

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة الجبالي بونعامة خميس مليانة



كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

هبة المريض مرض الموت

مذكرة لنيل شهادة الماستر

تخصص : قانون أسرة

إشراف الدكتور :

بلقاضي بلقاسم

إعداد الطالبة: لوط بختة

والطالبة: تتبيرت فهيمة

لجنة المناقشة :

- (1) الدكتور: طحطاح علال.....رئيسا.
- (2) الدكتور: بلقاضي بلقاسم.....مشرفا.
- (3) الدكتور: فيساح جلول.....عضوا مناقشا.

الموسم الجامعي 2022/2021

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة الجبالي بونعامه خميس مليانه



كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

هبة المريض مرض الموت

مذكرة لنيل شهادة الماستر

تخصص : قانون أسرة

إشراف الدكتور :

بلقاضي بلقاسم

إعداد الطالبة: لوط بختة

والطالبة: تنبيرت فهيمة

لجنة المناقشة :

- 4) الدكتور: طحطاح علال.....رئيسا.
- 5) الدكتور: بلقاضي بلقاسم.....مشرفا.
- 6) الدكتور: فيساح جلول.....عضوا مناقشا.

الموسم الجامعي 2022/2021

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي
خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ
وَالَّذِي جَعَلَ مِنَ
الْمَاءِ الْحَيَاةَ كُلَّ
شَيْءٍ حَيٍّ إِنَّهُ لَعَلِيمٌ

قال الله تعالى:

﴿وَأَيُّوبَ إِذْ نَادَى رَبَّهُ أَنِّي مَسَّنِيَ الضُّرُّ وَأَنْتَ أَرْحَمُ الرَّاحِمِينَ (83) فَاسْتَجَبْنَا لَهُ فَكَشَفْنَا مَا بِهِ مِنْ ضُرٍّ وَآتَيْنَاهُ أَهْلَهُ وَمِثْلَهُمْ مَعَهُمْ رَحْمَةً مِنْ بَيْنِنَا وَذِكْرَى لِلْعَابِدِينَ﴾

(سورة الأنبياء، الآية: 83-84)

الشكر والتقدير

يطيب لنا بعد شكر الله عزوجل أن نتقدم بخالص الشكر وعظيم
الإمتنان والتقدير والعرفان بالجميل لجميع أساتذتنا الكرام بجامعة خميس
مليانة ، كلية الحقوق، تخصص ماستر قانون أسرة، على ما بذلوه من جهد
في سبيل تكويننا، فجزاهم الله خيرا وبارك لهم في صحتهم وعلمهم.
وبمنتهى الإجلال والتقدير، وبصديقي أصدق آيات الشكر والعرفان
بالجميل نتقدم إلى أستاذنا الجليل، "الدكتور بلقاضي بلقاسم" الذي لم يقصر
في بذل الجهد في سبيل إنجاز هذا العمل وإخراجه إلى حيز الوجود،
والإشراف عليه، ومتابعته خطوة بعد خطوة، فجزاه الله خيرا عما وجعل ذلك
في ميزان حسناته، وله الشكر منا ماحيينا.
كما نتقدم بالشكر والتقدير لكل من ساعدنا أو أبدى لنا توجيهها ،
أو أسدى لنا نصحا، أو قدم لنا عوناً، داعين الله عزوجل أن يجزيهم خير الجزاء،
وأن يجعل ذلك في ميزان حسناته.

الإهداء

"وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا"
إلى من قال فيها سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم
"الجنة تحت أقدام الأمهات"

إلى من حملتني وراحتني وضعت من أجلي وبكت وسهرت الليالي
إلى من أعطيتها كل حياتي وحببي واحترامي وكل مجهودي الدراسي
إلى أمز أغلى أم في الدنيا "أمي الغالية"

أطال الله في عمرها

إلى الذي حبه إلي العلم ووفر لي أسبابه و علمني أن العلم أساس
العمل و سبيل السعادة و السعادة سر الحياة "أبي الكريم حفظه الله"

أطال الله في عمرهما

وإلى كل الأشخاص الذي سندوني سواء من قريب أو بعيد.

وإلى كل أساتذتي الكرام عبر جميع مراحل دراستي.

بخطتها



الأهداء

إلى من فاضى قلبهما بالحنان والعطفه إلى من رعياني

وبذلا كل ما بوسعهما إضفاء السعادة إلي.

إلى الروح الطاهرة أبي، إلى روح جدتي الغالية.

إلى رمز العطاء والحنان، إلى أُمِّي أطل الله في عمرها.

إلى من حبهم يجري في عروقي إلى الأخوات الغليات.

ياسمين، سميرة، سعاد.

إلى مصدر سعادتني والسند الوحيد في هذه الحياة، إلى الأخ والصديق

إلى زوجي الغالي "ناصر الدين"

إلى فلذة كبدي إلى ولداي الغالين، أمير وباسير.

إلى كل من له فضل على طول مشوار حياتي الدراسي والمهني

خصوصا حورية إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل.

فقط حبي



قائمة المختصرات

- ط: الطبعة
- ج: الجزء
- مج: المجلد
- ص: الصفحة.....
- ص ص: من الصفحة إلى الصفحة.....
- م: الميلادي
- هـ: الهجري
- تحق: تحقيق

مقدمة

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على رسوله الأمين المبعوث رحمة للعالمين، محمد (صلى الله عليه وسلم)، وعلى آله وأصحابه أجمعين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

الحمد لله الذي وفق من شاء بعنايته وإرشاده للهداية والصواب القاضي بين عباده بمحيط علمه العادل في قضائه وحكمه، والصلاة والسلام على سيدنا محمد كنز الحقائق وبحر العلوم الرائق ودرها المختار المنتقى من سلالة الأطهار (صلى الله عليه وسلم)، وعلى آله وأصحابه الكرام والأئمة الأبرار والفقهاء الأجلاء، الذين أفنو حياتهم من أجل الفقه، واستغرقتهم أمور الدين واتقوا الله فعلمهم الله، وتركوا لنا تراثاً فقهياً جليلاً ننهل منه حتى الآن، غني بما فيه من قواعد وأحكام وشرائع تغني عن إجتهد المجتهدين وإن كان باب الإجتهد ما زال مفتوحاً يطرقة صاحب كل عقل مستنير وصاحب الدين تماشياً مع تطورات الحياة ليتركوا لنا درة نفيسة نضيدة بقدر من التيسير¹.

أما بعد:

إن الإنسان كائن زائل، يبدأ بالميلاد وينتهي بالوفاة وإذ قلما يموت الإنسان دون أن يمر بمرحلة المرض قبل الوفاة، أو في حالة تشبه حال المريض مع أنه سليم، وغالبا قد تصدر منه في هذه الأحوال بعض التصرفات، ومن تلكم التصرفات تصرف الهبة والتي تعتبر من أكثر التصرفات التبرعية شيوعاً بين الناس، حث الله عزوجل المسلمين للقيام بها فالهبة هي تملك المال بلا عوض حال حياة المملك، ولعل هبة المال للغير تكون ورائها أسباب في نفس الواهب منها إعانة المحتاجين أو التكفير عن بعض ذنوبه وغيرها، كما قد

¹ - أمين هندية، "الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، (على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان)"، ط الثالثة، مصر، مطبعة التأليف بالجمالة، 1895م، ص 5، نقلا عن عادل حسين علي، "نقص الأهلية وأثره في التصرفات (دراسة مقارنة بين القانون والشرعية)"، بحث لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، قسم المدني، جامعة عين الشمس، مصر، 1437هـ - 2016م، ص1.

يقوم بهذه التصرفات بغرض إضرار الورثة وحرمانهم من حقوقهم التي شرعت لهم لأسباب في نفسه أيضا، ولذا وضعت الشريعة الإسلامية أحكاما متعلقة بالهبة، وخاصة هبة المريض مرض الموت، والتي ستنمحو دراستنا حولها.

وعليه فإننا عزمنا بمشيئة الله سبحانه وتعالى وإرادته وعونه وتوفيقه، أن ندلوأ بدلونا في هذا البحث مع أستاذنا الكريم الأستاذ الدكتور بلقاضي بلقاسم، فإن كان من توفيق فمن الله عزوجل وما كان من خطأ أو قصور أو نسيان فمنا وما أنسانا إلا الشيطان أن نذكره ففرجوا من الله أن يوفقنا ويرزقنا الصواب ويجنبنا الخطأ إنه نعم المولى ونعم النصير.

أولا- أهمية الدراسة:

تكمن أهمية الدراسة في عدة نقاط نذكر منها:

- كونه يشكل لبنة في طريق شرح وتحليل التنظيم القانوني المتعلق بهبة المريض مرض الموت، من حيث بيان ماهية مرض الموت وما يدخل في إطاره من حالات تأخذ حكمه بالإضافة إلى حكم الهبة الواقعة فيه، وموقف القانون الجزائري من ذلك.
- إزالة الغموض الذي يكتنف مفهوم مرض الموت من جهة، وحكم هبة المريض مرض الموت من جهة أخرى، وذلك من خلال المقارنة بين المذاهب الإسلامية، والمقارنة بين مختلف التشريعات العربية التي نظمت مسألة مرض الموت.
- البحث في مدى تأثير مرض الموت على أهلية المريض.
- بيان مصير هبة المريض مرض الموت سواء للورثة أو لغيره، أولادائن أوالمدين، وموقف الفقه الإسلامي والقضاء الجزائري من ذلك.
- وجود نزعات أمام القضاء حول هبة مريض مرض الموت بسبب حرمان بعض الورثة من حقهم في التركة بسبب التفضيل أو المحاباة لغير وارث.

ثانيا - أسباب إختيار الموضوع:

هناك عدة أسباب لإختيارنا هذا الموضوع منها الذاتية وأخرى موضوعية:

أ- الأسباب الذاتية:

- الميل الذاتي والشخصي لدراسة موضوع هبة المريض مرض الموت لتوضيح الرؤية بإعتباره موضوع مرتبط بواقع إنساني يمكن أن يعترض أي شخص، وكذلك لأنه يدخل ضمن إختصاصي.

- قلة الدراسات القانونية التي تناولت هذا الموضوع بعمق، وخاصة على مستوى الكلية.

ب- الأسباب الموضوعية:

- حيوية الموضوع وأصالته وإرتباطه بحياة الناس لا سيما بين الأقارب والأرحام منهم.
- تسليط الضوء على الجدل المثار بين الفقه والقضاء والتشريعات فيما يخص أحكام هبة المريض مرض الموت

ثالثا - صعوبات البحث:

- قلة المراجع التي تتحدث عن هبة المريض مرض الموت مع تشابهها.

- عدم وجود نظام قانوني مخصص لموضوعنا

رابعا - أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى البحث والتعرف على مجموعة من العناصر نذكر أهمها.

- تحديد الإطار المفاهيمي لمرض الموت، ومحاولة وضع مفهوم معين لمرض الموت، و كذلك بيان شروطه وطرق إثباته، وعلى من يقع عبء إثبات تصرفات المريض مرض الموت

- معرفة موقف كل من الشريعة الإسلامية، والتشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية

المقارنة، والقضاء الجزائري من تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة.

- تحليل بعض القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا الجزائرية التي لها علاقة بمرض الموت بشكل عام والهبة في مرض الموت بشكل خاص.
- التعرف على أهم أحكام تصرفات المريض مرض الموت فيما يخص عقد الهبة فقها وقانونا.
- تبيان أهمية تصرفات مالية لمريض مرض الموت في الهبة، وومدى حماية حق الورثة والدائنين.

خامسا - حدود الدراسة:

سيكون البحث في هذه الدراسة، في إطار تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة على ضوء بعض آراء فقهاء الشريعة الإسلامية، ومقارنتها بالقانون الجزائري وبعض التشريعات المقارنة.

سادسا - الإشكالية البحث:

نظرا لأهمية الموضوع طرح الإشكالية التالية: كيف نظم المشرع الجزائري والفقهاء الإسلامي تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة؟

سابعا - فرضيات الدراسة:

فدراسة تصرف المريض مرض الموت تثير بعض الفرضيات التي نجملها في الأسئلة التالية، محاولين من خلال الدراسة الإجابة عليها:

- من هو مريض مرض الموت؟ وهل لمرض الموت مفهوم محدد ودقيق؟
- ما هي شروط تحقق مرض الموت؟
- ما حكم تصرفات الأصحاء الذين هم في حكم المريض، و أصحاب الأمراض المزمنة؟
- كيف يتم إثبات مرض الموت عند وقوعه؟
- هل يمكن اعتبار مرض الموت، من العوارض التي تصيب الأهلية؟
- مامدى صحة عقد الهبة حينما يبرمه المريض في مرض الموت؟

ثامنا - منهج البحث:

وبغرض إستيفاء موضوع هبة المريض مرض الموت حقه من البحث وتحقيق أهدافه المأمولة، تستدعي طبيعة هذه الدراسة إعتماد ثلاثة مناهج، المنهج المقارن كمنهج أساسي وذلك بمقارنة آراء فقهاء المذاهب الأربعة فيما يخص مرض الموت، ومقارنة ما جاء في القانون الجزائري مع الشريعة الإسلامية و التشريعات العربية المقارنة التي نظمت تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة لمعرفة مواطن التداخل والإختلاف وتقدير الرأي الراجح، فضلا عن إتخاذنا المنهج التحليلي من أجل تحليل أحكام الموضوع من الجانب القانوني وذلك بإسقاط القواعد القانونية على الموضوع قيد الدراسة حيث قمنا بدراسة وتحليل النصوص القانونية المتعلقة بهبة المريض مرض الموت بإضافة إلى الآراء الفقهية التي عالجت هذه المسألة، ولا غنى طبعاً عن المنهج الوصفي، الذي يظهر من خلال المفاهيم والتعريفات الذي خصت هذا الموضوع.

تاسعا - الخطة البحث:

للإجابة على الإشكالية وتساؤلات المطروحة سابقا قسمنا هذه الدراسة إلى فصلين حيث جاء الفصل الأول تحت عنوان ماهية مرض الموت، وهو بدوره قسمناه إلى مبحثين حيث تعرضنا في المبحث الأول إلى مفهوم مرض الموت، أما المبحث الثاني فقد خصصناه لإثبات مرض الموت وتأثيره على تصرفات المريض، وكل مبحث بدوره قد عالجاه من خلال مطلبين.

أما الفصل الثاني فبعنوان تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة، وهو مقسم إلى مبحثين، المبحث الأول يتناول ماهية الهبة، أما المبحث الثاني فيتم التطرق فيه إلى أحكام الهبة في تصرفات المريض مرض الموت، وكل مبحث بدوره قد عالجاه من خلال مطلبين.

ونتهي دراستنا بخاتمة تضمن مختلف النتائج المتواصل إليها والتوصيات التي نأمل أن يتم تفعيلها وتنفيذها على أرض الواقع مستقبلاً.

عاشراً- الدراسات السابقة:

في الواقع لم نجد الكثير من الدراسات السابقة حول هبة المريض في مرض الموت وعلى وجه الخصوص لم نجد أبحاث إلا في تصرفات المريض مرض الموت بشكل عام يتحدث من خلالها الباحثين على هبة المريض في مرض الموت، إذ أنهم لم يتطرقوا إلى هذا الموضوع بشكل موسع.

أما أهم الدراسات السابقة ذات الصلة بموضوع الدراسة هي كالاتي:

- إيراد محمد جاد عبد الحق، هبة المريض مرض الموت في مجلة الأحكام العدلية، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإسلامية)، مج19.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون- العقود التي تقع على الملكية- البيع الجزء الرابع.
- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، مرض الموت والمصاهرة الجزء37.
- حسني محمود عبد الديم، مرض الموت وأثره على عقد البيع، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي.
- حبيب إدريس عيسى المزوري، عباس زيون العبودي، تصرفات المريض مرض الموت دراسة مقارنة، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق جامعة الموصل، العراق، مج16.

الفصل الأول: ماهية مرض الموت

الفصل الأول: ماهية مرض الموت

الأصل أن للمالك حرية التصرف في أمواله كلها أو بعضها بمقابل أو دون مقابل في حياته، وتصرفاته تكون صحيحة ولا يجوز الطعن فيها مادمت ضمن حدود القانون التي منحه إياها المشرع، وكان المتصرف بالغاً عاقلاً راشداً، ولكن قد يصيب الشخص مرض الموت فيحد من حريته في التصرف بأمواله حال حياته بالرغم من أنه بالغ عاقل راشد إلا أن مرضه هذا يكون سبباً في التقييد.

وللوقوف على ماهية المرض الموت، يقتضي منا أولاً أن نسلط الضوء على مفهوم مرض الموت، من خلال البحث في معنى مفرداته، وكذلك من خلال البحث في التعريفات الفقهية والقانونية والقضائية لمرض الموت، والبحث في شروطه وصوره، ومن ثم دراسة كيفية إثباته و مدى تأثيره على تصرفات المريض، وتبعاً لهذا سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، المبحث الأول نستعرض فيه مفهوم مرض الموت، أما المبحث الثاني نتكلم فيه عن إثبات مرض الموت و تأثيره على تصرفات المريض.

المبحث الأول: مفهوم مرض الموت

قبل الولوج في تحليل أي موضوع لا بد من التطرق أولاً لمفهومه، وهذا من باب معرفة الشيء، ولذا سنسلط الضوء من خلال هذا المبحث على مفهوم مرض الموت مستعرضين تعريفه، وشروط تحقق مرض الموت وكذا صورته، وذلك على النحو المبين أدناه.

المطلب الأول: تعريف مرض الموت

إن إيجاد تعريف لمرض الموت يقتضي منا أن نبين معنى مفرداته، (الفرع الأول) ومن ثم نبين المقصود بمرض الموت (الفرع الثاني).

الفرع الأول: معنى مرض الموت.

مرض الموت يتكون من مفردتين وهما مرض، وموت، وسنوضح معنى المفردتين كل على حده.

أولاً- تعريف المرض:

ورد في معاجم اللغة العربية معاني كثيرة للمرض منها، «السقم نقيض الصحة ويكون للإنسان والبعير»¹، « والمرض الشك، من مرض مرضاً، أي فسدت صحته فهو مريض فالمريض من به مرض أو نقص أو إنحراف، ويقال قلب مريض أي ناقص الدين، ورأي المريض ضعيف أو به إنحراف عن الصواب»².

ويعرف كذلك (مرض) « إظلام الطبيعة وإضطرابها بعد صفائها وإعتدالها، ويعرف المرض أيضاً، أنه العلة التي تصيب الإنسان، فتغير صحته بعد إعتدالها»³.

¹ - ابن منظور محمد، " لسان العرب"، تحقيق عبد الله على الكبير وآخرون، ط الأولى، مصر، دار المعرف، القاهرة، ج1، ص 4180.

² - إبراهيم مذكور وآخرون، " المعجم الوسيط"، القاهرة، مصر، 1392هـ، 1972م، ج1، ص 590.

³ - محمد الحسيني أبو الفيض، "تاج العروس من جواهر القاموس"، دار الهداية، ص 4730.

الفصل الأول: ماهية مرض الموت

«والميم والراء والضاد أصل صحيح يدل على ما يخرج به الإنسان عن حد الصحة في أي شيء كان ومنه العلة»¹.

وقد ذكر أهل التفسير أن " المرض " قد ورد في القرآن الكريم على ثلاثة أوجه²:

الوجه الأول: مرض البدن، لقوله تعالى: ﴿... فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ بِهِ أَذًى مِنْ رَأْسِهِ...﴾، (سورة البقرة/ 196).

الوجه الثاني: الشك والنفاق وضعف اليقين، لقوله تعالى: ﴿... فِي قُلُوبِهِمْ مَرَضٌ فَزَادَهُمُ اللَّهُ مَرَضًا...﴾، (سورة البقرة/ 10).

