتغابن الناس بمثله ثم مات فهو جائز من رأس المال"، وكذلك ينظر: ابي عبدالله محمد الخرشى، شرح الخرشى على مختصر خليل، وشرح حاشية الشيخ على العدوي الصعيدي عليه، ج ٥، ط ٢، المطبعة الاميرية، بولان، مصر، ١٣١٧هـ، ص ٣٠٥، إذ يقول: "ان 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 اذا كان ذلك بغير محاباة"، وكذلك ينظر: ابن قدامة، المغنى، ج ٥، ص ٤٧٢، إذ جاء فيه القول: " وبيع المريض كبيع الصحيح في الصحة وثبوت الشفعة وسائر الاحكام اذا باع بثمن المثل سواء اكان لوارث او غير وارث"، وينظر: أحمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الزخار الجامع لعلماء الأمصار، ج ٥، ط ١، مكتبة الجاتحي، القاهرة، ١٩٤٧، ص ٣١٩، إذ جاء فيه القول: "وللمريض المعاوضة لا بغير فاحش فيكون قدر الغبن من الثلث"، وكذلك ينظر الحر العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج ١، بيروت، ١٩٦٠، ص ٣٦١، إذ جاء فيها القول: "والمريض ممنوع مما زاد على الثلث اذا تبرع به، اما لو عوض عليه بثمن مثله نفذ".



الذي يقدر فيه تصرف المريض هو وقت الموت لا وقت التصرف، فإذا تبين وجود محاباة بما يزيد على ثلث التركة بعد وفاة المتصرف، فالبيع لا يكون نافذاً بما يجاوز الثلث الا بإجازة الورثة^(١)، وتطبيقاً لهذا المعنى ذهبت محكمة التمييز العراقية في قرار لها بقولها "ان مورث المميز عليهما قد باع سهميهما من البستان الى شريكه المميز ببدل أقر بقبضه من المشتري نقداً وبما ان عقد البيع تصرف ناقل للملكية، وان هذا الاقرار جاء على سبيل التملك وليس على سبيل الأخبار، فيكون هذا التصرف في حكم الوصية فيما لو تحققت المحكمة من صدوره في مرض الموت"^(٢).

٢. صورة التصرف بثمن صوري

إذا صدر تصرف من المريض مرض الموت كالبيع مثلاً وكان المقصود منه البيع باقل من الثمن الحقيقي ومعنى ذلك محاباة بلا شك، فيأخذ هذا التصرف تكييفاً قانونياً وشرعياً في كونه وصية، ويلزم على إثر هذا التكييف أن يتم اخراج الوصية بعد أداء الديون المترتبة على ذمة اموال المتوفي، بيد أن الثمن المدفوع صورياً كيف سيتعامل فيه؟ والجواب عن ذلك يتضح في المثال الآتي:

لو فرضنا أن المريض بمرض الموت باع عقاراً يملكه بـ (٤٠) مليون في حين أن قيمته الحقيقية (٧٠) مليون، فسيكون (٣٠) مليون مقدار المحاباة، وهذا يعد تصرفاً مضافاً الى ما بعد الموت، وحكمه ان يأخذ حكم الوصية، ولا يسري التصرف الزائد الا بحدود ثلثه، ولا تنفذ فيما زاد عنها، الا بإجازة الورثة، وفي مثل هذا الفرض فان الـ (٣٠) مليون سينزل منها (١٠) مليون والباقي (٢٠) مليون يجب على المشتري دفعه؛ لان مقدار المحاباة (٣٠) مليون وثلثها يكون (١٠) مليون، وأما إذا رضوا الورثة بالبيع وأجازوه فلا شيء عليه^(٣).

وتعقيباً لما ورد آنفاً فإن المشرع العراقي في القانون المدني العراقي لم يكن بمنأى عن ايراد الاحكام المختصة في تصرفات المريض مرض الموت، لاسيما إذا كانت تلك التصرفات صادرة منه على نحو المحاباة، أو التبرع، فإنها تخضع لإحكام الوصية، إذ جاء في المادة (١١٠٩) منها القول:

١ - " كل تصرف ناقل للملكية يصدر من شخص في مرض الموت، مقصود به التبرع او المحاباة، يعتبر كله او بقدر ما فيه عن محاباة، تصرفاً مضافاً الى ما بعد الموت، وتسري عليه احكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى له.

(١) د. نعمان عبد الرزاق السامرائي، مرض الموت واثره في المعاملات، ط١، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، ١٩٩٣، ص ٢١.

(٢) قرار محكمة التمييز المرقم ٤٣٥/حقوقية ثالثة/٩٧٠ في ١٩٧٠/٥/٧ أشار اليه د. حبيب ادريس عيسى المروزي، تصرفات المريض مرض الموت، ط١، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١١، ص ١٦٥.

