وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

أحكام تصرفات المريض مرض الموت في التشريع الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر

تخصص : أحوال شخصية

إعداد الطالبين :

-كاف بلال

-رمادلية أمين

بإشراف

الدكتور بن شويخ رشيد

لجنة المناقشة :

1) الدكتور: جيلالي عشير.....رئيسا .

2) البروفيسور: بن شويخ رشيد .....مشرفا و مقررا.

3) الأستاذ : بلكوش محمد.....مقررا.

تاريخ المناقشة:.....

السنة الجامعية : 2018/2017

شكر و تقدير

في مثل هذه اللحظات يتوقف البارع ليفكر قبل أن يحط الحروف ليجمعها في كلمات تتبعثر الأحرف عبثا وأن يحاول تجميعها في سطـور

سطورا كثيرة تمر في الخيال ولا يبقى لنا في نهاية المطاف إلا قليلا من الذكريات وصور تجمعنا برفاق كانوا إلى جانبنا.

فواجب علينا شكرهم وداعهم ونحن نخطو خطواتنا الأولى في أنهار الحـياة

ونخص بجزيل الشكر والعرفان إلى كل من أشعل شمعة في دروب عملـنا

وإلى كل من وقف على المنابر وأعطى من حصيلة فكره لينير دربنا إلى الأساتذة الكرام الذين رافقونا بمشوارنا الدراسي ،كما نخص بالذكر المشرف الأستاذ الدكتور :"بن شويخ رشيد"

الذي تفضل بالإشراف على هذا البحث فجزاه الله عنا كل خير فله منا كل التقديـر و الاحترام

كما نشكر كل موظفي جامعة الجيلالي بونعامة

وكل مـن ساعدنـا.

إهداء

اللهم ذا الفضل لا رادا لفضلك

الحمد لك على توفيقنا لإتمام هذا العمل

أهدي عملي هذا إلى والداي حفظهما الله لي و أدامهما تاجا فوق رأسي

إلى إخوتي و أبنائهم كبيرهم و صغيرهم

وكل عائلة كاف إجمالا

إلى كل أساتذة وعمال كلية الحقوق دون إستثناء

بلال

إهداء

إلى من حملا لواء العطف و الشقاء والداي

إلى كل العائلة

إلى كل الأساتذة في التخصص

إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع

أمين

مقدمة

إن تصرفات المريض مرض الموت، من الموضوعات الهامة التي يجب دراستها و البحث فيها لما لها من أهمية بالغة في حياتنا الإجتماعية ، لأن المريض اثناء مرضه يحس بدنو أجله ، و نهاية حياته ، فيتصرف في ملكه كما يروق له و يحلو له غير أنه نتائج هذه التصرفات أن يكون قد حقق مبتغاه، ثم يكون قد إنتقل إلى الدار الآخرة ، و لكن عندما يتصرف المريض أثناء مرض الموت فيؤثر ذلك فيه إذ يفضل بعض الوراثة على البعض ، فإن هذه التصرفات تكون محل شك و سريعة سوء الظن في نفوس الورثة.

و قد إستمد القانون الجزائري أحكام تصرفات المريض مرض الموت من الشريعة الإسلامية و فصلها بشيء من الإيضاح ، فجعلها تتضوي و تسير على هدى قواعده .

مع ذلك فقد أجيز للمريض مرض لموت التصرف في أمواله بعد وفاته و ذلك عن طريق الوصية و لكن هذا التصرف مقيد، كأن لا تكون الوصية لغير الوراثة إلا في حدود ثلث التركة أو لغير الورثة لأكثر من الثلث، إذا أجاز ذلك باقي الوراثة ، فإذا كان من حق الإنسان كما لاحظنا التصرف في أمواله حال حياته و بعد وفاته فإن هناك مرحلة أخرى يمكن له أن يتصرف في أمواله خلال إعتبرها القانون مرحلة وسطى بين الحياة و الموت و الشعور فيها بدنو أجله و سمى الفقهاء هذه الفترة بفترة مرض الموت ، و تبعا لذلك تنجر عن هذه التصرفات آثار قانونية جعل فيها القانون حق الوراثة المتعلق بأموال المريض و عمل على تقييد تصرفاته في هذه المرحلة لإتسامها بالشك و الربا .

و من أسباب إختيارنا لهذا الموضوع هو الإلمام و الإطلاع على أحكام المريض مرض الموت و آثاره

و من كل ما سبق نطرح الإشكالية التالية :

ماذا يقصد بمرض الموت ؟ و ماهي الأحكام و الآثار التي تنتج عنه؟

و للإجابة على هذه الإشكالية إتبعنا المنهج الوصفي التحليلي المقارن أحيانا حيث قسمنا الموضوع إلى فصلين رئيسين حيث عالجنا في الفصل الأول ماهية مرض الموت وإثباته ، أما في الفصل الثاني تطرقنا إلى حكم و أثر التصرفات التي يؤتيها المريض مرض الموت.

تمهيد:

خلق الله سبحانه وتعالى الحياة الدنيا وقسم أرزاق عباده، فمنهم من يعيش في عسر بكل أنواع المحن، والمصائب، والمعاناة والأمراض الّتي تجعل صاحبها عاجزا عن أداء مهامه وتعجزه عن متابعة مساره وأعماله المتعلقة به.

وهناك من يّسر له أموره بالفرح والسعادة والهناء، دون شقاء فسبحان الخالق الذي جعل في كل شيء اختلاف بين عباده.

ومن بين العسر الّذي قد يصيب الإنسان في حياته نجد المرض، و هو ما يصيب جسم الإنسان فيصبح عاجز عن أداء وظائفه والّتي قد تؤدي به إلى الموت فيبتلي سبحانه وتعالى من يشاء من عباده ليتعلق الخلق بعطفه ولطفه كما ذكر تعالى فى القرآن الكريم دعوة النبي أيوب عليه السلام لقوله تعالى" **وَ أَيُّوبَ إِذْ نادى رَبَّهُ أَنِّي مَسَّنِيَ الضُّرُّ وَأَنتَ أَرْحَمُ الراحِمِين** ﴿83﴾ **فَاسْتَجَبْنَا لَهُ فَكَشَفْنَا مَا بِهِ مِن ضُرٍّ ۖ وَآتَيْنَاهُ أَهْلَهُ وَمِثْلَهُم مَّعَهُمْ رَحْمَةً مِّنْ عِندِنَا وذكرى لِلْعَابِدِينَ (84)** [1]

انتشرت الأمراض بشكل واسع في جميع أنحاء العالم، وهذا نتيجة لعوامل مختلفة أهمها: التلوث البيئي في كل من الهواء والماء الغذاء، وغياب الوازع الديني.

ومن حقيقة الإنسان الّتي لا تخفى على أحد من بني البشر فمهما طال عمره فمصيره الزوال والفناء لقوله تعالى « **كُلُ نَفْسٍ ذَائِقَةُ المَوْتِ** »[2]، وكذا قوله تعالى " **كل مَنْ عَلَيْهَا فَانٍ ,وَ يَبْقَى وَجْهُ رَبِّكَ ذُو الْجَلالِ وَالإِكْرَام**" [3]

ونختم هذا الفصل بإثبات مرض الموت، كونه واقعة مادية يجوز إثباته بكافة الطرق وسوف نقوم بعرضه فقها وقانونا، و من هنا سنتطرق إلى مفهوم مرض الموت في المبحث الأول والملحقون بمرض الموت وإثباته في المبحث الثاني.

[1]- سورة الأنبياء، الآية رقم 83-84.

[2]- سورة آل عمران، الآية رقم 185.

[3]- سورة الرحمان، الآية رقم 26-27.

المبحث الأول: مفهوم مرض الموت

إنّ معظم التقنينات العربية لم تعرّف مرض الموت، بما فيهم القانون الجزائري، بل اكتفى فقط بإيراد أحكام التصرفات الصادرة خلاله في القانون المدني و قانون الأسرة ولهذا يجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في و تعريفه استنادا إلى نص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري [1]، التي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لا يوجد نص فيه.

وسوف نعرض في المطلب الأول معنى مرض الموت، وفي المطلب الثاني شروط مرض الموت.

المطلب الأوّل: معنى مرض الموت في الفقه والقانون الجزائري

نتطرق في هذا المطلب إلى معنى مرض الموت في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري لكن قبل ذلك يجب التمييز بين مرض الموت والمرض العادي وهذا الأخير هو المرض الّذي يرهق و يتعب المريض إلّا أنّه يمكن للطبيب أن يشخصه و يصف له العلاج المطلوب، إذن هو مرض يمكن علاجه، و من بين هذه الأمراض نجد المرض العضوي في البدن أو أحد أعضاءه، والأمراض النفسية التي تتجلى فى اضطرابات سلوكية عند الإنسان، وأمراض أخرى تنتقل من أحد الوالدين إلى الأولاد.[2]

أمّا مرض الموت فهو المرض المخوّف الذّي حكم بكثرة الموت فيه سواءً كان المريض طريح الفراش أم لا، ومن بين هذه الأمراض (الإيدز ،السرطان، وجع القلب ،والرئة...)، فإذا اتصل به الموت كان مرض الموت وانطبق عليه أحكام المريض مرض الموت، فإذا لم يتصل به فحكمه حكم الصحيح. وسوف نستعرض معنى مرض الموت في الفقه الإسلامي (الفرع الأول) ومعنى مرض الموت في القانون (الفرع الثاني).

[1]- الأمر رقم 58/75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج ر عدد 78 بتاريخ 26 سبتمبر 1975.

[2]- محمود إسماعيل مشعل، أحكام المريض في فقه الأسرة، مكتبة الوفاء القانونية،(ط 1)، مصر، 2013 ، ص 29.

الفرع الأول: معنى مرض الموت في التشريع الجزائري.

بعد أن بيّننا تعريف مرض الموت في الفقه، ننتقل لبيان مرض الموت في القانون الجزائري.

أولا : مرض الموت في القانون المدني الجزائري

المشرع الجزائري لم يقم بتعريف مرض الموت في القانون المدني، بل أشار إليه في أحكام البيع في مرض الموت دون أن يبيّن المقصود بهذا المرض وهذا ما نلاحظه في المادة 408 ق.م.ج الّتي تنص: «اذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلاّ إذا أقره باقي الورثة أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنّه يعتبر غير مصادق عليه من أجل ذلك يكون قابلا للإبطال "، والمادة 409 ق م ج والتي تنص: «**لا تسري أحكام المادة 408 على الغير الحسن النية إذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع**" والمادة 776ف 1:"**كلّ تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا الى ما بعد الموت ،وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية الّتي تعطى الى هذا التصرف.**"

اذ اعتبر المشرع أنّ كل تصرف قانوني يحدث في مرض الموت بغرض التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت وتطبق عليه أحكام الوصية، ومهما كانت تسمية هذا التصرف، فالمشرع جاء بصياغة عامة وأدرج التصرفات القانونية التي يمكن أن تصدر في مرض الموت بنية التبرع ضمن أحكام الوصية.

ثانيا: مرض الموت في قانون الأسرة الجزائري

إنّ المشرع الجزائري لم يعرّف مرض الموت في قانون الاسرة انّما أشار إليه اشارة ضمنية، حيث ذكر الهبة في مرض الموت في المادة 204 ق.أ.ج والّتي تنص: "الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخفية تعتبر وصية" كما ذكر الاقرار بالنسب في المادة 44 ق.أ.ج و الّتي تنص: " **يثبت النسب بالإقرار وبالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب و لو في مرض الموت التي صدقه العقل أو العادة** "، وأشار إليه في الوقف في المادة215

ق أ ج و الّتي تنص: "**يشترط في الوقف والموقوف ما يشترط في الواهب والموهوب طبقا للمادتين 204 و 205 من هذا القانون**". [1]

ثالثا: مرض الموت قضاء

لقد عرّف القضاء الجزائري مرض الموت في كثير من المسائل المتعلقة به، ومن بين اهم قراراته ا لّتي تنص على ما يأتي: " **من المقرّر شرعا أن مرض الموت الّذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا، و يجّر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه و تمييزه ومن ثم فان القضاء بخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقواعد الفقهية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي السائد**".[2]

نلاحظ في هذا التعريف أنّ القضاء الجزائري لم يقم بتحديد مرض الموت بمدة معينة كما فعل فقهاء الشريعة الإسلامية الذّين قاموا بتحديد مدة مرض الموت بسنة كاملة، فإذا تجاوزت السنة فلا يعتبر مرض موت فتصرفاته تعتبر كتصرفات الشخص الصحيح. وكذلك الاجتهاد القضائي لم يتطرق إلى عنصر فترة حدة المرض المشار إليها في المادة 408 ق.م.ج في نصها الفرنسي الّتي تنص:

« **Le vent consenti par un malade dans la période aigue de la maladie qui entraine la mort qui a entrainé sa mort, à un de ses héritiers n'est valable que si elle est ratifiée par les autres héritiers** »

إلّا أنّه لم يشر إليها في النص العربي الذّي ينص: "**إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإنّ البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة**".

[1]- قانون 11/84 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيراير 2005، ج ر عدد 15، مؤرخة في 27 فيراير 2005.

[2]- قرار المحكمة العليا، صادر عن غرفة الاحوال الشخصية، ملف رقم (33719)، الصادر سنة 1984 ، المجلة القضائية، عدد 3، الجزائر، سنة 1989 ، ص 51.

ومن هنا نلاحظ أنّ هناك تناقض في نص المادة 408 باللّغة الفرنسية الّذي يشترط حدة المرض، أي فترة شدة المرض وباللّغة العربية الّذي لم ينص على شرط الحدة.

ومن مزايا إجتهاد القضاء الجزائري أنّه لم يحدد مدة المرض كون الإنسان كثير التعرض لمختلف الأمراض الخطيرة الّتي تؤدي الى الموت فعلا بالرغم من أنّه تتجاوز مدته السنة مثل مرض فقدان المناعة المكتسبة ا لّذي يتصل بالموت ومدته يمكن أن تفوق السنة.

فالاجتهاد القضائي مجال واسع في البحث عن الشواهد والأدلة على حال المريض أهيَ حالة اليأس من الحياة، صدر التصرف تحت تأثيرها ؟ أم هي حالة اطمئنان ورجاء في الحياة.

وهذا بالرّجوع إلى الخبرة الطبية الّتي يستعين بها القاضي لتقدير قوّة تأثير المرض وامتداده وتحديد الحالة النفسية للمريض، ومثال عن ذاك : إذا أخبر الطبيب شخصا أنّه عنده سرطان لا يرجى شفاءه فإنّه سيصبح في حالة نفسية كئيبة يترقب الموت بين لحظة وأحرى فإذا أخبره الطبيب أنّه لا رجاء في الحياة ولا في العلاج.[1]

ولم يعيّن مقدار من الزمن لقوّة تأثير المرض في الحياة، والمرض يزداد لوقت لآخر فإنّ المريض يترقب الموت فتكون تصرفاته مضرّة، فتعتبر كتصرفات المريض مهما طال المرض ،لأنّها تمس بالورثة والدائنين.[2]

[1] – محمد أبو زهرة، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية،(د.ط)، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977 ، ص 355.

[2] – رشاد السيد ابراهيم عامر، تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري مقارنا بالشريعة الاسلامية والقوانين الاخرى، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص كلية الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، 1989 ص 38.

الفرع الثاني: مرض الموت في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء في تعريفهم مرض الموت، إلّا أنّ هم اتفقوا على أنّ مرض الموت يجب أن يتحقق فيه أمران:

-أن يحدث منه الموت غالبا.

-أن يموت الشخص بالفعل موتا متصلا به.[1]

أولا: مرض الموت في المذهب الحنفي.

- " هو مرض الذّي أضنى الشخص أو اعجزه عن القيام بحوائجه وأمّا ا لّذي يجيء و يروح فلا." [2]

- وذهب رأي آخر في المذهب الحنفي إلى أنّ مرض الموت هو ما يخاف منه الهلاك غالبا بأن يكون صاحب فراش وهو الّذي يقوم بحوائجه في البيت كما يعتاده الأصحاء إن كان يقدر على القيام بتكليف، و الّذي يقضي حوائجه في البيت وهو يشتكي لا يكون مريضا لأنّ الانسان قلما يخلو عنه.[3]

ثانيا: مرض الموت في المذهب الشافعي.

- "كل ما يستعّد بسببه للموت بالإقبال على العمل الصالح".[4]

- كما يقول الشافعي أيضا المرض مرضان، فكل مرض كان الاغلب منه الموت مخوف منه فهو يعتبر مريضا وكل مرض كان الأغلب منه أنه غير مخوف فتصرف المريض فيه كتصرف الصحيح و إن مات.[5]

---

[1]- أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج 2، دار الكتب العلمية،(ط 1) ، لبنان، 1998 ص 394.

[2]- عبد الله محمود ، الاختيار لتعليل المختار، ج 2، (ط 1)، دار الفكر العربي، (د.ب.ن)، (د.س.ن)، ص 114.

[3]- عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر للنشر، الأردن، 2007 ،ص 227.

[4]- شمس الدين محمد بن أبي العباس، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، ج 6(ط 1)، دار الكتب الحديثة، (د.ب.ن)، 1993 ، ص 65.