الوجه الثالث: الفجور، لقوله سبحانه وتعالى: ﴿... فَيَطْمَعُ الَّذِي فِي قَلْبِهِ مَرَضٌ...﴾، (سورة الأحزاب/ 32).

ثانياً- تعريف الموت:

للموت معاني عدة نذكر أهمها فيما يلي:

يقول ابن فارس: الميم والواو والتاء أصل صحيح ، يدل على ذهاب القوة من الشيء منه الموت: خالف الحياة، وإنما قلنا أصله ذهاب القوة لما روي عن النبي (صلى الله عليه وسلم): « من أكل هذه الشجرة الخبيثة فلا يقربن مسجدنا ، فإن كنتم لابد أكلها فأميتها طبخاً»³.

هذا وقد ذكر أهل التفسير أن "الموت" قد ورد في القرآن الكريم على عدة أوجه منها⁴:
الوجه الأول: ضد الحياة ويقع على أنواع مختلفة حسب نوع الحياة منها زوال القوة النامية لقوله تعالى: ﴿ لِنُحْيِي بِهِ بَلَدَةً مَيِّتًا... ﴾، (سورة الفرقان / 49).

¹ - أبي الحسن أحمد بن فارس بن زكريا، "مقاييس اللغة"، إتحاد الكتاب العرب، 1423هـ-2002م، ج6، ص 249.

² - أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، "لسان العرب"، صادر، بيروت، مج7، ص231.

³ - سارة محمد زايد، " تصرفات المريض مرض الموت"، بحث تخرج، كلية القانون، جامعة الشارقة، 2019-2020، ص5.

⁴ - علي محمد علي أحمد، "معيار تحقق الوفاة وما يتعلق بها من قضايا حديثة في الفقه الإسلامي (الموت الرحيم)"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص ص142-144.

الفصل الأول: ماهية مرض الموت

الوجه الثاني: زوال القوة الحسية، لقوله تعالى: ﴿... قَالَتْ يَا لَيْتَنِي مِتُّ قَبْلَ هَذَا وَكُنْتُ نَسِيًّا مَنْسِيًّا﴾، (سورة مريم/ 23).

الوجه الثالث: ومنها زوال القوة العقلية وهي الجهالة، لقوله تعالى: ﴿أَوْ مَن كَانَ مَيِّنًا فَأَحْيَيْنَاهُ وَجَعَلْنَا لَهُ نُورًا يَمْشِي بِهِ فِي النَّاسِ كَمَن مَّثَلُهُ فِي الظُّلُمَاتِ لَيْسَ بِخَارِجٍ مِنْهَا...﴾، (سورة الأنعام/ 122).

الوجه الرابع: ومنها الأجل المحتوم والميقات المعلوم، في ساعة محددة ووقت محدد، لا تقديم فيه ولا تأخير عنه، لقوله تعالى: ﴿...لِكُلِّ أَجَلٍ كِتَابٌ﴾، (سورة الرعد/ 38).
وقوله تعالى: ﴿وَلِكُلِّ أُمَّةٍ أَجَلٌ فَإِذَا جَاءَ أَجَلُهُمْ لَا يَسْتَأْخِرُونَ سَاعَةً وَلَا يَسْتَقْدِمُونَ﴾، (سورة الأعراف/ 34).

الوجه الخامس: ومنها الحزن والخوف المكدر للحياة، لقوله تعالى: ﴿وَيَأْتِيهِ الْمَوْتُ مِنْ كُلِّ مَكَانٍ وَمَا هُوَ بِمَيِّتٍ وَمِنْ وَرَائِهِ عَذَابٌ غَلِيظٌ﴾، (سورة إبراهيم/ 17).
الوجه السادس: ومنها أن الموت هو اليقين الذي لا مفر منه ولا هروب لقوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ ذَائِقَةُ الْمَوْتِ﴾، (سورة العنكبوت/ 57).

الوجه السابع: ومنها زوال القوة، ومفارقة الروح على البدن كما في قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِنَفْسٍ أَنْ تَمُوتَ إِلَّا بِإِذْنِ اللَّهِ كِتَابًا مُّؤَجَّلًا﴾، (سورة آل عمران/ 145).
وعليه فمرض الموت وهو المرض الذي يعجز صاحبه عن الحركة بسبب السقم الذي يؤدي إلى موته.

كما يعرف مرض الموت في اللغة، بأنه العلة التي تصيب الإنسان فتغير صحته بعد إعتدالها، وتؤدي إلى زوال حياته، لأنه لا علاج له¹.

¹ - محمد رافع يونس محمد، "أحكام وقف المريض مرض الموت"، مجلة الراافدين للحقوق، كلية العلوم، جامعة الموصل، العراق، مج10، العدد38، 2008، ص84.

الفصل الأول: ماهية مرض الموت

الفرع الثاني: المقصود بمرض الموت.

لقد اختلفت التعاريف في تحديد مفهوم مرض الموت، ولتعدد هذه التعاريف إرتأينا التطرق لمفهوم مرض الموت في الفقه الإسلامي أولاً، ثم بعد ذلك في القانون الوضعي.

أولاً- المذاهب الفقهية الإسلامية:

لقد تعددت آراء الفقه الإسلامي بشأن تعريف مرض الموت لذلك وجب التعرض إلى مختلف المذاهب الإسلامية:

أ- قول الجمهور الفقهاء في مرض الموت: وهو ماذهب إليه المالكية والشافعية والحنابلة بأن قالوا: أن مرض الموت هو ما يحصل الموت عنه وإن لم يغلب، أما المالكية فعرفوه بأنه، هو كل مرض يحكم أهل الطب أنه يكثر الموت من مثله كالسل والقنولج، حيث يحجر على المريض إذ مرض مرضاً لا يتعجب من صدور الموت عنه، وإن لم يغلب الموت به¹. وقوله ولو لم يغلب، أي ولو لم يحصل الموت به غالباً والحاصل أن المدار على كثرة الموت من ذلك المرض، بحيث يكون الموت منه شهيراً ألا يتعجب منه ولا يلزم من كثرة الموت منه غلبة الموت به فيقال في الشيء أنه كثير إذا كان وجوده مساوياً لعدمه والغلبة أخص من ذلك²، فالمراد بالكثير، أن يكون الموت من هذه الأمراض كثير لا يتعجب من حصول الموت منه، لا أنه يكون الغالب من حال ذلك المرض الموت³.

¹ - أبي بركات أحمد بن محمد الدردير، "الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك"، القاهرة، مصر، دار المعارف، ج3، ص399

² - شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، "حاشية الدسوقي على الشرح الكبير"، القاهرة، مصر، دار إحياء الكتب العربية، ج3، ص306.

³ - عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد الزرقاني المصري، "شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل"، ط الأولى، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، 2002، ج5، ص547.

الفصل الأول: ماهية مرض الموت

أما المرض غير المخوف، فهو مريض لا يخاف عليه الموت غالباً (كالأبرص، والمجنوم، والأرمد وغير ذلك)¹، وعليه فإن تصرفات من أصيب بمرض مزمن، أو كان شيخاً كبيراً، تكون صحيحة نافذة.

كما ذهب أحد فقهاء المالكية نقلاً عن الإمام مالك في تعريفه لمرض الموت بقوله بأنه: «كل مرض يقعد صاحبه عن الدخول والخروج وإن كان جذاماً أو برصاً وفالجاً، فإنه يحجب فيه عن ماله، وإن طلق فيه زوجته وورثته، وليس للقوة والريح والرماد من ذلك إذا صاح البدن، وكذلك ما كان من الفالج والبرص والجذام يصح معه بدنه ويتصرف فهو كالصحيح»².

أما عند الشافعية فعرفه الإمام الشافعي مرض الموت في كتابه الأم كمايلي: «المرض مرضان: فكل مرض كان الأغلب منه أن الموت مخوف منه فعطية المريض فيه كعطية الصحيح وإن مات منه، فأما المريض الذي الأغلب منه أن الموت مخوف منه فكل حمى بدأت بصاحبها حتى جهادته، أي حمى كانت، ثم إذا تطاولت فكلها مخوفة إلا الربيع، فإنها إذا استمرت بصاحبها ربيع كان الأغلب فيها أنها غير مخوفة»³، وقد ذكر أمثلة أخرى للأمراض المخيفة مثل البرسام، والرعاف الدائم، وذات الجنب، والقولنج، وغير ذلك من الأمراض.

أما عند الحنابلة فقد عرفه ابن تيمية بقوله: «ليس معنى المرض المخوف الذي يغلب على القلب الموت منه، أو يتساوى في الظن جانب البقاء والموت، لأن أصحابنا جعلوا ضرب المخاض من الأمراض المخوفة، وليس الهلاك فيه غالباً ولا مساوياً للسلامة، وإنما

¹ - محمد بن أحمد بن جزى الغرناطي، "القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية"، ط الأولى، بيروت، لبنان، دار ابن حزم 1434هـ-2013م، ص 532.

² - محمد بن عبد الرحمن المغربي الشهير بالحطاب الرعيني، "مواهب الجليل لشرح مختصر خليل"، الرياض، السعودية، دار عالم الكتب، 2003، ج6، ص663.

³ - محمد بن إدريس الشافعي، "الإمام"، ط الأولى، المنصورة، مصر، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، 1422هـ-2001م، ج5، ص231.

الفصل الأول: ماهية مرض الموت

الغرض أن يكون سببا صالحا للموت، فيضاف إليه، ويجوز حدوثه عنده، وأقرب ما يقال: ما يكثر حصول الموت منه، فلا عبرة بما ينذر وجود الموت منه»¹.

وعليه الحنابلة يشترطون لتحقيق مرض الموت شرطين: أن يكون هذا المرض مخوفا وأن يتصل به الموت.

ب- قول الحنفية: ذهب فقهاء الحنفية إلى أن مرض الموت هو: «الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجا عن داره إن كان من الذكور وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث ويموت على ذلك قبل مرور سنة سواء أكان صاحب فراش أم لا»².

وعرفه بعض الفقهاء المعاصرين بأنه: «مرض الذي يُعجز الرجل عن ممارسة أعماله المعتادة خارج البيت، ويعجز المرأة عن أعمالها المعتادة داخل البيت ويغلب فيه الهلاك ويتصل به الموت دون أن يستمر سنة كاملة على حال من غير إزدياد»³.

إن المتأمل لكل هذه النصوص والأقوال، يكتشف أن الفقهاء لم يختلفوا على حقيقة مرض الموت ومفهومه، ولكنهم اختلفوا حول أمارات مرض الموت وعلاماته.

ومن مجموعة التعاريف السابقة نستنتج التعريف الأقرب للصواب لمرض الموت وهو أن المرض الذي يجب إعتباره مرض الموت هو الذي يجتمع فيه وصفان، أولهما أن يغلب فيه

¹ - علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد بن عباس البعلي الدمشقي، "الأخبار العلمية من الاختبارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية"، مطبعة السنة المحمدية، 1950، ص191.

² - محمد أمين بن عمر المعروف بابن العابدين، "حاشية عابدين المسماة رد المختار على الدر المختار"، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ج3، ص384.

³ - مصطفى أحمد الزرقا، "المدخل الفقهي العام (الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد)"، ط السادسة، سوريا، دار الفكر، 1992، ج2، ص804، نقلا عن: حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، "مرض الموت وأثره على عقد البيع دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي"، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2008، ص100.

الفصل الأول: ماهية مرض الموت

الهلاك عادة، ويرجع هذا إلى الأطباء في طبيعة الأمراض وثانيهما أن يعقبه الموت مباشرة سواء أكان الموت بسببه أو بسبب آخر خارجي كالقتل مثلاً¹.

ثانياً- تعريف مرض الموت في القوانين الوضعية:

المشرع الجزائري كمعظم التشريعات المدنية العربية لم يعرف مرض الموت، لذا وجب الرجوع إلى الفقه الإسلامي الذي إستمد منه المشرع الأحكام الخاصة بتصرفات المريض مرض الموت في القانون الخاص، وهذا على غرار القانون المدني الأردني الذي يعد إستثناءً، حيث عرف مرض الموت من خلال نص المادة 543 بأنه: «هو المرض الذي يعجز فيه الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة ويغلب فيه الهلاك، ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة، فإن إمتد مرضه وهو على حالة واحدة دون إزدياد سنة أو أكثر تكون تصرفاته كتصرف الصحيح»²، وهذا التعريف مستقى من مجلة الأحكام العدلية والتي تعد التقنين الرسمي للمذهب الحنفي حيث جاء في نص المادة 1595: «هو الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه الخارجية عن داره إن كان من الذكور وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء كان صاحب فراش أو لم يكن، وإن إمتد مرضه ومضت عليه سنة وهو على حالة واحدة كان في حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح مالم يشتد مرضه ويتغير حاله ولكن لو إشتد مرضه وتغير حاله ومات قبل مضي سنة يعد مرضه إعتبار من وقت التغير إلى الوفاة مرض الموت»³.

¹ - نبيل صقر، "تصرفات المريض مرض الموت، (الوصية، البيع، الهبة، الوقف، الكفالة، الإبراء، القرار، الخلع، الطلاق)"، الجزائر، دار الهدى، 2008، ص9.

² - المادة 543 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

³ - مجلة الأحكام العدلية وضعتها لجنة من العلماء في الدولة العثمانية، وهي عبارة عن قانون مدني مستمد من الفقه على المذهب الحنفي، وتشتمل على مجموعة من أحكام المعاملات والدعاوى والبيانات، وضعتها لجنة علمية مؤلفة من ديوان العدلية بالأستانة ورئاسة ناظر الديوان سنة 1286 هـ، وصاغت الأحكام التي إشتملت عليها في مواد ذات أرقام متسلسلة على نمط القوانين الحديثة، ليسهل الرجوع إليها والإحالة عليها، وجاء مجموعها في 1851 مادة، ورتبت مباحثها على الكتب والأبواب الفقهية المعروفة، نقلا عن موقع ويكيبيديا <https://ar.wikipedia.org>

الفصل الأول: ماهية مرض الموت

وعليه فإن عدم تقديم المشرع الجزائري تعريف لمرض الموت قد فسح المجال أمام القضاء الجزائري للإجتهد في إيجاد تعريف للمرض، رغم قلة مثل هذه المسائل المعروضة عليه، فمن بين الأحكام والإجتهادات القضائية التي أعطت تعريفا قضائيا غير دقيق لمرض الموت نجد القرارات الآتي بيانها:

القرار الصادر عن المجلس الأعلى (المحكمة العليا حاليا) بتاريخ: 09 جويلية 1984 يعرف في حيثياته مرض الموت كما يلي « من المقرر فقها وقضاء أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا، ويجر إلى الموت، وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقواعد الفقهية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية، والاجتهاد القضائي السائد بشأن هذا الخصوص»¹.

وفي قرار آخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 22 فيفري 2000 ينص في حيثياته: « ... عندما تصرف والدهم المرحوم بإجراء عقد هبة لصالح المطعون ضدها، كان في حالة مرض الموت، وذلك بصحة شهادة الشهود، كما أن النصوص الفقهية نصت على أن مرض الموت هو المرض الذي يغلب فيه خوف موت المريض، ويعجز هذا الأخير على رؤية مصالحه في إجراء أي تصرف»².

وفي قرار آخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ بتاريخ 18 جوان 2008 ينص في حيثياته على مايلي: « حيث أن مرض الموت هو المرض الذي يغلب فيه هلاك المريض بحيث يشعر بدنو أجله، و ينتهي بوفاته، و تقدير ذلك هي مسألة واقع تخضع لتقدير قاضي الموضوع، على القضاة بيان نوع المرض، و هل كان الهلاك فيه غالبا وقت التصرف، و قد ذكر قضاة المجلس أن الهالك كان قبل وفاته يعاني من مرض السرطان و مرض الزهايمر

¹ - قرار صادر عن المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 33719، الصادر بتاريخ: 1984/07/09، المجلة القضائية، العدد 03، 1989، ص 51.

² - قرار صادر عن المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 237858، الصادرة بتاريخ: 2000 / 02 / 22، المجلة القضائية، العدد 01، 2003، ص 200.

الفصل الأول: ماهية مرض الموت

و أنه توفي بعد أن بقي مدة تحت الإنعاش، كما أثبتته لديهم الشهادات الطبية المرفقة بالملف، و أنه توفي بعد أربعة أشهر من إبرامه عقد الهبة، مما استنتجوا منه أنه كان وقت التصرف في مرض الموت»¹.

ويتضح من قرارات المحكمة العليا أنفة الذكر أن إجتمعت فيها التعاريف على شروط محددة في الفقه الإسلامي لإعتبار أن المرض هو مرض الموت، وهي أن يقعد المريض مرض الموت عن قضاء حاجاته، وأن يغلب في المرض خوف الموت، وأن تتحقق واقعة الوفاة فعلا وهذه الشروط المحددة من طرف الفقه الإسلامي بالنسبة لمرض الموت.

وهكذا نجد أن المشرع الجزائري، على غرار بعض الدول العربية، لم يعرف مرض الموت، وترك تعريفه للقضاء، غير أن معظم الدول العربية قامت بتعريفه مثل القانون المدني الأردني، وقانون الاحوال الشخصية الموريتاني، والقانون المدني اليمني، وقانون المعاملات المدنية الإماراتي، والقانون المدني السوداني، مشروع القانون المدني الفلسطيني.

حيث أن المشرع الموريتاني عرف مرض الموت في الفصل الرابع من مدونة الأحوال الشخصية تحت عنوان " المرض المخوف" في المادة 175 كمايلي: « يحجر على المصاب بأحد الأمراض الخطيرة التي يحكم الأطباء بكثرة الموت بها في تبرعه، فإن صح نفذ تصرفه وإن مات كان وصية»²، وهذا التعريف مقتبس من تعريف الفقه المالكي، والمشرع الموريتاني قد إشتراط شرطين لإعتبار المرض مرض الموت، وهما أن يكون المرض خطيراً، وأن ينتهي بالموت فعلا، دون أن يشترط مدة معينة لصدور التصرف فيها، وهو ماكدته المحكمة العليا الموريتانية بإجتماع غرفها، حيث أصدرت قرار عرفت فيه المرض المخوف بأنه: «هو الذي لا يتعجب منه وقوع الموت بسببه، تطاول أم لا، أقعد أم لا، إعتقاداً على مشهور المذهب

¹ - - قرار صادر عن المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية، ملف رقم 418962، الصادر بتاريخ 2008/06/18، المجلة القضائية، العدد 10، 2010، ص294.

² - المادة 175 من القانون رقم: 2001-52 يتضمن مدونة الأحوال الشخصية الموريتاني، الجريدة الرسمية للجمهورية الإسلامية الموريتانية، السنة 2001/08/15.

الفصل الأول: ماهية مرض الموت

وراجحه»¹، ومشهور المذهب في القضاء الموريتاني هو المذهب المالكي طبقاً لنص المادة 311 من مدونة الأحوال الشخصية².

وعرف القانون المدني اليمني مرض الموت في المادة 470 منه كمايلي: « مرض الموت هو المرض الذي يغلب فيه ظن الهلاك ويتصل بالوفاة، وفي حكم مرض الموت من خرج لملاقاة العدو ومن أصيب في حادث مهلك»³، والملاحظ أن المشرع اليمني قد إشتراط شرطين لإعتبار المرض مرض الموت، وهما أن يكون المرض مخوفاً، أي يغلب فيه ظن الهلاك، وأن يتصل المرض بالموت فعلاً، وهو التعريف المستسقى من الفقه الشافعي ومن الفقه الزيدي السائدان في اليمن، حيث أن اليمن يتقاسمها المذهب الشافعي السني التصنيف والمذهب الزيدي الشيعي التصنيف⁴.