(٣) جاء في المادة (٣٩٤) من مجلة الاحكام العدلية: "إذا باع المريض في مرض موته شيئاً لا جنبي بثمن المتل، صح بيعه وان باعه بدون ثمن المتل وسلم المبيع كان بيع محاباة يعتبر من ثلث ماله، فان كان الثلث وافيا بها صح، وان كان الثلث لا يفي بها لزم المشتري اكمال ما نقص من ثمن المتل، فان اكمل لزم البيع، والا كان للورثة فسخه"



- ٢ - ويعتبر في حكم الوصية ابراء المريض في مرض موته مدينه وارثاً كان او غير وارث، وكذلك الكفالة في مرض الموت".
ولنا على النص المذكور انفاً الملاحظات الآتية:
- ١- لم يتعرض المشرع العراقي في التصرف الناقل للملكية اذا كان الثمن بمقدار المبيع مثلاً، واوكل حكم التصرف بالمثل الى احكام الشريعة الاسلامية، وكما ذكرنا سلفاً بان هذا التصرف صحيح ونافذ بحق الورثة والدائنين ايضاً.
 - ٢- لم يحصر المشرع التصرفات بالمحاباة والتبرع فحسب، وانما فتح الباب لأي تسمية ممكن ان تقع من قبل المتصرف في مرض الموت وانها تأخذ حكم الوصية كالبيع الصوري مثلاً.
 - ٣- تعد المحاباة والهبات وغيرها من التصرفات والتعاملات الواقعة على التركة المستقبلية، ومع هذا اجازها المشرع العراقي عن اطلاق المادة ٢/١٢٩ من القانون المدني العراقي، وان كانت الاجازة في حدود القانون بالثلث تبعاً لإحكام الشريعة الاسلامية.
 - ٤- شمل المشرع العراقي الاسقاطات والابراءات مطلقاً التي تكون صادرة من كان في مرض الموت والحق حكمها بالوصية، وكان اولى بالمشرع العراقي أن يفرق بين الاسقاطات الواقعة على نحو الانشاء، والاسقاطات الواردة على نحو الاخبار التي سنتعرض لها في الفرع الآتي.

ثالثاً: تصرفات المورث المريض مرض الموت على وجه الاخبار

قد يجري المريض مرض الموت بعض التصرفات القانونية، ويخبر عنها في مدة مرض الموت، بيد ان هذه التصرفات تأخذ احكام الوصية؛ لأن المريض قصده منها تملك الغير، مثلاً إقراره بان عليه دين لشخص ما، وارثاً ام غير وارث، وهذا الاقرار منشئاً للدين، فعندها يأخذ مثل هكذا اقرار حكم الوصية بمقتضى المادة (١/١١١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) المعدل التي جاء فيها القول: "اذا اقر شخص في مرض موته بدين لو ارث او لغير وارث، فان جاء اقراره على سبيل التملك كان بحكم الوصية".
وعلى وفق هذه المادة من القانون المذكور انفاً قضت محكمة التمييز العراقية في قرار لها بالقول: "إذا صدر الاقرار في مرض الموت ولم يكن هناك سبب لصدوره من وجود دين او حق للمقر له بذمة المقر، فيكون اقراراً على سبيل التملك، لاتجاه نية المقر الى التبرع والمحاباة للمقر له فيخرج مخرج الوصية، وينفذ في ثلث التركة، فأن توفر سبب للدين او الحق قبل صدور الاقرار كان الاقرار على سبيل الاخبار وينفذ في جميع التركة"^(١).

(١) قرار محكمة تمييز العراق المرقم ٢٤٨/استئنافيه/٩٨٧ في ١٩٨٧/٩/٣٠. منشور في مجلة الاحكام العدلية، و اشار اليها د. حبيب الدريس المروزي، مصدر سابق، ص ١٢٩.



- وتعليقاً على القرار التمييزي المذكور انفاً يتضح لنا الاتي:
- ١- ان في حالة اقرار الشخص في مرض موته لآخر إذا كان بقصد التملك له؛ فإن هذا الاقرار يأخذ حكم الوصية ولا ينفذ سوى حدود الثلث.
 - ٢- اما إذا كان الاقرار زائداً عن الثلث فان الزائد يتوقف فيه على اجازة الورثة.
 - ٣- اما اذا كان الاقرار في دين سابق على اقراره به، فان الحكم فيه ينفذ في جميع التركة؛ بحكم أن الاقرار جاء على سبيل الاخبار الكاشف عن الدين ولم يكن منشأً للدين في مرض الموت حتى يأخذ حكم الوصية في الثلث.

رابعاً: الاخبار عن التصرفات النافذة في جميع التركة

قد يجري المريض مرض الموت بعض التصرفات قبل مرضه بمدة ولو كانت مقارنة لمرضه، ويخبر عنها في مرضه المميت، وهذا الاخبار ليس منشأً للتصرف وانما كاشفاً عنه، مثلما اخبر بأن عليه دين مضى عليه مدة من الزمن قبل مرضه، ولم يخبر به احداً من اهله أو اقاربه، بيد أنه اخبر به على سبيل التذكير بما قام به من تصرف في حياته قبل مرضه؛ فان هذا الاخبار ينفذ في جميع التركة ولو كانت التركة مستوعبة للدين برمتها، إذ جاء على وفق المعنى المذكور انفاً في عجز المادة (١/١١١) القول: ".... وإن جاء على سبيل الاخبار أو كان اقراراً بقبض امانة له، أو استهلاك امانة عنده ثبتت بغير اقراره نفذ الاقرار في جميع ماله ولو لم تجز الورثة، وتصديق الورثة الاقرار في حياة المورث ملزم لهم".

