الجمهوريــة الجزائريــة الدّيمقراطيــة الشّعبيــة
وزارة التّعليـم العالـي والبحـث العلمـي

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

تصرفات مريض مرض الموت بين الاجازة والمنع في مسائل الأحوال الشخصية في الفقه الاسلامي والتشريع الجزائري

مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر

تخصص أحوال شخصية

من إعداد الطالب:

– يحي بن يحي

إشراف الأستاذ:

عبد الرحمان بشيري

لجنة المناقشة

أ : رحيمة لدغش رئيسا

أ : خضرة فصيح مناقشا

الموسم الجامعي

2015/2014

بسم الله الرحمن الرحيم

إهـداء

مصداقا لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم ﴿تَهَادُوا تَحَابُّوا﴾.

أهدي هذا العمل المتواضع إلى كل من :

أمي وأبي رحمهما الله وأدخلهما فسيح جناته.

عائلتي الصغيرة زوجتي وأولادي حفظهم الله ورعاهم .

إخوتي وأخواتي الأعزاء.

كل الأقارب و الأصدقاء كل بإسمه .

كل من ساهم من بعيد أو قريب في إنجاح هذه المذكرة.

كل طالب علم مجد .

شكـــر

الشكر لله وحده على أنعمه التي لا تعد ولا تحصى

يقول الله تعالى : ﴿وَإِنْ تَعُدُّوا نِعْمَةَ اللَّهِ لَا تُحْصُوهَا إِنَّ اللَّهَ لَغَفُورٌ رَحِيمٌ﴾.

ولقوله صلى الله عليه وسلم : ﴿ لَا يَشْكُرُ اللَّهَ مَنْ لَا يَشْكُرُ النَّاس﴾.

فالشكر موصول إلى كل من له فضل عليّ، وسببا لنجاح ووصولي إلى ما وصلت إليه ،فلا نتيجة ولا حصاد إلا بالبذر والعطاء و الرعاية الدائمة المستديمة.

الشكر إلى الأستاذ المشرف بشيري عبد الرحمان الذي قبل الإشراف على مذكرتي ،وأفادني بتوجيهاته الصائبة ،سواء في الجانب المنهجي أو الموضوعي.

الشكر للأساتذة أعضاء لجنة المناقشة، رئيسا وأعضاء، لهم كلا لامتنان والاعترافه، على ما أسهموا به من نقد وتقديم التوجيهات والأفكار الجديدة لإثراء الموضوع. الشكر للطالبين تناح احمد و بوزيدي لمبارك اللذين ساهما بتوجيهاتهما.ولكي لا أنسى أحدا اشكر كل من ساهم من قريب أو من بعيد،بقليل أو كثير لإنجاح عملي.

مقدمة

مقدمـــــة

لقد أوجد الله الإنسان وجعله خليفته وسخر له كل شئ خدمة له، ولم يطلب منه مقابلا على ذلك سوى العبادة والإخلاص في أدائها، يقول الله تعالى :﴿وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالأِنْسَ إِلاَّ لِيَعْبُدُونِ()مَا أُرِيدُ مِنْهُمْ مِنْ رِزْقٍ وَمَا أُرِيدُ أَنْ يُطْعِمُونِ () إِنَّ اللهَ هُوَ الرَّزَّاقُ ذُو الْقُوَّةِ الْمَتِينُ()﴾.

ولقد أسبغ الله نعما كثيرة على الإنسان لقول الله تعالى: ﴿أَلَمْ تَرَوْا أَنَّ اللَّهَ سَخَّرَ لَكُمْ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ وَأَسْبَغَ عَلَيْكُمْ نِعَمَهُ ظَاهِرَةً وَبَاطِنَةً ۗ وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يُجَادِلُ فِي اللَّهِ بِغَيْرِ عِلْمٍ وَلَا هُدًى وَلَا كِتَابٍ مُنِيرٍ﴾ وقوله تعالى:﴿وَآتَاكُمْ مِنْ كُلِّ مَا سَأَلْتُمُوهُ وَإِنْ تَعُدُّوا نِعْمَةَ اللَّهِ لَا تُحْصُوهَا إِنَّ الْإِنْسَانَ لَظَلُومٌ كَفَّارٌ ﴾ . نعمة الإسلام كشريعة تنظم للإنسان حياته، غنية بالحلول لجميع مشاكل الحياة، عكس التشريعات الوضعية التي رغم غزارتها تبقى عاجزة لحل كل المسائل التي تواجهها.

بالإضافة لنعمة الإسلام كدرجة أولى، نعمة العقل والإدراك التي فضل الله بها الإنسان عن باقي الكائنات، وأعطاه حرية التصرف، وخيره ليدير شؤون حياته وفق ما تقتضيه أحكام الشريعة الإسلامية السمحاء وكذا ما هو منظم في الإطار القانوني المبني على أحكام وضعية . فالإنسان البالغ الراشد الكامل للإدراك والتمييز، له ما يؤهله للتصرف في أمواله بكامل حريته واختيارها بالطريقة التي يراها مناسبة لمصالحه. و قد يتصرف في أمواله وهو صحيح، كما يتصرف بها وهو مريض مرض يؤدي لموته. وهذه التصرفات عبارة عن عقود معاوضة، أو عقود تبرعية، تتأرجح بين المنع والإجازة على ضوء القانون والفقه الإسلامي. ، ولذلك نجد التشريع والفقه الإسلامي قد أحاطا هذه التصرفات بأحكام ونصوص قانونية خاصة تقيد تصرفاته، التي تمس بحق الورثة والدائنين، ونجد أن المشرع الجزائري استمد أحكام تصرفات المريض من الشريعة الإسلامية، إذا لم توجد نصوص قانونية تنظم ذالك، وهذا مانص عليه المشرع بنص صريح في القانون المدني في مادته الأولى الفقرة الثانية، وكذالك في المادة 222 قانون الأسرة الجزائري، التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية إذا لم يوجد نص يطبق.

أهمية الدراسة :

يكتسي موضوع تصرفات مريض مرض الموت أهمية بالغة وذلك لضرورة الحفاظ على حقوق الورثة و الدائنين التي يمكن ان تهضم من جراء التصرفات التي قد يقدم عليها المريض بإنشاء حقوق وأهمال حقوق أخرى ، ولهذا أتجه كل من الفقه والتشريع لتقييد تصرفات المريض للحد من الصورية في العقود والتحايل على القانون .

أهداف الدراسة

- معرفة مرض الموت حالاته وشروطه
- النظر في التصرفات التي يقوم بها مريض مرض الموت ومعايير الأخذ بها

- التطرق للأسس والأحكام الفقهية والتشريعية لهاته التصرفات .

أسباب إختيار الدراسة

الشخصية : اعتبار ميولي للشريعة الإسلامية والاهتمام بالأحكام التي تسير الأحوال الشخصية للأفراد في المجتمع بصفة عامة وكذا إهتمامي لموضوع مريض مرض الموت والتصرفات التي يقوم بها .

الموضوعية : تسليط الضوء على التصرفات التي يقوم بها مريض مرض الموت في إطار الفقه الإسلامي والقانون الجزائري بين الإجازة والمنع وإبراز دور القضاء لسد العجز التشريعي الذي لم يعطي إلا أحكام عامة.

إشكالية الدراسة :

ما هي الأحكام التي جاءت بها الشريعة الإسلامية وكيف نظمها قانون الأسرة الجزائري الخاصة بمريض مرض الموت ؟

التساؤلات الفرعية:

- ما المقصود بمر ض الموت و ما أساس إثباتها و تقييدها؟
- ما حكم التصرفات التي ينظمها الفقه والتشريع الجزائري في مسائل الأحوال الشخصية؟
- فيما تتجلى أثر الاجتهادات القضائية في تصرفات المريض مرض الموت ؟

المنهج المتبع في الدراسة :

تم الاعتماد في الدراسة لهذا الموضوع المناهج التالية :

المنهج الوصفي الذي يقوم بإعطاء الوصف النظري للموضوع خاصة في الفصل الأول منه، **و المنهج المقارن** من خلال مقارنة موضوع الدراسة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، **و**كذا **المنهج الاستدلالي** للاستدلال ببعض الاجتهادات القضائية التي سارت عليه المحكمة وكذا بعض الآيات القرآنية والأحاديث.

الدراسات السابقة :

بالاطلاع على الدراسات السابقة ذات الصلة بموضوع الدراسة وجدت كل من الدراسات التالية:

01/احمد إبراهيم ببك ،التركة والحقوق المتعلقة بها المواريث علما وعملا، الوصية تصرفات المريض مرض الموت

02/محمد إسماعيل مشعل، أحكام المريض في فقه الأسرة.

03/وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية ، مرض الموت والمصاهرة الجزء 37

صعوبات الدراسة

إن من بين لصعوبات التي تلقيتها أثناء هاته الدراسة قلة الدراسات في هذا الموضوع وكذا عدم وجود نظام قانوني مخصص لموضوعنا، إضافة إلى ذلك قلة الوقت الممنوح لدراسة هذا الموضوع، التي ربما حالت بيني وبين البحث جيد.

خطة الدراسة لقد تمت دارسة هذا الموضوع من خلال مقدمة وخاتمة وفصلين:

خاتمـة: ملخص دراسة والبعض من الاقتراحات العامة .

الخطة المتبعة

مقــدمة:

الفصل الأول: مرض الموت مفهومه وشروط تحققه وأسباب تقييده.

المبحث الأول:تعريف مرض الموت و شروط تحققه

المبحث الثاني: إثبات مرض الموت وسبب تقييد التصرفات المادية والقانونية

الفصل الثاني: أنواع تصرفات مريض مرض الموت وأثر الاجتهاد القضائي في ذلك

المبحث الأول: أنواع تصرفات مريض مرض الموت و تعلقها بحق الدائنين والورثة

المبحث الثاني: تصرفات مريض مرض الموت وأثر الاجتهاد القضائي (قرارات المحكمة العليا)

الفصل الأول

مرض الموت مفهومه وشروط تحققه وأسباب تقييده

الفصل الأول: مرض الموت مفهوم وشروط تحققه وأسباب تقييده

قد تنتاب الشخص حال حياته فترة مرض يغلب في ها هلاكه، وتؤدي به إلى الوفاة فعلا، حيث يشعر خلالها المريض بدنو أجله وهي حالة تعرف فقها وقانونا بمرض الموت، لذا يعد مرض الموت من المسائل المهمة على الصعيد القانوني في هذا العصر نظرا لكثرة تطبيقاته العملية وامتداداته وتشعباته النظرية , وقد أخذت به تشريعات عديدة بصورة متطابقة أو متقاربة أو متباعدة , وتخلفت تشريعات أخرى عديدة عن الأخذ به , كما برهن الفقه الإسلامي في مضماره عن أصالة تحتاج اليوم إلى من يجلوها ويميط عنها الغبار . ولذلك نظرا لأهمية الموضوع ، ساو حاول بقدر الإمكان الإلمام بالموضوع والتطرق إلى بعض جوانبه المهمة بصفة مختصرة ،وذالك نظرا لشموليته وتشعبه في جميع نواح حياة الأشخاص لارتبا ط حقوق بعضهم ببعض ،لذا يقتضي الأمر بأن نوضح مفهوم مرض الموت سواء تعريفه فقها أو قانونا أو حتى قضاء ، ثم التطرق إلى معرفة شروط تحققه ،وأسباب تقييد تصرفات المريض والمتمثل في تعلق حق الورثة والدائنين بأمواله منذ مرضه وذلك في مبحثين، والدراسة ستكون في إطار الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، في مسائل الأحوال الشخصية

،

المبحث الأول: مرض الموت و شروط تحققه

أوجد الله الحياة كما أوجد الموت وهذه سنة الحياة وكما إن لكل شئ بداية فله نهاية لا محالة بقول الله تعالى:﴿كُلُّ مَنْ عَلَيْهَا فَانٍ* وَيَبْقَى وَجْهُ رَبِّكَ ذُو الْجَلالِ وَالإِكْرَامِ﴾[1]

فالموت واحد حقيقة لا شك فيها، وإنما أسبابه متعددة، وإذا طرح سؤال من الأقرب إلى الموت الصحيح أم العليل المريض، فنجيب بقول الله تعالى: ﴿.. لِكُلِّ أَجَلٍ كِتَابٌ ﴾)[2]، وكذالك قوله ﴿أَيْنَمَا تَكُونُوا يُدْرِكْكُمُ الْمَوْتُ وَلَوْ كُنْتُمْ فِي بُرُوجٍ مُشَيَّدَةٍ ﴾.[3] ، لا يميز بين صحيح وعليل و صغير و كبير لقوله تعالى: ﴿وَلِكُلِّ أُمَّةٍ أَجَلٌ فَإِذَا جَاء أَجَلُهُمْ لاَ يَسْتَأْخِرُونَ سَاعَةً وَلاَ يَسْتَقْدِمُونَ﴾.[4]

الموت حقيقة مسلم بها، ونظرا لأهمية الموضوع وحساسيته ولأنه مرتبط بحياة وعلاقة الأشخاص بعضهم ببعض، فان الإلمام به لا تسعه اسطر وصفحات ،بل كتب ومجلدات. وللتعرف للموضوع عن كثب سأتطرق لتعريف مرض الموت وشروط تحققه ثم إبراز بعض الحالات التي يكون لها حكم مريض مرض الموت وذالك في ثلاث مطالب المطلب الأول نعرف فيه مرض الموت، المطلب الثاني شروط تحقق مرض الموت، أما المطلب الثالث نذكر فيه بعض الحالات يكون لها حكم مريض مرض الموت.وذلك على ضوء الفقه الإسلامي

1 سورة الرحمن الآية رقم:26، 27.

2 سورة الرعد آخر الآية رقم: 38.

3 سورة النساء الآية رقم:26، 27.

4 سورة الأعراف، الآية رقم: 34.

المطلب الأول :تعريف مرض الموت

باعتبار أن موضوع الدراسة يتمحور حول التصرفات التي يمكن أن تقع من طرف مريض مرض الموت سنحاول أن نتطرق في هذا المطلب إلى فرعين، الأول يتمثل في تعريف مريض مرض الموت لغة، و كذا اصطلاحا الذي يشمل التعريف القانوني والفقهي في فرع ثاني.

الفرع الأول: لغة

المرض في اللغة : السقيم، نقيض الصحة يكون للإنسان والحيوان والمرض أيضا حالة خارجة عن الطبع ضارة بالفعل، قال ابن أعرابي أصل المرض النقصان ، وقال الفيروز آبادي المرض إظلام الطبيعة واضطرابها بعد صفائها واعتدالها، ومرض الموت مركب من كلمتين مرض وموت، والموت هو مفارقة الروح الجسد.[1]

الفرع الثاني: اصطلاحا

أولا : تعريف مرض الموت في التشريع الجزائري

اقتصر التقنين المدني الجزائري على بيان القواعد العامة التي تحكم تصرفات المريض مرض الموت بوجه عام، دون أن يبين المقصود بهذا المرض ، ولا أماراته ولا من يلحق بالمريض مرض الموت، فالمشرع لم يأت بتنظيم دقيق لمرض الموت،ولم يبين تعريفه وماهيته، بل اكتفى بإيراد أحكام التصرفات الصادرة خلاله في مواد القانون المدني وقانون الأسرة . وقد يبرم المريض خلال هذه الفترة تصرفات سواء لوارث أو لغيره، لذا فإن المشرع نظم أحكام هذه التصرفات في مواد متعددة منها المواد 776 ،408 ، 409 من القانون المدني وكذا المادة 204 وغيرها من قانون الأسرة،وذلك حماية لورثة المريض و دائنيه.

ولما كان مرض الموت يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية، فيكون المرجع في تعريفه هو أحكام الشريعة الإسلامية، استنادا لنص المادة الأولى الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري. [2] التي تحيل إلى الشريعة الإسلامية، فيما لا يوجد فيه نص، لذالك يجب في تحديد مرض الموت الرجوع إلى الفقه الإسلامي.[3]

---

[1].وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت الموسوعة الفقهية، الجزء 37الطبعة الأولى 1994ص353

[2]قانون رقم:58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم.

[3]محمد حسنين ،عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجزائري الجامعية الطبعة 5، الجزائر.2006 ص 216.

فالمرجع في تعريفه أحكام الشريعة الإسلامية إعمالا للمادة الأولى من القانون المدني في فقرتها الثانية التي تحيل على أحكام الشريعة الإسلامية في مالا يوجد في حكمه نص، و المادة 222 من قانون الأسرة باعتبار مرض الموت من مسائل الأحوال الشخصية.[1]

ثانيا:تعريفه فقه

لم تتفق كلمة الفقهاء على تعريف مرض الموت وتفسيره، فقد جاء في الفتاوى الهندية(**المريض مرض الموت من لا يخرج لحوائج نفسه...**)[2]، وفسره بعضهم بأنه يكون صاحب فراش. وقال ابن عابدين:(**كونه صاحب فراش ليس بشرط لكونه مريضا مرض الموت بل العبرة للغلبة، ولو الغالب من هذا المرض فهو مرض الموت،وان كان يخرج من البيت**) . وقال الكساني:(**مرض الموت هو الذي يقعد الإنسان عن عمله المعتاد في حال الصحة، فيقعد الرجل عن عمله خارج البيت ويقعد المرأة عن عملها في البيت**).[3]

و كما عرف بن همام مرض الموت بأنه: (**المرض الذي يخاف منه الهلاك غالبا وأن يكون بحالة لا يقوم بحوائجه كما يعتاد الأصحاء، و لا فرق بين ما إذا كان بذلك السبب أو بسبب آخر كصاحب الفراش بسبب المرض إذا قتل.**)[4]، وعرفه الرملي بأنه كل ما يستعد بسببه للموت بالإقبال على العمل الصالح،[5] أما الشيرازي فعرفه بأنه المرض الذي لا يؤمن معه معالجة الموت.[6]

أما الحلي فيعرفه بأنه المرض الذي يتحقق به الموت سواء كان مخوفا أو لم يكن مخوفا.[7] وقيل هو ما يكون الغالب الغالب فيه الموت كالسل وحُمى الدق وق ـ ذف الدم.

وروى الحسن بن زياد عن أبي حنفية أنه قال:(**المريض الذي إذا طلق امرأة كان فارا،هو أن يكون مضني لا يقوم إلا بشدة ،وهو في حالة يعذر في الصلاة جالسا**).[8]

---

[1] الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية القانون رقم: 84-11 المؤرخ في : 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة ، المعدل واالمتمم ،المادة 222..

[2] -. الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند،الفتاوى الهندية، ط1، الجزء4 ، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت –لبنان-، 2000،ص191.

[3] – علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج3، ط1، مطبعة الجمالية ، القاهرة ،1328هـ ، 1910م ، ص224

[4] كمال الدين محمد عبد الواحد ابن الهمام ،شرح فتح القدير، ، ج3، مطبعة مصطفى محمد، القاهرة ، 1330هـ ، ص155

[5] ، شمس الدين محمد بن أحمد الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج6، الطبعة الأخيرة مطبعة مصطفى باب الحلبي، القاهرة ، 1938م ، ص61

[6] أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف بن فيروز آبادي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي , ج1 , ط2 , مطبعة دار المعرفة , بيروت , 1959 م , ص460 .

[7] أبي إسحاق القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ، ، ج2، ط1، مطبعة الآداب، النجف ، 1969م ، ص26

[8] -. محمد إسماعيل مشعل، أحكام المريض في فقه الأسرة ، ط1، مكتبة الوفاء القانونية ، مصر، 2013 ،ص26-27

قال الشريف الجرجاني المرض بوجه عام: (**إن المرض في ذاته هو ما يعرض للبدن فيخرجه عن الاعتدال الخاص**). وقال بعضهم :(**المرض هو ما يعتري الأجسام الحية من خلل أو نقص تخرج به عن حالة اعتدالها العادية، قليلا أو كثيرا، وقد ينتهي به إلى القضاء على الحياة**).[1]

ويفهم من ذالك بأن المرض هو السقم، وهو نقيض الصحة، أو هو خروج الجسم عن حالة الاعتدال التي تعمل فيها أعضاء البدن بوظائفها المعتادة، والأمراض بالإجمال توقع المرضى بحالة من الضعف والإرهاق الجسدي، ولهذا قيل:العقل السليم هي الجسم السليم.[2]

فالمرض وهو ما يعتري الأجسام الحية من خلل أو نقص تخرج به عن حالة اعتدالها العادية، قليلا كان أو كثيرا، وقد ينتهي به الأمر إلى القضاء على الحياة. [3]

وقد اختلف الفقهاء في تحديد مرض الموت، حيث ذهب جمهور الفقهاء إلى أن مرض الموت هو: المرض المخوف الذي يتصل بالموت، ولو لم يكن الموت بسببه.

ذهب **الحنفية** إلى أن مرض الموت: هو الذي يغلب فيه خوف الموت ، ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجا عن داره إن كان من الذكور، وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث، ويموت على ذالك الحال قبل مرور سنة، سواء كان صاحب فراش أولم يكن، هذا ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله، فيعتبر ابتداء السنة من تاريخ الاشتداد.[4]

فعلى هذا، يشترط لتحققه أن يتوافر فيه وصفان:

الوصف الأول :أن يكون مخوفا، أي يغلب الهلاك منه عادة أو يكثر. ولقد أرجع الدكتور الفقيه السنهوري تعريف مريض مرض الموت إلى الفقه الإسلامي كما جاء في **الفتاوى الهنديّة** المريض مرض الموت من لا يخرج لحوائج نفسه و هو الأصح، و كذا في خزانة المفتين حد مرض الموت تكلّموا فيه, والمختار للفتوى أنّه إن كان الغالب منه الموت كان مرض الموت, سواء كان صاحب فراش أم لم يكن[5].

---

[1] للشريف الجرجاني، التعريفات ،ط1، مطبعة دار الكتاب العربي، بيروت،1985، ص187.

[2]محمود إسماعيل مشعل، المرجع السابق، ص25.

[3]احمد إبراهيم بيك ،التركة والحقوق المتعلقة بها المواريث علما وعملا، الوصية تصرفات المريض مرض الموت الطبعة الثانية، ص1099 .

[4]. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، المرجع السابق، ص22.

5عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد البيع والمقايضة،المجلد الرابع، ط3،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت –لبنان– 2011، ص313.

وقال النّووي: المرض المخوف والمخيف: هو الّذي يخاف منه الموت, لكثرة من يموت به , فمن قال : مخوف قال : لأنّه يخاف منه الموت ,ومن قال : مخيف لأنّه يخيف من رآه.

وقال ألتسولي: ومراده بمرض الموت : المرضُ المخوف الّذي حكم أهل الطب بكثرة الموت به .