أما القانون المدني الإماراتي عرف مرض الموت في المادة 597 منه كمايلي:

« مرض الموت هو المرض الذي يعجز فيه الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة، ويغلب فيه الهلاك ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة، فإن إمتد مرضه سنة أو أكثر وهو على حالة واحدة دون إزدياد تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح.

ويعتبر في حكم مرض الموت الحالات التي يحيط بالإنسان فيها خطر الموت ويغلب في أمثالها الهلاك ولو لم يكن مريضاً»⁵، وعليه فالمشرع الإماراتي إستنبط تعريفه لمرض الموت من التعريف الذي وضعه المشرع الأردني في المادة 543 من القانون المدني

¹ - القرار رقم 43 / 2011 المذكور بالقرار رقم 32 / 2014 الصادر بتاريخ 15 / 07 / 2014 عن المحكمة العليا الموريتانية في تشكيلة غرفها المجمع، مجلة المحكمة العليا الموريتانية، العدد 02، 2014، ص7.

² - تنص المادة 311 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية على مايلي: « يرجع في تفسير مدلولات هذه المدونة عند الإشكال إلى مشهور المذهب المالكي. كل ما ينص عليه في هذه المدونة يرجع فيه إلى مشهور مذهب مالك».

³ - المادة 470 من القانون رقم 14 لسنة 2000 بشأن القانون المدني اليمني.

⁴ - قاسم محمد النوري، "البيان في مذهب الإمام الشافعي"، ط الأولى، دار المنهاج، بيروت، لبنان، ج1، 2000، ص 42.

⁵ - المادة 597 من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة الصادر بالقانون الاتحادي رقم 05 لسنة 1985م والمعدل بالقانون الاتحادي رقم 01 لسنة 1987 م.

الفصل الأول: ماهية مرض الموت

الأردني، وهذا التعريف للمشرع الأردني مستقى من مجلة الأحكام العدلية والتي تعد التقنين الرسمي للمذهب الحنفي، على الرغم أن المذهب المالكي له الأولوية في التطبيق أمام المحاكم الإماراتية طبقاً لنص المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية الإماراتي: «... فإذا لم يجد القاضي نصاً في هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية، على أن يراعي تخير أنسب الحلول من مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل، فإذا لم يجد فمن مذهبي الإمام الشافعي والإمام أبي حنيفة حسبما تقتضيه المصلحة...»¹.

والمشرع السوداني عرف مرض الموت في المادة 224 من القانون المدني السوداني كمايلي: « مرض الموت هو المرض الذي يعجز فيه الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة ويغلب فيه الهلاك ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة، فإن إمتد مرضه وهو على حالة واحدة دون إزدياد، سنة أو أكثر تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح.

يعتبر في حكم مرض الموت الحالات التي يحيط بالإنسان فيها خطر الموت ويغلب في أمثالها الهلاك ولو لم يكن مريضاً»²، ويتضح من نص هذه المادة أن المشرع السوداني قد إقتبس نفس التعريف الذي وضعه المشرع الأردني في المادة 543 من القانون المدني الأردني.

كما عرفت المادة 505 الفقرة الأولى من مشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة 2012 مرض الموت بأنه: « مرض الموت هو المرض الذي يعجز فيه الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة ويغلب فيه الهلاك، ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة، فإن إمتد مرضه سنة أو أكثر فلا يكون مرض موت»³، وهو تعريف مستقنى أيضاً من المادة 1595، من مجلة الأحكام العدلية .

¹ - المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة الصادر بالقانون الاتحادي رقم 05 لسنة 1985 م والمعدل بالقانون الاتحادي رقم 01 لسنة 1987 م.

² - المادة 224 من القانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984.

³ - إياد محمد جاد عبد الحق، "هية المريض مرض الموت في مجلة الأحكام العدلية"، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإسلامية)، مج19، العدد 02، يونيو 2011، ص517.

الفصل الأول: ماهية مرض الموت

أما بالنسبة للقانون المدني المصري لم يتضمن تعريفاً تاركاً هذه المسألة للقضاء حيث قضت محكمة النقض المصرية على أن: «المقصود بمرض الموت، أنه المرض الشديد الذي يغلب على الظن موت صاحبه عرفاً أو بتقرير الأطباء، ويلزمه ذلك المرض حتى الموت، وإن لم يكن أمر المرض معروفاً من الناس بأنه من العلل المهلكة فضابط شدته وإعتباره مرض الموت، أن يعجز المريض عن القيام بمصالحه الحقيقية خارج البيت فيجمع فيه تحقق العجز وغلبة الهلاك، وإتصال الموت به»¹.

أما التشريع المغربي، فلم تتعرض مدونة الأسرة ولا قانون الإلتزامات والعقود المغربي لتعريف مرض الموت وتعرضاً لنظرية مرض الموت حيث جاء في مدونة الأسرة في المادة 303 أنه : « إذا أجاز الورثة وصية لوارث أو بأكثر من الثلث، بعد موت الموصي أو في مرضه الخوف المتصل بموته، أو إستأذنتهم فيه فأذنته، لزم ذلك لمن كان كامل الأهلية منهم»، كما تعرض لها قانون الإلتزامات والعقود، ويعتبر سكوت المشرع المغربي عن تعريف مرض الموت إحالة منه إلى الفقه المالكي بصريح المادة 400 من المدونة المغربية².

بما أن مرض الموت تصور فقهي يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية، فلا يوجد مقابل لهذه النظرية في التشريعات الغربية، فتعد تصرفات المريض صحيحة، ولا يجوز للمحكمة أن تقضي خلاف ذلك³، وإن وجدت بعض النصوص القانونية الغربية التي تتحدث عن الإنسان في مرضه الأخير، فهي موجودة لحماية المريض نفسه، فمثلاً التقنين المدني الفرنسي، فإنه قد اشترط في المادة 909 شروطاً ثلاثة مختلفة لمرض الموت هي: «العلاج المرض الذي مات منه، المعاصرة أو التزامن بين العلاج والوصية في مدة المرض الذي

¹ - عزت كامل، "الوجيز في تصرفات المريض مرض الموت"، ط الأولى، القاهرة، دار النهضة، 1988، ص 28.

² - نور الدين بقة، "الإضرار في الوصية في الفقه الإسلامي وفي التشريع العربي المقارن"، بحث لنيل شهادة الماستر حقوق، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، 2016-2017، ص 55.

³ - أندرو ميشيل يوسف حفيري، "التصرفات القانونية الصادرة في مرض الموت وفق مجلة الأحكام العدلية -دراسة مقارنة-"، بحث لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة القدس، فلسطين، 1439 هـ - 2018 م ص 13.

الفصل الأول: ماهية مرض الموت

مات منه»، ولم يعرف المشرع الفرنسي مفهوم مرض الموت وترك لقضاء الموضوع سلطة تقديرية في تحديده، ومع أن المشرع لم يبين مرض الموت المشار إليه في المادة 909، إلا أن هناك إجماعاً من جانب الشراح الفرنسيين على أن مرض الموت هو مسألة حدث واقع¹.

المطلب الثاني: شروط تحقق مرض الموت وصوره.

بعد أن تطرقنا في المطلب السابق إلى تعريف مرض الموت فقها وقانوناً بشيء من التحليل، وجب علينا ومن خلال هذا المطلب أن نقوم بمعالجة شروط مرض الموت المتفق عليها شرعاً وقانوناً، مع بيان صور هذا المرض في حالتي الموت الحقيقي، والموت الحكمي، وتبعاً لهذا سنقوم بتقسيم المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول، شروط تحقق مرض الموت، ونتناول في الفرع الثاني، صور مرض الموت.

الفرع الأول: شروط تحقق مرض الموت.

من خلال التعاريف السابقة يمكننا أن نستخلص جملة من الشروط لا بد من توافرها لكي يمكن إعتبار المرض مرض موت وهي كالتالي:

الشرط الأول: أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه

يجب أن يجعل المرض المريض عاجز عن قضاء مصالحه العادية والمألوفة التي يستطيع الأصحاء عادة مباشرتها، كالذهاب إلى السوق وممارسة أعمال المهنة إذا لم تكن شاقة وقضاء الحوائج المنزلية إذا كان المريض من الإناث، وليس واجباً، ليكون المرض مرض الموت، أن يلزم المريض الفراش فقد لا يلزمه ويبقى مع ذلك عاجزاً عن قضاء مصالحه، وعلى العكس من ذلك قد يكون الإنسان عاجزاً عن قضاء مصالحه، ولكن لا

¹ - سليمان مرقس، "شرح القانون المدني - العقود المسماة - (عقد البيع)"، ط الرابعة، القاهرة، عالم الكتب، 1980 مج1، ص 563.

الفصل الأول: ماهية مرض الموت

بسبب المرض فلا يعتبر في مرض الموت. فقد يصل الإنسان إلى سن عالية في شيخوخته تجعله غير قادر على مباشرة الأعمال المألوفة، ويكون في حاجة إلى من يعاونه عليها¹. وكذلك الزوجة أو الفتاة في بيت أبيها إن توقفت عن ممارسة أعمالها المنزلية المعتادة بسبب المرض واستمرت على هذه الحالة لمدة لا تقل عن سنة، وإنتهى بها الوفاة، فإن مرضها يعد مرض الموت، لكن توقف الشخص عن ممارسته لبعض الأنشطة الرياضية أو الثقافية أو الإجتماعية بسبب مرض لا يعد توقفاً عن عمل معتاد، طالما ظل يمارس مهنته وحرفته كالمعتاد².

وخلاصة القول أن هناك كثيراً من الأمراض الحديثة لا تلزم صاحبها الفراش ولا تقعه عن قضاء حوائجه مع ذلك فهي مميتة كالسرطان والإيدز وغيرها من الأمراض الحديثة، كما أن الصحيح قد يعجز عن قضاء مصالحه لكسر في ساقه مثلاً فلا يكون مريضاً مرض الموت هذا بالإضافة إلى أن هناك حالات من تصرفات الأصحاء التي لها حكم التصرفات في مرض الموت - كما سيجيء - لإشتراكها معه في علة واحدة وهي غلبة الهلاك³، وعليه فإن تقدير توافر هذا الشرط من عدمه يدخل ضمن السلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

الشرط الثاني: أن يغلب في المرض خوف الموت

فلا يكفي أن يقعد المريض عن قضاء مصالحه، فالمريض مرض الموت كل شخص وجد في حالة يغلب فيها الهلاك، وإتصل بها الموت فعلاً ويكون مرضاً خطيراً من الأمراض

¹ - عبد الرزاق السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة"، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2004، ج4، الفقرة 176، ص 372-373.

² - محمد يوسف الزغبى، "العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني الأردني"، ط الأولى، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2004، ص 405.

³ - محمد يوسف موسى، "الاموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي"، القاهرة، مطبعة دار الكتاب العربي، 1952، ص 477.

الفصل الأول: ماهية مرض الموت

التي تنتهي عادة بالموت أو يكون مرضاً بدأ بسيطاً ثم تطور حتى أصبحت حالة المريض سيئة يخشى عليه فيها من الموت¹.

والحقيقة أن فقهاء الإسلام قد إتفقوا على ماهية، ولكن إختلفوا في الأحكام إلى هذا الحد أو ذلك في العبارة فقد قالت الحنفية: « حد مرض الموت تكلموا فيه والمختار للفتوى أنه إذا كان الغالب منه الموت كان المرض مرض الموت، سواء أكان صاحب فراش أم لم يكن»².

وأضاف الميرغياتي شرطاً آخر هو كون صاحب فراش يتداوى خوف الموت: « ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث، وإن وهب عندما أصابه ذلك، ومات من أيامه فهو من الثلث وإذا صاحب فراش لأنه يخاف الموت، ولهذا يتداوى»³.
وقالت المالكية: « بأن المرض المخوف هو ماحكم أهل الطب بأن يكثر الموت في مثله ولم يغلب كاسل والقولنج»⁴، وقال الإمام مالك في الموطأ: « وإذا كان المرض المخوف عليه لم يجز لصاحبه شيء إلا في ثلثه»⁵.

وفي حاشية الدسوقي هو ما يكثر منه الموت، فقل: « وعلى مريض، أو من تنزل منزلة حكم الطب أي أهله العارفون به بكثرة الموت به، أي بسببه أو منه ولو لم يغلب»⁶.

¹ - سارة خضر ارشيدات، " البيع في مرض الموت"، رسالة ماجستير في قانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الوسط، 2014، ص 26.

² - محمد بن إدريس أبي عبد الله الشافعي، "الأم"، ط الأولى، المطبعة الأميرية، مصر، 1322هـ، ج4، ص35.

³ - علي بن أبي بكر المرغياتي برهان الدين أبو الحسن، "الهداية شرح بداية المبتدى"، ط الأولى، باكستان، منشورات إدارة القآن وعلوم الإسلامية، 1417هـ، مج4، ص 244.

⁴ - أبو عبد الله محمد الخرخشي، " شرح الخرخشي عن مختصر سيد خليل ومعه حاشية الشيخ على العدوي الصعدي"، ط الأولى، المطبعة الأميرية، بولاق مصر، 1317هـ، ج5، ص304.

⁵ - الإمام مالك بن أنس الأصبحي، "الموطأ"، ط الأولى، بيروت، دار احياء التراث العربي، 1997، ص 470.

⁶ - أحمد بن محمد عرفة الدسوقي، "حاشية الدسوقي"، ط الأولى، بيروت، دار الكتب العلمية، 1996، ج4، ص 498.

الفصل الأول: ماهية مرض الموت

أما الإمام الشافعي فقال في كتابه الأم: «المرض مرضان: فكل مرض كان الأغلب فيه أن الموت مخوف منه فعطية المريض فيه إن مات في حكم الوصايا، وكل مرض كان الأغلب منه أنه غير مخوف منه فعطية المريض كعطية الصحيح وإن مات منه»¹. ونجد هنا أن الشافعية تشترط في مرض الموت أن يكون مخوفاً، بمعنى أن يكون حصول الموت بسبه.

أما الحنابلة فقالوا: «لتحقق مرض الموت ينبغي تحقق شرطان هما: الأول أن يتصل بمرضه الموت ولو شفي مرضه الذي تصرف فيه بعد ذلك فتصرفه كتصرف الصحيح لأنه ليس بمرض الموت، والثاني أن يكون المرض مخوفاً»².

أما في الفقه الإسلامي المعاصر فإن الدكتور السنهوري يرى بأنه لا يكفي أن يقعد المرض عن قضاء مصالحه، بل يجب أيضاً أن يغلب فيه خوف الموت، فيكون مرضاً خطيراً من الأمراض التي تنتهي عادة بالموت، أو يكون مرضاً بدأ بسيطاً ثم تطور حتى أصبحت حالة المريض سيئة يخشى عليه فيها الموت، أما إذا كان المرض لم يصل إلى هذا الحد من الخطورة، فإنه لا يعتبر مرض موت ولو أعجز المريض عن قضاء مصالحه، مثل ذلك أن يصاب الإنسان برمد في عينه فيعجزه عن الرؤية، أو بمرض في قدميه فيعجزه عن المشي، فلا يستطيع قضاء مصالحه، ولكن المرض يكون من الأمراض التي يشفى منها المريض عادة ولا يغلب فيها خوف الموت. فهنا لا يعتبر المريض في مرض الموت وإن عجز عن قضاء مصالحه³.

ويتضح مما تقدم أن الفقهاء قد أعطوا أهمية كبيرة لهذا الشرط، والأرجح ما جاء به المالكية كون أن التقدم العلمي في مجال الطب هو الذي يحدد في كل عصر ما إذا كان المرض مخوفاً أم لا.

¹ - الإمام محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ج3، ص 122.

² - موفق الدين بن أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الحنبلي، "المغني"، مصر، ج6، ص149.

³ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، فقرة 177، ص 273-274.

الفصل الأول: ماهية مرض الموت

الشرط الثالث: انتهاء المرض بالموت فعلا خلال سنة.

يتضح من ذلك، أن هناك أمران يجب أن يتحقق ضمن الشرط الثالث:

أولاً- أن يتحقق الموت فعلا:

من شروط تحقق مرض الموت أن يكون هناك إتصال زمني بين المرض والموت بحيث لا يفصل بينهما فترة صحة، بل لابد أن يعقب الموت المريض مباشرة، سواء كان الموت بسبب المرض بنفسه أو نتيجة لسبب آخر، كالقتل أو الحريق أو الغرق، وذلك لأن المريض وقت إبرام تصرفه كان يعتقد بإقتراب أجله والمشاركة على الموت، أما لو برئ المريض من مرضه الذي تصرف فيه ثم مات بعد ذلك فتصرفه يصبح نافذا ويعتبر صحيحا، ويتبين أن مرضه ليس بمرض الموت، لأن العبرة في تحديد تصرفات المريض مرض الموت يكمن في إعتقاده بدنو أجله وهذا الإعتقاد قائم لدى المريض وقت التصرف سواء وقعت الوفاة لنفس السبب أو لسبب آخر. وفي هذه الحالة لا يجوز للورثة الاعتراض عليه مادام حيا، لكن يجوز للمريض أن يطعن في التصرف الذي أبرمه حال مرضه للغلط في الباعث ويثبت أنه تصرف وهو معتقد أنه في مرض الموت، ولو إعتقد أنه سيشفى ما كان ليتصرف ففي هذه الحالة يكون التصرف قابلا للإبطال للغلط ويجوز للمتصرف أن يبطله لهذا العيب.

ثانيا- أن يموت الإنسان على حاله قبل سنة من مرض الموت:

إشترط فقهاء الحنفية لإعتبار المرض مرض موت، أن يموت المريض قبل مرور سنة من إصابته بالمرض، لأن الإنسان لا يخلو في أكبر أوقاته من المرض، فمرض كهذا لا يعد مرض موت، لأنه إذا تطاول المرض سنة ولم يحصل فيه إزدیاد، صار المريض قديما، فصاحبه صحيح، وهذا فيما إذا بقي المريض على حالة واحدة، أما إذا زاد مرضه

الفصل الأول: ماهية مرض الموت

يوماً فيوماً وتغير حاله، فيكون مريضاً مرض موت، وتحسب السنة من وقت زيادة المرض وتغير الحال¹.

وقد نصت مجلة الأحكام العدلية صراحة على حالة إزدياد المرض على المريض والتي تتمثل غالباً بالحالة التي يكون فيها المرض من الأمراض المزمنة التي تمتد لزمن طويل، ويتعايش معها المريض ولا يشعر بالخوف من الموت كمرض السكري أو الضغط مثلاً، ومن ثم يشتد عليه المرض ويزداد وينتهي بالموت فعلاً قبل إنقضاء سنة من تاريخ إشتداده، ففي هذه الحالة يعتبر المريض في مرض الموت من تاريخ إشتداد المرض عليه وليس قبل ذلك².

والحقيقة أن هذا التحديد يبعد النص عن موضوعيته ودقته ويثير إشكالات عملية عديدة إذ ما أكثر الأمراض الخطيرة (كمرض الإيدز والسرطان والجمرة الخبيثة، والسهارز وأنفلونزا الطيور) التي يمتد بصاحبها العمر إلى أكثر من سنة واحدة، لذا نرى ضرورة الاعتماد على الطب والعلوم في تحديد مرض الموت، فالأمراض المزمنة كما رأينا قد تطول وأنها لا تعد مرض موت ولكن إذا اشتدت حالة المريض وساءت حالته وانتهت بالموت فإنه يعتبر مرض الموت من الوقت الذي إشتد فيه المرض³.