واما نفاذ اخباره بحق الغرماء في استيفاءه دين له بذمة شخص اخر فإننا نفرق

بين امرين:

أولهما: اذا كان الاخبار عن استيفاء دينه عندما كان سليماً فانه ينفذ بحق الجميع. وثانيهما: اخباره عن استيفاء دينه في مرض الموت؛ فان هذا الاقرار لا ينفذ بحق الغرماء، إذ جاء في هذا السياق على وفق المادة (١١١٢) من القانون المدني العراقي بانه:

"١ – اذا اقر شخص في مرض موته بانه استوفى ديناً له في ذمة احد، فان كان الدين قد ثبت في ذمة المدين حال صحة الدائن نفذ الاقرار في حق غرماء الصحة، اما اذا كان الدين قد ثبت في ذمة المدين حال مرض الدائن، فلا ينفذ الاقرار في حق هؤلاء الغرماء.

واما المصروفات والديون التي لحقت من جراء تطيبه في مدة مرضه واستلزم الحال ان يفترض للمعالجة والاستطباب وغيرها من الامور التي تخص مرضه وقد تطول هذه المدة فان هذه التصرفات عالجتها المادة (٢/١١١) من القانون المدني العراقي بالرقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل وذلك بقولها: "ولا يستحق المقر له ما اقر به المريض وفقاً لأحكام الفقرة السابقة، الا بعد ان تؤدي ديون الصحة ويعتبر في حكم ديون الصحة الديون التي ثبتت في ذمة المريض وقت



المرض بغير اقراره فتؤدي هي ايضاً مع ديون الصحة قبل الديون التي ثبتت بإقرار المريض في وقت مرضه".
الفرع الثاني: طرق التعامل في التركة المستقبلية الصادرة من الوارث او من الغير واحكامها.

تعد بعض التعاملات في التركة المستقبلية من النظام العام، ولاسيما في حالة المساس بما هو مقرر في الانصبة الشرعية في الميراث، أي: تقسيم التركة في حياة المورث على نحو غير القسمة التي فرضها الله في القرآن الكريم او السنة النبوية^(١).

أما إذا كان التصرف في اموال المورث في حياته من قبل الوارث، فان التصرف يأخذ تكييفاً قانونياً آخر، ولعل البحث في هذه الجزئية من اهم المطالب في بطلان التركة المستقبلية؛ ومن أجل التعرف على ما تكتنزه هذه التصرفات سنبحث في هذا المطلب في الفرع الاول التصرفات التي لا تؤدي الى بطلان التعامل فيها ثم نرجع الى التصرفات التي يكون مؤداها البطلان.
اولاً: تعامل الوارث بالتركة في حياة المورث.

قد ينفق الورثة قبل موت مورثهم على جملة من الامور التي تعد مساساً بالتركة المستقبلية بما يصح التعامل فيه، ومنها ما يعد مخالفاً لإحكام الميراث، وهي بذلك تخالف النظام العام، او يكون تعاملهم على التركة بالتصرفات على المحل المعدم ونقصد به التركة المستقبلية التي تكون اهم الموارد التي منعت التعامل فيها، ومن اجل استعراض هذه الامور بتفصيلاتها نذكر الاتي:

(١) ذهبت محكمة النقض المصرية في قرار لها بالقول: "إذا كان الحكم المطعون فيه قد نهج في تكييف العقد محل التداعي تكييفاً صحيحاً ولم يخرج في تفسيره عما تحتمله نصوصه فلقد استخلص من عباراته الظاهرة أن تصرف الأب المطعون ضده لابنه الطاعن في حق الانتفاع بالأرض الزراعية التي سلمها إياه كان بغير عوض مما يعتبر من التصرف تبرعاً أي هبة، وقد وقعت الهبة تركة مستقبلية، وكان من المقرر أن تعيين الورثة وأنصبتهم وانتقال الحقوق في التركات بطريق التوريث لمن لهم الحق فيه شراء مما يتعلق بالنظام العام وتحريم التعامل في التركات المستقبلية بأي نتيجة لهذا الأصل، فلا يجوز قبل وفاة إنسان الاتفاق على شيء يمس بحق الإرث والا كان الاتفاق باطلاً، وكان الحكم قد استدل على قيام ذلك السبب غير المشروع، وهو الباعث الدافع إلي التبرع؛ بما ورد في الاتفاق من بيان صريح يفصح عن أن ما تسلمه الابن الطاعن من أرض زراعية يمثل مقدار نصيبه ميراثاً عن أبيه الذي لم يزل علي قيد الحياة، ومن اشتراط على هذا الابن بعدم المطالبة بميراث أرض أخرى من بعد وفاة الأب، وهو ما يعد استدلالها سانغاً له مأخذه الصحيح من واقع ما أثبت بالاتفاق الذي انعقد بين الطرفين، فان الحكم يكون قد التزم صحيح القانون في تفسير الاتفاق وتكييف التصرف الثابت به الذي لحقه البطلان" ينظر محكمة النقض المصرية، الطعن رقم ٦٢٦ لسنة ٤٦ قضائية، جلسة ١٩٧٩/١١/٢٩، ذكر القرار د. محمد بكري العزمي، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، المجلد السادس، دار محمود للنشر والتوزيع، ٢٠١٨، ص ٩٣.



