



جامعة زيان عاشور الجلفة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



تصرفات المريض مرض الموت وعلاقتها بمباحث الأحوال الشخصية

مذكرة ضمن متطلبات

نيل شهادة الماستر حقوق تخصص: أحوال شخصية

إشراف الدكتور:

- هالي مسعود.

إعداد الطالب :

- حفرات عبد الكريم.

أعضاء لجنة المناقشة:

1 - بورزق أحمد رئيسا.

2 - هالي مسعود..... مشرفا ومقرا.

3 - عبد المنعم بن أحمد..... مناقشا.

السنة الجامعية: 2016 – 2017 / 1437 – 1438.

قال الله تعالى: «وَقُلْ رَبِّ زِدْنِي عِلْمًا».

اللهم انفعني بما علمتني وعلمني ما

ينفعني وزدني علما.

إهداء:

أهدي هذا العمل إلى والديّ العزيزين، وإلى زوجتي الغالية،
وأبنائي وقرة عيني بسملة وياسمين وياسين وأمين، وإلى كل
أساتذتي الكرام.

شكر وتقدير:

الحمد لله الذي أعانني على انجاز هذا العمل وسهل لي سبل الاجتهاد ويسر لي
طريقي في طلب العلم وبعد :

قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : (لا يَشْكُرُ اللهَ مَنْ لا يَشْكُرُ النَّاسَ)
رواه أحمد وأبو داوود.

أتوجه بشكري الجزيل وامتناني العميق إلى كل من قدم لي يد العون لانجاز
بحثي هذا، وأخص بالذكر أستاذي المشرف: هلاي مسعود الذي لم يبخل علي
بتوجيهاته ونصائحه القيمة التي كانت لها أهمية كبيرة في إتمام عملي هذا كما لا
يفوتني أن أشكر زميلي الشيخ حمزة لخضر إمام المسجد الكبير بمدينة عين وسارة
على المساعدة التي قدمها لي. وأقدم شكري إلى أساتذتي الكرام بكلية الحقوق والعلوم
السياسية بجامعة زيان عاشور بالجلفة.

مقدمة

إن التشريعات والقوانين جاءت لتنظم المعاملات بين أفراد المجتمع، وقد وضعت نظاماً قانونياً لحكم التصرفات التي تصدر عن الأشخاص، وجعلت كل شخص بالغ وعاقل يتمتع بالأهلية الكاملة؛ وهي صلاحيته لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، فتنترتب آثار شرعية وقانونية عن كل تصرف يصدر منه، كما أنه يمكن له القيام بتصرفات دون أن يعترض عليه أحد، حتى من أقرب المقربين إليه وهم ورثته، فالتصرف مادام غير مخالف للقوانين يعتبر تصرفاً صحيحاً وناظراً فينتج آثاره كاملة .

لكن قد ترد استثناءات على حرية الشخص في ممارسة تعاملاته؛ فالشخص قد يصاب بما يؤثر على أهليته فيجعله يحد عن الاتزان في تصرفاته، فيبذر أمواله ويسرف في إنفاقه نظراً لتعرضه إلى عوامل تؤثر على أهليته يطلق عليها عوارض الأهلية؛ منها ما يصيب التدبير كالسفه والغفلة، ومنها ما يصيب العقل كالجنون والعتة، ومنها ما يصيب الإرادة كالغلط والتدليس والإكراه والاستغلال.

كما توجد أسباب أخرى قد تؤدي بالشخص إلى القيام بتصرفات تختلف عن تلك التي يقوم بها وهو في كامل صحته، ويرجع سبب هذه التصرفات إلى اعتلال في بدنه، وإصابته بمرض يؤثر على حالته الخاصة والعائلية والاجتماعية والقانونية، ومن هذه الأسباب ما يسمى بمرض الموت ، الذي يلزم صاحبه حتى الموت ويغلب فيه الهلاك فيشعر المريض بدنو أجله.

إن الشخص الذي يكون في حالة مرض الموت قد يقدم على القيام بتصرفات تضر بغيره وهو ما جعل التشريع الإسلامي وبعض التشريعات القانونية الحديثة تقيّد المريض مرض الموت في بعض التصرفات، وجعلت له أحكاماً خاصة تختلف عن تلك التي تحكم تصرفات الإنسان الصحيح، وهذا حتى لا تتعرض حقوق الورثة والغير للضياع.

إن الشعور الذي يكتسي مريض الموت وإحساسه باقتراب أجله ربما يجعله يبادر إلى أعمال يصرف فيها أمواله بطريقة غير معقولة، فيمتد تأثير هذه الأعمال إلى ورثته ودائنيه،

ولكن تجدر الإشارة أن تقييد تصرفات مريض الموت لا ينصب على أهليته، لأن مرض الموت لا يؤثر على أهلية المريض، فهو لا يعدمها بل ولا ينقصها.

وعليه فقد آثرت أن يكون موضوع دراستي في هذه المرحلة الأكاديمية موسوما ب: "تصرفات المريض مرض الموت وعلاقتها بمباحث الأحوال الشخصية".

إشكالية البحث:

إن موضوع مرض الموت واسع ومتشعب كونه يتعلق بكل الجوانب الحياتية للإنسان ولكن بطريقة خاصة وقد تطرقت في هذا البحث إلى أهم الجوانب المتعلقة بالأحوال الشخصية من خلال البحث عن إجابات لتساؤلات حول حكم تصرفات المريض مرض الموت وبغرض التوصل إلى إجابة لهذه التساؤلات سنحاول الإجابة عن هذه الإشكالية:

ما حكم تصرفات المريض مرض الموت، وهل وضع المشرع إطارا قانونيا لحماية الورثة والدائنين متى كان من شأن هذه التصرفات أن تلحق ضررا بهم؟

أما الأسئلة الفرعية التي تحتاج إلى أجوبة فهي متعددة نحاول اختصارها فيما يلي:

— ما المقصود بمرض الموت؟

— ما هي شروط قيام وتحقق مرض الموت؟

— كيف يتم إثبات مرض الموت؟

— هل لمرض الموت تأثير على أهلية الشخص؟

ما هي أحكام تصرفات المريض مرض الموت في ظل المنظومة التشريعية، الفقهية والقانونية؟

أهمية الموضوع:

تتمثل أهمية الموضوع في :

- 1 – تحديد مفهوم مرض الموت وسبب تقييد تصرفات المريض.
- 2 – تحديد الإطار القانوني للتصرفات التي يقوم بها المريض مرض الموت على ضوء الفقه والقانون.
- 3 – محاولة إيجاد النقائص في النصوص القانونية الخاصة بهذا الموضوع.

أسباب اختيار الموضوع:

إن موضوع مرض الموت واسع، وهو يمس جوانب عديدة من حياة الإنسان سواء كانت في الجانب المدني عموماً أو في جوانب الأحوال الشخصية خاصة، لهذا فقد سعيت في هذا البحث إلى تقديم بيان مفهوم مرض الموت وحكم تصرفات المريض مرض الموت في جانب الأحوال الشخصية وهدفنا هو البحث عن الأسباب التالية:

1 – الأسباب الذاتية :

– محاولة الإلمام بكل مباحث الأحوال الشخصية خاصة وأن موضوع مرض الموت يرتبط بكل جوانب الأحوال الشخصية.

2 – الأسباب الموضوعية:

أ – ارتباط مرض الموت بالواقع الإنساني الذي يعيشه كل شخص فكل شخص معرض لهذا المرض.

ب – بيان أحكام مرض الموت والظروف المحيطة به لأنه موضوع عملي وكل فرد قد يحتاج إلى معرفتها.

- ج – تصرفات المريض مرض الموت تتأثر بفعل ضعف إرادته بسبب الخلل الذي يصيب الباعث في تصرفاته، وهو ما يجعلها تختلف عن إرادة الإنسان الصحيح .
- د – نقص الاهتمام القانوني بمرض الموت وعدم إعطائه حجمه الحقيقي .

منهج الدراسة:

إن طبيعة هذا البحث تقتضي استخدام المناهج الآتية:

1 – **المنهج الاستقرائي:** وذلك من خلال جمع النصوص والأدلة الشرعية ذات الصلة بالموضوع، وكذلك الأمر بالنسبة إلى النصوص القانونية.

2 – **المنهج المقارن:** من خلال دراسة الآراء الفقهية والأدلة التي تعتمدها والمقارنة بينها قصد الوصول إلى الراجح منها، ثم مقارنة ذلك بما هو عليه الأمر في القانون إلى جانب إبداء الرأي والملاحظات في هذا الشأن.

صعوبات البحث:

من الطبيعي وجود صعوبات وعوائق تعترض الباحث ومن بين هذه الصعوبات ما يلي:

- 1 – قلة الوقت المخصص للبحث خاصة وأنه موضوع واسع ومتشعب.
- 2 – قلة المصادر والمراجع القانونية الخاصة بالموضوع وصعوبة الحصول عليها.

خطة البحث:

البحث يتكون من فصلين :

الفصل الأول: عرضت في ثناياه بالبيان (مفهوم مرض الموت) وذلك من خلال مبحثين:

المبحث الأول: عرضت فيه مدلول مرض الموت.

المبحث الثاني: خصصته لبيان إثبات مرض الموت وأثره على أهلية المريض.

الفصل الثاني: وقد تضمنته ما يتعلق بـ: (أحكام تصرفات المريض مرض الموت في مسائل

الأحوال الشخصية) وذلك من خلال مبحثين:

المبحث الأول: عرضت فيه: (أحكام تصرفات المريض مرض الموت في الزواج وانحلاله).

المبحث الثاني: خصصته لبيان (أحكام تصرفات المريض مرض الموت في عقود التبرعات).

الخاتمة: وضمنتها أهم نتائج البحث، التي تتراوح بين التقريرية والإنشائية المستخلصة من

الدراسة إلى جانب جملة الاقتراحات.

قائمة المختصرات:

- د.س.ندون سنة نشر.
- د.ب.ندون بلد نشر.
- مجمجلد.
- ججزء.
- صصفحة.
- ططبعة.
- ععدد.
- ج رالجريدة الرسمية.

الفصل الأول

مفهوم مرض الموت

توطئة:

إن الصحة من أهم النعم التي تفضل الله سبحانه وتعالى بها علينا، ولا يعرف الإنسان قيمتها إلا عندما يصاب باعتلال في بدنه، فيعجز عن القيام بأعمال كان يمارسها في صحته، كما يمكن أن يكون هذا المرض خطيرا، يقعه في الفراش ويشعره باقتراب أجله، وقد اجتهد الفقهاء في إيجاد تصور كامل لهذا المرض الأخير، الذي يصيب الإنسان فيؤثر على تصرفاته، ويجعلها تتغير وتحدد عن الطريقة الصحيحة، ولعل الصعوبة في إعطاء معيار محدد لمرض الموت هي التي جعلت الخلاف يظهر جليا بين الفقهاء.

المبحث الأول : مدلول مرض الموت

لم يتطرق المشرع الجزائري في القانون المدني الجزائري إلى أحكام مرض الموت إلا فيما يخص أحكام بيع المريض مرض الموت في المادة (408) و تبرعات المريض في المادة (776) قانون مدني كما ذكره في المواد (44) ، (204) من قانون الأسرة الجزائري لكنه لم يعرفه لذلك يجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بالاعتماد على مبدأ الإحالة المذكور في المادة (222) من قانون الأسرة واعتمادا على المادة الأولى من القانون المدني التي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية فيما لا يوجد فيه نص.

وقد اختلفت تعريفات الفقهاء لمرض الموت غير أن أغلب التعريفات اتفقت على أمرين اثنين أولهما أن يكون مرضا ينتهي بالموت غالبا وثانيها أن يموت هذا المريض موتا متصلا بهذا الموت فعلا ولو لم يكن بسببه.

إن اختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية ليس اختلافا جوهريا، كما أن الاختلاف امتد كذلك إلى فقهاء القانون المعاصر، وهذا لأن التعريفات التي وضعوها لمرض الموت استنبطت من فقهاء الشريعة الإسلامية الذين سبقوهم، ولم يغفل القضاء عن هذا الجانب فأعطاه عدة تفسيرات خاصة وأن القاضي تعترضه الكثير من القضايا التي يكون أحد أطرافها يعاني من مرض الموت مما يجبره على الاجتهاد في هذه المسائل لإيجاد حل مناسب .

المطلب الأول : تعريف مرض الموت

الفرع الأول: تعريف مرض الموت فقها.

وضع فقهاء الشريعة الإسلامية عدة تعريفات لمرض الموت ومن بينها:

عرفه المالكية بأنه: هو المرض المخوف، الذي حكم أهل الطب بأنه يكثر الموت في مثله كالسل ولو لم يغلب¹.

عرفه الحنفية بأنه: 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 ذلك الحال قبل مرور سنة سواء أكان صاحب فراش أم لا².

وعرفه الشافعية بأنه: كل مرض كان الأغلب منه الموت³.

وعرفه الحنابلة بأنه: المرض الذي اتصل به الموت⁴.

وقال بعض الفقهاء: بأن مريض الموت هو من أضناه مرض عجز به عن إقامة مصالحه المعتادة خارج بيته كعجز العالم الفقيه عن الإتيان إلى المسجد وعجز التاجر عن الإتيان إلى دكانه أما المرأة المريضة مرض الموت فهي التي عجزت عن مصالحها المعتادة داخل البيت كالطبخ ونحوه استمر المرض في حدود السنة واتصل بالموت⁵.

¹ - محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، د.س.ن، ج4، ص306.

² - أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، لبنان، ط2، 1986، ج3، ص224.

³ - محمد بن إدريس الشافعي، الأم، دار ابن الجوزي، القاهرة، ط4، 2015، ج4، ص35.