وقال **الشافعية والحنابلة** : ما أشكل أمره من الأمراض يرجع فيه إلى قول أهل المعرفة، وهم الأطباء، لأنهم أهل الخبرة بذلك والتجربة والمعرفة، ولا يقبل إلا قول طبيبين مسلمين ثقتين بالغين، لأنّ ذلك يتعلق به حق الوارث وأهل العطايا، فلم يقبل فيه إلا ذلك، وقياس قول الخرقي: أنه يقبل قول الطبيب العدل إذا لم يقدر على طبيبين، ولو اختلف الأطباء يؤخذ بقول الأعلم، ثم بالأكثر عددا، ثم بمن يخبر بأنه مخوف، لأنه علم من غامض العلم ما خفي على غيره، قاله الماوردي، ونقله ابن الرفعة وأقره .[1]

فإن لم يتوفر من يرجع إليه من الأطباء، كأن مات قبل أن يراجع أحدا من الأطباء، فإنه يمكن أن يعتبر عجز المريض عن الخروج لمصالحه خارج بيته إن كان من الذكور، وعن رؤية مصالحه داخل بيته إن كان من الإناث علامة تدل على كون المرض مخوفا إن كان قادرا على رؤية تلك المصالح قبله، أو أن تعتبر أية علامة أخرى تنبئ عن كونه مخوفا في نظر الأطباء العارفين .

الوصف الثاني: أن يتّصل المرض بالموت, سواء وقع الموت بسببه أم بسبب آخر خارجي عن المرض كقتل أو غرق أو حريق أو تصادم أو غير ذلك.

فإذا صح من هذا المرض تبين أنه ليس بمرض الموت ،وتعتبر تصرفاته فيه كتصرفات الصحيح دون فرق ،فالمريض مادام حيا لا يجوز لورثته ولا لدائنه الاعتراض على تصرفاته بجواز أن يشفى من مرضه ،أما إذا انتهى المرض المخوف بالموت فيتبين أن التصرف وقع في مرض الموت.[2]

إذا هو المرض الذي يعجز الرجل أو المرأة عن ممارسة أعمالها المعتادة ويتصل به الموت قبل مضي سنة من بدئه ، إذا لم يكن في حالة تزايد أو تغير ،فان كان يتزايد اعتبر مرض موت من تاريخ اشتداده أو تغيره ، ولو دام أكثر من سنة. [3]

1وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، المرجع السابق، ص 5-6.

[2]-وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، مرجع السابق، ص 5-6.

[3]- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته- النظريات الفقهية والعقود-، الجزء الرابع ، ط2 ، دار الفكر، 1985، ص 133.

ويقال لصاحبه: المريض، ويقابله: الصحيح. وهذا هو مراد فقهاء الحنفية عند إطلاق كلمة المريض أي من هو في مرض الموت. أو كلمة الصحيح أي من ليس في حال مرض الموت، ولو كان مريضا آخر.

ويمكن القول بان جمهور الفقه الإسلامي يرى إن مرض الموت هو المرض الذي مات فيه المقر والموصي مطلقا ولا يتعين المرض إن كان مرض موت أو مرض شفاء إلا بعد الوفاة ولذلك تبقى عقود المريض وإقراراته صحيحة ومعتبرة ما دام حيا فلا يجوز الاحتجاج بالمرض لإبطال تصرفاته إلا بعد وفاته. [1]

ولو تأملنا في هذه النصوص أو الأقوال لتكشف لنا إن اختلاف الفقهاء لم ينصب على حقيقة مرض الموت ومفهومه، وإنما انصب على إماراته وعلاماته .

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

الفرع الثالث: التعريف القضائي

إن من بين أحكام والاجتهادات القضائية على مستوى القضاء الجزائري التي أعطت تعريفا قضائيا لمريض مرض الموت في أحد قراراته المتمثل فيما يلي:

(من المقرر شرعا إن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا، ويجر إلى الموت و به يفقد المتصرف وعيه وتمييزه ، ومن ثم فإن القضاء يخالف هذا المبدأ .

يعد خرقا للقواعد الفقهية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية، و الإجتهاد القضائي السائد) [2].

وبالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا المتعلقة بالتصرفات في مرض الموت فإن العديد منها يشير إلى وقوع التصرف في مرض الموت دون إعطاء تعريف دقيقة له ،باستثناء البعض منها كالقرار الصادر بتاريخ 1984/07/09 الذي جاء فيه :" أنه من المقرر فقها و قضاء أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا و يجر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه [3].

[1]–حسين المؤمن ، نظرية الإثبات بالمحررات أو الأدلة الكتابية ، ج3، مكتبة النهضة ، بيروت ، بغداد ، 1975م ، ص148.

[2]– قرار المحكمة العليا، الصادر تاريخ : 1993/11/23، ملف رقم33719 ، المجلة القضائية لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص، لسنة 1989 ، ص 51 .

[3]–قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 1984/07/09 ملف رقم 33719، المجلة القضائية لغرفة الأحوال الشخصية ، العدد الثالث، 1989.

المطلب الثاني: شروط تحقق مرض الموت

بعد أخذنا لبعض التعاريف لمريض مرض الموت وجب علينا النظر في الشروط الواجب تحققها في مرض الموت، و هناك شروط ثلاثة لكي نقول إن المرض مرض موت، والتي يمكن دراستها في فروع ثلاث:حيث يشمل الفرع الأول المرض الذي يقعد المريض عن قضاء مصالحه،أما بالنسبة للفرع الثاني فندرس فيه وجود خوف الموت في المرض، أما الفرع الثالث سنرى إن كان المرض ينتهي بالموت فعلا.[1]

الفرع الأول المرض:يقعد المريض عن قضاء مصالحه

يجب إن يجعل المرض المريض عاجزا عن قضاء مصالحه العادية المألوفة التي لا يستطيع الأصحاء عادة مباشرتها كالذهاب إلى السوق وممارسة أعمال المهنة إذا لم تكن شاقة وقضاء الحوائج المنزلية إذا كان المريض من الإناث. وليس واجبا، ليكون المرض مرض موت، إن يلزم المريض الفراش، فقد لا يلزمه و يبقى مع ذالك عاجزا عن قضاء مصالحه.

و على العكس من ذالك قد يكون الإنسان عاجزا عن قضاء مصالحه، ولكن لا بسبب المرض، فلا يعتبر في مرض الموت. فقد يصل الإنسان إلى سن عالية في شيخوخته تجعله غير قادر على مباشرة الأعمال المألوفة، ويكون في حاجة إلى من يعاونه عليها، وليس به من مرض وإنما هي الشيخوخة أوهنته، فهذا لا يكون مريضا مرض الموت، ويكون لتصرفاته حكم تصرفات الأصحاء.أو يكون عاجزا عن مباشرة الشاق من أعمال مهنته بسبب المرض ،كما إذا كان محترفا حرفة شاقة لا يستطيع مباشرتها إلا وهو في كامل عافيته ، فيقعده مرضه عن ذالك دون أن يعجزه عن مباشرة المألوف من الأعمال بين الناس ،فلا يكون في هذه الحالة مريضا مرض الموت. إن اتصل المرض بالشخص ،فانه يجعله عاجزا عن ممارسة إعماله المعتادة والمألوفة التي يستطيع أي شخص عادي ليس به مرض مباشرتها، كالذهاب إلى السوق وممارسة أعمال المهنة ،إن لم تكن شاقة ،قضاء الحوائج المنزلية إن كان المريض من الإناث، وليس واجبا ليكون المرض مرض موت إن يلزم المريض الفراش ،فقد لا يلزمه ويبقى مع ذالك عاجزا عن قضاء مصالحه.[2]

[1] عبد الرزاق احمد السنهوري،مرجع سابق ،ص314-315.

[2] محمد شتا أبو سعد ، عقد البيع ، دار الفكر العربي ، ط1، مصر ، د س ن،ص 314.

الفرع الثاني: يغلب في المرض خوف الموت

لا يكفي أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه،بل يجب أيضا أن يغلب فيه خوف الموت،فيكون مرضا خطيرا من الأمراض التي تنتهي عادة بالموت، أو يكون مرضا بدأ بسيطا ثم تطور حتى أصبحت حالة المريض سيئة يخشى عليه فيها الموت.

أما إذا كان المرض لم يصل إلى هذا الحد من الخطورة، فانه لا يعتبر مرض موت ولو أعجز المريض عن قضاء مصالح، مثل ذالك أن يصاب الإنسان برمد في عينيه فيعجزه عن الرؤية، أو بمرض في قدميه فيعجزه عن المشي لا يستطيع قضاء مصالحه، ولكن المرض يكون من الأمراض التي يشفى منها المريض عادة ولا يغلب فيها خوف الموت. فهنا لا يعتبر المريض في مرض الموت وان عجز عن قضاء مصالحه، لأن المرض لا يغلب فيه الهلاك فتكون تصرفات المريض في هذه الحالة حكمها حكم تصرفات الأصحاء.[1]

ويشترط لكي يكون المرض هو مرض الموت أن يغلب لدى المريض شعور الخوف من الموت، وينتج هذا الشعور لدى المريض عندما يكون المرض من الأمراض الخطيرة التي تنتهي عادة بالموت، أو في الحالة التي يبدأ فيها المرض بسيطاً ثم يتطور بحيث تصبح حالة المريض سيئة، ويخشى المريض على نفسه الهلاك، وبناء عليه فإنه لا يعتبر في مرض الموت من يعجز عن المشي أو الكلام أو الرؤية، الأمر الذي أدى إلى عدم القدرة على مباشرة المعتاد من الأعمال، لأنه في هذه الحالات لا يغلب على الشخص الخوف من الموت كما لا يعتبر في مرض الموت من يصاب بمرض مزمن، كمرض السكري أو الضغط، لأن هذه الأمراض ليس من شأنها أن تولد لدى المريض شعورا بالخوف من الموت القريب.[2]

ولذلك يجب أن يغلب في المرض خوف الموت و لأنه ليس كل مرض يغلب فيه الهلاك، فنستثني من ذلك الأمراض البسيطة التي يكون فيها احتمال الشفاء كبير حتى وإن أقعدت المريض عن قضاء مصالحه وأدت به إلى الهلاك لأن الغالب في هذه الأمراض الشفاء وليس الهلاك فتأخذ تصرفاته في هذه الحالة حكم تصرفات الأصحاء.[3]

و يذهب رأي في الفقه إلى أن هذا الشرط الثاني يغني عن الشرط الأول، بمعنى أن غلبة الخوف من الموت عند المريض تعني أنه في مرض الموت، حتى و لو كان يباشر أعماله المعتادة بينما يذهب رأي آخر إلى استبقاء الشرط ين معا، بحيث يعتبر شرط غلبة الخوف من الموت هو الأصل، أما شرط العجز عن مباشرة الأعمال المعتادة فهو مجرد علامة مادية تشعر المريض بالمرض الذي قد يفتك به، وهي علامة يمكن أن تغنى عنها أي علامة أخرى تخلق

[1] عبد الرزاق احمد السنهوري،المرجع السابق، ص315-316 .

[2] إياد محمد جاد الحق ، هبة المريض مرض الموت في مجلة الأحكام العدلية-دراسة تحليلية مقارنة- مجلة الجامعة الإسلامية سلسلة الدراسات الإسلامية، المجلد التاسع عشر، العدد الثاني قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر غزة ، فلسطين، 2011 ،ص519-520 .

[3] خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الرابع،عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر، 2001،ص 246. .

هذا الشعور لدى المريض، وينتهي هذا الرأي إلى أن العبرة بالشعور المتولد لدى المريض بالخوف من الموت وما دون ذلك يعتبر مجرد وضع مادي يثبت هذا الشعور. ونتفق مع الرأي الأول نظرا لتوافقه مع الهدف والعلة من تنظيم مرض الموت وتحديد مفهومه، حيث أن الشعور الذي يتولد لدى المريض والمتمثل بدنو أجله وفراقه للحياة يدفعه إلى إبرام التصرفات القانونية التي تضر بالغير وبالورثة، لذلك تكون العبرة في وجود الشخص في مرض الموت من عدمه هو وجود شعور لديه باليأس من الحياة بسبب الخوف من الموت من عدمه، و عليه فإن العجز عن مباشرة الأعمال المعتادة لا يعتبر شرطا لمرض الموت، و إنما يمكن الاستناد إليه كدليل على وجود الشعور بالخوف من الموت.[1]

الفرع الثالث: ينتهي المرض بالموت فعلا:

يجب أن ينتهي المرض بالموت فعلا، فإذا أصيب شخص بمرض أقعده عن قضاء مصالحه ، وغلب فيه خوف الموت ،ولكنه مع ذالك برئ منه ،وكان قد تصرف في ماله أثناء المرض ، كان حكم تصرفه هذا هو حكم تصرف الأصحاء ،ونرى من ذالك إن المريض بمرض يقعد عن قضاء المصالح ويغلب فيه خوف الموت إذا تصرف في ماله أثناء هذا المرض ،كان تصرفه معتدا به حال حياته، ولا يجوز للورثة الاعتراض عليه مادام المريض حيا. فإذا انتهى المرض بالموت. تبين عند ذالك أن التصرف وقع في مرض الموت، وجاز الطعن فيه على هذا الأساس.و إذا شفي المريض، تبين إن التصرف الذي صدر منه لم يقع في مرض الموت، فلا يجوز الطعن فيه بذالكم من الورثة. ولكن يجوز لمن صدر منه التصرف نفسه إن يطعن في تصرفه بالغلط في الباعث، بأن يثبت أنه إنما تصرف وهو معتقد أنه في مرض الموت ولو اعتقد أنه سيشفى ما كان ليتصرف ،ففي هذه الحالة يكون التصرف قابلا للإبطال للغلط ويجوز للمتصرف أن يبطله لهذا العيب.[2]

وقد أكدت المحكمة العليا على ضرورة توفر هذه الشروط "....ولما كان ذلك فإن القرار صدر موافقا للقانون متى بين في أسبابه أن الموكّل كان حين عقد الهبة مريضًا بالسرطان كما هو ثابت في المستندات وهو مرض يغلب فيه الهلاك وقد دخل المستشفى في .... وقد لازمه حتى مات به في .... ولما كان ذلك فإن الموكل لا يستطيع أن يؤدي بنفسه العمل الذي وكلّ فيه.[3]

---

[1] إياد محمد جاد الحق ، المرجع السابق ،ص520.

[2]. عبد الرزاق احمد السنهوري،المرجع السابق، ص317-318.

[3] قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 2001/02/21، ملف رقم 256869، المجلة القضائية لغرفة الأحوال الشخصية والمواريث، العدد الثاني، 2002، ص 428.

وبالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا المتعلقة بالتصرفات في مرض الموت فإن العديد منها يشير إلى وقوع التصرف في مرض الموت دون إعطاء تعريف دقيقة له ،باستثناء البعض منها كالقرار الصادر بتاريخ 1984/07/09 الذي جاء فيه :" أنه من المقرر فقها و قضاء أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا و يجر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه[1].

بالإضافة إلى الشروط الثلاث نجد أن غرفة الأحوال الشخصية قد أضافت شرطا آخر تمثل في **أن يكون المرض متفشيا وظاهرا.**[2]

المطلب الثالث :حالات يكون لها حكم مريض مرض الموت

قد يكون الشخص صحيحا ولكنه في حالة ما إذا غلب عليه الهلاك ،فانه حينئذ يأخذ حكم المريض مرض الموت في أي تصرف يقوم به، لأن الخوف من الموت هو الغالب،كالأصحاء الأقوياء الذين هم في أحوال تجعلهم يترقبون الموت وتقطعت بهم أسباب النجاة، وغلب الموت علي النجاة. وكذالك يلحق بمريض الموت،أصحاب الأمراض المزمنة،وأصحاب الأمراض المعدية. ولذالك سنتطرق في هذا المبحث إلى فرعين: الأمراض المزمنة، والأصحاء الذين غلب الموت فيها على النجاة.

الفرع الأول:الأمراض المزمنة

فهي الأمراض التي يطول بها المدى وقد قدر ذلك بعض الفقهاء بسنة فأكثر. وبعضهم وكل أمر التطاول إلى العرف، وقد أخذ بالقول الأول في المادة (1595) من المجلة العدلية، و به أخذ معظم المحاكم في مصر، وعلى هذا إذا مضى على المريض مرضا مزمنا سنة كاملة ولم يزداد ما به من المرض في خلالها اعتبرت تصرفاته في تلك السنة كتصرفات السليم، أما إذا ازداد مرضه واشتد حتى مات كانت تصرفاته تصرفات مريض الموت. وفصل الخطاب في ذلك هو شهادة الأطباء عند الاختلاف .[3]

والمقعد والمسلول والمفلوج مادام يزداد ما بهم من العلة فحكمهم حكم المريض الغالب هلاكه فإن قدمت العلة بأن تطاولت سنة ولم يحصل فيها ازدياد ولا تغير في أحوالهم فتصرفاتهم بعد السنة في الطلاق والتبرعات وغير ذلك كتصرفات الصحيح. والتقدير بسنة هو المختار من عدة أقوال. فإن تغير حالهم كان حكم تصرفاتهم كحكم

---

[1] قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 1984/07/09، ملف رقم 33719، المجلة القضائية لغرفة الأحوال الشخصية ، العدد الثالث، 1989.

[2] قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 2002/06/05، ملف رقم 230962، المجلة القضائية لغرفة الأحوال الشخصية ، العدد 02،2003، ص296.

[3] احمد إبراهيم ببك ، المرجع السابق، ص1103.

المريض الغالب هلاكه ابتداء من وقت التغير بشرط اتصال الموت كما تقدم. فإذا شفي المريض من مرضه أو نجا من الحق به من الهلاك فجميع تصرفاته حال خوف الهلاك تعتبر كتصرفات الصحيح.[1]

و الأمراض المزمنة أو الممتدّة لا تعد مرض الموت، إلّا إذا تغيّر حال المريض واشتدّ وخيف منه الهلاك، فيكون حال التّغير مرض الموت إن اتّصل بالموت.

قال الكاساني : وكذلك صاحب الفالج ونحوه إذا طال به ذلك فهو في حكم الصحيح , لأنّ ذلك إذا طال لا يُخاف منه الموتُ غالبا , فلم يكن مرض الموت ، إلا إذا تغير حاله من ذلك ومات من ذلك التغير ، فيكون حال التغير مرض الموت ، لأنه إذا تغير يخشى منه الموت غالبا، فيكون مرض الموت، وكذا الزمِن والمقعد .

وجاء في **فتاوى عليش**: قال ابن سلمون : ولا يعتبر في المرض العلل المزمنة التي لا يخاف على المريض منها كالجذام والهرم ، وأفعال أصحاب ذلك أفعال الأصحاء بلا خلاف.

قال عبد الباقي: وفي المدونة، كون المفلوج والأبرص والأجذم وذي القروح من الخفيف ما لم يقعده ويضنه، فإن أقعده وأضناه وبلغ به حدّ الخوف عليه، فله حكم المرض المخوف.[2]

الفرع الثاني:الأسير وركوب البحر

أورد الفقهاء في كتبهم حالات يلحق فيها الصحيح بالمريض في حكم تصرفاته، فمن ذالك راكب البحر إذا كان مضطربا هائجا، وقد خيف الغرق، ومنه من يقدم للقتل قصاصا وغيره، ومنه الأسير عند قوم إذا كان من عادتهم قتل الأسرى، والحامل إذا أخذها المخاض.[3]

أولا: الأسير

إن من المتعارف عليه أن الآسر شخص يقتل الآسرين المحكوم عليهم بالقتل، ففي هذه الحالة يكون الأسير كالمريض مرض الموت، وهذا رأي فقهاء الحنفية، كذلك من قدم لساحة الإعدام ليعدم أو ليقتص منه، فيكون هالكا لا محالة ويتم اليأس من سلامته ونجاته، ويكون موته محققا بعد فترة يسيرة، ولهذا اعتبره العلماء كالمريض مرض الموت فتكون تبرعاته من الثلث، وهذا ما ذهب إليه الشافعية والمالكية والحنابلة.[4]

---

[1] احمد إبراهيم بيك ، المرجع السابق، ص 1104، 1105.

[2] وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، المرجع السابق، ص 7.

[3] احمد إبراهيم بيك ، المرجع نفسه،ص1106.

[4] عبد القادر داودي ، مرض الموت وأثره في التصرفات عند المالكية ، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير، جامعة الأمير عبد القادر العلوم الإسلامية قسم الدراسات العليا، قسنطينة، 1995 ،ص63.

ثانيا: ركوب البحر

إذا هاج البحر وثار وهبت الريح العاصفة بقوة، فقد قال بعض الفقهاء أنه كالمريض مرض الموت ،لأن هذا الشخص يصيبه خوف شديد ويكون في حالة يغلب فيها هلاكه، وقد قال سبحانـه وتعالى : ﴿ هُوَ الَّذِي يُسَيِّرُكُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ حَتَّىٰ إِذَا كُنتُمْ فِي الْفُلْكِ وَجَرَيْنَ بِهِمْ بِرِيحٍ طَيِّبَةٍ وَفَرِحُوا بِهَا جَاءَتْهَا رِيحٌ عَاصِفٌ وَجَاءَهُمُ الْمَوْجُ مِنْ كُلِّ مَكَانٍ وَظَنُّوا أَنَّهُمْ أُحِيطَ بِهِمْ دَعَوُا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ لَئِنْ أَنْجَيْتَنَا مِنْ هَٰذِهِ لَنَكُونَنَّ مِنَ الشَّاكِرِينَ﴾[1].

ألحق جمهور الفقهاء بالمريض مرض الموت في الحكم حالات مختلفة وعديدة ليس فيها مرض أو إعتلال صحة مطلقا وإنما توفر فيها الوصفان المشترطان منها: إذا ركب البحر ، فإن كان ساكنا فليس بمخوف ، وأن تموج واضطرب وهبت الريح العاصف ، وخيف الغرق ، فهو مخوف ،وكذا إذا انكسرت السفينة وبقي على لوح وخيف العرق. إنما كان عن السفن والمراكب المعروفة في عهدهم.[2]

وما نلاحظه في العصر الحالي وسائل ركوب البحر قد تطورت منها ما نجد البواخر الضخمة المزودة بالمحركات ذات الطاقة الكبرى، وهذا ما يجعل سيرها في البحار والمحيطات ميسرا ويبعد معه أي خوف سواء كان البحر هادئ أو هائجا.

[1] سورة يونس، الآية 22.

[2] وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، المرجع السابق، ص6-7.