- قد يتصرف الورثة بالتركة التي يمكن ان تؤول لهم مستقبلا تصرفا امام انظار المورث قبل موته، ومنع التصرف في هذا النطاق من التعامل؛ لوجود علة مفادها: ان التصرف في التركة في حياة المورث تعد مضاربة على حياته^(١).
- ونرى امكانية استبعاد هذا التعليل من حيز التصرف الممنوع على وفق الاتي:
- ١- في مضمون القاعدة الفقهية المعروفة "الناس مسلطون على اموالهم"، وبذلك فان هذا التصرف جائز^(٢).
 - ٢- اذا كان المورث عنده ما يبرر التصرف المذكور قبل الورثة وذلك لما فيه من الاسباب المعقولة يعني هذا ان التصرف فيها جائز؛ ولذا يمكن له ان يبيح تصرفاتهم في الاتفاق على تدبير الشؤون المتعلقة بالتركة مما يحتمل ان تؤول اليهم مادام المورث قد اقر لهم بذلك^(٣).
 - ٣- من المحتمل ان التصرف الوارد على التركة ان يكون المورث سليماً ومعافى ويكون تصرفهم بمقتضى ارادته، والتكليف القانوني يكون بموجب الوكالة، أو قد يكون بموجب التصرف الفضولي، وحينها لا اشكال في هذا التصرف كونه تصرفاً موقوفاً على من بيده الاجازة، واما اذا كان التصرف المذكور انفا والمورث في مرض الموت فلا اشكال ان يأخذ حكم الوصية مثلما ورد في القانون المدني العراقي^(٤).
 - ٤- القاعدة التي منعت التصرف في التركة المستقبلية لا تتناول حياة المورث حتى يقال ان هذا التعامل فيه سائبة المضاربة على حياته، بل ان القاعدة تحظر التعامل بالأموال التي يمكن ان تؤول تركة.

(١) د. انور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام " مصادر الالتزام"، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٥، مصر، ص ١٢٧.

(٢) هذه القاعدة مستنبطة من الرواية المعروفة المشهورة في أسن فقهاء المسلمين، عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال: "ان الناس مسلطون على اموالهم"، وفي رواية أخرى عن ابي عبد الله الصادق عليه السلام قال: "ان لصاحب المال ان يعمل بماله ما شاء، ما دام حيا ان شاء وبيه، وان شاء تصدق به، وان شاء تركه الى ان يأتيه الموت"، وأيضاً روي عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال: الناس مسلطون على اموالهم، وقال لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس منه"، ينظر محمد بن الحسن الملقب بالحر العاملي، وسائل الشيعة الى مستدرك الشريعة، المكتبة الاسلامية، ج ١٣، أبواب أحكام الوصايا- الباب ١٧،- الحديث ١، لبنان، ١٩٧٧.

(٣) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مج ١، نظرية الالتزام بوجه عام، ط ٢، دار نهضة مصر، ٢٠١١، ص ٣٧٨.

(٤) ينظر نص المادة ١١١٠، ١١١١ من القانون المدني العراقي بالرقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل، إذ جاء فيهما الاتي على الترتيب: المادة (١١١٠) ليس لأحد ان يؤدي دين احد غرمانه في مرض موته ويبطل حقوق باقيهم، ولكن له ان يؤدي ثمن المال الذي اشتراه او القرض الذي استقرضه حال كونه مريضاً . (المادة ١١١١) اذا اقر شخص في مرض موته بدين لوارث او لغير وارث، فان جاء اقراره على سبيل التمليك كان بحكم الوصية، وان جاء على سبيل الاخبار او كان اقراراً بقبض امانة له او استهلاك امانة عنده ثبتت بغير اقراره نفذ الاقرار في جميع ماله ولو لم تجز الورثة، وتصديق الورثة الاقرار في حياة المورث ملزم لهم - 2 . ولا يستحق المقر له ما اقر به المريض وفقاً لأحكام الفقرة السابقة، الا بعد ان تؤدي ديون الصحة ويعتبر في حكم ديون الصحة الديون التي ثبتت في ذمة المريض وقت المرض بغير اقراره فتؤدي هي ايضاً مع ديون الصحة قبل الديون التي ثبتت باقرار المريض في وقت مرضه.



ويظهر مما ذكر انفاً ان تعليل المضاربة على حياة انسان على قيد الحياة غير صحيح وغير مجدي لان يكون تعليلاً أو حكمة من اجلها شرعت القاعدة القانونية وهي بذلك غير مخالفة للأداب او النظام العام.

ومن التصرفات الجائزة في التعامل على التركة، أن يتفق الوارث المحتمل مع شركاءه الوارثين المحتملين أن يصلحهم على مبلغ معين على محل التركة الموهوبة له من قبل المورث بشرط ان لا يطالبوه في التركة مستقبلاً اذا آلت اليه، وبهذا التصالح اصبحت هذه التركة الموهوبة له مشروطة بالمصالحة، فيعد هذا تصرفاً من قبل المورث في حياته بالأموال الحاضرة وتعاملاً بالتركة المستقبلية وأنه جائز، وبموجب هذا ذهبت محكمة استئناف الاسكندرية الى قولها: "أن الأم اذا وهبت ابنها جميع املاكها واشترطت عليه أن يكتب لأخته سنداً بهذا المبلغ، إذ يعتبر تصرف الأم هبة مال حاضر لا يدخل في تركة مستقبلة وقد اقترنت الهبة بشرط لصالح الأخت"^(١).