[5]- عبد السلام أحمد فيغو، التصرفات الصادرة من المريض مرض الموت، (دراسة فقهية قانونية مقارنة)، (ط 2)، دار الثقافة المغربية للنشر والتوزيع، الرباط، 2010 ، ص 21.

ثالثا : مرض الموت في المذهب المالكي.

" يرى المالكية أنّ مرض الموت هو كل مرض يؤكد فيه الأطباء بأنّه يكثر الموت من مثله مثل السل."

فمرض الموت عند المالكية هو الّذي يخاف منه الموت على المريض عادة، فكل مرض يقعد صاحبه عن الدخول والخروج و إن كان جذاما أو برصما أو فالجا فانّه يعتبر مرض موت و يحجب فيه عن المريض ماله.[1]

فهم لا يحكمون بالشخص أنّه مريض مرض الموت إلاّ بتشخيص طبي، وهذا الطبيب يعلن بأنّ هذا المرض مرض الموت الذّي يكثر المؤت فيه.

حسب تعريف المالكية فيراد بكثرة الموت أن الموت يكون شائعا لا يتعجب منه.

رابعا: مرض الموت في المذهب الحنبلي.

" هو كل ما كان سببا صالحا للموت من الأمراض". [2]

كما يرى أيضا أنّه المرض الّذي يكثر حصول الموت منه، و ليس المراد بكثرة الموت أن يغلب على الظّن الموت منه أو يتساوى في الظن جانب البقاء والموت بسببه ، و إنّما أن يكون سببا صالحا للموت فيضاف إليه، و يجوز حدوثه عنده.[3]

نستنتج ممّا سبق أنّ الفقهاء قد اتفقوا على أنّ مرض الموت هو المرض الّذي يؤدي غالبا إلى الموت، غير أنّ المذهب المالكي لم يقم بتسمية المرض بمرض الموت إلّا بناء على حكم الطبيب، أمّا الحنفية فقد اعتمدوا في تعريفهم على الظواهر التي تصاحب هذا المرض كعدم قدرة المريض على قضاء حوائجه بنفسه، إلّا أنّ هذا الرأي أنتقد لأنّ تلك الظواهر يمكن أن نجدها عند المريض أو غيره فاعتمادهم على تلك الظواهر غير دقيق.

[1]- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،ج 7، دار الكتب العلمية، لبنان، (د.س.ن)، ص 244.

[2]- عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي ، حاشية الروض المربع، شرح ا زد المستنقع، مج 6، (ط 1)، (د.ن)، (د.ب.ن) 1979 ، ص 30.

[3]- أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، الإختبارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية، مكتبة ابن تيمية، (د.ب.ن)، (د.س.ن)،ص 191.

أمّا الشافعية و الحنفية فقد وضعوا ضابطا لتعريفهم وه وأن يكون الموت متصلا به غالبا.[1]

ومن مجموعة التعاريف السابقة نستنتج التعريف الأقرب للصواب لمرض الموت وهو أنّ المرض الّذي يجب اعتباره مرض الموت هو الّذي يجتمع فيه وصفان، أولهما أن يغلب فيه الهلاك عادة، و يرجع هذا إلى الأطباء في طبيعة الأمراض وثانيهما أن يعقبه الموت مباشرة سواء أكان الموت بسببه أو بسبب آخر خارجي كالقتل مثلا.[2]

المطلب الثاني: شروط مرض الموت

هناك ثلاثة شروط ليكون المرض مرض الموت وهي:

-أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه.

-أن يغلب فيه الموت.

-أن ينتهي بالموت فعلا.

وتعتبر هذه الامور كلها موضوعية من شأنها أن تقيم في نفس المريض حالة نفسه هي أنه مشرف على الموت وسنعرضها في فروع مستقلة.

الفرع الاوّل: أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه المعتادة.

يجب أن يجعل المرض المريض عاجز عن قضاء مصالحه المألوفة و العادية الّتي يستطيع الأصحاء عادة مباشرتها، فإن كانت من الاناث أن تقعدها عن قضاء مهامها المنزلية ، و إن كان من الذّكور فيصبح عاجزا عن مباشرة مهنته أو وظيفته خارجا ، و ليس من الضروري ملازمة المريض الفراش ،ومع ذلك يبقى عاجزا عن قضاء مصالحه.[3]

وهناك حالات قد يكون الانسان فيها عاجزا عن قضاء مصالحه ولكنّ ليس بسبب المرض، فلا يعتبر مريض مرض الموت ، و هي الشيخوخة الّتي تجعل الشخص غير قادر على مباشرة الأعمال المألوفة ولكن يحتاج إلى من يساعده، فهذا لا يكون مريض مرض الموت،

---

[1]- مازن مصباح مصباح، الهبة في مرض الموت، دراسة فقهية مقارنة، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة دراسات الإسلامية)، مج 19 ، العدد الثاني، جوان 2011 ، ص 670-671.

[2]- نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت،(الوصية، البيع، الهبة، الوقف، الكفالة، الإبراء، القرار، الخلع، الطلاق)، دار الهدى، الجزائر، 2008 ، ص 9.

[3]- عجة الجيلالي، المدخل للعلوم القانونية، ج 1،(نظرية القانون بين التقليد والحداثة)، (د.ط) ، (د.ب.ن)، 2009 ص 605.

وتكون تصرفاته حكم تصرفات الأصحاء، وكذلك إذا كان يمارس حرفة شاقة لا يستطيع مباشرتها، إلّا وهو في كامل عافيته فيقعده مرضه عن ذلك دون أن يعجزه فلا يكون في هذه الحالة مريضا مرض الموت.[1]

ونستنتج مما سبق أن لا ينال من تحقق هذا الشرط أن يكون المرض لمدة طويلة بل يكفي ثبوت أنّ التصرف الصادر من المريض قد صدر منه وهو في هذه الحالة الّتي انتهت بالموت فعلا، إلى جانب خروج المريض من منزله مرة أو مرتين اختياريا للتصديق على عقد أو جبرا عنه للدفاع عن نفسه أمام القضاء الجزائي في حالة توجب ذلك، أو الحضور أمام محكمة الجنح للدفاع عن نفسه.

كما لا يشترط في مرض الموت أن يؤثر على سلامة إدراك المريض أو ينقص من أهليته للتصرف لأنّ أهليته كاملة.[2]

الفرع الثاني: أن يغلب على المريض خوف الموت.

في هذا الشرط لا يكف أن يقعد المريض عن قضاء مصالحه، بل يجب أن يغلب عليه خوف الموت، فيكون من الأمراض الّتي تنتهي عادة بالموت، و يمكن أن يكون مرضا بسيط ثم يتطور ليصبح مرض خطير يخشى فيه الموت.

أمّا إذا كان المرض ليس خطيرا فإنه لا يعتبر مرض الموت ولو عجر المريض عن قضاء حوائجه، ومثال أن يصاب شخص بمرض في قدمه فيعجزه عن المشي، وكذلك ان يصاب الانسان برمد في عينيه فيعجزه عن الرؤية، فلا يستطيع قضاء مصالحه، إلّا أنّه يكون من الأمراض الّذي يشفى فيه المريض عادة، ولا يغلب فيها خوف الموت فهنا لا يعتبر بمرض الموت و إن عجز عن قضاء مصالحه فتكون تصرفات هذا الشخص حكمها حكم تصرفات الاصحاء.[3]

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مج 1، (البيع والمقايضة)، دار إحياء التراث العربي، . لبنان ،(د.س.ن)، ص 315.

[2]- نبيل صقر، المرجع السابق، ص 13.

[3]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 316.

وترجع تقدير غلبة الهلاك إلى رأي الاطباء بحيث يكون المرض من الأمراض الّتي تسبب الموت كالسرطان، ولكي يعتبر المرض من أمراض الموت يكفي فقط ان يكون المريض على العلم بدُنوِ أجله وأنّه لا يشفى [1] ، و ليس بالظرورة أن يقعده عن قضاء مصالحه وهو الذّي يجعله بالقيام بتصرفات التي لا يمكن القيام بها لولا هذا الشعور.

إنّ فقهاء المسلمين قد أولوا أهمية خاصة لهذين الشرطين (الأوّل والثاني)، وفي الحقيقة أنّ اشتراط هذين الشرطين يثيران التساؤل عما إذا كان بالإمكان استغناء الشرط الثاني عن الأول، فذهب رأي للقول أنّ الشرط الثاني يغني عن الأول فيكفي أن يغلب في المرض خوف الموت دون حاجة قعود المريض عن قضاء مصالحه، وذهب رأي آخر إلى وجوب استفاء الشرطين معا حيث جعل الشرط الثاني وهو أن يغلب في المريض خوف الموت كأصل، وأمّا قعود المريض عن قضاء مصالحه المادية.[2]

أمّا الرأي الثالث وهو الأرجح فقام بالتوفيق بين الرأيين بأن المريض إن علم أنّ به مرضا مهلكا غالبا وسوف يؤدي به إلى الموت فهو المعتبر و الأصل و إن لم يعلم أنه مهلك كان المعتبر هو العجز عن قضاء مصالحه فهذه هي العلامة المادية الّتي تشعر المريض بأن المرض يهدده بالموت، فمتى ثبت قيام هذا الشعور بنفس المريض كان هذا كافيا ولو لم يقعد المريض عن قضاء مصالحه.[3]

[1] – دالي فتيحة، تصرفات المريض مرض الموت في القانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، 2013 ، ص 22.

[2] – حسني محمود عبد الدايم، مرض الموت و أثاره على عقد البيع، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007 ، ص 114.

[3] – حسني محمود عبد الدايم، المرجع نفسه، ص 115.

الفرع الثالث: أن ينتهي المريض بالموت فعلا.

يمكن أن يعقب الموت المريض مباشرة بحيث لا يفصل بينهما فترة صحة، وهذا سواء كان الموت بسبب المرض نفسه أو سبب أخر، كالحرق أو الغرق، فإذا تصرف شخص في ماله أثناء مرض أقعده عن قضاء مصالحه، وغلب فيه خوف الموت كان تصرفه معتمدا به حال حياته، فإذا انتهي الموت جاز الطعن فيه على أساس أنّه صدر من مريض مرض الموت، أمّا إذا برئ كان حكم تصرفه حكم تصرف الأصحاء.[1]

و يشترط فقهاء الشريعة الإسلامية وفاة المريض قبل سنة من بدئ المرض، و إذا تجاوزت هذه المدة فلا يعتبر مرض الموت ولو كان المرض من الأمراض المزمنة، لأنّ القاعدة أن هذه الأمراض لا تعتبر مرض الموت للوهلة الأولى إذا طالت دون أن تشتد ولكن إذا إشتد وساءت حالة المريض وانتهت بالموت فعلا فيعتبر مرض موت من الوقت المشتد حتى ولو بقي مشتدا أكثر من سنة.[2]

كما يلاحظ أنّ المحكمة العليا الجزائرية لم تأخذ بشرط وفاة المريض خلال سنة و يستخلص ذلك من قرارها الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1993/11/23.[3]

الفرع الرابع: أن يموت الإنسان على حاله قبل سنة من مرض الموت.

يجب حتى تستعمل شروط مرض الموت أن يموت الإنسان قبل سنة من تاريخ عجزه عن متابعة أعماله المعتادة.

و إن هذا التحديد الزمني بسنة مختلف فيه بين المذاهب و الفقهاء فيرى بعضهم أنه لا عبرة لهذا التحديد و أن المهم أن يطول المرض مدة كافية ليتولد عند المريض شعور أنه لا خطر في المرض فإن إشتد و هدد المريض بالموت و أصبح يائسا من حياته فيعتبر مرض موت و لو زاد عن سنة و لكن مجلة الأحكام العدلية (01) في مادتها 1595 ،[4]وأكثر

---

[1]- زهدود محمد، الوصية في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، (د.ط)، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991 ص 131.

[2]- طايلب حنان،حماية الورثة من الوصية المستترة، في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر،كلية الحقوق والعلوم والسياسية، جامعة أكلي محند ولحاج البويرة،الجزائر، 2013 ، ص 25.

[3]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 96675 ، الصادر بتاريخ 1993/11/23، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 30.

[4] - المادة 1595 بمجلة الأحكام العدلية

المتأخرين رجحوا تحديد المرض بسنة للدقة ،و ذلك بوضع الضوابط الواضحة فإن زاد المرض عن سنة يأنس المريض لمرضه و يتعود عليها ويعود تفكيره للحياة و العمل و إختيار التصرفات النافعة و تقدير الأمور لمستقبل أيامه ، و يعتبر صاحبه في حكم الصحيح و أنه مرضه لا يعد مرض موت بل يكون مرضا عاديا و تأخذ تصرفاته حكم تصرفات الأصحاء لا حكم الوصية إذ لا يعقل طالما ظل الإنسان مريضا أن تكون تصرفاته مقيدة يتعلق بها حقوق الورثة.[1]

و عليه حتى يعود تصرف المريض قد صدر في مرض الموت أن يكون قد صدر في أقل من سنة من بداية المرض إلى حين وفاته.[2]

و عليه حتى يعود تصرف المريض قد صدر في مرض الموت أن يثبت تاريخ وفاته بتقرير من الطبيب على أساس أول مراجعة له أو بتقرير يحدد فيه بداية المرض على أن بداية المرض تعد واقعة و مادية يمكن للورثة أن يثبتوها بكل طرق الإثبات ، منها شهادة الشهود فإن كانت مدة المرض الذي إنتهت بالشخص إلى الوفاة في أقل من سنة و لو بيوم واحد أو ساعة أو حتى دقيقة عرفت لحظة المرض بالضبط إذا كان الشخص مريض مرض الموت و تأخذ تصرفاته حكم الوصية .[3]

[1] – د. نعناع عبد الرزاق صالح السامرائي : مرجع سابق ، ص 01

[2] – د. امحمد يوسف الزغبي : ص 505

[3] – أ. عماد رشاد السيد : تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري ، مقارنة بالشريعة الإسلامية و القوانين الأخرى. ص 154

المبحث الثاني: إثبات مرض الموت و الملحقون به.

إنّ الحالات الّتي يأخذ فيها الشخص حكم المريض مرض الموت هي الحالات الّتي يكون فيها الشخص صحيحا، ولكنّ في حالة يخاف ويغلب فيها الموت، فتعتبر حالات فجائية كمريض مرض الموت، وتصرفاته تعتبر مثل التصرفات الصادرة من المريض.

كما يجب إثبات مرض الموت بكافة طرق الإثبات، كونه واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة الطرق، ويقع عبئ الإثبات على الورثة.

وسوف نستعرض الملحقون بمرض الموت في المطلب الأول، وإثبات مرض الموت في المطلب الثاني.

المطلب الأول: إثبات مرض الموت.

يعد إثبات مرض الموت من أكثر الموضوعات القانونية تطبيقا وحيوية، وهذا من أجل حماية ورثة المريض والموصي له.

بما أنّ المشرّع الجزائري لم ينص على تعريف مرض الموت، إلاّ أنّه أوجز تنظيم مرض الموت تطبيقا للقواعد العامة، لأنّ مرض الموت واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات منها الشهادة والقرائن، والشهادات الطّبية الّتي تعتبر أقوى دليل على حالة المريض في أيامه الأخيرة، وعبء الإثبات يقع على من يدعي أنّ المريض كان في حالة مرض موت قبل موته، وعليه سنعالج إثبات مرض الموت فقها وقانونا.

الفرع الأول: إثبات مرض الموت في التشريع الجزائري.

تنص المادة 776 ق.م.ج ف 2على أنه: " **وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا.**"

إذا توفرت شروط تحقق مرض الموت اعتبر هذا الموت واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات، وعبء الإثبات يقع على الورثة.

أولا: مرض الموت واقعة مادية

يعتبر مرض الموت بالشروط والضوابط السابقة واقعة مادية يجوز اثباتها بكافة طرق الإثبات القانونية ومن بينها البينة والقرائن، وأكثر ما يثبت هذا المرض بالشهادة الطبية الدالة على حالة. لأنّ الشهادات الطبية تعتبر دليلا قويا لاسيما تلك الوقعة في مصالح الطبيب الشرعي المؤهلة في ذلك على أساس أنّ الطبيب مختص ومؤهل للقول في مثل حالات المرضى وغالبا ما يذهب قضاة الموضوع لهذه الوسيلة، ويعتبرونها دليلا حاسما في الدعوى و تدعم في مثل هذه الحالات، إذا ما إلتمس المدعي إجراء تحقيق وغالبا ما يتم هذا بشهادة الشهود الذين عايشوا المتوفي في آخر أيامه.[1]

ومن القرائن على صدور التصرف في مرض الموت نجد:

1. تنازل المريض عن كل ما يملك وقت اشتداد المرض عليه، هو أكبر مظهر من مظاهر مرض الموت وأماراته.
2. تحرير العقد قبل وفاة المورث بأيام قليلة إلا إذا وجدت دلائل تثبت وفاة المورث فجأة.
3. قرب تاريخ البيع من تاريخ الوفاة لا يثبت أن البائع كان مريضا وقت البيع، إذ يجب على الطاعن في هذه الحالة، أن يثبت بجميع طرق الإثبات أن البيع قد تم في مرض الموت.[2]

ثانيا: وقوع عبء الإثبات على الورثة

يقع عبء إثبات مرض الموت على من يدعي وجوده، فالورثة الذين يزعمون بأنّ مورثهم تصرف في أعيانه وهو مريض مرض الموت عليهم إثبات ذلك.