⁴ - موفق الدين بن قدامة المقدسي الحنبلي، المغني، دار عالم الكتب، السعودية، ط3، 1997، ج6، ص524.

⁵ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، سوريا، ط4، 2014، ج7، ص431.

وعرفه فريق آخر بأنه: مرض خطير تقول عنه الخبرة الطبية، أو تستقر العادة به في المجتمع أن المصاب به يموت داخل السنة ثم تحدث الوفاة¹.

وجاء في الفتاوى الهندية: "أن مريض الموت هو من لا يخرج لحوائج نفسه وكان الغالب منه الموت"².

مرض الموت يغلب فيه الهلاك عادة ويعقبه أو يتصل به الموت غالبا وهو ما يجعل المريض يخشى من الموت ويتوقعه في أي لحظة ويكون الموت متصلا به سواء مات بسبب هذا المرض أو بسبب عارض آخر خارج عنه كالقتل أو الغرق .

وقد عرفته مجلة الأحكام العدلية بأنه: "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 ذلك الحال قبل مرور سنة سواء أكان صاحب فراش أم لا، وإن امتد مرضه ومضت عليه سنة وهو على حال واحدة كان في حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله، ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ومات قبل مضي سنة يعد حاله اعتبارا من وقت التغير إلى الوفاة مرض موت"³.

وقال بعض الفقهاء: بأنه المرض الذي يجعل صاحبه يلازم الفراش، غير أن ملازمة الفراش ليست دائما بسبب المرض فقد يتعرض الشخص لحادث يصيبه في رجليه فيجعله يلازم الفراش وفي حالة الشلل كذلك رغم أن الشلل ليس مرض موت كونه لا يؤثر على الحالة النفسية للمريض والتي تجعله يتربص الموت .

¹ – إيداد محمد جاد الحق، هبة المريض مرض الموت في مجلة الأحكام العدلية، مجلة الجامعة الإسلامية، فلسطين، ع2، 2011، مج19، ص518.

² – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011، ج4، ص271.

³ – هبة الزحيلي، مرجع سابق، ج5، ص328.

إن مرض الموت هو المرض الشديد الذي يغلب على الظن موت صاحبه عرفاً أو بتقدير الأطباء ويلازمه ذلك المرض حتى الموت وإن لم يكن أمر المرض معروفاً لدى الناس بأنه من الأمراض المهلكة¹.

إن تأثير مرض الموت على الحالة النفسية للمريض هو ما يجعل تصرفاته غير صحيحة، فالمريض يعتقد جازماً أن موته قد اقترب، وهو واقع لا محالة، فتتأثر حالته النفسية حيث يطلق الدنيا ويبادر إلى إنفاق أمواله في أوجه البر والخير بإسراف كبير دون مراعاة لحقوق الغير. والملاحظ أن عقود المريض مرض الموت وإقراراته تبقى كلها صحيحة ومعتبرة مادام حياً، فلا يجوز الاحتجاج بالمرض لإبطال التصرفات إلا بعد وفاة المريض في مرضه.

يتضح لنا مما سبق أن هناك اتفاقاً بين الفقهاء على أن مرض الموت هو ما اتصل به الموت غالباً، غير أن بعضهم اعتمد على الظواهر كعدم القدرة على المشي وملازمة الفراش مثل الحنفية، هذه الظواهر التي قد تكون مرافقة لمرض الموت وغيره أما الحنابلة والشافعية فقد اختاروا ضابط اتصال المرض بالموت. غير أننا نجد أن فقهاء المالكية رفضوا تسمية المرض بمرض الموت إلا بناء على حكم أهل الاختصاص وهم الأطباء فإن صدر عنهم ما يدل على أن هذا المرض يكثر منه الموت فهو مرض موت وإلا فلا². وعليه نجد أن تعريف المالكية هو التعريف الأفضل كونه وضع الحكم في يد أهل الاختصاص.

الفرع الثاني: تعريف مرض الموت قضاءً.

إن كل من القانون والقضاء الجزائريين لم يتطرقا إلى تعريف مرض الموت عكس بعض القوانين العربية، ولكن القضاء الجزائري وجد نفسه ملزماً بوضع مفهوم لمرض الموت حيث ينص في أحد قراراته على ما يلي: من المقرر شرعاً أن مرض الموت الذي يبطل التصرف

¹ - محمد أبو زهرة، الوصية في القانون المدني والشريعة، دار الفكر، القاهرة، 1987، ص387.

² - مازن مصباح مصباح، الهيئة في مرض الموت، مجلة الجامعة الإسلامية، جامعة الأزهر، فلسطين، العدد 2، 2011، ص671.

هو المرض الأخير إذا كان خطيرا ويجر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقواعد الفقهية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية، والاجتهاد القضائي السائد¹.

كما نجد قرار آخر صادر بتاريخ 1993/11/23 جاء في إحدى حيثياته : "أن حالة المُحْبَسِ (ع م) الذي أقام الحبس موضوع النزاع في أوت 1987 كان يعاني منذ 1985 من مرضه الخطير الذي لازمه إلى يوم وفاته في 3 نوفمبر 1987"².

إن القضاء الجزائري لم يربط مرض الموت بمدة معينة كما فعل فقهاء الشريعة ، وربما كان صائبا لأن الإنسان قد يتعرض لكثير من الأمراض الخطيرة التي تؤدي إلى الموت فعلا، كمرض السيدا الذي تفوق مدة حياة المصاب به السنة، ومع ذلك يتصل بالموت لا محالة. ويلاحظ كذلك أنه لم يشر إلى عنصر اشتداد المرض في الأمراض التي تتجاوز مدتها السنة.

المطلب الثاني: شروط مرض الموت.

من خلال التعريفات السابقة نستخلص أن الفقهاء الذين عالجوا هذا الموضوع قد وضعوا ثلاثة شروط ليتحقق مرض الموت وهي:

الفرع الأول: العجز عن العمل المعتاد.

يشترط في مرض الموت أن يؤدي إلى عجز الشخص عن القيام بأعماله المعتادة التي يقوم بها الشخص الصحيح وتتمثل الأعمال المعتادة بما تقتضيه مهنة الشخص أو حرفته أو ما يمارسه على وجه معتاد، كالذهاب إلى السوق أو إلى الدكان وعليه ففي حالة عجز المريض عن القيام بأعمال مهنته أو حرفته بسبب المرض وليس لسبب آخر مثل تعرضه لحادث يعجزه عن السير فإن هذا الشرط لا يتحقق، ولا يشترط أن يؤدي العجز عن ممارسة الأعمال المعتادة

¹ - قرار رقم 59240، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، بتاريخ: 03/05/1990، المجلة القضائية، عدد3، 1992، ص57.

² - قرار رقم96675، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، بتاريخ 1993/11/23، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص302.

إلى ملازمة الفراش فقد يعجز الشخص عن ممارسة أعماله المعتادة ولكنه رغم ذلك لا يلزم فراشه، كما لا يعد مريضاً مرض الموت من لا يستطيع ممارسة الشاق من أعماله ولكنه لا يعجز عن مباشرة المألوف من الأعمال، ولا يشترط كذلك أن يبقى المريض أسير بيته بل يكفي أن يلزم فراشه وقت اشتداد مرضه، وهذا يعني أنه في حالة ذهاب المريض إلى المحكمة وإقراره بصحة توقيعه على العقود مثلاً لا يمنع اعتبار مرضه مرض موت متى كان هذا المرض شديداً يغلب فيه الهلاك وينتهي فعلاً بالموت¹.

وينطبق هذا الشرط على المرأة، حيث يلزم لتحقيقه بالنسبة لها أن تعجز عن القيام بالأعمال المنزلية المعتادة على اعتبار أن هذا العمل هو الذي تزاوله إن كانت مأكثة في البيت، ولكن الملاحظ في المجتمع من تغير في مركز المرأة بحيث أصبحت تزاوم الرجل في مزاوله الأعمال خارج المنزل بشكل كبير ومساو لمركز الرجل، يتطلب المساواة بينهما في تحقق هذا الشرط من عدمه².

كما أن الإنسان قد يصل إلى سن عالية في شيخوخته تجعله غير قادر على مباشرة أعماله المألوفة ويكون في حاجة إلى من يعاونه عليها، وليس به مرض وإنما هي الشيخوخة أو هنته فهذا لا يكون مريضاً مرض الموت ويكون لتصرفاته حكم تصرفات الأصحاء³، لأن الشيخوخة ليست مرض موت وإنما هي مرحلة من المراحل الطبيعية لحياة الإنسان.

الفرع الثاني: غلبة الخوف من الموت.

يشترط لكي يكون المرض هو مرض الموت أن يغلب لدى المريض شعور الخوف من الموت، وينتج هذا الشعور 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

¹ - عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج4، ص273.

² - إياض محمد جاد الحق، مرجع سابق، ص519.

³ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج4، ص273.

المريض على نفسه الهلاك وبناء على هذا فإنه لا يعتبر مريض موت من يعجز عن المشي أو الكلام أو الرؤية، الأمر الذي أدى إلى عدم القدرة على مباشرة المعتاد من أعماله، لأنه في هذه الحالات لا يغلب على الشخص الخوف من الموت¹. ولا يعتبر في مرض الموت من يصاب بمرض مزمن كمرض السكري أو الضغط لأن هذه الأمراض لا تولد شعورا بالخوف من الموت القريب.

ويرى بعض الفقهاء أن شرط غلبة الخوف من الموت يغني عن الشرط الأول، بمعنى أن غلبة الخوف من الموت عند المريض تعني أنه في مرض الموت حتى لو كان يباشر أعماله المعتادة، بينما يرى رأي آخر تكامل الشرطين معا بحيث يعتبر شرط غلبة الخوف من الموت هو الأصل أما شرط العجز عن مباشرة الأعمال إنما هو مجرد علامة مادية على شعور المريض بالمرض الذي قد يؤدي بحياته، وينتهي هذا الرأي إلى أن العبرة بالشعور المتولد لدى المريض بالخوف من الموت، ومادون ذلك يعتبر مجرد مظهر مادي يثبت هذا الشعور².

ولعل الرأي الأول الذي يعطي أهمية كبيرة لغلبة الموت دون مراعاة العجز عن القيام بالأعمال المعتادة هو الأرجح حيث أن الشعور الذي يتولد لدى المريض والمتمثل بإحساسه بدنو أجله وقرب مفارقتة للحياة يدفعه إلى إبرام تصرفات قانونية قد تضر بالورثة أو الدائنين، فشعوره باليأس من الحياة يجعله يقدم على صرف أمواله في طرق البر والإحسان ويسرف في ذلك إسرافا كبيرا يسبب ضررا للغير، ومنه فالعجز عن مباشرة الأعمال يمكن الاستناد إليه كدليل على وجود الشعور بالخوف من الموت. ومنه يمكن القول بأن المعيار الأرجح في تحديد مرض الموت من عدمه إنما هو معيار شخصي يتمثل بنشأة الاعتقاد لدى المريض بدنو الأجل من عدمه³.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج4، ص273

² - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج4، ص376.

³ - إياد محمد جاد الحق، مرجع سابق، ص521.

الفرع الثالث: أن ينتهي مرض الموت بالموت فعلا خلال مدة معينة.

يجب أن ينتهي المرض بالموت فعلا، وعليه إذا شفي المريض من مرضه الذي أعجزه عن مزاوله أعماله، وكان يغلب فيه الخوف من الموت ، فلا يكون أمام مرض الموت لأنه لم يمت بسبب هذا المرض وكل التصرفات التي صدرت عن المريض الذي برئ من المرض تأخذ حكم تصرفات الصحيح إلا أنه في هذه الحالة يجوز للمريض بعد شفائه أن يطعن في التصرف الذي أبرمه حال مرضه للغلط في الباعث لأنه أبرم هذا التصرف معتقدا أنه سيموت بسبب مرضه الخطير حيث يكون التصرف في هذه الحالة قابلا للإبطال لمصلحته لعيب شاب إرادته وهو عيب الغلط¹. وللقاضي السلطة التقديرية في إبطال هذا التصرف من عدمه.

ولا يجوز للورثة الاعتراض على تصرفات المريض مادام على قيد الحياة، فإذا انتهى مرضه بالموت جاز للورثة الطعن في تصرفاته على أساس أنها وقعت في مرض موته .

ويشترط أن يقع الموت خلال مدة معينة اتفق أغلب الفقهاء أنها سنة من بدء مرضه لكي يعتبر المرض مرض موت أما إذا امتد المرض مدة طويلة والمريض على حال واحدة دون أن يشتد المرض بحيث يطمئن المريض إلى أن المرض وقف سيره ولم يعد هناك خطر داهم وهذا حتى لو كان المرض قد أقعد المريض عن قضاء مصالحه وألزمه الفراش مادام لم يغلب فيه خطر الموت العاجل فليس بمرض موت، ولكن إذا اشتد المرض واستمر كذلك حتى انتهى بالموت فعلا فإنه يعتبر مرض موت ولكن من وقت اشتداده لا من وقت بدايته².

¹ – عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج4، ص276.

² – إياد محمد جاد الحق، مرجع سابق، ص522.

المبحث الثاني: إثبات مرض الموت وأثره على أهلية المريض.

يسعى المريض مرض الموت إلى التصرف في ممتلكاته كما يتصرف الإنسان الصحيح، ولكن بعض هذه التصرفات قد تضر بورثته ودائنيه، فإذا نجم عما قام به المريض ضرراً لهم فلهم الحق في الطعن في صحة هذه التصرفات بعد موته، ولكن يجب على من له مصلحة إثبات أن هذه التصرفات وقعت في مرض الموت.

المطلب الأول: إثبات مرض الموت.