وفي هذا السياق نجد أن القضاء الجزائري لم يأخذ بشرط وفاة المريض خلال سنة وهذا ما نستنبطه من قرار المحكمة العليا الصادر في 23 نوفمبر 1993⁴، والذي جاء في حيثياته: « أن حالة المحبوس (ع م) الذي قام الحبس موضوع النزاع في أوت 1987 كان يعاني منذ 1985 من مرض خطير لازمه إلى يوم وفاته في 3 نوفمبر 1987»، وحسنا

1 - حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص ص 118-119.

2- إياد محمد جاد عبد الحق، المرجع السابق، ص 521.

3 - محمد يوسف الزعبي، المرجع السابق، ص 422.

4 - قرار صادر عن المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 96675، الصادر بتاريخ 1993/11/23، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 302.

الفصل الأول: ماهية مرض الموت

فعلى القضاء الجزائري بعدم الأخذ بشرط مدة المرض، وخاصة إذا تعلق الأمر بتحديد فترة بداية المرض، وما يطرح من إشكاليات حول متى تنتهي الصحة ومتى يبدأ المرض.

الفرع الثاني: صور مرض الموت.

لمرض الموت صورتان، الصورة الأولى: هي المرض الحقيقي، أي الأمراض التي تعد في عصرنا الحالي أمراض موت، وذلك بناءً على التقارير الصادرة من منظمة الصحة العالمية والأحكام القضائية، أما الصورة الثانية، فهي المرض الحكمي، حيث يأخذ فيها الأصحاء حكم مرض الموت وفقاً لما جاء به فقهاء الشريعة والقانون.

أولاً- صور مرض الموت الحقيقي:

من خلال دراستنا لمرض الموت وبعض الأحكام القضائية التي تناولته، يمكن إستنتاج أهم صور المرض الحقيقي، والذي يعد مرض موت، على النحو المبين أدناه.

أ- السرطان: هو مصطلح عام يشمل مجموعة كبيرة من الأمراض التي يمكنها أن تصيب كل الجسم، وتعرف أيضاً بالأورام الخبيثة والخراجات، ومن سمات هذا المرض التولد السريع لخلايا شاذة يمكنها النمو خارج حدودها المعروفة، ومن ثم إقتحام الجسم المجاور ثم إنتشارها إلى أعضاء أخرى، ويطلق على تلك الظاهرة إسم النقلة، ومن بين أنواع السرطان الأكثر شيوعاً التي تسبب الوفاة وحسب إحصائيات عام 2015 سرطان الرئة، وسرطان الكبد وسرطان القولون المستقيم، وسرطان المعدة، وسرطان الثدي¹.

حيث جاء في حيثيات إحدى قرارات المحكمة العليا مايلي: «... ولما كان ذلك فإن القرار صدر موافقاً للقانون، متى بين في أسبابه، أن الموكل كان حين عقد الهبة مريضاً بالسرطان كما هو ثابت بالمستندات، وهو مرض يغلب فيه الهلاك، وقد دخل المستشفى في

¹ - موقع منظمة الصحة العالمية، <https://www.who.int>، تم الاطلاع عليه يوم 16 / 03 / 2022، على الساعة 17:59.

الفصل الأول: ماهية مرض الموت

23 ديسمبر 1996 ، وقد لازمه المرض حتى مات به في 17 أوت 1997 ... لذلك تعتبر الهبة باطلة...¹.

وفي قرار آخر إعتبرت المحكمة العليا سرطان المثانة مرضاً خطيراً يؤدي إلى الموت، حيث جاء في القرار ما يلي: « حيث أنه بالفعل فإن القرار المنتقد قد أكد على أن الشهادات الطبية أثبتت على وجه القطع بأن المحبس كان مصاباً بمرض المثانة، إلا أن هذه الشهادات الطبية لم تنص على حتمية موت المحبس، وهو تسبيب قاصر ومتناقض مع حتمية موت المريض هي في علم الله، وأن الأطباء يمتنعون عن الخوض فيها. حيث أن المادتين 201 و 204 من قانون الأسرة تنص على بطلان الحبس في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة، وإن حالة المحبس (ع.م) الذي أقام الحبس موضوع النزاع في أوت 1987 كان يعاني منذ 1985 من مرض خطير لازمه إلى يوم وفاته في 03 نوفمبر 1987... ».

كما سبق بيانه أنفاً فالسرطان من الأمراض الخطيرة جداً، ولهذا نجد أغلب قرارات المحاكم تصب في إعتبار مرض السرطان مرض موت، ومرض السرطان كمرض السل، لا يلزم في إعتباره مرض الموت، أن يقعد صاحبه عن قضاء حوائجه، بل المعتبر في كونه مرض الموت أن يخاف منه الهلاك، وأن لا يطول سنة فأكثر، مع إستمراره بحالة واحدة سواء أقعده عن قضاء حوائجه أم لم يقعه، وإن تجاوزت السنة فلا يعتبر مرض الموت².

ب- الإيدز: هو المرض الذي يؤدي إلى حد ما بيلة في المناعة الخلوية ويصيب الإنسان من دون سبب معروف نتيجة المقاومة الضعيفة للمرض نفسه.... ويعد الإيدز من الأمراض المميّزة الخطيرة والمصاب بهذا المرض لا يرجى شفاؤه في الغالب، فإذا إشتد المرض لدى

¹ - قرار صادر عن المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 256869 الصادر من طرف المحكمة العليا بتاريخ 21 / 02 / 2001 ، المجلة القضائية، العدد 02، 2002 ، ص 428 .

² - رشاد السيد إبراهيم عامر، "تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري مقارنة بالشريعة الإسلامية والقوانين الأخرى"، بحث لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، 1989، ص 48-49.

الفصل الأول: ماهية مرض الموت

صاحبه وصارت غلبة الموت فيه أكيدة وإقتراب أجله وأدى بحياته إلى الموت فعلا فإنه يعد مريضا مرض موت، وقد أصدر مجمع الفقه الإسلامي في دورة المؤتمر التاسع المنعقد في دولة الإمارات العربية المتحدة في أبو ظبي قرار يقتضي بأن مرض نقص المناعة المكتسب (الإيدز) يعد مرض موت شرعا إذا إكتملت أعراضه وأقعد المريض عن ممارسة الحياة العادية واتصل به الموت¹.

ج- **مرض القلب:** عرف قضاة المحكمة العليا في قرار لهم مرض القلب المؤدي للموت كما يلي: « مرض القلب مصنف طبيا في خانة الأمراض الخطيرة المؤدية للموت في كل ساعة بل وفي كل لحظة، وأن الموت المفاجئ حتى وإن كانت الأعمار بيد الله، فصاحب هذا المرض مقتنع هو نفسه بدنو أجله وقرب موته، وهذا يشكل إضطرابا نفسيا وإضطرابا جسديا يتعدى مقاومة المصاب به»².

د- **مرض الكلى:** قضى مجلس القضاء البلدية: في قرار له الصادر بتاريخ 2000-04-01 بما يلي: « حيث يتبين من الملف الطبي أن الواهبة كانت تعاني من داء الكلى، وأن مرضها هذا كان في مرحلتها الأخيرة، وإن الواهبة ماتت بعد مرور أقل من عشرة أشهر... »³.

ثانياً- صورة مرض الموت الحكمي:

الموت الحكمي هي الحالات غير مؤكد فيها موت الشخص، وتكون نسبة إحتمال وفاته أكبر من حياته، فيتم الحكم قضائيا بإعتباره ميتا، وفي هذه الحالات يكون الشخص في حكم المريض مرض الموت، ومن أهم الحالات التي تؤدي إلى الموت الحكمي نذكر:

¹ حبيب إدريس المزوري، "تصرفات المريض مرض الموت- دراسة مقارنة"-، ط الأولى، الإسكندرية، مصر، دار الفكر الجامعي، 2015، ص ص60-61.

² - قرار صادر عن المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 62156، الصادر بتاريخ 09 / 07 / 1990، المجلة القضائية، العدد 04، 1991، نقلا عن: يمينة حوحو، "عقد البيع في القانون والاجتهاد القضائي الجزائري"، الجزائر، دار بلقيس، ص22.

³ - قرار مجلس قضاء البلدية، الغرفة المدنية، ملف رقم 99/1100، الصادر بتاريخ 2000/04/01.

أ- **المقاتل في الحرب والمحبوس والأسير:** لقد نظر الفقهاء قديماً إلى الحرب تبعاً للوسائل المستعملة آنذاك، فهم بذلك إشتروا لإعتبار الشخص المقاتل في الحرب عند إلتحام الفريقان في القتال، وكانا متكافئين في العدد والعدة أو كان أحد الفريقين مقهوران فحكم هذا المقاتل في هذه الحالة حكم المريض مرض الموت، لأنه في حالة خوف يترقب فيها الموت من حين إلى آخر، وإما الفرقة القاهرة فليسوا بخائفين، وكذلك إذا لم يتلق الفريقان فليسوا بخائفين وحكمهم كالأصحاء¹.

وقد علل ابن قدامة وجه إلقائه بالمريض مرض الموت بأنه: «توقع التلف ههنا كتوقع المرض أو أكثر فوجب أن يلحق به، ولأن المرض إنما جعل مخوفاً لخوف صاحبه التلف، وهذا كذلك»².

أما فقهاء المالكية فإعتبروا كل مقاتل في الحرب مريض مرض الموت وتلحق تصرفاته بأحكام تصرفات المريض مرض الموت، وذلك لوجود خوف الهلاك والتلف وإستثنوا من هم في الصفوف الخلفية للجيش أو الأشخاص الذين وكلوا لهم مهام غير القتال كعلاج الجرحى وغير ذلك، لكن اليوم أسلحة الحروب المستخدمة قادرة على فتك كل شيء وعليه كل من يشارك في الحرب مباشرة تلحق تصرفاته بأحكام تصرفات المريض مرض الموت.

أما الشخص الذي قدم ليقتل سواء قصاص أو حداً، فيعتبر في حالة الخوف ويترقب الهلاك، لأنه غلب عليه اليأس على الحياة، فهو كالمرضى، وهذا ما ذهب إليه المالكية والحنفية، أما الشافعية فيرون أن المحكوم عليه بالقتل لا يلحق بالمريض مرض الموت لاحتمال العفو عنه³.

¹ - موفق الدين ابن قدامة، المرجع السابق، ص 87.

² - المرجع نفسه، ص 509.

³ - وضح سلمى، "مرض الموت وأثره على مسائل الأسرة" بحث لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة بجاية، 2015-2016، ص 17.

أما فيما يخص من حوصر في الحرب وتأكد أنه مقتول لا محالة، فإنه يعتبر في حكم المريض ويكون لتصرفاته وهو في هذه الحالة حكم التصرفات الصادرة في مرض الموت، لأن مصير المحبوس والأسير لدى الأعداء في الغالب القتل لا مفر منه، لذا نجد حالة الأسير أو المحبوس يمتلكها الخوف من الهلاك، فيكون كمريض وتعد تصرفاته التي يقوم بها في هذه الحالة كتصرفات المريض مرض الموت.

ب- **الحامل إذا جاءها الطلق**: يرى جمهور الفقهاء أن المرأة الحامل لا تكون بحكم المريض إلا إذا جاءها الطلق عند الولادة، فإنها تكون بين الموت والحياة، وهذه هي أشد اللحظات وقد بين الله سبحانه وتعالى ما تعانيه المرأة التي شرفت على الولادة من خلال قوله الله تعالى عن أم عيسى: ﴿ فَأَجَاءَهَا الْمَخَاضُ إِلَى جِذْعِ النَّخْلَةِ قَالَتْ يَا لَيْتَنِي مِتُّ قَبْلَ هَذَا وَكُنْتُ نَسِيًّا مَنْسِيًّا ﴾، (سورة مريم/23).

وقد جاء في المغني: « والصحيح إن شاء الله إنه إذا ضربها الطلق كان مخوفاً لأنه ألم شديد يخاف منه التلف فأشبهت صاحب سائر الأمراض المخوفة»¹، وهذا موقف جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة من تصرفات المرأة الحامل فهم يلحقون المرأة الحامل بالمريض مرض الموت من وقت تحرك الطلق بها.

أما فقهاء المذهب المالكي فهم على خلاف ذلك فلم يعتدوا بالطلق ليلحقوا المرأة الحامل بالمريض مرض الموت، حيث يلحق الإمام مالك المرأة الحامل بالمريض مرض الموت منذ الشهر السادس من الحمل، وذلك لإعتبار الحمل مرض من الأمراض.

و فقهاء الشافعية ذهبوا إلى أن الحامل يجوز تصرفها في مالها حتى يضربها الطلق لولادة أو إسقاط فتكون تلك الحال حال خوف عليها، أو يكون بها مرض في الحمل مما يصيب غير الحامل كانت عطيتها عطية مريض، وإذا ولدت الحامل فإن كان بها وجع من جرح أو ورم أو بقية طلق أو أمر مخوف فعطيتها عطية مريض، وأما إذا إنتهت المرأة من

¹¹ - موفق الدين ابن قدامة، المرجع السابق، ج3، ص15.

الفصل الأول: ماهية مرض الموت

آلامها أثناء مرحلة الولادة، ووضعت حملها حيا أوميتا، فتكون عطيتها عطية الصحيح وتعد تصرفاتها التي أنشأتها آنذاك صحيحة ولا يجوز الطعن فيها¹.

ج- ركوب وسائل النقل: فحسب فقهاء الحنفية والحنابلة، إذا كانت السفينة في بحر هادئ وساكن، فلا يكون راكبها في حكم المريض، نتيجة لإستقرار حالته النفسية، ولعدم الشعور بالخوف. أما إذا كانت في بحر غير ساكن، كما لو تموج واضطرب وهبت الريح القوية، أو إذا إصطدمت السفينة بعارض في البحر وإنكسرت، وسار الراكب على لوح منها، فإنه يكون في حكم المريض، إذ أنه يكون في حال يغلب عليه الخوف من الموت².

والمشهور عند المالكية أنه لا يحجر عليه ولو حصل الهول، إلا إن تحطمت سفينته أو لا سفينة له ولا يحسن العوم³. قال الإمام مالك: « ما رأى هذا يشبه الخوف ولا أراه في التثت⁴».

وأیضا يمكن أن نقيس المقدم على السفر في غواصة بحرية أو مركبة فضائية أو طائرة أو قطار أو سيارة على راكب السفينة، ونقول ففي هذه الحالات إذا حصل عطل ما أو خلل مهم فهو من تلك اللحظة إلى غاية وصوله يلحق بالمريض مرض الموت، أما إذا لم يحصل عطل فحكم راكبها حكم الصحيح لأن الغالب على حاله السلامة.

د- إنتشار مرض أو وباء فتاك: إذا ظهر مرض فتاك وانتشر في بلد من بلدان ولم يوجد علاج أو لقاحات مضادة لهذا المرض، مع عدم إمكانية السيطرة عليه بالأدوية اللازمة، فإن ساكن ذلك البلد المنتشر فيه المرض أو الوباء يمكن إصابته به أكثر من إحتمال شفائه منه فإنه يصبح كمريض وتعتبر تصرفاته كتصرفات مريض مرض الموت⁵.

1 - الإمام محمد الشافعي، المرجع السابق، ج4، ص108.

2- محمد أمين بن عمر عابدين، "حاشية ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار"، الرياض، السعودية، دار عالم الكتب، 2003 ج5، ص 12 .

3 - أبو عبد الله محمد الخرخشي، المرجع السابق، ص305.

4 - الإمام مالك بن أنس، "المدونة الكبرى"، ط الأولى، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، 1994، ج2، ص 88.

5 - محمد أمين بن عمر المعروف بابن العابدين، المرجع السابق، ج2، ص 721.

الفصل الأول: ماهية مرض الموت

ومن هذه الأمراض التي عرفت من قبل مرض الطاعون، حيث يرى أحد فقهاء الحنفية أنه إذا دخل الطاعون محله أو دار يغلب على أهلها خوف الهلاك كما في حال التحام القتال، بخلاف المحلة أو الدار التي لم يدخلها، فينبغي الحمل على هذا التفصيل لما علمت أن العبرة بغلبة خوف الهلاك، ثم لا يخفى إن هذا كله في من لم يطعن¹.

كما عرف الطاعون تاريخيا باسم الموت الأسود، حيث أودى بحياة جزء كبير من سكان العالم عبر العصور، خاصة في العصور الوسطى، وفي عصرنا الحديث إنتشرت عدة أوبئة أودت بحياة الملايين من البشر. ومن بينها فيروس كورونا الذي يسبب مرض كوفيد - 19، وهو مرض معد يسببه فيروس تم إكتشافه من سلالة فيروسات كورونا، ولم يكن هناك أي علم بوجود هذا الفيروس الجديد ومرضه قبل بدء تفشيه في مدينة ووهان الصينية في 31 ديسمبر 2019، وقد تحول كوفيد-19 إلى جائحة تؤثر على العديد من بلدان العالم².

هـ- إذا أفترس السبع شخصا: فحكم هذا الشخص كحكم المريض مرض الموت، واشترط الحنفية لذلك أن يفترسه السبع ويبقى في فمه فلو تركه فهو كالصحيح، ما لم يجرحه جرحا يخاف منه الهلاك غالبا، وقال الشافعية: من إعترضه الأسد فلم يجد مهربا، فإن كانوا في جماعة لم تكن حالهم مخوفة، لأن الأسد لا يفترس في الحال إلا أحدهم، فلم يكن الأغلب من حال كل واحد التلغ وإن جاز أن يكون الهالك، وإن كان واحد فإن باشره الأسد بالأخذ فحاله مخوفة³.

¹ - إيمان بريم، كريمة حوري، "تصرفات المريض مرض الموت بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري"، بحث لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم حقوق، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2017-2018، ص 24.

² - موقع منظمة الصحة العالمية، <https://www.who.int> ، تم الاطلاع عليه يوم 18 / 03 / 2022 على الساعة 18:11.

³ - حسني عبد الدائم، المرجع السابق، ص 141.

المبحث الثاني: إثبات مرض الموت وتأثيره على تصرفات المريض.

سوف نتطرق من خلال هذا المبحث إلى إثبات مرض الموت في الشريعة الإسلامية وفي القانون الوضعي، ثم نعرض على مدى تأثير مرض الموت على تصرفات المريض، وهذا سنعالجه في مطلبين، المطلب الأول (إثبات مرض الموت)، المطلب الثاني (أهلية مريض مرض الموت).

المطلب الأول: إثبات مرض الموت

للقوف أكثر على موضوع الإثبات في مرض الموت ومدى أهميته في إثبات الوقائع، سندرس في الفرع الأول إثبات مرض الموت في الشريعة الإسلامية، وفي الفرع الثاني إثبات مرض الموت في القانون الوضعي.

الفرع الأول: إثبات مرض الموت في الشريعة الإسلامية

يعد مرض الموت بالشروط السالفة الذكر مجرد واقعة مادية وهذه الأخيرة تثبت بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها شهادة الشهود والقرائن، والشهادة الطبية التي تعتبر دليلاً قوياً على حالة المريض في آخر أيامه، وللطعن في تصرفات المريض مرض الموت لا بد للوارث أو غير الوارث أن يثبت كون هذا التصرف قد أبرم في مرض الموت إعمالاً بالقاعدة الفقهية "البينة على من ادعى"، بحيث يلزم المدعى بإثبات صفته إذا كان وارثاً ثم إثبات واقعة مرض الموت.

وبناء على ذلك سنسلط الضوء من خلال هذا الفرع على أدلة إثبات مرض موت في الشريعة الإسلامية أولاً، ثم نعرض على ضوابط حل الخلاف إن كان التصرف وقع في حالة الصحة أو المرض.

