

جامعة زيان عاشور

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

الوصية والوقف عند مرض الموت

مذكرة نهاية الدراسة لإستكمال متطلبات شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: قانون عقاري

إشراف الأستاذ:

د/ عمران محمد

إعداد الطالب:

بن دنيدينة البشير

أعضاء اللجنة المناقشة

رئيسا

الأستاذ قيزي لخضر

مشرفا و مقرا

الأستاذ الدكتور عمران محمد

عضوا

الأستاذ بن يحي أبو بكر الصديق

السنة الجامعية: 2015/2014

قال الله تعالى :

إِنَّمَا يَخْشَى اللَّهَ مِنْ عِبَادِهِ الْعُلَمَاءُ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ غَفُورٌ

فاطر/28

إهداء

أهدي هذا العمل:

إلى من قرن الله عبادته بالإحسان إليهما والداي الكريمين حفظهم الله.

إلى أختي الغالية آية أشواق.

بن دنيدينة البشير

شكر

كل الشكر والتقدير للأستاذ الدكتور "عمران محمد" على إشرافه على هذا العمل.
وعلى نصحه وتوجيهه.

وكل الشكر والتقدير للأستاذ قيزي لخضر والأستاذ بن يحي أبو بكر الصديق على
قبولهم مناقشة هذا العمل.

بن دنيدينة البشير

مقدمة:

تتجه إرادة الإنسان من خلال تصرفاته المالية إلى إحداث أثر قانوني معين، والإرادة جوهر كل تصرف فلهذا اشترط القانون خلوها من أي عيب قد يؤثر فيها مما قد يترتب عنه آثار وخيمة، والتصرفات التي يقوم بها الإنسان إزاء أمواله قد تكون تصرفات بعوض كالبيع مثلا والتي يتلقى فيها كلا المتعاقدين عوضا لما أعطاه، وقد تكون هذه التصرفات تبرعية والتي يعطي فيها أحد المتعاقدين شيئا دون أن يأخذ عوضا عن ذلك، والتصرفات التبرعية نوعان تصرف تبرعي صادر من جانبين كعقد الهبة والذي ينعقد بتوافق إرادتي الواهب والموهوب له، وتصرف تبرعي صادر بإرادة منفردة كالوصية التي تنعقد بإرادة الموصي وحده، والوقف الذي يتم بإرادة الواقف¹.

والأصل أن الإنسان البالغ مؤهل للتصرف في أمواله بكامل حريته واختياره، فله في ذلك أن يتصرف كيفما شاء في أمواله سواء كانت تصرفات بعوض أو كانت على سبيل التبرع، وليس لأي أحد حال حياته أن يتدخل أو يعترض على تصرفاته على اعتبار أنه أكثر من غيره في تقدير أموره المالية وأكثر حرصا على أمواله من غيره.

غير أن الإنسان البالغ العاقل لا يبقى في حال واحدة، فهو دائر بين الصحة والمرض، فقد تضيع أمواله بين التبذير والإسراف في الإنفاق فيحجر عليه للسفاهة فيه، فالإنسان قد يمنع من التصرف في أمواله لتأثره بعراض من عوارض الأهلية.

ولما كان الإنسان على هذا الحال كانت تصرفاته التي يقوم بها في حال صحته تختلف في أحكامها عن تلك التصرفات التي يقوم بها في حال المرض، ولعل من أهم الحالات التي خصتها الشريعة الإسلامية الغراء بأحكام خاصة هي حالة مرض الموت، وهو المرض الذي ينتهي بالموت فعلا، و لو لم يكن بسببه، ويغلب على الظن الهلاك معه، ويكون من شأنه أن يميت، والعبرة فيه بالحالة النفسية وهي شعور المريض فيه بدنو أجله، فالمرض يكون دافعا لقيام المريض بتصرفات في ملكه عند ما يشهد به المرض، الأمر الذي قد يؤدي إلى إلحاق الضرر بالورثة من خلال المساس بحقوقهم، حيث يتعلق حق الورثة بأموال المورث منذ بداية المرض، وقد يؤدي المرض إلى المساس بحقوق دائنيه باعتبارهم أصحاب حقوق متعلقة بأموال

¹ - شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية الهبة، الوصية، الوقف، الجزائر، 2012، ص 9

المريض، ومن هذا المنطلق وجب توفير حماية قانونية لحقوق الورثة والدائنين وهذا من خلال تقييد تصرفات المريض مرض الموت، وهذا التقييد لا يعود لنقص في أهلية المريض ولا لعب فيها وإنما يعود للحد من تصرفاته في مرضه¹، وتعد أحكام المريض مرض الموت متأصلة في الشريعة الإسلامية، وقد استمد المشرع الجزائري أحكامه منها من خلال القانون المدني وقانون الأسرة .

- إشكالية البحث:

سنعرض لموضوعنا بالتفصيل والتحليل من خلال الإجابة على الإشكالية التالية: ما حكم الوصية والوقف عند مرض الموت؟ و الإجابة على هذه الإشكالية تقتضي منا الإجابة أولاً عن إشكالية أخرى وهي: ما مفهوم مرض الموت؟ وما هي شروطه؟

- المنهج المتبع:

استناداً إلى الموضوع محل الدراسة فإننا اخترنا المنهج الوصفي التحليلي فيما يتعلق بمفهوم مرض الموت وكذا تحليل آراء أئمة المذاهب الأربعة ، وكذلك تحليل ما ورد في قانون الأسرة والقانون المدني فيما يتعلق بحكم تصرفات المريض مرض الموت.

- أسباب اختيار الموضوع: كان لهذا الاختيار أسبابه ودوافعه نذكر منها:

- لاتصال هذا الموضوع بواقع الناس، فكثيراً ما يتصرف المورث في أمواله في مرض موته، مما قد يؤثر سلباً على الورثة أو من له مصلحة من ذلك.

- تبيين الأهداف السامية التي ترمي إليها الشريعة الإسلامية في أحكامها السديدة من خلال موازنتها العادلة بين مصلحة المورث المريض من جهة وبين مصلحة الورثة والدائنين من جهة أخرى.

- تبيان أحكام تصرفات المريض مرض الموت، ومدى نفاذها في حق الورثة والدائنين.

¹ - سري زيد الكيلاني، حجية إقرار المريض مرض الموت بالحق المالي في الفقه الإسلامي والقانون الأردني، دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 37، العدد 1، 2010، ص 28.

- أهمية الموضوع:

الوصية والوقف من العقود التبرعية والتي ترتبط بتحقيق هدف تعبدى من خلال التقرب إلى الله سبحانه وتعالى، ولأن الوصية و الوقف في مجال موضوع بحثنا تصدران في مرض الموت، فإنه كان لازماً علينا أن نبين حكمهما في هذا المقام، وهذا لما قد يترتب عنهما من إلحاق الضرر بالورثة أو الدائنين ولذلك كان لهذا الموضوع أهمية بالغة، وذلك من خلال التعرض لحكم الوصية والوقف عند مرض الموت وتبيان خطورة المرحلة التي صدر فيها هذان التصرفان ومدى انعكاسها على الغير.

- أهداف الموضوع:

- تحديد المعنى العام لمرض الموت.
- التطرق للحكم العام للتصرفات المريض مرض الموت
- تحديد حكم التصرفات التبرعية الصادرة بإرادة منفردة (الوصية و الوقف).
- وضع هذا الجهد وإن قل، في متناول الراغبين في الإطلاع على هذا الموضوع من زملائنا الطلبة.

- خطة البحث:

تأسيساً على ما سبق وللإجابة على إشكالية البحث رأينا أن نقسم البحث إلى فصلين:
الفصل الأول تطرقنا فيه إلى ماهية مرض الموت والشروط اللازمة لوقوعه كما قمنا بتحديد الحالات التي تدخل في حكمه، وما مدى تأثير مرض الموت في أهلية المريض وكيفية إثبات المرض، أما الفصل الثاني فعمدنا فيه إلى تحديد حكم الوصية والوقف عند مرض الموت، وفي الأخير قدمنا الخاتمة التي هي عبارة عن خلاصة عامة حول البحث و موجزا لأهم النتائج المتوصل إليها.

الفصل الأول : ماهية مرض الموت

الموت هو اللحظة الحاسمة القاسية التي يغادر فيها الإنسان الدنيا ويستقبل الآخرة لقوله تعالى: ﴿الَّذِي خَلَقَ الْمَوْتَ وَالْحَيَاةَ لِيَبْلُوَكُمْ أَيُّكُمْ أَحْسَنُ عَمَلًا﴾¹ وتقدم لفظ الموت على الحياة في الآية الكريمة هو لأنه أهيب في النفوس وأفزع، وكذا لذكره والاستعداد له وللإشعار بأن الموت هو بدء الحياة الحقّة العليا

2
لا الحياة الدنيا .

ولما كان الموت أمر حتمي لا مفر منه، كان الأحرى بالإنسان المسلم أن يسارع في فعل الخيرات من أعمال البر و الخير المتنوعة وما أكثرها في ديننا الحنيف، وغالبا ما يسبق الموت مرض الموت الذي يشعر الإنسان من جرائه بدنو أجله مما يضطره لاستباق فعل الخيرات، فيقف الأوقاف ويتصدق بالصدقات طلبا لمرضات الله عز وجل، دون أن يراعي من له حق في أمواله من ورثة ودائنين.

ومن خلال هذا الفصل سنتطرق إلى مفهوم مرض الموت (المبحث الأول)، ومدى تأثيره في أهلية المريض، وكيفية إثباته (المبحث الثاني).

¹ - سورة الملك، الآية 2.

² - بلحاج العربي بن احمد، الأحكام الشرعية والطبية للمتوفى في الفقه الإسلامي، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد 42، السنة 11، ص3.

المبحث الأول : مفهوم مرض الموت

قبل الولوج في تحليل أي موضوع لا بد من التطرق أولا لمفهومه، وهذا من باب معرفة الشيء، وعليه سنتطرق من خلال هذا المبحث إلى معنى مرض الموت لرفع اللبس عنه و الشروط التي يجب توافرها فيه (المطلب الأول) كما سنتعرض إلى الحالات التي يمكن أن تأخذ حكم مرض الموت (المطلب الثالث) .

المطلب الأول : تعريف مرض الموت

لم يعطي المشرع الجزائري تعريفا لمرض الموت مكتفيا ببيان القواعد العامة التي تحكم تصرفات المريض مرض الموت وكان شأنه في ذلك شأن اغلب التشريعات العربية، إلا أنه وبالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني الجزائري وبالضبط المادة الأولى في فقرتها الثانية¹، نجدها تحيلنا إلى مبادئ الشريعة الإسلامية باعتبارها ثاني مصدر للتشريع فيما لا نص فيه، وبالتالي سنعود في تعريفنا لمرض الموت إلى الفقه الإسلامي.

و إن بيان مقصود مرض الموت يقتضي منا الوقوف على المعنى اللغوي له ، ومن ثم نورد التعريف الاصطلاحي لمرض الموت فقها وقضاء و تشريعا (الفرع الأول)، كما سنتعرض لشروط مرض الموت (الفرع الثاني).

الفرع الأول : تعريف مرض الموت لغة واصطلاحا

أولا: التعريف اللغوي

هذه العبارة التي نحن بصدد إيضاح معناها تتكون من كلمتين مركبتين هما : مرض و موت، وسنتطرق إلى تبيان معنى كل كلمة على حد .

1- المرض: و المرض مرضان : مرض جسمي و مرض حسي أو معنوي، فالمرض الجسمي عرفه ابن القيم الجوزية فقال : (هو خروج البدن عن اعتداله الطبيعي، لفساد يعرض له، يفسد به إدراكه و حركته

¹ - قانون رقم 75 / 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل و المتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جويلية 2005.

الطبيعية)¹ ، ويعرفه غيره (هو حالة غير طبيعية في بدن الإنسان تكون بسببها الأفعال الطبيعية والنفسانية والحيوانية غير سليمة)²، وعُرِفَ أيضا (بأنه حالة للبدن خارجة عن المجرى الطبيعي)³.

وقال بعضهم: (المرض هو ما يعتري الأجسام الحية من خلل أو نقص تخرج به حالة اعتداله العادية، قليلا أو كثيرا، وقد ينتهي به الأمر القضاء على الحياة)⁴، كما عرفه الشريف الجرجاني فقال: (إن المرض في ذاته هو ما يعرض للبدن فيخرجه من الاعتدال الخاص)⁵.

أما المرض الحسي أو السلوكي، فهو المعبر عنه بالردائل من جهل ونفاق وبخل وخلافها، نحو قوله تعالى :
"في قلوبهم مرض" (البقرة: ١٠) ⁶.

و من جملة التعريفات التي أوردناه تباعا نصل إلى أن المرض هو السقم، وهو نقيض الصحة، أو هو خروج الجسم عن حالة الاعتدال التي تعمل فيها أعضاء البدن بوظائفها المعتادة، والأمراض بالإجمال توقع المريض بحالة من الضعف و الإرهاق الجسدي.⁷

2- الموت :

للموت تعريفات عدة، إلا أننا سنكتفي بإيراد أشهر هذه التعريفات، فالموت لغة هو السكون، وكل ما سكن فقد مات⁸، وهو أيضا ما لا روح فيه⁹. والموت والحياة نقيضان، لا يجتمعان في آن واحد، لأن الموت صفة وجودية خلقت ضد الحياة¹⁰، يزول به قوة الإحساس والنماء والتعقل¹¹، فهو مفارقة الروح

¹ - الإمام ابن القيم الجوزية، إغاثة اللهفان من مصاديد الشيطان، تحقيق مجدي فتحي السيد، دار الحديث، القاهرة، 2009، ص 18

² - محمد أمين المعروف بأمر شاه، تيسر التحرير، ص 277، مطبعة الحلبي، 1350هـ، نقلا عن محمود إسماعيل مشعل، احكام المريض في فقه الأسرة، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط1، 2013، ص 25.

³ - علي بن محمد البزدوي، كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام، طبعة اسطنبول، 1307 هـ، ص 142 .

⁴ - احمد إبراهيم، الوصية وبيان أحكامها في الشريعة الإسلامية، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، 1942، ص 197 .

⁵ - الشريف علي الجرجاني، التعريفات، تحقيق إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، ط1، بيروت، 1985، ص 216 .

⁶ - محمد احمد البديرات، مدى اعتبار الأيدز مرض موت، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مج 22، العدد الأول، 2006، ص 62

⁷ - محمود إسماعيل مشعل، أحكام المريض في فقه الأسرة، مكتبة الوفاء القانونية، ط1، الإسكندرية، 2013، ص 25 .

⁸ - الشريف الجرجاني، مرجع سابق، ص 44

⁹ - أبو الحسن بن احمد زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، مج5، دار الفكر لطباعة، د.ب.ن، د.س.ن، ص 283

¹⁰ - الرازي، مختار الصحاح، ص 29، نقلا عن بلحاج العربي بن احمد، الأحكام الشرعية والطبية للمتوفى في الفقه الإسلامي، مجلة البحوث الفقهية

المعاصرة، العدد 42، السنة 11، ص 8-160

¹¹ - علي البزدوي، كشف الأسرار، مرجع سابق، ص 313 .

البدن لعدم صلاحية البدن لاحتوائها. كما قد جاء تعريف الموت في معجم مقاييس اللغة لابن فارس بأنه : " خلاف الحياة بما يدل على ذهاب القوة من الشيء"¹

ومعنى الموت شرعا هو خروج الروح من الجسد، أو مفارقة الحياة للإنسان مفارقة تامة، بحيث تتوقف كل الأعضاء بعدها توقفاً تاماً عن أداء وظائفها، والذي يحدد ذلك هم الأطباء².

والموت في القرآن الكريم له عدة معان: فمن الموت ما هو إزالة القوة النامية الحية الموجودة في الإنسان والحيوان والنبات، ومنه قوله تعالى: ﴿لِذُنُوبِهِمْ لَمَّا هُمْ كَافِرِينَ﴾³، والموت هو زوال القوة الحسية، ومنه قوله سبحانه: ﴿وَلَوْ تَقَوَّلَ الْإِنْسَانُ أَ إِذَا مَاتُ لَسَفَّ أُخْرَجَ حَيًّا﴾⁴،. والموت هو زوال القوة العاقلة، ومنه قوله جل وعلا: ﴿إِنَّكَ لَا تَسْمَعُ الْوَتَى﴾⁵.

بعد أن تعرضنا للمعنى اللغوي لمرض الموت ، سنتعرض في الفرع الثاني إلى المعنى الاصطلاحي لمرض الموت وهو ما نحن بصددده .

ثانيا :التعريف الاصطلاحي

1- المذاهب الفقهية الإسلامية:

تعددت تعريفات مرض الموت وتنوعت لدى الفقهاء بتنوع مذاهبهم الفقهية، إلا أن الملاحظ ليجد أن اختلافهم هذا إنما اختلاف في وصف الأمارات الظاهرة لمرض الموت لا في جوهره، وهذا ما سيأتي بيانه:

- قول الحنفية في مرض الموت :

يعتقد الحنفية بأن مرض الموت هو المرض المخوف، الذي يغلب فيه الهلاك عادة أو يكثر، وإن لم يكن الموت بسببه⁶، والحنفية يضعون لمرض الموت أمارات و أوصاف ظاهرة، فالمرض في نظرهم كمن لا يرجى

¹ - أبو الحسن زكريا، مرجع سابق، ص283 .

² - دار الإفتاء المصرية، جلسة رقم 8، للدورة 33، بتاريخ 23 أبريل 1997م، نقلا عن بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 4 .

³ - سورة الفرقان، الآية 49.

⁴ - سورة الروم، الآية 50 .

⁵ - سورة مريم، الآية 23 .

⁶ - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق علي محمد عوض وعادل احمد عبد الموجود، ج7، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.س.ن، ص224.