المبحث الثاني: إثبات مرض الموت وسبب تقييد التصرفات المادية والقانونية

إذا كان الموت واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات وخاصة إذا كان الموت ناتج عن مرض، وثار هناك نزاع نتيجة تصرفات قام بها الهالك قد تمس حقوق الورثة والدائنين له فيثبت الموت على أنه ناتج عن مرض، وإثباته على من ادعى أن التصرفات التي قام بها المريض مرض الموت وقعت خلال المرض الذي أدى إلى الوفاة ، ومن ثم فإن طالب الحق عليه أن يثبت أن الميت قام بتصرف خلال مرضه المؤدي إلى موته بجميع طرق الإثبات المذكورة في المادة 2/776 من القانون المدني الجزائري [1] والفقه الإسلامي، ولذلك يجب أن تحكم تصرفات مريض مرض الموت قيود حماية لحقوق الورثة والدائنين وكذا الموصى له . ومن أسباب التقييد من اعتبر أن الموت عارض من عوارض الأهلية وبالتالي يقيد تصرفات المريض ، ومنهم من اعتبر أن سبب تقييد التصرفات هي حقوق الورثة والغير. وعليه سأتطرق في هذا المبحث إلى مطلبين نتكلم في الأول على إثبات مرض الموت، والثاني الأسباب التي تقيد تصرف المريض مرض الموت، المادية والقانونية. وذلك حماية لحقوق الورثة والغير .

[1] القانون المدني الجزائري ، المادة 2/776.

المطلب الأول: إثبات مرض الموت

تظهر أهمية إثبات مرض الموت في حماية دائني وورثة المريض مرض الموت وفي حماية الموصى له، واثبات مرض الموت من أكثر الموضوعات القانونية تطبيقا وأكثرها حيوية.[1]

نصت المادة 776 فقرة ثانية من القانون المدني الجزائري على أنه : (وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا).

نستنتج من هذا النص أنه إذا توافرت شروط تحقق مرض الموت اعتبر هذا الموت واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات وعبء الإثبات يقع على الورثة.[2]

الفرع الأول: مرض الموت واقعة مادية

يعتبر مرض الموت واقعة مادية يجوز إثبات، ومنها البينة ومنها البينة والقرائن، وأكثر ما يثبت بالشهادات الطبية الدالة على حالة المريض في أواخر أيامه، كذلك يثبت بشهادة الشهود، وبتقصي حياة المريض في أيامه الأخيرة ، وعلى الورثة الذين يطعنون في تصرف مورثهم بأنه صدر في مرض الموت يقع عبء إثبات المرض، ولما كانوا يعتبرون خلفا لمورثهم وليسوا غيرا من حيث ثبوت التاريخ، فان تاريخ التصرف العرفي يكون حجة عليهم كما هو حجة على مورثهم. فإذا كان التصرف مؤرخا تاريخا عرفيا في وقت ثبت أن المورث لم يكن فيه مريضا، كان هذا التاريخ العرفي حجة عليهم. ولكن لهم أن يثبتوا أن هذا التاريخ قد قدم عمدا لإخفاء أن التصرف قد صدر في مرض الموت، و أن التاريخ الذي صدر فيه التصرف متأخر عن التاريخ الصوري المذكور في التصرف ويقع في وقت كان فيه المورث في مرض موته، فإذا أثبتوا ذلك _ ولهم أن يثبتوه بجميع طرق الإثبات لأنهم يثبتون غشا وواقعة مادية _ أصبحوا من الغير من حيث سريان التصرف [3].

وإذا طعن الورثة مثلاً في تصرفات مورّثهم بدعوى صدورها عنه في مرض موته بما يمس حقوقهم ولم يجيزوها، وادعى المتصرف له أن هذه التصرفات وقعت من مورثهم في صحته.[4] فإنه ينبغي التفريق هنا بين حالات ثلاثٍ :

الحالة الأولى : إذا خلت دعوى كل منهما عن البيّنة , فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

---

[1] عبد الستار حامد، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، القسم الرابع ، ط1 ، مطبعة جامعة بغداد، 1986 ، ص79.

[2] الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المادة 2/776.

[3] عبد الرزاق احمد السنهوري،المرجع السابق، ص321-322.

[4] محمود إسماعيل مشعل، المرجع السابق، ص42-43.

أحدهما **للحنفيّة والحنابلة** : وهو أن القول قول مدعي صدورها في المرض، لأن حال المرض أدنى من حال الصحة، فما لم يتيقن حال الصحة يحمل على الأدنى، ولأن هذه التصرفات من الصفات العارضة ، فهي حادثة ، والحادث يضاف إلى أقرب وقت من الحكم الذي يترتب عليه، والأقرب هاهنا المرض المتأخر زمانه عن زمان الصحة ، فكان القول قول من يدعي حدوثها في المرض، إذ هو الأصل، ولو أراد مدعي الصحة استحلاف مدعي المرض لكان له ذلك .

والثاني **للشافعية** : وهو أن القول قول مدعي صدورها في الصحة ،لأن الأصل في التصرف السابق من المتوفى أن يعتبر صادرا في حال صحته , وعلى من يتمسك بصدوره في مرض الموت يقع عبء الإثبات .

الحالة الثّانية : وهي ما إذا اقترنت دعوى كل منهما بالبينة، وقد اختلف الفقهاء في هذه الحالة على قولين :

أحدهما **للحنفية** :وهو أنه ترجح بينة وقوعها في حال الصحة على بينة وقوعها في المرض ، لأن الأصل اعتبار حالة المرض ، لأنه حادث ، والأصل إضافة الحادث إلى أقرب وقت من الحكم الذي يترتب عليه ، والأقرب هو المرض المتأخر زمانه عن الصحة، فلهذا كانت البينة الراجحة بينة من يدعي حدوثها في زمان الصحة، إذ البينات شرعت لإثبات خلاف الأصل .

وقد جاء في مجلة الأحكام العدلية : ترجح بينة الصحة على بينة المرض ، مثلا إذا وهب أحد مالا لأحد ورثته ثم مات ، وادعى باقي الورثة أنه وهبه في مرض موته ، وادعى الموهوب له أنه وهبه في حال صحته ، ترجح بينة الموهوب له.

والثاني **للشافعية** : وهو أنه ترجح بينة وقوعها في مرضه على بينة وقوعها في صحته .

الحالة الثالثة : وهي ما إذا اقترنت دعوى أحدهما بالبينة دون الآخر، وفي هذه الحالة لا خلاف بين الفقهاء في تقديم قول المدعي صاحب البينة على قول الآخر الذي خلت دعواه عن البينة ، سواء أقام صاحب البينة بينته على صدور التصرف في الصحة أو في المرض[1].

ويثبت بطرق الإثبات كافة ومنها البينة والقرائن ، وأكثر ما يثبت ذلك بالبينة الشخصية المتمثلة في الشهود الدالة على حالة المريض في آخر أيامه ، وبتقصي حياة المريض في أيامه الأخيرة .[2]

ومن أمثلة القرائن على صدور التصرف في مرض الموت نجد:

[1] وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية ، المرجع السابق، ص 8-9.

[2] محمود إسماعيل مشعل ، المرجع السابق، ص42.

أ/ تنازل المريض عن كل ما يملك وقت اشتداد المرض عليه هو أكبر مظهر من مظاهر مرض الموت وأماراته .

ب/ومن القرائن القوية على صدور العقد في مرض الموت أن يكون قد تم تحريره قبل وفاء المورث بأيام قليلة ، إذا وجدت دلائل تثبت أن هذا المورث مات فجأة .

ج/ كذلك قرب تاريخ الوفاة لا يثبت أن البائع كان مريضا وقت البيع، إذ يجب على الطاعن في هذه الحالة، أن يثبت بجميع طرق الإثبات أن البيع قد تم في مرض الموت.

د/ من القرائن التي يعتمد عليها على أن العقد حرر في مرض الموت تسجيل هذا العقد ، تسجيل تاريخه قبل الوفاة بمدة قليلة، ثم إعادة تسجيله تسجيلا تاما بعد ذلك ببضعة أيام ، لأن تكرير التسجيل بهذه الكيفية يدل على أن العقد سجل تاريخه عقب صدوره مباشرة ثم سجل بعد ذلك تسجيلا تاما. [1]

وفي حيثيات القرار لمجلس قضاء البليدة جاء فيه: (...وحيث أن مرض الموت واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة الطرق، وحيث تبين من الملف الطبي أن الواهبة كانت تعاني من داء الكلى ، وأن مرضها هذا كان في مرحلتها الأخيرة، وأن الواهبة ماتت بعد مرور أقل من عشرة أشهر ، مما يتعين إبطال الهبة عملا بالمادة 204 من قانون الأسرة). [2]

الفرع الثاني: وقوع عبء الإثبات على الورثة

جاء في نص المادة 2/776 ... وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم و هو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، و لا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابت، إذا اثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف الصادر على سبيل التبرع، ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه). [3]

لقد بينت الفقرتين من 2 و3 من المادة 776 على أنه يقع عبء إثبات تصرف مريض مرض الموت على من يدعي وجوده،فالورثة الذين يزعمون بأن مورثهم تصرف في أعيانه وهو مريض مرض الموت عليهم إثبات ذلك. ولما كان من المستقر عليه قانونا أن الوارث خلف عام لمورثه، فإنه يتقيد في إثبات التصرف المطعون فيه بما تم بين مورثه والمتصرف إليه، فإذا كان التصرف مكتوبا وجب أن يثبت مزاعمه بالكتابة، غير أن إثبات الواقعة

[1] نبيل صقر، تصرفات مريض مرض الموت، دار الهدى، عين مليلة ، الجزائر، 2008، ص 17-19.

[2] قرار مجلس قضاء البليدة ، المؤرخ في 2000/04/01 رقم : 99/1100 ، الغرفة المدنية ص 121-124 .

[3] القانون المدني الجزائري ، المادة 2/776و3 .

المادية لمرض الموت فقط ، دون تاريخ التصرف قرر لمصلحة الوارث الذي يستعمل كافة أدلة الإثبات ، وله أن يثبتها حتى بشهادة الشهود .

وإثبات التاريخ لا يكون إلا بإحدى الطرق التي عينها القانون ، ولا يحتج على الورثة الذين يطعنون بأنه صدر في مرض الموت بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا إلا أن هذا التاريخ يظل حجة عليهما إلى أن يثبتوا هو عدم صحته وأن التصرف صدر في تاريخ آخر توصلا إلى إثبات أن صدوره كان في مرض الموت [1].

و يعتبر الورثة خلفا لمورثهم وليسو غيرا من حيث ثبوت تاريخ التصرف العرفي فيكون حجة عليهم كما هو حجة على مورثهم، فإن كان التصرف مؤرخا تاريخا عرفيا في وقت يثبت أن المورث لم يكن مريضا ، كان هذا التاريخ العرفي حجة عليهم ولكن لهم أن يثبتوا أن هذا التاريخ قدم عمدا لإخفاء أن التصرف الذي قام به مورثهم قد صدر في مرض الموت ، وأن التاريخ الذي صدر فيه التصرف متأخر عن التاريخ الصوري المذكور في التصرف ، ويقع في وقت كان فيه المورث في مرض موته ، ولهم أن يثبتوه بجميع طرق الإثبات لأنهم يثبتون غشا والغش واقعة مادية [2].

المطلب الثاني، سبب تقييد تصرفات مريض مرض الموت

إن تصرفات الشخص في مرض موته يختلف حكمها عن تلك التي تقع في حال صحته، والقانون المدني الجزائري حال تنظيمه لتصرفات المريض مرض الموت لم يتطرق إليها بالتدقيق ولم يجمع كل أجزائها، ولم يبن أساس حكمها، فما هو سبب تقييد تصرف المريض مرض الموت ؟ وهل يتعلق الأمر بأهليته أو بعارض من عوارضها أو عيب شاب إرادته؟

حيث لم يبن المشرع الجزائري سواء بقرينة التصرف في مرض الموت المنصوص عليها بالمادة 776 ق.م .ج، ولا في أحكام البيع في مرض الموت سبب تقييد تصرف المريض مرض الموت، بل جاءت نصوص القانون في ذلك عامة ، سواء في القانون المدني أو قانون الأسرة، لذالك وجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بموجب أحكام المادة الأولى من القانون المدني إذ القاعدة الشرعية تقضي بعدم نفاذ تصرفات المريض مرض الموت الضارة بالورثة وتعطيها حكم الوصية. ولذلك نجد أن هناك حقوق تتعلق بأموال المريض مرض الموت سواء للورثة أو الدائنين قد

[1] نبيل صقر، المرجع السابق، ص18-19.

[2] عبد الرزاق احمد السنهوري،المرجع السابق، ص323.

شكلت سببا لتقييد تصرفات مريض مرض الموت، وكذا ارتباط تحايل مريض مرض الموت بتصرفاته مما يقضي بتقييد هذه التصرفات، وهذا ما سوف نتطرق إليه من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: تعلق حق الورثة والدائنين بأموال المريض مرض الموت

المريض مرض الموت لا يفقد أهلية التصرف و لا يعتبر مرض الموت عارض من عوارضها وهذا ما ذهب إليه الفقيه عبد الرزاق السنهوري في كتابه الوسيط في شرح القانون المدني أن سبب التقييد لا يرجع لأهلية المريض ولا إلى عيب في إرادته و لا ينقص أهليته مادام حيا وحافظا لقواه العقلية (التمتع بالأهلية الكاملة)، وإذا تصرف وهو فاقد لتمييزه يكون هذا التصرف باطل لانعدام عنصر التمييز، وإنما تقيد تصرف مرض الموت إلى تعلق حق الورثة بأموال المريض وقت المرض، وعليه، فإنه من المقرر في الفقه الإسلامي أن حق الورثة يتعلق بأموال مورثهم، لا من وقت موته وحسب، بل من وقت المرض الذي يموت فيه، ففي هذه الحالة إذا صدر أي تصرف أنطوى على تبرع منذ هذا المرض فإنه يأخذ حكم الوصية وتنطبق عليه أحكامها.[1]

ولما كان تقييد تصرف المريض في مرض الموت يرجع إلى حق الورثة في ماله وفقا لمبادئ الفقه الإسلامي، فإن هذا التقييد لا يسري إلا في حق من تجري في ميراثه أحكام الشريعة الإسلامية، فالأجنبي الذي لا يجري في ميراثه أحكام الشريعة الإسلامية لا يسري التقييد في حقه.[2]

رأي أبي حنيفة أن هناك فرقا بين حق الدانيين وحق الورثة: هو أن حق الدائنين يتعلق بمال المدين فقط، لا بأعيان التركة نفسها، حتى جاز للمريض مبادلة مال بيعا أو شراء دون حاجة لأذن الدائن، ويجوز للورثة إعطاء الدائن دينه نقدا، ثم يتصرفون بأعيان التركة كما يشاءون.[3]

ولقد اختلف فقهاء الحنفية اختلافا نظريا في تكييف حق الورثة الذي يتعلق بأموال مورثهم، أهو حق ملكية في ثلثي ما يبقى بعد الديون، أم هو مجرد الحق في الخلافة لا يثبت ملكا، وإنما تبتدئ فقط من وقت الوفاة؟حيث ذهب المتقدمون من الحنفية إلى أن حق الورثة الذي يتعلق بأموال مورثهم هو حق ملكية. [4] وهؤلاء على رأيين:

---

[1] سري زيد الكيلاني، حجية إقرار المريض مرض الموت بالحق المالي في الفقه الإسلامي والقانون الأردني ، دراسات، علوم الشريعة والقانون،المجّلد 37 ،العدد1، الأردن، 2010.

[2] عبد الرزاق احمد السنهوري،المرجع السابق، ص326.

[3] وهبة الزحيلي، المرجع السابق ، ص 138.

[4] محمد أبو زهرة،أحكام التركات والمواريث،دار الفكر العربي،مصر،ص 10.

الرأي الأول: يرى أنه حق ملكية من كل وجه أي حق ملكية كامل، ويثبت هذا الحق بمجرد المرض، ذلك أن كون المرض مرض موت كشف عن حقيقة كانت مستورة قبله وهي أن الأعيان ملك للورثة.

الرأي الثاني: يرى أنه حق ملكية من وجه دون وجه، فحق الملكية إنما يكون عند الموت، فإذا مات المريض ثبت الملك بأثر رجعي إلى وقت ثبوت المرض، لأن الموت هو سبب الملكية بالخلافة عن المورث، وملكية الورثة لأموال التركة تثبت مستندة إلى أول ظهور أعراض الفناء، أي وقت ثبوت المرض، والظاهر أن دقة الخلاف بين الرأيين لا تحول دون كونهما متحدان في تكييف حق الورثة بأنه حق ملكية.

بينما يرى المتأخرون من فقهاء الحنفية أن تعلق حق الورثة بأموال مورثهم المريض هو مجرد حق في خلافته أو حق إرث، وليس حق ملكية، ودليلهم في ذلك أن حق الوارث لو كان حق ملكية لجاز للوارث نقض تبرع المريض في أثناء حياته، ولكن ذلك لا يجوز بالإجماع، فدل هذا على أنه ليس حق ملكية بل مجرد خلافة.

وتعلق حق الورثة بأموال مورثهم المريض هو مجرد حق في خلافته بالنظر لرجاحة أدلة القائلين به ولأنه من غير المقبول أن يكون للورثة ملكية وللمورث ملكية.[1]

وكذلك اختلف فقهاء الإسلام في تكييف حق الورثة الذي يتعلق بأموال مورثهم وقت مرض الموت، فذهب بعضهم إلى أنه ملكية كاملة يثبت بمجرد المرض، وذهب آخرون إلى أن حق الملكية إنما يكون عند الموت ولكنه يستند إلى وقت بدء المرض، وذهب فريق ثالث إلى أن حق الورثة وقت المرض ليس حق الملكية بل هو حق خلافة أو إرث، وأيا كانت طبيعة حق الورثة، فانه حق يقيد من تصرف المريض على النحو الذي أسلفناه . و لما كان تقييد تصرف المريض في مرض الموت يرجع إلى حق الورثة في ماله وفقا لمبادئ الفقه الإسلامي، فان هذا التقييد لا يسرى إلى في حق من تجري في ميراثه أحكام الشريعة الإسلامية.[2]

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول التكييف الشرعي لمرض الموت، وهل يعتبر عارضا من عوارض الأهلية التي يتمتع بها الإنسان البالغ العاقل الصحيح؟ أو لا يعتبر عارضا من عوارض الأهلية؟ وذلك على قولين:

القول الأول: يذهب أصحاب هذا القول إلى أن مرض الموت عارض من عوارض الأهلية، وأنه ينقص من أهلية الأداء، لضعف ذمته(أي المريض)، وتعلق حق الغرماء بأمواله، وقرب انتقال ملكيته إلى الورثة. و لذلك يحد من تصرفاته ويصبح كالمحجور عليه، وتعتبر تبرعاته بحكم الوصية التي تقيد بالثلث، لتعلق حق الورثة بأمواله من وقت

[1] محمد أبو زهرة، المرجع سابق، ص 10-11.

[2] عبد الرزاق احمد السنهوري،المرجع السابق، ص324 - 325.

الموت، كما تصبح بقية التصرفات موقوفة على إجازة الغرماء(الدائنين) لتعلق حقهم بأمواله وتفضيلهم على غيرهم، وخاصة إذا كان الدين مستغرقا لماله.[1]

2- **أما القول الثاني** : الذي ذهب إليه فقهاء **المالكية والشافعية** إلى أن مرض الموت لا يعتبر عارضا من عوارض الأهلية، وأن تصرفات المريض بشكل عام صحيحة ونافذة ولازمة، لأن المرض لا يؤثر على أهلية المريض، ولا يضعف ذمته ولا يقيد حريته وولايته، ولا يحد من تصرفاته، ولا يتعلق حق الورثة بماله وتركته إلا بعد وفاته وقد استدلوا على قولهم هذا بالأتي: أنه لا يجب التفرقة بين المريض والصحيح، لأن مرض الموت كبقية الأمراض الأخرى التي لا تؤثر على الأهلية والتصرفات، خاصة أن التفريق بينهما لا يدل عليه.

ونلاحظ أن القانون المدني الجزائري في التكييف القانوني لمرض الموت قد أخذ بمذهب الحنفية و الحنابلة، إلا أن القانون وافق مذهب الحنفية من ناحية وخالفه من ناحية أخرى، فوافقه في أنه جعل تبرعات المريض مرض الموت تسري عليها أحكام الوصية، وقد أكد القانون المدني الجزائري هذا الوصف لجميع تصرفات المريض مرض الموت في المادة(776)، وخالف القانون المدني مذهب الحنيفة والحنابلة، أنه لم يجعل مرض الموت عارضا من عوارض الأهلية، وبالتالي يكون قد وافق مذهب المالكية والشافعية والظاهرية، وإنما جعل المرض مؤثرا في التصرفات حماية لحقوق ، يرى بعض الشرّاح أن مرض الموت يعد عارضا من عوارض الأهلية وهذا ما ذهب إليه الدكتور شفيق الجراح[2].

ولهذا السبب تقيد تصرفات مريض مرض الموت، ونستشف هذا من قرار المحكمة العليا المؤرخ في09\07\1984 تحت رقم 33719 أنه(...من المقرر فقها وقضاء أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا، ويجر إلى الموت وبه يفقد المريض وعيه وتمييزه، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقواعد الفقهية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي السائد)..[3]

في هذه الحالة اعتبر القضاء أن مرض الموت يعد عارض من عوارض الأهلية، وهذا الاجتهاد يتعارض إلى ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية، من أن مرض الموت يخرج عن إصابة المريض بفقدان وعيه وتمييزه بل أن أهليته مثل أهلية الصحيح. وللابتعاد عن أي إشكال تبين وفق أسس قانونية ثابتة أن الرأي السابق للفقهاء القائل

[1] حسني محمود عبد الدايم ، مرض الموت وآثاره على عقد البيع، دار الفكر الجامعي ، مصر،2007، ص 169.

[2] محمودي عبد العزيز، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، البليدة-الجزائر- ، ص43.

[3] قرار المحكمة العليا ، مؤرخ في :1998/07/09، تحت رقم 33719 المجلة القضائية لغرفة الأحوال الشخصية، العدد 3، سنة 1989.

بأن مرض الموت عارض من عوارض الأهلية القانونية للشخص ليس له أساس قانوني، وأن أهلية المريض الموت هي أهلية الصحيح تماما، لأن القول بأن أهليته ناقصة هو قول خاطئ.