الفصل الأول: ماهية مرض الموت

أولاً- أدلة إثبات مرض الموت في الشريعة الإسلامية:

تظهر أهمية إثبات مرض الموت من خلال حماية دائني ورثة المريض مرض الموت وفي حماية حق الموصي له وإثبات مرض الموت من أكثر الموضوعات الفقهية تطبيقاً وأكثر حيوية¹، وعلى هذا الأساس سنتعرض إلى مسألة إثبات مرض الموت في الفقه الإسلامي وبعض وسائل الإثبات التي أخذوا بها لإثباته على النحو الآتي:

أ- **الخبرة الطبية:** إعتد فقهاء الشريعة على الخبرة الطبية للطبيب الذي سوف يأخذ برأيه وإختلفوا فيها، وكذلك سوف نبين إختلافهم في الطبيب بحد ذاته وهذا بناء على أقوالهم التي سنسردها كالآتي:

قول أحد فقهاء الشافعية: ولو شككنا في كونه مخوفاً (أي المرض) لم يثبت إلا بقول طبيبين، عالمين، حرين، عدلين، أي: مسلمين، بالغين، عاقلين، فلا يثبت كون المرض مخوفاً أو غير مخوف بقول نسوة ولا بقول رجل وامرأتين، لأنها شهادة على غير المال، وإن كان المقصود المال، ولكن إذا كان المرض علة باطنة بإمرأة لا يطلع عليها الرجال غالباً تثبت بشهادة النساء².

قول الفقه الحنفي: أنه يجب أن يكون الطبيب مسلماً غير فاسق، وعادلاً³.

قول الفقه الأمامي: أنه يجب أن يكون الطبيب مختصاً، سواء أكان صبياً أم فاسقاً أم غير مسلم بشرط عدم التهمة في الدين⁴.

قول جمهور الفقهاء: بأنه ما أشكل أمره من الأمراض يرجع فيه إلى قول أهل المعرفة، وهو الأطباء، لأنه أهل الخبرة بذلك والتجربة والمعرفة، ولا يقبل إلا قول طبيبين مسلمين ثقتين

1 - عبد الستار حامد، "أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي"، ط الأولى، مطبعة جامعة بغداد، 1986، ص79.

2 - شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشرنيبلي، "مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج"، القاهرة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1377هـ-1958م، ج3، ص50.

3 - كمال الدين بن الهمام، "فتح القدير"، القاهرة، مصر، مطبعة الأميرية بولاق، 1315هـ، ج2، ص272.

4 - حبيب إدريس عيسى المزوري، عباس زبون العبودي، "تصرفات المريض مرض الموت -دراسة مقارنة-"، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق جامعة الموصل، العراق، مج16، العدد59، سنة2018، ص284.

الفصل الأول: ماهية مرض الموت

بالغين، لأن ذلك يتعلق بحق الوارث وأهل العطايا، فلم يقبل فيه إلا ذلك، وقياس لقول الخرقى: أنه يقبل قول الطبيب العدل إذا لم يقدر على طبيبين¹.

ويستدل مما تقدم، أن الفقهاء قد اختلفوا في أمور ثلاثة فيما يجب توافره في الطبيب ويمكن توضيح هذه الأمور من خلال الفقرات الآتية²:

الفقرة الأولى: الذكورة

لقد اختلف الفقهاء في اشتراط الذكورة على قولين:

القول الأول: أنها لا تشترط، وبه قال المالكية، وحجتهم ما رواه البخاري ومسلم من طريق ابن جري قال: « سمعت ابن أبي مليكة، قال: حدثني عقبة بن الحارث، أو سمعت منه أنه تزوج أم يحيى بنت أبي إهاب، قال: فجاءت أمة سوداء، فقالت: قد أرضعتكما، فذكر ذلك للنبي (صلى الله عليه وسلم)، فأعرض عني، قال: فتتحيث، فذكرت ذلك له، قال: «وكيف وقد زعمت أن قد أرضعتكما فنهاه عنها»³.

القول الثاني: فقد اشترط فقهاء الحنفية والحنابلة والأمامية المذكورة أنفا بأن يكون الطبيب من الذكور، فلا يثبت عندهم طبيعة المرض بقول النسوة، بينما اشترط الفقه الشافعي في الأصل لمعرفة طبيعة المرض بأن يكون الطبيب من الذكور، وإستثناء منه يجوز الأخذ بقول النسوة، إذا كان المرض مما يختص به النساء لا غير⁴.

وأيضاً يقول في هذا الصدد ابن قيم الجوزية: « تقبل شهادة الفساق حيث لا عدل وينفذ حكم الجاهل والفساق إذا خلا الزمان عن قاض عالم عادل، فكيف لا تقبل شهادة

¹ - نخبه من العلماء، "الموسوعة الفقهية وزارة الأوقاف والشؤون الدينية"، ط الأولى، الكويت، دار الصفوة، 1418هـ، ج37، ص 5-6.

² - حبيب إدريس عيسى المزوري، عباس زبون العبودي، المرجع السابق، ص284.

³ - خالد بن علي بن محمد المشيقح، "الجامع لأحكام الوقف والهبات والوصايا"، ط الأولى، قطر، إصدارات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية القطرية، 2013، ج5، ص ص315-316.

⁴ - حبيب إدريس عيسى المزوري، عباس زبون العبودي، المرجع السابق، ص284.

الفصل الأول: ماهية مرض الموت

النساء إذا خلا جمعهن عن رجل، أو شهادة العبيد إذا خلا جمعهم عن حر، أو شهادة الكفار بعضهم على بعض إذا خلا جمعهم عن مسلم؟¹.

الفقرة الثانية: صفات الطبيب

إن فقهاء الشافعية والحنفية والحنابلة السابق بالذكر يشترطون أن يكون الطبيب مسلماً مختصاً، عادلاً، بينما أجاز الفقه الأمامي بأن يكون الطبيب غير مسلم بشرط مراعاة مبادئ الشريعة الإسلامية إذا كان المريض مسلماً، والرأي الصحيح هو أن يكون الطبيب مختصاً وذا خبرة، سواء أكان مسلماً أم غير مسلم بشرط مراعاة مبادئ الشريعة الإسلامية².

الفقرة الثالثة: عدد الأطباء

إشترط الفقه الشافعي والحنابلي مايلي: « بأن يكون عدد الأطباء إثنين، والصحيح أن يكون عددهم وتراً، لكي يستطيع الطبيب المحايد أن ينظم إلى أحد الطرفين في حالة إختلافهما بشأن المرض، وعندئذ يكون الترجيح الحل السليم لحسم مسألة الإختلاف في الآراء»³.

وقال الخرقى في مختصره « وتقبل شهادة الطبيب العدل، وإذا لم يقدر على طبيبين»، فظاهر كلام الخرقى أنه إذا قدر على طبيبين لا يتجزأ بواحد منها، وإن لم يقدر على إثنين أجزأ واحداً، لأنها حالة ضرورة، ومما يختص به أهل الخبرة من أهل الصنعة⁴.

الفقرة الثالثة: القرائن.

تعد القرينة دليلاً إستنتاجياً لا يرد الإثبات بها على ذات الواقعة المراد إثباتها مباشرة وإنما ينصب على واقعة أخرى متصلة بها إتصلاً وثيقاً، إذ لو ثبتت لتمكن القاضي بوساطتها إستنباط الواقعة المطلوب إثباتها وهذا يسمى بنظرية تحول الإثبات أو نظرية

¹ - يسري السيد محمد، "جامع الفقه"، ط الأولى، المنصورة، مصر، دار الوفاء للطباعة، 2000، ج7، ص252.

² - حبيب إدريس عيسى المزوري، عباس زيون العبودي، المرجع السابق، ص284.

³ - المرجع نفسه، ص285.

⁴ - يسري السيد محمد، المرجع السابق، ص 290.

الرجحان، والقرائن على ثلاثة أنواع: قرائن قانونية، وهي التي ينص عليها القانون، وقرائن قضائية يستتبطها القاضي من الدعوى المرفوعة أمامه وقرائن طبيعية، ومثالها أن يثبت وفاة شخص في تاريخ معين، فإنه يعد قرينة بأنه كان حيا قبل هذا التاريخ¹.

ثانياً - الخلاف في وقوع التصرف حال الصحة أو المرض:

في حالة الإختلاف في مرض الموت وطعن الورثة في تصرفات مورثهم بدعوى صدورها عنه في مرض موته، بما يمس حقوقهم ولم يجيزها، وإدعى المتصرف له أن هذه التصرفات وقعت من مورثهم في صحته²، فهنا فرق فقهاء الشريعة الإسلامية بين ما إذا خلت الدعوى كل منهما عن البينة، وبين ما إذا إقترنت بالبينة، وبين ما إذا إقترنت دعوى أحدهما بالبينة دون آخر، وهذا ماسياتي بيانه على النحو الآتي:

الحالة الأولى: إذا خلت الدعوى كل منهما عن البينة

فقد إختلف الفقهاء في هذه الحالة على قولين:

القول الأول: هو أن القول قول المدعى صدرها في المرض، وبه قال المالكية، والحنفية والحنابلة، كما قالو بأن حال المرض أدنى من حال الصحة، فما لم يتيقن حال الصحة يحمل على الأدنى، ولأن هذه التصرفات من الصفات العارضة، فهي حادثة، والحادث يضاف إلى أقرب وقت من الحكم الذي يترتب عليه والأقرب هنا هو المرض المتأخر زمناً عن زمان الصحة، فكان القول قول من يدعي حدوثها في المرض، إذ هو الأصل، فإذا أراد مدعي الصحة إستخلاف مدعي المرض كان له ذلك³.

¹ - حبيب إدريس عيسى المزوري، عباس زبون العبودي، المرجع السابق، ص 287

²² - محمود إسماعيل مشعل، " أحكام المريض في فقه الأسرة"، ط الأولى، مصر، مكتبة الوفاء القانونية، 2013، ص 42-43.

³ - الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ص 08.

فطبقاً لقاعدة الفقهية: «الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته»، يكون الأصل أن المرض أقرب للموت من الصحة، والبيّنات شرعت لإثبات خلاف ظاهر، ولذلك فالقول قول مدعي المرض، أما مدعي الصحة فلا يصدق إلا بالبيّنة¹.

القول الثاني: وهو قول الشافعية الذين يرجحون قول مدعي صدورهما في الصحة، لأن الأصل في التصرف السابق من المتوفي أن يعتبر صادراً في حال صحته، وعلى من يتمسك بصدوره في مرض الموت يقع عبء الإثبات².

الحالة الثانية: إذا إقترنت دعوى كل منهما بالبيّنة

للفقهاء في هذه الحالة ثلاثة أقوال:

القول الأول: أنه ترجح بيّنة وقوعها في حالة الصحة على بيّنة وقوعها في حالة المرض وهو قول الحنفية، وحبّتهم في ذلك أن الأصل إعتبار حالة المرض، أي افتراض أن سبب الوفاة هو المرض، والمرض حادث، والأصل إضافة الحادث إلى أقرب وقت من الحكم الذي يترتب عليه، والأقرب إلى الصواب هو المرض المتأخر زمانه عن الصحة، فلهذا كانت البيّنة الراجحة بيّنة من يدعي حدوثها في زمن الصحة، إذ البيّنات شرعت لإثبات خلاف الأصل³.

القول الثاني: أنه ترجح بيّنة وقوعها في مرضه على بيّنة وقوعها في صحته، وهو قول الشافعية. جاء في نهاية المحتاج «ولو اختلفا في صدور التصرف فيها أو في المرض صدق المتبرع عليه، لأن الأصل دوام الصحة، فإن أقاما بينتين، قدمت بيّنة المرض»⁴.

¹ - علي بن عبد العزيز بن إبراهيم المطرودي، "قاعدة الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته وتطبيقاتها"، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، كلية الشريعة، الرياض، السعودية، العدد 13، 2012، ص 49.

² - حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 150.

³ - الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ص 08.

⁴ - سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي، "حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب"، ط الثانية، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، 2013، ج3، ص 314.

القول الثالث: أنه ينظر إلى أعدل البينتين، فإن إستوتا في العدالة سقطتا، وبه قال بعض المالكية، وحجة هذا القول أن زيادة العدالة مرجح، ومع التساوي ينتفي هذا المرجح، وسبب الخلاف هو تعارض المرجحات، فبيئة الصحة يرجحها موافقتها للأصل والغالب، وبيئة المرض يرجحها أنها ناقله عن الأصل، وأنها علمت ما لم تعلمه بيئة الصحة، فمن رجح بيئة الصحة غلب الترجيح بموافقة الأصل، ومن رجح بيئة المرض غلب الترجيح بالنقل عن الأصل، ومن قال بسقوطهما معا رأى تعادلها في العدالة والمرجحات فتسقطان، ولهذا إذا كانت إحداها أعدل فإنها تقدم¹.

الحالة الثالثة: إذا إقترنت دعوى أحدهما بالبيئة دون آخر

وفي هذه الحالة لا خلاف بين الفقهاء في تقديم قول المدعي صاحب البيئة على قول الآخر الذي خلت دعواه عن البيئة، سواء أقام صاحب البيئة بينته على صدور التصرف في الصحة في حال المرض².

¹ - خالد بن علي بن محمد المشيخ، المرجع السابق، ص 320.

² - حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 152.

الفصل الأول: ماهية مرض الموت

الفرع الثاني: إثبات مرض الموت في القانون الوضعي

سنتطرق في هذا الفرع إلى كيفية إثبات مرض الموت، وذلك من خلال تسليط الضوء على أهم وأكثر طرق الإثبات التي يستدل بها على مرض الموت في حالة الطعن في تصرفات المريض، وكذا على من يقع عبء الإثبات.

أولاً- أدلة إثبات مرض الموت في القانون:

إن مجرد إدعاء بوقوع تصرف معين في مرض الموت أمام القضاء لا يكف لترتيب آثاره القانونية بل لابد من إثباته بكافة طرق الإثبات القانونية والخبرة الطبية بإعتباره واقعة مادية، ولكن عمليا غالبا ما يتم اللجوء إلى البيينة، والقرائن، والخبرة الطبية في الإثبات، وهذا ما سنوضحه من خلال الفقرات الآتية:

الفقرة الأولى: الخبرة الطبية

هي إجراء يهدف به توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة التي تعرض على القاضي، ولا يستطيع العلم بها¹، فالمشرع الجزائري نظم قواعد الإستعانة بالخبراء أمام المحاكم، حيث أجاز للقاضي أن يلجأ للإستعانة بخبير مختص، أو بعدد من الخبراء لإجراء عملية الخبرة في الدعوى المطروحة، في نزاع يحتاج إلى برهان وتحليل فني وتقني وخبرات تفوق تكوينه، سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب من له مصلحة في ذلك، وللقاضي أن يختار هؤلاء الخبراء، من بين المقيدين بجدول الخبراء بالمجلس القضائي من نفس التخصص أو من غيرهم بشرط أن يحلفوا اليمين القانونية، وأن يلتزم الخبراء بتقديم تقاريرهم عن المهام التي كلفوا بها من قبل المحكمة في الآجال التي يحددها لهم القاضي الذي أنتدبهم، ويجوز للقاضي مناقشتهم في المحكمة لاستجلاء ما كان غامضا في تلك التقارير².

¹ - المادة 125 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 هـ، الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008م، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

² - سائح سنقوقة، "شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية(نصا- شرحا-تعليقا-تطبيقا)"، عين مليلة، دار الهدى، ج1، ص 201.

ونظرا لتقدم العلوم الطبية في مختلف المجالات العلمية، ولتنوع الإختصاصات الفنية فإذا حصل شك أو إختلاف في طبيعة المرض، فيما إذا كان يعد مخوفا أم لا، فالمرجع الأساس لمعرفة ذلك الأطباء، لأنهم ذو خبرة ودراية في مجال الأمراض¹.

حيث أنه، ومن خلال الاطلاع على بعض الأحكام القضائية الفاصلة في القضايا المتعلقة بمرض الموت، نجد أن القضاة يأخذون بالوصفات الطبية الصادرة خلال مرض المورث كدليل قوي للإثبات، أو حتى الشهادات الطبية الصادرة بعد وفاة المريض، فعلى سبيل المثال، نجد أن المحكمة العليا الجزائرية في أحد قراراتها، نقضت قرار المجلس الذي إستبعد الشهادات الطبية التي تثبت أن الواهب كان في حالة مرض الموت، على إعتبار أن بعض الشهادات قد حررت بعد وفاته، فكان جواب المحكمة العليا أن عدم إعتبار الشهادات الطبية على أساس أنها حررت بعد وفاة الواهب قول غير سليم، لأن الشهادات تشهد على حالة الواهب وقت علاجه من مرضه، ولا يعقل أن يطلب تقديم شهادات بتاريخ وقت العلاج².

وكما للقاضي موضوع السلطة التقديرية في الأخذ بتقرير الخبير وجعله سببا للحكم، أو عدم الأخذ به شرط تسبب هذا الحكم، بتبرير رفضه للخبرة فإن لم يجب فإن حكمه معيب، وهذا حسب الفقرة الثانية من المادة 144 قانون الإجراءات المدنية والإدارية³ حيث تنص: « القاضي غير ملزم برأي الخبير غير أنه ينبغي عليه تسبب نتائج الخبرة»، كون الخبرة الطبية لها دور كبير في كشف مرض الموت من عدمه، وهذا ماجاءت به الفقرة الأولى من نفس المادة، حيث تنص: « يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة».

¹ - حبيب إدريس عيسى المزوري، عباس زبون العبودي، المرجع السابق، ص283.

² - قرار صادر عن المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم: 197335 ، الصادر بتاريخ: 16 / 06 / 1998 ، المجلة القضائية ، عدد خاص، 2001، ص 281 .

³ - القانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21 ، الصادرة بتاريخ: 23 أبريل 2008.

الفقرة الثانية: القرائن

ويقصد بالقرينة إستنباط أمر غير ثابت مجهول من أمر ثابت معلوم، على أساس أنه غالباً ما يتحقق الأمر الأول إذا ماتحقق الأمر الثاني من الناحية العلمية، والقرائن على ثلاثة أنواع وهي:

أ- **قرائن قانونية:** لقد نص المشرع الجزائري في المادة 337 من القانون المدني¹ على أن: « القرينة القانونية تعني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة قانونية أخرى من طرق الإثبات على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك». ومن هذا النص يتبين لنا أن القرينة هي عملية استنتاج فكر².

ب- **قرائن قضائية:**³ ومن القرائن الدالة على مرض الموت كثيرا منها، قصر المدة بين تاريخ الإصابة بالمرض وتاريخ الوفاة، ومن القرائن التي يعتمد عليها القضاء، العقد المحرر والمسجل في مرض الموت، قبل الوفاة بمدة قليلة، ثم إعادة تسجيله تسجيلًا تامًا بعد ذلك ببضعة أيام، لأن تكرير التسجيل بهذه الكيفية يدل على أن العقد سجل تاريخه عقب صدوره مباشرة ثم سجل بعد ذلك تسجيلًا تامًا⁴، وتطبيقًا ذلك قضت المحكمة العليا الجزائرية أن المورث كان في مرض الموت، حيث ثبت بشهادتين طبييتين، والظروف، والقرائن، أن المورث كان مريضاً مرضاً خطيراً من الأمراض التي يغلب فيها خوف الموت، وأن المرض إشتد به وقت تحرير عقد البيع المطعون فيه، وأن هذا المرض انتهى بالموت فعلاً بعد تسعة

¹ - الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق 26 سبتمبر 1975 م المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، بالقانون 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، الجريدة الرسمية، العدد 31، المؤرخة في 13 ماي 2007.