برائه بالتداوي، ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجا عن داره إن كان من الذكور، كعجزه التام عن إتيان المصالح القريبة العادية المألوفة، فلو كان محترفا بحرفة شاقّة كالحمال والدّقاق والحديد والنّجار ونحو ذلك ممّا لا يمكن إقامته مع أدنى عجز أو مرض، مع قدرته على الخروج إلى المسجد والسوق لا يكون في مرض الموت، إذ لا يشترط في هؤلاء العجز عن العمل في حرفتهم ليعتبروا في مرض الموت، بل عن مثل ما يعجز عنه صاحب الحرفة العادية¹، وعن رؤية مصالحه داخل بيته إن كان من الإناث¹، كأن تعجز المرأة عن القيام بالأعمال المنزلية المعتادة، على اعتبار أن هذا هو العمل الذي تزاوله، وموت المريض على ذلك الحال قبل مرور سنة، سواء كان صاحب فراش أو لم يكن، هذا ما لم يشتدّ مرضه ويتغيّر حاله، فيعتبر ابتداء السّنة من تاريخ الاشتداد، ومن أماراته أيضا أن المريض هالك لا محالة سواء كان سبب هلاكه مرض اتصل به أو أي سبب آخر خارج عن المرض كقتل أو غرق أو حرق أو غير ذلك².

مناقشة قول الحنفية :

من الملاحظ أن تعريف الحنفية لمرض الموت اقتصر على ذكر الظواهر التي تصاحب مرض الموت، إلا أن في قولهم نظر، على اعتبار أن الظواهر والأمارات التي وضعوها في تعريفهم لمرض الموت قد نجدّها كذلك في الأمراض العادية .

- قول جمهور الفقهاء في مرض الموت :

أ- مرض الموت في نظر المالكية : يرى المالكية بأن مرض الموت هو المرض الذي حكم أهل الطب بكثرة الموت به، والمقصود بكثرة الموت فيه أي لا يتعجب منه لشيوعه بين الناس³، واسند الأمر لأهل الطب، لأنهم على خبرة و دراية وتجربة و معرفة.

¹ - محمد علي بن الرحمن الحصفكي، الدار المختار، شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، تحقيق عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، لبنان، 2002، ص226.

² - محمد علي بن الرحمن الحصفكي، نفس المرجع، ص226..

³ - أبي الحسن علي بن عبد السلام، البهجة في شرح التحفة، ج2، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، لبنان، 1998، ص394.

ب- مرض الموت في نظر الشافعية : مرض الموت عند الشافعية هو المرض الذي لا تطول به الحياة، وقيل هو كل ما اتصل به الموت، وكان ذاك الموت باعثا للإقبال المريض على أعمال البر والخير، وقال الإمام الشافعي : " كل مرض الأغلب منه الموت مخوفا" .

وقال النووي: " المرض المخوف والمخيف : هو الذي يخاف منه الموت، لكثرة من يموت به، فمن قال : مخوف قال : لأذّه يخاف منه الموت ،ومن قال : مخيف لأذّه يخيف من رآه¹ " .

ج- مرض الموت في نظر الحنابلة: مرض الموت عندهم هو المرض الذي يكثر حصول الموت منه²، وليس المراد بالكثرة أن يغلب على الظن الموت منه، أو يتساوى في الظن جانب البقاء والموت بسببه، وإنما أن يكون سببا صالحا للموت فيضاف إليه ويجوز حدوثه عنده، وقد اشترط الحنابلة لتحقق مرض الموت شرطين هما: وقوع الموت فعلا، وأن يكون مخوفا³، وهذا الرأي يتوافق مع ما ذهب إليه المالكية والشافعية .

مناقشة قول الجمهور :

وضع كل من الشافعية والحنابلة ضابطا في تعريفهم لمرض الموت، وهو أن يكون الموت متصلا بالمرض غالبا، أما فقهاء المالكية فلم يسموا المرض بمرض موت إلا بناء على حكم الطبيب⁴، لأن ذلك يتعلّق به حقّ الوارث وأهل العطايا .

2- قضاء:

لم تنتهي الاجتهادات القضائية في المحاكم الجزائرية من خلال الأحكام والقرارات الصادرة عنها في القضايا ذات الصلة بمرض الموت إلى وضع تعريف لمرض الموت، بل اكتفت بذكر الشروط التي لا بد من توافرها في مرض الموت وهي على حد قوله :

¹ - الإمام أبي زكريا محي الدين شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ط3، د.ن، لبنان، 1991، ص124.

² - أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية، تحقيق عبد الرحمن قاسم، مكتبة ابن تيمية، د.ب.ن، د.س.ن، ص191

³ - محمد احمد البديرات، مرجع سابق، ص63.

⁴ - مازن مصباح مصباح، الهيئة في مرض الموت، دراسة فقهية مقارنة، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإسلامية)، مج19، العدد 2، 2011، ص670، نقلا عن دالي فتيحة، تصرفات المريض مرض الموت، جامعة أكلي محمد اولحاج، البويرة، الجزائر 2013، ص15.

- أن يكون هو المرض الذي توفي من جراه ، فلو أبرم تصرفات خلال ذلك المرض، ثم شفي مدة ثم عاوده المرض وتوفي، فلا تكون التصرفات الأولى صادرة في مرض الموت .
- أن يكون خطيرا، ومفاد هذا الشرط هو أن يكون مما يغلب فيه الهلاك .
- أن ينتهي بالموت فعلا .

وهذا ما نجده في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 09 / 07 / 1984 حيث قضت: " من المقرر فقها وقضاء أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا، ويجر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتميزه، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقواعد الفقهية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي السائد"¹.

يؤخذ على هذا التعريف أنه يخرج عن الإطار الذي رسمه فقهاء الشريعة الإسلامية لمرض الموت، من حيث كونه لا يؤثر على أهلية المريض وتميزه .

كما أن المحكمة العليا وفي إحدى قراراتها الصادرة بتاريخ 23/1/1993، لم تأخذ بشرط وفاة المريض خلال سنة²، وحسناً فعلت لأن اشتراط المعيار الزمني المتمثل في أجل سنة واحدة يخص الحالة التي يبقى فيها المرض على وتيرة واحدة دون ازدياد، في حين نجد بعض الأمراض الخطيرة جدا التي تكون نهايتها حتما الموت كمرض فقدان المناعة المكتسبة (الايدز) ، والذي يتطور من سيء إلى أسوأ³.

ومن الملاحظ أن القضاء الجزائري لم يتعرض إلى عنصر فترة حدة المرض والتي جاء بيانها من خلال نص المادة 408 من القانون المدني الجزائري في نصه الفرنسي، في حين أن نص العربي لهاته المادة لم يتطرق إلى هذا الشرط، ويرى الأستاذ علي سليمان أن الشرط الذي جاءت به المادة 408 من القانون

¹ - قرار المحكمة العليا. غرفة الأحوال الشخصية الصادر بتاريخ 09/07/1984 ملف رقم 33719. المجلة القضائية. العدد الثالث 1989 .

² - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 23/11/1993 ، ملف رقم 96670، الاجتهاد القضائي، لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001، ص203.

³ - أحمد البديرات، مرجع سابق، ص 73 .

المدني في نصها الفرنسي لم يشترطه فقهاء الشريعة الإسلامية، بل قيدوا تصرفات المريض مرض الموت من وقت بداية المرض حتى نهايته وإن لم يشهد¹.

ومن تعريفات الاجتهاد القضائي لمرض الموت ما جاءت به محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 1976/01/07، والذي مفاده أن مرض الموت هو المرض الشديد الذي يغلب على الظن موت صاحبه أو بتقدير الأطباء، ويلزمه ذلك المرض حتى الموت، وإن لم يكن معروف من الناس بأنه من العلل المهلكة، فضابط شدته واعتباره مرض موت أن يعجز غير العاجز عن القيام بمصالحه الحقيقية خارج البيت، فيجمع تحقيق العجز وغلبة الهلاك واتصال الموت به .

كما قضت محكمة النقض المصرية على أنه لا يشترط لاعتبار المرض مرض موت أن يؤثر على سلامة إدراك المريض أو ينقص من أهليته².

3- في التشريعات العربية :

جاءت التشريعات المدنية العربية على غرار القانون المدني الجزائري والمصري والعراقي وغيرها، فلم تكن بوضع تعريف لمرض الموت واقتصرت على بيان القواعد العامة التي تحكم تصرفات المريض مرض الموت .

عرفت مجلة الأحكام العدلية مرض الموت من خلال نص المادة 1595 بأنه: "الذي يخاف فيه الموت في الأكثر الذي يعجز المريض عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره إن كان من الذكور، ويعجزه عن رؤية المصالح الداخلة في داره إن كان من الإناث، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة... صاحب فراش كان أو لم يكن..."³

هذا التعريف يعكس فكر ما ذهب إليه الحنفية في تعريفهم لمرض الموت، لكن العبرة هي في أن يتوافر في المرض أمران هما : غلبة الهلاك عادة، والموت فعلا متصلا به.

¹ - علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص220، نقلا عن دالي فتيحة، مرجع سابق . ص19.

² - طعن رقم 15 لسنة 1940، ق الأحوال الشخصية، جلسة 1976/01/07، مجموعة المكتب الفني، ص146.

³ - سري زيد الكيلاني، حجية إقرار المريض مرض الموت بالحق المالي في الفقه الإسلامي والقانون الأردني، دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 37، العدد1، 2010، ص26.

وقد تميز القانون المدني الأردني على التشريعات العربية ووضع تعريفا لمرض الموت، حيث نص في المادة (543) منه على أن: "مرض الموت هو المرض الذي يعجز فيه الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة ويغلب فيه الهلاك ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة، فإن امتد مرضه وهو على حالة واحدة دون ازدياد سنة أو أكثر تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح. يعتبر في حكم مرض الموت الحالات التي يحيط بالإنسان فيها خطر الموت ويغلب في أمثالها الهلاك ولو لم يكن مريضاً".¹

ويتحصل لدينا من هذا النص أنه إذا استمر المرض على حاله دون زيادة مدة سنة أو أكثر فإن تصرفات المريض مرض الموت تعد بحكم القانون كتصرفات الإنسان الصحيح، ولكن لو استمر المرض أكثر من سنة وهو يزداد لاعتبرت تصرفات هذا الشخص بحكم تصرفات المريض مرض الموت.

الفرع الثاني: الشروط التي يجب توافرها في مرض الموت

بعد أن تطرقنا إلى تعريفات الفقهاء لمرض الموت بشيء من التحليل، وعلى الرغم من اختلافهم من حيث بيان وصفه لأماراته وظواهره، إلا أن الدارس لها ليجد أنهم اتفقوا في جوهره وشروطه وهذا ما سيأتي بيانه :

أولاً: 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 ونحوه، وعليه إذا عجز المريض عن القيام بأعمال مهنته أو حرفته يتوافر هذا الشرط، على أن يكون السبب في ذلك هو المرض وليس سبب آخر، فإذا عجز الشخص عن القيام بأعماله المعتادة بسبب الشيخوخة أو بسبب بتر ساقه أو يده فإن هذا الشرط لا يتحقق. ولا يشترط أن يؤدي العجز عن ممارسة الأعمال المعتادة إلى لزوم الفراش، فقد يعجز الشخص عن مباشرة أعماله

¹ - سري زيد الكيلاني، نفس المرجع، ص 26.

المعتادة ولا يلزم فراشه رغم ذلك، كما لا يعد مريضاً مرض الموت من يعجزه المرض عن مباشرة الشاق من أعمال مهنته لأنه لا يعجز في هذه الحالة عن مباشرة المؤلف من الأعمال¹.

ويتضح من خلال ما تقدم أن تقدير توافر هذا الشرط من عدمه يدخل ضمن السلطة التقديرية للقاضي، والذي بدوره يقضي بتحقيقه إذا وجد أن المريض وصل إلى مرحلة اليأس من الحياة.

ثانياً: غلبة الخوف من الموت:

يشترط 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 عادةً 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 شعوراً بالخوف من الموت القريب².

ويرى بعض من الفقه أن شرط غلبة الخوف من الموت تعني أنه في مرض الموت، حتى وإن كان يباشر أعماله المعتادة، في حين يذهب رأي آخر إلى أن شرط غلبة الخوف من الموت هو الأصل بينما شرط العجز عن مباشرة الأعمال المعتادة ما هو إلا علامة مادية تشعر المريض الذي قد يفتك به³.

وبالتالي فشرط عجز المريض عن قضاء مصالحه شرط غير لازم، بل يكفي شعوره باليأس من الحياة سبب الخوف من الموت، وهذا الشعور يدفعه إلى إبرام التصرفات القانونية التي تضر بالورثة.

كما أن تقدير غلبة الهلاك تعتمد في الأصل على حكم الأطباء، ويكفي أن يكون المرض من الأمراض التي تسبب الموت عادة، كالسلطان، والتليف الكبدي، والفشل الكلوي المزمن.

¹ - إيا محمد جاد الحق، هبة المريض مرض الموت في مجلة الأحكام العدلية، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإسلامية) المجلد التاسع عشر، العدد الثاني، يونيو 2011، ص 518.

² - محمد بن أحمد تقيّة. دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية و القانون المقارن. الديوان الوطني للأشغال التربوية. الجزائر. 2003. ص 114.

³ - أحمد البديرات، مرجع سابق، ص 74.

وإذا كان المرض مما يغلب فيه الهلاك، ولكنه لم يتصل بالموت فعلاً، بل يشفى منه المريض، فإن ما تم فيه من تصرفات يأخذ حكم التصرفات التي تم القيام بها في حال الصحة، ولو كان الواقع أن المريض لم يبرمه إلا لاعتقاده بدنو أجله، لأن حكم تصرفات المريض في مرض الموت إنما شرع لمصلحة الورثة لا لمصلحة المتصرف نفسه، فإذا شفي المريض انتفى حق الورثة في الطعن في تصرفه، والتزم المتصرف بما أبرم من تصرفات حال مرضه، وكذلك إذا مرض الشخص مرضاً انتهى بموته دون أن يكون ذلك المرض مما يغلب فيه الهلاك، فإن مرضه لا يعد مرض موت، ويكون حكم ما أبرمه من تصرفات في أثناء هذا المرض حكم التصرفات المبرمة حال الصحة¹.

ثالثاً: وقوع الموت فعلاً

يشترط في مرض الموت أن يقع الموت فعلاً، وعليه إذا برئ المريض من المرض الذي أعجزه عن مزاولته أعماله المعتادة، وكان يغلب فيه الخوف من الموت، فلا نكون أمام مرض الموت، لأنه لم ينته إلى الموت، وعليه فإن التصرفات الصادرة 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 إذا كان قد أبرم التصرف معتقداً أنه في مرض الموت، حيث يكون التصرف في هذه الحالة قابلاً للإبطال لمصلحته لعيب شاب إرادته وهو عيب الغلط.² ويشترط أن يقع الموت خلال سنة من بدء المرض لكي يعتبر المرض مرض الموت، أما إذا امتد المرض والمريض على حال واحدة دون ازدياد سنة أو أكثر، فإنه لا يعتبر في مرض الموت وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح. وقد نصت مجلة الأحكام العدلية صراحة على حالة ازدياد المرض على المريض، والتي تتمثل غالباً بالحالة التي يكون فيها المرض من الأمراض المزمنة التي تمتد لزمان طويل، ويتعاش معهما المريض ولا يشعر بالخوف من الموت كمرض السكري أو الضغط مثلاً، ومن ثم يشتد عليه المرض ويزداد وينتهي بالموت فعلاً قبل انقضاء سنة من تاريخ اشتداده، ففي هذه الحالة يعتبر المريض في مرض الموت من تاريخ اشتداد المرض عليه وليس قبل ذلك³.

¹ - مازن مصباح مصباح، مرجع سابق، 284.

² - عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (4) - العقود التي تقع على الملكية - البيع والمقايضة، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، سنة 1998، فقرة 176، ص 315، 314.

² - إياض محمد جاد الحق، مرجع سابق، ص522.

³ - إياض محمد جاد عبد الحق، نفس المرجع، ص523.

ولا يشترط أن يقع الموت بسبب المرض لكي يتحقق هذا الشرط، فالمهم هو وقوع الموت سواء بسبب المرض أو بسبب غيره كالقتل أو الغرق أو الحرق... الخ

وهناك رأياً في الفقه يذهب إلى أنه من الصواب عدم تحديد مرض الموت تحديداً حتماً بمدة معينة سواء سنة أو أقل أو أكثر¹، لأن مرض الموت يعتبر من مسائل الواقع التي يستخلصها قاضي الموضوع مسترشداً بأراء الخبراء، ولا رقابة عليه في ذلك متى بني قضاؤه على أسباب سائغة، علاوة على أن تنظيم أحكام معينة للتصرفات التي تصدر عن المريض مرض الموت يهدف إلى حماية الغير والورثة نظراً لتعلق حقوقهم بأموال المريض، فالمريض الذي يشعر بدنو أجله قد يشوب تصرفه مظنة إثارة بعض الورثة على البعض الآخر أو مظنة الإضرار بهم أو بالغير، لذلك لم يجعل المشرع تصرفه كتصرف الصحيح، وهذا يحدث سواء كان المرض لسنة أو لأقل أو لأكثر².

المطلب الثاني: حالات التي تدخل في حكم المريض مرض الموت

هناك حالات قال بها الفقهاء يعتبر الشخص الصحيح فيها، في حكم المريض مرض الموت، و التي يحيط بالإنسان فيها خطر الموت ويغلب في أمثالها الهلاك ولو لم يكن مريضاً، و هذه الحالات قسمها البعض إلى حالات خاصة (الفرع الأول) و حالات عامة (الفرع الثاني) وستعرض لها بشيء من التحليل في هذا المطلب:

الفرع الأول: الحالات الخاصة: وهي حالات تقتصر على الإنسان في ذاته لا تتعداه، وهذا ما سيأتي بيانه:

أولاً : حالة التأهب للقتال في الجيش

إن التحام الجيشان في القتال يأخذ فيه المقاتل حكم المريض مرض الموت³، وقد برر الفقهاء إلحاقهم المقاتل في المعركة بالمريض مرض الموت بقوله: (إن توقع التلف ها هنا كتوقع المرض أو أكثر، فوجب أن

² - إيراد جاد عبد الحق، مرجع سابق، ص 523.

³ - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، مرجع سابق، ص 224.

يلحق به، ولأن المرض إنما جعل مخوفاً لخوف صاحبه، وهذا كذلك¹، وقد جاء في الفتاوى الهندية أنه: (إذا كان بصف القتال فحكمه حكم الصحيح وإذا خرج ليقتل فحكمه في تلك الحالة حكم المريض، ولو كان في مبارزة مع آخر فحكمه حكم المريض ولو عاد بعد القتال إلى المعسكر أو مدينته أو بيته أو عقب انتهاء المبارزة فحكمه كحكم الذي بريء وشفئ من مرضه)²، فإن الاصطفاً للقتال له وقع كبير على نفوس الرجال لوجود خوف الهلاك والتلف، فإذا قاموا بتصرفات وماتوا بعد ذلك من جراء القتال، فإن تصرفاتهم تأخذ حكم المريض مرض الموت، وإذا عاش بعدها عدت تصرفات صحيحة نافذة، وكذلك حالة الخارج للمبارزة فإن التصرفات التي تصرفها قبل ذلك تعد من قبيل تصرفات المريض مرض الموت.

ثانياً : حالة الحكم بالإعدام :

ينتاب المحكوم عليه بالإعدام حالة من اليأس والخوف لما هو مقبل عليه سواء أريد قتله لقصاص أو لغيره، والشخص الذي يخرج لساحة الإعدام لإماتته وإزهاق روحه يعد مريضاً بمرض الموت وذلك لأن حالته النفسية أو المعنوية في تلك الحالة تكون منهاراً لإقباله على الهلاك، وقد جاء في الفتاوى الهندية أنه لا يعد مريضاً ما لم يحضر إلى ميدان القصاص³، ولا بد هنا من التأكيد على هذا الجانب فالعبرة كل العبرة، بالحالة النفسية للإنسان، فمن كان محكوماً عليه بالإعدام وهو في السجن ينتظر التنفيذ فإن حالته النفسية تكون كحالة المريض مرض الموت فإذا ما صدر عفو عنه من قبل السلطات المختصة فإنه لا يعتبر في حكم المريض مرض الموت بل يعتبر كالمريض الذي برأ من مرضه فلا يكون للورثة في هذه الحالة حق الطعن في التصرف الذي أجراه المتصرف في ذلك الوقت ولكن للمتصرف نفسه أن يطعن في تصرفه ببطالان التصرف أو بالغلط في حالة ما إذا كان المتعاقد الآخر على علم به. وقد جاء في المادة 267 من مجلة الأحكام الشرعية - وهي وفق المذهب الحنبلي - بأنه: (من يخاف عليه الهلاك غالباً كمن خرج من الصف يبارز رجلاً أو قُدم للقتل من قصاص... حكمه حكم المريض الغالب عليه الهلاك).

¹ - محمد أمين بن عمر بن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار، دار الفكر للطباعة والنشر، لبنان، 2000، ص 364.

² - أبو المنظور محي الدين أوزنك، الفتاوى الهندية، المكتبة الإسلامية، مصر، 1315هـ، 157، نقلاً عن سري زيد الكيلاني، مرجع سابق، ص 25.

³ - أبو المنظور محي الدين أوزنك، مرجع سابق، ص 176-177.

ويبدو من هذا النص أن المريض في مثل هذه الأحوال يكون خائفاً ويغلب عليه الهلاك، لذا فإن المحكوم عليه بالسجن لا يعتبر في حكم المريض بمرض الموت لأنه لا يتعرض للهلاك ومن ثم فإن حالته النفسية تكون مستقرة وغير مضطربة ولا يعتبر مريضاً على الإطلاق في مثل هذه الحالة، وبناء على كل ما تقدم فإن المحكوم عليه بالإعدام عندما يساق إلى ساحة الإعدام أو حجرة الإعدام يكون في حكم المريض في ساحة الإعدام ذاتها¹، ولكن في خارج ساحة الإعدام لا يعتبر كذلك أي لا يعتبر مريضاً بمرض الموت في حالة ما إذا صدر عنه عفو من قبل السلطات المختصة أو المعنية، وقد جاء في الفتاوى الهندية: (ومن كان محموساً في السجن ليقتل قصاصاً أو رجماً لا يكون حكمه حكم المريض وإن أُخرج ليقتل فحكمه في تلك الحال حكم المريض بمرض الموت)².

ثالثاً: الحامل إذا أخذها الطلق:

المرأة إذا أخذها الطلق عند الولادة، فإنها تكون بين الموت والحياة، وهذه هي أشد اللحظات، وقد بين الله سبحانه ما تعانيه المرأة التي شرفت على الولادة من خلال قوله الله تعالى عن أم عيسى: فَأَجَاءَهَا الْفَخَّاضُ إِلَى جِذْعِ النَّخْلَةِ قَالَتْ يَا أَيَّتُهَا بَنِي مَثُ قَلْبِي هَذَا وَكُنْتُ نَسِيًّا مَاضِيًّا [مریم: 23]، وتفسير معنى (فأجاءها) أي: ألجأها واضطرها فهذا يدل على عظم ما تعانيه الأم، فمریم عليها السلام على الرغم من أنها أنجبت نبيا لم يهون عليها ذلك اللحظات الصعبة، ومع ذلك تقول أمه: يَا أَيَّتُهَا بَنِي مَثُ قَلْبِي هَذَا وَكُنْتُ نَسِيًّا مَاضِيًّا، وبالتالي فإن الطلق قد تنجو المرأة فيه وقد تهلك، وقد اختلف العلماء في مسألة الحمل والولادة وما بعد الولادة: متى يحكم بكون المرأة في حكم الحالة الخطيرة التي لا يصح فيها تبرعها فيما زاد عن الثلث، فبعض العلماء يقول: إذا حملت المرأة ومضى على حملها ستة أشهر، فإنها تدخل في حكم المريض بمرض الموت، وهي بين السلامة وبين الهلاك، وبعض العلماء يقول: ليست العبرة بتمام الحمل ستة أشهر، وإنما العبرة بابتداء الطلق³.

¹ - منير القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج4، مطبعة العاني، بغداد، 1948م، ص118، نقلا عن سري زيد الكيلاني، مرجع سابق، ص43.

² - أبو المنظور محي الدين أوزنك، مرجع سابق، ص154.

³ - مازن مصباح مصباح، المرجع السابق، ص675.

رابعاً: أحوال الخوف التي تقع في وسائل النقل:

ذكر العلماء في القديم ركوب البحر، فإذا كان البحر ساكناً فلا إشكال والغالب السلامة، وأما إذا هاج البحر وماج وجاءت ريح عاصف، وأصبحوا في حالة الخوف والكرب، فإنهم حينئذ يحكم بكونهم في حكم المريض مرض الموت¹، فلو أن شخصاً في تلك الحالة قال: مالي كله في سبيل الله، أو أوصيت بمالي كله في سبيل الله، أو أوصيت بمالي إلى فلان، أو أعطيت ولدي فلاناً، فحينئذ لا يصح تصرفه في العطية فيما زاد عن الثلث، ولا تصح وصيته لوارث، هذا إذا كان البحر في حالة الهيجان. وأيضاً من الأحوال التي تلتحق بما سبق: إذا تعرض المركوب - كطائرة أو سيارة أو قطار - إذا تعرض إلى حالة من حالات الخوف أو الهلاك الغالبة، فإنها تلتحق بما ذكره العلماء في القديم من كون الإنسان في حكم المريض مرض الموت.

خامساً: المحبوس أو الأسير: عادة ما يكون مصيرهم لدى أعدائهم القتل، وبالتالي فإن حالة الأسير أو المحبوس يتملكها الخوف من الهلاك ويكون في عداد المريض مرض الموت، وبذلك فإن التصرفات التي يقوم بها في تلك الحالة يكون حكمها حكم المريض الموت.²

سادساً: حالة افتراس السبع للشخص:

ذكر في شروح مجلة الأحكام العدلية: "حالة الشخص الذي يفتسه السبع ويكون في فم السبع فهو في حكم المريض مرض الموت"³، فإذا افترسه سبع وبقي في فيه فهو في حكم المريض، أما لو تركه فهو صحيح، ما لم يجرحه جرحاً يخاف منه الهلاك غالباً⁴، وذلك لأنه لو تصرف بأمواله يلحق الضرر بورثته ودائنيه، وبالتالي فإن تصرفه يكون محكوماً عليه بقواعد مرض الموت للحيلولة دون إلحاق الضرر بمن له مصلحة من حق دائن أو وارث.

سابعاً: الأشخاص المرضى بالأمراض المزمنة:

¹ - عبد القادر داودي، مرض الموت وأثره في التصرفات عند المالكية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، الجزائر، 1995.

² - دالي فتيحة، مرجع سابق، ص 28.

³ - منير القاضي، مرجع سابق، ص 120، نقلاً عن سري زيد الكيلاني، مرجع سابق، ص 59.

⁴ - دالي فتيحة، نفس المرجع، ص 28.

الأمراض المزمنة تكاد أن تكون في الخطورة نفسها مع سابقها، فهي تصيب الأعضاء المهمة في الجسد، كالكلية والكبد والطحال، وتخربها وتوقفها عن عملها، وكذا الداء السكري والسلطان وأمراض القلب، فهاته التي هي على سبيل المثال لا الحصر يصعب تحديد صفتها ومظاهره السريرية المبكرة، وغالبا من يصاب بها إن لم يعالج فسيستفحل أمره في الأدوار الأخيرة من المرض، وبالتالي تصل قدرة الجسم إلى درجة الهزال وعدم القدرة على القيام بالأعمال الاعتيادية، وذلك يعود لتعطل الأجهزة الأخرى مما يسبب عنه الموت في النهاية¹.

والجدير بالذكر أن هذه الأمراض لا تعد مرض موت إلا إذا تغير حال المريض واشتد وخيف منه الهلاك، فيكون ذلك مرض موت إذا اتصل بالموت، والعلة هنا تكمن في أن المرض إذا طال ولم يخش منه الموت صار مزمنًا لا قاتلاً، وتعتبر تصرفات المريض في مرضه إذا طال ولم يشتد، كأنها صادرة من صحيح²، فإذا اشتد المرض وخيف منه الموت، كان التصرف في حكم المريض مرض الموت.

الفرع الثاني: الحالات العامة: وهي حالات مرضية تتعدى إلى الغير، ويأخذ فيها أصحابها حكم

المريض مرض الموت إزاء تصرفاتهم وهي كثيرة ومتنوعة و سنسردها على النحو التالي:

الأمراض المعدية:

هناك أمراض معدية، كالأضرار: السل، والجدري، والتهاب الكبد الوبائي، ومرض نقص المناعة المكتسبة ونحوها، فهذه الأمراض تكون في حكم مرض الموت، لأن صاحبها يكون في وضع يغلب فيه الهلاك دون السلامة، ويرجع تقدير غلبة الهلاك إلى أهل الخبرة في المجال الطبي من حيث قوة تأخر المرض وامتداده من عدمه³.

والأمراض المعدية تنتقل من مريض إلى آخر و تختلف طرق ووسائل انتقالها من مرض إلى آخر نذكر منها:

¹ - محمود إسماعيل مشعل، مرجع سابق، ص36.

² - حسني محمود عبد الدائم، مرض الموت وآثاره في عقد البيع، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007، ص17. نقلا عن دالي فييحة ، مرجع سابق، ص35.

³ - محمود إسماعيل مشعل، نفس المرجع ، ص29.

- بواسطة الفم كأمراض الجهاز الهضمي مثل الدوسنتاريا والتيفوئيد.
- بواسطة التنفس كما في أمراض الجهاز التنفسي كالأنفلونزا الرئوي.
- عن طريق الملامسة المباشرة أو غير المباشرة كالجدري والجدام.
- عن طريق الاتصال الجنسي مثل الزهري والسيلان.
- عن طريق وخز الحشرات كالملايا التي تنقلها البعوضة.
- الأمراض الوبائية المعدية: وهي أمراض فتاكة غالباً ما تؤدي إلى موت صاحبها والقاعدة الشرعية في الفقه الإسلامي تقول: "إن الغالب كالمحقق"، وإن أحكام الشريعة تناط بالشيء الغالب، والنادر لا حكم له، والغالب في الأمراض المعدية أنها إذا وقعت في بلد فإنها تنتشر وهي تأخذ حكم المرض المخوف ولو كان الإنسان سالماً منها¹، والأمراض المعدية متعددة سنذكر منها:

- مرض الطاعون:

الطاعون هو نوعٌ من الأمراض التي تنتهي بصاحبها إلى الموت فالإنسان إن مات بالطاعون فإنه نوعٌ من أنواع الشهادة، فالمطعون شهيد، كما أخبر النبي صلى الله عليه وسلم .

وهذا النوع من الوباء ذكر بعض العلماء أنه في هذه العصر الأشبه به مرض (الكوليرا) ، فهذا النوع من المرض يقول بعض العلماء: إنه هو الطاعون، ويحتاج الأمر إلى تحرير والرجوع إلى أهل الخبرة والأطباء.

و هذا المرض إذا أصاب الإنسان فإنه يهلكه، وإذا وقع في بلدٍ وفيه إنسان فالسنة أنه لا يجوز للمسلم أن يدخل بلداً فيه الطاعون، ولا أن يخرج من بلدٍ فيه الطاعون، وقد قال صلى الله عليه وسلم: (إذا وقع بأرض وأنتم فيها فلا تخرجوا منها، وإذا سمعتم به في أرضٍ فلا تدخلوها)، ولما أراد عمر رضي الله عنه دخول الشام لما وقع طاعون عمواس منع بهذا الحديث.

¹ - عبد الحكيم فودة، النظام القانوني لحماية الورثة من الوصايا المستترة، مرض الموت، الاحتفاظ بالحياة، دار المطبوعات الجامعية، مصر 2006، ص34.

- مرض متلازمة فقدان المناعة المكتسبة (الإيدز):

والمقصود هنا بالمناعة المكتسبة أن المناعة ليست وراثية أو ولادية، بل إنها اكتسبت من البيئة التي يعيش فيها الإنسان، ونظراً لأن نقص المناعة هو حالة مكتسبة أكثر منها وراثية فقط اصطلاح على تسمية الظاهرة الجديدة "بنقص المناعة المكتسبة"، التي تعني افتقار الجسم إلى نظام دفاعي متكامل لمقاومة العدوى. أما متلازمة فهي اصطلاح لمجموعة الأمراض التي يعني تجمعها في المصاب أنه يعاني من مرض معين، هو "الإيدز" في هذه الحالة¹.

فمرض الإيدز من أخطر الأمراض المعاصرة التي لم يكتشف لها علاج بعد، وفقاً لتقارير الخبرة الطبية فإن هذا المرض يؤدي إلى الموت خلال مدة أقصاها ثلاث سنوات، ويوجد في الخلايا المدافعة عن الجسم، فتصاب الخلايا بالموت، مما يؤدي إلى أن يصبح الجسم دون مقاومة لأية جراثيم مهاجمة مهما كانت بسيطة².

و"الإيدز" مرض مميت يتحقق فيه الموت دائماً، إذ أن الإصابة بهذا المرض تنذر دائماً بالنهاية المحتومة، وينتهي فعلاً بالوفاة، وعلى ذلك فإنه يعجز المريض عن القيام بأعماله المعتادة من الناحية الفعلية، على الرغم من أن المريض بالإيدز في مراحل الإصابة المبكرة جداً بالفيروس تكون لديه القدروظيفية على متابعة أعماله، غير أن مجرد علمه بإصابته بهذا المرض تضعف كل قدرة لديه في ممارسة أعماله، بل وتعدمها في الغالب من الحالات، إلا أن شرط العجز المنوه عنه، لا يعدو كونه إمارة مادية تدل على استشعار المريض خوف الموت وانقطاع رجاءه من الحياة، ويعنى عنها أية علامة مادية أخرى تنبئ بهذا الشعور³.

¹ - أحمد البديرات، مرجع سابق، ص 54.

² - محمود إسماعيل مشعل، مرجع سابق، ص 37.

³ - أحمد البديرات، مرجع سابق، ص 72، 73.

المبحث الثاني: مدى تأثير مرض الموت في تصرفات وأهلية المريض، وكيفية إثباته

يتعرض الإنسان حال حياته إلى حالات مرضية تؤدي به في نهاية المطاف إلى الحجر عليه كالفقه والجنون، وهذه الحالات تسمى بعوارض الأهلية والتي يمنع فيها الشخص عن التصرف في حقوقه المالية، ومرض الموت يتعرض غالباً له كل إنسان قبيل وفاته، وقد خاض أهل العلم في مسألة تأثيره في الأهلية من حيث اعتباره عارض من عوارض الأهلية التي تفقد الإنسان إدراكه وتمييزه، و من خلال هذا المبحث سنتعرض إلى معرفة مدى تأثير مرض الموت في أهلية المريض مرض الموت (المطلب الأول)، ومن ثم بيان كيفية إثباته (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مدى تأثير مرض الموت في أهلية المريض مرض الموت

المرض بوجه عام ليس له تأثير في أهلية المريض سواء كانت أهلية وجوب أو أهلية أداء، على اعتبار أن المرض نوع من العجز، ولذلك يُلزم المريض بجميع الحقوق سواء ما تعلق منها بحقوق الله تعالى، أو ما تعلق منها بحقوق العباد.