وقد يتصرف الورثة في التركة المستقبلية ويعد تصرفهم ممنوعاً وغير جائز، مثلما ادخل وارث وهو ليس بوارث، ويعد هذا التصرف مخالفاً لنظام تقسيم الارث، الذي بموجبه اعطى الله كل ذي حق حقه، فلا يجوز ان يدخل من خارج حدود الارث ونظامه الذي رسمه الله في الشريعة الاسلامية السحاء، وعلى إثر هذا فان محكمة النقض المصرية ذهبت الى بطلان التصرف في ادخال وارث هو ليس بوارث اصلاً أو التحايل على وفق هذا المضمون وذلك بقولها: "إن كون الإنسان وارثاً أو غير وارث، وكونه يستقل بالإرث أو يشركه فيه غيره إلى غير ذلك من أحكام الإرث وتعيين الورثة وانتقال الحقوق في التركات بطريق التوريث لمن لهم الحق فيها شرعاً، كل هذا مما يتعلق بالنظام العام والتحايل على مخالفة هذه الاحكام باطل بطلاناً مطلقاً لا تلحقه الاجازة، ويحكم القاضي به من تلقاء نفسه، في أي حالة كانت عليها الدعوى، وتحريم التعامل في التركات المستقبلية يأتي نتيجة لهذا الاصل، فلا يجوز قبل وفاة أي انسان الاتفاق على شيء يمس بحق الارث عنه، سواء من جهة ايجاد ورثة غير من لهم الميراث شرعاً او من جهة الزيادة او النقص في حصصهم الشرعية، او التصرف في حق الارث قبل انقائه وتوزيعه لمستحقيه، بل جميع هذه الاتفاقات وما شابهها مخالف للنظام العام"^(٢).

أما الاتفاقات التي تبرم بين الورثة على التركة بعدم اخراج الوصية منها، او الاتفاق على عدم المطالبة بالوصية فيما اذا كانت تؤول لبعضهم، واضح بطلانها لا من جهة ان هذا تعامل على التركة المستقبلية بنفسها، وانما من جهة ان هذه الاتفاقات تشابه الى حد ما عدم تنفيذ الدين مطلقاً لأي شخص دائن وما يتفق به على هذا النحو يعد هذا اخلاقاً بمبدأ تنفيذ الالتزام، وبما ان الوصية تعد بحكم الديون الممتازة التي

(١) موسوعة القضاء والفقهاء للدول العربية، المجلد ٤٩، الدار العربية للموسوعات القانونية، ١٩٧٥، ص ٥٠١.

(٢) طعن رقم ٢ لسنة ٤ جلسة ١٤-٦-١٩٣٤، القرار ذكره د. محمد بكرى العزمي، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، دار محمود للنشر والتوزيع، ٢٠١٨، ص ٣٧١.



تستخرج قبل انتقال الميراث الخالص الى الورثة، فان عدم تنفيذ الوصية يعد اخلاقاً بالنظام العام.

بيد ان ما ذكر انفاً ليس على اطلاقه، فقد يتفق الورثة فيما بينهم اذا كانت هناك وصية بجميع الاموال، أو يتفقوا مع الموصى له بعدم تنفيذ الوصية ان كانت بجميع الاموال للوارث (على رأي من يقول بصحة الوصية للوارث)، او يكون الاتفاق للموصى له على ان لا تنفذ الوصية الا بحدود الثلث، وهي بذلك تكون موافقة للنظام العام، وهذه الاتفاقات تحصيل حاصل لمل تول اليه التركة^(١).

واما حكم الاتفاق في توزيع الميراث على غير ما هو مقرر في توزيع الانصبه بحسب الفروض والسهام المقررة في الشريعة الاسلامية، فان أي اتفاق من هذا القبيل يعد مخالفاً للنظام العام، سواء أكان هذا الاتفاق في حياة المورث أم بعد وفاته، الا ان الامر مختلف حينما تصبح التركة خالصة وحينها فيما ان تخضع لنظام التخرج، او تخضع لمبدأ الرضا بطريق الصلح بين الوارثين، وحينئذ يعد التعامل في تركة حاضرة ومملوكة، وهذا التعامل متيسر، ولا يحتاج الى دليل، فكم من دعاوى التي ذهبت الى ازالة الشبوع بالتراضي.

ومن نافلة القول ان نذكر مثلاً في التعامل على التركة المستقبلية فيلحقه البطلان على ما ذكره الاستاذ الدكتور السنهاوري (ره) وهو:

اذا اتفق زوج مع زوجته بان يتفقا في عقد بيع بجميع ما تملكه بشرط أن يمتلك هذه الاموال بعد وفاتها، ومقابل ذلك أن يحرر هو عقد بيع بجميع املاكه وتتملك جميع ما يملك اذا مات قبلها، والدكتور السنهاوري (ره) ذهب الى تكيف هذا التبادل على انه تبادل منفعة معلق على الخطر والغرر، وانه اتفاق يقصد به حرمان ورثة كل منهما الحقوق الشرعية المعتبرة في الاسلام وعد ذلك بانه اتفاق باطل. ولنا جملة من الملاحظات على هذا الرأي من اهمها ما يأتي:

١- لو صح المثال المذكور انفاً واصبح واقعة قانونية فعلية، فانه بعد تحرير العقد الصحيح المكتمل الاركان والشرائط يكون معلق على اجل واقف؛ بحكم أن الالتزامات الصحيحة اذا تمت بالنظر الى نفس العقد بما هو هو دون اوصافها، فان العقد يأخذ جهتين اولهما: ان التبادل المذكور هو تبادل مال بمال وهذا هو عين البيع، وثانيهما ان التراضي المأخوذ بنظر الاعتبار جعل من الالتزام في الواقعة القانونية وهو البيع التزاماً مكتمل الاركان والشروط، الا ان موعد التسليم في مفروض المسألة مؤجل الى ما بعد الموت.