ولما كان من المستقر عليه قانونا أن الوارث خلف عام لمورثه، فإنه يتقيد في إثبات التصرف المطعون فيه بما تم بين مورثه والمتصرف إليه، فإذا كان التصرف مكتوبا وجب أن يثبت

[1]- محمودي عبد العزيز، مرجع سابق، ص 61.

[2]- نبيل صقر، المرجع السابق، ص ص 17 – 19.

مزاعمه بالكتابة، غير أن إثبات الواقعة المادية لمرض الموت فقط، دون تاريخ التصرف قرر لمصلحة الوارث الذي يستعمل كافة أدلة الإثبات.[1]

وهذا ما أفصح عنه المجلس الأعلى لغرفة الأحوال الشخصية في قرار قضية (فريق س.أ.ع) ضد فريق (س.أ.ب)

تصرف – مرض صاحبه مرض الموت – إثبات ذلك أحكام الشريعة الإسلامية الاجتهاد القضائي.

متى كان المقرر أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو مرض الأخير إذا كان خطير و يجر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه و تمييزه، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا للقواعد الفقهية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية و الإجتهاد القضائي السائد بشأن هذا الخصوص.

إذا كان من الثابت أن الطاعنين لم يستطيعوا إثبات أن البائع لم يكن يملك تمييزه ولا صحة إدراكه وقت تصرفه وأنّ المرض الأخير الّذي اعتراه أدى إلى تصرف باطل، فإن قضاة الموضوع اقتنعوا بما لهم من أدلة لأنّ المرض الأخير لم يكن مرضا من شأنه أن يفقد المتصرف مراقبة أمواله وقد وفقوا بما قضوا به في النزاع المطروح أمامهم، ومت كان ذلك استوجب رفض الطعن المؤسس على مخالفة أحكام هذا المبدأ.[2]

الفرع الثاني: إثبات مرض الموت في الفقه الإسلامي.

إذا تحققت الشروط السابقة ذكرها في الفصل الأول من المطلب الثاني لمرض الموت اعتبر واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات، وإذا طعن الورثة في تصرفات مورثهم بصدورها في مرض موته، ودعا المنتفع أن هذه التصرفات وقعت من مورثهم في صحته.

[1]– محمودي عبد العزيز، نفس المرجع ، ص 40

[2]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 33719 مؤرخ في 1984/07/09، (نقلا عن عجة الجيلالي المرجع السابق، ص 601).

أولا: إذا خلت دعوى الطرفين من البينة

يرى الحنفية [1] والحنابلة [2] إذا خلت دعوى الطرفين من البينة أنّ القول هو قول مدعي صدورها في المرض، لأنّ حال المرض أقرب من حال الصحة، فما لم يتيقن حال الصحة يحمل على الأقرب، ولأنّ هذه التصرفات من الصفات العارضة فهي حادثة، والحادث يضاف إلى أقرب وقت من الحكم الذّي يترتب عليه، فكان القول قول من يدعي حدوثها في المرض إذ هو الأصل.

وقيل بأنّه: "وإذا مات الرّجل، فقالت امرأته: قد كان طلقني ثلاثا في مرض موته ومات وأنا في العدة، ولي ميراث، وقال الورثة: طلقك في صحته ولا ميراث لك في صحته ولا ميراث لك فالقول لها"[3]

وذهب الشافعية: "القول قول مدعي صدورها في الصحة لأنّ الأصل في التصرف السابق من المتوفي أن يعد صاد ا ر في حال صحته، وعلى من يتمسك بصدوره في مرض الموت يقع عليه عبئ الإثبات".[4]

ثانيا: إذا اقترنت دعوى الطرفين لبينة

ذهبت الأحناف إلى أنّه إذا اقترنت دعوى الطرفين بالبينة ترجع بيّنة وقوعها في حال الصحة على بينة وقوعها في المرض، إذ أن الأصل لديهم في الأدلة اعتبار حال المرض أي افتراض أنّ سبب الوفاة هو المرض، والمرض حادث وللأصل إضافة الحادث إلى أقرب وقت من الحكم الذّي يترتب عليه، ، وهو المرض المتاخر زمانه عن زمان صحته ، فلهذا كانت البينة الراجحة بينة من يدعي حدوثها في زمن الصحة، إذ البينات شرعت لإثبات خلاف الأصل، وإذا دعت المرأة أن زوجها طلقها في مرض موته ومات وهي في العدة ولها

[1] – زين الدين ابن نجيم الحنفي، الأشباه والنظائر، (د.ط)، مؤسسة الباب الحلبي للطباعة والنشر، مصر، 1986، ص 218.

[2] – علاء الدين علي بن سليمان المرداوي الحنبلي، الإنصاف في معرفة ال ا رجح من الخلاف، ج 7، دار الكتب العلمية لبنان، 1997 ، ص 48.

[3] – الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ج 1، دار الكتب العلمية ، لبنان، 2000 ، ص 464.

[4] – شمس الدين محمد بن أحمد الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح النهاج، ج 6، مطبعة باب الحلبي، القاهرة، 1938 ، ص .144

الميراث، وادعى الورثة أنّ الطلاق كان في الصحة فالقول لها، وإن برهنا وقتا واحدا، فبينة الورثة على طلاقها هي الصحة أولى".[1]

وقال الشافعية: " ترجح بينّة وقوعها في مرضه على بيّنة وقوعها في صحته" [2] 2، كأن يهب أحد مالا لأحد ورثته ثم مات وادعى الورثة أنّه وهبت في مرض موته، وادعى الموهوب له أنّه وهبه في حالة صحته، ترجع بينة الموهوب له.

ثالثا: إذا اقترنت دعوى الطرفين بالبينة دون الآخر

إذا اقترنت دعوى الطرفين بالبينة دون الأخر لا يوجد اختلاف بين الفقهاء في تقديم المدعى صاحب البيّنة على القول الأخر الذّي خلت دعواه من البينة، سواءً أقام صاحب البيّنة ببينّته على صدور التصرف في الصحة أو في المرض.[3]

المطلب الثاني: الملحقون بمرض الموت.

ذكر فقهاء الشريعة الإسلامية عدة أحوال تقوم مقام المرض، ومنهم الأصحاء الذين هم في حالة نفسية تجعلهم يشعرون بدن وأجلهم، وان كانوا سالمين في بدنهم، وتكون تصرفاتهم مثل تصرفات المريض مرض الموت.

الفرع الأوّل: حالة المقاتل في الحرب

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول حالة المقاتل في الحرب، فذهب كلّ من الشافعية والحنفية، إلى اعتبار اختلاط الطائفيين في القتال يكون الشخص في حكم المريض مرض الموت لأنّه يترقب الموت[4]، أمّا فقهاء الحنابلة فقد وافقوا على الرأي الأول، إلّا أنهم فرقوا بين المنتصر والمنهزم، فالشخص الّذي يكون في الفرقة المنتصرة لا يلحق بالمريض مرض الموت لأنّها ليست حالة خوف[5].

---

[1]- زين الدين بن نجم الحنفي، المرجع السابق، ص 249.

[2]- شمس الدين محمد بن أحمد الرملي، المرجع السابق، ص 55.

[3]- المرجع نفسه، ص 55.

[4]- يحيي بن شرف النوري ، روضة الطالبين، ج 5، دار عالم الكتب ، لبنان، 2003 ، ص 122.

[5]- عبد الرحمان بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي الحنبلي، المرجع السابق، ص ص 31-32.

أمّا المالكية فاعتبروا كلّ مقاتل في الحرب مريض مرض الموت لوجود خوف الموت غير أن الأشخاص الذين وكّلوا لأعمال غير القتال فلا يعتبرون من المرضى مرض الموت.[1] أمّا الشخص الّذي قدّم ليقتل سواء كان قصاصا أو حدا، فيعتبر في حالة خوف ويترقب الهلاك، لأنّه غلب عليه اليأس على الحياة، فهو كالمريض ، وهذا ما ذهب إليه المالكية والحنفية، أمّا الشافعية فيرون أنّ المحكوم عليه بالقتل لا يلحق بالمريض مرض الموت لاحتمال العفو عنه.[2]

الفرع الثاني: حالة الحكم بالإعدام.

تعتبر حالة المحكوم عليه بالإعدام هي حالة خوف، فالشخص الّذي يخرج لساحة الإعدام لإماتته وإزهاق روحه يعد مريضا مرض الموت، وذلك لأنّ حالته المعنوية في تلك الفترة تكون منهارة لإقباله على الهلاك، وقد جاء في الفتاوي الهندية أنّه لا يعد مريضا ما لم يحضر إلى ميدان القصاص، ولابد من التأكد على هذا الجانب، فالعبرة كل العبرة بالحالة النفسية للإنسان [3]، فمن كان محكوم عليه بالإعدام وهو في السجن ينتظر التنفيذ فإنّ حالته النفسية تكون كحالة المريض مرض الموت، فإذا ما صدر عفوا عنه من قبل السلطات المختصة فإنّه لا يعتبر في حكم المريض مرض الموت، بل يعتبر كالمريض الّذي برئ عن مرضه، فلا يكون للورثة في هذه الحالة حق الطعن في التصرف الذي أجراه المتصرف في ذلك الوقت، ولكنّ للمتصرف نفسه أن يطعن في تصرفه ببطلان التصرف أو بالغلط في حالة ما إذا كان المتعاقد الأخيرعلى علم به[4].

[1]- أبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج 2، دار الكتب العلمية، لبنان، 1998 ، ص 511.

[2]- يحي بن شرف النوري الدمشقي، المرجع السابق، ص 123.

[3]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 321.

[4]- بن عبدون عمر، تصرفات المريض مرض الموت و أحكامه، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، الجزائر، 2012 ، ص 20.

الفرع الثالث: حالة غرق الشخص في السفينة.

ففى حالة غرق الشخص في السفينة إذا كان البحر ساكنا فليس بخوف، وإن تموج واضطرب وهبّت الريّاح، وخيف الغرق فهو مخوف، لأنّ السفينة معرضة للغرق، فيكون الأشخاص بداخلها معرضون للخطر، وتكون تصرفاتهم تصرفات المريض مرض الموت.

أما إذا هاج البحر ثم هدئ، ومن ثمّ عاد هاج من جديد، يصبح حكمه حكم تصرفات المريض الّذي برئ من مرضه.[1]

وفي الوقت الحاضر، استجدت حالات أخرى لم تكن في العصر الماضي، مثل حالة المقدم على السفر في المركبة الفضائية أو الغواصة البحرية، ففي هذه الحالات يكون الشخص بحكم الصحيح، لكن إذا ظهر عطل مهم في المركبة، أو الغواصة يكون الشخص في حكم المريض مرض الموت.[2]

الفرع الرابع: حالة الأمراض المزمنة

فرّق فقهاء الشريعة بين الأمراض المزمنة و غير المزمنة، فقي الحالة الأولى يشترط في مرض الموت أن يكون المريض عاجزا عن رؤية مصالحه الخارجية عن منزله إذا كان من الذّكور، أو داخل المنزل إذا كانت من الإناث، و يموت على هذه الحالة قبل مرور سنة، فإذا تجاوزت السنة فلا يعتبر مرض الموت وتصرفاته كتصرفات الصحيح.

والأمراض المزمنة أو الممتدة هي الّتي تستمر زمنا طويلا، ومن بين هذه الأمراض نجد مرض السرطان، داء الكلي ومرض القلب وغيرها.[3]

فيما يخص السرطان يعتبر مرض يؤدي بصاحبه إلى الموت وهو أنواع و يصيب مختلف الفئات العمرية و عرف طبيا أنه مجموعة من الأمراض التي تتميز خلاياها بالعدائية aggressive (وهو النمو والانقسام الخلوي غير المحدود)، وقدرت هذه الخلايا المنقسمة إلى غزو الأنسجة المجاورة وتدميرها، أو الانتقال إلى أنسجة بعيدة في عملية نطلق عليها

[1]- محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، ج 6، المطبعة العالمية، القاهرة، 1950 ، ص 250.

[2]- سليمان مرقس، شرح القانون المدني، العقود المسماة، (عقد البيع)، (ط 4)، القاهرة، 1980 ، ص 563.

[3]- محمد نجيب المطيعي، كتاب المجموعة شرح المذهب للشرازي، ج 16 ، مكتبة الإرشاد (د.ب.ن)، (د.س.ن)، ص .423

اسم النقلية، وهذه القدرات هي صفات الورم الخبيث على عكس الورم الحميد، والذي يتميز بنمو محدد وعدم القدرة على الغزو وليس له القدرة على الانتقال أو النقلية، كما يمكن أن يتطور الورم الحميد إلى سرطان خبيث في بعض الأحيان.[1]

قضت في ذلك محكمة الاستئناف المصرية: " مرض السرطان كمرض السّل، يجوز أن يظل أكثر من سنة قبل أن يأتي على حياة المصاب به، وتعتبر زيادته كأنّها غير موجودة، فتصرفه خلال هذه الفترة كتصرف الصحيح تنفذ في جميع ما له من غير إجازتها من قبل الورثة".[2]

فمرض السرطان كمرض السل، لا يلزم في اعتباره مرض الموت، أن يقعد صاحبه عن قضاء حوائجه، بل المعتبر في كونه مرض الموت أن يخاف منه الهلاك، وأن لا يطول سنة فأكثر، مع استمراره بحالة واحدة سواء أقعده عن قضاء حوائجه أم لم يقعده، وإن تجاوزت السنة فلا يعتبر مرض الموت.[3]

وهناك أيضا داء الكلي المعروف أيضا باسم المرض الكلوي المزمن، وهو الفقدان التدريجي في وظائف الكلي على مدى الشهور أو سنوات أعراض تدهور.[4]

ولم نقف على نص في القانون المدني ولا في قانون الأسرة الجزائري يعرف داء الكلي إلّا أنّه صدر قرار عن مجلس قضاء البليدة، حيث يتبين من ملف الدعوى والوثائق المرفقة به لاسيما الملف الطبي وأن الواهبة كانت تعاني من داء الكلي وأن مرضها هذا في مرحلته الأخيرة، حيث أن الواهبة ماتت بعد مرور أقل من عشرة أشهر.

حيث أنّه عملا بالمادة 204 قانون الأسرة فإنّ "**الهبة في مرض الموت، والأمراض المخيفة تعتبر وصية...**"[5] 4

---

[1] - loriot, Mordant, cancérologie, paris, 2011, p 18.

[2] - استئناف 18 جوان 1917 ، المجموعة 9، رقم 10 ، ص 229 . نقلا عن (عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص 44).

[3] - رشاد السيد إبراهيم عامر، المرجع السابق، ص ص 48-49.

[4] - Nicolas dolly, cancerologie Clinique, 2 edition, Paris , p232.

[5] - قرار مجلس البليدة، الغرفة المدنية، رقم 99/110، الصادر بتاريخ 01-04-2004، (نقلا عن محمودي عبد العزيز، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، الجزائر،(د.س.ن)، ص 37-38.

حسب هذا القرار فإن مرض الكلي من الأمراض المزمنة، فتصرفات صاحبه تكون صحيحة إذا طال المرض أكثر من سنة، و إذا لم يتجاوز السنة تعتبر تصرفاته حكم تصرفات المريض مرض الموت، فالواهبة في هذا القرار قد ماتت في أقل من سنة من مرضها، إذن هبتها تأخذ حكم الوصية طبقا لنص المادة 204 ق.أ.ج.

بالإضافة إلى مرض القلب هو ألم في الصدر وصعوبة التنفس وتورم الكاحلين والخفقان، وتستمد عضلة القلب تغذيتها الدموية و احتياجاتها عن طريق الشرايين التاجية وهذه الشرايين قد تظيق أو تسند فيؤدي ذلك إلى حرمان الجزء من عضلة القلب الذي يغذيه الشريان المصاب من الحصول على التغذية الدموية الكافية عندئذ يستمر بألم في صدره.[1]

وقد قضت المحكمة العليا الجزائرية " أن مرض القلب مصنف طبيا في خانة الأمراض الخطيرة المؤدية إلى الموت في كل ساعة بل في كل لحظة، وأن الموت المفاجئ حتى وأن كانت الأعمار بيد الله ، فصاحب هذا المرض مقتنع هو نفسه بدنو أجله وقرب موته ، وهذا يشكل اضطرابا نفسيا واضطرابا جسديا يتعدى مقاومة المصاب به، ويخلق شرخان في جميع أعماله و تصرفاته.[2]

قضت محكمة الإسكندرية الإبتدائية بأنّ تصلب الشرايين و إصابة القلب والكلي بالتلف من الأمراض المزمنة، الّتي لا يصح اعتبارها في الأصل مرض موت لبطئ سيرها وعدم إحساس المريض بخطورتها، ولكنّ إذا اشتدت هذه الأمراض وفجأة شعر المريض بتفاقم خطورتها ومات بها وجب اعتباره مرض الموت.[3]

ومن هنا نستنتج أنّ تصرفات المريض المزمن بعد مضي عليها سنة، والّذي لم يشتد، ولم يتغيّر تعتبر صحيحة، كأنّها صادرة من شخص سليم، وإن لم تتجاوز سنة فيعتبر مرض الموت، وتصرفاته تأخذ حكم تصرفات المريض.