ومرض الموت لا يتنافى مع أهلية الأداء لأن قوامها الذمة والعقل وهما مناط الأحكام¹، ومع أن المرض ليس له تأثير على أهلية الوجوب والأداء، إلا أنه قد يكون عذراً في أداء بعض العبادات على غير الصورة المشروعة في حق الصحيح، كما لو لم يتمكن من أداء الصلاة قائماً أداها جالسا أو على جنب بحسب قدرة استطاعته²، فأثر المرض في التكاليف الشرعية هو التخفيف و التيسير في حق المريض.

ومع أن المرض لا تأثير له على أهلية الوجوب والأداء، إلا أنه يُحكم بأنه مرض موت أي يفضي إلى الموت، ولما كان الموت علة لخلافة الوارث فهو بهذا من أسباب تقييد تصرفات المريض مرض الموت في جانبها المالي، وهذا لما يتعلق به حقوق غيره من ورثة ودائنين، دون تلك المتعلقة بحاجاته الضرورية كأن ينفق من ماله أثناء مرضه على نفسه³.

¹ - ياسر علي محمد التويتي، أفعال المكلف بين منفعة نفسه ومضرة غيره، دار الفوائس، الأردن، 2012، ص19.

² - الجبوري، عوارض الأهلية، عند الأصوليين، ص300، نقلا عن سري زيد الكيلاني، مرجع سابق، ص28.

³ - سري زيد الكيلاني، نفس المرجع، ص28.

ومن الأسباب المؤدية إلى تقييد تصرفات المريض إمكانية تحاييله على أحكام القانون، بإعطائه لتصرف ضار بحق الورثة صيغة قانونية، كأن يصف تصرفه بأنه تصرف منحز كالبيع، رغم أنها تكون في حقيقتها مضافة إلى ما بعد الموت، وهذا ما يعد تحايلا على أحكام القانون¹.

وإن التصرف الصادر في حالة المريض مرض الموت يكون مقيدا، وسبب هذا التقييد لا يرجع إلى عارض من عوارض أهلية المريض ولا لعيب في إرادته، فالمريض لا يفقد أهليته ولا تنتقص، فماداما حيا حافظا لقواه العقلية فإنه يبقى متمتعا بأهليته الكاملة إلى آخر لحظة من حياته، وإنما يرجع تقييد التصرف في مرض الموت إلى تعلق حق الورثة بأموال المريض من وقت المرض لا من وقت الموت فحسب².

وعلى هذا انعقد اتفاق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، على اعتبار أن الحكم العام لتصرفات المريض مرض الموت في القانون الجزائري مستمدة من الفقه الإسلامي، ولهذا اعتبرت في حكم الوصية التصرفات التي تنطوي على تبرعات.

المطلب الثاني: إثبات مرض الموت

إذا ادعى الورثة أو من له مصلحة بأن التصرف الذي قام به المورث كان في مرض الموت، فإن مسألة الإثبات تقع على عاتق من ادعى ذلك، وعلى هذا الأساس سنتعرض من خلال هذا المطلب إلى مسألة إثبات مرض الموت في الفقه الإسلامي باعتباره الأصل في تنظيم الأحكام المتعلقة بمرض الموت (الفرع الأول) ومن ثم التطرق إلى إثبات مرض الموت في القانون الوضعي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إثبات مرض الموت في الفقه الإسلامي

إذا ما تحققت شروط مرض الموت الثلاثة التي سبق لنا بحثها اعتبر واقعة مادية يجوز إثباتها بطرق الإثبات كافة ومنها البينة والقرائن، وأكثر ما يثبت ذلك بالبينة الشخصية (أي الشهود) الدالة على حالة المريض في أواخر أيامه، وبتقصي حياة المريض في أيامه الأخيرة³، وإذا طعن الورثة في تصرفات مورثهم بدعوى صدورها عنه في مرض موته، كأن ادعوا أنه وهب أحد دائنيه أو ورثته ماله أو أبرأ ذمته من مال له عليه،

¹ - زروق عبد الرؤوف، حماية الورثة من الوصايا المستترة، مذكرة التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2006، ص 20.

² - عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 323.

³ - محمد كامل مرسي، الوصية وتصرفات المريض مرض الموت في القانون المصري والقوانين الأجنبية، القاهرة، د.ن، د.س.ن، ص 236.

أو أقر له بمال معين وهو مريض وما أشبه ذلك، ولم يجيزوها وادعى الشخص المتصرف له أن هذه التصرفات وقعت من مورثهم في صحته، فإنه ينبغي التفريق هنا بين ما إذا خلت دعوى كل من الطرفين من البينة، وبين ما إذا اقترنت بالبينة، وبين ما إذا اقترنت دعوى أحدهما بالبينة دون الآخر وهذا ما سيأتي بيانه على النحو الآتي:

أولاً : إذا خلت دعوى كل منهما من البينة :

قالت الحنفية و الحنابلة القول قول مدعي صدورها في المرض؛ لأن حال المرض أقرب من حال الصحة، فما لم يتيقن حال الصحة يحمل على الأقرب ولأن هذه التصرفات من الصفات العارضة فهي حادثة والحادث يضاف إلى أقرب وقت من الحكم الذي يترتب عليه، والأقرب هنا هو المرض المتأخر زمانه عن زمان الصحة، فكان القول قول من يدعي حدوثها في المرض إذ هو الأصل، فإذا أراد مدعي الصحة استحلاف مدعي المرض كان له ذلك¹.

وقيل بأنه : (وإذا مات الرجل، فقالت امرأته : قد كان طلقني ثلاثاً في مرض موته ومات وأنا في العدة، ولي ميراث، وقال الورثة : طلقك في صحته ولا ميراث لك فالقول لها ..) .

وذهبت الشافعية إلى أن (القول قول مدعي صدورها في الصحة، لأن الأصل في التصرف السابق من المتوفى أن يعد صادراً في حال صحته، وعلى من يتمسك بصدوره في مرض الموت يقع عبء الإثبات) أي على الورثة أو الدائنين².

ثانياً: إذا اقترنت دعوى كل منهما بالبينة :

ذهبت الحنفية إلى أنه ترجح بينة وقوعها في حال الصحة على بينة وقوعها في المرض، إذ أن الأصل لديهم في الأدلة أن الأصل اعتبار حال المرض، أي افتراض أن سبب الوفاة هو المرض، والمرض حادث والأصل إضافة الحادث إلى اقرب وقت من الحكم الذي يترتب عليه وهذا هو تعليل الرأي عندهم، والأقرب إلى الصواب هو المرض المتأخر زمانه عن الصحة، فلهذا كانت البينة الراجحة بينة من يدعي

¹ - محمد كامل مرسي، نفس المرجع، ص234.

² - أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبي، شوائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، ج2، ط1، مطبعة الآداب ، النجف ، 1969م ، ص26

حدوثها في زمان الصحة، إذ البينات شرعت لإثبات خلاف الأصل. ومن هنا قالوا إذا : (أقر لوارثه ثم مات، واختلف المقر له مع الورثة، فقال : كان في الصحة وصح، والورثة قالوا : كان في المرض، فالقول للورثة، وإن برهننا فبينه المقر له الأولى، وإن لم يكن له بينة، فله أن يحلف الورثة)¹، وقد بين بعض الفقهاء بالقول: (ادعت امرأة أن زوجها طلقها في مرض موته ومات وهي في العدة ولها الميراث، وادعى الورثة أن الطلاق كان في الصحة، فالقول لها، وإن برهننا ووقتنا وقتنا واحدا، فبينه الورثة على طلاقها في الصحة أولى)، وقالت الشافعية: (ترجح بينة وقوعها في مرضه على بينة وقوعها في صحته)

ولعل مما يجدر الإشارة إليه أن مجلة الأحكام العدلية تنص على أنه: (ترجح بينة الصحة على بينة المرض، مثلا : إذا وهب أحد مالا لأحد ورثته ثم مات، وادعى باقي الورثة انه وهبه في مرض موته وادعى الموهوب له انه وهبه في حال صحته، ترجح بينة الموهوب له

ثالثا : إذا اقترنت دعوى أحدهما بالبينة دون الآخر :

لا خلاف بين الفقهاء في هذه الحالة 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.

الفرع الثاني: إثبات مرض الموت في القانون الجزائري

جاء في نص المادة 776 مديني جزائري بخصوص إثبات مرض الموت، بأنه: " على ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر من ورثتهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ولا يحتاج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا."

يتضح من حكم هذا النص أن مرض الموت من الوقائع المادية التي يجوز إثباتها بكل طرق الإثبات، ومنها البينة والقرائن، ويقع عبء الإثبات على عاتق الورثة الطاعنين في تصرف مورثتهم، بأنه قد صدر منه وهو في مرض الموت، وبالتالي فإن تطبيق حكم الفقرة الأولى من المادة 776 مديني جزائري، مشروط بإثبات الورثة للواقعة المادية المتمثلة في صدور التصرف بقصد التبرع من قبل مورثتهم في مرض الموت، وقد سمح

¹ - عبد القادر بن يوسف، واقعات المفتين، ط 1، المطبعة الأميرية ببولاق، القاهرة، د.س، ص 208

القانون للورثة بإثبات هذه الواقعة بجميع وسائل الإثبات¹، على أنه أكثر ما يثبت به التقارير الطبية الدالة على حالة المريض في أواخر أيامه، ومن القرائن التي يمكن الاعتماد عليها في إثبات هذه الواقعة المادية: كأن يكون قد تم تحرير العقد قبل وفاة المورث بأيام قليلة، إلا إذا وجدت دلائل تثبت أن هذا المورث مات فجأة²، كم أن مجرد قرب تاريخ التصرف من الوفاة لا يقطع بأن المتصرف كان مريضا مرض الموت وقت التصرف³، بل على الطاعن أن يثبت بجميع الطرق أن التصرف قد تم في مرض الموت. ومن القرائن التي يعتمد عليها أيضا، أن التصرف حرر قي مرض الموت وأنه تم تسجيل تاريخه قبل الوفاة لمدة قليلة، ثم إعادة تسجيله تماما بعد ذلك ببضعة أيام، لأن تكرار التسجيل بهذه الكيفية يدل على أن التصرف سجل تاريخه عقب صدوره مباشرة ثم سجل بعد ذلك تماما⁴.

ويقع عبء الإثبات على الورثة بما أنهم يحتجون أن التصرف الذي قام به مورثهم كان في حال مرضه الذي مات من جرائه، ولما كان الوارث خلفا عاما لمورثه، فإن هذا يؤدي إلى تقييد الوارث بإثبات التصرف المطعون فيه بما تم بين المورث والمتصرف إليه، غير أن القانون قرر لمصلحة الوارث إثبات الواقعة المادية المتمثلة في مرض الموت دون تاريخ التصرف، وسمح له بكافة وسائل الإثبات بما فيها شهادة الشهود⁵.

وإثبات التاريخ لا يكون إلا بإحدى الطرق التي عينها القانون طبقا لأحكام المادة 328 مدي جزائري، 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 هم عدم صحته وأن التصرف صدر في تاريخ آخر توصلا إلى إثبات أن صدوره كان في مرض الموت⁶.

¹ - محمد بن أحمد تقيية، مرجع سابق، ص 117.

² - دالي فتيحة، مرجع سابق، ص 39.

³ - احمد البديرات، مرجع سابق، ص 87.

⁴ - نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص 17، 18، نقلا عن دالي فتيحة، نفس المرجع، ص 39.

⁵ - دالي فتيحة، مرجع سابق، ص 40.

⁶ - خليل احمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 4، 2005، ص 58.

وكخلاصة لهذا الفصل فإنه وبالرغم من الاختلاف الذي كان حاصلًا بين فقهاء المذاهب الأربعة حول التعريف مرض الموت، إلا أن اختلافهم ذاك كان اختلاف حول أمارات مرض الموت و ظواهره لا في أصل معناه وجوهره، وبالتالي فقد اتفقوا على شروط ثلاث لمرض الموت لا بد من توافرها وهي:

- أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه.

- أن يغلب فيه الموت.

- أن ينتهي بالموت فعلاً.

وعلى القاضي إذا ما توفرت هذه الشروط أن يقدر مدى انطباقها على حال المريض الذي تعرض تصرفاته عليه¹.

كما أن مرض الموت لا ينافي الأهلية، سواء كانت أهلية أداء أو أهلية وجوب، ولذلك تقييد تصرفات المريض مرض الموت لا ترجع إلى نقص في أهليته ولا لعيب في إرادته، وإنما يرجع إلى تعلق حق الورثة والدائنين بأموال المريض من وقت المرض لا من وقت الموت فحسب، وكذلك للحيلولة دون التحايل على القانون.²

¹ - خير الدين فنتازي، عقود التبرع الواردة على الملكية العقارية، الوقف، ج1، دار الزهران للنشر والتوزيع، الاردن، 2013، ص62.

² - سري زيد الكيلاني، المرجع السابق، ص30.

الفصل الثاني: حكم تصرفات التبرع الصادرة بإرادة منفردة في مرض الموت

لما كانت التصرفات التي يقوم بها الشخص في مرض موته مقيدة لخطورة المرحلة التي صدر فيها هذا التصرف، فإن الضرورة الملحة تقتضي إفراد هذه الحالة بحكم يختلف عن تلك التصرفات التي تكون في حال صحته، وهذا ما نجده مقررًا لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، في حين نجد القانون المدني الجزائري وقانون الأسرة تطرقا إلى هذا التقييد بصورة عامة دون تسييب أو تعليل لهذا التقييد، مما يقتضي منا أن نعود في ذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية بموجب المادة الأولى في فقرتها الثانية من القانون المدني الجزائري .

ومن خلال هذا الفصل سنتناول حكم التصرفات التبرعية الصادرة بإرادة منفردة والمتمثلة في الوصية والوقف، وبالتالي سنتعرض لحكم الوصية عند مرض الموت في (المبحث الأول)، ولحكم الوقف الصادر في مرض الموت (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الوصية عند مرض الموت

لقد نظم قانون الأسرة الجزائري¹ الوصية في الفصل الأول من الكتاب الرابع المتعلق "بالتبرعات" في مواده من : 184 إلى 201 . و نص القانون المدني الجزائري عليها ضمن أسباب كسب الملكية في الفصل الثاني من الكتاب الثالث في المواد من : 775 إلى 777 و أحال على قانون الأسرة باعتباره النص الخاص . وستتناول في هذا المبحث مفهوم الوصية من حيث بيان تعريفها وشروطها(المطلب الأول) ومن ثم إثبات الوصية و إمكانية شهرها (المطلب الثاني)، كما سنتعرض للحكم الذي تأخذه الوصية في مرض الموت من حيث تقييد حرية الإيضاء، وأساس هذا التقييد(المطلب الثالث).

المطلب الأول: مفهوم الوصية

تعتبر الوصية من العقود التي تصدر بإرادة منفردة، والوصية من العقود التبرعية والتي تحمل في جوهرها وجهها من وجوه الإحسان والبر، و من خلال هذا المطلب سنتعرض إلى تعريف الوصية لغة واصطلاحاً (الفرع الأول)، ومن ثم بيان أركانها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الوصية

لغة: تطلق الوصية على فعل الموصي وعلى الموصى به من مال أو تصرف².

الاصطلاح الشرعي: هناك تعريفات فقهية كثيرة ومتعددة سنكتفي بذكر أشهرها:

يعرف الحنفية الوصية بأنها: " تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كانت عيناً أو منفعة ". ويعرفها المالكية بأنها: " عقد يوجب حقاً في ثلث عاقده، يلزم بموته أو نيابة عنه بعده ". ويعرفها الشافعية بأنها: " تبرع بحق مضاف ولو تقديراً لما بعد الموت، ويعرفها الحنابلة بأنها: " التبرع بالمال بعد الموت ".

الاصطلاح القانوني: نصت المادة 184 من قانون الأسرة بان الوصية: " تملك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع ".

¹ - قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 جويلية 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

² - نشرة القضاة، وزارة العدل، مديرية التشريع، عدد6، الدار البيضاء، الجزائر، 1976، ص55، أشار إليه خير الدين فنطازي، عقود التبرع الواردة على الملكية العقارية، الوقف، ج1، دار زهران للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2013، ص103.

ومعنى مصطلح تملك الواردة في نص المادة هو الوصية بالأعيان من منقول أو عقار، وكذا الوصية بالمنافع من سكنى دار أو زراعة أرض، وجميع أنواع الوصايا سواء كانت بالمال أو غيره.

والمقصود بعبارة "مضاف إلى ما بعد الموت" أن أثر التصرف الذي تم في حال الحياة لا يترتب إلا بعد الموت.¹

والمراد بكلمة "تبرع" فهو أن الوصية تتم بدون عوض باعتبارها مالا أوجبه الموصي في ماله تطوعا بعد موته، ومن ثم لا يأخذ الموصي مقابلا لوصيته.²

وقد استقر القضاء الجزائري على اعتماد نفس التعريف الذي اعتمده المشرع الجزائري، بحيث قضت المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 02 ماي 1995: (من المقرر قانونا أن الوصية هي تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع).

الفرع الثاني: أركان الوصية

للوصية شروط صحة يتوقف عليها وجودها، وشروط نفاذ يتوقف عليها نفاذ الوصية وترتب آثارها وهي:

أولا: شروط صحة الوصية:

- **الصيغة:** صيغة التصرف هي المعبرة عن إرادة المتصرف، ولها أشكال مختلفة حسب العقود والتصرفات وما قرره الشارع لها من أحكام، والصيغة قد تكون منجزة وهي ما دلت على وجود التصرف ووجود حكمه في الحال، وقد تكون مضافة وهي ما أفادت العقد في الحال، وتختلف حكمه إلى زمن المستقبل، وقد تكون معلقة وهي ما دلت على وجود التصرف مرتبا على وجود شيء آخر سيوجد في المستقبل، ويرى أهل القانون أن الوصية تنعقد عند صدورها من الموصي، وبالتالي لا يحتاج الإيجاب إلى قبول حتى يتحقق إبرامها وإلا كانت عقدا، ولكن الإيجاب يحتاج للقبول لمجرد لزوم الوصية.³

¹ - حمدي باشا عمر، عقود التبرعات: الهيئة، الوصية، الوقف، دار هومة، الجزائر، ص 56.

² - شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية الهيئة، الوصية، الوقف، الجزائر، 2012، ص 180.

³ - حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 67، 68.

- **الموصي:** للموصي شروط لا بد من توافرها، وتختلف أحدها لا تصح من دونه الوصية طبقا للمادة 186 من قانون الأسرة الجزائري وهذه الشروط هي:

- الرضا: يجب أن يتوافر رضا الموصي بالإيضاء، فلا يكون مكرها أو هازلا أو مخطئا .

- أن يكون أهلا للتبرع أي سليم العقل مميزا، فإذا انعدم العقل والتمييز فلا وصية، وبذلك لا تصح وصية المجنون والمعتوه.

كما لا بد أن يكون بالغاً، فلا تصح وصية الصبي غير المميز وهذا ما قضت به المادة 186 من قانون الأسرة " ... بالغاً من العمر تسع عشرة سنة على الأقل"¹.

- **الموصى له:** حتى تصح الوصية لا بد من توافر شروط في الموصى له وهي²:

- أن يكون موجوداً: وهذا عند إنشاء الوصية ويكون إما حقيقة أو حكماً كالحمل مثلاً، وقد تعرضت المادة 187 من قانون الأسرة لمسألة الحمل، فأجازت الإيضاء للحمل شريطة أن يولد حياً، كما نصت على ذلك المادة 25 في فقرتها الثانية من القانون المدني الجزائري.

- أن يكون معلوماً: ألا يكون مجهولاً جهالة لا يمكن رفعها، وأما إذا كان الموصى له مجهولاً كانت الوصية باطلة.

- ألا يكون قاتلاً للموصي: نصت المادة 188 من قانون الأسرة " لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمداً " ويخرج من هذا الحكم القتل الخطأ والشخص الذي يكون في حالة دفاع شرعي.

- أن يكون أهلاً للتملك: إذ لا تصح الوصية لمن ليس أهلاً للتملك، فمن أوصى لحيوان مثلاً، بطلت وصيته على أساس أن الموصى له غير قابل للتملك والاستحقاق.

- ألا يكون الموصى له جهة معصية، فالوصية شرعت لتكون قرينة أو صلة، فإذا كان الموصى له جهة معصية، فإن هذا يحول دون تحقق الغاية من الوصية وهي صلة رحم وإعانة للمحتاجين.

¹ - حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 67، 68.

² - حمدي باشا عمر، نفس المرجع، ص 56، 57، 59.

- **الموصى به:** يسوغ أن تكون الوصية بالأموال المباحة التي يملكها الموصي عينا كان أو منفعة، وهذا ما نصت عنه المادة 90 من قانون الأسرة: " للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة ". وبناء عليه يشترط في محل الوصية ما يلي:

- أن يكون مالا قابلا للتوارث: ويعم هذا الشرط جميع الأموال المباحة التي يجوزها الإنسان حقيقة أو حكما، وكذا الحقوق المالية، أو الملحققة بالمال كم تندرج أيضا المنافع كسكنى الدار وزراعة الأرض وهذا طبقا للمادة 196 من قانون الأسرة.¹

- أن يكون مالا متقوما، ويجب أن يكون مما يباح الانتفاع به، فلا يجوز بأي حال من الأحوال أن يكون الخمر والمخدرات أموال متقومة في الشرع الإسلامي وبالتالي فهي لا تصلح أن تكون موضوعا للوصية شرعا بين المسلمين.²

- أن يكون قابلا للتملك: أي أن يكون مما يجوز تملكه بعقد من عقود الملكية كالبيع، وما لا يقبل التملك لا تنعقد الوصية به.

- أن يكون الموصى به موجودا عند الوصية: وهذا الشرط إذا كان المال معيناً بالذات، كمن يوصي لشخص بسيارته فيجب أن تكون في ملكه عند إنشاء الوصية، لا ملكا لغيره، أما إذا تعلق المال بجزء شائع فيشترط وجوده عند الوفاة.³

ثانيا: شروط نفاذ الوصية: لكي تصبح الوصية نافذة مرتبة لآثارها لا بد من توفر شرطان هما:

1- ألا يكون الموصى به مستغرقا بالدين: أي ألا يكون الموصي مدينا بدين مستغرق لجميع ماله، ولأن الدين مقدم على الوصية باعتباره واجب على كل مسلم والوصية مباحة في حكمها، والواجب في أحكام الفقه مقدم على المباح، وبالتالي تبقى الوصية في هذا الشأن موقوفة على إجازة الورثة وأصحاب الحق الشرعيين، فتصح بالمال المستغرق بالدين في حالتين هما:

- إذا أبرأ الغرماء واستقطوا ديونهم ،

¹ - حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 60.

² - شيخ نسيم، مرجع سابق، ص 209.

³ - حمدي باشا عمر، نفس المرجع ، ص 68.

- إذا أجاز الغرماء إنفاذ الوصية قبل الدين .¹

- ألا يزيد الموصى به عن الثلث: لنفاذ الوصية لا بد أن يكون الموصى به في حدود الثلث إعمالاً لنص المادة 185 من قانون الأسرة: " تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة وكذا الحديث الشريف المشهور الذي روي عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال: " الثلث والثلث كثير " ²

المطلب الثاني: كيفية إثبات الوصية وإمكانية شهرها:

عالج المشرع الجزائري مسألة إثبات الوصية في المادة 191 من قانون الأسرة، وعليه سنتطرق في هذا المطلب إلى الطرق التي أقرها القانون في إثبات الوصية (الفرع الأول)، كما سنتعرض إلى إمكانية شهر الوصية في القانون الجزائري إذا ما كان موضوعها عقار (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: إثبات الوصية

إن المستقر عليه في الشريعة الإسلامية هو الرضائية في العقود و التصرفات عامة، و الوصية باعتبارها تصرفاً قانونياً ينشأ بإرادة منفردة هي إرادة الموصي يمكن إثباتها بجميع طرق الإثبات، كالكتابة و شهادة الشهود... الخ.³

و قد حث الشارع الإسلامي على كتابة الوصية للاحتياط و تيسيراً للإثبات، فعن " ابن عمر " أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال " ما حق امرئ مسلم يبيت ليلتين و له شيء يريد أن يوصي به إلا و وصيته مكتوبة عند رأسه. "

و لقد فصل قانون الأسرة الجزائري في مسألة إثبات الوصية في المادة 191 ولم يجعل لها إلا طريقتين اثنتين:

أولاً: إثباتها بموجب عقد توثيقي:

¹ - حمدي باشا عمر، نفس المرجع ، ص 69.

² - رواه البخاري .

³ - جغوب محفوظ، الوصية بين الشرع والقانون، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2004، ص 123.

الأصل أن الوصية تثبت بموجب عقد تصريحي يحرر من قبل الموثق و هو ما نصت 191 من قانون الأسرة بقوله: "لا تثبت الوصية إلا بتصريح الموصي أمام الموثق و تحرير عقد بذلك."

وعليه على الموثق عند تحريره لهذا العقد أن يراعي جميع الإجراءات و الترتيبات الواجب توافرها فيتم تحرير العقد بحضور مستمر لشاهدي في العقود الاحتفالية هذا وإذا حررت الوصية بوكالة أي بحضور وكيل الموصي، فيجب الانتباه إلى تلك الوكالة بحيث يشترط أن تتوفر فيها نفس الشروط الواجب توافرها في عقد الوصية ذاته و قد سبق توضيح ذلك.¹

و يسجل عقد الوصية بمصلحة التسجيل و الطابع بمفتشية الضرائب برسم ثابت ما دامت عقدا كسائر العقود، وتسلم نسخة منها للموصي و للموصى له إذا كان موجودا.

ثانيا: إثباتها بموجب حكم قضائي:

و هو الاستثناء عن الأصل و قد نصت عليه المادة 191 في فقرتها الثانية من قانون الأسرة بقولها: " و في حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم و يؤشر به على هامش أصل الملكية".

و يمكن تصور هذه الحالة كما لو اتفق الموصي مع الموثق على موعد لتحرير عقد وصية و بحضور شاهدي عدل، و لما كان هذا الأخير في طريقه لإتمام المتفق عليه - تحرير عقد الوصية - تصدمه سيارة فيموت، فهنا بإمكان الموصى له - باعتباره صاحب المصلحة - رفع دعوى قضائية عادية يطلب فيها إثبات هذه الوصية بحكم و له أن يستعين في ذلك بمشروع العقد الموجود بمكتب التوثيق و بالشهود، و عليه خاصة إثبات المانع القاهر الذي حال دون تحرير هذه الوصية في عقد توثيقي لأن هذا هو الأصل، فإذا صدر حكم بإثبات هذه الوصية وصار هذا الحكم نهائيا أشر به على هامش أصل الملكية².

وقد صدر قرار من المحكمة العليا يفيد هذا الشأن تحت رقم 160350 مفاده: " من المقرر قانونا انه تثبت الوصية بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت بحكم ويؤشر على هامش أصل الملكية.

¹ - حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 73.

² - شيخ نسيم، مرجع سابق، 224.

ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم باستبعاد الوصية الشفوية لسبب عدم التصريح بها أمام الموثق طبقوا صحيح القانون".¹

الفرع الثاني : إمكانية شهر الوصية في القانون الجزائري

حسب القانون الجزائري فإن حق الملكية والحقوق العينية الأخرى التي تكون الوصية سببا في اكتسابها لا تخضع لشهر وهذا لانعدام النص الخاص، و كذلك لما قضت به أحكام المادة 16 من الأمر رقم 74 /75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري على أن: (العقود الإرادية أو الاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية)، فهذا النص يقصر عملية الشهر في مجموعة البطاقات العقارية والعقود والاتفاقات التي ترتب حقا عينيا أيا كان دون الوصية باعتبارها تصرفا انفراديا في التركة يضاف إلى ما بعد الموت.²

ولو جاء النص عاما فاستبدل كلمة العقود بمصطلح التصرفات لكان من الممكن إدراج الوصية باعتبارها تصرفا من جانب واحد في مفهوم النص، وبالتالي كانت عملية شهر الوصية ستعطي صورة كاملة لحال الملكية العقارية في الجزائر وهذا ما يجب أن يكون ليتلاءم وسياسة نظام الشهر العيني المتبنى من قبل المشرع الجزائري.³

ويرى الأستاذ حمدي باشا عمر أن عدم إدراج الوصية ضمن التصرفات التي يستوجب القانون شهرها يؤدي وبالضرورة إلى اختلال في مبدأ المصلحة ومبدأ استقرار المعاملات واللذان يقتضيان شهر الوصية لكي تكون حجة على الغير، ويحاط المتعامل مع الموصي له علما وبينه عن مدى صيرورة الشيء الموصى به من عدمه.

¹ - قرار صادر عن المحكمة العليا رقم 160350 المؤرخ في 1997/12/23، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد

خاص، 2001، ص 295. أشار إليه حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة، 2012، ص 31 ، 32

² - حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 84.

³ - حمدي باشا عمر، نفس المرجع، ص 85.

المطلب الثالث: الوصية عند مرض الموت

ينتاب الشخص المريض مرض الموت الشعور بقرب أجله مما يدفعه إلى التصرف في أمواله، سواء كان هذا التصرف بعوض أو بدون عوض وبالتالي كان من الواجب أن تخص تصرفات المريض مرض الموت بأحكام خاصة، وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب الوصية كحكم عام لتصرفات المريض مرض الموت (الفرع الأول) ومن ثم تقييد حرية الايصاء (الفرع الثاني)، ثم أساس هذا التقييد (الفرع الثالث)

الفرع الأول: الوصية كحكم عام لتصرفات المريض مرض الموت

وضع المشرع الجزائري حكما عاما لجميع التصرفات التي تصدر عن شخص مريض مرض الموت، فاعتبر كل تصرف يصدر في مرض الموت بقصد التبرع وصية مستترة¹، وبذلك تسري في حقها أحكام الوصية، وهذا طبقا لما قضت به أحكام المادة 776 مدني جزائري والهدف من هذا الحكم حماية الورثة، ونفاذ هذا الحكم لا يتأتى إلا بتحقق شرطين هما:

أولاً: أن يتم التصرف في مرض الموت:

ومفاده الشرط أن يكون هذا التصرف قد صدر من المورث وهو في حال مرض الموت طبقا لشروط التي سبق وأن عرضناها، ويشمل هذا الحكم كل تصرف صادر في مرض الموت آيا كانت التسمية التي أعطيت له من تبرعات و معاوضات، وحتى يصبح هذا الحكم لصالح الورثة يجب عليهم أن يشبتوا أن التصرف وقع في مرض الموت، ولهم في سبيل ذلك كافة الطرق و وسائل الإثبات القانونية التي أتاحتها لهم المشرع من بينة وقرائن، على اعتبار أن مرض الموت واقعة مادية يجوز إثباتها بكل طرق الإثبات، وبالتالي فان عبء الإثبات يقع على عاتق الورثة.

ثانياً: أن يكون التصرف بقصد التبرع:

قد يكون التصرف الصادر من المورث في مرض الموت معاوضة لا تبرعا، وبالتالي فان هذا التصرف تسري عليه أحكام البيع في مرض الموت لا أحكام المادة 776 مدني جزائري، ولكن بهدف التحايل على القانون قد تنصرف نية المورث في حال مرضه الذي مات من جراءه، إلى إصباغ تصرفه التبرعي

¹ - جغوب محفوظ، مرجع سابق، ص 117.

بصيغة معاوضة، وعليه إذا ادعى الورثة أن التصرف الصادر عن مورثهم تبرع، فإن عبء الإثبات لا يقع عليهم، بل بمجرد ثبوت أن التصرف صدر في مرض الموت كان ذلك قرينة على نية التبرع.

وبناء على ما سبق فإنه متى ثبت توافر الشرطين الواردين في المادة 776 من القانون المدني الجزائري، في التصرف الذي قام به المورث حال حياته، فإنه تسري عليه أحكام الوصية وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من نفس المادة: "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، و تسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف".

و عليه فإن الوارث ينتقل من صفة الخلف العام إلى صفة الغير من حيث نفاذ التصرف عليه، لا من الغير من حيث ثبوت التاريخ الذي يبقى حجة عليه حتى يثبت عدم صحته¹.

الفرع الثاني: تقييد حرية الايضاء

كمبدأ عام نجد الإنسان حر في التصرفات المالية التي يقوم بها من بيع وغيرها، إلا أن هناك استثناء لهذا المبدأ وهو تقييد تصرفات الموصي في الايضاء بأمواله، وهذه القيود متمثلة في قيدين هما:

أولاً: عدم جواز الايضاء لوارث

لا تجوز الوصية لوارث بموجب الشرع والقانون، على اعتبار أن الوارث هو من استحق الإرث بالفعل وقت وفاة الموصي، ولو انتفى عنه سبب الإرث وقت إبرام الوصية باتفاق الفقهاء تكون الوصية له صحيحة موقوفة على إجازة باقي الورثة حتى لو كانت في حدود الثلث مصداقا لقوله صلى اله عليه وسلم: " إن الله أعطى لكل ذي حق حقه فلا وصية لوارث"²، وقوله عليه الصلاة والسلام: " لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة"³.

¹ - حجبوب محفوظ، مرجع سابق، ص 110.

² - رواه الترمذي.

³ - رواه البخاري.

وقد جاء في نص المادة 189 من قانون الأسرة الجزائري: " لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي ". ومفاد هذا النص أن الوصية كأصل لا تجوز لوارث، و يبقى نفاذها موقوف على إجازة باقي الورثة بعد وفاة الموصي .

وبناء عليه يتضح لنا جليا أنه يشترط لصحة الوصية لوارث قبولها من طرف باقي الورثة حتى لو لم تتجاوز حدود ثلث التركة، فإن أجازوها بعد وفاة الموصي صحت الوصية ونفذت في حق الوارث الموصى له، وإن لم يجيزوها بطلت ولم تنفذ، أما إذا أجازها بعض الورثة ورفضها البعض الآخر صحت الوصية ونفذت في حصة من أجازها وبطلت في حق من لم يجزها¹، وقد خالف المشرع الجزائري بهذا الحكم القوانين العربية التي أجازت الوصية لوارث إذا كانت في حدود ثلث التركة دون إجازة باقي الورثة، وقد وافق المشرع الجزائري بذلك ما ذهب إليه جمهور الفقهاء والذي يقضي باعتبار الوصية لوارث صحيحة موقوفة على إجازة² باقي الورثة مهما كان مقدار الشيء الموصى به³.

ثانيا: عدم جواز تجاوز الموصى به ثلث التركة

لا يجوز الايصاء بأكثر من ثلث التركة، بل إن عدم جواز الايصاء بأكثر من الثلث يعد شرطا لنفاذ الوصية في الموصى به وإلا توقف نفاذ الوصية على إجازة الورثة وهذا طبقا لما جاءت به أحكام المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري " تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة".

واستنادا إلى الحديث الشريف المشهور الذي روي عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال: " الثلث والثلث كثير"¹، ولقوله عليه الصلاة والسلام أيضا: " إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند مماتكم "².

¹ - شيخ نسيم، مرجع سابق، ص 209، 210.

² - والإجازة عمل قانوني يصدر بإرادة منفردة من المجيز، و لا تصح إلا بشروط وهي:

- أن يكون المجيز أهلا لتبرع بأن يكون بالغا، راشدا، وعاقلا.