² - عبد الحميد الشواربي، "القرائن القانونية والقضائية في المواد المدنية والجنائية والأحوال الشخصية"، الإسكندرية، منشأ المعرف، ، 2003، ص64.

³ - هي التي يستنتجها القاضي من وقائع الدعوى المرفوعة أمامه.

⁴ - نبيل صقر، المرجع السابق، ص ص17-19.

الفصل الأول: ماهية مرض الموت

أيام من يوم تحرير العقد، كما جاء في قرار لمحكمة تمييز العراق أن قصر المدة بين تحرير السند وحدث الوفاة يشير إلى أن المورث كان مريضا مرض الموت¹.

ج- **قرائن طبيعية:** وهي قرائن قاطعة بحسب المشاهدة والاستقراء كاستلزام ثبوت وفاة شخص في تاريخ معين فإنه يعد قرينة قاطعة بأنه كان حيا قبل هذا التاريخ أو مضى على ولادته مائتا سنة(مثلا)².

وبناءً على ما تقدم يتبين لنا أن القاضي يؤدي دورا أساسيا في إستنباط القرائن الدالة على المرض من عدمه، وذلك من خلال ظروف الدعوى ووقائعها المطروحة أمامه لفك ما يثار من غموض وملابسات للقضايا المتنازع فيها، بخلاف القرائن القانونية فهي محكمة بنص صريح.

الفقرة الثالث: الشهادة

الشهادة دليل من أدلة الإثبات يتمثل في قيام شخص من غير أطراف الخصومة بالإخبار في مجلس القضاء بما يعرفه شخصيا حول وقائع معينة تصلح محلا للإثبات³ ويجب أن يكون الشاهد قد أدرك شخصا بحواسه الواقعة التي يشهد بها، بحيث يكون قد رآها سمعها بنفسه⁴.

نص المشرع الجزائري في المادة 150 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: «يجوز الأمر بسماع الشهود حول الوقائع التي يكون بطبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود، ويكون التحقيق فيها جائزا ومفيدا للقضية».

¹ - القرار رقم 248 ، إستئنافية، 86 - 87 الصادر في 30-09-1987، مجموعة الأحكام العدلية، العدد3، 1987، ص 27، نقلا عن حبيب إدريس عيسى المزوري، المرجع السابق، ص52.

² - رفع عبد الرحمان النجدي، " طرق الإثبات الشرعية - مع بيان إختلاف المذاهب الفقهية وسوق الأدلة والموازنة بينها ثم مقارنة بالقانون "، ط الرابعة، المكتبة الأزهرية للتراث، 2003، ص685

³ - تميم بن عبد الله بن سيف التميمي، "الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون القطري"، ط الأولى، دار الكتاب الجامعي للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 2017، ص139.

⁴ - محمد صبري السعدي، "الإثبات في المواد المدنية والتجارية"، ط الأولى، عين مليلة، الجزائر، دار الهدى، 2011، ص129.

وفي تفحصنا للأحكام القضائية المتوفرة لدينا المتعلقة بمرض الموت، وجدنا أن شهادة الشهود وإن ذكرت في هذه الأحكام على أنها أدلة أثبتت أو نفت حالة مرض الموت إلا أنها لم تكن هي الدليل الأساسي القاطع الذي أثبت أو نفى حالة مرض الموت، بل كانت مثلها مثل القرائن، دليلاً إضافياً للشهادة الطبية، قوياً لدى القاضي قناعته بحالة مرض الموت التي يدرسها، ومثالها ما جاء في قرار المحكمة العليا الجزائرية التالي: «...وذلك أنه ثبت بشهادتين طبييتين والظروف والقرائن أن المورث كان مريضاً مرضاً خطيراً...»¹، أو ما جاء في القرار التالي: «...مع أن الواهب كان في مرض الموت رغم الشهادة الطبية وشهادة الشهود وشهادة الموثق نفسه في عقد الهبة...»².

وبناءً على ما تقدم تعد شهادة الأطباء من أكثر وسائل الإثبات المستخدمة لإثبات مرض الموت، والدالة على حالة المريض في أواخر أيامه³، وذلك من خلال الإستشهاد بأقوالهم كونهم يعالجون المريض إستناداً على الشهادات المقدمة منهم⁴، حيث تعتبر الشهادات الطبية دليلاً قوياً لا سيما تلك الموقعة في مصالح الطب الشرعي المؤهلة في ذلك على أساس أن الطبيب مؤهل ومختص للقول في مثل هذه الحالات المرضية، وغالباً ما يركن قضاة الموضوع لهذه الوسيلة ويعتبرونها دليلاً حاسماً في الدعوى، وتدعم في مثل هذه الحالات إذا ما إلتمس المدعى إجراء تحقيق، وغالباً ما يتم هذا بشهادة الشهود الذين عايشوا المتوفي في آخر أيامه⁵.

¹ - قرار صادر عن المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 33719 الصادر بتاريخ 1984/07/09، المجلة القضائية، العدد 03، 1989، ص51.

² - قرار صادر عن المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 219901 الصادر بتاريخ 1999/03/16، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص287.

³ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الفقرة 180، ص ص 279-280.

⁴ - نبيل صقر، المرجع السابق، ص18.

⁵ - محمودي عبد العزيز، "رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري"، البلدة، الجزائر، قصر الكتاب، 2006، ص41.

وتأكيدا لذلك فقد جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا في حيثياته: «...حيث أن المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري نصت على أن الهبة في مرض الموت والأمراض المخيفة تعتبر وصية إضافة إلى أن مرض الواهب هو حالة مادية ظاهرة لا يمكن إخفاءها ويجوز إثباتها بشهادة الشهود زيادة على الشهادات الطبية المحتج بها¹، وعليه فالوجه مؤسس الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالة لنفس المجلس».

ثانيا - عبء إثبات صدور التصرف في مرض الموت:

يقصد بعبء الإثبات، قيام الطرف المكلف بالإثبات، بإثبات الواقعة المتنازع عليها أمام القضاء، وبالوسائل المقررة قانونا بغية الحصول على الحماية القانونية التي تضمن له المحافظة على حقه، ولتحديد الطرف الذي يقع عليه حقه، و الطرف الذي يقع عليه عبء الإثبات أهمية كبيرة في القضاء على وجه الخصوص فغالبا ما تتوقف نتيجة الدعوى عليه². والقاعدة العامة في الإثبات أن البينة على من ادعى، فمنه يكون على الوارث الذي يطعن في تصرفه مورثه بأنه صدر منه هذا التصرف وهو في حالة مرض الموت، إثبات ما ادعى به³، ويبدو أن معظم القوانين المعاصرة أخذت بهذه القاعدة في تحديد من يقع عليه الإثبات، حيث نصت المادة 323 من القانون المدني الجزائري بأنه: « على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه»، ويتضح من هذه المادة أن المشرع قد إستشهد بالمبدأ العام في الشريعة الإسلامية والذي يقضي بأن: « البينة على من ادعى واليمين على من أنكر».

¹ - قرار صادر عن المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم: 197335 ، الصادر بتاريخ:

16 / 06 / 1998، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 281.

² - حبيب إدريس المزوري، المرجع السابق، ص 89.

³ - عبد الستار حامد، المرجع السابق، ص 79.

أما قاعدة الإثبات فقد نصت عليها الفقرة الثانية من المادة 776 من القانون المدني الجزائري بقولها: «... وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق».

وعليه فقد ألقى المشرع عبء إثبات مرض الموت على عاتق الورثة بصفتهم المدعين، في حين أقام قرينة قانونية لمصلحتهم وبمقتضاها إعفائهم مؤقتا من عبء إثبات أن مورثهم قصد التبرع في تصرفه ونقل محله إلى الشخص الذي تصرف له المريض، أي إثبات أن المتصرف لم يكن يعاني من مرض الموت وأن التصرف قد وقع قبل الإصابة بالمرض، ولكن الورثة لا يستفيدون من القرينة القانونية إلا بعد إثباتهم أن مورثهم أثناء تصرفه، كان في مرض الموت فعلا¹.

وبعد أن يثبت الورثة أن مورثهم كان فعلا مريضا مرض الموت قبل وفاته، يكون عليهم أن يثبتوا صدور التصرف المطعون فيه خلال فترة المرض، والغالب أن يكون هذا التاريخ مدون إما في ورقة رسمية أو عرفية، فإن كان التصرف محررا في عقد رسمي. حيث تكفي مقارنة تاريخ الورقة الرسمية بتاريخ بدأ المرض للجزم بصدور التصرف في مرض الموت أو قبله²، أما إن كان التصرف محررا في عقد عرفي، فأصل وفقا للقواعد العامة أن أثر هذا العقد ينصرف إلى المتعاقدين والخلف العام. فالأصل أن يحتج على الورثة بتاريخ السند العرفي، لأنهم لا يعدون من الغير بالنسبة له والوارث لا يعتبر من الغير فيما يخص التصرفات الصادرة في مرض الموت.³

ويرى البعض، أن تغيير تاريخ السند العرفي يعتبر غشا وتحايلا على القانون، ولذلك يكون لهؤلاء الورثة إثبات التاريخ الصحيح للسند بجميع طرق الإثبات⁴، إلا أن المادة 776

1 - حبيب إدريس المزوري، المرجع السابق، ص 90.

2 - حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 155.

3 - عائشة محمد إسماعيل الأمين، "إثبات تصرفات المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)"، المجلة القانونية، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، فرع الخرطوم، مج 9، العدد 4، 2021، ص 1172.

4 - أندرو ميشيل يوسف حفييري، المرجع السابق، ص 71.

من القانون المدني الجزائري ، قد نصت على أنه لا يحتج على الورثة بتاريخ العقد، إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً، إلا أن هذا التاريخ يظل حجة عليهم، إلى أن يثبتوا هم عدم صحته وأن التصرف قد صدر في تاريخ آخر، وكان في مرض الموت، فإذا عجزوا عن هذا الإثبات، ظل التاريخ المذكور في العقد حجة عليهم، وملزماً لهم باعتبارهم خلفاء عام لمورثهم. فإذا أثبت الورثة ذلك، أصبحوا من الغير من حيث ساريان التصرف، ولم يعد التصرف المطعون فيه يساري في حقهم إلا حسب أحكام الوصية، إذ يعد الورثة في حكم الغير فيما يختص بتصرفات مورثهم الضارة بهم والمسبة بحقهم في الإرث.

وبناء على ما تقدم يبدو أن المشرع الجزائري بنصه في الفقرة الثانية من المادة 776 مدني: « وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً»، يكون قد أخذوا بقول الشافعية الذين يرجحون قول مدعي صدورهما في الصحة، لأن الأصل في التصرف السابق من المتوفي أن يعتبر صادراً في حال صحته وعلى من يتمسك بصدوره في مرض الموت يقع عبء الإثبات¹.

وقد جاء في الفقرة الثالثة من المادة السالفة الذكر أنه: « ما إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت أعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع، ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه»، وعليه فإن المشرع أخذ بالمذهب الحنفي، في حالة ما إقترنت دعوى كل منهما بالبينة، وذلك بترجيح بينة وقوعها في حالة الصحة على بينة وقوعها في حالة المرض.

أما بالنسبة للتقنين المدني المصري بنصه في الفقرة الثانية من المادة 916 على أن: « وعلى الورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت.... » ، يكون قد أخذ بمذهب فقهاء الشافعية في حالة الأولى (إذا خلت دعوى كل

¹ - حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 150.

الفصل الأول: ماهية مرض الموت

منهما من البينة) بإعتبار قول مدعي الصحة عند إختلاف دعوى الورثة بصدور التصرف عن مورثهم في مرضه مع دعوى المتصرف له بصدوره في الصحة، إلا إذا أثبت الورثة صدوره عن مورثهم في المرض، كما أخذ التقنين المدني المصري في الفقرة الثالثة من المادة 916 برأي علماء الحنفية في حالة الثانية (إذا إقترنت دعوى كل منها بالبينة) ، وذلك بتقديم بينة الصحة على بينة المرض¹.

المطلب الثاني: أهلية المريض مرض الموت.

تقتضي دراستنا لموضوع أهلية المريض مرض الموت أن نتعرف على المقصود بأهلية أو تعريفها والأحكام المتعلقة بها، ثم دراسة أهلية المريض مرض الموت فقها وقانونا وذلك في فرعين على التوالي:

الفرع الأول: الأهلية

يشترط القانون وجود الأهلية لصحة التصرفات الصادرة من الشخص وحتى تكون منتجة لآثارها في مواجهة الغير، وتختلف صورة هذه الأهلية من تصرف إلى آخر وذلك حسب نوع هذا التصرف وحالة القائم بهذا التصرف.

أولا تعريف الأهلية:

لقد أغفلت معظم التشريعات تعريف الأهلية بوجه عام، وكذا إثبات المقصود بنوعيتها على وجه الخصوص فاسحة المجال للفقهاء على إعتبار أن التعريف من إختصاصه، فعرفها الفقهاء بأنها: « صلاحية الشخص لإكتساب الحقوق، وتحمل الإلتزامات، ومباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن ترتب له هذا الأمر أو ذاك»²، ومن خلال هذا التعريف يتبين أن الفقهاء قد قسم الأهلية إلى قسمين: أهلية وجوب، وأهلية أداء.

¹ - المرجع نفسه، ص ص 158-159.

² - محمد صبري السعدي، "شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للإلتزامات"، ط الثانية، عين مليلة ، الجزائر، دار الهدى، 2004، ج1، ص157

أ- أهلية وجوب:

تعرف أهلية الوجوب بأنها: « صلاحية الشخص بأن تثبت له حقوق وتجب عليه واجبات وأساس ثبوتها هو وجود الحياة وتسمى عند الفقهاء بالذمة وهي وصف شرعي يصير به الإنسان أهلاً لما يجب له وعليه وهي ثابتة لكل إنسان»¹.
وتقوم أهلية الوجوب على عنصرين:

- 1- **عنصر إيجابي:** وهو صلاحية الشخص لكسب الحقوق، أي صلاحيته لأن يكون صاحب حق ملكية أو إنتفاع على عقار.
- 2- **عنصر سلبي:** هو صلاحية الشخص للالتزام بالواجبات، أي صلاحيته لأن يكون مكلفاً بالالتزام كما لو كان مدين لآخر بمبلغ من المال أو ملتزماً بالقيام بعمل أو الإمتناع عن عمل.

وأهلية الوجوب من أهم خصائص الشخصية، وهي تثبت للإنسان بمجرد ولادته وتلازمه طوال حياته، ولكن قد تبدأ أهلية الوجوب قبل الولادة، فللجنين أهلية وجوب، إلا أنها ليست كاملة كأهلية الشخص الموجود فعلاً، بل ناقصة.

ب- أهلية الإداء:

هي قدرة الشخص في التصرف بأمواله، أو هي صلاحية الشخص لمباشرة العقود وهي لا تثبت لكل شخص كما هو الشأن بالنسبة لأهلية الوجوب، وإنما تثبت لمن كانت له القدرة على إنشاء التصرفات القانونية لصالحه وفي حق غيره فهي وثيقة بقدرة الشخص على التمييز وحسب حالة الأشخاص، حيث أنها تتأثر بالسّن أو بعارض من عوارض الأهلية².

¹ - وهبة الزحيلي، "أصول الفقه الإسلامي"، ط الأولى، دمشق، سوريا، دار الفكر، 1986، ج1، ص 163.

² - محمد بشير، "عوارض الأهلية والحلول القانونية المقررة لها في التشريع الجزائري - دراسة مقارنة-"، مجلة صوت القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، وهران، 2، مج5، العدد 02، أكتوبر 2018، ص 76.

ثانياً - أحكام الأهلية:

تنص المادة 78 من القانون المدني الجزائري على أن: « كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون». كما ذكرنا آنفاً أن أهلية الأداء مناطها العقل، الذي يمنح الشخص القدرة على التمييز، فهي تتأثر بالسن، كما قد تتأثر بعوارض أخرى تصيب الشخص بعد بلوغه سن التمييز أو سن الرشد.

أ- تأثر الأهلية بالسن:

حسب نص المادة 25 من القانون المدني: « تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً وتنتهي بموته، على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حياً»، أي أن الشخصية القانونية للشخص الطبيعي تنشأ بولادته حياً وتمر بمراحل حسب القانون المدني الجزائري (كونه جنيناً، حالة الصبي من الولادة إلى سن التمييز، حالة التمييز إلى سن البلوغ، حالة البلوغ مع الرشد).

ب- تأثر الأهلية بالعوارض:

عوارض الأهلية هي: أحوال تطرأ على الإنسان بعد كمال أهلية الأداء، فتؤثر فيها بإزالتها أو نقصانها، أو تغير بعض الأحكام بالنسبة لمن عرضت له من غير تأثير في أهليته¹.

و لقد قسم الفقه الإسلامي تلك العوارض إلى قسمين: عوارض سماوية وهي التي تصيب الإنسان من الله سبحانه وتعالى ولا كسب للإنسان فيها، ولا إختيار له في وقوعها فإن ما لا إختيار للعبد فيه ينسب إلى السماء وهي: الجنون، والعتة، والنسيان، والنوم والإغماء، والحيض، والنفاس والمرض والموت، والعوارض مكتسبة فهي تقع بفعل الإنسان وكسبه وإختياره وهي الجهل والسكر والسفه والإكراه².

¹ - الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 7، المرجع السابق، ص 161.

² - سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، "شرح التلويح على التوضيح"، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، ج2، ص16.

الفصل الأول: ماهية مرض الموت

أما بالنسبة لفقهاء القانون الوصفي، فقد قسموا العوارض بالنظر إلى الأثر المترتب عن كل عارض عارضان معدمان للأهلية ويصيبا الشخص في عقله وهما الجنون والعتة وعارضان منقصان للأهلية ويصيبان الشخص في تدبيره وهما السفه والغفلة.

ب-1- العوارض المعدمة للأهلية:

لقد ذكر فقهاء الشريعة الجنون والنوم والإغماء والإكراه، بحيث يصبح الشخص عديم الأهلية تماما ولا يترتب على تصرفاته أثر شرعي، وتتعدم عنده التكاليف، يصبح الشخص كالصغير غير المميز، ويأخذ أحكامه¹.

في حين أن المشرع الجزائري ذهب في نص المادة 42 من القانون المدني الجزائري إلى ذكر حالتين تعدمان التميز لدى الراشد وهما الجنون والعتة².

ب-1-1- الجنون:

يعرف الجنون بأنه الخلل الذي يصيب عقل الإنسان فيجعله غير مميز ومدرك للأمر على وجهها الصحيح، وقد يكون منقطعاً أو متواصلاً.

والجنون في القانون الوصفي هو حالة مرضية تصيب الشخص فتفقده القدرة على تمييز العمل النافع من الضار، ولم يعرف المشرع الجزائري الجنون تاركاً الأمر للفقهاء، كما أنه لم يميز بين الجنون الدائم (المطبق) والمتقطع في القانون المدني وقانون الأسرة، غير أنه نص على الجنون المتقطع، حيث أقر بصحة التصرف الوقفي الصادر عن الشخص المجنون أثناء إفاقته من خلال المادة 31 من قانون الأوقاف رقم 10/91 المؤرخ في 27 فبراير 1991³.

¹ - محمد مصطفى الزحيلي، "النظريات الفقهية"، ط الأولى، دمشق، سوريا، دار القلم، 1993، ص 148.

² - المادة 42 من الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق 26 سبتمبر 1975 م المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، الجريدة الرسمية، العدد 31، الصادرة بتاريخ: 05 / 13 / 2007.

³ - محمد البشير، المرجع السابق، ص 77.