(١) ينظر نص المادة ١١٠٩ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل التي جاء فيها: "١- كل تصرف ناقل للملكية يصدر من شخص في مرض الموت، مقصود به التبرع او المحاباة، يعتبر كله او بقدر ما فيه عن محاباة تصرفاً مضافاً الى ما بعد الموت، وتسري عليه احكام الوصية اياً كانت التسمية التي تعطى له - 2. ويعتبر في حكم الوصية ابراء المريض في مرض موته مدينه وارثاً كان او غير وارث، وكذلك الكفالة في مرض الموت".



٢- لو فرضنا ان البيع المذكور انفا في التركة باطل وحينها يمكننا ان نوجه التبادل الموجود بين الطرفين باعتباره هبة مشروطة بالموت لأي واحد منهما، اذ ان الشرط الموجود يؤسس على ان احدهما باق لا محال.

٣- وتأسيساً لما ذكر انفاً فان هذا التصرف والتعامل على التركة، يأخذ تكييفاً قانونياً آخر على أنه وصية، وانه لا يقع في حالة موت احدهما التبادل الكلي للمال؛ بحكم القاعدة الفقهية بان الوصية لا تصح الا بالثلث، وفي مفروض الفرض ان البيع تم بالكل فيرجع به الى احكام القانون المدني التي اشارت على أن أي تصرف ناقل للملكية يعد وصية، وهذا التكييف يكون بناءً على القول بأن احدهما كان مريض مرض الموت، ولكن الامر يختلف في حالة اذا كان احد الزوجين سليماً معافى ثم مات بعد مدة من الزمن فإن البيع نافذ من قبيل تصرف الانسان في تركته الحاضرة، ولا يعد تصرفاً مضاف لما بعد الموت او بالتركة المستقبلية جل ما في الامر ان التسليم مشروط بالوفاة^(١).

ثانياً: التصرف في التركة قبل القسمة

قد يذهب بعض الورثة الى تقسيم الميراث قبل توزيع الديون وما يتعلق بالميراث، ويعد هذا التصرف في التركة ما بعد الموت، ويكون حكم التصرف موقوفاً على رضی الدائنين فرضاً اولاً، فاذا اجازوا هذا التصرف يكون التصرف حينئذٍ جائز على وفق القاعدة الاجازة السابقة بحكم الوكالة السابقة.

وفي فرض ثانٍ يمكن ان يقال ان التصرف قبل القسمة صحيح، بناءً على القول أن الناس في كثير من الاحيان عندما تسمع فلاناً مات يبادروا بإسقاط وإبراء الديون عنه من منظور الشفقة والرحمة، وعندها ايضاً يكون تصرف الورثة في الميراث صحيحاً لتصرفهم في ملكهم بعد الإبراء^(٢).

وما ذكر انفاً يطابق ما تقرره القوانين على وفق القواعد العامة من انقضاء الالتزام بالإسقاط او الإبراء من الديون؛ مما يؤدي بنتيجته الى أن التعامل بالتركة قبل التقسيم يقع صحيحاً وناظراً بحق الغير، حتى وان سكت المورث او الوارث عن قبول الإبراء، فيكون الإبراء نافذاً بحقه وبحق الغير، ولا يحتاج الإبراء عندها الى قبول من قبل المورث او الوارثين^(٣).

(١) ينظر المادة ١١٠٩ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل التي جاء فيها القول: "كل تصرف ناقل للملكية يصدر من شخص في مرض الموت، مقصود به التبرع او المحاباة، يعتبر كله او بقدر ما فيه عن محاباة تصرفاً مضافاً الى ما بعد الموت، وتسري عليه احكام الوصية اياً كانت التسمية التي تعطى له".

(٢) د. عمر عبدالله، احكام التركات والموارث في الشريعة الإسلامية، دار المعارف، ١٩٦٦، ص ٥١-٥٢.

(٣) ينظر نص المادة (٤٢٢) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) المعدل التي جاء فيها القول: "١- لا يتوقف الإبراء على قبول المدين، لكن اذا رده قبل القبول ارتد، وان مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته، ٢. ويصح ابراء الميت من دينه".



واما القول بالبطلان فراجع الى ان التقسيم او التعامل بالميراث قبل قسمته مبني على ان الدائنين او الورثة لا يجيزوا التصرف والتعامل في الميراث قبل استيفاء الديون والوصية وما يترتب على مقدمات تخص الميت من تجهيز وتكفين وما شابه ذلك. وبالرجوع الى القانون المدني العراقي (٤٠) لسنة (١٩٥١)، إذ وضع حداً للنزاع في التعامل في التركة قبل قسمتها وبعدها، إذ تضمنت المادة (١١٠٧) من القانون المذكور انفاً بجواز التصرف بالتركة قبل سداد الديون، بل قبل قسمتها، وكذلك التعامل عليها والتصرف فيها كترتيب حقاً عينياً عليها ورهنها وما شابه ذلك. واما حق ملاحقة التركة ومطالبة الديون المترتبة على التركة على وفق المادة المذكورة فإنه يتساقط بعد مرور ثلاث سنوات، وبعد هذه المدة لا يحق للدائنين استيفاء ديونهم من التركة، او ملاحقتها بيد من تكون، إذ جاء في المادة المذكورة القول الاتي:

"١ - لدائني التركة العاديين وللموصي لهم ان يلاحقوا لاستيفاء حقوقهم في التركة التي نقلت الورثة ملكيتها للغير، او رتببت للغير، او رتببت عليها حقوقاً عينية.