- أن يكون عالما بما يجيزه،

- أن تحصل الإجازة بعد موت الموصي،

- لا تنفذ إلا بعد الوفاة،

³ - شيخ نسيم، نفس المرجع، ص 210.

وبناء على ما تقدم فإن الوصية لا تجوز إلا إذا كانت في حدود ثلث التركة و الأولى أن ينقص الموصى به عنه ولا يزيد عليه.

فإذا تجاوزت الوصية الثلث القانوني فيذهب الفقه المالكي إلى أنها تقع باطلة بالنسبة للزيادة، أما إذا أجازها الورثة فإنها تأخذ حكم الهبة من أموالهم، وهناك رأي آخر للمالكية مفاده أن الزيادة صحيحة ولكنها موقوفة على إجازة الورثة شريطة أن تكون لغير وارث أما إذا لم يكن للموصى من وارث فالزيادة على الثلث باطلة وتؤول إلى الخزينة العامة³.

الفرع الثالث: أساس تقييد الوصية:

تقدم الكلام في الفرع الأول عن الوصية، وقلنا أنها غير جائزة للوارث ما لم يجزها الورثة، جائزة لغيره، محصورة في الثلث فقط، إلا أن هذا الحكم قد يصادم بقصد المورث في إلحاق الضرر بورثته، أو اتخاذه حيلة* من الحيل لكي يمرر تصرفه ذلك على حساب البعض من الورثة دون البعض الآخر، أو أن يجابي أجنبي على حساب الورثة.

أولاً: منع الإضرار بالورثة:

وما منع الوصية لوارث إلا وجه من وجوه منع الإضرار بالورثة، وقصد الموصي فيه للإضرار بالورثة ظاهر بين من محاباة أحد الورثة دون الآخرين⁴.

ويقول في هذا الشأن ابن رجب: "الإضرار في الوصية تارة بأن يخص بعض الورثة بزيادة على فرضه الذي فرضه الله له، فيتضرر بقية الورثة بتخصيصه، وتارة بأن يوصي للأجنبي بزيادة على الثلث فينتقص حقوق الورثة⁵، وحيث أن الوصية بالزائد على الثلث لا تنفذ إلا بإجازة الورثة لها قصد المضارة بها أو لم يقصد،

¹ - رواد البخاري .

² - رواد ابن ماجة .

³ - حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص70، 71.

* الحيلة قد تكون مشروعة وهي قصد التوصل إلى تحويل حكم شرعي لأخر بواسطة مشروعة في الأصل.

وقد تكون محرمة وهي تقلد عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر.

⁴ - ياسر محمد علي التويتي، مرجع سابق، ص97.

⁵ - بن رجب الحنبلي، جامع العلوم والحكم، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، لبنان، 1990، ص303،

اعتبر حكمها بحسب قصد المورث، فإن لم يقصد المورث الإضرار، كانت عند الشافعية على الكراهة وإن كانت بقصد الإضرار بالورثة حرمت¹.

فقصد الإضرار كان له أثر في تغيير حكم شرعي، حيث أنه لما وجد قصد الإضرار انتقل الحكم من الكراهة إلى التحريم، وأما ما زاد على الثلث فإنه يخضع إمضاءه لرأي الورثة، قال السر خسي في المبسوط: "من أوصى بأكثر من ثلث ماله لم يحز في الفضل على الثلث إلا أن يجيزه الورثة بعد موته وهم كبار، لأن حقهم تعلق بماله بمرضه، ولكن الشرع جعل الثلث محلاً لوصية الموصي ليتدارك ما فرط في حياته، فما زاد على ذلك إذا أوصى به فقد قصد الإضرار بورثته، بإسقاط حقهم عما تعلق حقهم به وإيثار الأجنبي على من آثره الشرع وهو الوارث، فللوارث أن يرد عليه"².

وإنما حق الوارث الرد، لأنه ضرر والضرر يزال، وقد قال ابن عباس: "الجنف في الوصية والإضرار فيها من الكبائر"³، ولا يجب أن نعتبر من عدم جواز الوصية الضرر بطلانها عندما تكون بنية قصد المورث الإضرار بالورثة فقط، بل إن عنصر الإضرار يتحقق في الحالتين التاليتين:

- إذا اتجهت نية الموصي إلى الإضرار، أي إذا قصد حرمان ورثته من بعض ماله كأن يقر صراحة بذلك في الوصية، أو أن يستخلص ذلك من اشتغال الوصية على شرط يتوقف تنفيذها على تحققه بأن يوصي الشخص بجزء من ماله إذا تصرف وارثه تصرفاً معيناً.

- كما يتحقق عنصر الإضرار بالرغم من عدم وجود نية الإضرار إذا أوصى بأكثر من ثلث التركة، أو إذا أوصى لأحد الورثة دون باقي الورثة أو أوصى لجهة معصية، فقد فسر القرطبي رحمه الله "غير مضار" من آية الموارث أن مدخل الضرر على الورثة بأن تزيد الوصية على الثلث أو بأن يوصي للوارث⁴.

ولكي يكون الموصي بعيداً عن الإضرار كان التقليل عن الثلث أفضل من الإيصال بالثلث لقوله صلى الله عليه وسلم: "الثلث والثلث كثير، إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس"⁵

¹ - ياسر محمد علي التويتي، المرجع والموضع نفسهما.

² - شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت لبنان، ص153. نقلاً عن ياسر محمد علي التويتي، مرجع سابق، ص 107

³ - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى.

⁴ - جغوب محفوظ، مرجع سابق، ص121.

⁵ - أخرجه البخاري في كتاب الوصايا، باب إن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس (442/5)

قال السر خسي في المبسوط: "التقليل في الوصية أفضل، لأن ذلك أبعد من وحشة الورثة، فإنه إذا أوصى بجميع الثلث قال الوارث لا منة له علي، فإنه ما ترك الوصية بما زاد على الثلث لعجزه عن تنفيذها شرعا".¹

وقد يختار بعض الناس كيف يحابي شخصا من الأشخاص في ماله بعد مماته، حيث أنه يعلم أنه لا وصية لوارث، فيميل إلى خدعة وحيلة يتوصل بها إلى مأربه ومقصده، وهي بأن يقر له عند مرضه بدين عنده، أو بالإقرار له أنه قد قضاه الدين الذي كان عنده كي لا يطالبه الورثة بما خصه به، أو أنه كان قد وهبه مال كذا وكذا عند صحته، فالمريض قد طالب منفعة شخص بمضرة آخرين، واستخدم من أجل إمضائه حيلة الإقرار، وفي هذه الحيلة يقول ابن القيم: "إقرار المريض لوارث لا شيء له عنده قصدا لتخصيصه بالمقر به، أو إقراره بوارث وهو غير وارث إضرارا بالورثة، وهذا حرام باتفاق الأمة"²

ويبين ابن عاشور أن للشرعية أربعة مقاصد في عقود التبرعات، ذكر الرابع منها: أن لا يجعل التبرع ذريعة إلى إضاعة مال الغير من حق وارث أو دائن، ومن اجل هذا المقصد رأينا أن الوصية قصرت على غير وارث، ولم يكتف بذلك بل جعلت محصورة في جزء معلوم من المال هو خاصة ثلث المال، ولكي لا يجعل التبرع ذريعة لإضاعة مال الغير من حق وارث أو دائن منع المريض مرض الموت من التبرع، ولم يمنع من المعاوضة بالبيع ونحوه، لأن في البيع عوض بخلاف التبرع فالتهمة في تبرع المريض قائمة.³

وبناء على ما تقدم فإن قانون الأسرة الجزائري بتقييده الوصية خصوصا في عدم جواز الوصية لوارث يكون قد تماشى مع بعض القواعد الفقهية المشهورة منها (درء المفسد مقدم على جلب المصالح)، و(الحكم يتبع المصلحة الراجحة) فهو يحقق المصلحة الراجحة المتمثلة في الإبقاء على كيان الأسرة ووحدها، وحفاظا على صلات الرحم بين أفرادها، فهذا يتحقق بعدم جواز الوصية لوارث، حتى لا تنحصر ثروة الموصي كلها في وارث واحد على حساب مبادئ التكافل الاجتماعي والنظام العام الإسلامي، وبذلك كان المشرع الجزائري متماشيا مع الآراء الاجتهادية، ومع روح نظام الوصية، ونظام الإرث الإسلاميين

¹ - شمس الدين السرخسي، مرجع سابق، ص144.

² - ابن القيم الجوزية، مرجع سابق، ص376.

³ - ياسر محمد علي التويقي، مرجع سابق، ص106.

ثانيا: تولي الشرع الخلافة في المال

من أسباب الملكية بالخلافة عن المالك، و التي تؤول فيها الملكية من شخص له صلة بالمالك الهالك، وذلك لضرورة انتقال ما كان له من أموال وحقوق إلى آخر يعد خليفة له . وهذه الخلافة تثبت بسببين :

1- إما بحكم الشارع؛ وهذا في الموارث أين تكون الخلافة بحكم من الشارع، لا بإرادة المورث، بل و حتى من غير إرادة الوارث، لذا قيل أنه لا يدخل شيء في ملك الإنسان جبرا عنه سوى الميراث¹.

2- و قد تثبت هذه الخلافة بإرادة المتوفى؛ وهذا في الوصية فالموصى له يملك ما يوصى به بمقتضى ما صدر عن الموصي، و تسمى بالخلافة الاختيارية، و الموصى له يبقى دائما قبل هذه الخلافة مختارا .

و الأصل أن الشارع هو الذي يتولى أمر الخلافة في مال الميت، و ينظمها حيث جعل الميراث في نطاق الأسرة لا يعدوها؛ و هذه لحماية لهذه الأخيرة، و إقامة بنيتها، و توثيق العلاقة بين آحادها مما يقوي دعائمها و يوثق الصلات و ينمي التعاون بين أفرادها.

و لذا فإن الشريعة الإسلامية سلبت من المورث أمر الخلافة في ثلثي ماله، وهذا لتقسيم المال للأسرة بالقسطاس المستقيم . و التوزيع العادل الذي تولاه الله سبحانه و تعالى يقوم على أسس ثلاثة هي² :

1- أنه يمنح الميراث للأقرب إلى المتوفى، ولذا كان أكثر الأسرة حظا في الميراث الأولاد، ومع ذلك يشاركهم فيه غيرهم كالأبوين مثلا؛ و هذا لمنع تركيز المال في ورثة معينين، فيكون الاشتراك في المال بدل الإنفراد و الاستئثار .

2- مراعاة الحاجة، فكلما كانت الحاجة أشد كان العطاء أكثر، وهذا هو السبب في أن نصيب الأولاد كان أكثر من نصيب الأبوين مع قوله - صلى الله عليه و سلم - : "أنت ومالك لأبيك" باعتبار أن حاجة الأولاد إلى المال أشد لضعفهم و استقبالهم للحياة . كما أن هذا هو سبب جعل نصيب الذكر ضعف نصيب الأنثى باعتبار أن التكاليف المالية التي تطالب بها المرأة دون التكاليف التي يطالب بها

¹ - محمد أبو زهرة. أحكام التركات و الموارث. دار الفكر العربي. مصر. ص 5 .

² - محمد أبو زهرة، نفس المرجع ص6.

الرجل كالعامل لتوفير القوت أو نفقة الأولاد، و إن الإعطاء على مقدار الحاجة هو العدل، والمساواة عند تفاوت الحاجات هي الظلم.

- إن الشريعة الإسلامية تتجه في تقسيم التركة إلى التوزيع دون التجميع، فلم تجعل وارثا ينفرد بها دون سواه، ولم تطلق يد المورث يختص بها من يشاء، بل وزعتها على عدد من الورثة، وهذا ما يتبين من التوزيع العادل و القائم على أسس منصفة من أمثلتها أن الوارث الذي أدلى إلى الميت بوارث يحجب عند وجود ذلك الوارث تفاديا لجمع التركة في حيز واحد، و غيرها من الأحكام التي تعكس ذلك¹.

إن قسمة الله العادلة وتوزيعه الحكيم لا يحتم أن يساوي الغني و الفقير، و القادر على الكسب من يعجز عنه، فإذا كان قد وضع أحكام الموارث العادلة على أساس التساوي بين الطبقات باعتبار أنهم سواسية في الحاجة، فإنه بالمقابل منح حق الوصية لكي يتدارك الشخص ما عساه قد يكون فاته في حياته من واجبات مصداقا لقوله - صلى الله عليه و سلم - : "إن الله تبارك و تعالى تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم فضعوه حيث شئتم". لكنه حد حدود الوصية في القدر الذي تجوز فيه و في صفة الموصى له و في الباعث عليها، ولم يترك الأمر فيها لإرادة الموصي المطلقة؛ فإذا جاء المورث فأعطى هذا و منع ذلك فقد غاير قسمة الشارع الحكيم و زاد بعض الأنصبة و أنقص أخرى .

لذا تم رسم حدود الوصية على الوجه الذي لا يسمح بالمساس بحقوق الورثة كما سبق الذكر، و ترك المجال للإيصاء في حدود الثلث فقط و لغير الورثة، ابتغاء عدم المساس بما جاءت به أحكام الشريعة الغراء على الشكل الذي يمس بعدالة الخلافة في المال على اعتبار تولي الشارع الحكيم قسمة التركات و بيان أنصبة الورثة و منح لكل ذي حق حقه في ثلثي التركة².

¹ - محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص7.

² - محمد أبو زهرة، نفس المرجع، ص8.

المبحث الثاني: الوقف في مرض الموت

لما كان مرض الموت باعثا على حمل المريض على فعل الخير من وقف الأوقاف وغيرها، قيدت تصرفاته درءا لضياع حقوق الغير من ورثة ودائنين، وبالتالي سنتعرض من خلال هذا المبحث إلى بيان مفهوم الوقف، ومعرفة أركانه وشروط نفاذه (المطلب الأول) ومن ثم نتطرق إلى حكم تصرف الوقف عند المريض مرض الموت (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الوقف

الوقف من عقود التبرع الصادرة بإرادة منفردة والذي يهدف من خلاله الواقف إلى التقرب إلى الله، وقد خصه المشرع الجزائري بقانون خاص ينظمه، ومن خلال هذا المطلب سنبين تعريف الوقف لغة واصطلاحا (الفرع الأول)، وكذا أركانه وشروط نفاذه (الفرع الثاني) ومن ثم معرفة كيفية (إثباته الفرع الثالث)

الفرع الأول: تعريف الوقف لغة واصطلاحا

أولا: لغة:

يقال: وقف يقف ووقفا خلاف الجلوس، والموقف موضع الوقوف، ومن معاني (وقف) حبس، والاسم الحبس بفتح الحاء وتسكين الياء، يقال حبست حبسا وأحبست أحباسا أي وقفت، وحبس الفرس في سبيل الله، أي أن الفرس موقوفة على المجاهدين واحبسه فهو محبس وحبيس، والأنثى حبيسة، والجمع: حبائس.

والحبيس على وزن فعيل بمعنى مفعول، وهو كل ما حبس بوجه من وجوه الخير ويصدق على كل شيء وقفه صاحبه، وهو محرم على الواقف، فيحبس الأصل وقفا مؤبدا وتسبل ثمرته ونتاجه وربيعة ومنفعته تقريبا إلى الله¹.

¹ - أبو الفضل محمد بن منظور، لسان العرب ج9، مادة وقف، دار الصادر، بيروت، 1311، ص320.

ثانيا: اصطلاحا:

1/ الاصطلاح الشرعي:

من الثابت فقها أن الوقف لم يعرف تعريفا جامعا مانعا لاختلاف نظرة فقهاء الشريعة الإسلامية إليه، مما يفرض علينا التعرض للتعريفات المنسوبة لأصحاب المذاهب الفقهية والآراء المشهورة منها، وهي على الشكل التالي:

أ- تعريف أبي حنيفة: يرى أن الوقف هو: "حبس العين على حكم ملك الواقف، والتصدق بمنفعتها على جهة من جهات الخير والبر في الحال أو المال"¹

ب- تعريف الإمام مالك: يعرفه بأنه: "حبس العين عن التصرفات التملكية مع بقائها على ملك الواقف، والتبرع اللازم بريعتها على جهة من جهات البر"²

ج- تعريف الإمام أحمد بن حنبل: يعرف الوقف بأنه: "حبس المال عن التصرف فيه، والتصدق اللازم بالمنفعة مع انتقال ملكية العين الموقوفة إلى الموقوف عليهم ملكا لا يبيح لهم التصرف المطلق فيه"³

د- تعريف الإمام الشافعي: يرى أن الوقف هو "حبس العين على حكم ملك الله تعالى والتصدق بمنفعتها على جهة من جهات الخير والبر في الحال والمال"⁴

2/ الاصطلاح القانوني: تطرق المشرع الجزائري إلى تعريف الوقف في قوانين مختلفة وهي:

ففي قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984، وفي المادة 213 منه عرف المشرع الجزائري الوقف فقال: "الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصدق".

¹ - محمد مصطفى شليبي: أحكام الوصايا والأوقاف، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الطبعة الرابعة، بيروت، 1982، ص 303

² - حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 89.

³ - محمد مصطفى شليبي، مرجع سابق، ص 307

⁴ - محمد مصطفى شليبي، نفس المرجع، ص 367.

⁴ - رمضان قنفود: نظام الوقف في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري -دراسة مقارنة-، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري والزراعي، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البلدة، 2000 / 2001، ص 23.

أما في قانون التوجيه العقاري رقم 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 في المادة 31 منه، عرف الوقف بأنه: "الأمالك الوقفية هي الأملاك العقارية التي حبسها مالؤها بمحض إرادته ليحفل التمتع بها دائماً، تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة، سواء كان هذا التمتع فوراً أو عند وفاة الموصين الوستاء الذي يعينهم المالك المذكور).