الفرع الثاني: تحايل المريض مرض الموت على أحكام القانون:

قد يلجأ المريض مرض الموت إلى استعمال طرق وحيل، أو صورية من وراء تصرفه سواء عن قصد أو غير قصد منه محاباة لأحد الورثة أو الغير، وتقييدا لهذه التصرفات تصدى القانون والفقه الإسلامي، بمنظومة من القواع د الفقهية والنصوص القانونية يمكن فرض احترام القواعد الآمرة للقانون المتعلقة بالوصية . إن سبب تقييد تصرفات المريض مرض الموت هو رغبة في حماية كل من الورثة والدائنين، لأن حقوقهم تكون مرتبطة بالذمة المالية لهذا الشخص، وللحيلولة دون تحايل المريض على أحكام هذه التصرفات المستترة الصورية التي يقوم بها المريض مرض الموت للتحايل على القانون ،لمحاباة لأحد الورثة وللغير، وفي ظل عدم تنظيم المشرع هذه التصرفات في القانون المدني الجزائري. وتصديا لمثل هذه التصرفات وضع قواعد بها يمكن فرض احترام القواعد الآمرة للقانون المتعلقة بالوصية؛ و هذا بمعاملة من يحاول التهرب من أحكامها بنقيض قصده و اعتبار تصرفه وصية حماية لحقوق ورثته، بأنها تصرفات مضافة إلى ما بعد الموت وفق المادة 1/776 مدني جزائري.

تعتبر الصورية نوع من التحايل على القانون ، لكن قد يوجد تحايل على القانون بغير صورية متى كانت شروط العقد ظاهرة غير مستترة ، كالهبة مع إشتراط أن يبقى الشيء في يد الواهب وأن يتقرر له حق إنتفاع عليه طوال حياته فيقتصر أثر الهبة في هذه الحالة على نقل ملكية الرقبة للموهوب له طوال حياة الواهب و لا تكتمل له الملكية إلا بعد وفاة الواهب.[1]

يمنع المريض مرض الموت من بعض التصرفات كالمديون من جهة وذلك حماية لحقوق الدائنين التي تصبح متعلقة بماله بعد أن كانت متعلقة بذمته فقط، ومن جهة أخرى حماية لحقوق ورثته أيضا التي تصبح متعلقة بأعيان وموجودات التركة نفسها وهذا في رأي أبي حنيفة. [2] فقد يلجأ المريض مرض الموت إلى إيثار بعض الورثة على حساب آخرين، وقد يستعمل تحايلا على القانون، أو يعطي لتصرفه الضار بحق الورثة أسماء ينجز بها عمله القانوني، وكل ذلك مخالف للقانون فكثيرا ما يلجأ الأفراد من الناحية العملية إلى وصف تصرفاتهم بأنها تصرفات

[1] محمد حسنين، مرجع سابق، ص 7.

[2] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ،ص 134.

منجزة كالبيع مثلا أو الهبة رغم أنها تكون في حقيقتها مضافة إلى ما بعد الموت وهذا ما يعد تحايلا على أحكام القانون الآمرة.

الفصل الثاني

أنواع تصرفات مريض مرض الموت وأثر الاجتهاد القضائي في ذلك

الفصل الثاني: أنواع تصرفات مريض مرض الموت وأثر الاجتهاد القضائي في ذلك

المريض مرض الموت قد يقوم بتصرفات يكون القصد من خلالها إخفاء التصرف الحقيقي، قد يكون هذا التصرف بتصرفات مالية (معاوضة) كالبيع في المادتين 408 و 409 من القانون وكالقيام بتصرف القصد عنه التبرع(كالهبة، والوقف)المدني والهبة في المادة 204.وحماية لمصلحة الورثة والدائنين(الغير) ومنع التحايل على القانون،فقد نظمت المادة 776 مدني كحكم عام في تصرفات مريض مرض الموت، وكذلك ميليها من مواد سواء في قانون الأسرة الجزائري، وما نظمته الشريعة الإسلامية بوجه موسع وما ذهب الفقهاء إليه في ذلك وكذلك الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا ،ارتأيت أن اقسم هذا الفصل: إلى مبحثين: الأول سأتطرق فيه إلى:أنواع تصرفات مريض مرض الموت وتعلقها بحق الورثة والدائنين ،المبحث الثاني: تصرفات مريض مرض الموت واثر الاجتهاد القضائي في ذلك. وذلك بصفة مختصرة نظرا لاتساع الموضوع وتشعبه، ولأنه موضوع حساس ومهم في حياتنا إلا أن الاهتمام به غير كاف، وذلك ما اكتشفناه لعدم وجود نصوص قانونية كافية تنظمه وخاصة في التشريع الجزائري ،الذي لم يعطيه حقه ،وذلك بإنشاء منظومة قانونية تنظمه.

المبحث الأول: أنواع تصرفات مريض مرض الموت و تعلقها بحق الورثة والدائنين

جاء في نص المادة 776 من القانون المدني الجزائري " كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف.

الحكم العام في تصرفات المريض مرض الموت قد أحاط هذه التصرفات بقواعد محددة في إثباتها سواء بنص هذه المادة أو غيرها.إلا أن المشرع لم يكتفي بذلك فخص بعض التصرفات المبرمة في مرض الموت بقواعد خاصة بها كالبيع في المادتين 408 و409 من القانون المدني [1]والهبة في المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري [2]. رغم ذلك نجد أن المشرع لم يوضح بصفة صريحة أحكام بعض التصرفات الأخرى التي تؤثر على حقوق الورثة شأنها شأن الهبة والبيع.وكانت مرجعيته في ذلك الشريعة الإسلامية، ويعود الحد من آثار تصرفات المريض مرض الموت إلى فقه الشريعة الإسلامي ،التي هي المرجعية و الرجوع إليها إذا لم يوجد نص قانوني يطبق،وكذالك الاعتماد على الاجتهادات القضائية.

إلا أننا وبتحليل بعض النصوص القانونية وقرارات المحكمة العليا المتعلقة بها يمكن إلحاقها بالحكم العام، ومن أهم أنواع التصرفات التي سوف نتطرق إليها بنوع من الإيجاز نظرا لاتساع الموضوع وتشعبه، الزواج ،الطلاق،التصرفات التبرعية(الهبة ،الوقف)، الإبراء ، الإقرار، وكذلك عقد معاوضة، وما يتعلق بها بحق للورثة والدائنين وهذا ضمن مطلبين في هذا المبحث .

1 القانون المدني الجزائري، المواد : 408-409 - 776.

2 قانون الأسرة ، المادة 204.

المطلب الأول: زواج وطلاق مريض مرض الموت

إن من بعض التصرفات التي يقوم بها مريض مرض الموت ، قيامه بإبرام عقد زواج أو فك رابط زوجية، وقصده من ذالك إنشاء حقوق لآخرين والتأثير على حقوق آخرين، ولذلك نجد التشريع والفقه الإسلامي قد أحاط هذه التصرفات بإحكام ونصوص قانونية تقيد تصرفاته،التي تمس بحق الورثة والدائنين، ولذلك سنتطرق للموضوع في فرعين،الفرع الأول: زواج المريض، والفرع الثاني طلاق المريض.

الفرع الأول: زواج مريض مرض الموت

لقد أباح الله ورسوله النكاح ولم يخص في القرءان و لا السنة صحيحا وصحيحة من مريض و مريضة وما نعلم للمخالفين حجة أصلا في القرآن و لا في السنة، ولا قول صحيح ولا من رأي يعقل، ومن هنا فإذا ثبتت صحة الزواج في المرض المخوف ثبت التوارث بين الزوجين لعموم آية الميراث بين الأزواج.

أولا: الفقه الإسلامي

ذهب الحنفيّة والشّافعيّة والحنابلة إلى أنّ حكم الزّواج في حال مرض الموت والصّحّة سواء، من حيث صحّة العقد وتوريث كلّ واحد من الزّوجين صاحبه[1].

اتفق فقهاء المسلمين على جواز زواج المريض مرض الموت إلا إنهم اشترطوا لذلك حصول الدخول وبعكسه فالعقد باطل ، ولا يترتب عليه أثر ، وذهب جمهور الفقهاء على أن الزواج في المرض المخوف والصحة سواء من حيث صحة العقد وتوريث كل من واحد من الزوجين صاحبه، فإنهم بعد ذلك اختلفوا فيما يثبت للزوجة من مهر، ولذلك نجدهم استدلوا على صحة الزواج والتوارث في مرض الموت ، بما جاء في الكتاب والأثر والمعقول . في الكتاب فقد استدل الزيدية والظاهرية والإباضية بعموم قوله تعالى: (فَانكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاء)[2].

وبما ورد عن ابن مسعود رضي اللّه عنه أنّه قال : " لو لم يبق من أجلي إلّا عشرة أيّام وأعلم أنّي أموت في آخرها يوماً ، لي فيهنّ طول النّكاح ، لتزوّجت مخافة الفتنة " [3]. وبما روى ابن أبي شيبة عن معاذ بن جبل رضي اللّه عنه أنّه قال في مرضه الّذي مات فيه: "زوّجوني , إنّي أكره أن ألقى اللّه عزّ وجلّ عزبا "[4]. فإذا ثبتت صحّة

---

[1] وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، مرجع سابق ، ص22 .

[2] سورة النساء الآية 03.

[3] اثر ابن مسعود أخرجه سعيد بن منصور في سننه (122/3/1).أنظر الموسوعة الفقهية، جزء 37، مرجع سابق ، ص22.

[4] الأم للشافعي 4 / 32. أنظر الموسوعة الفقهية ، جزء 37، المرجع نفسه ، ص22.

الزّواج في مرض الموت ثبت التّوارث بين الزّوجين لعموم آية الميراث بين الأزواج. ثمّ اختلفوا بعد ذلك فيما يثبت للزّوجة الّتي عقد عليها المريض من امهر...[1]

ما ذهب إليه الإمامية والمالكية :

أ: للمالكية قولين في حكم زواج المريض مرضا مخوفا

1/يجوز له التزوج إذا كان محتاجا إلى الزواج

2/ لا يجوز له التزوج سواء كان محتاجا إلى الزواج أو غير محتاج ولو إذن له الوارث الرشيد ، وهو القول الراجح ويعد الزواج فاسدا وذلك لأن في هذا الزواج إدخال وارث جديد على الورثة ، الأمر الذي يحتم معاملة المريض بنقيض قصده وبحكم فساد فعله ، أما إذا تزوج المريض بمن لا ترث كأمة وكتابية ففيهما قولان:

-أحدهما أنه غير جائز، وهو القول الأصح المعتمد في المذهب لأنهما يصيران من أهل الميراث .

- هذا الزواج جائز لأن العتق والدخول في الإسلام طارئ ومجرد احتمال والأصل فيه عدم مراعاة الطوارئ.

ب : ما ذهب إليه الإمامية

الإمامية يفرقون في حكم الزواج في مرض الموت بين زواج المريض و زواج المريضة ، ففي زواج المريض يحوز للرجل أن يتزوج في مرضه ، فإن تزوج و دخل فجائز وان كانت قبل الدخول فباطل ، أما زواج المريضة يجوز أن تتزوج و حكم زواجها حكم زواج الصحيحة لأن أصل المريض كالصحيح .

ثانيا: التشريع الجزائري

لقد نص قانون الأسرة في الباب الأول على الزواج في مواده من 4 إلى 46، وبخصوص زواج مريض مرض الموت فلم يرد نص خاص به في قانون الأسرة وكذلك القانون المدني، لهذا وبناء على ما نصت عليه المادة الأولى الفقرة الثانية من القانون المدني والتي فحواها ما يلي:

(...و إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف...)[2]

فالمشرع الجزائري في قانون الأسرة لم يتطرق لنصوص قانونية واضحة وصريحة فيما يخص تصرف مريض مرض الموت في الزواج ، إلا أنه في كل حالة وفي عدم وجود أي قواعد قانونية يحيلنا إلا أحكام الشريعة الإسلامية،

1 وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ،مرجع السابق، ص22.

2 القانون المدني الجزائري المادة 2/1

وذلك بموجب المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه :(**كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية**)[1]، ولم يخصص لنا مذهب معين يرجع إليه القاضي في حالة ما إذا عرضت عليه قضية تشتمل زواج مريض مرض الموت عكس ما نجده مثلا في قانون الأحوال الشخصية المغربي الذي يحيلنا إلى مذهب الإمام مالك.

الفرع الثاني: طلاق مريض مرض الموت

أولا: الفقه الإسلامي:

اتفق الفقهاء على أن الرجل المريض إذا طلق امرأته، فطلاقه نافذ كالصحيح، فإن مات من ذلك المرض ورثته المطلقة ما دامت في العدة من طلاق رجعي، كما ترثه فيها في طلاقها في حال الصحة، لأن الرجعية زوجة يلحقها طلاق الزوج وإظهاره و إيلاؤه، ويملك إمساكها بالرجعة ولو بغير رضاها، ولا ولي ولا شهود ولا صداق جديد.

ما إن طلقها في حال الصحة طلاقا بائنا أو رجعيا، فبانت منه بانقضاء عدتها، فلم يتوارثا إجماعا. و اتفق الفقهاء أيضا على أن الرجل إذا طلق امرأته في مرض الموت ثم ماتت، لم يرثها وإن ماتت في العدة .

إلا أنهم اختلفوا في ميراث مطلقة المريض مرض الموت إذا طلقها فيه طلاقا بائنا إلى ثلاثة أقوال.

القول الأول:

إنها ترث في عدتها فقط ولا ترث بعد العدة

وبهذا القول قال أبو حنيفة وأصحابه وسفيان والليث و الأوزاعي وأحمد بن حنبل في إحدى روايته والشافعي في مذهبه القديم ،وقال السر خسي وإذا طلق المريض امرأته ثلاث أو واحدة بائنه ثم مات وهما في العدة فلا ميراث لها منه بالقياس ، وهو احد أقوال الشافعي وفي الاستحسان ترث منه وهو قولنا أي قول أبو حنيفة وجه القياس ان سبب الإرث ارتفع بالطلاق والحكم لا يثبت بدون السبب ولكن استحسن اتفاق الصحابة والقياس) يترك بإجماع الصحابة .

وكذلك ما ورد عن أحمد يدل على إنها لا ترث في العدة فانه قال في روايته الإسلام يلزم له أن يتزوج أربعا قبل انقضاء عدة مطلقاته انه لو طلق أربع نسوة في مرضه ثم تزوج رابعا ثم مات في مرضه منه تورث الثمان بعد العدة لأنه قال في المطلقة قبل الدخول (لاترث لأنها لاعدة لها وكذلك تحل لزوج أخر لم ترث كما في الصحة) وكذلك إنها ترثه لأنه قصد إبطال حقها في الإرث فاعتبر هاربا من إن ترثه وفارا.

1 قانون الأسرة الجزائري، المادة 222 .

بحقها من الميراث ويرد عليه قصده بتأخير الطلاق إلى زمان انقضاء العدة دفعا للضر عنها

وعلله بذلك بما يلي: إن توريثها يقضي التوريث الأكثر من أربع زوجات لو تزوج بعدها بزوجة رابعة غيرها والتوريث أكثر من أربع زوجات لا يجوز.

القول الثاني

إنها ترثه ما لم تتزوج بغيره،وبهذا القول قال به الأمام احمد في قوله المشهور وأبي ليلى ورواية عن أبي حنيفة و الشافعية في احد أقوالهم : إن مبتوته زوجة المريض مرض الموت ترثه ما لم تتزوج ، فإذا تزوجت سقط حقها برضاها لان الزواج بمثابة التنازل عن حقها مره.

لقد اتفق فقهاء المسلمون على وقوع طلاق مريض مرض الموت صحيحا لأنه أهل لإيقاعه إلا أنه تم الاختلاف في مسالة ارث الزوجة المطلقة طلاقا بائنا .

إذا تم تطليق الزوجة قصد حرمانها من الميراث في هذه الحالة لا ينفي الطلاق حقها في الإرث باعتبار أن هذا الطلاق هو طلاق الفار.

فقال الجمهور (الحنفية والمالكية والحنابلة): إنها ترثه، وقال الشافعي في الجديد: لا ترثه. وقال الظاهرية: طلاق المريض كطلاق الصحيح ولا فرق، فإذا مات أو ماتت فلا توارث بينهما بعد الطلاق الثلاث، ولا بعد تمام العدة في الطلاق الرجعي.

قال المالكية: إنها ترث وإن انقضت عدتها وتزوجت، لما روى أبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف «أن أباه طلق أمه، وهو مريض، فمات، فورثته بعد انقضاء العدة» ولأن سبب توريثها فراره من ميراثها من وهذا المعنى لا يزول بعد انقضاء العدة [1].

الأدلة: استدل الشافعي على أن المرأة المطلقة في عدة طلاق بائن لا ترث من زوجها الذي طلقها: بانقطاع آثار الزوجية بالطلاق البائن، والميراث لا يثبت بعد زوال سببه، بخلاف المطلقة في عدة طلاق رجعي، فإنها ترث بالاتفاق لبقاء آثار الزوجية، كل حوق الطلاق لها و الإيلاء منها ونحوهما.

واستدل الجمهور بالأثر والمعقول: أما الأثر: فإن عثمان رضي الله عنه ورَّث تماضر بنت الأصبغ الكلبية من عبد الرحمن بن عوف، الذي كان قد طلقها في مرضه، فبتَّها، وكان ذلك بمحضر من الصحابة، فلم ينكر عليه أحد، فكان إجماعاً منهم.

1 وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 454.

وأما المعقول: فهو أن تطليقها ضرار محض، وهو يدل على قصده حرمانها من الإرث، فيعاقب بنقيض قصده، كما يرد قصد القاتل إذا قتل مورثه بحرمانه من الإرث، فترث المرأة حينئذ بسبب الزوجية دفعاً للضرر عنها.

فيرى الحنفية أن الرجل إذا طلق زوجته في مرض موته طلاقا بائنا فمات وهي مازالت في العدة ترثه وان انقضت عدتها فلا ميراث لها. لاعتبار أن آثار الرابطة الزوجية مازالت لم تنقضي . ويرى كذلك أن الزوجة ترث مطلقها استحسانا إذا ثبت أن طلاقها كان طلاقا رجعيا، أما إذا طلق الرجل المريض مرض الموت زوجته بعد أن برئ من المرض ثم مات بعلة أخرى فلا يمكن لها أن ترثه حتى ولو كانت بالعدة . كذلك إذا طلقها قبل الدخول.[1]

ويتفق كل من الحنبلية و الإمامية أن المطلقة طلقت خلال مرض موت الزوج، ترث ما لم تتزوج.

ويعتبر الإمامية أن الطلاق البائن في هذه الحالة لا يرث الزوج امرأته إذا توفيت في العدة أو بعدها وترثه إذا توفي بعد الطلاق بمدة لا تزيد عن سنة بشروط منها: لا تتزوج غيره، لا يبرأ، يطلقها خلال المرض، أن يموت بالمرض.

ويرى الظاهرية رأي آخر فعن ابن حزم أنه قال : أن المبتوتة في المرض أو المطلقة فيه ولم يطأها لا ميراث لها أصلا،وكذلك المطلقة رجعيا في المرض إذ لم يراجعها حتى مات فلا ميراث لها...)[2].

و إذا طلق المريض امرأته، ثم نكح أخرى ومات من مرضه في عدة المطلقة، ورثناه عند الحنفية والحنابلة، وقال مالك: الميراث كله للمطلقة، لأن نكاح المريض عنده غير صحيح.[3]

ثانيا: طلاق مريض مرض الموت في التشريع الجزائري

لقد نص قانون الأسرة في الباب الثاني على الطلاق في مواده من 47 إلى 73، أما بخصوص طلاق مريض مرض الموت، فلم يرد نص خاص به ، إلا أنه اكتفى في الكتاب الثالث في الفصل الأول في نص المادة **132** منه على انه :(**إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث**)، دون أن يفرق بين عدة الطلاق الرجعي و عدة الطلاق البائن.[4].

إلا أنه وفي عدم وجود أي نصوص قانونية أحالنا القانون المدني إلا أحكام الشريعة الإسلامية ، بناء على ما

[1] محمود إسماعيل مشعل ، المرجع السابق، ص 249.

[2] محمود إسماعيل مشعل ، المرجع نفسه، ص 252-253

3 وهبة الزحيلي الفقه مرجع سابق، ص456.

4 قانون الأسرة الجزائري، المادة 132

نصت عليه المادة الأولى الفقرة الثانية من القانون المدني والتي فحواها ما يلي: (...**وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف**...) [1].

وكذا بموجب المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه :(**كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية**)[2]

و خلاصة القول أن حكم الطلاق في مرض الموت هو طلاق صحيح شرعا و قانونا و لا يجوز الطعن فيه أو الادعاء ببطلانه و أن حق التوارث يبقى قائما لصالح الزوجين إذا مات أحدهما أثناء عدة الطلاق الرجعي، و يبقى قائما لصالح الزوجة المطلقة وحدها إذا مات مطلقها أثناء عدة الطلاق البائن أو بعدها كلما ثبت أن الزوج قد طلقها في مرض الموت بقصد حرمانها من حقها في التركة و هذا ما يسمى عند الفقهاء بطلاق الفرار الذي يستوجب معاملة المطلق بنقيض قصده.

المطلب الثاني: الإقرار والإبراء

يأخذ كل من الإبراء و الإقرار في مرض الموت حكم التصرفات التبرعية في مرض الموت ونوضح ذلك فيما يأتي .

نصت المادة 306 من القانون المدني على أنه : "تسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع.

باعتبار نية التبرع الصريحة في الإبراء فإن نزول المريض مرض الموت عن دينه يأخذ حكم الوصية تطبيقا لأحكام الشريعة الإسلامية، إضافة إلى تطبيق الحكم العام للتصرفات القانونية التي تصدر عن الشخص في مرض الموت بقصد التبرع الوارد بالمادة 776 من القانون المدني، و بالتالي تسري عليه القيود الواردة على الوصية و التي سبق بيانها.

أما بالنسبة للإقرار فإنه من الوسائل التي وضعها المشرع للإعفاء من الإثبات، إذ أنه يعفي الخصم من إقامة الدليل على ما يدعيه، و يجوز الطعن في الإقرار بكل ما يجوز الطعن به في التصرف القانوني .

و الإقرار إما أن يكون قضائيا أو غير قضائي، و قد عرف المشرع الإقرار القضائي بالمادة 341 من القانون المدني .[3]

1 القانون المدني الجزائري، المادة 2/1.

2 قانون الأسرة الجزائري، المادة222.

3 القانون المدني الجزائري المادة306و 776و 341.

الفرع الأول :إقرار مريض مرض الموت

من معاني الإقرار في اللغة: الاعتراف. يقال: أقر بالحق إذا اعترف به. وأقر الشيء أو الشخص في المكان: أثبته وجعله يستقر فيه.