ب-1-2- العته:

هو الإختلال في العقل والنقصان في الفهم، بحيث يصير المصاب به مختلط الكلام فاسد التدبير، إلا أنه لا يضرب ولا يشتم، أو هو طرف من الجنون، ومرض يمنع العقل من إدراك الأمور إدراكاً كاملاً صحيحاً وبصحة هدوء غالباً، فيكون المعتوه تارة يشبه المجانين وتارة يشبه العقلاء¹.

ولم يفرق المشرع الجزائري بين الجنون والمعتوه وأعتبرهما في حكم الصبي غير المميز ويحجر عليهما بحكم من المحكمة وفقاً لما بينه القانون كما يرفع بقرار من المحكمة في حالة زوال هذا العارض.

ب-2- العوارض المنقصة للأهلية:

وهي تلك العوارض التي تصيب الشخص في تدبيره²، فهذه العوارض لا تزيل الأهلية الأداء بل تنقصها وتصح معها التصرفات النافعة الصادرة عن الشخص المصاب بها ويصبح في حكم الصبي المميز من بين هذه العوارض السفه والغفلة.

ب-2-1- السفه:

هو ضعف العقل وسوء التصرف وأصله الخفة والطيش والشخص المصاب بالسفه يتصف بتبذير المال والإسراف في غير مقتضى العقل³.

ب-2-2- الغفلة:

ويقصد به وقوع الشخص بسهولة في غبن بسبب سلامة نيته وطيب قلبه، فهو لا يهتدي إلى أسباب الرّيح والخسارة كما يهتدي غيره.

¹ - المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، ملحق مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 26، أبريل 2006، ص ص 296 - 297.

² - أحمد نصر الجندي، " التعليق على قانون الولاية على المال "، مصر دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، 2004، ص164.

³ - محمد بشير، المرجع السابق، ص 179.

وما يميز حالة السفه عن الغفلة هو أن السفه حين يتصرف في أمواله يكون مدركاً لعواقب تدبيره الفاسد، على عكس ذو الغفلة فيكون تصرفه بسذاجة¹.

ولقد نص المشرع الجزائري على السفه والغفلة بموجب المادة 43 من القانون المدني الجزائري، لكن برجوعنا إلى قانون الأسرة الجزائري، فإننا لا نجد أي مادة تتعرض لحكم تصرفات ذو الغفلة، في حين أن السفه والغفلة مقترنان مع بعضهما في الفقه الإسلامي وفي جميع التقنيات العربية².

كما أن المشرع الجزائري قد أوجب إذا ما توافرت في شخص أحد العوارض المذكورة آنفاً، أن ينوب عنه نائب قانوني يتولى شؤونه بموجب المادة 81 من قانون الأسرة الجزائري وذلك بعد عليه طبقاً لنص المادة 109 من نفس القانون.

و هو تصرف قانوني يبرم على كل الأشخاص الذين تنعدم أهليتهم بعد بلوغ سن الرشد طبقاً للمادة 101 من قانون الأسرة الجزائري، وجاز لأحد أقاربه أو من له مصلحة مع الشخص الذي به أحد العوارض المذكورة آنفاً تقديم طلب إلى المحكمة المختصة إقليمياً لإستصدار حكم قضائي يقضي بالحجر، وبالتالي تكون تصرفات المحجور عليه بعد صدور الحكم القضائي باطلة وهذا طبقاً للمادتين 107 و 108 من قانون الاسرة الجزائري.

¹ - محمد سعيد جعفر، "تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي"، ط الأولى، دار

هومة، الجزائر، 2002، ص52.

² - المرجع نفسه، ص69.

الفرع الثاني: مدى تأثير مرض الموت على تصرفات المريض

نتناول من خلال هذا الفرع أهلية المريض مرض الموت فقها وقانون على النحو المبين أدناه.

أولاً- أهلية المريض مرض الموت في الشريعة الإسلامية:

لقد إتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن للمريض أهلية وجوب وأداء كاملتين، وأن المرض لا يؤثر في هذه الأهلية، حيث قال الإمام مالك: « وإذا تصدق المريض ثم صح فلا رجوع له، لأن كان لقيام المانع لا لعدم الأهلية بخلاف غير البالغ»¹، وعليه فإن القانون والشريعة الإسلامية لم يحدا من عقود المريض مرض الموت وتصرفاته لأنعدام أهليته أو نقصها²، وإنما للحفاظ على حق الدائن والوارث لتمكين الدائنين من إستيفاء ديونهم، ولكي لا يتمكن هو من تضييع حق الورثة في تركته سيرا وراء رغبة دافعة لإيثار بعض الورثة مخالفاً بذلك أحكام الوارث، أو إندفاعاً وراء محبة أو شهوة بإعطاء من لا يستحق أكثر ماله، أو تدفعه مغاضبة بعض الورثة محاولة حرمانه من ميراثه بعد موته³.

ولقد إختلفت آراء الفقهاء إزاء إعتبار مرض الموت عارض من عوارض الأهلية من عدمه، إذ ذهب الحنفية والحنابلة، وهو قول المالكية عند التهمة، إلى أن مرض الموت عارض من عوارض الأهلية، وأنه ينقص من أهلية الأداء، لضعف ذمته (أي المريض) وتعلق حق الغرماء بأمواله، وقرب إنتقال ملكيته إلى الورثة، ولذلك تحد تصرفاته ويصبح كالمحجور عليه، وتعتبر تبرعاته بحكم الوصية التي تقيد بالثلث، ولغير وارث لتعلق حق الورثة بأمواله من وقت الموت، كما تصبح بقية التصرفات موقوفة على إجازة الغرماء (الدائنين)، لتعلق حقهم بأمواله وتفضيلهم على غيرهم⁴.

1 - محمد بن عبد الرحمن المغربي الشاهير بالحطاب الرعيني، المرجع السابق، ص 665.

2 - رشاد السيد إبراهيم عامر، المرجع السابق، ص 52-53.

3 - الإمام محمد أبو زهرة، "الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية" القاهرة، مصر، دار الفكر العربي، 1996، ص 299.

4 - حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، المرجع السابق، ص 169.

الفصل الأول: ماهية مرض الموت

وَاسْتَدَلُّوا عَلَى قَوْلِهِم بِالْأَدْلَةِ التَّالِيَةِ:

مارواه الدار قطني عن رسول الله (صلى الله عليه وسلم)، أنه قال: « لا وصية لوارث ولا إقرار بالدين»¹.

ماروي عن عمر بن الخطاب وابنه عبد الله - رضي الله عنهما - أنهما قالوا: « إذا أقر المريض لوارثه لم يجز، وإذا أقر لأجنبي جاز»².

أما بالنسبة لفقهاء المالكية والشافعية وقول عند الحنابلة والظاهرية، إلى أن مرض الموت لا يعتبر عارضا من عوارض الأهلية، وأن تصرفات المريض بشكل عام صحيحة ونافذة لازمة، لأن المرض لا يؤثر في أهلية المريض، و لا تضعف ذمته، ولا تقيد حرته وولايته، و لا يحد من تصرفه، و لا ينقل محل الدين من الذمة إلى المال، ولا يتعلق حق الورثة بماله وتركته إلا بعد وفاته³، وقد استدلوا قولهم في قولهم على أنه لا يجب التفرقة بين المريض والصحيح، لأن مرض الموت كبقية الأمراض الأخرى التي لا تؤثر على الأهلية والتصرفات، وأن التفريق بينهما لا دليل عليه⁴.

ويجدر التنبيه، أن الأصل في تقييد تصرف المريض مرض الموت لا يرجع إلى الأهلية، بل لتعلق حق الدائنين والورثة بمال المريض من وقت مرض المريض لا من وقت موته.

ولقد اختلف فقهاء الحنفية إختلافا نظريا في تكييف حق الورثة الذي يتعلق بأموال مورثهم، ويمكن تلخيص هذا الاختلاف في إيجاز.

¹ - أخرجه ابن ماجة في سنة، كتاب الدراية في تخريج أحاديث الهداية، لأبو الفضل حجر العسقلاني، حديث رقم: 846،

تح: عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة ببيروت، ج 2، ص 906

² - أخرجه أحمد، "كتاب التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج"، لوهبة الزحيلي، ط الثانية، الحديث رقم: 122253، دمشق، سوريا، دار الفكر المعاصر، 1418هـ، ج 3، ص 167.

³ - حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، مرجع سابق، ص 171.

⁴ - شفيق الجراح، "عقد البيع"، دمشق، سوريا، 1985، ص 83، نقلا عن: عبد العزيز محمودي، المرجع السابق، ص 43.

▪ الفريق الأول:

وهم المتقدمون من الحنفية، حيث ذهبوا إلى أن حق الورثة الذي يتعلق بأموال مورثهم هو حق ملكية وهؤلاء على رأيين:

الرأي الأول: يرى أنه حق ملكية من كل وجه أي حق ملكية كامل، ويثبت هذا الحق بمجرد المرض، في تُلثي الباقي بعد الديون، ذلك أن ظهور كون المرض هو مرض الموت كشف عن حقيقة كانت مستورة قبله، وهي أن الأعيان ملك للورثة، أو الأموال، كانت ملكًا للورثة من قبل وجود سبب الموت وهو مرض الموت¹.

الرأي الثاني: يرى أنه حق الورثة حق ملكية من وجه دون وجه، فحق الملكية إنما يكون عند الموت، فإذا مات المريض ثبت الملك بأثر رجعي إلى وقت ثبوت المرض، لأن الموت هو سبب الملكية بالخلافة عن المورث، وملكية الورثة لأموال التركة تثبت مستندة إلى أول ظهور أعراض الفناء، أي وقت ثبوت المرض، والظاهر أنه مهما يكن من الخلاف دقيق بين الرأيين لا تحول دون كونهما متحدان في أن الحق الثابت للورثة في أموال المريض هو حق ملكية².

▪ الفريق الثاني:

وهم المتأخرون من فقهاء الحنفية، إذ قالوا أن تعلق حق الورثة بأموال مورثهم المريض هو مجرد حق في خلافته أو حق إرث، وليس حق ملكية، ودليلهم في ذلك أن حق الوارث لو كان حق ملكية لجاز للوارث نقض تبرع المريض في أثناء حياته، ولكن ذلك لا يجوز بالإجماع، فدل هذا على أنه ليس حق ملكية بل مجرد خلافة³.

¹ - عبد العزيز بن محمد الصغير، "حقوق الدائنين في التركة في ضوء الشريعة الإسلامية"، ط الأولى، القاهرة، مصر، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2016، ص143.

² - الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، الفقرة 183، ص306 .

³ - المرجع نفسه، الفقرة 183، ص308.

الفصل الأول: ماهية مرض الموت

ثانياً - أهلية المريض مرض الموت في القانون الوضعي:

إن أحكام الأهلية تتعلق بالنظام العام والمفروض في الشخص أن يكون كامل الأهلية مالم يسلب القانون، أهليته أو يحد منها وهو ما نصت عليه المادة 40 من القانون المدني الجزائري¹، والشخص المريض مرض الموت يعتبر شخصاً عاقلاً كامل الأهلية مالم تشبه أي عارض من عوارض الأهلية.

ولقد نظم المشرع الجزائري تصرفات المريض مرض الموت بأحكام خاصة، والتي كان أغلبها مستنبط من مبادئ الشريعة الإسلامية، إلا أنه ترك غموضاً فيما يخص أهلية المريض مرض المخوف.

فقد جاء وفق المادة 408 من القانون المدني الجزائري في مضمونها أنه: « إذا باع المريض مرض الموت لوارث ، فإنّ البيع لا يكون ناجزاً إلاّ إذا أقره باقي الورثة. أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف، فإنه يعتبر غير مصادق عليه، و من أجل ذلك يكون قابلاً للإبطال»². ويتضح من خلال هذه المادة بأن مرض الموت هو عيب من عيوب الرضا ويعتبر التصرف بالبيع في حالة مرض الموت قابلة للإبطال.

وفي نفس السياق جاء في قرار للمحكمة العليا والذي يؤكد بأن تصرفات المريض تفقد المريض أهليته وتميزه وبالتالي تعتبر أفعاله وتصرفاته باطلة ولآتي قولها: « من المقرر فقها وقضاءً أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيراً ويجر إلى الموت وبه يفقد المريض وعيه وتميزه، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقواعد الفقهية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي السائد».

¹ - المادة 40 من الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق 26 سبتمبر 1975 م المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، الجريدة الرسمية، العدد 31، الصادرة بتاريخ: 2007 / 05 / 13.

² المادة 408 من الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق 26 سبتمبر 1975 م المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، الجريدة الرسمية، العدد 31، الصادرة بتاريخ: 2007 / 05 / 13.

الفصل الأول: ماهية مرض الموت

وعليه إن وضع المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري وارد على سبيل تقييد إرادة المريض والأمر لا يتعدى إلى أن الأمر يتعلق بأحكام الأهلية، ومبرر تقييد حق المريض في التصرف في أمواله نظرا لتعلق حقوق الورثة والدائنين بأموال المريض منذ بداية المرض الذي أدى إلى الوفاة، وعليه لا علاقة لهذا التقييد بنقص أو انعدام الأهلية، فالمريض مرض الموت كامل الأهلية طالما المرض لم يؤثر على قدرته على التمييز¹.

كما أن المشرع الجزائري من خلال القانون المدني وقانون الأسرة قد أخذ بالرأي الفقهي السائد بجعل تبرعات المريض مرض الموت تسري عليه أحكام الوصية.

وقد أكد القانون المدني الجزائري على غرار قانون الأسرة هذا الوصف لجميع تصرفات المريض مرض الموت وفقا للمادة 776 من قانون المدني الجزائري على أنه: « كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع، يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف.

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

إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت أعتبر التصرف صادر على سبيل التبرع، ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه»².

¹ - إياد محمد جاد عبد الحق، المرجع السابق، ص 528 .

² - المادة 776 من الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق 26 سبتمبر 1975 م المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، الجريدة الرسمية، العدد 31، الصادرة بتاريخ: 2007 / 05 / 13.

وفي نفس السياق جاءت المادة 204 من قانون الأسرة تنص على أنه: « الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية»¹.
والملاحظ أيضاً مما تقدم أن المشرع الجزائري قد خالف مذهب الجمهور وأخذ بالمذهب المالكي في أنه لم يجعل مرض الموت عارضاً من عوارض الأهلية وإنما جعل المرض مؤثراً في التصرفات حماية لحقوق الورثة والغير².

¹ - المادة 204 من قانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق 09 يونيو 1984 م المتضمن القانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر 05-09 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية، العدد 15، المؤرخة في: 17 فبراير 2005.

² - حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 173.

خلاصة الفصل الأول:

رأينا أن المشرع الجزائري لم يأتي بتنظيم دقيق لمرض الموت، ولم يبين تعريفه وماهيته على غرار بعض التشريعات العربية لم يعطي تعريفا لمرض الموت، سواء في القانون المدني أو في قانون الأسرة، بل إكتفى ببيان أحكام تصرفات المريض مرض الموت حيث ترك الأمر التعريف الشريعة الإسلامية والقضاء.

وهذا المرض لا يتحقق إلا بتوفر جملة من الشروط المتفق عليها في الشريعة الإسلامية والقانون، كما أن له عدة صور وهي إجمالاً تكون محققة في حالة الموت الحقيقي الطبيعي، أو تتحقق مع الموت الحكمي.

وكما رأينا أيضاً أن أهلية المريض مرض الموت هي في الأصل كاملة، وكان سبب تقيد المشرع بتصرفات المريض مرض الموت راجع إلى حماية حقوق الدائنين والورثة. وهذا المرض يثبت وينتج آثاره بإعتباره واقعة مادية، بجميع طرق الإثبات، ويقع عبء الإثبات على الدائنين ومن لهم مصلحة، من تصرفات هذا الأخير.

الفصل الثاني:

تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة.

لقد أطلقت الشريعة الإسلامية لاسيما القانون الجزائري، حرية الفرد في التصرف في أمواله كيفما يشاء سواء كان تصرفا ماديا، أو قانونيا، ولمن يشاء، ومن بين هذه التصرفات القانونية نكف عند عقد الهبة موضوع دراستنا، وهي نوع من أنواع الصدقات ويقصد بها التقرب إلى وجه الله تعالى، إلا أنه وجب التفرقة بينما إذا كان الواهب صحيحا أو مريضا مرض الموت، ومن ثم نقول، هل تجوز الهبة هكذا على إطلاقها في حالة توفر شروط مرض الموت، أو أن الأمر يختلف كون أن الموهوب له من أقارب الواهب، أم كونه أجنبيا عنه، وسوف أتطرق إلى كل هذا من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول: ماهية الهبة.

المبحث الثاني: أحكام الهبة في تصرفات المريض مرض الموت.

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

المبحث الأول: ماهية الهبة

إن الهبة وباعتبارها من التصرفات التبرعية التي أباحتها الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية و نظمت أحكامه وفق قواعد وضوابط تجعله يحقق الهدف المرجو من إبرامه. ونظرا لخصوصية هذا النظام و حساسيته كان لابد من دراسة هذا الموضوع دراسة شاملة وذلك بالتطرق إلى تعريفها لغة وإصطلاحا وكذا التعرّيج على موقف المشرع الجزائري من نظام الهبة، ومن أين إستمدت الهبة مشروعيتها. والتعرف على مقومات وخصائص الهبة وإستخلاص أهم ما يميز هذا التصرف عن التصرفات المشابهة له (المطلب الأول).

و حتى يكون هذا العقد منتجا لآثاره لابد أن يكون صحيحا لا يشوبه أي خلل و هذا ماتم تناوله من خلال دراسة الشروط و الأركان التي يقوم عليها هذا العقد و التعرّيج على كيفية الرجوع في الهبة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الهبة

لمعرفة المقصود من الهبة لابد من تعريفها وإستنباط أهم الخصائص التي تقوم عليها وكذا تمييزها عن ما يشابهها من تصرفات.

الفرع الأول: تعريف الهبة و أدلة مشروعيتها

أولا- تعريف الهبة:

أ- لغة: « من وهب بمعنى مر لمرورها من يد إلى أخرى ... قال في الفتح : تطلق بالمعنى الأعم على أنواع : الإبراء وهو هبة الدين ممن هو عليه والصدقة وهي هبة ما يتمحض به طلب ثواب الآخرة و الهدية وهي ما يلزم به الموهوب له عوض ... وهي تكون أيضا بالأنواع

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

الثلاثة وتطلق الهبة على ما لا يقصد له بدل وعليه ينطبق قول من عرف الهبة بأنها تملك بلا عوض»¹.

ب- **إصطلاحا:** إن أحكام الهبة وبالأساس مستمدة من الشريعة الإسلامية لذا كان من اللازم تبيان تعريفها من الناحية الفقهية والقانونية.

1- **المذاهب الفقهية الإسلامية:** لقد تعددت آراء الفقه الإسلامي بشأن تعريف الهبة لذلك وجب التعرض إلى مختلف المذاهب الإسلامية.

- **الهبة في الفقه الحنفي:** هي تملك العين بغير عوض في الحال أي أن كل شخص يملك عينا ملكية تامة ومطلقة له كامل الحرية في التصرف فيها بغير عوض في الحال أو المستقبل وذلك أثناء حياته، وهذا لا يمنع المالك من أن يشترط العوض مقابل ما يهب من مال².

- **الهبة في الفقه المالكي:** عرف الإمام عرفة الهبة لغير الثواب و الصدقة، وعرف هبة الثواب، كما هب مابين أدناه:

■ **الهبة لغير الثواب وهي:** « تملك ذي منفعة لوجه المعطى بغير عوض والصدقة كذلك لوجه الله تعالى».