ويطرح الإشكال حول الشيخوخة هل تعدّ مرض الموت؟

---

[1] - David Attias, cardiologie vasculaire, paris, 2010, p16.

[2] - نبيل صقر، المرجع السابق، ص 18.

[3] - رشاد السيد إبراهيم عامر، المرجع السابق، ص 49.

يمر الإنسان بعدة مراحل في حياته وأخرها الشيخوخة، إذن هذه الأخيرة تعتبر دور من أدوار الحياة، وإن وصل الإنسان إلى سن متقدمة تجعله غير قادر على مباشرة الأعمال المألوفة وتبقى تصرفاته مثل تصرفات الأصحاء، فالشيخوخة ليست بمرض الموت.[1]

بالإضافة إلى إحتباس البول و تضخم البروستات فلقد إعتبر اقضاء الفرنسي هذه الأمراض بأنها أمراض غير خطيرة لا تقضي إلى الموت خلال سنة و هي ليست بمرض موت لعدم إحساس المريض بخطر الموت فيها و تأخذ نفس الحكم الذي تأخذه الأمراض التي تتخللها فترات تحسن في صحة المريض و أن يكون هذا التحسن تحسنا واضحا حيث يشترط أن يكون مرض الموت مستمرا و حالة المريض فيه تسوء إلى أن تنتهي بالموت فعلا وتعتبر جميع تصرفاته صحيحة و مرتبة لآثارها و لا يجوز الإعتراض عليها على أساس أنها صدرت في مرض الموت إلا إذا ساءت حالة المريض و إشتدت .[2]

و كذلك ألحق مرض الموت كل من ركب البحر فإذا كان ساكنا فليس بمخوف و إن توج إضطرب و هبت الريح العاصفة و خيف الغرق ، فهو بمخوف و كذلك الأسير المحبوس إذا كان من عادة الذي أسره أنه يقتل الأسرى و المحبوسين .

و المرأة الحامل فقد قرر جانب من الفقه أن عطية الحامل من رأس المال ما لم يضربها المخاض فإذا ضربها المخاض فعطيتها من الثلث لأنها قبل المخاض لا تخاف الموت إذا ضربها الطلق و هو ألم شديد يخاف منه التلف فتشتبه بأصحاب سائر الأمراض المخيفة.

أما بعد الولادة إن بقيت المشيمة معها فهو بمخوف و إن وضعت الولد خرجت المشيمة و حصل ورم وضربان شديد فهو بمخوف.

و بالتالي فإذا توفرت في الشخص حالة نفسية يشعر فيها بدنو أجله إعتبر الإنسان في مرض الموت.

[1] – عبد الحكم فودة، النظام القانوني لحماية الورثة من الوصايا المستترة، (مرض الموت ،الاحتفاض بالحيازة)، (د.ط)، . دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2006.نفس المصدر

[2] – د .عبد الحكم فودة: مرجع سابق ، ص 45

خلاصة:

مرض الموت هو المرض الذي يغلب فيه الهلاك ويؤدي إلى الموت فالمشرع الجزائري لم يقم بتعريفه وهذا ما يجعلنا نرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

ولمرض الموت شروط فلابد توافرها وهي:

أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه

أن يغلب فيه الموت

أن ينتهي بالموت فعلا

هناك بعض الأشخاص نلحقهم بالمرض رغم أنهم أصحاء، وأشرنا إلى الأشخاص المرضى الملحقون بالأصحاء.

مرض الموت واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات وعبئه يقع على الورثة.

تمهيد:

إذا كان الأصل في تصرفات المريض أنها صحيحة في حال إنشائها لصدورها من أهلها، وعدم العلم باتصال الموت بهذا المرض .

إلا أن الشارع اعتبر بعض تصرفات المريض مرض الموت قابلة للإبطال و النقض إذا اتصل الموت بالمرض و ذلك حماية لمصالح الدائنين و الورثة. و التصرفات التي يمكن إبطالها بعد موت المريض ،هي التصرفات التي تمس بحقوق الدائنين و الورثة و تؤدي إلى إنقاص مال المريض ،مثلا كالبيع بأقل من الثمن أو الهبة ،أو الوقف ،أو الإبراء إذا تجاوز ثلث التركة ،أو الطلاق أو الخلع.... إلى غيره من التصرفات التي قد ينجر من ورائها إضرار بحقوق الورثة و الدائنين .

و سوف نعالج بهذا الفصل مختلف هذه التصرفات التي يؤتيها المريض مـرض الموت و الأحكام المترتبة عليها.

المبحث الأول : تصرفات المريض مرض الموت المالية

نعالج في هذا المبحث مختلف التصرفات المالية التي يقدم عليها المريض مرض الموت ،و تؤثر على حقوق الورثة و الدائنين.

فلقد ألحق المشرع الجزائري هذه التصرفات بالتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت و تأخذ حكم الوصية .

فلكي يعتبر التصرف تبرعا يجب توفر الشروط التالية :

-أن يصدر التصرف أثناء فترة مرض الموت .

-أن يقصد من خلال هذا التصرف التبرع .

و من بين هذه التصرفات المالية نأخذ كمثال :البيع ،الوصية ،الهبة ،الوقف ،الإبراء .

المطلب الأول : حكم الهبة و الوصية في مرض الموت

الفرع الأول : حكم الهبة

أولا : تعريف الهبة

تنص المادة 202 من قانون الأسرة (الهبة تمليك بلا عوض و يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف على إنجاز الشرط)، على ذلك بوصف الهبة تمليك بلا عوض في الحال كانت أشد من التبرعات الضارة بالمتصرف ضررا محضا ،و يحيطها المشرع بضوابط هامة لا سيما تلك المتعلقة بأهلية التبرع ،و إنها تعتبر العقد العيني الوحيد في التشريع الجزائري[1] .

فإذا كان الواهب أهلا للتبرع صحيحا جاز له أن يهب كل ماله لمن يشاء وارثا كان أو أجنبي ،المادة 205 من قانون الأسرة الجزائري و هذا حكم الشريعة الإسلامية أيضا و الهبة كغيرها من العقود تقوم على أربعة أركان: [2]

[1] – الأستاذ شعبان أحمد،مجلة الموثق ،العدد4 لسنة 1998 .

[2]– د.عبد الحميد الشواربي ،المرجع السابق ص 174 .

تضمنتها المادة 206 من قانون الأسرة و التي جاء فيها (تنعقد الهبة بالإيجاب و القبول و تتم بالحيازة و مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات و الإجراءات الخاصة بالمنقولات و إذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة)[3]

ثانيا :خضوع الهبة في مرض الموت إلى أحكام الوصية

نصت المادة 204 من قانون الأسرة (الهبة في مرض الموت أو الأمراض أو الحالات المخيفة تعتبر وصية[4].

و قد أعطى المشرع إلى الهبة حكم الوصية و على هذا الرأي قال الجمهور ،إذ اعتبروا أن الواهب المريض مرض الموت تأخذ هبته حكم الوصية ،و بذلك إذا كانت الهبة لوارث ،فلا تنفذ إلا بإجازة الورثة ،و العبرة بصفة الوارث وقت الموت لا بوقت الهبة ،و في هذا الصدد نميز بين حالتين :

الحالة الأولى : إذا لم تزد قيمة الشيء الموهوب عن ثلث التركة و كانت الهبة موجهة لغير الوارث صحت الهبة و بالتالي تصبح نافذة بحق الورثة .

الحالة الثانية : إذا كانت قيمة الشيء الموهوب تزيد عن ثلث التركة صحت الهبة بغير إجازة الورثة في حدود الثلث ،أما إذا جاوز الثلث فلا تصح الهبة إلا بإجازة الورثة فإن لم يجيزوه وجب على الموهوب له أن يرد التركة إلى ما جاوز الثلث ،أي أن يرد إليها ما بقي بتكملة ثلثيها .

أما إذا كانت الهبة لأحد الورثة فإنها تعتبر في حكم الوصية ،و من ثم فإنها تحتاج إلى إجازة بقية الورثة تطبيقا لمقتضيات المادة 198 من قانون الأسرة و التي جاء فيها بأنه (لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى).

[3]– المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري

[4] – نرى إن المشرع أضاف حالة غريبة لم تتطرق لها جل التشريعات أو الفقه الإسلامي ،سماها بالحالات المخيفة و نعت هذا الوصف حكم غريب يحتاج إلى تفسسير من قبل القضاء من خلال الاجتهاد .

و من القرارات القضائية الصادرة بهذا الشأن ،قرار المحكمة العليا رقم 111 ، 41 الصادر في 1986/05/05 (غير منشور) .

حيث من المقرر فقها أن يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل و إن كان تبرعه ،و إن صدر تبرعه أثناء مرض الموت تعتبر الهبة وصية .

و يجب على الورثة أن يثبتوا أن الهبة قد صدرت من مورثهم و هو في مرض موته و لهم إثبات دلك بجميع الطرق .

حيث يستخلص من تلاوة القرار المنتقد أن قضاة مجلس الإحالة بإبطالهم عقد الهبة ،حيث اكتفوا بالقول أن الواهب كان مريضا وقت تحرير الهبة ،بدليل أنه استدعى الموثق لمنزله بدليل تحرير العقد .

حيث أنه إذا كان شرط مرض الموت في إبطال الهبة مسألة قانون ،فإن حصول هذا المرض يجب إثباته ،و بما أن قضاة الموضوع لما حكموا بإبطال الهبة المتنازل عليها دون إجراء تحقيق للتأكد من أن الهبة صدرت من الواهب و هو في مرض الموت . لم يسببوا قرارهم نسبيا كافيا و لم يؤسسوا تأسيسا شرعيا الأمر الذي يستوجب تنقيض القرار [1].

الفرع الثاني : حكم الوصية في مرض الموت.

أولا : تعريف الوصية و أركانها.

الوصية تصرف قانوني صادر من جانب واحد بطريق التبرع و تصب تعريفات الفقه الإسلامي بأنها تمليك مضاف لما بعد الموت بطرق التبرع ،و لقد عرفها الكساني بأنها : (...اسم ما أوصى به الموصى في ماله بعد الموت)[2].

و لقد أجازها الله سبحانه و تعالى في حدود ثلث التركة و ذلك لقوله صلى الله عليه و سلم : (إن الله تبارك و تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم فضعوه حيث شئتم) . كما روى سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه كان مريضا فعاده

[1] – ملاحظات الموثق بأن الواهب يتمتع بكامل ملكاته الذهنية لا تكفي لصحة الهبة بل يتعين على القاضي أن يعتمد على عناصر أيضا على إفادة الشهود و شهادة طبية .

[2] – الأستاذ حمدي باشا عمر ،عقود التبرعات ،الهبة_الوقف_الوصية،بدون طبعة الجزائر:دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ،سنة 2004 ،ص45.

الرسول صلى الله عليه و سلم فقال يا رسول الله أأوصي بجميع مالي ،فقال :لا فقال :فبثلث مالي ،فقال :لا ،فقال فبنصفي مالي ،فقال :لا ،فقال :فبثلث مالي عليه الصلاة و السلام : (الثلث و الثلث كثير ،إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم فقراء يتكففون الناس) .

أما المشرع الجزائري فقد عرف الوصية بموجب نص المادة 189 من قانون الأسرة التي تنص بأن : (الوصية تمليك لنا بعد الموت بطريق التبرع) .

و هي تتطلب الإيجاب كركن وحيد لها و عليه فالوصية تختلف عن العقود التي تتطلب تطابق الإيجاب و القبول ،و وجوب توافر المحل و السبب و الشكلية في بعض العقود .

ثانيا : أحكام الوصية.

أ-أحكام الموصى له :

تصح الوصية للجهات العامة كالمساجد و الملاجئ سواء تم تعيينها أو كان على وجه الإطلاق ،كما تصح الوصية للجنين حسب نص المادة 187 من قانون الأسرة الجزائري [1] و تصح كذلك لمن لا يحصى كالفقراء و المساكين[2] .

ب-أحكام الموصى إليه :

تصح الوصية في حدود الثلث، و كل ما جاوز الثلث يتوقف على إجازة الورثة ،و هذا ما جاء به المشرع الجزائري في نص المادة 185 من قانون الأسرة .

تصح الوصية بنوع معين من المال كأن يكون غنما مثلا كما يمكن أن تكون الوصية بمجهول كأن يوصي بسهم أو حصة على أن يبين مقدار حياته ،كما تصح الوصية بالمنافع كحق السكن أو بالمرتبات برأس المال حسب نص المادة 190 من قانون الأسرة .

[1] – المادة 187 من قانون الأسرة تنص على أنه (لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا).

[2] – الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ،المرجع السابق ،ص211 .

ثالثا : موقف الورثة من الوصية وفقا للقانون و الشريعة

تنص المادة 776 فقرة 1 من القانون المدني على أن: (كل التصرف يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرع مضاف إلى ما بعد الموت ،و تسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف).

نلاحظ أن هذا التصرف قد جاء عاما فهو يشمل كل التصرفات القانونية التي يراد بها التبرع و التي يبرمها المريض بما في ذلك بطبيعة الحال _الوصية_.

فإذا انطوى التصرف بصفة واضحة على معنى التبرع فلا إشكال يطرح و تسري عليه أحكام الوصية فلا يجوز وصية المريض مرض الموت لغير وارث فيما يزيد عن ثلث التركة إلا إذا أجازها الورثة فقد يرى الظاهرية بأن الوصية لوارث ثم بات وارثا وقت الوصية فإنها تكون باطلة [1] .

و يري المالكية أن السنة الثابتة عندنا التي لا اختلاف فيها أنه لا تجوز الوصية لوارث إلا أن يجيز له ذلك ورثة الميت ،و أنه إن أجاز لهم بعضهم و أبى البعض ،جاز له حق من أجاز منهم أما من أبى فيأخذ حقه .

و يذهب الأمامية إلى القول:بأن الوصية تكون نافذة في حدود الثلث دون حاجة إلى إجازة الورثة.

لقد قيدت الشريعة الإسلامية الوصية فحددتها بالثلث في قول الرسول صلى الله عليه و سلم:(الثلث و الثلث كثير).

و هذا التقييد يدفع بعض الأشخاص إلى التحايل على أحكام القانون لتجنب وقوع تصرفهم ضمن أحكام الوصية ،ويكون هذا التحايل عن طريق تستر الوصية في صورة التصرف المنجز حال حياة الموصى كأن يجعل الوصية في صورة معاوضة كأن يكون بيعا مثلا فالموصي يتظاهر أمام الغير بإبرام عقد بيع لكنه في الحقيقة وصية أو أن يتحايل على الشرط الوارد في المادة 776 فقرة 1 من القانون المدني و التي تقضي بأن يكون

[1] – الأستاذ محمد زهدور ،المرجع السابق ،ص 55 .

التصرف وصية إذا كان بقصد التبرع فإن كان معاوضة فلا تسري عليه أحكام الوصية ما لم يكن محاباة في العوض .

و حكم بيع المريض مرض الموت لوارث لا يكون ناجز إلا بإقرار الورثة حسب نص المادة 408 فقرة واحد من القانون المدني أما إذا تم البيع لغير وارث فقد نصت المادة 408 فقرة 2 على أنه يعتبر غير مصادق عليه .

أما إذا تم البيع في نفس الظروف فإنه يكون قابل للإبطال و لهذا بسط المشرع الجزائري حمايته إلى الورثة من الوصايا المستترة و ذلك لتخفيف عبئ إثبات إذا يكفي لهم إثبات إن تصرف مورثهم صدر في مرض الموت ليكون ذلك قرينة على أنه صدر على سبيل التبرع و يبقى على المتصرف له إثبات عكس هذه القرينة كأن يثبت أنه دفع عوضا للمورث .

رابعا : إثبات الوصية

من الأفضل أن ينظم الإنسان وصيته حسب الأصول كي يكون مطمئنا إلى أن رغبته ستنفذ بعد موته دون أي عائق و المفيد أن نذكر أنه في عصر الصحابة كانت الوصية المفضلة هي الوصية المكتوبة بعلم بعض الشهود .

كما روى عن عمر بن الخطاب أنه كلما أراد السفر يكتب وصيته و يختمها ثم يسلمها إلى من يثق به بحضور بعض الشهود بعد أن يؤكد لهم أنها وصيته التي أرادها دون قراءتها عليهم فكان إذا عاد سالما من سفره استردها .

أما عند الجمهور فلا بد لإثبات الوصية من قراءة مضمونها على الشهود ،أو قراءتها على الموصي فيقر بما فيها .

و بالنسبة للمشرع الجزائري ليعود على شهادة الشهود لإثبات الوصية أو الرجوع الصريح عنها ،بعد وفاة الموصى عند الإنكار وجود عقد محرر عند الموثق ،وعند وجود مانع قاهر فيجب إثباتها بحكم قضائي و هذا ما نصت عليه المادة 191 من قانون الأسرة الجزائري ،و على هذا فشكل الوصية المنصوص عليه في القانون مطلوب لإثباتها و ليس ركنا فيها ،و

عليه فإذا أنكر الورثة الوصية بعد وفاة الموصي فعلى الموصي له إثبات ذلك بدعوى عادية أمام الجهات القضائية .[1]

المطلب الثاني : حكم البيع لمريض مرض الموت

الفرع الأول : تعريف و خصائص عقد البيع

أولا :تعريف عقد البيع

البيع هو (عقد بموجبه يقوم أحد الأشخاص و يدعى بائع بنقل ،و ضمان ملكية شيء ما أو حق مال إلى شخص آخر يدعى المشتري و ذلك بمقابل الثمن يلتزم به المشتري[2].