إن مرض الموت واقعة مادية يمكن إثباتها بجميع طرق الإثبات، ومنها البينة والقرائن، وأكثر ما يثبت به ذلك هو الشهادات الطبية الدالة على حالة المريض كما يمكن إثباته بشهادة الشهود¹. وإذا طعن الورثة أو دائني المريض في تصرفاته بدعوى صدورها في مرض موته وذلك بأن ادعوا أنه وهب أحد الأشخاص أو ورثته مالا أو أبرأ نتمته من مال له عليه أو أقر له بمال معين وهو في مرض موته، ولم يجيزوها، وادعى الشخص المتصرف له أن هذه التصرفات وقعت من مورثهم في صحته، يقع عبء إثبات المرض من عدمه وهنا نفرق بين ثلاث حالات وهي:

الفرع الأول: الإثبات إذا خلت دعوى الطرفين من البينة.

القول يعود إلى من ادعى صدورها في وقت المرض لأن حال المرض أقرب من حال الصحة ولأن هذه التصرفات من الصفات العارضة فهي حادثة تضاف إلى أقرب وقت من الحكم الذي يترتب عليه والأقرب هنا هو المرض الذي جاء بعد صحة المريض وعلى من يدعي حدوثها في وقت الصحة إثبات ذلك. أما الشافعية والزيدية وجمع من الإمامية فقد خالفوا هذا القول فذهبوا إلى أن القول قول مدعي صدورها في وقت الصحة لأن الأصل في التصرف

¹ - عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج4، ص280.

السابق من المتوفى أن يعد صادرا في حال صحته وعلى من يتمسك بصدوره في مرض الموت يقع عبء الإثبات. أي الورثة أو الدائنين¹.

الفرع الثاني: إذا اقترنت دعوى أحدهما بالبينة دون الآخر.

في هذه الحالة يُقدم قول المدعي صاحب البينة على قول الطرف الآخر الذي خلت دعواه من البينة، سواء أقام صاحب البينة بينته على صدور التصرف في صحة المريض أو في مرضه.

الفرع الثالث: الإثبات إذا اقترنت دعوى الطرفين بالبينة:

إذا كان لكل من الطرفين بينة على ما ادعاه، فإنه حسب قول للحنفية أنه ترجح بينة وقوعها في حال الصحة على بينة وقوعها في حال المرض لأن المرض حادث، والأصل إضافة الحادث إلى أقرب وقت من الحكم الذي يترتب عليه، والأقرب إلى الصواب هو المرض المتأخر زمانه عن الصحة فلهذا كانت البينة الراجعة بينة من يدعي حدوث التصرف في زمان الصحة لأن البينة شرعت لإثبات خلاف الأصل². كما نجد أن مجلة الأحكام العدلية نصت في المادة (1600) على ترجيح بينة الصحة على بينة المرض.

ومثال ذلك إذا وهب شخص لأحد ورثته مالا ثم مات وادعى باقي الورثة أن الهبة كانت في مرض موته وادعى الموهوب له أنه وهبه في حال صحته ترجح بينة الموهوب له.

أما بالنسبة للقانون فقد كفل لكل الأطراف الحق في الإثبات بكل طرق الإثبات المتاحة سواء بالكتابة الفقرة الأولى من المادة (324 مكرر6) من القانون المدني الجزائري، أو بشهادة الشهود في المادتين (335)، (336) قانون مدني، كما نص على الإثبات بالقرينة في المادة (337) والإثبات بالإقرار في المادة (341) والمادة (1/342) من القانون المدني، غير أننا

¹ - محمود إسماعيل مشعل، أحكام المريض في فقه الأسرة، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، ط1، 2013، ص43.

² - محمود إسماعيل مشعل، المرجع السابق، ص43.

نجد أن أهم طريقة لإثبات مرض الموت بأن نرجع إلى أهل الخبرة من الأطباء لأنها مسألة فنية لا يستطيع أيا كان أن يفصل فيها، كما أنه لا يمكن بناء حكم عليها إذا كانت صادرة من غير مختص في المجال الطبي.

وقد قضت المحكمة العليا أنه يتعين إثبات قيام مرض الموت للطعن في تصرفات مريض الموت بكافة الطرق ويبقى التقدير للمحكمة فيما إذا كان المرض مرض موت أم لا.

إن إثبات مرض الموت يقع على عاتق المدعي بأن التصرف قد حدث في مرض الموت، للمطالبة بإبطال تصرف المريض، الذي توفي جراء هذا المرض وعليه الاستشهاد بخبرة الأطباء وشهاداتهم، خاصة إذا كانوا قد عالجوا المريض قبل وفاته.

المطلب الثاني: أهلية مريض الموت.

الإنسان دون غيره من سائر المخلوقات هو الذي كلفه الله بما يترتب عليه صلاح حاله وحال المجتمع في الدنيا، وينال بطاعته فيما كلف به الثواب في الآخرة والله سبحانه وتعالى لا يكلف الناس إلا بما فيه صلاح حالهم في الدارين، ودل على ذلك في كثير من الآيات التي وردت في كتابه العزيز، ومن ذلك قوله: (لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ...)¹.

كما أنه لا يكلف إلا من كان أهلاً للتكليف بأن يكون قادراً على فهم أدلة التكليف قادراً على الإتيان بما كلف به، فأما قدرته على فهم أدلة التكليف فإنما تتحقق إذا كان عاقلاً، لأن العقل أداة فهم وإدراك ما يريد الله، لأن تكليف من لا عقل له مثل تكليف البهائم، وقد ورد في الشريعة الإسلامية ما يؤكد أن الله تعالى قد كلف العاقل دون غيره قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم: (رَفَعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَعْقِلَ)².

¹ – سورة البقرة الآية 286.

² – أحمد بن حنبل، المسند، دار الحديث، مصر 2012، حديث رقم 24575، ج 13، ص 492.

وأهلية التكليف إنما يراد بها صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه، ولصدور الأفعال منه على وجه يعتد به شرعاً¹، وهذه الأهلية ليست على درجة واحدة في كل مراحل حياة الإنسان بل تنقص وتكمل حسب نموه عقلاً وبدناً، ومن هنا قسمت الأهلية إلى قسمين هما: أهلية وجوب، وأهلية أداء .

فأما أهلية الوجوب فهي صلاحية الفرد لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه، ويتمتع بها الإنسان بمجرد ميلاده حياً، وهناك من أعطاهما حتى للجنين في بطن أمه. وأما أهلية الأداء فهي صلاحية الإنسان لمباشرة التصرفات القانونية، ويكتسبها الشخص ببلوغه سن الرشد القانوني خالياً من عوارض الأهلية كالجنون والعتة والسفه والغفلة .

إن تقييد التصرف الصادر من المريض مرض الموت لا يرجع إلى أهلية المريض، ولا إلى عيب في إرادته، فالمريض مرض الموت لا يفقد أهليته بل ولا تنقص، فما دام حياً محافظاً على قواه العقلية فإنه يبقى متمتعاً بأهليته الكاملة إلى آخر لحظة من حياته، ولو وقع أن المرض أفقده التمييز، فإن التصرف الذي يصدر منه وهو في هذه الحال يكون باطلاً لانعدام التمييز ولا يقتصر الأمر فيه على أن يكون تصرفاً غير نافذ في حق الورثة لصدوره في مرض الموت، وإنما يرجع تقييد التصرف في مرض الموت إلى تعلق حق الورثة بأموال المريض من وقت المرض². وهذا يبين أن حق الورثة يتعلق بأموال مورثهم لا من وقت موته فحسب بل من وقت مرض الموت الذي مات فيه، فإذا صدرت منه تصرفات تحتوي على تبرع منذ هذا المرض كان لها حكم الوصية وهذا لأن المريض وهو يعتقد بدنو أجله إذا تبرع بماله فهو يفعل ذلك ليأسه من الحياة، فيبادر إلى الأعمال التي تزيد من أجره وثوابه، وذلك بصرف أكبر قدر من الأموال في طرق البر والإحسان قد يصل إلى حد الإسراف مما يلحق ضرراً بحقوق الورثة أو الدائنين فالمشرع قيد تصرفات مريض الموت ليحافظ على هذه الحقوق. أضف إلى ذلك أن هذه القيود لا تأثير لها مادام المريض على قيد الحياة، فالمريض تبقى تصرفاته صحيحة محدثة بذلك آثارها ولا يمكن لأي كان الطعن فيها إلا بعد وفاة المريض.

¹ - رشا السيد إبراهيم عامر، تصرفات المريض مرض الموت في القانون الجزائري مقارناً بالشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1989، ص 53.

² - عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 281.

الفرع الأول: أساس تقييد تصرفات المريض مرض الموت.

وبناء على ما سبق فأهلية المريض مرض الموت هي أهلية كاملة كأهلية الصحيح تماما، لأن القول بأن أهليته ناقصة هو قول خاطئ وذلك للأسباب التالية :

أولاً: لو كان المريض مرض الموت ناقص الأهلية لكان تصرفه بالوصية باطل بطلانا مطلقا، لأنه تصرف ضار به ضررا محضا، حيث هناك إجماع على أن تصرف المريض في حدود الثلث صحيح.

ثانياً: لو كان المريض ناقص الأهلية وكان تصرفه تبرعا، فإن هذا التصرف باطل بطلانا مطلقا ولا يستطيع ورثته إجازته لان الباطل لا يمكن إجازته¹.

ثالثاً: لو كان مريض الموت ناقص الأهلية لكان تصرفه تبرعا باطل بطلانا مطلقا إذا لم يكن له وارث، وهناك إجماع على أن تبرعه في كل ماله صحيح إذا لم يكن له وارث.

رابعاً: إن نقص الأهلية لدى مريض الموت لا يرجع إلى عارض من عوارض الأهلية (الجنون والعتة والسفه والغفلة) ولا إلى عيب من عيوب الرضا (الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال) فمريض الموت غير مصاب بعوارض الأهلية كما أن إرادته غير معيبة بعيوب الإرادة .

خامساً: إذا افترضنا أن التصرفات الدائرة بين النفع والضرر قابلة للإبطال فإن الحق في طلب إبطال هذه التصرفات يكون لمن شرع الإبطال لمصلحته، وإذا مات انتهى بموته هذا الحق وصار التصرف صحيحا.

سادساً: إذا كان للورثة حق إبطال تصرف المريض فإن حقهم هذا حق شخصي والحقوق الشخصية لا تورث بل إنهم يستعملونه للدفاع عن حقوقهم هم لا عن حق مورثهم².

¹ - رشا السيد إبراهيم عامر، مرجع سابق، ص62.

² - محمد كامل مرسي، الوصية وتصرفات المريض مرض الموت، المطبعة العالمية، مصر، 1950، ص257.

سابعاً: كل من زواج المريض وطلاقه يعتبران تصرفاً صحيحاً رغم التقييد في جانب الميراث من طرف بعض الفقهاء فلو افترضنا نقص أهلية المريض لكان كل من زواج وطلاق مريض الموت باطل بطلاناً مطلقاً.

الفرع الثاني: الحالات التي تأخذ حكم المريض مرض الموت.

ألقى الفقهاء حالات مختلفة بالمريض مرض الموت ليس فيها مرض وإنما تم الإلحاق على أساس توفر شروط أهمها غلبة الموت والخوف منه، فقد ألقى بالمريض مرض الموت كل الأصحاء الذين يكونون في أحوال تجعلهم يترقبون الموت ويغلب فيها اليأس على الرجاء والموت على الحياة والهلاك على النجاة¹.

إن المعيار في إلحاق هذه الحالات بمريض الموت هو الحالة النفسية المشابهة لحالة المريض مرض الموت رغم أنهم أصحاء وأقوياء ولا يعانون من أي مرض أو علة جسدية، وقد ذكر فقهاء الشريعة الإسلامية عدة أحوال تقوم مقام مرض الموت واجتهد كل فقيه في إلحاق حالة من الأحوال بمريض الموت فاعتبروا كل شخص يوجد في حالة يأس من الحياة وإحساسه بدنو أجله بسبب الخطر المحيط به فإن هذا الشخص يأخذ حكم المريض مرض الموت حتى ولو لم يكن مريضاً²، ومن هذه الأحوال ما يلي :

أولاً: حالة الحرب والقتال.

إذا التحمت الجيوش في القتال وتكافأت القوة أو كان الجيش الذي ينتمي إليه المقاتل في حالة قرب هزيمته وفشله ففي هاتين الحالتين يكون المقاتل في هذا الجيش في حكم مريض الموت، وهذا نظراً لتشابه الحالة النفسية للمقاتل مع حالة المريض مرض الموت في الخوف من الموت الذي يهدده، أما إذا كان الجيش هو المسيطر والغالب فلا يكون في حالة مرض الموت، كما يعتبر في مرض الموت المقاتل الذي وقع أسيراً في يد أعداء مشهور عنهم أنهم يقتلون الأسرى.

¹ - رشا السيد إبراهيم عامر، مرجع سابق، ص 38..

² - إياد محمد جاد الحق، مرجع سابق، ص 523.

ثانيا : حالة من قدم ليقتل.

ويدخل ضمن هذه الحالة كل شخص حكم عليه بالقتل سواء كان عن طريق الإعدام أو الرجم، وخاصة عند تقديمه لينفذ فيه الحكم.

ثالثا: حالة المرأة الحامل إذا أثقلت.

صرح المالكية أن كل امرأة بلغت ستة أشهر ودخلت السابع ولو بيوم¹، لأنها تتوقع الولادة كل يوم وفي حالتها هذه فالمرأة تتوقع الموت كل لحظة فتكون بين الخوف والرجاء فحكمها مثل حكم مريض الموت، غير أن بعض الفقهاء رفضوا أن يلحقوها بحكم مريض الموت إلا عندما يأتيها ألم المخاض.