وفي اصطلاح الفقهاء، الإقرار: هو الإخبار عن ثبوت حق للغير على المخبر، وهذا تعريف الجمهور. وذهب بعض الحنفيّة إلى أنّه إنشاء، وذهب آخرون منهم إلى أنّه إخبار من وجهٍ، وإنشاء من وجهٍ.

والإقرار عند المحدّثين والأصوليين هو: عدم الإنكار من النبي صلى الله عليه وسلم على قولٍ أو فعل صدر أمامه. وتنظر أحكامه في مصطلح (تقرير)، و الملحق الأصولي.

إقرار المريض أو الصحيح هو إخبار بحق لغيره عليه، وشرعا الإقرار الاعتراف وعدم الإنكار ، وهو من أقوى طرق الإثبات في الشريعة الإسلامية وأقواها.

لقد نص قانون المدني في الباب السادس في الفصل الرابع على الإقرار في المادتين 341 و342، وبخصوص إقرار مريض مرض الموت فلم يرد نص خاص به في قانون الأسرة و كذلك القانون المدني، لهذا وبناء على ما نصت عليه المادتين الأولى الفقرة الثانية من القانون المدني والمادة 222 من قانون الأسرة .

الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة.

و الإقرار القضائي يكون حجة على المقر، و لكنه يقتصر عليه و لا يتعداه كقاعدة عامة، فإذا أقر الشخص قضائيا ثم مات قبل صدور الحكم فإن إقراره لا ينصرف إلى ورثته، لكن إذا صدر الحكم قبل وفاته، فإن هذا الحكم يكون حجة عليهم.أما بالنسبة للإقرار غير القضائي فقد جاء في قرار للمحكمة العليا ما يلي :

"...حيث أنه من المقرر فقها و اجتهادا أن لا يجوز التمسك بإقرار البائع أنه قبض ثمنا ولو ذكر ذلك في عقد البيع، لأن هذا الإقرار من المريض مرض الموت، ولا يعتد به لأن الشبهة قائمة بين البائع و المشتري أنهما متواطئان على تصوير أن هناك ثمنا دفع، وحيث أن القرار المطعون فيه مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية في إقرار المريض مرض الموت، مما يتعين نقضه"[1].

و يمكن القول إذن في هذا السياق أنه يجوز إسقاط حكم المادة 776 من القانون المدني على الإقرار في مرض الموت إذا توافرت شروطها.

1قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ: 1984/07/09 ملف رقم :33719. المجلة القضائية لغرفة الأحوال الشخصية. العدد الثالث. 1989. ص 53.

ثانيا: الفقه الإسلامي

إقرار المريض: للمريض أن يقر بدين عليه لأجنبي أو لوارث، فإن كان لأجنبي غير وارث فهو صحيح نافذ دون حاجة إجازة الورثة ولو أحاط الإقرار بجميع ماله، لكن تقدم عليه عند الحنفية ديون الصحة وهي ديون التي تثبت قبل مرض الموت ، ولو بإقرار وحده حينئذ وقال غير الحنفية دين الصحة ودين المرض يتساويان ، فلا يقدم دين الصحة على دين المرض لأنهما ثابتان. وأن كان الإقرار لوارث فلا ينفذ إلا بإجازة باقي الورثة ، فإن أجازوه نفذ وإلا بطل ، لكن يصح استثناءا كما في حال الإقرار بقبض أمانته الموجودة عند وارث أو باستهلاك الأمانة أو الوديعة الموجودة عنده لوارث أم هبة الحصة الشائع فيما يقبل القسمة كالدار والبيت الكبير فأجازها جمهور الفقهاء كبيع مشاع ولم يجزها الحنفية إلا بقسمتها وقبضها مفرزة عن غيرها[1] ..

اختلف الفقهاء في حكم إقرار المريض يدين فيما يمكن بيانه فيما يأتي: ذهب الحنفية أن إقرار المريض بالدين قد يكون لأجنبي وقد يكون لوارث .

أ/إقرار المريض لأجنبي : إقراره صحيح نافذ لا يتوقف على إجازة الورثة ولو أستغرق جميع ماله ، واستدلوا بذلك بالأثر والمعقول. فالأثر ما روي عن عمر الفاروق رضي الله عنه (إذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته). وذكر الكساني انه من لم يعرف له فيه من الصحابة مخالف فيكون إجماعا.

أما المعقول بما أن الدين من الحوائج الأصلية يقدم على حق الوارث، لأن حق الوارث إنما يتعلق بالتركة بشرط فراغ عن الحاجة الأصلية، وإنما المنع يكون دفع الأضرار عن الدائنين والورثة، إذا انتفت التهمة فقد يزول المانع وبالتالي يصح إقراره وهذا ما اتخذه الفقهاء باعتبارهم التهمة قرينة ظاهرة إذا زالت التهمة زال المانع.[2]

إقرار المريض بدين لأجنبي ينفذ من كل ماله ما لم يكن عليه ديون اقر بها في حال صحته عند الحنفية والمالكية والشافعية وأصح الروايات عند الحنابلة[3].

حيث ذهب الحنابلة إلى ثلاث حالات : ا **لأولى** لا يقبل إقراره و **الثانية** لا يقبل إقراره بالزيادة على الثلث لأنه ممنوع من ذلك أما **الثالثة** إقراره مقبول صحيح وهو كالإقرار في الصحة لأنه لا تهمة فيه .

يرى الشافعية انه يصح إقرار المريض بدين أو عين لأجنبي و ينفذ من رأس ماله دون توقف على إجازة الورثة.[4]

---

1 وهبة الزحيلي، مرجع سابق،ص 137-138.

2 محمود إسماعيل مشعل، مرجع سابق، ص 257.

3 وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، مرجع سابق، ص 24 .

4 محمود إسماعيل مشعل، المرجع نفسه، ص295-261.

ب/ إقرار المريض لوارث

يتوقف إقرار المريض لوارث على إجازة باقي الورثة فان شاؤوا نفذوه أو أبطلوه ، أذا لم يكن للمريض وارث غير المقر له يكون إقرار نافذا إذ لا يبقى محل للتوقف واستدلوا ذلك :

في الأثر : ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه (**إذا اقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث، فإنه جائز وأن أحاط ذلك بماله وان اقر لوارث فهو باطل إلا أن يصدقه الورثة**)،[1] وأما في المعقول أن تخصيص البعض بالإقرار إبطال لحق الباقين هو جور عليهم فيرد، لان حالة المريض حالة استغناء عن المال لظهور أمارات الموت الموجب لانتهاء الآمال وكل ما هو كذلك فالإقرار لبعض الورثة فيه يورث تهمة تخصيصية والقرابة تمنع من ذلك لأنها سبب تعلق حق الأقرباء بالمال وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم بشيء منه بلا مخصص وتعلق حق الورثة بمال المريض لم يظهر في حق الأجنبي لحاجة الإنسان إلى المعاملة مع غيره حالة صحته فلو لم يصح إقراره بالكلية في حالة المرض لم تقض حاجته في حال صحته .[2] لذا لا يمكن إبطال حق الورثة الباقين بالإقرار، كما لا يمكن بالوصية لهم.[3]

إقرار المريض لوارث لا يصح إلا أن يصدقه الورثة أو يثبت ببينة عند الحنفية والمذهب عند الحنابلة وفي القول عند الشافعية، **وعند المالكية** إن كان متهما في إقراره كان يقر لوارث غريب مع وجود الأبعد أو المساوي لم يقبل . إلا أن يجيزه الورثة فإن أجازوه اعتبرت إجازتهم ابتداء عطية منهم.[4]

ذهب الحنابلة إلى انه إذا اقر المريض بدين عليه لوارث لا يصح إقراره ولا يقبل منه بل يكون باطلا لأنه متهم فيه بإيصال ماله إلى وارثه بقوله في مرض موته، فلا يصح بغير رضا بقية الورثة.

أما الشافعية فالإقرار للورثة بدين أو عين فيه قولان احدهما انه لا يصح إقراره لوارثه من رضي باقي الورثة لأنه متهم بحرمانهم والثاني يصح إقراره ولو كذبه بقية الورثة.[5]

---

[1] وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الموسوعة الفقهية ، الجزء6، ص55.

2 أحمد إبراهيم بك وواصل علاء الدين أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 1122.

3 محمود إسماعيل مشعل، مرجع سابق، ص 258.

4 وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الموسوعة الفقهية ، الجزء37، مرجع سابق ص 24 .

5 محمود إسماعيل مشعل، مرجع سابق، ص 258-259.

الفرع الثاني: إبراء مريض مرض الموت

من معاني الإبراء في اللّغة: التّنزيه والتّخليص والمباعدة عن الشّيء. قال ابن الأعرابيّ: برئ: تخلّص وتنزّه وتباعد، فالإبراء على هذا: جعل المدين – مثلاً – بريئاً من الدّين أو الحقّ الّذي عليه. والتّبرئة: تصحيح البراءة، و المبارأة: المصالحة على الفراق.

و أمّا في الاصطلاح فهو إسقاط الشّخص حقّاً له في ذمّة آخر أو قبله. فإذا لم يكن الحقّ في ذمّة شخص ولا تجاهه، كحقّ الشّفعة، وحقّ السّكنى الموصى به، فتركه لا يعتبر إبراءً، بل هو إسقاط محض. وقد اختير لفظ (إسقاط) في التّعريف – بالرّغم من أنّ في الإبراء معنيين هما الإسقاط والتّمليك – تغليباً لأحد المعنيين، ولأنّه لا يخلو من وجه إسقاط على ما سيأتي.

فالإبراء هو إقرار الدائن بحصوله على كافة ديونه من المدين ، وخلو ذمة هذا الأخير لدى الأول، إما أن يكون مدينا أو غير مدين و مدينه إما أن يكون وارثا أو غير وارث [1]. وإذا ابرأ المريض مرض الموت وارثا ، توقف الإبراء على إجازة الورثة، ولو كان الدين اقل من الثلث. وان ابرأ أجنبيا، و الدين يجاوز ثلث التركة، توقف الإبراء في الزائد عن الثلث على إجازة الورثة، لان الإبراء تبرع له حكم الوصية ، وان ابرأ المريض أحد المدنين، و كانت التركة مستغرقة بالديون، لم ينفذ إبراؤه، لتعلق حق الغرماء.[2]

إذا أبرا المريض غير المدين مدينا له مما له عليه من دين فإما أن يكون المبرأ أجنبيا أو وارث

أولا : إذا كان أجنبيا فقد قال **الشافعية والحنابلة والحنفية** : إذا أبرا المريض مدينه الأجنبي من دين له عليه لا يتجاوز ثلث مال المريض ، فان الإبراء صحيح نافذ ، إما إذا كان أكثر من الثلث ، فإن الزائد على الثلث يكون موقوفا على إجازة الورثة ، فإن أجازوه نفذ لأن المنع كان لحقهم وقد أسقطوه .وأن ردوه بطل.

قال **الحنفية** : ينفد إبراؤه للأجنبي ، ولو استغرق كل ماله ولا حق لأحد في المعارضة وذلك إذا لم يكن للمريض وارث . وان كان مدينا وابرأ مدينه الأجنبي اعتبر الإبراء وصية فيما يبقى وفاء الدين يعطى حكم الوصية ، فأن كان الدين مستغرقا لم يجز الإبراء لتقدم حق الدائن على الوصية.[3]

1 نبيل صقر، المرجع السابق،ص144.

2 وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 232.

3 وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الموسوعة الفقهية ، الجزء37، المرجع السابق ص 23 .

ثانيا : إذا كان للمريض وارث فقد قال الحنفية : إذا ابرأ المريض وارثه من دينه ، وكان المريض غير مدين ، فإن إبراؤه على إجازة سائر الورثة سواء كان الدين الذي ابرأه منه قليلا إما كثير فأن أجازوه نفذ ، وان ردوه بطل .أما إذا لم يكن للمريض وارث فان الإبراء ينفذ ولو استغرق جميع المال لان المنع كان لحق الورثة .

و الحكم إذا كان المدين وارثا فأن أمامه عقبتين: حق الدائنين و حق الورثة وفي كلتا الحالتين وجبت الإجازة.[1]

وان كان المريض مدينا لدين مستغرق لتركته فقد قال الحنفية يتوقف إبراء المريض مدينه في هذه الحالة على إجازة الدائنين سواء أكان الدين الذي ابرأ منه قليل أم كثير لأنهم أصحاب الحقوق في ماله، فان أجازوه نفذ ، وان ردوه بطل ولا فرق أن يكون المبرأ وارث للمريض أو غير وارث .

أما إذا ابرأ المريض مدينه وكان المبرأ مدينا بدين غير مستغرق لتركته ، فيخرج من التركة مقدار ما عليه من الدين ، ويحكم على الإبراء في القدر الباقي بعد الدين بالحكم على الإبراء حيث لا يكون المريض مدينا أصلا[2].

في التشريع الجزائري : نظم القانون المدني الجزائري الإبراء بصفة عامة حيث نص في المادة 305 على أنه (ينقضي الالتزام إذا ابرأ الدائن مدينه اختياريا ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ولكن يصبح باطلا إذا رفضه المدين) وكذا في المادة 306 من القانون المدني الجزائري (تسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع ، ولا يشترط فيه شكل خاص ولو وقع على الالتزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدين) إذا صدر الإبراء في مرض الموت ولم يكن لصاحبه ورثة، فالإبراء صحيح ونافذ ولو استغرق كل التركة.

و بمقتضى أحكام الوصية إذا صدر الإبراء في مرض الموت ولم يكن لصاحبه ورثه، فالإبراء صحيح ونافذ ولو استغرق كل التركة.[3]

إما إذا كان المبرئ أجنبيا عن المريض فينظر إلى مقدار الدين المتنازل عنه إلى التركة فان لم يتجاوز ثلث التركة نفذ الإبراء وان لم يجزه الورثة، أما إذا كان يتجاوز الثلث ففي الزائد منه يكون موقفا على إجازة باقي الورثة.[4]

---

1 أحمد إبراهيم بك وواصل علاء الدين أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 1130.

2 وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، مرجع سابق ، ص 22-23.

3 نبيل صقر المرجع السابق، ص144 .

4 نبيل صقر المرجع نفسه ،ص146 .عبد الحكيم فودة المرجع السابق ص177.

المطلب الثالث:التصرفات التبرعية

نظم القانون الجزائري عقد التبرعات في قانون الأسرة الجزائري 84-11 المعدل والمتمم في مواده من 184 إلى 224 في أربعة فصول تطرق فيها إلى الوصية والهبة والوقف وأحكام ختامية، وكما تكون هذه التصرفات في حالة الصحة، قد تكون في حالة مرض يؤدي إلى الموت فما حكم التصرفات التي قد يقوم بها المريض مرض الموت؟ فطبقا لأحكام المادة 776 في فقرتها الأولى (كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضاف إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف...) وهذا ما سنتطرق إليه في منظور كل من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري بنوع من الإيجاز نظرا لإتساع الموضوع.

الفرع الأول: الهبة في مرض الموت

أولا: هبة مريض مرض الموت في التشريع الجزائري

تنص المادة 202 من قانون الأسرة أن: "الهبة تمليك بلا عوض ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشرط ، فمن خلال هذه المادة نجد أن الهبة عقد يتم حال الحياة ، لأنها تنتج أثرها في حياة الواهب، على خلاف الوصية التي تنتج أثرها بعد وفاة الموصي، ويستوي أن يكون محل التزام الواهب هو نقل ملكية عقار أو هو منقول أو أي حق عيني آخر متفرع عن حق الملكية كحق الانتفاع ، أو الاستعمال ، أو غيرها، كما قد يكون محل التزام الواهب هو دفع مبلغ من النقود للموهوب له .[1]

والأصل في الهبة أنها تتم دون عوض، حيث لا يأخذ الواهب مقابلا لما يهب ويشترط في الهبة أن تتوافر نية التبرع لدى الواهب وقت إبرام العقد، وإذا انتفت هذه النية فإن العقد يكون عقد معاوضة وليس هبة ولا تنطبق عليه أحكام الهبة .وتنتفي نية التبرع إذا كان الغرض من التصرف الوفاء بالتزام طبيعي، كأن يعطي الأب لابنه مهر الزواج أو يقوم بتجهيز ابنته عند زواجها، وتنتفي نية التبرع كذلك في عطايا المكافأة) هبة المجازاة(، كأن يعطي الواهب مكافأة للموهوب له لقاء خدمات قدمها هذا الأخير للأول، كما تنتفي نية التبرع إذا كان الهدف من التصرف أن يحقق الواهب مصلحة مادية أو أدبية له، كأن يتبرع شخص بماله لإنشاء مدرسة ويشترط أن تسمى المدرسة باسمه، أو أن يقوم تاجر بتوزيع جوائز على الزبائن بهدف).الدعاية وتحقيق أكبر قدر من الأرباح.[2]

---

1 قانون الأسرة الجزائري ،المادة 202.

2 جاد اياد عبد الحق، المرجع السابق، ص 530.

و بوصفها تمليكا بلا عوض، فهي من أشد التبرعات الضارة بالمتصرف ضررا محضا لذا أحاطها المشرع بضوابط هامة، لا سيما تلك المتعلقة بأهلية المتبرع، فإذا كان الواهب أهلا للتبرع من غير المرض جاز له أن يهب شرعا و قانونا كل ماله لمن يشاء، وارثا كان أم أجنبيا طبقا للمادة 205 من قانون الأسرة ، ورغم أنه يمكن للواهب أن يهب جميع ممتلكاته إلا أن حرية الشخص في الهبة تتقيد ابتداء من مرض الموت ويحق لمن له مصلحة الطعن فيها بعد الوفاة وذلك طبقا للمادة 204 من قانون الأسرة التي تنص على " الهبة في مرض الموت، والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية "[1] نلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع قد أضاف حالة لم يتطرق لها الفقه الإسلامي ولا جل التشريعات العربية وألحقها بحكم مرض الموت وهي الحالات المخيفة وهو ما يحتاج إلى تفسير القضاء وترجع السلطة التقديرية للقاضي في تحديد ما إذا كانت هذه الحالات مخيفة أم لا .[2].

ثانيا: الفقه الإسلامي

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

أ – هبة المريض غير المدين المقبوضة :

إذا وهب المريض غير المدين شيئا من ماله، فإما أن يكون الموهوب له أجنبيا عنه، وإما أن يكون وارثا له:

1 – فإن كان الموهوب له أجنبيا عن المريض وقبض العين الموهوبة والمريض الواهب غير مدين، فيفرق بين ما إذا لم يكن للواهب وارث وبين ما إذا كان له وارث.

فقال الحنفية: إن لم يكن للواهب المريض وارث، إن هذه الهبة صحيحة نافذة, ولو استغرقت كل ماله ولا تتوقف على إجازة أحد.

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

1 قانون الأسرة، المادة204.

[2] قانون الأسرة المواد:202-204-205.

و اشترط المالكية أن لا يكون الواهب مريض مرض الموت فيما زاد على الثلث، فإذا وهب المريض زيادة عن ثلث ماله انعقدت هبته موقوفة على إذن الوارث.[1]

و استدل الفقهاء على اعتبار هبة المريض للأجنبي من ثلث ماله كالوصية بما روي عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قال :«**عادني رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم في حجّة الوداع من شكوى أشفيتُ منها على الموت، فقلت: يا رسول اللّه بلغ بي ما ترى من الوجع، وأنا ذو مال ولا يرثني إلّا ابنة لي واحدة، أفأ تصدق بثلثي مالي ؟ قال : لا ، قلت : فبشطره ؟ قال: لا، قال الثلث كثير** ..... »[2]

قال الطحاوي: ففي هذا الحديث جعل صدقته في مرضه من الثلث، كوصاياه من الثلث بعد موته.

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

وتعتبر إجازتهم لو وقعت تنفيذا وإمضاء لهبة مورثهم ، إلّا على قول للشافعي، وقول مشهور عند المالكية ، حيث اعتبراها ابتداء عطيّة منهم .

أما إذا وهب المريض غير المدين لوارثه شيئا من ماله ، وأقبضه إياه ، فيفرق بين ما إذا لم يكن للواهب المريض وارث سوى الموهوب له ، وبين ما إذا كان له وارث غيره .

فإن لم يكن له وارث سوى المؤهوب له، فقال الحنفيّة: إنّ هذه الهبة صحيحة نافذة، ولا تتوقف على إجازة أحد، سواء كان الموهوب أقل من الثلث أم أكثر منه.

أما إذا كان للمريض ورثة غير الموهوب له فقال جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية في الأظهر , والمالكية والحنابلة : تتوقف الهبة على إجازة باقي الورثة، سواء أكان الموهوب أقل من الثلث أم أكثر منه – كما في الوصية

1- محمد يوسف عمرو، الميراث والهبة ،دراسة مقارنة ، دار الجامد للنشر والتوزيع، الأردن ،2008، ص 235.
2-كتاب صحيح مسلم، كتاب الوصية ،رقم الحديث: 3084

لوارث – فإن أجازها الورثة نفذت، وإن ردوها بطلت. وتعتبر إجازتهم تنفيذا وإمضاء لهبة مورثهم عندهم إلا على قول للشافعي وقول مشهور عند المالكية وهو أنها تعتبر ابتداء عطية .

وخالف في ذلك الإمام الشافعي في غير الأظهر وقال : هبة المريض المقبوضة لوارث باطلة مردودة .[1]

إذا وهب المريض مرض الموت جميع أمواله أو بعضها لشخص ولا يوجد للمريض ورثة، ولا دين عليه مستغرقاً لماله، وقام بتسليمها للموهوب له قبل موته فإن الهبة تقع صحيحة .أما إذا مات المريض الواهب قبل أن يسلِّم المال الموهوب للموهوب له فإن الهبة تقع باطلة، وذلك لأن القبض شرط لازم في الهبة.[2]

ب– هبة المريض المدين المقبوضة :

إذا كان المريض الواهب مدينا، فإما أن يكون دينه مستغرقا لماله، وإما أن يكون غير مستغرق:

فإن كان المريض مدينا بدين مستغرق ، ووهب شيئا من ماله ، وقبضه الموهوب له ، فلا تنفذ هبته ، سواء أكان الموهوب أقل من الثلث أم أكثر منه ، وسواء أكان الموهوب له أجنبيّا من الواهب أو وارثا له ، بل تتوقف على إجازة الدائنين ، فإن أجازوها نفذت ، وإن ردوها بطلت ، وقد جاء في مجلة الأحكام العدلية : إذا وهب من استغرقت تركته بالديون أمواله لوارثه أو لغيره ، وسلّمها ، ثم توفي ، فلأصحاب الديون إلغاء الهبة، وإدخال أمواله في قسمة الغرماء.