هذا و قد أوردت المادة 351 من القانون المدني تعريفا لعقد البيع على النحو الآتي :

(عقد البيع هو عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي [3] .

ثانيا : خصائص عقد البيع :

1-عقد البيع عقد ملزم الجانبين : إذ هو يلزم البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حق مالي آخر و يلتزم في المقابل المشتري بدفع للبائع ثمنا نقديا [4] .

2-عقد البيع عقد معاوضة : فالبائع يأخذ ثمنا مقابل المبيع ،والمشتري يأخذ المبيع كمقابل للثمن .

3-عقد البيع عقد رضائي : ذلك أنه ينعقد بمجرد تراضي التعاقدين (البائع ،المشتري) و لم يشترط القانون لانعقاده شكلا خاصا ،إلا ما استثني بنص فيما يتعلق بالبيوع العقارية ،أو بعض المنقولات الخاصة تطبيقا لنص المادة 324 مكرر من القانون المدني الجزائري.

4-عقد البيع عقد ناقل للملكية : إذ يترتب في ذمة البائع التزاما بنقل ملكية المبيع أو الحق المالي على المشتري [5] .

---

[1] – المادة 191 من قانون الأسرة الجزائري .

[2] – الدكتور شفيق الجراح ،المرجع السابق ،ص14 .

[3] – لقد عرفته مجلة الأحكام العدلية في المواد 403 ،101 بأنه: (عقد يقوم على أساسه مبادلة مال بمال)

[4] – الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد –أسباب كسب الملكية –المرجع السابق ،ص21 .

الفرع الثاني : حكم بيع مريض مرض الموت لوارث

كما سبق لنا بيانه في بداية هذا الجزء من الدراسة . فإن القواعد العامة لتصرفات المريض مرض الموت وردت في نص المادة 776 من القانون المدني الجزائري ،حيث تضمنت هذه الأخيرة قاعدتين إحداهما موضوعية ،و الأخرى متعلقة بقواعد الإثبات .

فالفقرة الأولى من هذه المادة تكرس القاعدة الموضوعية بنصها على أن (كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حالي مرض الموت بقصد التبرع ،يعتبر مضاف إلى ما بعد الموت و تسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف).

و مؤدي هذا النص الذي أيا كان تصرف المريض مرض الموت بقصد التبرع ،يعتبر تبرعا و يأخذ حكم الوصية بعد وفاة المريض بمعنى عدم نفاذ هذا التصرف في حق الورثة إذا زاد عن ثلث التركة إلا بإجازة ورثة إذا كان التصرف لغير وارث ،أما إذا كان الوارث فلا وصية له إلا بإجازة الورثة و لو كان في حدود ثلث التركة .

أما القاعدة المتعلقة بالإثبات تلخصها الفقرة الثالثة من المادة نفسها بنصها على ما يلي: (إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت أعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له تصرف خلاف ذلك.....) و المشرع وفق هذا النص وضع قرينة على نية التبرع مهما كان التصرف الذي قام به المريض لكن للمتصرف آلية إمكانية إثبات عكس هذه القرينة ،بتقديم أدلة تثبت أن التصرف كان بيعا ،مثلا إذا كان التصرف بيعا و عليه يأخذ حكما خاصا و هو خضوعه لقرار الورثة .

و يثور وجه الشبه بين البيع و الوصية فكلاهما ينقل الملكية ،فالوصية تطلق للفرد حق التصرف في ثلث التركة فقط أما دون ذلك فهو يتوقف على إجازة الورثة .

و عليه من أجل التهرب من تطبيق أحكام الوصية ،يلجأ المتعاقدان إلى وصياهم تحت اسم البيع و بالتالي فإن إثبات أن التصرف صدر في مرض الموت يقع على عبئ الورثة و هذا هو المبدأ المقرر في الشريعة الإسلامية ،حيث أن الفقهاء يصرحون أن الأصل في

التصرف السابق لوفاته يعتبر في حال صحته و على من يتمسك بصدوره في مرض الموت إثبات ذلك[1].

و أفرد المشرع الجزائري في مرض الموت مادتين هما 408 و المادة 409 من القانون المدني .

و ما يلاحظ على نص المادة 408 بداية أن المشرع الجزائري اختلف عن باقي التشريعات العربية في التفريق بين البيع لوارث ،و البيع لغير وارث ،فالبيع بغير وارث جعله يتوقف على إجازة الورثة حتى و إن كان البيع في حدود ثلث التركة و جعل البيع لغير وارث غير مصادق عليه ،بل و قابل للإبطال إلا بعد إقرار حتى و إن كان القدر المحابي به لم يتجاوز ثلث التركة ،في حين نجد أن بعض التشريعات العربية لا تفرق بين البيع و لوارث و لغير وارث و توقف نفاذ القدر المحابي به على إجازة الورثة إذا كان يجاوز ثلث التركة [2].

و يلاحظ أن المشرع الجزائري قد استعمل لفظ ناجز و يقصد به عدم نفاذ البيع بحق الورثة إلا بعد إقرارهم له و رد المشتري للوارث المبيع إلى التركة و يسترد مقابل الثمن الذي دفعه .

فنجد أن هذا النص أي نص المادة 408 [3] يتفق مع نص المادة 189 من قانون الأسرة التي تنص على أنه (لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي) .

كما أن المشرع جعل البيع ككل لوارث يتوقف على إجازة الورثة سواء كان القدر المحابي به في حدود ثلث التركة أو يزيد عنه ،أو لم تكن هناك محاباة على الإطلاق و إذا أقر البعض البيع دون بقية الورثة ،فإن البيع يكون نافذا في حق من أقره بقدر حصته و لا ينفذ في حق من لم يقره .

---

[1] -المادة 1766 من مجلة الأحكام العدلية عن الدكتور ،مصطفى أحمد الزرقاء ،شرح القانون المدني السوري ،العقود المسماة: عقد البيع و المقايضة ،الطبعة السادسة 1965 ،ص 688 .

[1] - د. علي سليمان ،المرجع السابق ،ص 688

[3] - يقترح الدكتور علي سليمان إلى إعادة صياغة المادة 408 من القانون المدني الجزائري على النحو الآتي:(إذا باع المريض مرض الموت لوارث ،فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر صادقا عليه و من أجل ذلك يكون قابلا للإبطال)

كما نلاحظ أن المشرع قد فرق بين البيع لوارث و جعله غير ناجز إلا إذا أقره الورثة أما البيع لغير وارث فجعله غير مصادق عليه و من أجل ذلك يكون قابلا للإبطال[1].

لقد فسر الفقهاء هذه الأحكام في إسناد هذه القوانين ،إلى قوله تعالى :(إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خير الوصية للوالدين و الأقربين بالمعروف) [2].

بمعنى أن هذه القوانين تجيز الوصية لوارث أو لغير وارث طبقا لنص الآية 108 من سورة البقرة التي تجيز الوصية للوالدين و هما وارثان دائمان و لم تعلق الوصية على إقرار الورثة.

و من هذا المنطق يتضح موقف المشرع من البيع في مرض الموت و مقارنته بموقف الشريعة الإسلامية ،و عليه فإن تمكن المشتري من أن يثبت أنه دفع ثمنا مقابل المبيع للبائع المورث فإن الحال لا يخلو من الاحتمالات الثلاث .

أولا : حكم البيع بما لا يقل عن قيمة المبيع

إذا ما اثبت المشتري الوارث بأنه دفع ثمنا للمبيع لا يقل عن قيمته اعتبر البيع حسب نص المادة 408 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري غير مصادق عليه و نفاذه على إقرار الورثة . فمثلا إذا باع شخص مريض مرض الموت منزلا لأحد الورثة بقيمة 60 ألف و بعد وفاته طعن الورثة في قيمته و اثبت المشتري أن البيع كان بمقابل 60 ألف و كانت قيمة المنزل عند وفاته 50 ألف فهن نلاحظ أن الفرق بين الثمن المدفوع و قيمة المنزل هو 10 ألاف زيادة في تركة المورث بالرغم من أن المبلغ المدفوع كمقابل للمنزل أكبر من قيمته إلا أن المشرع الجزائري جعل البيع غير مصادق عليه في حين أن أغلب التشريعات العربية تجعل البيع صحيحا دون إجازة باقي الورثة و بالتالي نجد أن المشرع الجزائري قد فرق بين البيع في الحالتين ،رغم أن التصرف واحد هذا من جهة و من جهة أخرى نجد أنه قد اعتبر البيع في مرض الموت وصية و أخضعه لأحكامها و أوقف نفاذ البيع على بقية الورثة و لم يعتبر البيع لغير وارث وصية [3] .

[1] – الأستاذ محمد زهدور ،الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية ،المؤسسة الوطنية للكتاب،1991 ،ص209 .

[2] – سورة البقرة الآية 108 .

[3] –التركة تقدر عند الموت لا وقت البيع .

ثانيا : حكم البيع بما يقل عن قيمة المبيع و لا يجاوز ثلث التركة

في هذه الحالة يثبت المشتري أنه دفع ثمنا للبائع إلا أن الثمن الذي دفعه أقل من من قيمة المبيع و لكن لا يتجاوز ثلث التركة فهذا البيع يعتبر صحيح و ينفذ في حق الورثة دون الحاجة إلى إقرار هذا فيم يخص التشريعات التي تجيز الوصية لوارث ذلك أن القدر المحابة به لم يجاوز ثلث التركة [1] .

و الوصية تكون في حدود ثلث التركة إذن فإن هذا القدر يعتبر تبرعا و يأخذ حكم الوصية و هو صحيح دون الحاجة إلى إجازة الورثة فمثال أن يبيع المريض مرض موت عقار بعشرة آلاف و تصبح قيمته عند وفاته عشرة آلاف و خمسمائة و نفرض أن التركة تتمثل في هذا العقار فقط ،فإن قيمته تزيد عن ثمن المدفوع بخمسمائة و تشكل هذه القيمة ثلث التركة ،وعليه فإن البيع صحيح و هذه التشريعات التي تجيز هذا البيع بدون إقرار الورثة تستند إلى قول الرسول صلى الله عليه و سلم ((إن الله تبارك و تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم فضعوه حيث شئتم)) ،فنلاحظ أن هذا الحديث لم يفرق بين البيع لوارث أو لغير وارثو لم يعلق تصرف على إجازة الورثة .

في حين أن المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 408 من القانون المدني يوقف البيع لوارث كله على إجازة الورثة مهما كان ثمن المبيع و نسبة القدر المحابة به و هذا الحكم جاء مطابق لرأي الإمام ابو حنيفة الذي يقر بعدم نفاذ التصرف لوارث إلا بإجازة الورثة [2] .

ثالثا : حكم البيع بما يقل عن قيمة المبيع و يجاوز ثلث التركة

يختلف هذا الحكم عما إذا كان التصرف لوارث أو لغير وارث أما فيما يخص البيع لوارث ففيه يكون الثمن الذي أثبت المشتري أنه دفعه للبائع المورث أقل من قيمة المبيع و يجاوز ثلث التركة فتعتبر هذه الحالة الأكثر مساسا بحقوق الورثة حيث أن التصرف يتعدى ثلث التركة ،فإن البيع هنا يتوقف نفاذه على إقرار الورثة فإن أقروه نفذ و إن لم يقروه فإنه لا ينفذ

[1] – د.علي علي سليمان ،مرجع سابق ،128 .

[2] – د.عبد الحكم فودة ،مرجع سابق ،ص105 .

في حقهم ،فمثال ذلك كان يبيع شخص مريض مرض الموت عقارا لأحد ورثته بألف دينار و عند وفاته كانت قيمة العقار ألف و ثمانمائة ،فإن القدر المحابة به هنا هو ثمانمائة دينار هو يزيد عن ثلث التركة بمائتان [1] ،و ثلث التركة هو ستمائة دينار و بالتالي فإنه في ظل التشريعات التي تجيز الوارث و الوصية أيضا لا ينفع البيع في حق الورثة في العقار المقدر بمائتين دينار .

أما في ظل التشريعات التي لا تجيز البيع لوارث كالتشريع الجزائري فإن التصرف عنا لا ينفذ في حق بقية الورثة سواء في القدر المحابة به و هو مائتان أو البيع كله ،و هذا ما نصت عليه المادة 408 فقرة 1 من القانون المدني .

فإن البيع ينفذ في حق الورثة الذين أقروه بقدر حصصهم ،أما الورثة الذين لم يقروه فلا ينفذ في حقهم .

أما في حالة عدم إقرار الورثة كلهم فهذا المشتري يجد نفسه أمام أمرين :

-إما أن يرجع المبيع إلى التركة و يسترد الثمن الذي دفعه .

-و إما أن المشتري الوارث يكمل ما بقي من ثلثي التركة .

فنجد أن هذه الأحكام تكرسها التشريعات العربية [2] ،أما القانون المدني الجزائري فيوقف البيع كله على إقرار بقية الورثة حسب نص المادة 408 الفقرة الأولى .

[1] - نفرض أن تركة الشخص تتمثل في هذا العقار فقط .

[2] -د.علي علي سليمان ،مرجع سابق ص 198-129 .

الفرع الثالث : حكم البيع في مرض الموت لغير وارث

حتى نتمكن من معرفة الحكم الذي يأخذه تصرف المريض مرض الموت لغير وارث يجب علينا أن نفرق بين ما إذا كان البيع بما لا يقل عن قيمة المبيع أو إذا كان بما يقل عن قيمة المبيع و يجاوز ثلث التركة أو إذا كان البيع بما يقل عن قيمة المبيع و يجاوز ثلث التركة .

و في الحالة الأولى: يكون البيع صحيح و نافذ في حق الورثة و لا يتوقف على إجازته فالسبب في ذلك أنه إذا تعلق حق الورثة بأموال مورثهم في مرض الموت فإن بيعه هذا لا يؤثر على حقوقهم .

أما الحالة الثانية: تأخذ نفس حكم الحالة الأولى أي أن البيع صحيح و نافذ في حق الورثة و لا يحق له الاعتراض عليه أو فسخه فإن القدر المحابة لا يجاوز ثلث التركة .

أما فيما الثمن النقدي فهو من الخصائص الأساسية في عقد البيع دون توافر خاصية الثمن طبقا لنص المادة (351) من القانون المدني ،فإذا لم يستطع المشتري أن يثبت دفعه للثمن اعتبر التصرف هبة ،وكان لها حكم الوصية في مرض الموت و خضعت في ذلك لأحكام الوصية تطبيقا لنص المادة (204) من قانون الأسرة ،و المادة (776) من القانون المدني الجزائري [1]. فهو يعتبر هبة مستترة أي تبرع محض ،فحكمه أنه وصية لا تنفذ إلا في ثلث تركة البائع ،و إن ثبت أن عقده صحيح مدفوع فيه الثمن و لكن فيه محاباة فله حكم آخر [2]،وعلى ذلك فإذا كانت قيمة العين لا تزيد عن ثلث التركة نفذ التصرف في حق الورثة دون الحاجة إلى إجازتهم ،و إذا زادت قيمة العين على ثلث التركة لم ينفذ التصرف فيما جاوز الثلث إلا بإجازة الورثة ،فإن لم يجيزوا وجب على المتصرف له أن يرد إلى التركة ما جاوز الثلث ،أي أن إليهما ما بقي بتكملة ثلثيهما ،و يستوي في ذلك كله أن يكون التصرف لوارث أو لغير وارث ،و هذا في القوانين الأخرى و ليس في القانون الجزائري[3] .

[1] –رشاد السيد عامر إبراهيم ،المرجع السابق ،ص76 .

[2] –محمودي عبد العزيز ،المرجع السابق ،ص 91 .

[3] –أنور طلبة ،المرجع السابق ،ص599 .

الفرع الرابع : حماية الغير حسن النية

بعض تصرفات المريض مرض الموت لا تسري في حق الورثة ،و مقتضي عدم سريانها أن المال المتصرف فيه يعود إلى التركة و يقسم على الورثة كل بحسب نصيبه ،و يحرم منه المتصرف إليه ،فيزول له كل حق عليه ،و لكن حماية للغير حسن النية لا يعلم وقت إبرام عقده أن ملكية المتصرف مهددة بالزوال فإن حقه يظل محفوظا إذا كان على سبيل المعارضة [1]، و هذا استنادا لنص المادة (409) من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه : <<لا تسري أحكام المادة (408) على الغير حسن النية إذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع>> .