وهناك حالات أخرى اختلف الفقهاء في إلحاقها بمرض الموت وهي حالة من ركبوا السفينة فتموج بهم البحر، وتضررت سفينتهم وأحاطت بهم الأمواج العاتية²، وحالة المسافرين في طائرة مدنية أو مركبة فضائية أو غواصة فهم في حالة الصحيح فإذا أصيبت الوسيلة التي تقلهم بعطل أو انفجر أحد محركاتها فكل الأشخاص الموجودون على متنها في حكم مريض الموت.

أما في القوانين الوضعية فقد أشارت مجلة الأحكام العدلية في المادة (1595) على أنه: من بارز رجلا أو قدم ليقتل في قصاص أو رجم أو بقي على لوح سفينة أو افترسه سبع وبقي في فيه فهو كمريض الموت³. كما نصت المادة (2/505) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على أنه: "يعد في حكم مرض الموت الحالات التي يحيط بها خطر الموت، ويغلب في أمثالها الهلاك ولو لم يكن مريضا"⁴. وأضاف بعض الفقهاء الشخص الذي يحاول الانتحار بقولهم: فالمحكوم عليه بالإعدام وينتظر التنفيذ، ومن كان في سفينة على وشك الغرق، ولم تنهياً

¹ - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج 5، ص 327.

² - رشا السيد إبراهيم عامر، مرجع سابق، ص 39.

³ - إياد محمد جاد الحق، مرجع سابق، ص 522.

⁴ - المرجع نفسه، ص 523.

له وسائل الإنقاذ ومن داهمه حريق ولا سبيل للنجاة منه ومن حوصر في حرب وأيقن أنه مقتول ومن عقد نيته على الانتحار¹.

ومنه فكل حالة أخرى مادية غير المرض تجعل الإنسان يعتقد بدنو أجله يكون من شأنها أن تثير في نفسه هذه الحالة بالذات تكون لتصرفاته حكم تصرفات المريض مرض الموت ولو لم يكن مريضا.

¹ — عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص278.

الفصل الثاني

أحكام تصرفات المريض مرض الموت

في مسائل الأحوال الشخصية

توطئة:

إن الاعتقاد والشعور الذي يكتنف المريض مرض الموت، والأفكار التي تخالجه، يؤدي إلى تغيّر تفكيره، ويجعله يقدم على تصرفات يعتقد من موقعه هو أنها مفيدة له، كون أن تفكيره وتركيزه ينصب على ما بعد الموت، لتيقنه بحدوث ذلك بسبب مرضه الذي أصابه، هذه التصرفات التي قد تلحق ضررا بالغير وتؤثر على حقوقهم، ومنه كان من الواجب على فقهاء الشريعة ومن بعدهم فقهاء القانون، وضع حد لهذه التصرفات فتقيّد حتى يتم تجنب عواقب هذه التصرفات، وبالتالي المحافظة على حقوق الورثة والدائنين على حد سواء.

كما أن المريض مرض الموت يعمد إلى تصفية بعض الأمور مع بعض الورثة نظرا لخفيات قد تقع بينه وبين هؤلاء الورثة فقد تسيطر عليه فكرة حاجة بعض الورثة فيعطيه أكثر من حقه بالهبة أو الوصية ويحرم آخرين بحجة اكتفائهم وعدم حاجتهم، كما أنه قد يحرم البعض نتيجة خلاف وقع معه سابقا فيتصرف تصرفات تؤثر على ميراثهم.

المبحث الأول: أحكام تصرفات المريض مرض الموت في الزواج وانحلاله.

كل شخص يقدم على الزواج أو الطلاق، يجب أن يتمتع بأهلية أداء كاملة، وذلك لأنهما من التصرفات التي تستوجب دراية كاملة بآثارهما ومنه هل يمكن للشخص المريض مرض الموت أن يتزوج أو أن يقدم على حل العلاقة الزوجية مثله مثل الشخص الصحيح؟

المطلب الأول: أحكام تصرفات المريض مرض الموت في الزواج.

اعتبر القانون الجزائري الزواج من التصرفات التي تقتضي توفر الأهلية الكاملة، لما يترتب عليه من الالتزامات المالية والواجبات الاجتماعية والعائلية، وذلك أنه ليس من المصلحة الخاصة والعامة السماح لكل فرد الإقدام عليه من غير نضج فكري وقدرة مالية ومعرفة بشؤون الحياة وأعباء الزوجية.

وقد يعمد شخص مصاب بمرض خطير يؤدي غالباً إلى الوفاة إلى إبرام زواج فما مدى صحة هذا الزواج وهل ينتج أثره كاملاً أم لا؟

الزواج لغة: هو الاقتران ويطلق لفظ الزواج على النكاح وهو مشروع بالكتاب والسنة، قال الله تعالى: (وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ)¹، وعن عبد الله بن مسعود- رضي الله تعالى عنه- قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج؛ فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء)².

¹ - سورة النور الآية 32.

² - البخاري، صحيح البخاري، دار الحديث، مصر، 2011، كتاب النكاح، باب الترغيب في النكاح، حديث رقم 6749، ص 1085.

وقد عرفه الفقهاء تعريفات مختلفة فعرفه المالكية بأنه عقد لحل الاستمتاع بأنثى غير محرم بنسب أو رضاع أو مصاهرة¹.

وعرفه الحنفية بأنه عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصداً أي حل استمتاع الرجل من امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي².

وعرفه الشافعية بأنه عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ النكاح أو التزويج³.

أما الحنابلة فقالوا بأن الزواج هو عقد التزويج فعند إطلاقه ينصرف إليه ما لم يصرفه عنه دليل⁴.

وقد اتفق العلماء أن زواج المريض مرض الموت وزواج الصحيح سواء، من حيث صحة العقد وتوريث كل منهما الآخر، غير إنهم اختلفوا بعد ذلك فيما يثبت من مهر للزوجة، والواقع أن حجة جمهور الفقهاء لصحة عقد الزواج في مرض الموت ما جاء في الكتاب، قال الله سبحانه وتعالى: (فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَتْنِي وَثَلَاثَ وَرَبَاعَ...)⁵.

وقد أباح الله تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم النكاح ولم يخص في القرآن ولا في السنة صحيحاً وصحيحاً من مريض ومريضة⁶. ومما جاء في الأثر كذلك أن معاذ بن جبل رضي الله عنه طلب تزويجه في مرضه الذي مات فيه مخافة أن يلقى الله عازب⁷ وهو ما استدل به الظاهرية والشافعية والزيدية.

¹ - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج7، ص43.

² - المرجع نفسه، ص44.

³ - أبو محمد بن حزم الأندلسي، المحلى، ابن الجوزي للنشر والتوزيع، مصر، 2015، ج10، ص26.

⁴ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص43.

⁵ - سورة النساء الآية3.

⁶ - أبو محمد بن حزم الأندلسي، المرجع السابق، ج10، ص27.

⁷ - محمد بن إدريس الشافعي، مرجع سابق، ج2، ص421.

وقال الشافعي رحمه الله: يجوز للمريض أن ينكح جميع ما أحل الله أربعاً وما دونهن فإذا أصدق منهن صداق مثلها جاز لها من جميع المال والزيادة محاباة، فإن صح قبل موته جاز لها من جميع المال، وإن مات بطلت عنها الزيادة على صداق مثلها، وثبت النكاح وكان لها الميراث¹.

فالنكاح من الحوائج الأصلية للإنسان، والمريض غير محجور ولا ممنوع عن حوائجه الأصلية، إذا لم يكن مرضه معدياً وهو ما استدل به الحنابلة²، وهذا ما يعني أنه إذا ثبتت صحة الزواج في مرض الموت ثبت التوارث بين الزوجين لعموم آية الميراث قال الله تعالى: (وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وُلْدٌ ۖ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وُلْدٌ فَلَكُمْ الرَّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ ۖ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ۖ وَلَهُنَّ الرَّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وُلْدٌ ۖ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وُلْدٌ فَلَهُنَّ الثُّمْنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ ۖ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ)³، وقد ذهب المالكية إلى خلاف ذلك فلهم في هذا الأمر قولان أحدهما أنه يجوز له التزوج إذا كان محتاجاً إليه ولا يجوز مع عدم الحاجة. والقول الثاني أنه لا يجوز له أن يتزوج سواء كان محتاجاً إلى الزواج أو غير محتاج ولو أذن له ورثته الراشدون. ويعد زواج المريض لدى المالكية فاسداً لأن في هذا الزواج إدخالاً لوارث جديد على الورثة الأمر الذي يحتم معاملة المريض المتزوج بنقيض قصده ويحكم بفساد فعله⁴.

ويقول ابن حزم: تزويج المريض الموقن بالموت أو غير الموقن مريضة كذلك أو صحيحة جائز ويرثها وترثه، مات من مرضه ذلك أو صح ثم مات⁵.

¹ - محمد بن إدريس، الشافعي، المرجع السابق، ج2، ص422.

² - موفق الدين بن قدامة المقدسي الحنبلي، مرجع سابق، ج5، ص213.

³ - سورة النساء الآية12.

⁴ - محمود إسماعيل مشعل، مرجع سابق، ص239.

⁵ - أبو محمد بن حزم الأندلسي، مرجع سابق، ج6، ص456.

إن الاختلاف بين الفقهاء يظهر فيما يثبت من مهر للزوجة فقد فرق المالكية في هذه المسألة بين ما إذا تزوج المريض صحيحة وبين ما إذا تزوج مريضة وبين ما إذا تزوج المريض مريضة مثله في ثلاث حالات هي:

الحالة الأولى: يفسخ نكاح المريض قبل الدخول وبعد الدخول، فإن لم يدخل بها فلا شيء لها فإن دخل بها فلها صداق مثلها في ثلث ماله بما استحل من فرجها ولا ميراث لها منه البتة، أما إذا مات قبل أن يفسخ نكاحها فعليها الإحداد ولا ميراث لها¹.

الحالة الثانية: إذا تزوجت المريضة صحيحاً فلها مهرها المسمى من رأس المال سواء زاد على صداق المثل أم لا إن كان مدخولاً بها².

الحالة الثالثة: إذا تزوج المريض مريضة مثله ففي هذه الحالة يغلب جانب الزوج، ويكون حكم المهر فيها مثل حكم إذا كان الزوج هو المريض فقط.

ويلاحظ أن المالكية قد حكموا بثبوت الصداق مع فساد النكاح، ووجوب فسخه. وقد اختلف الفقهاء في فساد زواج المريض من عدمه، ومع ذلك فقد أجازوا ثبوت المهر فيه. وفساده إنما هو لعقده في المرض ولا يؤثر على الصداق³.

أما عند الشافعية فالمنكوحة إذا ماتت قبل المريض كان لها جميع ما أصدقها من رأس المال والزيادة عن صداق المثل من الثلث⁴.

أما في القوانين العربية فقد أخذ كل من القانون الأردني في المادة (60) من قانون الأحوال الشخصية والقانون المصري في المادة (916) من القانون المدني برأي المذهب الحنفي وقرروا صحة زواج المريض فله أن يتزوج ولكن بشرط الدخول وألا يزيد المهر عن مهر المثل، وإلا

¹ – أبو محمد بن حزم الأندلسي، المرجع السابق، ج6، ص 456.

² – محمود إسماعيل مشعل، مرجع سابق، ص 243.

³ – المرجع نفسه، ص 244.

⁴ – محمد بن إدريس الشافعي، مرجع سابق، ج2، ص 422.

كانت الزيادة تبرعا فتأخذ حكم التبرع، فتنفذ في الثلث وما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة. ولم يتطرق القانون الجزائري إلى زواج المريض مرض الموت، أما في الاجتهاد القضائي فقد نصت المحكمة العليا في أحد قراراتها على ما يلي: "حيث جاء في القرار المنتقد بأنه لا يوجد نص في الشريعة يبطل عقد زواج المريض مرض الموت ومعنى هذا أنه قد ثبت لقضاة الموضوع أن الزواج موضوع النزاع قد وقع فعلا في مرض الموت.

حيث جاء في مختصر خليل في باب أحكام النكاح عند الحديث عن الأنكحة الفاسدة التي فيها الإرث، فقال: إلا نكاح المريض زوجا كان أو زوجة فلا إرث فيه، وعليه يتعين نقض القرار المطعون فيه¹.

ومنه نستنتج أن الاجتهاد القضائي قد أخذ برأي المذهب المالكي الذي يقضي بفساد الزواج في مرض الموت.

المطلب الثاني: أحكام تصرفات المريض مرض الموت في الإقرار بنسب أو بنوة.

الإقرار لغة: هو الإذعان للحق والاعتراف به، ويطلق أيضا على الإثبات، فيقال قر الشيء يقر إقرارا إذا ثبت². للإقرار معانٍ متعددة منها الثبوت، والتمكن، والإمضاء، والاعتراف، والإقرار ضد الجحود والإنكار. والإقرار هو أقوى الأدلة التي تثبت بها الحقوق، لأن الإنسان لا يتهم فيما يقر به على نفسه للآخرين، فإن النفس مجبولة بطبعها أن تتحاشى المغارم والتبعات والحدود والعقوبات³. ودل على حجيته قوله تعالى: (قَالَ أَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا قَالَ فَاشْهَدُوا وَأَنَا مَعَكُمْ مِنَ الشَّاهِدِينَ)⁴.

¹ - قرار رقم 251656، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، بتاريخ 2001/05/23، <http://avocats-sba.dz/arrets-19.html> يوم 2017/04/27، على الساعة: 17:24.

² - جمال الدين بن منظور، لسان العرب، دار صادر، لبنان، 2005، ج12، ص546.

³ - الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، مرجع سابق، ج4، ص365.