أما قانون الأوقاف رقم 10/91 المؤرخ في 27 أبريل 1991 في المادة 03 منه، عرف الوقف بأنه: " هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصدق بالمنفعة على الفقراء، أو على وجه من وجوه البر والخير).

وتحليلاً لهذه التعريفات يتضح وجود توافق بين نص المادة 03 من قانون الأوقاف والمادة 213 من قانون الأسرة، وفق النقاط الآتية¹:

- إن العين الموقوفة تخرج من ملك الواقف وغيره من الأشخاص.

- منع التصرف في العين الموقوفة بأي وجه كان، وعدم جواز توارثها.

- إن محل الوقف يصح أن يكون عقاراً أو منقولاً على أساس عموم لفظي "المال" و"العين" الشاملين لمعنى العقار والمنقول.

- إن حق الموقوف عليهم يتعلق بالمنفعة فقط.

الفرع الثاني: أركان الوقف وشروط نفاذه:

إذا كان الوقف تصرفاً إدارياً ليس القبول شرطاً أو ركناً فيه فإنه لا يتحقق وجوده الشرعي والقانوني إلا بوجود أمور أربعة هي الصيغة والواقف، والموقوف والموقوف عليه ولكن وجود هذه الأمور الأربعة لا يكفي لوجود الوقف، وتترتب آثاره عليه ما لم تتحقق الشروط الواجب توافرها في كل أمر منها، فهناك شروط تتعلق بالصيغة والواقف، وشروط تتعلق بالموقوف والموقوف عليهم

¹ - خير الدين فنتازي، عقود التبرع الواردة في الملكية العقارية، الوقف، ج1، دار الزهران للنشر والتوزيع، الأردن، 2013، ص21.

أولاً: أركان الوقف:

- **الواقف:** لا ينشأ الوقف إلا إذا وجد الواقف، ولا يعلن الواقف عن إرادته بالسكوت، إذا لا بد من واقف، ولا بد من صيغة يعبر بها الواقف عن إرادته في إنشاء الوقف، ويأتي التصرف من الواقف في إحدى صور التعبير عن الإرادة لفظاً أو فعلاً أو إشارة، وللواقف شروط هي:

1. شروط أهلية الواقف:

لا بد أن يكون الواقف كامل الأهلية لان الوقف تبرع، وهو تصرف في الملك بغير عوض، ولا يتحقق كمال الأهلية إلا بتوافر شروط أربعة:

1- العقل : لا وقف لمن لا عقل له ،لأن فاقد العقل لا اعتبار لأقواله وأفعاله، في المعاوضات والتبرعات على السواء ،وهذا الشرط أجمع عليه الفقهاء لصحة الوقف وانعقاده ولهذا يقع باطلا وقف المجنون لأنه فاقد العقل، و المعتوه لأنه مختل العقل، وهذا ما أكده المشرع الجزائري صراحة في المادة 31 من قانون الأوقاف رقم 10/91 التي تنص على أنه: " لا يصح وقف المجنون والمعتوه لكون الوقف تصرف يتوقف على أهلية التسيير.

2- البلوغ : ويكون ببلوغ السن و هو 19 سنة طبقاً لأحكام المادة 40 من القانون المدني الجزائري¹، و على هذا لا يصح وقف الصبي الذي لم يبلغ لأنه إن كان غير مميز، فهو ليس أهلاً لأي تصرف، و إن كان مميزاً فهو ليس أهلاً للتبرعات وسائر تصرفات التي تضر به ضرراً محضاً .

4- ألا يكون مكرهاً: يشترط في الواقف أن يكون قد قام بتصرفه التبرعي دون ضغط أو إكراه².

5- أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله غير محجور عليه لسفه أو الدين، وهذا طبقاً لأحكام المادة 10 في فقرتها الثانية من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف.

¹ - تنص المادة 40 من القانون المدني الجزائري "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، و سن الرشد تسعة عشرة سنة كاملة".

2- حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 91.

² - خير الدين فنطازي، مرجع سابق، ص 73.

- **الصيغة:** الصيغة هي ركن الوقف الوحيد عند الأحناف، وعند الجمهور تعد ركنا من أربعة والصيغة لا تكون صحيحة ولا تكفي لإنشاء الوقف إلا إذا توافرت لها شروط معينة تتحقق بها الصيغة :

- 1- أن تكون تامة ومنجزة الصيغة المنجزة هي التي تدل على إنشاء الوقف وترتيب آثاره عليه في الحال وهي لا تصح إلا بذلك، إلا أن المشرع الجزائري أجاز الصيغة المتعلقة بوقف مضاف إلى ما بعد الموت، كان يقول: "وقفت داري على فلان بعد موتي" فهي تأخذ حكم الوقف على النفس ثم على الغير.¹
- 2- أن تكون الصيغة دالة على التأييد: و يقصد به عدم اقتران الصيغة بما يفيد التأييد، وإنما لا بد من اشتماله على معنى التأييد، وهذا ما تحذره المشرع من خلال تعريفه للوقف في المادة 03 من قانون الأوقاف: "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد"، وتعد كل صيغة تفيد التأييد باطلة لتنافيه لمبدأ لزوم الوقف وبالتالي يبطل الوقف وهذا طبقا لأحكام المادة 28 من قانون الأوقاف: "يبطل الوقف إذا كان محددًا بزمن".

- 3- عدم اقتران الصيغة بشرط الباطل: والشروط الباطلة هي التي تنافي معنى الوقف وتضاد مقاصده الشرعية كان يقف المرء ويشترط لنفسه حق بيع الوقف أو رهن أو هبة، والوقف اذا اقترن بشرط باطل بطل الشرط والوقف معاً، باستثناء حالة واحد وهي وقف المسجد، فانه يبطل الشرط ويصح الوقف. أما المشرع الجزائري فلم يفرق بين الشرط الباطل، أو المقترن بشرط فاسد، فاقرب بصحة الوقف وإسقاط الشرط، وهذا طبقاً لنص المادة 29 من قانون الأوقاف رقم 10/91: "لا يصح الوقف شرعاً إذا كان معلقاً على شرط يتعارض مع النصوص الشرعية، فإذا وقع بطل الشرط، وصح الوقف".²

- **محل الوقف:** هو الموقوف أو المال الذي تصرف فيه والوقف في أصله قرينة وعبادة لهذا يشترط الفقه الإسلامي شروطاً في محله حتى لا يعبد الله بمعصية :

- 1- أن يكون مالا متقومًا: سواء كان المال عقاراً أو منقولاً أو حتى منفعة.

¹ - خير الدين فنتازي، مرجع سابق، ص 76.

² - خير الدين فنتازي، نفس مرجع، ص 75.

2- أن يكون مالا معلوما محددًا ومشروعًا: يجب أن يكون محل الوقف معلوماً وقت وقفه علماً تاماً بحيث لا تشوبه جهالة تفضي إلى نزاع وأن يكون مشروعاً إذ لا يجوز وقف الخمر والمخدرات.¹

3- أن يكون مملوكاً للواقف وقت وقفه ملكاً تاماً لازماً: يشترط أن يكون المال المحبس مملوكاً ملكية تامة مطلقة للوقف، فإذا كان المال مشاعاً فإنه يصح وقفه إلا إذا تمت القسمة، وإذا كان غير قابل للقسمة فلا يجوز وقفه، كما لا يجوز وقف المال المرهون، لأنه مهدد بخط الزوال.²

- الوقوف عليه:

الموقوف عليه هو الجهة المستفيدة من الوقف، والتي يراد تحقيق كفايتها وسد حاجاتها من خلال ريع الوقف وأرباحه، وهو إما معين أو غير معين، فالمعين: واحداً أو اثنين أو جمع، وغير المعين أو الجهة: مثل الفقراء والعلماء والمساجد والمدارس وتكفين الموتى، ولكل منهما شروطه الخاصة به.³

عرف المشرع الجزائري الموقوف عليه بأنه الجهة التي يحددها الواقف في عقد الوقف واشترط في الموقوف عليه أن يكون معلوماً سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً، ويتضح ذلك من خلال نص المادة 13 من قانون الأوقاف التي تنص على أن: "الموقوف عليه هو الجهة التي يحددها الواقف في عقد الوقف ويكون شخصاً معلوماً طبيعياً أو معنوياً".

ولم يحدد المشرع الجزائري موقفه من الوقف على الجنين وعلى من سيولد، وعليه فإنه يرجع في هذه المسائل إلى أحكام الشريعة الإسلامية تطبيقاً للمادة 2 من قانون الأوقاف، ويرجح المشهور في المذهب المالكي باعتبار هذا المذهب هو المتبع في الجزائر، وإذا لم يوجد الرأي المشهور للمالكية أو لم يوجد إطلاقاً فإنه لا مانع من الأخذ بما هو مشهور في المذاهب الأخرى.⁴

¹ - حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 93.

² - حمدي باشا عمر، نفس المرجع، ص 94.

³ - بن مشرّن خير الدين، إدارة الوقف في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الإدارة المحلية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011 . 2012، ص 52.

⁴ - خير الدين فنطازي، مرجع سابق، ص 91.

ثانيا: شروط نفاذ الوقف:

إذا توافرت كل أركان الوقف سالمة من كل عيب مخالف للقانون ولمقاصد الشريعة الإسلامية ينعقد الوقف صحيحا، غير أن المشرع الجزائري اشترط لنفاذ الوقف شروطا، لا بد توافرها لتأسيس الوقف وهذا ما نحن بصدد عرضه:

1- إفراغ عقد الوقف في شكل رسمي:

الأصل في التصرفات القانونية هو الرضائية، والشكلية استثناء لا تنقرر إلا بنص تشريعي، وقد نصت المادة 41 من قانون الأوقاف رقم 10/91 على ما يلي: "يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق...". يتضح من خلال هذه المادة أن قاعدة الرسمية شرط لقيام عقد الوقف على اعتبار أن الوقف في اغلبه ينصب على عقارات، أو يرتب حقوقا عينية على عقار، وبالتالي فهي تخضع لحكم المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن: "العقود التي تتضمن نقل العقار أو الحقوق العقارية يجب أن تحرر في عقد أو شكل رسمي مع دفع الثمن للموثق، وإلا وقعت تحت طائلة البطلان" فهذه المادة تلزم الأفراد بضرورة صب هذه التصرفات في شكل رسمي.

كما أن المشرع الجزائري ومن خلال قانون الأسرة رقم 11/84 اوجب الرسمية، فقد نصت المادة 217 منه بقولها: "يثبت الوقف بما تثبت به الوصية طبقا للمادة 191 من هذا القانون"، وبالرجوع إلى نص المادة 191 وبما أن الوقف بأخذ حكم الوصية فإن الوقف يثبت بتصريح لدى الموثق و تحرير عقد بذلك¹.

وفي هذه الحالة قد يثار في أذهان البعض تساؤل حول الوضعية القانونية للعقود العرفية التي يكون موضوعها وقف، والتي أبرمت قبل صدور قانون الأسرة وقانون الأوقاف، والإجابة هي أن العقود العرفية صحيحة إذا ما كانت محررة بشكل كامل غير منقوص، وموقعة ومؤرخة وهذا باعتبار أن الحبس من عقود التبرع التي تدخل في أوجه البر والإحسان وبالتالي لم تكن تخضع للرسمية، وكذلك لعدم إمكانية تطبيق قانون الأسرة وقانون الأوقاف بأثر رجعي².

¹ - خير الدين فنطازي، مرجع سابق، ص 96، 97، 98.

² - حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 101.

2- تسجيل عقد الوقف:

اشترط المشرع الجزائري و كمرحلة ثانية تابعة لإفراغ عقد الوقف في شكل رسمي المشترط تسجيل عقد الوقف لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري وهذه طبقا لأحكام المادة 42 من قانونها 10/91 من قانون الأوقاف ويتم ذلك أمام مفتشيات التسجيل المختصة إقليميا حتى يتمكن من شهره فيما بعد كمرحلة ثانية

3- شهر عقد الوقف:

إن الغرض من عملية الشهر هو إعلام الغير بما ورد على العقار من تصرفات، فالعقود المتعلقة بحق الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية الأخرى لا وجود لها بالنسبة للغير ولا أثر لها حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية¹، فانعقاد العقد صحيحا لا يكون له وجود إلا بقيده في مصلحة الشهر العقاري، وذلك بغية حماية العقار الوقفي من التعدي من طرف الغير وبسط رقابة الدولة على العقارات الوقفية عبر التراب الوطني²، و هو ما قصدته المادة 41 من قانون الأوقاف بنصها: " يجب على الواقف أن يقيّد الوقف بعقد لدى الموثق ولن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بالتقديم إثبات له بذلك وإحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف".

وفي هذا الشأن ذهبت المحكمة العليا في القرار رقم 234655 المؤرخ في 16/11/1999: " من المستقر عليه أن عقد الحبس لا يخضع للرسمية لأنه من أعمال التبرع التي تدخل في أوجه البر المختلفة المنصوص عليها شرعا:

ومتى تبين - في قضية الحال - أن عقد الحبس العرفي أقامه المحبس سنة 1973 طبقا للمذهب الحنفي، فان القضاة لما قضوا بإلغاء الحبس المذكور على اعتبار انه لم يفرغ في الشكل الرسمي فإنهم اخطئوا في قضائهم وعرضوا قرارهم لانعدام الأساس القانوني لعدو تطبيق قانون الأسرة بأثر رجعي"³.

¹ - مليكة بغاشي، قانون التوثيق - الإجراءات التوثيقية الرسمية لعقد البيع-، دار النعمان للطباعة والنشر، 2012، ص18.

² - بن مشرن خيرالدين، مرجع سابق، ص54.

³ - قرار صادر عن المحكمة العليا رقم 234655 المؤرخ في 16/11/1999، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص 314. أشار إليه حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة، 2012، ص 33، 32.

يتضح من هذا القرار أنه جاء مخالفا لأحكام المادة 12 من قانون الأوقاف الذي كان ساريا آنذاك والتي كانت تشترط الكتابة الرسمية في كل المعاملات العقارية مهما كان نوعها أو طبيعتها تحت طائلة البطلان المطلق، إذا القاعدة المقررة في هذا الشأن انه: " لا اجتهاد مع صراحة النص".¹

الفرع الثالث: إثبات الوقف:

أقر المشرع الجزائري إلزامية خضوع جميع التصرفات الواردة على عقار إلى قاعدة الرسمية، ومن خلال قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84، نجد المشرع قد اخضع الوقف للرسمية، مطبقا عليه في ذلك الأحكام المقررة على الوصية، ليأتي بعد ذلك قانون الأوقاف رقم 10/91 ليؤكد هذا الشرط مرة أخرى من خلال المادة 41 منه بقوله: " يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق...".
وبما أن مسالة رسمية العقد الوقفي تخضع لأحكام الوصية فان مسالة إثباته كذلك تخضع لنفس الحكم الذي تخضع له الوصية، حيث جاء في المادة 217 من قانون الأسرة بأنه: " يثبت الوقف بما تثبت به الوصية، طبقا للمادة 191 من هذا القانون". وبالرجوع لنص المادة 191 من القانون سالف ذكر يثبت الوقف:

- بتصريح أمام الموثق وتحرير عقد بذلك،

- أو بموجب حكم قضائي كاستثناء في حالة وجود مانع قاهر.²

أما ما نصت عليه المادة 35 من نفس القانون بقولها: " يثبت الوقف بجميع طرق الإثبات الشرعية والقانونية"، فلا ينطبق حكمه إلا على وقف المنقول الذي يمكن إثباته بكافة وسائل الإثبات المقررة قانونا.³

كما أنه وتطبيقا لأحكام المادة 08 من القانون رقم 10/91 المؤرخ في 10/04/27 المتضمن قانون الأوقاف، صدر المرسوم التنفيذي رقم 2000 - 336 المؤرخ في 26/10/2000 المتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروط و كفيات إصدارها وتسليمها.

¹ - حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 102.

² - خير الدين فنطازي، مرجع سابق، ص 125.

³ - حمدي باشا عمر، نفس المرجع، ص 104.

المطلب الثاني: حكم الوقف في مرض الموت:

سبق وأن قلنا بان مرض الموت الذي يؤثر في التصرفات هو المرض الذي يخاف منه الموت ويتصل به، وأمام تطور العلم والطب أصبح أهل الواقف أو من له مصلحة ومن خلال توفر التقارير الطبية التي تؤكد كبيعة المرض وحدوثه فعلا، من معرفة ما إذا كان الواقف قد وقف أمواله وهو في حالة مرض الموت، حتى ولو كان الواقف لا يزال على قيد الحياة.

إلا أن الفقهاء اختلفت آراءهم في مدى صحة وقفه وفي مدة لزمه، غير أن المشرع الجزائري حسم الأمر بموقف صريح حيث نص في قانون الأوقاف رقم 10/91 في المادة 32 منه على ما يلي: "يجق للدائنين طلب إبطال وقف الواقف في مرض الموت، وكان الدين يستغرق جميع أملاكه"، بمعنى أن الوقف في مرض الموت لا يكون باطلا بطلانا مطلقا، وإنما يكون قابلا للإبطال من طرف من له مصلحة وتصححه الإجازة¹، غير أن هذه المادة تطرقت للحالة التي يكون فيها الواقف المريض مرض الموت لدينا، حيث قررت للدائنين حق طلب إبطال وقف هذا المدين، عن طريق دعوى يرفعها دائنوه أمام المحكمة المختصة إقليميا، لاستصدار حكم قضائي بإبطال وقف هذا المدين لكن لا بد من توفر شرطين هما²:

- أن يكون قد وقف أملاكه وهو في حالة مرض الموت،

- أن يكون الدين استغرق جميع أملاكه.

وبمفهوم المخالفة لهذه المادة فإننا نستنتج ما يلي:

- أن الوقف في مرض الموت إذا أجازته الورثة يكون صحيحا.