و حسب هذا النص يجب توافر شرطين أساسيين ،لتمسك الغير بالحماية القانونية المقررة في المادة (409) من القانون المدني و هي كالتالي :

أولا : يجب أن يكون الغير قد كسب حقه بعوض

حتى يستفيد الغير من الحماية المقررة بموجب المادة (409) يجب أن يكون اكتسابه للمبيع بعوض و إلا فإن الورثة أولى بالحماية [2] لاتسام فترة مرض الموت بالشك و الريبة ،بحيث يستطيع الورثة أن يتتبعوا العين في يد المتبرع له ،و أن يستوفوا منها حقهم غير مثقل بالحق الذي كسبه الغير عليها ،و ذلك ما لم تكن العين منقولا و حازه المتبرع له بحسن نية إذ يصبح مالكا بمقتضى الحيازة في هذه الحالة ،و إذا كان المبيع عقارا وجب أن يوثق و يشهر و يلحق بهذا التصرف جميع التصرفات الواردة على العقار طبقا لما هو مكرس في القانون المدني و الإجراءات التي تدير الشهر العقاري ،فمتى تخلفت الشكلية في هذا البيع و لم يشهر المتصرف إليه الثاني أو الثالث العقار لم يستفد من هذه الحماية ،إذ أن ورثة البائع يعتبرون من الغير بالنسبة للتصرفات التي يبرمها المشتري [3] .

[1] –عزت كامل ،المرجع السابق ،ص59 .

[2] – سمير عبد السيد التناغو ،المرجع السابق ،ص416 .

[3] – سليمان مرقس ،المرجع السابق ،ص574 .

و إذا كان الحق عينيا تبعيا وجب أن يكون قد قيد إذ أن قيد الحقوق العينية التبعية العقارية شرط للاحتجاج بها على الغير [1] .فمتى كان المتصرف له قد تصرف في العين معاوضة لا تبرعا بأن باعها مثلا إلى شخص آخر ،فإن الورثة لا يستطيعون تتبع العين في يد المشتري إذا كان حسن النية[2] .

ثانيا : يجب أن يكون الغير حسن النية.

تطبيقا لنص المادة (409) من القانون المدني السابقة ،فإنها تشترط حسن نية المتصرف إليه الثاني الذي لا يعلم المحاباة الواقعة بين بائعه و بين المريض [3] .أي غير عالم و لم يكن باستطاعته أن يعلم أن العين المبيعة قد بيعت للمتعاقد معه في مرض الموت [4] ،و العلم يجب أن يكون وقت الشراء ،فلا يكفي أن يكون بعده ،وبذلك لا سبيل للورثة لإبطال حق مكتسب[5] .

و بتوافر هذان الشرطان يجوز للغير أن يرفع دعوى ضد الورثة الذين يطالبون باسترداد القدر المحابي به فيما يجاوز ثلث التركة ،و أن يحتفظ بحقه الذي كسبه ،فإن كان قد تلقى الملكية من المشتري لا يجوز نزعها منه[6] .

و بناء عليه إذا كان المتصرف إليه قد تصرف في العين تبرعا ،يكون للورثة تتبع العين في يد المتبرع إليه لاستيفاء حقوقهم منها ،ما لم تكن العين منقولا حازه المتبرع له بحسن نية إذ يصبح مالكا بمقتضى الحيازة في هذه الحالة [7] .أما إذا كان المتصرف له قد تصرف في العين معاوضة لا تبرعا بأن باعها مثلا لشخص آخر فإن الورثة لا يستطيعون تتبع العين في يد المشتري إذا كان حسن النية ،أي إذا كان المشتري لا يعلم وقت شراء العين أن للورثة حقا فيها ،بل كان يعتقد أنها ملك خاص للبائع .

---

[1] – زروق عبد الرؤوف ،المرجع السابق ،ص38 .

[2] – محمودي عبد العزيز ،المرجع السابق ،ص100.

[3] – نبيل صقر ،المرجع السابق ،ص93

[4] – نبيل صقر ،المرجع نفسه،ص93

[5] – محمودي عبد العزيز ،المرجع السابق ،ص100 .

[6] – عزت كامل ،المرجع السابق ،ص64 .

[7] – محمودي عبد العزيز ،المرجع السابق ،ص100 .

و الحكم لا يتغير فيما إذا كان المتصرف له رهن العين أو رتب عليها حق إرتفاق أو حق انتفاع أو أي حق عيني آخر ،من تلقي الحق العيني حسن النية ،فيجب في هذه الحالة أن يحترم الورثة هذا الحق العيني ،ولا يستوفوا من العين حقهم إلا و هي محملة بهذا الحق[1] .

أما إذا كان هذا الغير سيء النية بأن أخبره الورثة قبل أن يقدم على ذلك بعدم إجازتهم لتصرف مورثهم الذي تم فرض موته ،فلا يجوز له عندئذ الاستفادة من هذه الحماية ،و يجوز للورثة تتبع العين تحت يده أو استرجاع العين غير مثقلة بالحق العيني الذي رتب عليها[2] .

المطلب الثالث: حكم الوقف و الإبراء في مرض الموت.

الفرع الأول : الوقف في مرض الموت.

أولا: تعريف الوقف .

لقد تعرض فقهاء الشريعة الإسلامية إلى المقصود بالوقف و إلى فكرة خروج المال الموقوف من ذمة الواقف و دخوله في ذمة الموقوف عليهم أو بقائه بلا مالك ، و من بينهم المذهب المالكي الذي يعرف الوقف بأنه (حبس العين عن التصرفات التملكية مع بقائها على ملك الواقف و التبرع اللازم بريعها على جهة من جهات البر).

أما المشرع الجزائري فقد عرفها بموجب نص المادة 03 من القانون 10/91 الصادر في 1991/04/27 المتعلق بالأوقاف المعدل و المتمم بأن الوقف " هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد و التصدق بالمنفعة على الفقراء ، أو على وجه من وجوه البر و الخير"

و لكي يعتبر عقد الوقف صحيحا يجب توفر مجموعة من الشروط تتعلق بالواقف و محل الوقف و حتى الموقوف عليه. [3]

[1] – رشاد السيد عامر إبراهيم ،المرجع السابق ،ص78 .

[2] – زهدود محمد ،المرجع السابق ،ص142 .

[3] – أ. حمدي باشا عمر : المرجع السابق ، ص 74 ص 85

أما بالنسبة للواقف فيجب أن يكون بالغا و عاقلا و غير مكره . [1] و فيما يخص الوقف يشترط فيه أن يكون مالا متقوما أي أن يكون منقول أو عقارا أو حتى منفعة و أن يكون محل الوقف معلوما و محدد و مشروعا ، و أن يكون مملوكا للواقف وقت وقفه.[2]

و أما الموقوف عليه . فيجب أن يكون جهة خير و بر حتى يعتبر الإنفاق عليه قربة لله.[3]

ثانيا: أحكام الوقف من مرض الموت.

الملاحظ أن المشرع لم يتطرق إلى كل التصرفات التبرعية لمرض الموت بخلاف الشريعة الإسلامية التي إعتبرت و أنزلت وقف المريض مرض الموت منزلة الوصية ، و إعتبرته من ثلث المال المتبرع على أساس أنه تبرع منجز .و الجدير بالذكر أن المشرع أدرج الوقف في الفصل الثالث من الكتاب الرابع لقانون الأسرة من المواد من 213 –216 من ثم صدر بعد ذلك قانون خاص بالأوقاف رقم 91–30 المؤرخ في 27/أفريل / 1991 [4]

و تنص المادة 02 من قانون الأسرة ((على غرار جل مواد هدا القانون يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليها وعلى هذا الأساس و تطبيقا لأحكام الشريعة الإسلامية يأخذ الوقف في مرض الموت حكم الهبة في مرض الموت...وتسري عليه أحكام الوصية .و يجب في دلك أعمال حالات التفرقة بين الوقف للورا ثاو لغير وارث . و ما اذا كان الوقف غير مدين إلا أن المشرع لم يأت بالوقف في مرض الموت سوى فيما تعلق بحقوق دائني المريض الواقف فقد جلا في المادة 32 من قانون 10/91 المتعلق ما يلي : (يحق للدائنين طلب أبطال وقف في مرض الموت و كان الدين يستغرق جميع أملاكه)

[1] – قرار رقم 546–46 المؤرخ في 1988/11/21 رقم 1991 عدد 02 ص 60 من المقرر شرعا و قانونا أنه يشترط في الواقف أن يكون أهلا للتبرع رشدا لا مكرها.

[2] – الأستاذ حمدي باشا ، مرجع سابق ، ص 77

[3] – الأستاذ عمار رشاد السيد، المرجع السابق ، ص 114

[4] – المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25/ مارس /1976 بتأسيس السجل العقاري الجريدة الرسمية رقم 30 لسنة 1976

تستوجب المادة 41 منه توثيق –الوقف اذ تنص((يجب على الواقف أن يقيد الواقف لدى الموثق وان يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزم بتقديم إثبات لها...)) [1]

وقد ذهب المجلس الأعلى (المحكمة العليا حاليا) في القرار الصادر بتاريخ 1971/03/03نشرة القضاة 1972 عدد 02ص 73((من المقرر في الشريعة الإسلامية أن الحبس باطل، وعلى مدعي ببطلانه لذلك السبب إقامة البينة على أن الحبس كان مصابا وقت تحبسه بالمرض الذي مات من جرائه))

وحيث لم يأخذ المجلس القضائي تلك الدعوى ولا بطلب إقامة البينة على صحتها. وإكتفى في حكمه بمجرد ماجاء في وثيقة الحبس بالوجه السابق الذكر كان قرارا خارقا للامتثال المرافعات الجوهرية. وحتى للقواعد الشرعية مما يستوجب نقضه.

الفرع الثاني : الإبراء في في مرض الموت .

أولا : تعريف الإبراء

الإبراء هو تصرف قانوني يصدر من جانب واحد هو الدائن ،صدر متوفرا على شروط انقضى به الدين و برأت ذمة المدين [2].

و يتميز الإبراء عن غيره من التصرفات بأنه تصرف صادر و متى بإرادة واحدة من جانب الدائن . إلا أنه لا يتم إلا إذا وصل إلى علم المدين و لهذا الأخير الحق في رده متى وصل إلى علمه [3] و هذا ما تتضمنه المادة 305 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه ((ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه اختياريا و يتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين و لكن يصبح باطلا إذا رفضه المدين)) .

[1]– الاستاذ باشا عمر–الرجع السابق–ص 76 77

[2]–الإبراء هو من التصرفات التي ينقضي بها الالتزام دون الوفاء به

[3]–د عبد الرزاق أحمد السنهوري ،الوسيط في شرح القانون الدستوري ،نظرية الالتزام بوجه عام ،ج 3 طبعة منقحة 2004 ،الإسكندرية ،منشئة المعارف ،1997 ،ص760–761 .

و كذلك يمتاز بأنه تصرف تبرعي فهو يصدر من الدائن اختيارا دون مقابل . فهو ينزل عن حقه دون علمه [1] و بالتالي تسري عليه أحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع حسب نص المادة 306 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري[2] .

وليس هناك شروط من الناحية الشكلية لأن الإبراء يعتبر هبة غير مباشرة و الهبات الغير المباشرة لا تشترط إنعقادها رسمية التي تشترط في الهبات المباشرة [3]

ثانيا : حكم إبراء المريض مرض الموت

يلحق بالهبة و الوقوف في مرض الموت حالة الإبراء في مرض الموت و هذا حسب نص المادة 206 من القانون المدني [4] و لإيجاد نية التبرع الصريحة فإن نزول المريض مرض الموت عن دينه يأخذ حكم الوصية ، و هذا تطبيقا لأحكام الشريعة الإسلامية .

فإذا ابرأ المرض كمرض الموت احد ورثته من دينه أو كان له ورثة أخرين فلا ينفذ الإبراء إلا بإجازتهم سواء ساوى الثلث أو فاقه أو أقل منه.

أما إذا كان المبرأ أجنبي عن المريض فإنه ينظر إلى مقدار الدين المتنازل عنه من التركة فإن لم يتجاوز ثلث التركة نفذ الإبراء بحت و إن لم يجره الورثة .

أما إذا تجاوز الثلث فإن الزائد منه يكون موقوف على بقية الورثة ذلك أن الإبراء وصية و قضاء الدين مقدم على الوصية فإذا أجاز الدائن الإبراء فإن أجازته تعد ابراء للميت عن الجزء الذي أجازه فقط .

و على ذلك يحتاج الجزء الزائد عن الثلث إلى أجازه الورثة .

---

[1]–يتميز الإبراء عن التجديد ففي التجديد يبدأ الدائن ذمة المدين من الدين و لكن طرفي التجديد يتفقان على إنشاء دين جديد فهو يختلف عن الإبراء .

[2]–المدة 306 ف 1 تسري على الإبراء أحكام الموضوعية التي تسري على كل متبرع .

[3] – الدكتور عبد الرزاق احمد الصنهوري.الويسط في شرح القانون المدني نظرية الإلتزام مرجع سابق ص 764

[4] – انظر هامش رقم 05 الفرع الثاني :ابراء المريض مرص الموت 3 .

المبحث الثاني : تصرفات المريض مرض الموت الغير مالية.

بعدما بينا في المبحث الأول التصرفات المالية التي يقوم بها المريض مرض الموت من اجل اختيار بعض الناس أو حرمات آخرين.

هناك تصرفات غير مالية يقوم بها الشخص تتمثل في الزواج و الطلاق و الخلع فما هو حكم هذه التصرفات و ما هي الآثار المترتبة عنها .

المطلب الأول : زواج المريض مرض الموت

الفرع الأول : حكم زواج المريض مرض الموت

يعرف الزواج أو النكاح بأنه عقد يحل لكل من الزوجين الاستمتاع بصاحبه فعقد الزواج هو ملك المتعة أو حلها [1].

وعرفته المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري كما يلي:

((الزواج هو عقد رضائي يتم بين الرجل و المرأة على الوجه الشرعي. من أهدافه تكوين أسرة أساسه المودة و الرحمة و التعاون و إحصان الزوجين و المحافظة على الأنساب))[2].

إذا تزوج المريض وكان زواجه صحيحا نافذا.لان الزواج من حوائجه الأصلية . لحاجته لم يخدمه و يؤنسه و يقوم على رعايته و هو حق للمريض. ليس لأحد الاعتراض عليه كسائر ما يتعلق بحاجته الضرورية . سواء كان مدينا أو غير مدينا لان الدين كما قلنا لا تعلق له بما يتصل بالحوائج الأصلية و غايته انه يشترط ألا يزيد المهر الذي يسميه عن مهر المثل[3] .

فإذا زاد عن ذلك كانت الزيادة تبرعا [4].

---

[1]- د.رمضان علي السيد الشرنباطي ،أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، مكونات العقد ،حقوق و واجبات الزوجين ،بدون طبعة ،ص14 .

[2]- الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ،المعدل و المتمم لقانون الأسرة رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان سنة 1904 الموافق ل09 جوان 1984 .

[3]- هو مهر المرأة من أسرة أبيها كأختها و عمتها و ابنة عمها. فإن لم يكن من الأسرة أيضا من تماثلها .اعتبر مهر امرأة من أسرة تماثل أسرة أبيها و لا ينظر إلى قرابة الأم .

[4]- د.أحمد فرج حسنين ،الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية ،دار المطبوعات الجامعية ،الإسكندرية، 1999 ص 239 .

ونفرق في أحكام الزواج بين وفاة الزوج و المصاب بمرض الموت قبل الدخول فعندئذ يبطل العقد ولا مهر للزوجة ولا ميراث إما إذا مات بعد الدخول بها صح العقد و ثبت المهر و الميراث[1] .

وللزوجة أن تطالب الدائنين الذين استغرقت ديونهم التركة بقدر مهر المثل. أما ما زاد عن مهر المثل فيأخذ حكم الوصية فان مات المريض و المرأة في عصمته توقف نفذ الزائد على إجازة الورثة عند بعض الفقهاء ولا يتوقف على الإجازة من الورثة إذا خرجت من ثلث التركة .

الفرع الثاني : أثار الزواج في مرض الموت.

بما أن المشرع الجزائري لم يقم بتعريف مرض الموت ، لا في القانون المدني ولا في قانون الأسرة كما لم يتطرق إلى أحكام الزواج في مرض الموت صراحة ولا ضمنيا لكن هناك بعض الاجتهادات القضائية في هذه المسالة تطرقنا لها

قضت المحكمة العليا الجزائرية في زواج مرض الموت :

"من المقرر أن النكاح الواقع في مرض الموت سواء للزوجة أو للزوج لا ارث فيهمن ثم فان القضاء يرفض دعوى الطاعنة للزواج الواقع في مرض الموت بحجة انعدام النص في الشريعة هو مخالف للشرع.

و لما كان من الثابت –في قضية الحالة– أن المسماة (و.س.ف) بنت (ع) قد طلبت نقض و إبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء البليدة بتاريخ 1994/12/03 القاضي بتأييد الحكم المستأنف الصادر عن محكمة القليعة يوم 1994/02/09 القاضي برفض دعوى الطاعنة،

دعوى الطاعنة تهدف إلى عدم أحقية والدها المطعون ضده في الميراث وأمها التي حيث أن طلقت بحكم سنة 1967 و الذي عقد عليها ثانية أمام الموثق تحت عنوان الصلح في 24 جويلية1977 وهي في مرض الموت بعد أن دخلت المستشفى في شهر جوان من نفس

[1]– د .أحمد فرج حسنين ،مرجع سابق ،ص 239–240 .