٢ - ويسقط حقهم هذا بعد انقضاء ثلاث سنوات من موت المدين، فإذا انقضت نفذ تصرف الورثة في التركة قبلهم، الا اذا كان التصرف قد صدر تواطؤاً مع الغير للإضرار بهم".

والملاحظات التي نسجلها على المادة المذكورة انفاً ما يأتي:

١- واضح ان المادة المذكورة نقلت الدين العادي الى دين ممتاز في احقية استيفاءه من التركة وازداد قوة بمجرد موت المورث؛ وذلك في اعطائهم حق اولوية وتتبع لهذا الدين.

ونرى ان الحق في الدين على حد سواء ديناً عادياً ام ديناً ممتازاً، يجب استيفاءه من التركة وهما حقان قويان متساويان ومتأكدان في موارد التركة، نعم قد يكون حق الامتياز له الاولوية في الاستيفاء قبل حق الدائن العادي فيما اذا وجد هذا الحق على التركة، الا ان حق الدائنين العادي له نفس الميزة اذا كان موجوداً من دون الدين الممتاز، إذ يعبر عنه (حق في ان يملك)، والدين على التركة يصبح مشابه الى حد ما الحقوق العينية التبعية، بل هو بعينه ديناً ممتازاً له حق الاولوية، بيد انه لم يذكر في الحقوق الممتازة التي وجدت في القانون المدني، الا ان اعطاءه حق الاولوية والتتبع في المادة المذكورة انفاً يصبح من الديون التي نص عليها القانون ضمناً وليس صراحة، ونرى وجه عدم سقوطه بالأجل الذي رسمه المشرع العراقي في ثلاث سنوات غير صحيح وذلك للأسباب الآتية^(١):

أ- عندما وجد الالتزام على المورث في الدين كان المورث محل ثقة من الدائنين، اي أن شخصية المورث كان لها محل اعتبار، وبموته اصبح محل الثقة عندهم غير موجود بموته، والتركة بما فيها من وعاء برمتها يمكن ان تحل محل

(١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة بالفقه الغربي، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية، ١٩٥٤، ص ٣٣.



المورث فعندها يتبدل الحق الشخصي من ذمة المدين (المورث) الى الحق العيني؛ ليمكن الدائنين تتبع ديونهم اين ما حلت على جميع الميراث.
ب- فضلا من ان حق الدائن في التركة ليس هو الحق نفسه في حال حياة المورث، إذ الموت زاد الدين قوة ليصبح شبيه بالرهن المأخوذ على التركة ليكون اكثر ضماناً للدائن وهذا الضمان: هو ضمان عام يقيد ويكبل حق الوارثين ويستبعد في الوقت نفسه حق الورثة بالتصرف فيها باي نحو من الانحاء، الا برضا الدائن، وهذا الحق شبيه بالرهن العيني التبعية بصورة عامة كما ذكرت انفاً.

ت- واذا سلمنا بان الحق بقي على ما هو عليه حقا شخصيا على الوارث يمكننا ان نطرح سؤال مفاده ما هي الحماية القانونية للحق الشخصي مقابل تصرف الوارثين وكيف يباح لهم التصرف في عناصر الذمة المالية للمورث وهم في الوقت نفسه غير ملزمين بإداء ديون مورثهم من ذمهم الشخصية؟

وتأسيساً على ما ذكر آنفاً، فإنه يمكن القول: بأن حق الدائنين هو حق عيني تبعية، او نقل حق امتياز على التركة، لما هو مقرر بنص المادة (٨٧) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩) المعدل العراقي التي نصت على ما يأتي: "الحقوق التي تتعلق بالتركة بعد وفاة المورث اربعة مقدم بعضها على بعضها وهي: ١. تجهيز المتوفي على الوجه الشرعي، ٢. قضاء ديونه وتخرج من جميع ماله، ٣. تنفيذ وصاياه وتخرج من ثلث ما بقي من ماله. ٤. اعطاء الباقي الى المستحقين"، وبذلك يعد هذا الحق قيماً على حقهم في الميراث، وله حق الاولوية والتتبع، فضلاً عن أن ليس لهم الحق في تملك التركة مادامت مشغولة بحق الغير وبمعنى اخر: ان هذه الاموال الموجودة بين ايديهم يمكن أن تكون بيدهم اموال امانة او انها حقوق للغير لا يمكن التصرف فيها مادامت مشغولة بحق الغير، وعلى اثر هذا يلزم القول بان حق الدائنين لا يتساقط في المدة المذكورة، بل لا بد ان يكون التساقط فيه تبعاً لما موجود من جزئيات من عقارات ومنقولات في وعاء التركة، هذا كله اذا كان صاحب الدين معلوم ومعروف لدى المورثين، اما اذا كان الدائن لم يعرف او لم يعلم بوفاة مدينه، وقسمت الاموال فتكون ذمة الوارثين ضامنة وعلى اقل التقدير بتساقط خمسي^(١).