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

ج – هبة المريض غير المقبوضة:

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

أحدهما للحنفية والشافعية : وهو أن الهبة تبطل في هذه الحالة لموت الواهب قبل القبض , كما تبطل أيضا لو كان الواهب صحيحا وقت الهبة ، قالوا : ولا تنقلب هبة المريض في هذه الحالة وصيّة, لأنها صلة ، والصلات

[1] وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف، المرجع السابق، ص9.

[2] جاد اياد عبد الحق، المرجع السابق، ص 532.

يبطلها الموت كالنفقات، ولأن الواهب أراد التمليك في الحال لا بعد الموت ، إذ الهبة من العقود التي تقتضي التمليك المنجز في الحياة .

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

وجاء في **الفتاوى الهنديّة** : ولا تجوز هبة المريض ولا صدقته إلّا مقبوضةً ،فإذا قبضت جازت من الثلث، وإذا مات الواهب قبل التّسليم بطلت يجب أن يعلم بأن هبة المريض هبة عقدا وليس بوصية و إعتبارها من الثلث ما كانت لأنها وصية معنى لأن حق الورثة يتعلق بمال المريض وقد تبرع بالهبة فيلزم تبرعه بقدر ما جعل الشرع له وهو الثلث[1].

و الثّاني للمالكيّة وابن أبي ليلى: وهو أنّ الهبة في هذه الحالة صحيحة, وتأخذ حكم الوصيّة, ولو أنّ الموهوب له لم يقبضها قبل موت الواهب المريض.[2]

د- الرجوع عن هبة الموهوب له المريض :

إذا رجَعَ الواهبُ عن هبته والموهوب له مريض وقد كانت الهبة في الصّحّة , **قال الحنفيّة** : إن كان بقضاء قاض فالرجوع فيها صحيح، ولا سبيل لغرماء الموهوب له وورثته بعد موته على الواهب ، لأنّ الواهب يستحقّه بحقّ سابقٍ له على حقّهم ، وإن كان ذلك بغير قضاء قاض , كان رد المريض لها حين طلب الواهب بمنزلة هبة مبتدأه من المريض، وتسري على ذلك أحكام هبة المريض.[3]

الفرع الثاني : الوقف في مرض الموت

عرف المشرع الجزائري الوقف في المادة 213 من قانون الأسرة والتي جاء فيها: " الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق" [4]، وقد نظم أحكام الوقف في المواد من 213 إلى 219 من قانون الأسرة، وكذلك صدور قانون التوجيه العقاري رقم 90-25 المؤرخ في 11/18/ 1990 المعدل والمتمم في مادته 31[5]، وكذا قانون الأوقاف في 91-10 المؤرخ في 1991/04/27 والمعدل والمتمم بالقانون 01-

[1] العلامة الهمام مولانا الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الجزء 4، مرجع سابق، ص448.

[2] وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية مرجع سابق ، ص12.

[3] وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المرجع نفسه ، ص13.

[4] قانون الأسرة الجزائري، المادة 213.

[5] قانون رقم 90-25 المؤرخ في 11/18/ 1990 المعدل والمتمم ، المتضمن التوجيه العقاري ، المادة 31.

07 المؤرخ في 2001/05/22 والقانون 02– 10 المؤرخ في 2002/12/14 ، وقد نص في المادة 32 منه على حق الدائنين في طلب إبطال الوقف في مرض الموت إذا كان الدين يستغرق جميع أمواله ولكنه لم يتضمن أي حكم يتعلق بالورثة، لكن بالرجوع إلى قانون الأسرة فقد نصت المادة 215 منه على تطبيق أحكام المادة 204 منه على الوقف أي اعتبار الوقف في مرض الموت بأخذ حكم الهبة فيمرض الموت وتسري عليه إحكام الوصية .

من خلال هذه التعريفات نستنتج أنها تتفق في:

1- حبس العين عن التملك ومنع التصرف فيها بصفة مطلقة.

2- صرف منفعة العين من المالك الأصلي إلى جهة من الجهات التي يختارها.

أما بالنسبة للوقف في مرض الموت فإنه:

إذا كان للواقف ورثة أخذ هذا الوقف حكم الوصية أي انه ينفذ من ثلث المال من غير توقف على إذن احد وإذا مات لزم ورثته هذا القدر وأما وقفه فيما زاد على الثلث فانه ينفذ من وقت إنشاء الوقف ولكنه لا يلزم الورثة بعد موته ، لأنه لما مات من هذا المرض تبين أن حق الورثة تعلق بعين المال في ثلثيه فيكون قد تصرف في مال تعلق به حق للغير فيتوقف على إجازتهم، إن أجازوه سقط حقهم فيه وان لم يجيزوه لم ينفذ في حقهم[1].

وكل وارث صاحب الحق بالنسبة إلى نصيبه، فلو أجاز البعض ورد البعض الأخر نفذ في حق من أجاز وبطل في حق من رد بشرط أن يكون المجيز من أهل التبرع عالما بما يجيزه، وان يكون بعد وفاة الواقف ، وقد اخذ الوقف في مرض الموت حكم الوصية لان المريض في هذه الحالة ظنا منه أن يتهم في وقفه وانه يريد الإضرار بورثته أو بدائنيه.[2]

ثانيا : وقف المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي

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

أ– وقف المريض غير المدين :

إذا وقف المريض غير المدين ماله أو شيئاً منه : فإمّا أن يكون وقفه على أجنبيٍّ , وإمّا أن يكون على وارث :

1- .محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، دار الفكر العربي، مصر،1988 ص 179 .

2 الشيخ محمد مصطفى شبلي، أحكام الوصايا والأوقاف،الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت،ص 349.

1 – وقف المريض غير المدين على أجنبيٍّ :

ذهب الفقهاء إلى أنّ وقف المريض غير المدين شيئا من ماله على أجنبي عنه أو على جهة من جهات صحيح نافذ لا يتوقف على إجازة أحد إن كان مقدار الوقف لا يزيد على ثلث التّركة عند موت الواقف .

يرى أصحاب المذهب المالكي أن الوقف في مرض الموت على أجنبي ينفذ كسائر التبرعات من الثلث، فإن حمله الثلث صح، وإلا فلا يصح منه إلا ما حمله الثلث.[1]

أمّا إذا كان مقدار الموقوف زائدا على الثلث، فينفذ الوقف في قدر الثلث، ويتوقف في القدر الزّائد على إجازة الورثة .

2 – وقف المريض غير المدين على الوارث :

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

وإن لم يجيزوه نفذ وقف ما يخرج من الثلث.حيث يرى **الحنفية** أن الوقف في مرض الموت بمنزلة الوصية في اعتباره من ثلث المال لأنه تبرع في مرض الموت من الثلث ، فإذا خرج من الثلث نفذ من غير رضا الورثة ولزم، وما زاد على الثلث لزم الوقف منه في قدر الثلث ، ووقف الزائد على إجازة الورثة لأن حق الورثة تعلق بالمال بوجود المرض ، فمنع التبرع بزيادة على الثلث .

أما **المالكية** فيرون بإبطال الوقف بمرض الموت على الوارث ولو كان من الثلث لأن الوقف في المرض كالوصية، ولا وصية لوارث. وإن أجازه بعض الورثة دون بعض، كانت حصة المجيز وقفا مع الثلث.

و إن كان وقف المريض غير المدين على بعض ورثته، فقد اختلف الفقهاء في وقفه على مذاهب.حيث يؤكد الأستاذ السنهوري أنه إذا كانت التركة خالية من الديون فلهم إبطال الوقف في الثلثين وليس لهم إبطاله في الثلث، حتى لو كان الوقف ابتداء على بعض الورثة دون بعض وذلك لأنه يكون في المآل يكون لغير الورثة حتما، ومن أجل هذا لزم في الثلث.[2]

1- وهبة الزحيلي، المرجع السابق ، ص 230.

2- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص1116.

ب– وقف المريض المدين :

إذا وقف المريضُ ماله أو شيئا منه، ومات وهو مدين بدين مستغرق لتركته ، فإنّه يتوقّف وقفه كله على إجازة الدائنين ، سواء أكان الموقوف عليه وارثا أم غير وارث ، وسواء أكان الموقوف أقل من الثلث أم مساويا له أم أكثر منه، فإن أجازوه نفذ ، وإن لم يجيزوه بطل الوقف ، وبيعت الأعيان الموقوفة لوفاء ما عليه من الديون .

وأمّا إذا وقف المريض شيئا من ماله، وكان مدينا بدين غير مستغرق لتركته، فيخرج مقدار الدّين من التركة، ويحكم على الوقف في الباقي من التّركة بعد الإخراج بالحكم على الوقف عندما تكون التّركة خالية من الديون.[1].

الفرع الثالث: الوصية

تعتبر الوصية، سبب لكسب الملكية، وبعض الحقوق العينية الأصلية بسبب الوفاة، و فيها تتحقق الخلافة في المال للوارث أو الموصى له ، وبالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة والشريعة الإسلامية ، فإنهما يشترطان لإنشاء الوصية توافر جملة من الأركان قسمها معظم الفقهاء إلى أربعة هي: الصيغة، الموصي، الموصى له، الموصى به.

و عليه تم النظر في أحكام الوصية في كل من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري في إطار تصرف مريض مرض الموت، الذي يمثل محور دراستنا، وهذا ما سنتناوله كما الآتي:

أولا:وصية المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي

يعتبر **المذهب المالكي** الوصية لازمة بعد وفاة الموصي بحيث لا يجوز لأحد إبطالها أو تعديلها فقد جاء عن الإمام مالك رضي الله عنه أنه قال :" إ **ذا مات الموصى لزمت الوصية ، وليس لغيره أن يغير شيئا من ذلك ولا يبطله ولا يبدله بغيره**".

و عليه فإن لوصية المريض فرضين: فرض أن يكون المريض غير مدين، وهذا إما أن لا يكون له ورثة وأما أن يكون له ورثة، وفرض أن يكون المريض مدين.[2] وسنتولى معالجة هذين الفرضين .

أ/وصية المريض غير المدين

في هذه الحالة تؤول التركة إلى الو رثة ، وإذا كان الموصي غير المدين ليس له وارث اختلف الفقهاء المسلمين في هذه الحالة بالنسبة إلى ما زاد عن الثلث.

قال **الشافعية**: الزيادة باطلة لأن جوازها يتوقف على إجازة الورثة، والوارث في هذه الحالة بيت المال، والحق فيه لكافة المسلمين.

[1] وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية مرجع سابق ، ص 15.

[2] محمود إسماعيل مشعل، مرجع سابق، ص212.

جمهور من الفقهاء يرون بأنه إذا أوصى بما زاد على الثلث ولم يكن له وارث وليس له دين تجوز الوصية ولو بجميع المال الباقي بعد التجهيز والدين، ولا يحتاج إلى إجازة الإمام.لأن بيت المال غير وارث بل يوضع فيه المال لأنه مال ضائع لا بطريق الإرث فلا يعارض الوصية.

و بالنسبة للموصي المريض غير المدين وكان له ورثة فتنفذ الوصية بالثلث وفي ما جاوز الثلث موقوف على إجازة الورثة.و لقد اختلف الفقهاء بخصوص الثلث، رأي إلى أن ثلث التركة معتبرة حال التصرف الذي يأخذ حكم الوصية، في حين ذهب رأي آخر أن ثلث التركة يكون معتبرا حال الموت. وهذا قال به الإمام علي(**كرم الله وجهه)** وجماعة من التابعين و الإمام أبو حنيفة وأحمد ورأي الشافعية هذين هو ثانيهما(وقت الإيصاء بالموت).

ب/وصية المريض المدين :

في هذه الحالة الوصي مدين لشخص أو أشخاص آخرين ومن ثم لا تنفذ الوصية إلا بعد سداد الديون طبقا لقاعدة (لا تركة إلا بعد سداد الديون) وهذه القاعدة لاتطبق إلا في حالة ما إذا كانت التركة مستغرقة بالديون. [1] وللمريض أن يوصي بقدر ثلث التركة ، وتبطل الوصية إذا كان الدين مستغرق للتركة ، إلا إذا أجازها الدائنون، و إذا لم يكن مدينا بدين غير مستغرق للتركة نفذت الوصية لأجنبي في حدود ثلث التركة وأن كانت الوصية لوارث صارت موقوفة على إجازة الورثة مهما كان الموصى به. ولقوله صلى الله عليه وسلم (لا وصية لوارث) [2].

ومن ذلك نرى إن الوصية بأكثر من الثلث لا تكون نافذة إلا بإجازة الورثة, فإذا امتنع الورثة عن الإجازة بطلت الزيادة ونفذت في الثلث سواء كان الموصى له وراث أو غير وارث.

وقد اختلف الفقهاء المسلمون في جواز الوصية للوارث, فقال بعضهم بان الوصية للوارث باطلة مطلقاً سواءً أجازها الورثة أو لم يجزها الورثة وسندهم في هذا حديث النبي محمد (صلى الله عليه وسلم): (**لا وصية لوارث)** ولفظه كما في الترمذي عن عمرو بن خارجة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب على ناقته فسمعته **يقول " : إن الله أعطى كل ذي حق حقه، ولا وصية لوارث** ". قال الترمذي : حديث حسن صحيح[3] ، و ذهب البعض منهم إلى أن الوصية لوارث صحيحة ولكنها موقوفة على إجازة الورثة وذلك لحديث الرسول عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده (أن النبي صلى اللّه عليه وآله وسلم قال (**لا وصية لوارث إلا أن تجيزها الورثة**)و عن ابن عباس قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (**لا تجوز وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة)** [4] وقال آخرون بصحة الوصية للوارث إذا كانت في حدود الثلث من دون حاجة أو توقف على إجازة ،

---

[1] محمود إسماعيل مشعل ، المرجع السابق ، ص214 -215.

[2] وهبة الزحيلي ، مرجع سابق، ص**132**. أخرجه أبو داود والترمذي وغيرهما من حديث أبي أمامة.

[3] أخرجه الإمام أحمد في المسند، وأصحاب السنن، وهو حديث مشهور بين أهل العلم حتى أصبح قاعدة معروفة .

4 أخرجه أبو داود في «المراسيل» (349) من حديث عطاء الخراسانيّ عن ابن عبّاس، والطّبرانيّ في «مسند الشّاميّين» (2410) من حديث عطاء عن عكرمة عن ابن عبّاس، والدّار قطنيّ في «سننه» (4154) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه.

ويشترط في صحة الإجازة أن يكون المجيز من أهل التبرع فان لم يكن كذلك فلا تصح إجازته وينبني على ذلك أن إجازة كل من الصبي والمجنون والمعتوه غير معتد بها لان كلاً منهم ليس أهلا للتبرع وكذلك المحجور عليه لسفه ومثله المريض مرض الموت ولكن لما كان الحجر على هذا بالنسبة لثلثي ماله فقط لحق الورثة اعتبرت إجازته نافذة من الثلث وحينئذ ينظر إلى القدر الذي يؤخذ من استحقاقه في التركة بسبب إجازته فان كان لا يتجاوز ثلث ماله صحت الإجازة وان لم تجزها ورثته فان تجاوز الثلث توقف الزائد على إجازتهم فان أجازوا نفذت لان المنع كان لحقهم وقد أسقطوه

فيزول المنع هذا إذا كان المجاز له غير وارث له فان كان فلا تنفذ الا بالإجازة ولو قل المجاز.

ثانيا : وصية مريض مرض الموت في التشريع الجزائري

بوصف الوصية تصرفا في التركة مضافا إلى ما بعد الوفاة، تتحقق فيها الخلافة في المال بالوفاة؛ فهي تقترب من الميراث كسبب من أسباب كسب الملكية، و تختلف عنه من حيث الإختيار، فالشارع الحكيم لما نظم الخلافة في المال بالميراث تولاها بالتوزيع العادل، وبالمقابل نظم أمر الخلافة بالوصية مقيدا حرية الأشخاص في الإيصاء بغية الحفاظ على حقوق الورثة، وحماية لهم من خطر التصرف بالوصية سواء تمت لوارث أو لغيره، وذلك باعتبار الوصية مساسا في الصميم بالتركة التي ستؤول إلى الورثة المحتملين . وهذا التصرف كما يكون في صحة الشخص الجيدة قد يكون في وقت مرضه المخوف المؤدي الى موته، ولذالك نجد جملة من النصوص القانونية

ففي قانون الأسرة في الكتاب الرابع في التبرعات في الفصل الأول على الوصية في مواده من 184 إلى 201، أما بخصوص وصية المريض مرض الموت فهي جائزة ، بالرغم من أن القانون الأسرة الجزائري لم ينص عليها في أحكام الوصية ، وإنما نص عليها في القانون المدني من خلال المادة 776 كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت ، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف .[1]

إن التصرف الصادر من الشخص في مرض الموت بقصد التبرع مضافا إلى ما بعد الموت يعتبر وصية مستترة وتسري عليه أحكامها وذلك بتوفر شرطين أساسيين هما:

أولا: أن يتم التصرف في مرض الموت: أي أن يبرم المريض مرض الموت تصرفه القانوني خلال فترة مرضه، أيا كانت تسمية التصرف المهم أن المتصرف قصد به التبرع فيعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت. وعلى الورثة إثبات

1 بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، ص22-23.

أن التصرف قد ابرم من طرف مورثهم أثناء فترة مرض الموت وذلك بكافة الطرق سواء بالخبرة الطبية أو شهادة الشهود.....الخ.

ثانيا : أن يكون التصرف بقصد التبرع : كما جاء في المادة 776 من القانون المدني لكي يعتبر التصرف القانوني الصادر من المورث وصية ويخضع لأحكامها يجب أن يكون من التصرفات التبرعية أي بدون عوض ، فإذا تبين معنى التبرع فلا صعوبة في الأمر ونطبق أحكام الوصية حسب المادة 776 من القانون المدني ، لكن الإشكال يطرح عندما تكون التصرفات ساترة للوصية أي أن يكون ظاهرها معاوضة و حقيقتها الخفية تصرفا تبرعيا ومنه متى صدر التصرف في مرض الموت كان ذلك قرينة على نية التبرع .

وبتالي حسب المادة 776 من القانون المدني فان الورثة يستفيدون بما هو مقرر لهم من تقييد حرية الإيصاء والتي سبق تبيانها والتي جاء فيها أنه لو تم تصرف لوارث فانه لا يجوز ولا ينفذ. [1] ، ويبقى متوقفا على إجازة الورثة وذلك حسب المادة 189 من قانون الأسرة ، أما إذا كان لغير وارث فانه يكون صحيحا ونافذا في ثلث التركة ، وما زاد عنه يتوقف على إجازة الورثة حسب المادة 185 من القانون الأسرة [2].

المطلب الثالث: عقود المعاوضة (البيع)

إن من بين التصرفات التي يقوم بها مريض مرض الموت البيع، كونه تصرف ذو صفة تعاقدية، قد يحدث أثرا على حقوق الأشخاص المرتبطين بالمريض مرض الموت، سواء ورثة أو دائنين، مما أثار جدلا فحواه يكمن بين الإجازة والمنع وما فيهما من حجج، وعليه وعلى هذا الأساس فقد نظم كل من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري الأحكام التي تعالج هذا التصرف(البيع) في حالة مرض الموت، لذا سنحاول في هذا المطلب التطرق لكل ما يمكن اعتباره حكما فقهيا أو تشريعيا وما بينهما من اختلافات تتناول موضوع البيع في مرض الموت، وهذا فيما يأتي من الفروع.

الفرع الأول: حكم الفقه الإسلامي في بيع المريض مرض الموت

يخضع البيع في مرض الموت لعدة ضوابط، فإذا تضمن البيع محاباة للمشتري أي بقيمة أقل من القيمة الفعلية فإنه يخضع لأحكام الوصية، والاختلاف في الحكم يكون في عدة حالات وهي حالة ما إذا كان البائع مريض مرض الموت مدينا أو غير مدين وما إذا كان البيع لوارث أو لغير الوارث.

[1] القانون المدني الجزائري المادة 776.

[2] قانون الأسرة الجزائري المواد 189-185.

أولا :بيع المريض غير المدين

إذا باع المريض شيئا من أعيان ماله فمثل هذا البيع قد يكون لأجنبي وقد يكون لوارث، الأمر الذي يتطلب معالجة كل من هذين الفرضين :

أ/ بيع المريض ماله لأجنبي(بثمن المثل أو بالمحاباة)

قد يبيع المريض او يشتري بثمن المثل أو محاباة لوارث أو لأجنبي فما هو حكم ذلك ؟

إذا باع المريض أو اشترى بثمن المثل فـبيعه وشراؤه نافذ، دون وتقف على إجازة من دائنيه أو ورثته، لأن حق الدائنين والورثة لا يتعلق بأعيان التركة ، وإنما يتعلق بقيمتها ، وقيمة التركة لم تنقص، لأن ما خرج منها دخل فيها ما يساويه في القيمة، وهذا ما ذهب إليه المالكية والشافعية و الحنابلة والصاحبان.[1]

حالة بيع المريض لأجنبي بثمن المثل اتفق الفقهاء من **الحنفية والشافعية والمالكية و الزيدية و الإمامية والظاهرية** على ان المريض إذا باع شيئا أو بما يتغابن الناس بمثله فبيعه صحيح نافذ على البدل المسمى لأن المريض غير محجور عن المعاوضة المعتادة التي لا تمس حقوق دائنيه وورثته.[2].

ذهب الحنفية، والشافعية، والمالكية، والإمامية، والظاهرية، **إلى أنّه إذا باع المريض شيئاً من ماله لأجنبيّ وحاباه في البيع** .و كانت المحاباة بحيث يحملها الثلث، فإنّ البيع صحيح ونافذ على البدل المسمّى، لأنّ المريض له أن يتبرّع لغير وارثه بثلث ماله ، ويكون هذا التّبرع نافذاً ، وإن لم يجزه الورثة.

أمّا إذا كانت المحاباة أكثر من ثلث ماله , فإن أجازها الورثة نفذت، لأنّ المنع كان لحقّهم ، وقد أسقطوه ، وإن لم يجيزوها الورثة فقد رأينا اختلاف الفقهاء في ذلك ، فإن لم يكن البدلان من جنس واحد من الأموال الربوية فهو قول الحنابلة وفريق من الإمامية فحكمه هو بطلان البيع في قدر الزيادة على الثلث ، ونفاذه في ثلث ماله ولم يجزها الورثة ، فيخيّر المشتري بين أن يدفع للورثة قيمة الزّائد على الثلث ليكمل لهم الثلثين ، وبين أن يفسخ البيع ويرد المبيع إلى الورثة ويأخذ ما دفعه من الثّمن إن كان الفسخ ممكنا ، أما إذا تعذر الفسخ – كما إذا هلك المبيع تحت يده أو أخرجه عن ملكه – ألزم بإتمام الثّمن إلى أن يبلغ القيمة [3].