- أن يطلان الوقف في مرض الموت لا يكون تلقائيا، وإنما يكون بحكم قضائي.

- أن الوقف إذا صدر من الواقف قبل أن يجل به مرض الموت كان صحيحا لا يتوقف على إجازة احد، باعتباره وقف صادر من شخص بالغ، عاقل، يتمتع بكل حقوقه المدنية.

¹ - خير الدين فنطازي، مرجع سابق، ص 58

² - خير الدين فنطازي، نفس المرجع، ص 59.

- أنه إذا لم يستغرق الدين كل أملاك الواقف فانه لا يجوز إبطال وقفه ذاك حتى ولو كان في مرض الموت إلا من ورثة الواقف .

ومسألة وقف المريض مرض الموت تطرح حالتين لا بد من التمييز بينهما:

- الحالة الأولى: إذا كان مدينا وقت وفاته:

في هذه الحالة يكون وقفه صحيحا نافذا حال حياته، إلا إذا كان محجورا عليه لدين فإن وقفه يتوقف على إجازة دائنيه، إلا أن موت الواقف المريض مرض الموت وهو مدين يطرح فرضيتين¹:

1- إذا كان الدين يستغرق كل ماله فان إجازة الدائنين له بعد وفاته تجعله صحيحا، و إذا لم يبرئه الدائنون فان وقفه يكون قابلا للإبطال بحكم قضائي وبيع لاستيفاء الدين من ثمنه .

2- أما إذا كان الدين لا يستغرق كل المال، فانه يجوز وقفه فيما لا يتوقف به الدين، وما زاد عنه فتطلب إجازة الدائنين له، باعتبار أن حقهم متعلق بذلك الجزء من الوقف.

- الحالة الثانية: إذا كان غير مدين وقت وفاته:

إذا كان المريض مرض الموت بعد موته غير مدين ولكنه وقف قيل موته على أجنبي، فهنا ينفذ الوقف ولم يتوقف على إجازة احد في حالة انعدام الورثة، سواء كان الوقف لكل المال أو لبعضه، لعدم تعلق حق لأحد في المال الموقوف، أما إذا كان له ورثة اخذ هذا الوقف حكم الوصية، فينفذ في ثلث المال الموقوف، من غير توقف على إذن احد، فإذا مات الواقف لزم ورثته هذا القدر².

وأما وقفه فيما زاد على الثلث فانه ينفذ وقت حياته، لكنه لا يلزم الورثة بعد موته، وهذا لتعلق حق الورثة في ثلث المال الموقوف، فيكون هنا القدر متوقف على إجازتهم، فإذا أجازوه يسقط حقهم فيه،

¹ - خير الدين فنطازي، مرجع سابق، ص 59.

² - خير الدين فنطازي، نفس المرجع 61.

وإن لم يجيزوه لم ينفذ في حقهم وهو رأي الجمهور، وهو القول الذي تؤيده المحكمة العليا حيث صدر قرار رقم 96675 حيث قررت بطلانه في مرض الموت مع اعتباره وصية¹.

الخاتمة:

إجمالاً لما فصلنا فيه في بحثنا بخصوص الوصية والوقف عند مرض الموت، فإننا سنعرض موجزاً لأهم نتائج التي توصلنا إليها في هذا البحث:

1- تعرضنا في بادئ الأمر إلى ماهية مرض الموت من حيث بيان مفهومه وشروطه والحالات التي تدخل في حكمه فقلنا:

¹ - قرار صادر عن المحكمة العليا رقم 96675 المؤرخ في 1993/11/23، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001، ص302.

- إن مرض الموت هو المرض الذي يتصل بالموت، ولو لم يكن الموت بسببه، ويشترط للتحقق من أن المرض مرض الموت أن يغلب على الظن الهلاك منه، وأن يكون من شأنه أن يميت، والعبارة بالحالة النفسية التي تعالجها نفس المريض من الخوف من قرب الأجل.

وقد اتفق فقهاء الفقه الإسلامي على الرغم من اختلافهم الذي دار حول وضع تعريف لمرض الموت، اتفقوا على أن مرض الموت لا يتحقق إلا بأمرين هما:

- أن يكون مرضا مخوفا يغلب فيه الهلاك على السلامة.

- أن يتصل بالموت فعلا.

كما تطرقنا من خلال البحث إلى تعريفات الاجتهاد القضائي لمرض الموت والتي اکتفت بدورها بما توصل إليه الفقه الإسلامي.

كما أن المشرع الجزائري لم يعطي تعريفا لمرض الموت، و ذلك على غرار التشريعات العربية.

2- كما تطرقنا إلى شروط مرض الموت:

- عجز المريض عن قضاء مصالحه المعتادة.

- أن يغلب على المرض الهلاك.

- اتصال المرض بالموت فعلا.

3- إن مرض الموت لا يقتصر على حالة المرض فحسب، بل إن هناك حالات أخرى تدخل في حكمه والتي يحصل فيها الخوف من الهلاك فعلا، والتي قسمناها إلى حالات خاصة بنفس الشخص وأخرى حالات عامة، وهذه الحالات حصول الموت فيها غالب على السلامة، والغالب محقق.

4- كما رأينا أنه ليس لمرض الموت تأثير على أهلية المتصرف سواء كانت أهلية وجوب أو أهلية أداء، وتقييد تصرفاته المالية في هذه المرحلة ليس لعيب يشوب إرادته ولا لنقص في أهليته، وإنما يعود إلى تعلق حقوق الورثة والدائنين بأمواله، وهذا حماية لحقوقهم من الضياع.

5- وتعرضنا لمسألة الإثبات، فقلنا بان مرض الموت واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات التي أقرها القانون، بما فيها البينة والقرائن، وكذلك يمكن إثباته بتقارير الخبرة الطبية التي تدل على حالة المريض.

كما أن عبء الإثبات يقع على عاتق الورثة ومن له مصلحة من ذلك.

6- تحدثنا عن الوصية من حيث بيان مفهومها من تعريف وأركان، وتطرقنا إلى كيفية إثباتها، وقلنا بأن إثبات الوصية يكون عن طريق تصريح أمام الموثق وهذا كقاعة عامة، واستثناء عن هذه القاعدة يكون بموجب حكم قضائي في حالة وجود مانع قاهر.

7- كما تطرقنا إلى مسألة شهر الوصايا في القانون الجزائري، فوجدنا أن المشرع الجزائري أخرج الوصية من حكم المادة 16 من الأمر رقم 74/75 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، مما يعني أن الوصية في القانون الجزائري لا يجب شهرها وذلك لانعدام النص الخاص الذي يقر بذلك.

8- كما توصلنا إلى أن أحكام الوصية تسري على جميع تصرفات المريض مرض الموت، وهذا طبق لأحكام المادة 776 من القانون مدني جزائري.

9- كما بين أنه لا وصية لوأرث إلا إذا أجازها الورثة، ولا تكون إلا في حدود الثلث المعترف شرعا وقانونا، و قد بين الأساس الذي قيدت بموجبه حرية الايضاء .

10- كما تعرفنا إلى الوقف من حيث بيان مفهومه والحكم الذي يترتب عنه في حال ما إذا صدر الوقف في مرض الموت، فقلنا أن الوقف في مرض الموت تسري عليه أحكام الوصية، وهذا طبقا لحكم المادة 776 مدني جزائري، والتي تعتبر الأصل العام لجميع التصرفات الصادرة في مرض الموت.

الاقتراحات و الملاحظات:

- على المشرع إعادة النظر في التناقض الحاصل في المادة (408) من القانون المدني في نصه الفرنسي المترجم مع النص العربي، وهذا بالنسبة لتحديد فترة حدة المرض، والذي يتناقض مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامي .

- على المشرع أن يخص الوصية بقانون خاص مثلما فعل مع الوقف، وأن يتدارك مسألة شهر الوصية الواردة على عقار، التي نجدها غير ممكنة في القانون الجزائري .
- وفي الأخير على المشرع الجزائري مراجعة هذه الملاحظات وأخذه بعين الإعتبار.

قائمة : المصادر و المراجع

أولاً: المصادر:

أ)- القرآن الكريم:

ب)- كتب الحديث:

- 1- الحافظ أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترميذي، سنن الترميذي، دار الحديث، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى 1421هـ/2001م .

2- الإمام المحافظ محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري مع شرحه فتح الباري، دار الحديث، القاهرة، مصر، 1998.

ثانيا: المراجع:

- كتب ومعاجم اللغة:

1- أبو الحسن بن احمد زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، مج5، دار الفكر لطباعة، د.ب.ن، د.س.ن.

2- أبو الفضل محمد بن منظور، لسان العرب ج9، دار الصادر، بيروت، 1993.

- كتب الفقه الإسلامي:

1- أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبي، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، ج2، ط1، مطبعة الآداب ، النجف ، 1969م.

2- أبو المنظور محي الدين أوزنك، الفتاوى الهندية، المكتبة الإسلامية، مصر، 1315هـ.

3- أبي الحسن علي بن عبد السلام، البهجة في شرح التحفة، ج2، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، لبنان، 1998 .

4- احمد بن عبد الحليم بن تيمية، الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية، تحقيق عبد الرحمن قاسم، مكتبة ابن تيمية، د.ب.ن، د.س.ن.

5- الإمام ابن القيم الجوزية، إغاثة اللهفان من مصاديد الشيطان، تحقيق مجدي فتحي السيد، دار الحديث، القاهرة، 2009.

6- الإمام أبي زكريا محي الدين شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ط3، دن، لبنان، 1991، ص124.

7- بن رجب الحنبلي، جامع العلوم والحكم، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، لبنان، 1990.

8- بن عمر بن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار، دار الفكر للطباعة والنشر، لبنان، 2000.

9- حسين خلف الجبوري، عوارض الأهلية عند الأصوليين، مؤسسة مكة للطباعة والإعلام، مكة المكرمة، ط1، 1988 .

- 10- الشريف علي الجرجاني، التعريفات، تحقيق إبراهيم الاياري، دار الكتاب العربي، ط1، بيروت، 1985
- 11- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق علي محمد عوض وعادل احمد عبد الموجود، ج7، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.س.ن.
- 12- علي بن محمد البزدوي، كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام، طبعة اسطنبول، 1307هـ.
- 13- محمد أمين المعروف بأمير شاه، تيسر التحرير، ص277، مطبعة الحلبي، 1350هـ، محمد أمين
- 14- محمد علي بن الرحمن الحصفكي، الدار المختار، شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، تحقيق عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، لبنان، 2002.
- 15- ياسر علي محمد التويتي، أفعال المكلف بين منفعة نفسه ومضرة غيره، دار النفائس، الأردن، 2012

(أ)- الكتب:

- 1- أحمد إبراهيم، الوصية وبيان أحكامها في الشريعة الإسلامية، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، 1942.
- 2- حسني محمود عبد الدائم، مرض الموت وأثاره في عقد البيع، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007
- 3- حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة، 2012.
- 4- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات: الهبة، الوصية، الوقف، دار هومة، الجزائر، ص56.
- 5- خليل احمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية، ط4، 2005، ص58.
- 6- خير الدين فنطازي، عقود التبرع الواردة على الملكية العقارية، الوقف، ج1، دار الزهران للنشر والتوزيع، الأردن، 2013، ص18، 19.
- 7- شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية الهبة، الوصية، الوقف، الجزائر، 2012
- 8- عبد الحكيم فودة، النظام القانوني لحماية الورثة من الوصايا المستترة، مرض الموت، الاحتفاظ بالحيازة، دار المطبوعات الجامعية، مصر 2006
- 9- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة، بيروت، لبنان، 1998.

- 10- علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992 .
- 11- محمد أبو زهرة. أحكام التركات و المواريث. دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، دون سنة نشر.
- 12- محمد بن أحمد تقيّة. دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية و القانون المقارن، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003.
- 13- محمد كامل مرسي، الوصية وتصرفات المريض مرض الموت في القانون المصري والقوانين الأجنبية، القاهرة، دن، د.س.ن.
- 14- محمد مصطفى شلي: أحكام الوصايا و الأوقاف، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الطبعة الرابعة، بيروت، 1982 .
- 15- محمود إسماعيل مشعل، أحكام المريض في فقه الأسرة، مكتبة الوفاء القانونية، ط1، الإسكندرية، 2013.
- 16- مليكة بغاشي، قانون التوثيق- الإجراءات التوثيقية الرسمية لعقد البيع-، دار النعمان للطباعة والنشر، 2012.
- 17- نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008.

ب) المذكرات:

- 1- بن مشرّن خير الدين، إدارة الوقف في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الإدارة المحلية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011 . 2012
- 2- جغبوب محفوظ، الوصية بين الشرع والقانون، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2004
- 3- دالي فتيحة، تصرفات المريض مرض الموت، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، 2013.

4- رمضان قنفود: نظام الوقف في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري-دراسة مقارنة-، بحث
مقدم لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري والزراعي، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة،
2001 /2000

5- زروق عبد الرؤوف، حماية الورثة من الوصايا المستترة، مذكرة التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا
للقضاء، الجزائر، 2006

6- عبد القادر داودي، مرض الموت وأثره في التصرفات عند المالكية، مذكرة لنيل شهادة
الماجستير، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، الجزائر، 1995.

ج- المقالات:

- 1- إياد محمد جاد الحق، هبة المريض مرض الموت في مجلة الأحكام العدلية، مجلة الجامعة
الإسلامية (سلسلة الدراسات الإسلامية) المجلد التاسع عشر، العدد الثاني، يونيو 2011 .
- 2- بلحاج العربي بن احمد، الأحكام الشرعية والطبية للمتوفى في الفقه الإسلامي، مجلة البحوث
الفقهية المعاصرة، العدد 42، السنة 11
- 3- سري زيد الكيلاني، حجية إقرار المريض مرض الموت بالحق المالي في الفقه الإسلامي
والقانون الأردني دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 37 ، العدد 1، 2010.
- 4- محمد احمد البديرات، مدى اعتبار الايدز مرض موت، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية
والقانونية، مج 22، العدد الأول، 2006.
- 5- مازن مصباح مصباح، الهبة في مرض الموت، دراسة فقهية مقارنة، مجلة الجامعة الإسلامية ()
سلسلة الدراسات الإسلامية)، مج 19، العدد 2، 2011.

د- المجالات القضائية:

- 1- المجلة القضائية، العدد الثالث، 1989 .
- 2- الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001.

ه- القوانين:

- 1- قانون رقم 75 / 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل و المتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جويلية 2005.
- 2- قانون رقم 84 / 11 مؤرخ في 09 جويلية 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.
- 3- قانون رقم 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن القانون التوجيهي العقاري، المعدل و المتمم.
- 4- قانون رقم 10/91 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتعلق بالأوقاف، المعدل والمتمم.

الفهرس

1	مقدمة
4	الفصل الأول : ماهية مرض الموت
5	المبحث الأول : مفهوم مرض الموت
5	المطلب الأول : تعريف مرض الموت
5	الفرع الأول : تعريف مرض الموت لغة واصطلاحا
5	أولا: التعريف اللغوي

7	ثانيا: التعريف الاصطلاحي
12	الفرع الثاني: الشروط التي يجب توافرها في مرض الموت
15	المطلب الثاني: الحالات التي تدخل في حكم المريض مرض الموت
15	الفرع الأول: الحالات الخاصة
19	الفرع الثاني: الحالات العامة
21	المبحث الثاني: مدى تأثير مرض الموت في تصرفات وأهلية المريض، وكيفية إثباته
21	المطلب الأول: مدى تأثير مرض الموت في أهلية المريض مرض الموت
23	المطلب الثاني: إثبات مرض الموت
23	الفرع الأول: إثبات مرض الموت في الفقه الإسلامي
25	الفرع الثاني: إثبات مرض الموت في القانون الجزائري
28	الفصل الثاني: حكم تصرفات التبرع الصادرة بإرادة منفردة في مرض الموت
29	المبحث الأول: الوصية عند مرض الموت
29	المطلب الأول: مفهوم الوصية
29	الفرع الأول: تعريف الوصية
29	أولا: لغة
29	ثانيا: الاصطلاح الشرعي
30	الفرع الثاني: أركان الوصية
30	أولا: شروط صحة الوصية
32	ثانيا: شروط نفاذ الوصية
33	المطلب الثاني: كيفية إثبات الوصية وإمكانية شهرها
33	الفرع الأول: إثبات الوصية
33	أولا: إثباتها بموجب عقد توثيقي
34	ثانيا: إثباتها بموجب حكم قضائي
34	الفرع الثاني: إمكانية شهر الوصية في القانون الجزائري
34	المطلب الثالث: الوصية عند مرض الموت
34	الفرع الأول: الوصية كحكم عام لتصرفات المريض مرض الموت
35	أولا: أن يتم التصرف في مرض الموت
35	ثانيا: أن يكون التصرف بقصد التبرع

37	الفرع الثاني: تقييد حرية الايصاء
37	أولاً: عدم جواز الايصاء لوارث
38	ثانياً: عدم جواز تجاوز الموصى به ثلث التركة
38	الفرع الثالث: أساس تقييد الوصية
39	أولاً: منع الإضرار بالورثة
41	ثانياً: تولي الشرع الخلافة في المال
43	المبحث الثاني: الوقف في مرض الموت
43	المطلب الأول: مفهوم الوقف
44	الفرع الأول: تعريف الوقف لغة واصطلاحاً
44	أولاً: لغة
44	ثانياً: اصطلاحاً
46	الفرع الثاني: أركان الوقف وشروط نفاذه
46	أولاً: أركان الوقف
49	ثانياً: شروط نفاذ الوقف
51	الفرع الثالث: إثبات الوقف
52	المطلب الثاني: حكم الوقف في مرض الموت
55	خاتمة
64	الفهرس