⁴ - سورة آل عمران، الآية 81.

أما اصطلاحاً: فقد اختلفت عبارات الفقهاء في تعريفهم الشرعي للإقرار على ما هو مبين فيما يلي: عرفه المالكية بأنه: خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه أو بلفظ نائبه¹.

وعرفه الحنفية بأنه: الإخبار عن ثبوت حق للغير على نفس المقر.

أما الشافعية فقالوا بأنه: إخبار حق ثابت على المخبر أو إخبار الشخص بحق عليه لغيره². وعرفه الحنابلة بأنه: هو الاعتراف، وهو إظهار الحق لفظاً أو كتابة أو إشارة³.

ويتضح لنا من إيراد تعريف الفقهاء للإقرار أن المقر يخبر ويعترف على ثبوت حق للغير عليه، فالإقرار وسيلة يقوم بها المقر ليكشف ويثبت بها عن حق ثابت لغيره عليه. وينطبق ذلك على الإقرار بالنسب، حيث أن إدعاء المدعي أنه أب لغيره، فيصدق في إلحاق الولد بفراشه، ويثبت النسب بإقرار الأب ولو كذبتة الأم أو كذبه الابن المستلحق، أو كالإقرار بعد موت الابن⁴ ويعتبر الإقرار حجة قاصرة على المقر، وهو كذلك حجة ملزمة له ومن شروط صحته أن يكون المقر بالغاً عاقلاً، وأن يكون نسب الولد المستلحق مجهولاً، فإذا كان نسب الولد معلوماً فلا يستحق استلحاقه بغير أبيه، وكذلك إذا كان ولد زنا فلا يجوز استلحاقه شرعاً.

والإقرار نوعان: إقرار المقر على نفسه، وإقرار محمول على الغير، أما الإقرار بالنسب على المقر نفسه فهو أن الأب يقر بالولد، أو الابن بالوالد كأن يقول هذا أبي ويصح الإقرار بشروط أربعة متفق عليها وهي:

1 – أن يكون المقر به مجهول النسب. فعند الحنفية هو الذي لا يعلم له أب في البلد الذي ولد فيه باستثناء ولد اللعان لاحتمال رجوع أبيه عن الملاءنة⁵.

¹ – الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، مرجع سابق، ج4، ص365.

² – محمد بن إدريس الشافعي، مرجع سابق، ج2، ص473.

³ – موفق الدين بن قدامة المقدسي الحنبلي، مرجع سابق، ج5، ص384.

⁴ – العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط6، 2010، ص385.

⁵ – وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج7، ص690.

2 – أن يصدقه الحس مثل السن.

3 – أن يصدقه المقر له في إقراره إن كان أهلا للتصديق، بأن يكون بالغاً عاقلاً ومميزاً. وقد رفض المالكية أن يكون تصديق المقر له شرطاً لثبوت النسب من المقر لأن النسب حق للولد على أبيه، فيثبت بإقراره دون توقف على تصديق منه، إذا لم يقد دليل على كذب المقر¹.

4 – أن لا يكون فيه حمل النسب على الغير.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه يشترط لصحة اعتبار الإقرار بالنسب صحيحاً شرطين أساسيين هما: أن ينصب الإقرار على شخص مجهول النسب، وأن يكون من النوع الذي يصدقه العقل أو تصدقه العادة. وهو ما جاء في المادة (44) من قانون الأسرة والتي تنص على: "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب، ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة". وعليه يصح إقرار الشخص ولو في مرض الموت، إذا كان المقر له مجهول النسب، متى صدقه العقل أو العادة أو الحس السليم، وذلك بأن يولد مثل المقر له بالبنوة مثل المقر، بحيث يكون فرق السن بينهما محتملاً لهذه الولادة، أو أن يولد مثل المقر بالأبوة لمثل المقر له، فمن قال أن هذا الطفل ابني وكان سن الطفل 10 سنوات مثلاً وسن المقر 20 سنة لم يعتبر هذا إقراراً لأنه لا يعقل أن ينجب الإنسان ولداً وهو ابن 10 سنين²، وليس هناك فرق بين إقرار المريض والصحيح بالبنوة لأن النسب لا يمتنع بسبب المرض كونه من الحوائج الأصلية كالأكل واللباس، ولكن السبب في تمييز إقرار المريض عن الصحيح هو تعلق حق الورثة والدائنين، ومنه إذا صح إقرار المريض للولد المقر بنسبه حق له مشاركة سائر الورثة في ميراث المقر لأنه بثبوت نسبه صار وارثاً يشارك بقية الورثة ويثبت النسب بالإقرار سواء كان الزواج الذي يربطه بالأم عقد زواج صحيح أو فاسد أو وطء بشبهة والشرط الوحيد ألا يكون

¹ – وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج7، ص691.

² – بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ط6، 2010، ص387.

من زنا لأن الزنا لا يصلح سببا لإثبات النسب إذ النسب نعمة فلا تنال بالمحذور¹، لقول الرسول – صلى الله عليه وسلم –: (الولد للفراش، وللعاهر الحجر)².

ونجد أن المشرع الجزائري قد أعطى للمستفيد من إثبات النسب حقوقه كاملة من الميراث بعد موت المورث، أو أي حق آخر يثبت بهذا النسب. كما نص على ذلك بعض التشريعات العربية مثل المدونة المغربية في المادة (160) والقانون المصري في المادة (41) من قانون الموارث المصري. التي أشارت إلى صحة الإقرار بالنسب ولو في مرض الموت.

إن إقرار المريض مرض الموت بنسب أو بنوة، هو إقرار صحيح، يحدث آثاره كاملة مثله مثل إقرار الصحيح، فمتى استوفى الإقرار الصادر من المريض مرض الموت شروطه أصبح المقر له يتمتع بكل الحقوق التي يتمتع بها بقية الورثة، له ما لهم وعليه ما عليهم.

المطلب الثالث: أحكام تصرفات المريض مرض الموت في الطلاق.

الطلاق لغة: هو الحلُّ ورفع القيد³.

عرّفه المالكية بأنه صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجه موجبا تكررها مرتين للحر ومرة لذي رق حرمتها عليه قبل زوج⁴.

وعرفه الشافعية بأنه: حلّ عقدة النكاح بلفظ الطلاق ونحوه⁵. أما الحنابلة فقد قالوا بأنه: حل

قيد النكاح⁶.

¹ – وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج7، ص692.

² – البخاري، مرجع سابق، كتاب الفرائض، باب الولد للفراش، حديث رقم 6749، ص1085.

³ – جمال الدين بن منظور، لسان العرب، دار صادر، لبنان، د. س. ن، ج10، ص227.

⁴ – محمد الخرشي أبو عبد الله، الخرشي على مختصر خليل، المطبعة الأميرية الكبرى، ط2، د.س.ن، ج4، ص12.

⁵ – محمد بن إدريس الشافعي، مرجع سابق، ج7، ص166.

⁶ – موفق الدين بن قدامة المقدسي الحنبلي، مرجع سابق، ج7، ص363.

في اصطلاح الفقهاء هو رفع قيد النكاح في الحال أو في المآل بلفظ مشتق من الطلاق أو في معناها¹؛ في الحال بالطلاق البائن وفي المآل بعد عدة الطلاق الرجعي. وهو مشروع بالكتاب والسنة، قال تعالى: (الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَمِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ...)². وقال تعالى: (يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ...)³. وقال الرسول – صلى الله عليه وسلم –: (إنما الطلاق لمن أخذ بالساق)⁴.

وقد نص القانون الجزائري على الطلاق في باب انحلال الزواج المادة (47) والتي تنص على: "تتحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة".

والمادة (48) التي تنص على: "يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة".

ولم يختلف الفقهاء في أن طلاق المريض مرض الموت واقع، سواء أكان هذا الطلاق رجعياً أو بائناً، ولكنهم اختلفوا اختلافاً كبيراً في إرث مطلقة منه إذا كان الطلاق بائناً. فإذا طلق المريض امرأته فطلاقه نافذ صحيح، فإن مات من ذلك المرض ورثته مادامت في العدة من طلاق رجعي مثلما ترثه في حال صحته، سواء كان بطلب منها أو بغير رضاها⁵. واتفق العلماء كذلك على أن الرجل إذا طلق امرأته في مرض الموت ثم ماتت لم يرثها ولو كانت في العدة .

وأهم حادثة دلت على طلاق الفار هي تلك التي وقعت في زمن الخليفة عثمان ابن عفان – رضي الله عنه – حيث أن عبد الرحمن بن عوف – رضي الله عنه – طلق امرأة له في مرضه الذي مات فيه فكلمه الخليفة عثمان ليراجعها فتلكأ عليه عبد الرحمن بن عوف فقال

¹ – أحمد الغدور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، مكتبة الفلاح، مصر، ط3، 1985، ص279.

² – سورة البقرة، الآية 229.

³ – سورة الطلاق، الآية1.

⁴ – علي بن عمر الدار قطني، سنن الدار قطني، دار الحديث، القاهرة، 2014، كتاب الطلاق، الحديث رقم 3991، ص291.

⁵ – الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، مرجع سابق، ج3، ص349.

عثمان: "قد أعرف أنما طلقها كراهية أن تترث مع أم كلثوم، وإني والله لأقسم لها ميراثها، وإن كانت أم كلثوم أختي وكان آخر طلاقها تطليقة في مرضه¹".

وعن عائشة رضي الله عنها أن امرأة الفار تترث مادامت في العدة.²

والمعقول هو أن تطليقها ضرار محض وهو يدل على قصده حرمانها من الإرث فيعاقب بنقيض قصده، كما يرد القاتل إذا قتل مورثه بحرمانه من الميراث³، وقد اتفق الجمهور على ميراث مطلقة المريض مرض الموت، فالمالكية يرون أن الزوجة تترث زوجها إذا طلقها في مرض الموت ولو انقضت العدة وتزوجت غيره ولو كان الطلاق برضاها واختيارها ولا يرثها هو إذا مات⁴، وإذا طلق في مرضه المخوف ثم ماتت فيه فإن الرجل لا يرثها ولو طلقها مريضة لأنه هو الذي أسقط ما كان بيده.

ومن هنا فإن القصد الآثم مردود على صاحبه عند المالكية لأن المطلق قد قصد حرمانها من الميراث فيرد عليه قصده وذلك بتوريثها كما لو لم يطلقها سواء انقضت عدتها أم لا تزوجت أم لا. والحقيقة أن الفقه المالكي قد بالغ و أسرف في فهم سوء نية قصد المريض مرض الموت لأن المطلقة بعد أن تتزوج بغيره تكون قد انقطعت الصلات الزوجية بينهما ونرى أنه لو اقتصر رأي المالكية على ميراثها منه ما لم تتزوج لكان أرجح⁵.

وعند الحنفية حددوا وقت الإرث أن تترث المرأة وهي في العدة وإذا انقضت العدة فلا ميراث لها لانقطاع آثار الزوجية، وانتهاء سبب الإرث وهو الزواج.

¹ - أبو محمد بن حزم الأندلسي، مرجع سابق، ج10، ص266.

² - أحمد الغندور، مرجع سابق، ص379.

³ - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج7، ص433.

⁴ - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، 1999، ج1، ص242.

⁵ - المرجع نفسه، ج1، ص242.

أما الشافعية فلم يزلوا قولان أولهما أنها لا ترثه، وقد استدلت الشافعية أن المرأة المطلقة في عدة طلاق بائن لا ترث من زوجها الذي طلقها وذلك لانقطاع آثار الزوجية بالطلاق البائن وبزوال الزوجية يزول سبب الميراث¹. والقول الثاني أنها ترثه لأنه متهم في قطع إرثها .

أما الإمامية والمشهور عند أحمد أنها ترثه في العدة وبعدها ما لم تتزوج لما روي عن الحسن البصري رضي الله عنه أنه لا يمكن توريثها من زوجين والمرأة لا تكون زوجة لاثنتين شرعاً². وقد ذهب الظاهرية إلى رأي آخر مخالف للجمهور فيقول ابن حزم: إن المبتوتة في المرض إذا لم يراجعها حتى مات فلا ميراث لها، وحتى لو أقر علانية أنه إنما فعل ذلك لئلا ترثه، ولا حرج عليه في ذلك لأنه فعل ما أبيح له من الطلاق الذي قطع به حكم الزوجية بينها³.

والخلاصة أن الفقهاء قد اتفقوا على صحة طلاق المريض ولكنهم اختلفوا في مسألة إرث المرأة من مطلقها طلاقاً بائناً وقد اشترط الفقهاء، لاعتبار المطلق فاراً بحيث تستحق مطلقته الميراث، شروطاً هي :

1 – أن يبينها بطلاق أو فسخ في مرض الموت ويموت وهي في العدة، فالفار يكون بالطلاق البائن دون الرجعي، لأن الرجعي لا يقطع الزوجية، وكذا لأن الموت وقع في العدة فإذا كان بعد العدة فليس هناك سبب يبنني عليه إرثها⁴.

2 – أن تكون الزوجة أهلاً للميراث وتبقى كذلك، من يوم طلاقها إلى وفاته في العدة، وإذا كانت غير ذلك لا ترث كأن تكون كتابية أو تكون مسلمة وترتد بعد طلاقها وقبل وفاته، أو اشتركت في قتله، والمرتدة لا يعود لها هذا الحق بالإسلام عند الجمهور غير المالكية، لأن

¹ – وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج7، ص432.

² – المرجع نفسه، ج7، ص433.

³ – محمود إسماعيل مشعل، مرجع سابق، ص253.

⁴ – رشا السيد إبراهيم عامر، مرجع سابق، ص140.