ويظهر مما سبق في التكييف القانوني المذكور انفاً في حق الدائنين كونه حقاً عينياً بموجبه يخول حق الدائنين تتبع حقهم بيد من يكون هو الاصلح، وعلى وفق هذا

(١) يُقصد بالحق العيني والحق الشخصي : الحق العيني (droit reel) هو سلطة معينة يعطوها القانون لشخص معين على شيء معين . أما الحق الشخصي (droit personnel) فهو رابطة ما بين شخصين ، دائن ومدين ، يخول الدائن بمقتضاها مطالبة المدين باعطاء شيء أو بالقيام بعمل بالامتناع عن عمل ، ولازال التمييز ما بين الحق العيني والحق الشخصي من أهم المسائل الرئيسية في القانون المدني . ولم تجد محاولات بعض الفقهاء في هدم هذا التقسيم . وهؤلاء الفقهاء فريقان : فريق يقرب الحق العيني من الحق الشخصي ، وفريق لآخر على النقيض من ذلك يقرب الحق الشخصي من الحق العيني . ينظر د. عبد الرزاق السنهوري مصادر الالتزام. وكذلك : د. حشمت أبو ستيت بك : نظرية الالتزام ، القاهرة سنة ١٩٤٥، ص ١٠.



ذهبت محكمة الطعن المصرية في قرار لها الى هذا التكيف بقولها: " إن نص المادة الرابعة من قانون المواريث المصري يدل على ان التركة تنفصل عن المورث بوفاته، ولا تؤول بصفة نهائية الى الورثة الا بعد أداء مصاريف تجهيزه، وتجهيز من تلزمه نفقته وما عليه من ديون للعباد وما ينفذ من وصاياه، ومن هنا كانت قاعدة لا تركة الا بعد سداد الدين، وموداها ان تظل التركة منشغلة بمجرد الوفاة بحق عيني تبقي لدائني المتوفى يخولهم تتبعها لاستيفاء ديونهم منها"^(١).

- ٢- عومل حق الموصي له معاملة الدائن العادي في استيفاء حقه من التركة في تساقط حقه بلا مطالبة بمدة ثلاث سنين، ونرى ما ذكر في الدائن ينطبق على الموصي له، لاسيما اذا كانت الوصية مكتوبة او عُلمت من قبل الورثة.
- ٣- لو تصرف الوارث في التركة مباشرة بلا رضا الدائنين، فان تصرفهم موقوف على رضا الدائنين، والاجازة تكون على وفق القواعد المقررة في القوانين المدنية لمن له الحق في الاجازة الا ان المشرع العراقي عد التصرف صحيحاً بعد ثلاث سنوات من عدم مطالبة بالدين من تاريخ الوفاة، وبهذا يكون القانون يكون اعطى الاجازة في التصرف، وعلى وفق ما ذكرنا فان الحق الموجود على التركة على انه حق عيني لا يمكن التنازل عنه الا بأذن صاحبه، ولا يمكن القول بانه لا يمكن ابقاء التركة معلقة الى ما شاء الله، إذ يمكن الاجابة على ان الحق العيني يتبع للأحكام الخاصة به، ومن احكامه بانه حق دائم يمنح صاحبه حق التتبع عليه بيد من يكون وتكون ذمة الوارثين مشغولة بهذا الحق بالتضامن بين الورثة.

النتائج والمقترحات

اولاً: النتائج

- ١- التركة المستقبلية لا تسمى تركة الا بعد تصفيتها من كل الديون على وفق القول المعروف " لا تركة الا بعد سداد الديون"، وقبل ذلك لا تسمى تركة وعليه سار الفقه والقضاء.
- ٢- عدم جواز التعامل بالتركة بالمستقبلية ليس مطلقاً، بل يمكن ان تكون هناك تصرفات يحق للوارث او المورث التصرف فيها بل حتى للغير التصرف فيها ويكون التصرف فيها ليس ممنوعاً.
- ٣- عدم جواز التصرف في التركة المستقبلية الوارد في المادة (١٢٩) من القانون المدني العراقي، مفهومه واسع يشمل كل التصرفات الواردة على الارث ومن ضمنها الوصية والتصرف في الاموال التي تحت يد المريض مرض الموت والتي تعد بعض تصرفاته فيه صحيحاً، كسداد الديون والاسقاطات والابراءات.

(١) ينظر قرار محكمة النقض المصرية بالرقم ٢١ لسنة ٤١ ق احوال شخصية، في ١٤-١-١٩٨٦، ينظر: محمود ربيع ود. محمد عبد الحميد الالفي ، قانون الاحوال الشخصية والمواريث وقوانين الاسرة ، دار محمود، ٢٠١٨، ص ١٨٢.



ثانياً: المقترحات

- ١-نقترح تعديل المادة (٢/١٢٩) التي نصت على " غير أن التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل"، الى النص الاتي" يجوز التعامل في التركة المستقبلية بحدود ما رسمه القانون والشرع، الا اذا كان مخالفا للأداب العامة والنظام العام"
- ٢-نقترح تبديل كل ما جاء في القوانين العراقية من لفظ "ارث" الى " تركة" ، اذا كان المقصود منها الصافي من الاموال المتروك الى الورثة، بحيث يجيز لهم التصرف فيه كيفما شاءوا.