وأما إذا كان البدلان من جنس واحد من الأموال الربوية غير النقدين وهو قول الحنفية والحنابلة وفريق من الامامية , وكانت المحاباة بأكثر من ثلث ماله ، ولم يجزها الورثة , فليس للورثة أن يلزموا المشتري بأن يدفع لهم

[1] أنور محمود دبور ، أثر مرض الموت في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي –بحث مقارن – ،الإمارات العربية المتحدة، ص 51.

[2] محمود اسماعيل مشعل، المرجع السابق، ص221-222.

[3] محمود إسماعيل مشعل، المرجع نفسه، ص224.

الزائد على الثلث أو يفسخ البيع ، لأن هذا يؤدي إلى ربا الفضل ، لهذا ينسب الثلث إلى المحاباة ،ويصح البيع بقدر النسبة ويبطل فيما عداها ، والمشتري بالخيار بين فسخ العقد لتفرق الصفقة عليه ، وبين الرضا بالبيع في القدر الباقي.[1]

ب/بيع المريض غير المدين لوارث :

إذا باع المريض وارثه عينا من ماله وحاباه في الثمن ، فإنّ البيع يتوقف على إجازة الورثة ، سواء حمل ثلث ماله هذه المحاباة أم لم يحملها ، فإن أجازوه نفذ ، وإلّا خير الوارث بين أن يبلغ المبيع تمام القيمة ، وعندها يسقط حق الورثة في الاعتراض عليه ، وبين أن يفسخ البيع ، ويرد المبيع إلى التّركة ، ويستلم الثّمن الّذي دفعه للمورث.

وذهب أبو حنيفة: إلى أنه إذا باع المريض لوارثه أو اشترى منه بثمن المثل، فإن تصرفه يكون موقوفا على إجازة باقي الورثة[2]، فإن أجازوه نفذ وإن ردوه بطل، سواء أكان البدل مساويا لمثل القيمة أم كان فيه محاباة.[3]

وهو القول الرّاجح في **المذهب الحنفيّ** , وبه قال أبو الخطّاب من الحنابلة .

وقال المالكيّة: إذا باع المريض وارثه شيئا من ماله دون محاباة فالبيع جائز ونافذ على البدل المسمى. حيث جاء في المدونة (**قلت أرأيت إن بعت عبدا لي من ابني في مرضي ولم أحابه، أيجوز أم لا؟ قال: نعم إذا لم يكن فيه محاباة**)[4]. أمّا إذا حاب المريض وارثه في البيع ، فإن حاباه في الثّمن كأن باعه بمائة ما يساوي مائتين مثلا ، فالبيع باطل بقدر المحاباة كلها إن لم يجزها الورثة ، ولا تعتبر المحاباة من الثلث ، ويصح البيع وينفذ فيما عداها ، وتعتبر إجازة الورثة للقدر المحابي به ابتداء عطية منهم تفتقر إلى جواز قالوا : والمعتبر في تقدير محاباته ليوم البيع لا ليوم الحكم ، ولا عبرة بتغير الأسواق بعد ذلك بزيادة أو نقص .

أما إذا حابى المريض وارثه في عين المبيع ،كأن يقصد إلى خيار ما يملكه فيبيعه من ولده، ففي هذه الحالة يكون لورثته نقض ذلك البيع ، ولو كان بثمن المثل أو أكثر [5].

وذهب الشافعية إلى أنه يجوز للمريض أن يبيع ما شاء من أعيان ماله إلى أي شخص من ورثته ، وينفذ بيعه على العوض المسمى إذا كان البيع بمثل القيمة أو بما يتغابن النّاس بمثله ، أمّا إذا كان في البدل محاباة للوارث،

---

[1] وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية مرجع سابق ، ص16.

[2] أنور محمود دبور ، المرجع السابق ، ص 51.

[3] علي بن محمد البزدوي عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام، جزء 4، طبعة اسطنـــبول، 1307هـ، ص 429.

[4] الإمام مالك بن انس الأصبحي ، المدونة ، جزء 3، دار الكتب العلمية ، القاهرة ، دون تاريخ ، ص 222.

[5] وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية مرجع سابق ، ص19.

فحكم هذه المحاباة حكم الوصية للوارث حيث إن الأظهر عند الشافعية أنّ الوصيّة للوارث تكون موقوفةً على إجازة الورثة ، فإن أجازوها نفذت وإن لم يجيزوها بطلت ، فيبطل البيع في قدر هذه المحاباة ، قال الرملي : المرض إنما يمنع المحاباة ، ولا يمنع الإيثار . وبه قال الظاهرية حيث جاء في الأم قال الشافعي (وإذا باع الرجل المريض بيعا من بعض ورثته بمثل قيمته أو بما يتغابن الناس به ثم مات فالبيع جائز لا هبة ولا وصية فيرد) [1] .

وقال الحنابلة : يجوز للمريض أن يبيع ما شاء من ماله لوارثه ، وينفذ بيعه إذا كان بثمن المثل .

أمّا إذا حابى وارثه في البيع ، فهناك ثلاثة أقوال في المذهب :

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

والثّاني: أنّه يصح فيما يقابل الثّمن المسمى، وتتوقف المحاباة على إجازة الورثة، فإن أجازوها نفذت وإن ردوها بطل البيع في قدر المحاباة وصح فيما بقي.والثّالث : أنّه يبطل البيع في قدر المحاباة ، ويصح فيما يقابل الثمن المسمّى ، وللمشتري الخيار بين الأخذ والفسخ , لأنّ الصفقة تفرّقت عليه , قالوا : وإنّما حكمنا بالصحة في ذلك القدر ، لأن البطلان إنّما جاء من المحاباة ، فاختص بما يقابلها ، وهذا هو القول الصحيح في المذهب [2].

ثانيا : بيع المريض المدين

1/ بيع المريض المدين لأجنبي :

إذا باع المريض شيئا من ماله لأجنبيّ بثمن المثل ، وكان مدينا بدين مستغرق فإن البيع صحيح نافذ على العوض المسمى ، ولا حقّ للدائنين في الاعتراض عليه ، لأن حقهم متعلّق بماليّة التّركة لا بأعيانها ، والمدين وإن كان قد أخرج شيئاً من ملكه بهذا البيع إلّا أنّه قد أدخل فيه ما يقابله من الثّمن المساوي لقيمته.

أما إذا كان في البيع محاباة للمشتري , فلا تنفذ المحاباة سواء أكانت قليلة أم كثيرة إلّا بإجازة الدائنين ، لتعلق حقّهم بماله ، فإن لم يجيزوا خيّر المشتري بين أن يبلغ المبيع تمام قيمته ، ولا اعتراض للدائنين عليه ، إذ لا ضرر يلحقهم ، وبين فسخ العقد وأخذ ما دفعه من الثّمن إن كان الفسخ ممكناً ، أمّا إذا تعذّر الفسخ ،كما إذا هلك المبيع تحت يده أو أخرجه عن ملكه ألزم بإتمام الثمن إلى أن يبلغ القيمة.

[1] محمود إسماعيل مشعل، المرجع السابق، ص228-229.

[2] الإمام موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ، المغني، جزء5، ط1، دار الفكر –بيروت-،دار هجر-القاهرة- ،1992، ص 472.

وإذا باع المريض شيئا من ماله لأجنبيّ بثمن المثل , وكان مدينا بدين غير مستغرق لماله , صح البيع ونفذ على البدل المسمّى , أما إذا كان فيه محاباة , فيخرج مقدار الدين من التّركة, ويأخذ هذا البيع حكم البيع فيما لو كان المريض غير مدين أصلا بالنّسبة للمبلغ الباقي بعد الإخراج .[1]

2/بيع المريض المدين لوارث:

اتّفق الإمام أبو حنيفة وأصحابه على أن المريض المدين بدين مستغرق إذا باع ماله لوارث بثمن المثل ، فإنّ البيع صحيح نافذ على البدل المسمى ، ولا حق للدائنين في الاعتراض عليه ، لأنّ حقهم متعلق بماليّة التركة لا بأعيانها ، والمريض وإن كان قد أخرج شيئا من ملكه بهذا البيع إلّا أنه قد أدخل فيه ما يقابله من الثّمن المساوي لقيمته . أما إذا كان في بيع المريض المدين محاباة للوارث في البدل , فلا تنفذ المحاباة سواء أكانت قليلة أم كثيرة إلا بإجازة الدائنين ، فإن أجازوها نفذت وإن ردوها خير المشتري بين أن يبلغ المبيع تمام قيمته ، ولا اعتراض للدّائنين وبين فسخ البيع وأخذ ما دفعه من الثّمن إن كان الفسخ ممكناً ، أمّا إذا تعذّر لهلاك المبيع تحت يده ونحو ذلك، فيلزم المشتري بإتمام الثّمن إلى أن يبلغ القيمة. ومثل البيع في كلّ الأحوال المتقدّمة الشّراء، فإذا اشترى المريض مرض الموت من وارثه الصحيح أو من أجنبي وكان غير مدين أو كان مديونا اتبعت نفس الأحكام المتقدمة في بيعه، وقد جاء في الفتاوى الهندية : (صورة المحاباة أن يبيع المريض ما يساوي مائة بخمسين ، أو يشتري ما يساوي خمسين بمائة ، فالزائد على قيمة المثل في الشراء والنّاقص في البيع محاباة)[2].

وعليه لما كان مرض الموت سببا عاديا في الموت الذي به يتحقق العجز التام، وخراب الذمة بحيث لا تصلح لتعلق الدين بها، وبها يثبت خلافة الورثة في تركته وصار حق الورثة والغرماء متعلق بالتركة من وقت حدوث ذلك المرض لأن الحكم يستند إلى أدلة السبب .[3]

الفرع الثاني: حكم بيع مريض مرض الموت في التشريع الجزائري

أما المشرع الجزائري فقد أورد أحكام البيع في مرض الموت في الباب السابع من القانون المدني في القسم الثاني المعنون بأنواع البيع في المادة 408 و409 منه حيث نصت المادة 408 " مدني جزائري ، وتطبيق هذه القواعد يقتضي أن يثبت أولا عكس القرينة التي نصت عليها المادة 776 الفقرة الثالثة بان يكون المتصرف له

[1] محمود اسماعيل مشعل، المرجع السابق، ص224-225.

[2] العلامة الهمام مولانا الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند ، مرجع سابق، ص110.

[3] ياسين صالح عبد الكريم، أحكام تصرفات مريض مرض الموت في الفقه الإسلامي والقانون ، بحث منشور في مجلة كلية النهرين الحقوق، مجلد 5 ، عدد7 ،سنة 2001.

قد اثبت أن العقد بيع وليس تبرعا. وتنص المادة 408 (إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة فإذا لم ينفذ البيع في حق الورثة بقي الشيء المبيع عنصرا من عناصر التركة على أن يرد للمشتري الثمن الذي ثبت دفعه للبائع ،أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال[1].

ومنه فإن هذا الحكم ينطبق على البيع فقط وعلى من صدر في حقه التصرف أن يثبت أن هذا التصرف تم بعوض رغم صدوره في مرض الموت وأنه لم يكن تبرعا لأن جل التشريعات العربية تعتبر أنه إذا أثبت المشتري أنه دفع للبائع ثمنا لا يقل عن قيمة المبيع أعتبر هذا البيع صحيحا منتجا لآثاره ونافذا في حق الورثة دون حاجة لإجازتهم عكس المشرع الجزائري الذي يخضعه لأحكام المادة 408 من القانون المدني .

وبالرجوع إلى القواعد العامة، إذا تم البيع دون ثمن أصلا أم تم مقابل ثمن بخس يصل إلى حد التفاهة لم يأخذ التصرف حكم البيع لمخالفة المادة 351 من القانون المدني حيث يعتبر الثمن منعدما وبالتالي يبطل العقد وبالتالي تسري عليه أحكام المادة 776 من القانون المدني لاعتباره تصرفا تبرعيا وقد خص المشرع الجزائري تصرفات المريض مرض الموت بأحكام خاصة لافتراض وجود تحايل وذلك في المادة 776 من القانون المدني.[2].

وقد خص البيع في مرض الموت سواء لوارث أو لغير وارث في المادة 408 وأورد استثناء في المادة 409 من القانون المدني خصها بالغير حسن النية

أولا:البيع في مرض الموت لوارث

من المقرر قانونا أن عقد البيع المنجز أثناء مرض الموت لفائدة الوارث لا يكون ناجزا إلا إذا أقره الورثة كما جاء في المادة 408 فقرة 01 من القانون المدني " إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا اقره باقي الورثة "[3]، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 139123، المجلة القضائية 1996 عدد 02 ص 80.[4]

---

[1] محمد حسنين، المرجع السابق، ص219.

[2] عمار بهاليل هاني،أحكام الوصية في قانون الأسرة والشريعة الإسلامية،مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء،الدفعة الخامسة عشر2007/2006

[3] القانون المدني الجزائري، المادة 01/408.

[4] بلحاج العربي ، قانون الأسرة وفقا لأحداث التعديلات ،ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال 44 سنة 1966-2010، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر، 2011-2012، ص 538.

ومصطلح " لا يكون ناجزا " يدل على أن البيع صحيح وليس باطلا لكنه موقوف النفاذ على إقرار الورثة فإن أقره أصبح نافذا في حقهم و إن رفضوه لم ينفذ في حقهم ويبقى من عناصر التركة، وعلى الورثة أن يرد والى المشتري المبلغ الذي دفعه ويسترجعوا الشيء المبيع، أما إذا أقره البعض الأخر نفذ في حق من أقره بنسبة حصته في الميراث.

وما يلاحظ أن المشرع طبق بطريقة غير مباشرة أحكام الوصية على البيع لوارث في مرض الموت حيث جعل نفاذ البيع موقوفا على قبول الورثة.

والمقصود بالورثة هم من ثبتت لهم صفة الورثة وقت وفاة المريض لا وقت البيع ويجب توفر شروط في المقر وهي البلوغ، العقل و أن لا يكون محجور عليه ويجب أن يكون الإقرار صراحة أي لا يعتد بالسكوت.

وقد أورد الدكتور علي علي سليمان جملة من الانتقادات للفقرة الأولى من المادة 408 من القانون المدني.[1] ، حيث جاء في النسخة الفرنسية أن يتم البيع في حالة اشتداد وجِدة المرض رغم أنها لم ترد في النص العربي.

ثانيا : البيع في مرض الموت لغير وارث

جاء في الفقرة الثانية من المادة 408 قانون المدني " أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال " ، بينما يختلف النص الفرنسي لنفس الفقرة ونفس المادة حيث يعتبر البيع في نفس الظروف قد تم بدون رضا صحيح . وبالرجوع للنص العربي لم يوضح المشرع ممن تصدر المصادقة وأيضا ما يقصد بالمصادقة؟ أما النص الفرنسي يعتبر البيع قد تم بدون رضا صحيح أي أن الأساس هو عيبا شاب الرضا رغم أن فقهاء الشريعة الإسلامية يتفقون على أن تصرفات المريض مرض الموت لا يشوبها عيب في الرضا وإنما هي تصرفات تمس بحقوق الورثة في الميراث

وبالرجوع إلى الأحكام العامة للقانون المدني فان طلب الإبطال يكون لصالح من شاب رضاه عيب ، فإذا اعتبرنا أن رضا المريض مرض الموت قد شابه عيب فيكون له وحده حق طلب الإبطال، وهنا المريض قد مات، ولا ينتقل حق طلب الإبطال للورثة لأنهم ليسود خلفا عاما بالنسبة لتصرفاته في مرض الموت [2]، فليس من المعقول تصور طلب الإبطال من شخص ميت.

[1] علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، ص 128.

[2]-علي علي سليمان، المرجع السابق، 132.

كما انه لو فرضنا أن رضا المريض كان غير صحيح فإن رضاه يشوبه نفس العيب عند البيع لأحد الورثة فلماذا فرق القانون بين التصرفين واعتبر البيع لوارث صحيح لكن لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة، أما البيع لغير وارث فيعتبر غير مصادق عليه ومنه يكون قابلا للإبطال .

وتجدر الإشارة إلا أن القانون المدني وحسب المادة 409 قد حمى الغير حسن النية إذا كان قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع فقد يقوم المشتري من مريض مرض الموت ببيع الشيء المشترى إلى شخص آخر فيجب توافر شرطين حسب هذه المادة حتى تحمي الغير حسن النية وهما

- يجب أن يكون الغير قد اكتسب ملكية الشيء المبيع بعوض وإذا كان عقارا فيجب أن يكون بسند رسمي مشهر في السجل العقاري.
- توفر حسن النية في الغير أي أنه لا يعلم بان المبيع الذي اشتراه كان نتيجة بيع في مرض الموت وان الورثة معترضين على هذا البيع.

المبحث الثاني:تصرفات مريض مرض الموت وأثر الاجتهاد القضائي (قرارات المحكمة العليا)

نظرا لقصور التشريع لسن قوانين تحيط وتنظم التصرفات التي يقوم بها المريض مرض الموت ، والتي قد تكون سببا في ضياع حقوق الورثة والغير، ولهذا السبب فإننا نجد للقضاء بصمة في هذا المجال وهذا ما نستشفه في الاجتهادات والقرارات القضائية التي صدرت على مستوى المحكمة العليا ، وذلك للحد من التصرفات الصورية أو المستترة التي قد يقوم بها المريض مرض الموت التي تؤدي إلى ضياع حقوق وإنشاء حقوق أخرى ولذلك سنتطرق في مبحثنا إلى مجموعة من الاجتهادات سواء في التصرفات بعوض(البيع) أو التي تكون على شكل تصرفات تبرعية .

المطلب الأول: بعض ما صدر عن قرارات المحكمة العليا في عقود المعاوضة

إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة. أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال المادة 408.[1]

الفرع الأول: قرارت المحكمة العليا التي تقر التصرف

أولا: عملا بالقاعدة الفقهية البينة على من إدعى ، وكما جاء في نص المادة 2/776 و 3 ... وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم و هو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، و لا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابت إذا اثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف الصادر على سبيل التبرع، ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه). [2]، فإن الطاعنين في قضية الحال لم يستطيعوا إثبات أن البائع لم يكن يملك تمييزه ولا صحة إدراكه وقت تصرفه في–مرض صاحبه مرض الموت–.

و متى كان من المقرر فقها وقضاء أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا ويجر إلى الموت و به يفقد المتصرف وعيه وتمييزه، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا للقواعد الفقهية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية و الاجتهاد القضائي السائد بشأن هذا الخصوص.

إذا كان الثابت أن الطاعنين لم يستطيعوا إثبات أن البائع لم يكن يملك تمييزه ولا صحة إدراكه وقت تصرفه، وأن المرض الأخير الذي اعتراه أدى إلى تصرف باطل، فإن قضاء الموضوع اقتنعوا بما لهم من أدلة لكون المرض الأخير لم يكن مرضا من شأنه أن يفقد المتصرف مراقبة أمواله وقد وفقوا فيما قضوا به في النزاع المطروح أمامهم، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن المؤسس على مخالفة أحكام هذا المبدأ.[3]

1 القانون المدني الجزائري، المادة 408.

2 القانون المدني الجزائري ، المادة 2/776 و3 .

3 قرار المحكمة العليا مؤرخ في 1990/07/09 ملف رقم 62.156 ،المجلة القضائية لسنة 1991 العدد الرابع، الصفحة 68.

ثانيا: بيع في مرض الموت– لا يعتد بإقرار الورثة إذا كان المشتري حسن النية–نقض.

إذا اكتسب الغير ملكية الشيء المبيع بعوض وكان حسن النية وأنه لا يعلم بان المبيع الذي اشتراه كان نتيجة بيع في مرض الموت وان الورثة معترضين على هذا البيع يكون تصرف المريض صحيح .طبقا للمادة 409 من نفس القانون التي تنص بأن لا تسري أحكام المادة 408 على الغير الحسن النية إذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع .

قرار المحكمة العليا أيد القرار المطعون فيه بالنقض، و رفض الطعن لعدم تأسيسه وبالتالي تم تطبيق المادة 409 من القانون المدني الجزائري .

حيث وبمراجعة القرار المطعون فيه يستنتج أن قضاة الموضوع أسسوا قضاءهم على أحكام المادة 408 من القانون المدني لكن حيث بعد الرجوع إلى نص المادة 408 من القانون المذكور أنها توضح فإذا باع المريض مرض الموت لوارث فان البيع لا يكون جائزا إلا إذا أقره باقي الورثة،حيث أن المادة 409 من نفس القانون تنص بأن لا تسري أحكام المادة 408 على الغير الحسن النية إذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع .

حيث حسب عقد البيع أنه تم بحضور شاهدين وزوجة البائع التي فوض لها الأمر بقبض ثمن المبيع من مكتب التوثيق. حيث لذلك فان شروط البيع متوفرة ولا داعي لتطبيق المادة 408 من القانون المدني– نقض [1]– قرار مؤرخ في 1996/07/09 ملف رقم 139123 ،المجلة القضائية لسنة 1996 العدد الثاني.

ثالث بيع في مرض الموت– تقدير صحته– مسألة تقديرية يختص بها قضاء الموضوع– رفض .

حيث أن تقدير حالة إبرام بيع في مرض الموت يدخل في إطار سلطة قضاة الموضوع التقديرية ما داموا قد أسسوا حكمهم على أسباب سائغة، حيث في هذا الصدد وبالرجوع إلى القرار المتظلم منه أن هؤلاء القضاة صرحوا انه ثبت من الملف وخاصة الشهادات الطبية الأولى مؤرخة في مؤرخة...والثانية مؤرخة في...الثالثة مؤرخة في...والرابعة مؤرخة في...أضاف قضاة الاستئناف أنه ثبت أن مورث الأطراف أثناء إبرامه العقد ألتوثيقي المؤرخ في...كان آنذاك مريضا بأمراض مختلفة صدرية تؤدي إلى الإغماء وأمراض قلبية وهذا ما يبين أن أثناء تصرفه بالبيع كان في مرض الموت. حيث يتضح من هذا أن قضاة المجلس استندوا في قرارهم المتظلم منه على أساس قانوني سليم ولم يخطئوا في تطبيق القانون لا سيما المادة 408 مدني التي تتعلق بالبيع في مرض الموت بل إنهم

[1] – قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ1996/07/09 ملف رقم 139123،المجلة القضائية،العدد الثاني،1996،ص 80

طبقوا هذه الأحكام تطبيقا سليما، ولهذا فإن الوجه المثار غير منتج ويترتب على ذلك حينئذ رفض الطعن لعدم تأسيسه.[1]. قرار مؤرخ في 1994/01/05 ملف رقم 106193 –غير منشور

الفرع الثاني: قرارت المحكمة العليا التي لا تقر التصرف

أولا: بيع في مرض الموت–عدم توضيح حالة المرض المثارة من قبل الورثة – نقض.