الساقط من الميراث لا يعود، قال مالك: لو عادت إلى الإسلام بعد أن ارتدت ثم مات الزوج في عدتها، فإنها ترثه لأنها مطلقة في المرض فأشبهه ما لو لم ترتد¹.

3 – أن يكون الطلاق برضاه، وألا يكون مكرها عليه لأن ركن الفرار لا يتحقق، كما لا يكون فارا من قامت زوجته بفعل يحرم المصاهرة، كأن تمكن أحد فروع زوجها أو أحد أصوله من نفسها دون رضاه، فتصبح محرمة عليه².

ولم يتطرق القانون الجزائري إلى ما يتعلق بطلاق المريض مرض الموت، لذلك وجب الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي حيث تنص أحكام الفقه المالكي كما سبق ذكره، على أن الزوجة ترث زوجها إذا طلقها في مرض الموت ولو انقضت العدة وتزوجت غيره ولو كان الطلاق برضاها واختيارها ولا يرثها هو إذا ماتت³.

وقد وجد الفقهاء إشكالا آخر وهو في حالة ما إذا طلق المريض امرأته ثم نكح أخرى في عدة مطلقة الأولى، فنجد أن الحنفية والحنابلة أعطوا الحق في الميراث للثنتين أما مالك فقال: أن الميراث كله للمطلقة ولا شيء للزوجة الثانية لأن نكاح مريض الموت عند المالكية ليس صحيحا⁴، وهو ما يخالف القانون الأسرة جزائري حيث أن المادتان (126) و(130) منه، اللتان تتصان على ضرورة وجود الصلة الزوجية بين الزوجين كسبب شرعي من أسباب الميراث وأكدت على ذلك المادة (32) من قانون الأسرة التي نصت على أنه: "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق كل منهما الإرث".

المرأة كالرجل في التبرعات، وعليه إذا خلعت المرأة المريضة مرض الموت زوجها على مال، يكون التزاما منها العوض تبرعا منجزا، والتبرعات تأخذ حكم الوصية، وقد ذهب بعض

¹ – وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج7، ص434.

² – رشا السيد إبراهيم عامر، مرجع سابق، ص140.

³ – العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ط1، 1999، ج1، ص242.

⁴ – الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، مرجع سابق، ج3، ص435.

الفقهاء إلى أن المال الذي يأخذه الزوج مقابل الخلع لا يجب أن يخرج عن الثلث إذا ماتت المريضة قبل انتهاء العدة، فمثلاً إذا ماتت ولم يكن لها ولد فحظ الزوج نصف ميراثها، وفي هذه الحالة يستحق الزوج بدل الخلع في حدود الثلث، وأما إذا كان ميراثه الربع بأن ماتت عن ولد وكانت وفاتها في العدة فيأخذ نصيبه وهو الربع دون زيادة وذلك دفعا لتهمة المحاباة بأنها خالعتة في مرضها لتزيده على ما يستحق من التركة أما إذا كانت وفاته بعد العدة فإن الزوج يستحق البديل في حدود الثلث دون النظر إلى مقدار ما يرثه منها لأن سبب الإرث قد زال وأما إذا برئت فإنه يستحق بدل الخلع مهما بلغ دون تقييد بالثلث¹.

وقد ذهب الشافعي إلى أن خلع المريضة صحيح ويلزمها بدل الخلع في مالها إذا ماتت في العدة بشرط أن لا يزيد عن مهر المثل فأما إذا زاد فإن الزيادة لا يجب أن تزيد عن ثلث تركتها لأن الزيادة في هذه الحالة تعتبر محاباة².

المبحث الثاني: أحكام تصرفات المريض مرض الموت في عقود التبرعات.

إن من محاسن شريعتنا أن شرعت لأهلها ما ينفعهم ديناً ودُنْياً، ليس فقط كونهم أحياء بل شرعت لهم ما ينفعهم حتى بعد موتهم، حرصاً منها على إيصال النفع الذي به يصلون إلى أرفع الدرجات، فإذا كانت صحيفة العبد تطوى بعد موته، فإن هناك من لم تطو صحائف أعمالهم بعد موتهم، بل هناك حسنات ترصد وتكتب لهم بعد موتهم، وهذا من فضل الله سبحانه وتعالى. والمريض مرض الموت يمكنه كذلك أن يقوم بتبرعات لصالح الأحياء، فهل لهذه التبرعات التي يقوم بها هذا المريض نفس حكم تبرعات الأصحاء؟

¹ - رشا السيد إبراهيم عامر، مرجع سابق، ص145.

² - محمد بن إدريس الشافعي، مرجع سابق، ج3، ص257.

المطلب الأول : أحكام تصرفات المريض مرض الموت في الوصية.

وإن من أعظم ما شرعته هذه الشريعة الغراء لأتباعها الوصية، فقد حثت عليها ورغبت فيها، وحينما شرعت ذلك حذرت من الغلو فيها، والإضرار بها، بل بينت أن خير الأمور أوسطها فمن حاد عن الوسط فهو على خطر عظيم.

الوصية لغة: مأخوذة من وصيت الشيء إذا وصلته سميت بذلك لاتصالها بأمر الميت¹.

إن الوصية هي تصرف في التركة مضاف لما بعد الموت، وقد عرفها بعض الفقهاء بأنها ما أوجبه الإنسان في ماله بعد موته، أو مرضه الذي مات فيه. وقد ذكر الله الوصية في آيات عديدة من كتابه الكريم منها قوله: (كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ ۗ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ)².

وقوله تعالى : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةٌ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِّنْ غَيْرِكُمْ)³.

أما من السنة فمنها حديث سعد بن أبي وقاص قال: (مرضت عام الفتح مرضاً أشفيت منه على الموت، فأتاني رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني، فقلت: يا رسول الله إن لي مالا كثيراً، وليس يرثني إلا ابنتي، أفأوصي بمالي كله؟ قال: لا. قلت: فتلثي مالي؟ قال: لا. قلت: فالشطر؟ قال: لا. قلت: فالثلث؟ قال: الثلث والثلث كثير، إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس...)⁴. وفي حديث الرسول لسعد ما يدل على أفضلية الإيصاء بالثلث أو بأقل منه. وهذا فيه دلالة قاطعة أن للمريض الحق في أن يوصي بالثلث أو بأقل منه، ولا يتعلق به حق للورثة.

¹ - جمال الدين بن منظور، مرجع سابق، ج15، ص227.

² - سورة البقرة، الآية180.

³ - سورة المائدة، الآية106.

⁴ - البخاري، مرجع سابق، كتاب الفرائض، باب ميراث البنات، حديث رقم 6733، ص1082.

والوصية في الاصطلاح الشرعي لها عدة تعريفات لكن أشملها ينص على أن الوصية تمليك خاص مضاف إلى ما بعد الموت عن طريق التبرع¹.

كما عرفها بعض الفقهاء أنها: عقد يوجب على عاقده حقا في ثلث ماله يلزمه بموته أو نيابة عنه بعده، أي أن يلتزم غيره للقيام له بأمر، وهي عقد جائز يقصد به التنفيذ بعد الموت².

أما المالكية فعرفوا الوصية بأنها: هبة الشخص ماله لشخص آخر أو لأشخاص بعد موته سواء صرح بلفظ الوصية أم لم يصرح³.

والملاحظ أنه لا يوجد أي اختلاف بين أن تصدر الوصية من الصحيح أو من المريض مرض الموت، لأن الوصية لا تنفذ إلا في الثلث سواء كان الموصي صحيحا أو مصابا بمرض الموت، فالوصية لا يجب أن تتجاوز ثلث التركة إلا بإجازة ورثة الموصي وإذا لم يجز الورثة الوصية فيما زاد عن الثلث بطلت، ونفذت في الثلث فقط.

رغم اتفاق الفقهاء على جواز الوصية إلا أن الاختلاف ظهر في جواز الوصية للوارث ، فقد ذهب البعض إلى بطلانها حيث قال ابن حزم والشافعية: لا تجوز الوصية لوارث أصلا سواء أجاز الورثة أم لم يجيزوا حيث أمر الرسول صلى الله عليه وسلم بأن لا وصية لوارث وعلل ابن حزم بأن الله سبحانه منع من ذلك فليس للورثة أن يجيزوا ما أبطله الله تعالى على لسان نبيه صلى الله عليه وسلم⁴.

وذهب فريق آخر إلى أن الوصية لوارث صحيحة وهي موقوفة على إجازة بقية الورثة فعلى ظاهر مذهب الإمام أحمد وقول غير مشهور للمالكية الوصية للوارث صحيحة موقوفة

¹ - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ط1، 1999، ص230.

² - الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، مرجع سابق، ج4، ص270.

³ - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج8، ص41.

⁴ - المرجع نفسه، ج8، ص43.

على إجازة الورثة بعد الموت فإن ردوها بطلت وأن أجازوها صحت لحديث البيهقي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (ولا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة)¹.

وأما الفريق الثالث فقد ذهب إلى جواز الوصية للوارث إذا كانت في حدود الثلث دون الحاجة إلى إجازة بقية الورثة. وتجدر الإشارة أن الإجازة تتطلب أن يكون المجيز أهلا للتبرع فإذا كان صبيا أو معتوها أو مجنوناً فإجازته لا يعتد بها.

وقد اهتم المشرع الجزائري بنظام الوصية حيث أدرجها في قانون الأسرة في الفصل الأول من الكتاب الرابع الخاص بالتبرعات وذلك في المواد من (184) إلى (201) فقد نصت المادة (184) منه على: "الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع".

تفترض الوصية في كل تصرف صادر في مرض الموت، وهذا معناه أن على الوارث أن يثبت أن التصرف كان في مرض الموت، فكل تصرف تبرعي صادر من طرف المريض مرض الموت يجب أن يأخذ حكم الوصية مهما حاول المورث سترها بإعطائها اسماً آخر، ووضعها في صورة تصرف منجز حال الحياة²، وهذا تحايل لأن مقصوده في هذه الوضعية أن يكون تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت.

وقد نصت المادة (776) من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى على: "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع، يعتبر تبرعاً مضافاً إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أي كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف".

من نص المادة (776) يمكن استخلاص الشرطين اللذين وضعهما المشرع الجزائري، لاعتبار تصرف المريض مرض الموت وصية، وهما:

— أن يكون تصرفاً يقصد به التبرع.

¹ — البخاري، مرجع سابق، كتاب الوصايا، باب لا وصية لوارث، حديث رقم 2747، ص 450.

² — رشا السيد إبراهيم عامر، مرجع سابق، ص 80.

— أن يكون تصرفا صادرا في مرض الموت.

ويقع على الورثة عبء إثبات أن تصرف مورثهم هو تصرف المقصود منه هو التبرع، وقد وقع في مرض موته، وذلك بكل طرق الإثبات القانونية، أما إثبات أن التصرف ليس تبرعا أو أنه وقع في حال الصحة، فيقع على عاتق المتصرف إليه.

والتساؤل يقع في حالة عدم وجود وارث للمريض، عن حكم الوصية بأكثر من الثلث، ففي هذه الحالة تنفذ الوصية في كل مال المورث إذا لم يكن عليه دين، أما إذا كان عليه دين، فالموصى له أن يأخذ ما بقي بعد وفاء الدين.

المطلب الثاني: أحكام تصرفات المريض مرض الموت في الهبة.

الهبة لغة: هي التفضل والإحسان بشيء ينتفع به الموهوب له، فالهبة هي العطية الخالية عن الأعيان والأغراض، فإذا كثرت سمي صاحبها وهابا¹.

أما في المعنى الاصطلاحي:

عرفها المالكية فقالوا: بأن الهبة تملك بلا عوض لوجه الموهوب له².

أما الحنفية فعرفوها: بأنها تملك العين بلا شرط العوض في الحال³.

أما الشافعية فعرفوها: بأنها تملك العين بلا عوض حال الحياة تطوعا⁴.

أما عند الحنابلة: فقالوا أن الهبة هي تملك في الحياة بغير عوض⁵.

¹ — جمال الدين بن منظور، مرجع سابق، ج 15، ص 288.

² — محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ج 4، ص 97.

³ — مازن مصباح مصباح، مرجع سابق، مج 19، ص 667.

⁴ — المرجع نفسه، مج 19، ص 667.

⁵ — المرجع نفسه، مج 19، ص 667.

والهبة بكسر الهاء وتخفيف الباء تطلق بالمعنى الأخص على مالا يقصد له بدل وعليه ينطبق قول من عرف الهبة بأنها تمليك بلا عوض¹.

ويجب أن نفرق بين ما إذا كان الواهب صحيحا أو مريضا مرض الموت، فإذا كان الواهب صحيحا وكان أهلا للتبرع، جاز له أن يهب ماله كله أو بعضه لمن يشاء سواء أكان أصلا أم فرعاً، قريبا أم أجنبيا عنه، ولو كان مخالفا لدينه². فالاختلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية ظهر في حالة هبة المريض مرض الموت، فقال الجمهور: أنها من الثلث مثلما هو الحال في الوصية، فالمريض تنفذ تبرعاته من ثلث ماله مطلقا أشهد أم لا، فلا يتوقف مضي تبرعه على حوز ولا على ما يقوم مقامه³. وكل صدقة أو هبة أو عطية بذلها المريض لرجل بعينه أو لمساكين فلم تخرج من يده حتى مات فذلك نافذ في ثلث ماله كوصاياهم. وقال الشافعي: وما ابتدأ المريض هبة في مرضه لو ارث أو غير وارث فدفع إليه ما وهب له فإن كان وارثا ولم يصح المريض حتى مات من مرضه فالهبة مردودة كلها.