السنة بسبب العجز الكامل لكليتيها و قضت مدة في غيبوبة إلى أن توفيت في سنة 1977/11/15

حيث جاء في القرار المنتقد بأنه لا يوجد أي نص في الشريعة يبطل عقد زواج المريض مرض الموت ، ومعنى انه قد ثبت لقضاة الموضوع أن الزواج موضوع النزاع قد وقع في مرض الموت.

حيث استندت الطاعنة في طلبها على الوجه الوحيد للنقض المأخوذة من قصور الأسباب و مخالفة الشريعة بدعوى أن قضاة الموضوع قد اعتبرا أن عقد الزواج في مرض الموت هو عقد صحيح لان الشريعة لا تمنع ذلك رغم أن الزوجة كانت على فراش الموت فلا يوجد أي نص يبطل عقد الزواج[1] .

وجاء في مختصر خليل في باب أحكام النكاح عقد الحديث عن الأنكحة الفاسدة التي فيها الإرث فقال أن نكاح المريض زوجا كان أو زوجة فلا ارث فيه عليه فالوجه مؤسس الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه و إحالته لنفس المجلس ،فقررت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية و المواريث , بقبول الدعوى شكلا و موضوعا ، ونقض القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء البليدة، و إحالة القضية و الأطراف إلى نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد طبقا للقانون مع إلزام المطعون ضده بالمصاريف القضائية [2] .

فحسب هذا القرار القضائي للمحكمة العليا ،فان زواج المريض مرض الموت يقع و يكون صحيحا إلا انه لا يوجد التوارث بين الزوجين.

[1]- المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية و المواريث ،قرار رقم 2510-656 ،المؤرخ في 23-2 -2001 ،مجلة قضائية،العدد الأول 2002،ص305-307 .

[2]- المجلة القضائية ،نفس المرجع ،ص307 .

المطلب الثاني : طلاق المريض مرض الموت

الفرع الأول : حكم طلاق المريض مرض الموت

يعرف الطلاق في اصطلاح الفقهاء بأنه رفع قيد النكاح في الحال،او في المال ولهذا التعريف قسمان :قسم يرفع النكاح في الحال ،وقسم في المال .

أما القسم الأول : فهو الطلاق البائن ،فبمجرد صدوره يرفع النكاح في الحال ،فلا تحل المطلقة لمطلقها ،ألا بعقد و مهر جديدين سواء انتهت العدة [1] أم لم تنته.

و أما القسم الثاني : فهو الطلاق الرجعي،فالنكاح لا يرتفع في الطلاق الرجعي بمجرد صدور ما يدل عليه،بل يرتفع إلا بانتهاء عدة المطلقة ،وفي أثناء العدة لم يرتفع النكاح ،فله أن يرجعها، رضيت أم لم ترضى [2] و الطلاق تثبت مشروعيته بالكتاب و السنة، والإجماع.

فمن الكتاب : قوله تعالى((الطلاق مرتان فإمساك بمعروف ،أو تسريح بإحسان)) [3] .

أما من السنة : قوله صلى الله عليه وسلم((ابغض الحلال عند الله الطلاق)) [4] .

ومن الإجماع فقد أجمعت الأمة بداية حياته صلى الله عليه وسلم حتى الآن على جواز الطلاق [5].

إن من أهم أسباب الطلاق إن يطلق الزوج المريض زوجته أثناء مرض الموت إضرارا بها و يقصد حرمانها عهدا مما قد ترثه من تركته .

فهذا الطلاق له خصائص لا تتوفر في غيرها مثلا إذا طلق الزوج زوجته و بعد الطلاق مباشرة ، وفته المنية فهل يكون هذا الطلاق صحيحا شرعا؟

وهل ترثه مطلقته إذا توفي أثناء العدة أو بعدها؟

---

[1]- العدة من المدة أو المهلة التي أوجب كلا من الشريعة و القانون على الزوجة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها أن تتربص ،و لا تتزوج إلا بعد انتهاء الأجل المحدد شرعا أو قانونا .

[2]- الإمام أبو زهرة محمد –الأحوال الشخصية ،دار الفكر العربي، القاهرة ،2005 ،ص 288 .

[3]- سورة البقرة ،الآية 229.

[4]- سورة البقرة.

[5]- د. رمضان علي السيد الشرنباطي ،مرجع سابق ،ص07

حقيقة قانون الأسرة الجزائري لم يتطرق إلى مسالة الطلاق في مرض الموت لا من حيث حكمه، ولا من حيث أثاره ،وهو ما يحتم علينا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري[1].

وعليه و بناءا على أفكار الفقهاء المسلمين يمكن القول بان طلاق المريض مرض الموت، يقع وان كان رجعيا ،فله حكم الطلاق الرجعي كاملا، و إذا مات في العدة ورثته الزوجة لان الطلاق الرجعي لا يمنع التوارث في العدة ولو كان المطلق صحيح .فان كان بائنا يختلف إذا اعتبر الزوج بطلاقه فار من الميراث ،و يتوافر ذلك الظن إذا طلقها بائنا وكان بغير رضاها و كانت مستحقة للميراث من وقت الطلاق إلى وقت الوفاة [2] .

أما حجة الحنفية فقد استندوا على إن عثمان بن عفان رضي الله عنه ورث من طلقها عبد الرحمن بن عوف في مرضه الذي مات فيه، ولم ينكر لحد من الصحابة عمله وقد علموه فكان هذا في معنى الإجماع.

وان الزوجية هي سبب الإرث قد أزالها بقصد إبطال حقها في الميراث فيرد عليه، قصده ما بقيت العدة لبقاء اثأر الزوجية[3].

أما المالكية فترى أن حقها في الإرث ،لا ينقطع أبدا ولو تزوجت بعشرة أزواج ،وإذا قامت القرائن المثبتة له وقد قصد حرمانها من الميراث فيرد عليه قصده[4] .

أما الحنبلية ترى بان زوجة المطلق في مرض موته الذي قصد بطلاقه الفرار من الميراث يكون لها حق الإرث ولا يقطع حقها في الإرث إلا إذا تزوجت قبل موته ،وذلك ليرد عليه قصده فترة ما لم يوجد مانع يقطع قيام الزوجية بينهما [5] .

---

[1]- المستشار عبد العزيز سعد ،الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري،الطبعة الثالثة ،دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ،الجزائر1996 ص 277.

[2]- الأمام أبو زهرة محمد ،المرجع السابق ،ص320 .

[3]- من الصور التي يعتبرها فار في المذهب الحنيفي إذا حلف على أن لا يقر بها و هو مريض مرض الموت و لم يقر بها حتى مضت 4 أشهر و مات يعتبر فار ،و لكن إذا حلف و هو صحيح ثم مرض و مضت 4 أشهر ثم مات فإنها لا ترث لأن سبب حدث و هو صحيح .

[4]- د. رمضان علي السيد الشرنباطي ،المرجع السابق ،ص 22 .

[5]- الإمام محمد أبو زهرة ،المرجع السابق ،ص322 .

وإذا جاءت الفرقة من جانب المرأة في مض الموت و كانت مختارة و لم يكن ما كان منها برضا زوجها كان ارتدت أو اختارت نفسها بخيار البلوغ ،فأنها تعتبر فارة و يستحق زوجها الميراث إذا ماتت و هي في العدة، لأنها قصدت الحرمان من الميراث بفعلها فيرد عليها قصدها [1].

من ذلك المرض ،فانه يعتبر فارا بطلاقه البائن من الميراث، فلو كان مكرها على الطلاق، على فرض أن الطلاق المكره [2] ،يجوز كما هو في المذهب الحنفي، وان كانت غير مستحقة للميراث وقت الطلاق وصارت مستحقة له وقت الوفاة ،لا يعتبر فار، كان كانت غير مسلمة وقت الطلاق ثم أسلمت بعد الطلاق ،فإنها لا تكون مستحقة للميراث لأنه لا يثبت التوارث بين المسلم و غير المسلم و بالتالي زالت في هذه الصورة مضيفة الفرار، لأنها عند الطلاق لا يتصور ميراثها منه، إذن فلا يتصور الفرار من أمر غير متوقع ولابد من صلاحية استحقاقها للميراث وقت الوفاة ،فلو كانت مسلمة ثم ارتدت عف الإسلام ،لا يعتبر الزوج فارا لأنها بارتدادها أسقطت حقها في الميراث ،وأزالت عقد الزواج وإذا توفرت شروط مضفة الفرار ومات المريض ، وهي في العدة ورثته [3].

وخالف في ذلك الشافعي فقال : فإنها لا ترث كالمطلقة طلاقا بائنا لان الزوجية قد ارتفعت بالطلاق البائن قيبل الموت و هي السبب في الإرث ،كيف ترثه إذا ماتت وهي في العدة؟ [4].

وخلاصة القول ،بان الحكم بالطلاق في مرض الموت يعتبر طلاقا صحيحا شرعا و قانونا ولا يجوز الطعن فيه، ولا الادعاء ببطلانه و أن حق التوارث يبقى قائما لصالح الزوجين أن مات احدهما أثناء عدة الطلاق الرجعي.

---

[1]- الإمام محمد أبو زهرة ،المرجع السابق ،ص 323 .

[2]- من أكره على الطلاق كان طلاقه باطل و لا يعتد به و لا أثر له لأن الذي طلق لا يقصد بذلك الفرقة بينه و بين زوجته و إنما قصد دفع الضرر الذي هـ ذبه عن نفسه .

[3]- الإمام أبو زهرة محمد ،المرجع السابق ،ص 318 .

[4]- الأستاذ رمضان علي السيد الشرنباطي ،المرجع السابق ،ص 61 .

ويبقى قائما لصالح الزوجة المطلقة و حدها أن مات مطلقها أثناء عدة الطلاق البائن أو بعدها .إذا كان القصد من طلاقها الحرمان .

الفرع الثاني : اثار الطلاق في مرض الموت

إن طلاق المريض مرض الموت هو طلاق واقع ، وان المريض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق ،وقد سار القضاء الجزائري في هذا الاتجاه إذ قضت المحكمة العليا بأنه:من المقرر شرعا و قانونا بان مرض الموت مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق عدا إذا كان القصد منه حرمان الزوجة من الميراث ، ومن ثم فان قضاة الموضوع بقضائهم بطلان الطاعنة ،طبقوا صحيح القانون [1] .

والذي جرت أحداثه كما يلي :حيث أن المسماة ك م قد طلبت نقض و إبطال الحكم الصادر عن المحكمة خميس مليانة يوم 11-08-القاضي 1996بطلاق و استندت على وجه وحيد للنقض المأخوذ من قصور الأسباب: بدعوى انه كان من القاضي الأول قبل أن يصدر حكم الطلاق أن يتحقق من الحالة الصحية و العقلية للزوج الذي كان يعاني من مرض خطير أدى إلى وفاته يوم 09-02-1997[2].

نستنتج من هذا القرار أن طلاق المريض مرض الموت هو طلاق واقع وصحيح مهما كانت خطورة هذا المرض، فهو لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق ، وعليه فالطلاق المحكوم به صحيحا شرعا وقانونا ،وهذا لا يؤثر على الميراث فحق الطاعة فيه ثابت شرعا ،إذا طلقت في مرض الموت لأنه لا يوجد أي تلازم بين العدة و الحق في الميراث حتى ولو وقعت الوفاة بعد مدة طويلة من القضاء عليها الاحتمال أن طلاقه لها كان بنية حرمانها من الميراث ،عملا بقاعدة المعاملة بنقيض المقصود ، فقررت المحكمة العليا رفض الطعن وعلى الطاعنة المصاريف القضائية .

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 179696، مؤرخ في 1998 -03-17، (قضية (حم) ضد (سب ، المجلة القضائية، عدد خاص، سنة 2001، ص 100

[2] -المجلة القضائية،المرجع نفسه، ص 101

حيث اتفق الفقهاء على وقوع طلاق المريض مرض الموت صحيحا لأنه أهل لإيقاعه، إلّا أنّهم اختلفوا في إرث الزوجة المطلقة طلاقا بائنا فهو إذا طلق زوجته طلاقا بائنا و كانت الأدلة تشير إلى أنه طلقها لكي يحرمها من الميراث ففي هذه الحالة لا ينفي الطلاق حقها في الإرث، فهذا الطلاق يسميه الفقهاء طلاق الفار.[1]

فالحنفية يرون أنّ المرأة إذا طلقها زوجها في مرض موته طلاقا بائنا، فإنّ ها ترث بعد موته، وإن مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها، و يعللون ذلك بأنّ المطلقة بائنا في مرض موت المطلق ترث مطلقها إذا مات ولا يرثها هو إذا ماتت وهي في العدة لأنّ الزوجية بسبب إرثها في مرض موته و الزوج قصد إبطاله فيرد قصده إليه بتأخير عمله إلى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها لأنّ الطلاق في العدة تبقى في حق بعض الأثار، فجاز أن يبقى لها حق فرضها من الميراث والزوجية في هذه الحالة ليست سببا لإرثه عنها فتبطل في حقه قياسا على طلاق الصحيح السليم، ويسقط حقها في الإرث إذا رضيت بالطلاق أو بسوء منه.[2]

كما استدل الحنفية على رأيهم بتوريث المطلقة بائنا في مرض موت زوجها بالاستحسان، ووجه إجماع الصحابة حيث ورد عن عثمان بن عفان :أنه و رث تماضر بنت الأصبع زوج عبد الرحمان بن عوف، و كان قد طلقها في مرض موته.[3]

القياس على منع المريض مرض الموت من التبرع والحجر عليه فيما زاد عن الثلث، وإعطاء الورثة الحق في ذلك ،فيحق لها الحصول على حقها في الميراث فلا يمنعها تصرف زوجها، إنّ في حرمان الزوجة من الميراث إضرارا بها لذلك لابد من دفع هذا الضرر لأنه مقصودا

[1]- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط(2) ، دار الفكر العربي للنشر، مصر،(د.س.ن)، ص320

[2]- الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ص496

[3]- علاء الدين بن مسعود الكاساني الحنفي، كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج3 ، ط (02)، دار الكتاب العربي، لبنان، 1974 ، ص 219

بالطلاق، كما أنّ ا لّذي طلق في مرض موته قصد حرمانها من الميراث فعومل بنقيض قصده.[1]

ويرى المالكية أنّ الزوجة ترث زوجها إ ن طلقها في مرض الموت، حتى لو انقضت العدة وتزوجت بغيره، وحتى لو كان الطلاق برضاها واختيارها ولا يرثها هو إذا ماتت، لأنه هو الذّ ي فوت على نفسه حقه بالميراث.[2]

وذهب الشافعية في جديده على أنها لا ترث منه سواء ماتت في عدة الطلاق أو بعده واستدلوا على ذلك أن الزوجية قد زال عنها سبب الميراث بالطلاق، حيث أنّ ها لم تعد زوجة له، فمنعت من الميراث لئلا يلزم الميراث بلا سبب ولا نسب.[3] ، وذهب الحنابلة إلى أنّ زوجة الفار ترث منه ولو انقضت عدة طلاقها ما لم تتزوج غيره، وهذا لاجماع المسلمين على أن المرأة لا ترث زوجين. [4]

[1]- عزة عكرمة صبري، الاستحسان و أثر العمل به على مسائل الأحوال الشخصية، ط (1)، دار النفائس للنشر و التوزيع الأردن، 2011 ، ص 229

[2]- أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ط(4) ، دار الكتب العلمية، لبنان،(ب.س.ن)، ص199

[3]- محمد بن محمد الغزالي، الوسيط في المذهب ، مج5 ، دار السلام للطباعة والنشر، (د.ب.ن)، 1997 ، ص402

[4]- علاء الدين علي بن سليمان بن أحمد المرداوي ، المرجع السابق ،ص500

المطلب الثالث : الخلع في مرض الموت

الفرع الأول : حكم تصرفات الزوج بالخلع أثناء مرضه

إن الخلع أو المخالعة في الفقه الإسلامي هو عبارة عن عقد اتفاقي و ثنائي الأطراف ينعقد عادة بعرض من الزوجة لمبلغ من المال العلوم مقابل طلاقها ، وبقبول صريح من الزوج لهذا العرض و للطلاق ، ويمكن أن يكون بعرض من الزوج و قبول من الزوجة ،وهو تعريف مستمد من معنى ما جاء في المادة 54 من قانون الأسرة من انه ((يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي [1] وهو يعني أن الخلع ليس إلا طلاقا رضائيا مقابل [2] مال تقدمه الزوجة إلى زوجها من اجل آن يطلقها دون نزاع ولا مخاصمة.

إذا خالع الزوج زوجته و هو مريض ولا إشكال في صحة خلعه سواء كان بمهرها أو بمهر مثلها أو أكثر منه أو اقل،ولا يعتبر من الثلث لأنه لو طلقها لغير عوض صح،فلان يصح بعوض وان قل من باب أولى،فهل يعتبر الخلع كالبيع إذا خالع بأقل من مهر المثل ان يكون محاباة في الثلث كالمحاباة في البيع؟

للإجابة على هذا انه لا يعتبر الخلع كالبيع للأسباب الآتية :

أولا : إن الزوج لو أزال ملكه عن البعض [3] بالطلاق من غير بدل صح من غير أن يكون معتبرا بالثلث فإذا أزاله بقليل البدل فأولى أن يصح ولا يكون معتبرا في الثلث و ليس كذلك المال لأنه لو أزال ملكه منه بالهبة من غير بدل كان معتبرا من الثلث فكذلك إذا حاب فيه و اقتصر على التدليل من الثلث .