من المقرر قانونا أن عقد البيع المنجز أثناء مرض الموت، لفائدة الوارث، لا يكون نافذا إلا إذا أقره باقي الورثة.

ولما تبين – من قضية الحال – أن زوجة المورث قد استغلت مرضه لإبرام عقد البيع قبل وفاته بثلاثة عشر يوما، وأن القرار المطعون فيه قد استثنى العقد المذكور من التركة أثناء القسمة دون أن يبين في حيثياته حالة المرض الذي أثاره الطاعنون. فإنه استوجب النقض.

المادة 409: لا تسري أحكام المادة 408 على الغير الحسن النية إذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع .[2] قرار مؤرخ في 1994/01/05 ملف رقم 106193 – غير منشور .

ثانيا: بيع في مرض الموت– لا يكون ناجز إلا بإقرار الورثة– سوء تطبيق القانون.

نظرا لسوء تطبيق القانون من قضاة الموضوع نجد بأنه إستوجب نقض القرار المطعون فيه ،وأثبت قرار المحكمة العليا على أن التصرف الذي قام به البائع كان في وقت مرض يؤدي إلى الموت وبالتالي لا يكون هذا التصرف ناجزا إلا بإقرار الورثة من المقرر قانونا أنه إذا باع المريض مرض الموت لوارث، فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد إساءة في تطبيق القانون ، ولما كان الثابت–في قضية الحال–أن قضاء الموضوع لما ذكروا أن المستأنف عليهم لم يشيروا أن البيع وقع أثناء مرض موت البائع بالرغم من كون المستأنف عليهم أشاروا في مذكرة جوابية إلى أن مورثهم كان مصاب بمرض الموت وقت البيع ومن ثم فإن القضاة بقضاءهم كما فعلوا اساؤو تطبيق القانون، و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه. [3] قرار مؤرخ في 1990/08/14 ملف رقم 64311–غير منشور.

[1] –عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، دار الهدى،عين مليلة، الجزائر،2000 ص257.

2 عمر بن سعيد، المرجع السابق،ص259،258.

3 عمر بن سعيد، المرجع نفسه،ص 256 ،257.

المطلب الثاني: بعض ما صدر عن قرارات المحكمة العليا (التبرعات)

لقد بينت **المادة 776** على أنه : كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت ، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى الى هذا التصرف .

وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، و لا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا..

إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت أعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم تثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام تخالفه.

وللقضاء السلطة التقديرية لإستنباط الأحكام في حالة ما إذا أثير نزاع على تصرف مريض مرض الموت، ولذلك سنتطرق في هذا المطلب إلى بعض الإجتهادات والقرارات التي صدرت من المحكمة العليا ومن ذلك من خلال تصرفات القانونية منها التبرعية و كذا الإقرار.

الفرع الأول: الهبة و الوصية

وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا ملف رقم 197335 عدد خاص ص 281 أنه من المقرر قانونا أن الهبة في مرض الموت ، والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية[1].

وعليه فان الهبة في مرض الموت، أعطاها المشرع حكم الوصية بنص صريح وهذا ما أكدته قرارات المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث ومنها قرار رقم 219901 الصادر بتاريخ 1999/03/16 والقرار رقم 256869 الصادر بتاريخ 2001/02/21

وقد جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1998/03/13 إلى اعتبار الهبة وصية استنادا إلى قرينة يستخلص من خلالها إضافة الهبة إلى ما بعد الموت حيث جاء فيه: "....ومن المقرر قانونا أن الهبة تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية ومتى تبين في قضية الحال – أن الهبة موضوع النزاع أقامها المرحوم لزوجته ذاكرا بأنه في حالة ما إذا وجد بعد وفاته ورثة آخرون وشرعيون تحدد الهبة حسب القانون وهو ما يجعلها في شكل وصية مضافة إلى ما بعد الموت في حين أن الشريعة الإسلامية لا تسمح بالوصية للوارث....

1- باديس ديابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر،ص .117

وأيضا القرار رقم 219901 الصادر بتاريخ 1999/03/16، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ص 287 [1]

من المقرر قانونا أن الهبة في مرض الموت تعتبر وصية ، والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية (م 204 قانون الأسرة). ويجوز إثبات الأمراض والحالات المخيفة بشهادة الشهود زيادة على الشهادات الطبية .

المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، 1998/6/16 ملف رقم : 197335 2001 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، ص281 .

يستخلصها قاضي الموضوع من ظروف الدعوى وملابساتها، و قد أكدت المحكمة العليا ذلك في قرارها الصادر بتاريخ 1998/06/16 بقولها : "...إضافة إلى أن مرض الواهب هو حالة مادية ظاهرة لا يمكن إخفاؤها و يجوز إثباتها بشهادة الشهود زيادة على الشهادات الطبية المحتج بها..." قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1998/06/16. ملف رقم 197335. الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية. عدد خاص 2001 ،ص 281 [2].

وتعتبر الهبة في مرض المرض لأنه يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل وقت إبرام أو تحرير الهبة .

المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2001/2/2 ملف رقم : 256869 ، مجلة قضائية 2002،عدد2، 428.[3]

من المقرر قانونا أن الهبة في مرض تعتبر وصية ومن ثم فأن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون .(المادتان 204 و 185 قانون الأسرة) .

ولما كان من الثابت –في قضية الحال– أن الواهب كان في مرض الموت بشهادة الموثق والشهود والشهادات الطبية فأن قضاة الموضوع بقضائهم برفض دعوى الطاعن على أساس أن العقد التوثيقي لا يمكن إبطاله إلا في حالة الطعن بالتزوير مع أن الدعوى كانت ضد التصرف الذي أقامه الواهب وليس ضد شكلية العقد رغم ثبوت أن الهبة موضوع النزاع في مرض الموت فعلا فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وعرضوا قرارهم للنقض .

1ملف رقم 179724 الصادر بتاريخ 1998/03/13 الاجتهاد القضائية لغرفة الأحوال الشخصية،عدد خاص 2001 ص 277 .

2 بلحاج العربي ، المرجع السابق، ص545.

[3] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2001/2/21. ملف رقم 256869. مجلة قضائية 2002،عدد2، 428.

المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، 1999/03/16 ملف رقم : 219901 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، ص287 . [1]

من المقرر شرعا وقانونا بأن يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل ، وإن صدر تبرعه أثناء مرض الموت ، وتعتبر الهبة وصية ويجب على الورثة أن يثبتوا أن الهبة قد صدرت من مورثهم وهو مرض موته ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق.

المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، 1986/05/05 ملف رقم : 41111 . [2]

من المقرر أن الهبة لما بعد الموت تكون باطلة، لأنها لا تنفذ إلا بموت الواهب، وتأخذ حكم الوصية (المادة 777 ق م). المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، 1998/03/17 ملف رقم : 186058، مجلة قضائية 1999،عدد1 ص119 . [3]

إن المجلس تجاوز حدوده وذلك باعتبار عقد الهبة وصية وهذا لا يصح حسب قواعد الشريعة الإسلامية، كما ذكر الشيخ خليل قي الجزء الرابع الصفحة 92 وما بعدها : "لا يجوز وصية الزوج لزوجته"، وبهذا فإن قضاة الموضوع خالفوا قواعد الشريعة ومن ثم تعين نقض القرار .

المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، 1987/04/20 ملف رقم : 45371.

من بين التصرفات التي تأخذ حكم الوصية نجد كل من الهبة والوقف والمعبر عنهما بقرارات المحكمة العليا فيما يلي : من المقرر قانونا أن الهبة في مرض الموت تعتبر وصية ، والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية (م 204 قانون الأسرة). المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، 1998/6/16 ملف رقم : 197335 2001 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، ص281 .

يستخلصها قاضي الموضوع من ظروف الدعوى وملابساتها، و قد أكدت المحكمة العليا ذلك في قرارها الصادر بتاريخ 1998/06/16 بقولها : "...إضافة إلى أن مرض الواهب هو حالة مادية ظاهرة لا يمكن إخفاؤها و يجوز إثباتها بشهادة الشهود زيادة على الشهادات الطبية المحتج بها..." [4] وقد جاء في قرار المحكمة

---

[1] بلحاج العربي، مرجع سابق ،ص 545، قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1999/03/16 ملف رقم: 219901،الأجتهاد القضائي لغرفة الاحوال الشخصية ، عدد خاص ، ص 287.

2 بلحاج العربي، مرجع سابق ،ص 544، قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1986/05/05 ملف رقم 41111.

3 قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1998/03/17. ملف رقم 186058. المجلة القضائية، لغرفة الأحوال الشخصية. 1999،عدد1 ص119.

4 قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1998/06/16. ملف رقم 197335. الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية. عدد خاص 2001 .ص 281.

العليا الصادر بتاريخ 1998/03/13 إلى اعتبار الهبة وصية استنادا إلى قرينة يستخلص من خلالها إضافة الهبة إلى ما بعد الموت حيث جاء فيه "....ومن المقرر قانونا أن الهبة تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية ومتى تبين في قضية الحال – أن الهبة موضوع النزاع أقامها المرحوم لزوجته ذاكرا بأنه في حالة ما إذا وجد بعد وفاته ورثة آخرون وشرعيون تحدد الهبة حسب القانون وهو ما يجعلها في شكل وصية مضافة إلى ما بعد الموت في حين أن الشريعة الإسلامية لا تسمح بالوصية للوارث...[1]

المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، 1998/03/13 ملف رقم : 179724، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ،عدد خاص، 2001 ص 277.

يبطل الحبس في مرض الموت ويعتبر وصية ويعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت " من المقرر قانونا انه يبطل الحبس في مرض الموت ويعتبر وصية ومن كان ثابتا في قضية. الحال إن المحبس الذي أقام الحبس كان في حالة مرض خطير لازمه إلى يوم وفاته وعليه فان القرار المنتقد لما قضى بإلغاء حكم المحكمة القاضي ببطلان الحبس والقضاء من جديد برفض الدعوى يكون قد اخطأ في تطبيق الشريعة والقانون ومن كان كذلك استوجب نقد القرار المطعون فيه [2].

الفرع الثاني: الوقف

الحبس في مرض الموت يعتبر وصية ، وهذا ما أكدته عدة قرارات المحكمة العليا منها القرار رقم 96675 ، عدد خاص ص 302 المؤرخ في: 1993/11/23 الذي جاء فيه " من المقرر قانونا انه يبطل الحبس في مرض الموت ويعتبر وصية ومتى كان ثابتا في قضية الحال، إن المحبس الذي أقام الحبس كان في حالة مرض خطير لازمه إلى يوم وفاته وعليه فان القرار المنتقد لما قضى بإلغاء حكم المحكمة القاضي ببطلان الحبس والقضاء من جديد برفض الدعوى يكون قد اخطأ في تطبيق الشريعة والقانون ومن كان كذلك استوجب نقد القرار المطعون فيه [3].

وقد جاء في القرار رقم 96675 بتاريخ 1993/11/23 الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ص 302 " إن المحبس الذي أقام الحبس كان في حالة مرض خطير لازمه إلى يوم وفاته وعليه فإن القرار المنتقد الذي

1- ملف رقم 179724 الصادر بتاريخ 1998/03/13 الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية،عدد خاص 2001 ص 277.

2- العربي بلحاج، قانون الأسرة وفق أحدث التعديلات، مرجع سابق، ص 544. قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1993/11/23 ملف رقم : 96675 الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية. عدد خاص،.ص 302.

3- العربي بلحاج، قانون الأسرة وفق أحدث التعديلات، مرجع نفسه، ص 544.

قض بإلغاء حكم المحكمة القاضي ببطلان الحبس والقضاء من جديد برفض الدعوى يكون قد أخطأ في تطبيق الشريعة والقانون"[1].

وحماية للورثة من تصرفات مورثهم الماسة بحقوقهم فإن المحكمة العليا اعتبرت في عدة قرارات لها أن عقد الحبس الذي يحرر بسوء نية بقصد حرمان أحد الورثة من الميراث يعد باطلا بغض النظر عن وقوعه في مرض الموت من عدمه "[2].

المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، 1999/11/16 ملف رقم : 230617، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية،عدد خاص 2001 ص 311.

– قرار صادر عن المحكمة العليا رقم 230617 بتاريخ 1999/11/16،الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية،عدد خاص 2001 ص 311.

حيث أنه من المقرر في الشريعة الإسلامية أن الحبس الواقع في مرض موت المحبس باطل وعلى المدعي بطلانه بذلك السبب إقامة البينة على صحتها ، أن المحبس كان مصابا وقت تحبيسه بالمرض الذي مات من جرائه وحيث لم يأخذ المجلس القضائي تلك الدعوى و لا بطلب إقامة البينة على و اكتفى في حكمه بمجرد ما جاء في وثيقة التحبيس بالوجه السابق الذكر كان قرار خارقا لأشكال المرافعة الجوهرية حتى القواعد الشرعية مما يستوجب نقضه[3].المحكمة العليا، غرفة القانون الخاص بتاريخ:1971/03/03 ، نشرة القضاء،عدد2 1972 ص 73.

الفرع الثالث: الإقرار

والإقرار القضائي يكون حجة قاطعة على المقر حسب المادة 342 من القانون المدني ويقتصر عليه ولا يتعداه كقاعدة عامة فإذا أقر الشخص قضائيا ثم مات قبل صدور الحكم فإن إقراره لا ينصرف إلى ورثته، لكن إذا صدر الحكم قبل وفاته فإن هذا الحكم يكون حجة عليهم.

أما الإقرار غير القضائي فقد جاء في قرار المحكمة العليا رقم 33719 الصادر بتاريخ 1984/07/09. المجلة القضائية، العدد الثالث 1989 ص 53" حيث أنه من المقرر نفها واجتهادا أن لا يجوز التمسك بإقرار

1 –باديس ديابي،المرجع السابق ص 130.

2 قرار رقم 230617 الصادر بتاريخ 1999/11/16،الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية،عدد خاص 2001 ص 311.

3 العربي بلحاج، قانون الأسرة وفق أحدث التعديلات، مرجع سابق، ص 588. قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1971/03/03 الاجتهاد القضائي غرفة القانون الخاص، عدد خاص 1972 ص 73

البائع أنه قبض ثمناً ولو ذكر ذلك في عقد البيع لأن هذا الإقرار من المريض مرض الموت، لا يعتد به لأن الشبهة قائمة بين البائع .

والمشتري أنهما متواطئان على تصوير أن هناك ثمناً دفع، وحيث أن القرار المطعون فيه مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية في إقرار المريض مرض الموت ، مما يتعين نقضه "[1].

عمار بهاليل هاني، مرجع سابق، ص 42.

خاتـمة

خاتـمة:

بعد التطرق إلى موضوع مرض مريض الموت بنوع من الإيجاز لأنه موضوع واسع ومتشعب ، و من خلال دراستي للموضوع في منظور الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، ونظرا لأهمية الموضوع في حياتنا لأنه يتعلق بحقوق سواء للورثة أو الدائنين، نتيجة للوفاة بالمرض، وذلك بالتصرفات التي يقوم بها المريض عند إحساسه بدنو اجله، فقد يقوم بإبرام عقود بعوض أو تبرع ويكون القصد من وراء ذلك محاباة لأحد أو إنشاء عقود صورية القصد منها التحايل على القانون، ونتيجة لذلك فقد قيد القانون هذه التصرفات بأحكام عامة، واعتبرها كوصية لما بعد الموت وتنطبق عليها أحكام الوصية. و من خلال دراستي للموضوع في الفقه الإسلامية والقانون الجزائري فإنني توصلت إلى عدة نتائج يمكن أن نستخلصها فيما يلي على أن:

– لمرض الموت معنى واحد وذلك إذا كان مخوفا واتصل به مرض الموت، بالرغم من تعريف الفقهاء و اختلافهم حول الأوصاف والأمارات.

– لتحقق مرض الموت يجب أن تتوفر شروطا، أن يكون المرض ظاهرا ومتفشيا، أن يعجز صاحبه عن قضاء مصالحه، أن يكون مخوفا يؤدي إلى الهلاك، أن يتصل الموت به مباشرة وذلك خلال سنة.

– اعتبار تصرفات المريض صحيحة إذا لم يؤدي مرضه للوفاة، خلال سنة كما اعتبرها فقهاء الإسلام.

– تبرعات المريض مرض الموت تخرج من ثلث التركة فقط، وذلك لتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت في ثلثي ماله.

–وقوع عبئ الإثبات على من له مصلحة وذلك بجميع الطرق سواء الورثة أو الدائنين، لان مرض الموت واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة الطرق سواء بالبينة أو القرائن.

– اعتبار حقوق الدائنين والورثة كقيود تقيد تصرفات مريض مرض الموت، ومنهم من اعتبر مرض الموت عارض من عوارض الأهلية وبالتالي تصرفه باطل.

– المشرع الجزائري لم ينص على تصرفات المريض مرض الموت التي تعتبر وصية في قانون الأسرة بل أخضعها لأحكام الوصية بموجب مواد في القانون المدني، وهذا ما يعاب على المشرع فقد كان من الأولى أن ينص قانون الأسرة على الوصية في مرض الموت لأهميتها.

– بيع مريض مرض الموت لأجنبي إذا كان بالمثل ولم يتجاوز الثلث صحيح وما زا د على الثلث لا يتم إلا بموافقة الورثة ،أما لوارث لا ينفذ إلا بإجازة الورثة.المادة 408 القانون المدني الجزائري

– يجوز الإيصاء لوارث لأنه يمكن أن يكون هذا الوارث معاقا أو تكون لديه عاهة مستديمة فمراعاة لحالته الصحية وظروفه اعتبر قانون الأسرة الجزائري الوصية لوارث صحيحة

– وجود لمسة قضائية على تصرفات مريض مرض الموت ، وذلك من خلال الاجتهادا ت القضائية على مستوى المحكمة العليا في جميع التصرفات التبرعية او بعوض . فبالرغم من تحديد شروط مرض الموت في الفقه الإسلامي إلا أن المحكمة العليا قد اعتبرت في بعض قراراتها أن المريض مرض الموت يفقد وعيه وتمييزه وهذا مخالف لمبادئ الشريعة الإسلامية والقانون باعتبار أن تصرفات هذا المريض لا يشوبها عيب في الإرادة ولا في الأهلية.

– من خلال الدراسة التي قمت بها وما لفـت انتباهي هو أن التشريع الجزائري لم يعطي أهمية كبيرة لهذا الموضوع وكانت أحكامه عامة عبارة عن وجود مجموعة من المواد ، على عكس الفقه الإسلامي الذي فصل وحلل من جميع النواحي وذلك ما وجدته في أراء و اجتهادات الفقهاء ،

– كان من الأحسن على المشرع الجزائري أن يهتم أكثر بالموضوع، ويجعل له حيزا في قانون الأسرة، لان له ارتباط وثيق بالأحوال الشخصية للأشخاص، وذلك بسن جملة من النصوص القانونية التي تنظمه، وف ق التشريع الإسلامي.

قائمة

المصادر والمراجع

الفهرس

العنـــوان	الصفحة
مقدمة:.....	أ
الفصل الأول: مرض الموت مفهومهـوشروط تحققه وأسباب تقييده.....	2
المبحث الأول: مرض الموت و شروط تحققه.....	3
المطلب الأول: تعريف مرض الموت.....	4
الفرع الأول: تعريف ا لغة	4
الفرع الثاني: اصطلاحا.....	4
الفرع الثالث: التعريف القضائي.....	08
المطلب الثاني: شروط تحقق مرض الموت.....	09
الفرع الأول: المرض:يقعد المريض عن قضاء مصالحه.....	09
الفرع الثاني: يغلب في المرض خوف الموت.....	10
الفرع الثالث: ينتهي المرض بالموت فعلا	11
المطلب الثالث :حالات يكون لها حكم مريض مرض الموت.....	12
الفرع الأول:الأمراض المزمنة.....	12
الفرع الثاني:الأسير وركوب البحر.....	13
المبحث الثاني: إثبات مرض الموت وسبب تقييد التصرفات المادية والقانونية.....	14
المطلب الأول: إثبات مرض الموت.....	16
الفرع الأول: مرض الموت واقعة مادية.....	16
الفرع الثاني: وقوع عبء الإثبات على الورثة.....	18
المطلب الثاني: سبب تقييد تصرفات مريض مرض الموت.....	19
الفرع الأول: تعلق حق الورثة والدائنين بأموال المريض مرض الموت.....	20
الفرع الثاني: تحايل المريض مرض الموت على أحكام القانون.....	23

الفصل الثاني: أنواع تصرفات مريض مرض الموت وأثر الاجتهاد القضائي في ذلك.....	25
المبحث الأول: أنواع تصرفات مريض مرض الموت و تعلقها بحق الورثة والدائنين.....	27
المطلب الأول: زواج وطلاق مريض مرض الموت.....	28
الفرع الأول: زواج مريض مرض الموت.....	28
الفرع الثاني: طلاق مريض مرض الموت.....	30
المطلب الثاني: الإقرار والإبراء في مرض الموت.....	33
الفرع الأول : الإقرار في مرض الموت.....	34
الفرع الثاني: الإبراء في مرض.الموت.....	37
المطلب الثالث:التصرفات التبرعية.....	39
الفرع الأول: الهبة في مرض الموت.....	39
الفرع الثاني : الوقف في مرض الموت	43
الفرع الثالث: الوصية في مرض الموت	46
المطلب الثالث: عقود المعاوضة (البيع).....	49
الفرع الأول: الفقه الإسلامي.....	49
الفرع الثاني: التشريع الجزائري	53
المبحث الثاني:تصرفات مريض مرض الموت وأثر الاجتهاد القضائي (قرارات المحكمة العليا مدى الحياة.....	57
المطلب الأول: بعض ما صدر عن قرارات المحكمة العليا في عقود المعاوضة.....	58
الفرع الأول: قرارت المحكمة العليا التي تقر التصرف.....	58
الفرع الثاني: قرارت المحكمة العليا التي لا تقر التصرف.....	60
المطلب الثاني: بعض ما صدر عن قرارات المحكمة العليا (التبرعات).....	61
الفرع الأول: بعض ما صدر عن قرارات الهبة و الوصية.....	61
الفرع الثاني: بعض ما صدر عن قرارات الوقف.....	64

الفرع الثالث: الإقرار.....	65
الخاتمة:.....	67
قائمة المراجع.....	70
الفهرس	75