أما جماعة أهل الظاهر فقالوا أن هبة المريض مرض الموت كهبة الصحيح تخرج من رأس ماله كله إذا مات الواهب وليس من الثلث فقط ذلك أن حكم الهبة يجب أن يستصحب حكم الإجماع إذا وهب في مرضه واعتمد الظاهرية على حديث عمران بن حسن أنه أعتق ستة من عبيده عند وفاته فأمره رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بأن يعتق ثلثهم ويرق الباقي على أنه كان وصية ولا تقاس الهبة على الوصية . وقد ذهب فقهاء الحنفية إلى أن هبة المريض لا تجوز إلا من الثلث إن كان غير وارث أما إذا كان الموهوب له وارثا للمريض فلا تجوز إلا بإجازة الورثة وحجتهم في ذلك أنها في حكم الوصية حيث أن حق الورثة يتعلق بمال المريض فليس له أن يتبرع إلا بالقدر الذي سمحت به الشريعة الإسلامية وهو الثلث. والملاحظ أن هبة

¹ - محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار، المكتبة التوفيقية، د.ب.ن، 2012، ج5، ص488.

² - رشا السيد إبراهيم عامر، مرجع سابق، ص112.

³ - محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ج5، ص498.

المال لو ارث ولا يوجد غيره أو هبة من لا وارث له لغير وارث ففي هذه الحالات تنفذ هبة مريض رأس ماله وليس من ثلث ماله فقط.

أما إذا كان له ورثة فإن كانت الهبة لغير الوارث في حدود الثلث أو أقل نفذت ولو لم يجزها الورثة أما إذا كانت أكثر من الثلث فلا تنفذ في الزائد على الثلث إلا بإجازة الورثة. وإذا كانت الهبة لو ارث فيتوقف نفاذها على إجازة الورثة مهما كان مقدار الهبة لأن الهبة في مرض الموت تعتبر وصية ولا وصية لو ارث. . وقال الشافعي: "وما ابتداء المريض هبة في مرضه لو ارث أو غير وارث فدفعت إليه ما وهب له فإن كان وارثا ولم يصح المريض حتى مات من مرضه فالهبة مردودة كلها"¹ ويجب التنبية إلى أن إجازة الورثة يجب أن تكون بعد موت المورث فلو أجاز الورثة قبل موته لم تجز لأن حق الورثة نما يثبت بعد الموت والوارث هو من كان وارثا وقت الموت لا وقت الهبة.

يجب أن نراعي الأحكام السابقة إذا لم يكن الواهب مدينا، فإن كان مدينا فلا تنفذ الهبة إذا كان دينه مستغرقا لكل تركته حيث يتوقف نفاذ الهبة على إجازة الدائنين ولا عبرة بإجازة الورثة لأن حقهم في التركة مؤخر على قضاء الدين أما إذا كان الدين مستغرقا لبعض ماله وكانت الهبة تخرج من ثلث ما بقي بعد سداد الديون كانت الهبة نافذة بدون توقف على إجازة الورثة أما إذا كانت لا تخرج من الثلث فإن الزائد متوقف على إجازة الورثة وتصبح حينئذ وصية، أما إذا شفي الواهب فإن الموهوب يفوز بما وهب له .

الهبة التي تعطى حكم الوصية هي الهبة التي تعقد تامة في مرض الموت أي التي يتحقق فيها كل شروطها فالهبة التي لم يتحقق فيها القبض حتى موت الواهب المريض تكون باطلة ولا تنتقل وصية لأن الواهب أرد التملك في الحال وليس بعد الموت وهذا هو رأي المالكية والحنفية وبعض الشافعية.

¹ - محمد بن إدريس الشافعي، مرجع سابق، ج2، ص 423.

وقد نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة (877): "إذا وهب من لا وارث له جميع أمواله لأحد في مرض موته وسلمها تصح وليس لأمين بيت المال المداخلة في تركته " ونصت على هبة مريض الموت لو ارث وغير وارث بنص المادة (879) حيث أن الهبة لو ارث تبطل إذا لم يجزها الورثة الباقيون أمل الهبة لغير وارث فتكون من ثلث ماله وعلى الموهوب له رد الباقي .

أما بالنسبة للقانون الجزائري فقد نص على أحكام الهبة في مرض الموت فنجد المادة (204) من قانون الأسرة تنص على: "الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية". وهو ما يعتبر موافقة لرأي الجمهور.

كما نصت المادة (776) من القانون المدني على: "كل تصرف قانوني يصدر عن الشخص في مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف ". ولكن هناك إشكال يطرح في نص المادة (212) من قانون الأسرة التي تنص على: " الهبة بقصد التبرع للمنفعة العامة لا رجوع فيها " فلو وهب مريض الموت مالا بقصد المنفعة العامة في مرضه الأخير فهل يمكن اعتبار ذلك وصية بعد موته وإعادة ما وهبه إلى الثلث.

وقد تعددت قرارات المحكمة العليا في هبة مريض مرض الموت حيث أن قرار المحكمة العليا الصادر يوم 1971/03/24 المنشور في العدد الثاني لنشرة القضاء صفحة (72) نص على: " من المقرر فقها واجتهادا أنه يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل و إن صدر تبرعه إثناء مرض الموت تعتبر وصية ويجب على الورثة أن يثبتوا أن الهبة قد صدرت من مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق"¹.

¹ - العربي بلحاج، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط2000، ص196.

ونجد قراراً آخر نص على: "من المقرر قانوناً أن الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية ومن ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم برفض دعوى الطاعنين رغم الإثبات بشهادات طبية بأن الواهب كان في حالة مرض مخيف وبأن الهبة كانت في مرض الموت فإنهم عرضوا قرارهم للقصور في التسبيب"¹.

وقرار آخر نص على: "حيث أن المحكمة العليا قررت قبول الطعن بالنقض شكلاً ومضموناً لأن قضاة المجلس خالفوا تطبيق المادة (204) من قانون الأسرة التي تعتبر الهبة في مرض الموت والأمراض المخيفة وصية إذ يمكن في هذه الحالة تحويل عقد الهبة في مرض الموت إلى وصية يستفيد منها الموهوب له في حدود ما يسمح بذلك موضوع الوصية"².

ورغم قلة النصوص القانونية التي تنظم تبرعات مريض الموت إلا أن القضاء قد اعتمد في أغلب الأحكام والقرارات التي تعرضت لقضايا تبرعات مريض الموت على مبدأ الإحالة المنصوص عليه في المادة (222) من قانون الأسرة.

المطلب الثالث: أحكام تصرفات المريض مرض الموت في الوقف

الوقف لغة: هو الحبس والمنع بمعنى الحبس عن التصرف³.

أما في التعريف الاصطلاحي فقد عرفها المالكية بأنه منفعة مملوكة ولو كان بأجرة أو جعل غلته كدراهم لمستحق بصيغة مدة ما يراه المحبس والوقف عند المالكية لا يقطع حق الملكية في العين الموقوفة وإنما يقطع حق التصرف فيها⁴.

¹ - قرار رقم 197335، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، بتاريخ 16/09/1998 المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 281.

² - قرار رقم 229397، الغرفة العقارية، المحكمة العليا، بتاريخ 24/04/2002. <https://elmouhami.com> يوم: 28/04/2017، على الساعة 12:20.

³ - جمال الدين بن منظور، مرجع سابق، ج 15، ص 263.

⁴ - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج 8، ص 154.

وعرفه الحنفية بأنه حبس العين على حكم ملك الواقف والتصدق بالمنفعة على جهة الخير¹، أما الجمهور (الشافعية والحنابلة) فقد عرفوا الوقف بأنه: حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته من الواقف وغيره على مصرف مباح موجود أو بصرف ريعه على جهة بر وخير تقربا إلى الله تعالى وعليه يخرج لمال مكن ملك الواقف ويصير حبيسا على حكم ملك الله تعالى ويمتنع على الواقف تصرفه فيه².

وقد أجمع الجمهور على أن الوقف في مرض الموت بمنزلة الوصية في اعتباره من ثلث المال لأنه تبرع في مرض الموت فينفذ من الثلث كالهبة فإذا خرج من الثلث وقف الزائد على إجازة الورثة ولا يجوز الوقف في مرض الموت على بعض الورثة فإن وقف توقف ذلك على إجازة الورثة .

أما المالكية فقد أبطلوا الوقف في مرض الموت على الوارث ولو كان من الثلث لأن الوقف في مرض الموت كالوصية ولا وصية لوارث واستثنى المالكية الوقف المعقب أي الموقوف على أولاده ونسله³. ولا يحق للورثة الاعتراض على الواقف حال حياته، وإن كان مريضا، لأنه لا يُعرف إن كان يموت من مرضه الذي وقف ماله فيه أم أنه يبرأ منه⁴.

ويجب أن نفرق بين ما إذا كان المريض مدينا أو غير مدين، وما إذا كان الموقوف عليه وارثا أو غير وارث، وبين ما إذا كان الوقف يخرج من ثلث التركة أو يساويه أو يزيد عنه. فالوقف إذا صدر من الواقف واستوفى شروطه نفذ في الحال لأنه من العقود المنجزة التي تقبل الفسخ فإذا مات الواقف المريض مرض الموت وكانت تركته مستغرقة بالديون فيمكن للدائن إبطال الوقف والمطالبة باستيفاء ديونه من ثمن الموقوف كما يمكنه إجازة الوقف، لأنه صاحب الحق، وهذا خلافا لوقف الصحيح المدين. أما إذا لم تكن التركة مستغرقة بالدين، فيجب إخراج

¹ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج8، ص151.

² - المرجع نفسه، ج8، ص153.

³ - المرجع نفسه، ج8، ص228.

⁴ - محمد أحمد سراج، أحكام الوصية والأوقاف في الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1998، ص205.

ما يفي بالدين من التركة أولا ، وعندئذ لا يجب أن يخرج الوقف من ثلث الباقي أما إذا زاد عن الثلث فيتوقف على إجازة الورثة. أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نظم الوقف في الفصل الثالث من الكتاب الرابع لقانون الأسرة في المواد (213) إلى (219) منه بالإضافة إلى نص المادة (31) من قانون التوجيه العقاري¹، التي جاء فيها أن الأملاك الوقفية هي الأملاك التي حبسها مالكها بمحض إرادته ، لجعل التمتع بها دائما تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عام أو مسجد أو مدرسة أو مدرسة قرآنية سواء كان التمتع فوريا أو عند وفاة الموصي لهم الوسطاء الذين يعينهم المالك المذكور. كما أحالت المادة (32) منه على قانون خاص، وفعلا صدر هذا القانون تحت رقم 91-10 بتاريخ 27 أفريل 1991 يتعلق بالأوقاف والذي عرف من خلال المادة الرابعة منه الوقف بما يلي: " الوقف عقد تبرعي صادر عن إرادة منفردة ".

ونصت المادة (32) من هذا القانون على حق الدائنين في طلب إبطال الوقف في مرض الموت إذا كان الدين يستغرق جميع أمواله، ولكنه لم يتضمن أي حكم يتعلق بالورثة لكن الرجوع إلى قانون الأسرة نجد نص المادة (215) منه تنص على تطبيق أحكام المادتين (204) و(205) منه على الوقف حيث أن المادة (204) من قانون الأسرة على: "الهبة في مرض الموت، والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية "

وعلى هذا الأساس نجد أن المشرع الجزائري قد صنف الوقف ضمن عقود التبرعات، حيث تنتقل بموجبه منفعة المال الموقوف من الواقف إلى الموقوف عليه على وجه التبرع دون مقابل أو عوض، لأن الغاية منه هي التقرب إلى الله تعالى، فالوازع الديني هو الدافع الأساسي لإنشاء الوقف²، وعليه يأخذ الوقف في مرض الموت حكم الهبة في مرض الموت وتسري عليه أحكام الوصية³، وهذا تطبيقا لنص المادة (776) من القانون المدني التي تعتبر الأصل العام

¹ - القانون رقم(90.25) المؤرخ في 18 نوفمبر (1990) المتضمن قانون التوجيه العقاري معدل ومتمم .ج ر .

² - صورية زردوم عمار، النظام القانوني للأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، جامعة باتنة، الجزائر، مذكرة ماجستير، 2010، ص11.

³ - عبد العزيز محمودي، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، الجزائر، د. س. ن، ص53.

حيث جاء من ضمن ما تطرقت إليه: ". مهما كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف..". والتسمية هنا هي الوقف، لذلك يجب اعتبار وقف المريض مرض الموت وصية، وتجري عليه أحكامها المنصوص عليها في قانون الأسرة.

ومما سبق نجد أن الوقف في مرض الموت يأخذ حكم الهبة في مرض الموت وتسري عليه أحكام الوصية، وهو نفس ما ذهب إليه فقهاء الشريعة، وما قضت به المحكمة العليا في قرار لها: "حيث أن المادتين (215) و (204) من قانون الأسرة تنصان على بطلان الحبس في مرض الموت والحالات المخيفة، وأن حالة المُحْبَس (ع م) الذي أقام الحبس موضوع النزاع في أوت 1987 كان يعاني منذ 1985 من مرض خطير لازمه إلى يوم وفاته..."¹ والمحكمة العليا اعتبرت في عدة قرارات لها أن عقد الحبس الذي يحرر بسوء نية، بقصد حرمان الورثة من الميراث يعد باطلا، وهذا حماية للورثة من تصرفات مورثهم الماسة بحقوقهم².