ثانيا: انه إنما يعتبر في الثلث ما كان من حقوق الورثة و ينتقل إليهم إرثا بالموت ،وبضع الزوجة غير موروث ولا ينتقل إليهم بالإرث ،فلم يعتبر في الثلث ،فلو خالع الزوج في مرض موته و أوصى لزوجته بمثل ميراثها منه أو اقل صح و إن أوصى لها بزيادة عليه فللورثة إبطالها.

---

[1] من الامر رقم 05-02المؤرخ في 27 فبراير 2005-المادة 54

[2] -المستشار عبد العزيز سعد المرجع السابق ص 248

[3] - البعض

الفرع الثاني : حكم تصرفات الزوجة بالإختلاع.

إذا خالعت المرأة المريضة زوجها صح خلعها وجاء هذا مفصلا عند الفقهاء :

أولا : المذهب الحنفي:

إذا اختلعت المرأة من زوجها في مرضها بمهرها الذي كان لها عليه، ثم ماتت في العدة، فله الأقل من ميراثه منها ومن المهر، إن كان يخرج من الثلث مالها، و إن لم يكن لها مال سوى ذلك، فله الأقل من ميراثه منها و من الثلث[1].

ذلك لأنها إذا ماتت قبل انقضاء العدة فيجب ميراثه منها، باقي ببقاء العدة و يجوز أن يكون قصدها بهذا الخلع لإيصال المنفعة المالية إلى الزوج، ولكن هذه التهمة تفي الزيادة على قدر ميراثه منها وأما في الأقل فلا تهمة .

و إذا ماتت بعد انقضاء العدة فليس بينهما سبب توارث عند موتها فيكون له جميع المسمى من الثلث بمنزله ما لو أوصت له أو أقرت له بشيء بعد ما طلقها ثلاثا.

وان لم يدخل بها و اختلعت منه في مرضها بمهرها فان نصف المهر يسقط عن الزوج بالطلاق قبل الدخول و النصف يكون له من ثلث مالها لان ذلك القدر بمنزلة الوصية منها وليس بينهما سبب للتوارث[2].

ثانيا : المذهب المالكي

إذا اختلعت المريضة من زوجها في مرضها بجميع مالها فقد نقا عن الإمام مالك انه قال: لا يجوز ذلك ولا يرثها و انخلع المريضة لا يجوز إلا بصداق مثلها فاقل و ما زاد على ذلك فهو وصية [3] .

[1]– د.جمال عبد الوهاب عبد الغفار ،المرجع السابق ،ص108 .

[2]– د.جمال عبد الوهاب عبد الغفار ،المرجع السابق ،ص160 .

[3]– المالكية يجعلون المقياس في الخلع هو خلع المثل ،فإن كان ما إختلعت به قدر مهر مثلها فأقل هو جائز و إذا كان أزيد من خلع مثلها فالزيادة مردودة .

ثالثا : المذهب الشافعي

يرى الشافعي انه إذا اختلعت المريضة مرض الموت من زوجها و ماتت و لم يزد العوض الذي من خالعت عن مهر مثلها نفذا و اعتبر من رأس المال .

وان يكون موت المطلق أثناء العدة وان لا يكون الطلاق بطلبها و الحكمة من توريث الزوجة رغم بينونتها لتمكين التهمة .

من قصده الإضرار بها و الفرار من توريثها فترثه معاملة له بالنقيض.

أما فيما يتعلق في خلع المريضة مرض الموت بجميع مالها فانه لا يجوز و إذا كان خلعها بصداق مثلها فاقل و ما زاد على ذلك يعتبر وصية لا يجوز إلا في حدود الثلث.

ونلخص في الأخير إلى أن مرض الموت هو حالة خاصة تجعل تصرفات المريض تختلف عن غيرها إذ تقيدها و تجعل من حق الورثة الطعن بها متى كانت مضرة بهم و بحقوقهم و الهدف من تقيدها هو حماية حقوق الآخرين من الورثة و دائنين في كل ما يضر بمصالحهم.

خاتمة :

الحمد لله الذي وفقنا في إنجاز بحثنا المتعلق بأحكام تصرفات المريض مرض الموت وفق نصوص القانون وبعض أحكام الشريعة، و بعد مجموع العناصر التي تناولناها من خلال هذه الدراسة نستخلص النتائج الآتية:

- مـرض الموت هو المرض الذي يغ ـلب فيه اله ـلاك و يعقبه الم ــوت مباشرة، و لم يورد القانون المدني الجزائري و لا ق ـانون الاسرة الجزائري تع ـريفا خاصا به، إلا أن إجتهادات المحـكمة العليا فصـلت فيه و كذلك الفقه الإسلامي.

- مرض الموت لا يتحقق إلا بتوفر مجموعة من الشروط منها :

- أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه
- أن يغلب فيه الموت ، و هذا يعني أن المرض مخوف فعلا ، و تقديره للأطباء، و حسب رأينا يعتبر هذا الشرط المقياس الأصح لمرض الموت لأن مرض الموت هو واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة الطـرق و تعتبر الشهادة الطبية دليلا قويا لإثباته.
- أن ينتهي المرض بالموت فعلا ، بفترة محددة سواءا كان الموت بذلك المرض أو خارجه.
- أيضا إستخلصنا أن بعض الأشخاص يلحقون بالمريض مرض الموت رغم أنهم أصحاء و ذلك في حالة المقاتل في الحرب، حالة غرق الشخص في السفينة ، حالة الشخص المحكوم عليه بالإعدام .
- أيضا أشرنا إلى الأشخاص المرضى الملحقون بالأصحاء و هم أصحاب الأمراض المزمنة .
- تصرفات المريض مرض الموت هي تصرفات ناقلة للملكـية كون المريض مرض الموت كـامل الأهلية كأهلية الشخـص الصحيح و تقييد تصرفــاته لا تعتبر نقص أهلية و إنما حمـاية لحقـوق الوراثة و الدائنين.
- إن تصرفات المريض مرض الموت المنطوية على التبرع هي تصرف مضاف إلى ما بعد الموت و تسري عليه أحكام الوصية .

مقدمة

فهرس المحتويات

الفصل الثاني
حكم التصرفات التي يؤتيها المريض مرض الموت

الفصل الأول

ماهية مرض الموت و إثباته

خاتمة

قائمة المراجع

القوانين و المراسيم:

- ✓ الأمر رقم 58/75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج ر عدد 78 بتاريخ 26 سبتمبر 1975.
- ✓ قانون 11/84 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيراير 2005، ج ر عدد 15، مؤرخة في 27 فيراير 2005.
- ✓ قرار المحكمة العليا، صادر عن غرفة الاحوال الشخصية، ملف رقم (33719)، الصادر سنة 1984 ، المجلة القضائية، عدد 3، الجزائر، سنة 1989 .
- ✓ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 96675 ، الصادر بتاريخ 1993/11/23، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001.
- ✓ بمجلة الأحكام العدلية.
- ✓ قرار مجلس البليدة، الغرفة المدنية، رقم 99/110، الصادر بتاريخ 01-04-2004، (نقلا عن محمودي عبد العزيز، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، الجزائر،(د.س.ن).
- ✓ قانون الأسرة الجزائري
- ✓ الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ،المعدل و المتمم لقانون الأسرة رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان سنة 1904 الموافق ل09 جوان 1984 .
- ✓ المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية و المواريث ،قرار رقم 2510-656 ،المؤرخ في 23-2 -2001 ،مجلة قضائية، العدد الأول 2002.
- ✓ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 179696، مؤرخ في 1998 -03-17، (قضية (حم) ضد (سب ، المجلة القضائية، عدد خاص، سنة 2001.
- ✓ الأمر رقم 05-02المؤرخ في 27 فبراير 2005-المادة 54
- ✓ المادة 408 من القانون المدني الجزائري.
- ✓ المادة 187 من قانون الأسرة تنص على أنه (لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا).

قائمة المراجع

الكتب:

الكتب باللغة العربية:

- ✓ أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج 2، دار الكتب العلمية،(ط 1) ، لبنان، 1998 .
- ✓ أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، الإختبارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية، مكتبة ابن تيمية، (د.ب.ن)، (د.س.ن).
- ✓ أبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج 2، دار الكتب العلمية، لبنان، 1998 .
- ✓ أحمد فرج حسنين ،الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية ،دار المطبوعات الجامعية ،الإسكندرية، 1999 .
- ✓ أبو زهرة محمد – الأحوال الشخصية ،دار الفكر العربي، القاهرة ،2005 .
- ✓ حمدي باشا عمر ،عقود التبرعات ،الهبة الوقف الوصية، بدون طبعة الجزائر: دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ،سنة 2004 .
- ✓ حسني محمود عبد الدايم، مرض الموت و أثاره على عقد البيع، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007.
- ✓ الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ج 1، دار الكتب العلمية ، لبنان، 2000 ، ص 464.
- ✓ شمس الدين محمد بن أحمد الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح النهاج، ج 6، مطبعة باب الحلبي، القاهرة، 1938 .
- ✓ شمس الدين محمد بن أبي العباس، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، ج 6(ط 1)، دار الكتب الحديثة، (د.ب.ن)، 1993 .
- ✓ محمود إسماعيل مشعل، أحكام المريض في فقه الأسرة، مكتبة الوفاء القانونية،(ط 1)، مصر، 2013.
- ✓ مازن مصباح مصباح، الهبة في مرض الموت، دراسة فقهية مقارنة، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة دراسات الإسلامية)، مج 19 ، العدد الثاني، جوان 2011 .
- ✓ محمد أبو زهرة، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية،(د.ط)، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977 .

- ✓ محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، ج 6، المطبعة العالمية، القاهرة، 1950 .
- ✓ محمد نجيب المطيعي، كتاب المجموعة شرح المذهب للشرازي، ج 16 ، مكتبة الإرشاد (د.ب.ن)، (د.س.ن).
- ✓ الأستاذ محمد زهدور ،الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية ،المؤسسة الوطنية للكتاب،1991 .
- ✓ عبد السلام أحمد فيغو، التصرفات الصادرة من المريض مرض الموت، (دراسة فقهية قانونية مقارنة)، (ط 2)، دار الثقافة المغربية للنشر والتوزيع، الرباط، 2010 .
- ✓ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،ج 7، دار الكتب العلمية، لبنان، (د.س.ن).
- ✓ عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي ، حاشية الروض المربع، شرح ا زد المستنقع، مج 6، (ط 1)، (د.ن)، (د.ب.ن) 1979 .
- ✓ عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر للنشر، الأردن، 2007.
- ✓ عبد الله محمود ، الاختيار لتعليل المختار، ج 2، (ط 1)، دار الفكر العربي، (د.ب.ن)، (د.س.ن).
- ✓ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مج 1، (البيع والمقايضة)، دار إحياء التراث العربي، . لبنان ،(د.س.ن).
- ✓ عماد رشاد السيد : تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري ، مقارنة بالشريعة الإسلامية و القوانين الأخرى.
- ✓ علاء الدين علي بن سليمان المرداوي الحنبلي، الإنصاف في معرفة ال ا رجح من الخلاف، ج 7، دار الكتب العلمية لبنان، 1997 .
- ✓ عبد الحكم فودة، النظام القانوني لحماية الورثة من الوصايا المستترة، (مرض الموت ،الاحتفاض بالحيازة)، (د.ط)، . دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2006.
- ✓ عبد الرزاق أحمد السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد –أسباب كسب الملكية

- ✓ عبد العزيز سعد ،الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة ،دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ،الجزائر1996 .
- ✓ عجة الجيلالي، المدخل للعلوم القانونية، ج 1،(نظرية القانون بين التقليد والحداثة)، (د.ط) ، (د.ب.ن)، 2009.
- ✓ زهدود محمد، الوصية في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية، (د.ط)، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991 .
- ✓ زين الدين ابن نجيم الحنفي، الأشباه والنظائر، (د.ط)، مؤسسة الباب الحلبي للطباعة والنشر، مصر، 1986.
- ✓ نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت،(الوصية، البيع، الهبة، الوقف، الكفالة، الإبراء، القرار، الخلع، الطلاق)، دار الهدى، الجزائر، 2008.
- ✓ سليمان مرقس، شرح القانون المدني، العقود المسماة، (عقد البيع)، (ط 4)، القاهرة، 1980 .
- ✓ يحيي بن شرف النوري ، روضة الطالبين، ج 5، دار عالم الكتب ، لبنان، 2003 ، ص 122.
- ✓ رمضان علي السيد الشرنباطي ،أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، مكونات العقد ،حقوق و واجبات الزوجين ،بدون طبعة .
- ✓ شعبان أحمد،مجلة الموثق ،العدد4 لسنة 1998 .

الكتب باللغة الفرنسية:

- ✓ loriot, Mordant, cancérologie, paris, 2011, p 18.
- ✓ Nicolas dolly, cancerologie Clinique, 2 edition, Paris , p232.
- ✓ David Attias, cardiologie vasculaire, paris, 2010, p16.

المذكرات:

- ✓ رشاد السيد ابراهيم عامر، تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري مقارنا بالشريعة الاسلامية والقوانين الاخرى، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص كلية الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، 1989 .
- ✓ دالي فتيحة، تصرفات المريض مرض الموت في القانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، 2013 .
- ✓ طايلب حنان، حماية الورثة من الوصية المستترة، في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند ولحاج البويرة، الجزائر، 2013.
- ✓ بن عبدون عمر، تصرفات المريض مرض الموت و أحكامه، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، الجزائر، 2012.

المجلات:

مجلة الأحكام العدلية عن الدكتور ،مصطفى أحمد الزرقاء ،شرح القانون المدني السوري ،العقود المسماة: عقد البيع و المقايضة ،الطبعة السادسة 1965.

الفهرس

العنوان		الصفحة
مقدمة		أ
الفصل الأول	ماهية مرض الموت و إثباته	**03**
تمهيد		**04**
المبحث الأول	مفهوم مرض الموت	**05**
المطلب الأول	معنى مرض الموت في لفقه و القانون الجزائري	**05**
الفرع الأول:	معنى مرض الموت في التشريع الجزائري.	**06**
الفرع الثاني:	مرض الموت في الفقه الإسلامي	**09**
المطلب الثاني:	شروط مرض الموت	**11**
الفرع الاوّل:	أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه المعتادة	**11**
الفرع الثاني:	أن يغلب على المريض خوف الموت.	**12**
الفرع الثالث:	أن ينتهي المريض بالموت فعلا.	**14**
الفرع الرابع:	أن يموت الإنسان على حاله قبل سنة من مرض الموت.	**14**
المبحث الثاني:	إثبات مرض الموت و الملحقون به.	**16**
المطلب الأول:	إثبات مرض الموت.	**16**
الفرع الأول:	إثبات مرض الموت في التشريع الجزائري.	**16**
الفرع الثاني:	إثبات مرض الموت في الفقه الإسلامي.	**18**
المطلب الثاني:	الملحقون بمرض الموت.	**20**
الفرع الأوّل:	حالة المقاتل في الحرب	**20**
الفرع الثاني:	حالة الحكم بالإعدام.	**21**
الفرع الثالث:	حالة غرق الشخص في السفينة.	**22**
الفرع الرابع:	حالة الأمراض المزمنة	**22**
الفصل الثاني	حكم و أثر التصرفات التي يؤتيها المريض مرض الموت	
تمهيد		**28**

الفهرس

المبحث الأول :	تصرفات المريض مرض الموت المالية	**29**
المطلب الأول :	حكم الهبة و الوصية في مرض الموت	**29**
الفرع الأول :	حكم الهبة	**29**
الفرع الثاني :	حكم الوصية في مرض الموت .	**31**
المطلب الثاني :	حكم البيع لمريض مرض الموت	**35**
الفرع الأول :	تعريف و خصائص عقد البيع	**35**
الفرع الثاني :	حكم بيع مريض مرض الموت لوارث	**36**
الفرع الثالث :	حكم البيع في مرض الموت لغير وارث	**41**
الفرع الرابع :	حماية الغير حسن النية	**42**
المطلب الثالث:	حكم الوقف و الإبرام في مرض الموت	**44**
الفرع الأول:	الوقف في مرض الموت	**44**
الفرع الثاني :	الإبراء في مرض الموت	**46**
المبحث الثاني :	تصرفات المريض مرض الموت الغير مالية	**48**
المطلب الأول :	زواج المريض مرض الموت	**48**
الفرع الأول :	حكم زواج المريض مرض الموت	**48**
الفرع الثاني :	أثار الزواج في مرض الموت.	**49**
المطلب الثاني :	طلاق المريض مرض الموت	**51**
الفرع الأول :	حكم طلاق المريض مرض الموت	**51**
الفرع الثاني :	اثار الطلاق في مرض الموت	**54**
المطلب الثالث :	الخلع في مرض الموت	**57**
الفرع الأول :	حكم تصرفات الزوج بالخلع أثناء مرضه	**57**
الفرع الثاني :	حكم تصرفات الزوجة بالإختلاع.	**58**
خاتمة		**61**