وما يلاحظ على القانون الجزائري أنه لم يشر في قانون الأوقاف إلى حكم المريض مرض الموت للوارث أو لغير الوارث، رغم أنه أشار في المادة (32) منه إلى حكم وقف المريض مرض الموت، وأعطى للدائنين حق إبطاله كلياً وكأن الدين يستغرق جميع أملاكه، والذي يلاحظ على هذه المادة أنها تُخرج وقف مريض الموت من مجال تطبيق حكم المادة (776) من القانون المدني وكذا المادتين (215) و(204) من قانون الأسرة، فيحق للدائنين في هذه الحالة طلب إبطال الوقف كله سواء كان الدين يستغرق جميع الأملاك أم لا، لأن المشرع وضع فرضية مفادها أن الدين كأنه يستغرقها جميعاً، فلا تسري أحكام الوصية، لا في الثلث ولا في أقل منه ولا في أكثر منه.

والملاحظ كذلك على نص المادة (32) أيضاً أنه يحق للدائنين إبطال وقف مريض الموت سواء في أثناء حياته أو بعد وفاته، باعتباره جاء عاماً، وعدم إشارة قانون الأوقاف إلى وقف

¹ - قرار رقم 96675، غرف الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، في 1993/11/23، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 302.

² - قرار رقم 230617، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، بتاريخ 1991/11/16، عدد خاص، 2001، ص 311.

المريض مرض الموت باستثناء الحالة المنصوص عليها في المادة (32) وهذا يرجع إلى الإحالة الضمنية التي بقيت سارية في قانون الأسرة، والتي لم يصدر ما يخالفها أو يلغيها في قانون الأوقاف وكذلك سريان القاعدة العامة الواردة في المادة (776) من القانون المدني وكذلك سريان القواعد الواردة في الشريعة الإسلامية .

خاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات والصلاة والسلام على نبينا المبعوث رحمة للعالمين

وبعد:

فإنه وبعد هذه الجولة العلمية في رحاب هذه الدراسة أو المذكرة الموسومة ب: " تصرفات المريض مرض الموت، وعلاقتها بمباحث الأحوال الشخصية"، فقد خلصت إلى جملة النتائج والاقتراحات التي يمكن إجمالها فيما يأتي:

أولا – النتائج:

1 – عند تعريفنا لمرض الموت وجدنا عددا كبيرا من تعريفات فقهاء الشريعة الإسلامية وتعريفات أخرى لفقهاء القانون، وبالرغم من أن هذه التعريفات مختلفة في عباراتها وظواهرها، إلا أننا استنتجنا أن المعنى واحد، وهو أن مرض الموت يجب أن يتحقق فيه أمران:

أ – أن يكون مرضا مخوفا يغلب فيه الهلاك.

ب – أن يتصل هذا المرض بالموت فعلا.

كما أوضحنا أن المرض المخوف إذا شفي صاحبه منه، فلا يعتبر مرض موت لأنه لم يتصل بموته، كما أنه يمكن أن يكون متصلا بالموت وتطول مدته أكثر من سنة، ويتصف هذا المرض بالاستقرار ويؤدي إلى اطمئنان صاحبه، فلا يعتبر مرض موت. كما بيّنا أن الاجتهاد القضائي قد التزم بالوصفين السابقين في تعريفه لمرض الموت.

2 – هناك حالات تلحق بالمريض مرض الموت، وتأخذ أحكامه رغم صحة أصحابها، وعدم معاناتهم من المرض، ولكن حصول الخوف فعلا لديهم وتوقع الموت وترقبه هو الذي يجعلهم يأخذون حكم المريض مرض الموت، وتصبح بعض تصرفاتهم التي يقومون بها وهم على تلك الحال غير نافذة بعد الموت.

3 – المريض مرض الموت له أهلية كاملة مثل الصحيح، وعندما يقيد القانون والشريعة الإسلامية تصرفاته، لم يكن ذلك لعدم أهليته أو نقصها، بل سبب ذلك راجع إلى حماية حقوق الورثة والدائنين.

4 – بيتا أن بعض التصرفات التبرعية الصريحة كالهبة والوقف تسري عليها أحكام الوصية كحكم عام نص عليه المشرع في المادة (776) من القانون المدني.

5 – إن وقت اعتبار الوارث، هو وقت وفاة المريض، وليس وقت مرضه، ومنه لا يمكن الطعن في تصرفات المريض مرض الموت إلا بعد وفاته.

6 – إن مريض الموت الذي لا وارث له، ولا دين عليه مستغرقا لكل ماله، له أن يهب أو يوقف أو يوصي بكل ماله أو بعضه لمن يشاء.

7 – كل من هبة ووقف المريض مرض الموت تأخذ حكم الوصية بعد وفاة المريض، ولا تنفذ إلا في الثلث، وإذا جاوزت الثلث تتوقف على إجازة الورثة، إذا كان المتصرف إليه غير وارث، أما إذا كان وارثا فيتوقف على إجازة الورثة سواء كانت أقل من الثلث أم أكثر منه.

8 – زواج المريض مرض الموت جائز وصحيح بشرط الدخول، والتقييد يكون في جانب قيمة الصداق، فتأخذ الزوجة الأقل من الصداق المسمى أو صداق المثل أو الثلث.

9 – طلاق المريض مرض الموت إذا كان رجعيًا وتوفي في العدة فترثه زوجته، لأن الزوجية تعتبر قائمة، أما إذا كانت في عدة الطلاق البائن فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أنها ترثه مادامت في عدتها إذا استمرت أهليتها للإرث، ولا يرثها هو إذا ماتت في العدة، وذهب المالكية

أما بالنسبة للخلع فالمرأة المريضة مرض الموت إذا خلعت زوجها أو طلقها على مال يكون هذا التزاما منها بالعوض وتبرعا منجزا، والتبرعات تأخذ حكم الوصية.

ثانيا - المقترحات:

في ختام هذه المذكرة أقترح ما يأتي:

1 - أن يقوم المشرع الجزائري بتوضيح مفهوم لمرض الموت، ووضع تعريف جامع مانع له، لغلق باب التأويل والتحايل.

2 - نظرا لوجود غموض وعدم وضوح موقف المشرع الجزائري فيما يخص تصرفات المريض مرض الموت خاصة في جانب الأحوال الشخصية، وترك ذلك للاجتهاد القضائي، جعل بعض الاجتهادات تتسم بالتناقض فيما بينها، لذا فإنه يجدر بالمشرع أن يرفع هذا الإشكال من خلال الحكم في المسألة بنص ينهي هذه الحالة.

3 - أن يعمل المشرع الجزائري على وضع إطار قانوني لمرض الموت خاصة في قانون الأسرة، وذلك بتعديل بعض النصوص القانونية وإدراج نصوص أخرى وهذا لإعطاء مرض الموت وتصرفات المريض مرض الموت صياغة قانونية، تتضح من خلالها المعالم التي تسهل عمل القضاء في هذا الموضوع.

وكخلاصة في الأخير ندعو إلى ضرورة تدخل المشرع في هذا الموضوع حماية لحقوق الورثة والدائنين من تصرفات المريض مرض الموت.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

– القرآن الكريم.

- 1 – البخاري أبو عبد الله محمد ابن إسماعيل، صحيح البخاري، دار الحديث، مصر 2011
- 2 – البكري محمد عزمي، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، دار محمود للنشر، ط5، 1996.
- 3 – الخرشي محمد أبو عبد الله، الخرشي على مختصر خليل، المطبعة الأميرية الكبرى، ط2، د.س.ن.
- 4 – الدار قطني علي بن عمر، سنن الدار قطني، دار الحديث، مصر، 2014.
- 5 – الدسوقي محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، د.س.ن.
- 6 – الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، سوريا، ط4، 2014.
- 7 – السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011.
- 8 – الشافعي محمد بن إدريس، الأم، دار ابن الجوزي، القاهرة، ط4، 2015.
- 9 – الشواربي عبد الحميد، مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه والقانون، منشأة المعارف، مصر، 2001.
- 10 – الشوكاني محمد بن علي، نيل الأوطار، المكتبة التوفيقية، د.ب.ن، 2012.
- 11 – الغرياني الصادق بن عبد الرحمن، مدونة الفقه المالكي وأدلته، دار ابن حزم، لبنان، ط1، 2015.
- 12 – الغندور أحمد، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، مكتبة الفلاح، مصر، ط3، 1985.
- 13 – الكاساني أبو بكر، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، لبنان، ط2، 1986.

- 14- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، 1999.
- 15 - بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج، ديوان المطبوعات الجامعية، ط6، 2010.
- 16 - بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
- 17 - ابن حزم أبو محمد بأحمد، المحلى، ابن الجوزي للنشر والتوزيع، مصر، 2015
- 18 - ابن حنبل محمد بن أحمد، المسند، دار الحديث، مصر، 2012
- 19 - أبو زهرة محمد، الوصية في القانون المدني والشريعة، دار الفكر، القاهرة، 1987.
- 20 - سراج محمد أحمد، أحكام الوصية والأوقاف في الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، مصر 1998.
- 21 - علي محمود السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، الأردن، ط3، 2010.
- 22 - ابن قدامة موفق الدين المقدسي الحنبلي، المغني، دار عالم الكتب، السعودية، ط3، 1997.
- 23 - مالك بن أنس أبو عبد الله، موطأ الإمام مالك، دار البحار، لبنان، 2015.
- 24 - محمودي عبد العزيز، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، الجزائر، د. س. ن.
- 25 - مرسي محمد كامل، الوصية وتصرفات المريض مرض الموت، المطبعة العالمية، القاهرة، 1950.
- 26 - مشعل محمود إسماعيل، أحكام المريض في فقه الأسرة، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، ط1، 2013.
- 27 - ابن منظور جمال الدين، لسان العرب، دار صادر، لبنان، 2005.
- الرسائل الجامعية:**
- 1 - السيد إبراهيم عامر رشا، تصرفات المريض مرض الموت في القانون الجزائري مقارنا بالشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1989.

2 – زردوم صورية عمار، النظام القانوني للأحكام الوقفية في التشريع الجزائري، جامعة باتنة، الجزائر، مذكرة ماجستير، 2010 .

المجلات العلمية:

1 – إياد محمد جاد الحق، هبة المريض مرض الموت في مجلة الأحكام العدلية، مجلة الجامعة الإسلامية، فلسطين، ع2، 2011.

2 – مازن مصباح مصباح، الهبة في مرض الموت، مجلة الجامعة الإسلامية، جامعة الأزهر، فلسطين، ع2، 2011.

المجلات القضائية:

1 – المجلة القضائية، العدد الثالث، 1989.

2 – المجلة القضائية، العدد الثالث، 1992.

3 – المجلة القضائية، عدد خاص، 2001

النصوص القانونية:

1 – القانون 84 – 11 المؤرخ في 09 جويلية 1984 ، المتضمن قانون الأسرة الجزائري معد و متمم، الجريدة الرسمية رقم 15 المؤرخة في 27 فيفري 2005.

2 – القانون 90 – 25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري معدل و متمم، الجريدة الرسمية رقم 49 المؤرخة في 18 نوفمبر 1990.

3 – القانون رقم 91 – 10 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتعلق بالأوقاف ، معدل و متمم، الجريدة الرسمية رقم 83، المؤرخة في 15 ديسمبر 2002.

4 – الأمر 75 – 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، معدل و متمم، الجريدة الرسمية رقم 31 ، المؤرخة في 13 ماي 2007.

المواقع الإلكترونية:

1- <http://avocats-sba.dz/arrets-19.html>.

2- <https://elmouhami.com>.

فهرس الموضوعات

الصفحة	فهرس المحتويات
	إهداء
	شكر وتقدير
أ	مقدمة
08	الفصل الأول: مفهوم مرض الموت.
09	توطئة
10	المبحث الأول: مدلول مرض الموت
11	المطلب الأول: تعريف مرض الموت
11	الفرع الأول: تعريف مرض الموت فقها
13	الفرع الثاني: تعريف مرض الموت قضاءً.
14	المطلب الثاني : شروط مرض الموت.
14	الفرع الأول :العجز عن العمل المعتاد.
15	الفرع الثاني: غلبة الخوف من الموت.
17	الفرع الثالث: أن ينتهي مرض الموت بالموت فعلا خلال مدة معينة.
18	المبحث الثاني: إثبات مرض الموت وأثره على أهلية المريض.
18	المطلب الأول : إثبات مرض الموت .
18	الفرع الأول: الإثبات إذا خلت دعوى الطرفين من البينة.
19	الفرع الثاني: إذا اقترنت دعوى أحدهما بالبينة دون الآخر.
19	الفرع الثالث:الإثبات إذا اقترنت دعوى الطرفين بالبينة.
20	المطلب الثاني: أهلية مريض الموت.
22	الفرع الأول: أسباب تقييد تصرفات المريض مرض الموت.
23	الفرع الثاني: الحالات التي تأخذ حكم المريض مرض الموت.
23	أولا: حالة الحرب والقتال.
24	ثانيا : حالة من قدم ليقتل.

24	ثالثا: حالة المرأة الحامل إذا أثقلت.
26	الفصل الثاني: أحكام تصرفات المريض مرض الموت في مسائل الأحوال الشخصية
27	توطئة
28	المبحث الأول: أحكام تصرفات المريض مرض الموت في الزواج وانحلاله.
28	المطلب الأول: أحكام تصرفات المريض مرض الموت في الزواج.
32	المطلب الثاني: أحكام تصرفات المريض مرض الموت في الإقرار بنسب أو بنوة
35	المطلب الثالث: أحكام تصرفات المريض مرض الموت في الطلاق.
40	المبحث الثاني: أحكام تصرفات المريض مرض الموت في عقود التبرعات.
41	المطلب الأول: أحكام تصرفات المريض مرض الموت في الوصية.
44	المطلب الثاني: أحكام تصرفات المريض مرض الموت في الهبة
48	المطلب الثالث: أحكام تصرفات المريض مرض الموت في الوقف.
53	الخاتمة
57	قائمة المصادر والمراجع
61	فهرس الموضوعات