■ **الهبة للثواب وهي:** «عطية قصد بها عوض مالي»، وهبة الثواب في الحقيقة بيع من البيوع³.

- **الهبة في الفقه الشافعي:** عرفها بأنها « التملك بلا عوض هبة»، وهو يعني بأن تملك العين أو الدين أو المنفعة بلا عوض يعتبر هبة وبالمعنى الأعم فهي تشمل الهدية و الصدقة.

¹ - محمد عزام عبد العزيز، "كتاب فقه المعاملات ، الهبة و أحكامها"، مكتب الرسالة الدولية للطباعة والنشر والتوزيع، المكتبة الشاملة الحديثة، 1998/1997، ص 240.

² - محمد بن أحمد تقيّة، "دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية و القانون

المقارن"، ط1، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2003، ص17.

³ - المرجع نفسه، ص15.

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

- الهبة في الفقه الحنبلي: عرف ابن قدامة الهبة بأنها: « الهبة و الصدقة و الهدية و العطية معانيها متقاربة و كلها تملك في الحياة بغير عوض».

وأظهر ميزة هذا التعريف هو إبرازه عنصرا هاما في الهبة وهو إيقاعها في حياة الواهب و الموهوب له، وبهذا امتاز على تعاريف المذاهب الأخرى، فهو يوضح بصورة جلية وقوع الهبة في الحياة و هو ما يميزها عن الوصية بصفة بارزة¹.

وما يلاحظ على هذه التعاريف الفقهية أنه:

* كل من التعريفين المالكي والشافعي متطابقان وهما أكثر قربا من وصف الهبة في القانون الجزائري.

* إغفال كل من المذهب المالكي والشافعي لعنصر الحياة باعتبار أن الهبة لا تقع إلا في حياة كل من الواهب والموهوب له.

* إبراز كل من المذهب الحنفي والحنبلي لعنصر الحياة و هذا ما إمتاز بهما عن غيرهما².

2- تعريف الهبة في التشريع الجزائري:

لقد نظم المشرع الجزائري أحكام هذا التصرف التبرعي ضمن الكتاب الرابع في المواد 202 إلى 212 من قانون الأسرة الجزائري، حيث جاءت المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: « الهبة تملك بلا عوض...»³.

¹ - محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص 17.

² - المرجع نفسه، ص ص 16-18.

³ - الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 (الجريدة الرسمية العدد 15 المؤرخة في 27 فيفري 2005).

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

ومن خلال هذه المادة نستخلص أن المشرع الجزائري قد نقل نفس تعريف الشيخ خليل في مختصره بقوله : « الهبة تمليك بلا عوض و لثواب الآخرة صدقة »¹، كما أنه إستند في تعريفه للهبة إلى المذهب المالكي .

وبالرجوع إلى نص المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري، التي تنص:

«تتعقد الهبة...»، نجد أن المشرع الجزائري إعتبر الهبة عقد بذكره كلمة " **تتعقد**" في حين أنه إستغنى عن كلمة العقد في تعريفه للهبة الوارد في المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري.

كما أنه يعاب على هذا التعريف الوارد في المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري بأنه أغفل عنصرين مهمين:

أ- يتمثل العنصر الأول في نية التبرع فالهبة بإعتبارها من التصرفات التبرعية لذا لا بد من وجود نية التبرع في المال بدون مقابل .

ب- أما العنصر الثاني الذي أهمله و هو عنصر الحياة ، فالهبة تكون حال حياة كل من الواهب و الموهوب له وهو ما يستنتج من خلال المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري التي ذكرت بأن الهبة تتعقد بالإيجاب و القبول². الإيجاب و القبول لا يتم إلا في حياة الطرفين ما عدا الإستثناء الوارد على المادة 209 من قانون الأسرة الجزائري التي تطرقت إلى الهبة للحمل.

وباستقراء نص المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري، نجده أنه لا يمنع من دخول بعض التصرفات غير الهبة مثل الوصية، لأنها تمليك بدون عوض غير أنه تصرف

¹ - عمار نكاع، "الهبة و الوصية"، (محاضرات موجهة إلى طلبة قانون الأسرة)، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة 1، 2021-2022، ص8.

² - عمار نكاع، المرجع السابق، ص ص 8-9.

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

مضاف لما بعد الموت بينما الهبة تكون حال حياة الطرفين¹. فالمشرع بإغفاله لعنصر الحياة في المادة 202 ق أ س جعل التعريف جامعا لكل التصرفات التبرعية بدون عوض .
ثانيا- أدلة مشروعية الهبة:

لقد ثبتت مشروعية الهبة في الكتاب و السنة و الإجماع .

أ- من الكتاب : إن الهبة عقد مجاز و مثبت شرعا فلقد جاء في كتاب الله عزوجل، قال الله تعالى : ﴿ إِنَّ تُبْدُوا الصَّدَقَاتِ فَنِعِمَّا هِيَ... ﴾، (سورة القرة/271).

وهذه الآية تدل على أن الله عز وجل قد مدح الصدقات و ذلك دليل على مشروعيتها².
وقال الله تعالى : ﴿... فَإِنْ طِبَّنْ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا ﴾، (سورة النساء/04)، و هذا دليل على إباحتها بطريق الهبة وهو دليل على جوازها³.
و قوله أيضا عزوجل: ﴿... وَأَتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ... ﴾، (سورة البقرة/177).

و كل هذه الآيات تدل على مشروعية الهبة و جوازها.

ب- من السنة: ورد في السنة المطهرة أكثر من دليل على جواز الهبة، نذكر منه:

ماروي عن أبي هريرة - رضي الله عنه- قال : قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم) « تهادوا تحابوا » .
وفي رواية : « تهادوا فإن الهدية تذهب الضغائن»، وفي رواية: « تهادوا تحابوا فإن الهدية تذهب الشحناء بينكم»، فهذا الحديث يؤخذ منه أن الرسول الأمين (صلى الله عليه وسلم)، يحثنا على تبادل الهدايا وذلك لتقوية الروابط بين الناس.

ج- من الإجماع: إن الصحابة رضوان الله عليهم و على رأسهم أبو بكر الصديق وعمر

بن الخطاب رضي الله عنهما أقروا الهبة و عملوا بها⁴.

¹ - محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص 22-23.

² - محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص 25 .

³ - محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص 25.

⁴ - المرجع نفسه ، ص 26.

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

فروي عن عمر بن الخطاب- رضي الله عنه- قال: « من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه الصدقة فإنه لا يرجع فيها إن لم يرض عنها»¹.
و تبعهم في ذلك الخلف الصالح مما يدل على إجماعهم عليها.
د- **من المعقول:** يتبين من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية أن من شأن الهبة التأليف بين القلوب والتأكيد على روابط المودة و الإخاء، و تقوية الصلة بين الناس وغرس بذور المحبة بينهم، و تعد أيضاً درياً من دروب التعاون في الخير. فأى تصرف من هذا القبيل يتقبله العقل السليم فهو يحقق مصلحة مشروعة للعباد وهذه هي حكمة التشريع، مما يجعل الحكمة من مشروعية الهبة مشروعية بالغة².

الفرع الثاني: مقومات الهبة و تمييزها عن التصرفات المشابهة لها

باعتبار الهبة من العقود الحساسة لما لها من أثر في حياة الناس فإن هذا العقد وبالنظر إلى خصوصيته فإنه يتمتع بمجموعة من المقومات تجعله متميزاً عن أي تصرف مشابه لهذا العقد.

أولاً- مقومات عقد الهبة:

بالنظر إلى مقومات عقد الهبة يتضح أنه يتكون من عنصرين أولهما مادي و يتمثل في تصرف الواهب في ماله دون عوض، و ثانيهما معنوي و يتمثل في نية التبرع.
أ- **الهبة عقد بين الأحياء:** يتم عقد الهبة عن طريق تطابق إيجاب وقبول من طرفي العقد فهي لا تنعقد بإرادة الواهب وحده، و هذا ما يميزها عن الوصية والتي تتم بإرادة الموصي المنفردة و لا تنتج أثرها إلا عند وفاته كما يحق له أن يرجع فيها ما دام حياً³.

¹- بدران أبو العينين بدران، "الموارث والوصية والهبة في الإسلام والقانون ونصوص القوانين الصادرة بشأنها"، مؤسسة شباب الجامعة للنشر و التوزيع ، 1985، ص217.

²- محمد بن أحمد نقيه ، المرجع السابق ، ص26، ص 27 .

³- مصطفى أحمد حجازي عبد الجواد، "أحكام الرجوع القضائي في الهبة"، ط الأولى، القاهرة، دار النهضة العربية، 2009، ص7 .

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

أما الهبة فهي عقد لا يتم إلا ما بين الأحياء ما ينتج عنه أن أثر التصرف بها لا يمتد إلى ما بعد الموت¹. فالأثر ينتج حل حياة كل من الواهب و الموهوب له.

ب- الهبة تصرف في مال بلا عوض: إن الواهب يتصرف فيما يملكه من مال بنية التبرع و دون عوض، وهذا ما يميز الهبة بوجه عام عن باقي عقود التبرع بإعتبار أن الواهب يلتزم بإعطاء شيء دون مقابل حيث أنها تتفرد بأنها من أعمال التصرف إذ يقوم الواهب بنقل الملكية إلى الموهوب له دون عوض².

ج- نية التبرع: لا يكفي لقيام الهبة أن يتصرف الواهب في ماله دون عوض و إنما يجب أن تكون لديه نية التبرع بالمال، و هذا هو العنصر المعنوي للهبة.

ذلك أن الهبة عقد من عقود التبرع و هذه الأخيرة لا تتحقق إلا بتوافر عنصرين :

إنعدام المقابل و نية التبرع ، فإذا إنتفت هذه النية كان العقد معاوضة و ليس تبرعا³.

وقصد التبرع أو نية التبرع مسألة نفسية فالعبرة فيها بما يقوم بنفس المتبرع وقت التبرع، فتتوافر نية التبرع حتى ولو جنى فيما بعد منفعة لم تدخل في حسابه، و تنتفي نية التبرع إذا قصد من وراء تبرعه منفعة حتى ولو تخلفت هذه المنفعة⁴.

وبناء على ذلك فإن التصرف لا يعد هبة إذا كان الغرض من التصرف الوفاء بالالتزام طبيعي، كما تنتفي في عطايا المكافأة وهي التي تعطى كمكافأة للموهوب له لقاء خدمات قدمها للواهب، كذلك لا تعد هبة الأموال التي تصرفها الشركات لمستخدميها وعمالها كمكافأة سنوية⁵.

د- عقد شكلي و عيني: إن هذه الخاصية تعني أن عقد الهبة من العقود الشكلية فلا يكفي لإنعقادها وجود التراضي بين المتعاقدين، وإنما يلزم إفراغ هذا التراضي في عقد رسمي علي

¹ - محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص28.

² - المرجع نفسه، ص29.

³ - مصطفى أحمد عبد الجواد الحجازي، المرجع السابق، ص14.

⁴ - محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص35.

⁵ - المرجع نفسه، ص35.

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

يد موظف مختص هو الموثق، وهي في نفس الوقت عقد عيني لا يتم بمجرد التراضي و توفر الشكلية، بل يجب لإتمام الهبة زيادة على ذلك تسليم العين محل عقد الهبة، أي قبض المال الموهوب وحيازته من قبل الموهوب له. وفي المنقول تتسم الهبة بضرورة توفر الإجراءات الخاصة بجانب الحيازة فضلا عن الرضا المتبادل، كما لا يمنع أن تقع هبة المنقول بعقد رسمي¹.

ثانيا- تمييز الهبة عن التصرفات المشابهة لها:

تتشابه الهبة مع تصرفات قانونية قريبة لها، و حتى يزول هذا اللبس، سيتم تمييزها عن التصرفات القانونية و العقود الرسمية على النحو التالي:

أ- تمييز عقد الهبة عن البيع:

- عقد الهبة يعتبر تصرفا تبرعيا، بحيث يتجرد فيه الواهب من ماله دون عوض، أما عقد البيع فهو من عقود المعاوضة، يحصل البائع على عوض نقدي في مقابل التنازل عن ملكه².

- إذا كانت الهبة بعوض، فإن هذا العوض الذي يعتبر مقابلا للشيء الموهوب قد يكون نقوداً أو غير ذلك من تكاليف والتزامات أخرى، أما في عقد البيع فإن المقابل للشيء المبيع يجب أن يكون من النقود³.

ب- تمييز عقد الهبة عن عقد الإيجار:

- ينشئ عقد الهبة أثرا نهائيا لا رجوع فيه إلا في الحالات المستثناة قانونا بينما عقد الإيجار هو عقد مؤقت ترتبط فيه المدة والأجرة، فالمدة هي مقياس الإنتفاع بالشيء المؤجر و الأجرة فيه مقابل الإنتفاع⁴.

¹- المرجع نفسه، ص37.

²- محمد بن أحمد تقية، المرجع السابق، ص38.

³- شيخ نسيمة، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، الهبة، الوصية، الجزائر، دار هومة للطباعة و النشر، 2012، ص30.

⁴- شيخ نسيمة، المرجع السابق، ص30.

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

- عقد الهبة هو من عقود التبرع حيث ينقل الملكية أو المنفعة أو غير ذلك من الحقوق التي تنتفع عن الملكية و بدون عوض، في حين أن عقد الإيجار لا ينقل الملكية بل يرتب حقوقا شخصية في ذمة كل من المؤجر والمستأجر حيث يمكن المستأجر من الإنتفاع بالشيء المؤجر وذلك بمقابل¹.

ج- تمييز عقد الهبة عن عقد العارية : لقد عرفت المادة 538 من قانون المدني الجزائري العارية : « العارية عقد يلتزم بمقتضاه المعير أن يسلم للمستعير شيئا غير قابل للإستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة على أن يرده بعد الإستعمال».

- إن الهبة تملك بلا عوض، و يترتب عنها تملك الشيء الموهوب أو منفعته أو غير ذلك من الحقوق المتفرعة عن الملكية، أما العارية فتقتصر على إباحة الإنتفاع بشيء محل العارية دون تملكه².

- الهبة تصح فيما يستهلك و فيما لا يستهلك بينما العارية لا تصح في الأشياء القابلة للإستهلاك ذلك أن المستعير يلتزم بإعادة الشيء المستعار عكس الهبة التي لا رجوع فيها إلا في الحالات الإستثنائية³.

د- تمييز عقد الهبة عن الوقف :

- الهبة عقد لا بد فيه من تطابق إرادتين، بينما الوقف تصرف صادر من جانب واحد تكفي لإنعقاده إرادة الواقف لوحدها.

- إن عقد الهبة تبرع محض، يلتزم بموجبه الواهب بإعطاء شيء للموهوب له، بدون مقابل بنية التبرع، فيؤدي إلى زوال ملك الواهب عن الشيء الموهوب وتمليكه للموهوب له للتصرف فيه كما يشاء، أما الوقف فينصب على المنفعة فقط دون تملك الشيء الموقوف

¹- المرجع نفسه، ص30.

²- المرجع نفسه، ص31.

³- المرجع نفسه ، ص31.

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

ولا يجوز للواقف وغيره بعد صدور الوقف عنه، أن يتصرف في المال الموقوف بأي تصرف ناقل للملكية¹.

هـ- تمييز الهبة عن الوصية : تتفق الهبة و الوصية في كون أن كليهما من العقود التبرعية إلا أنهما يختلفان فيما يلي :

- إن الهبة تملك في الحال بينما الوصية تملك مضاف إلى مابعد الموت، ولقد أكدت على ذلك المادة 184 من قانون أسرة الجزائري: « الوصية تملك مضاف إلى مابعد الموت بطريق التبرع».

وما ينتج عنه أن الهبة للوارث تكون جائزة حيث تكون حال حياة الواهب الذي هو المورث والموهوب له الذي هو الوارث، ولا تحتاج إلى ترخيص من الورثة لأنها تكون حال الحياة عكس الوصية التي تحتاج إلى ترخيص من الورثة.

- الهبة عقد تتم بتوافق كل من إرادتي الواهب والموهوب له، عكس الوصية التي تعتبر تصرفا بالإرادة المنفردة للموصي².

- الأصل في الهبة إمتناع الرجوع فيها إلا في الأحوال التي يجوز الرجوع فيها، بينما الوصية يصح فيها الرجوع في أي وقت ما دام الموصي على قيد الحياة³، وفقا للمادة 192 من قانون أسرة الجزائري⁴.

- الهبة عقد شكلي إشتراط فيه المشرع الرسمية أما الوصية فهي تصرف رضائي، و الكتابة المتطلبة فيها قانونا ماهي إلا وسيلة لإثبات الوصية لا ركنا لإنعقادها⁵.

- الهبة سواء في القانون أو الشرع ليست مقيدة بقدر معين فيجوز أن ترد على مال الواهب كله، إلا إذا كانت في مرض الموت فلا تنفذ إلا في حدود الثلث بينما الوصية يلزم أن تنقيد

¹ - المرجع نفسه ، ص28.

² - شيخ نسيم، المرجع السابق، ص 25.

³ - محمد بن أحمد تقي، المرجع السابق، ص38.

⁴ - تنص م 192 ق أ ج: " يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا،...".

⁵ - شيخ نسيم، المرجع السابق، ص25.

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

بالتلث من التركة دائماً، ومن ثم تنفذ في حدود الثلث و مازاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة المادة 185 من قانون أسرة الجزائري¹.

المطلب الثاني: أركان عقد الهبة و كيفية الرجوع فيه.

تعتبر الهبة عقدا كسائر العقود² مما يستلزم توفر شروطا و أركانا لتمام و صحة هذا العقد، سواء كانت أركانا عامة أو أركانا خاصة. متى تحققت هذه الأركان كان العقد صحيحا منتجا لجميع آثاره في مواجهة أطراف العقد والغير (الفرع الأول)، ولا يمكن للواهب الرجوع في تصرفه كقاعدة عامة، غير أنه يجوز له الرجوع فيه ضمن شروط معينة و هذا ما سيتم التعرف عليه من خلال (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أركان عقد الهبة.

إن الركيزة الأساسية في تكوين أي عقد هي تراضي الطرفين اللذان سيقدمان على إنشاء هذا العقد، والموضوع أو المحل الذي سيقوم عليه، وكذا السبب والسبب الدافع لإنشائه، وهذا مايعرف بالأركان العامة، غير أنها ليست كافية لتمامه فلا بد من توفر ركن الشكلية باعتبار الهبة من العقود الرسمية، كما لا بد من توفر عنصر الحيابة الذي تنفرد به الهبة عن باقي العقود، وهذه هي الأركان الخاصة.

أولا - الأركان العامة لعقد الهبة:

أ- التراضي: التراضي هو تطابق وتوافق كل من إرادة الواهب والموهوب له، وهو مايعرف بتطابق الإيجاب والقبول بين طرفي العقد وإنصرافه إلى إحداث أثر قانوني³، ألا وهو عقد الهبة ولا بد من توفر شروط معينة وهي:

¹ - محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص39.

² - تنص المادة 206 ق أ ج : "تتعقد الهبة بالإيجاب و القبول...".

³ - شيخ نسيمّة، المرجع السابق، ص33.

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

1- شرط الصيغة: لقد نص المشرع الجزائري في المادة 206 من قانون أسرة الجزائري على أن: «تتعقد الهبة بالإيجاب و القبول...»، و يستفاد من هذا النص أنه لابد من وجود إيجاب من الواهب وقبول من الموهوب له¹.

و يتحقق الإيجاب في الهبة بتعبير صادر من الواهب يقصد به تملك الموهوب له شيئاً في الحال و بغير عوض²، ويتم ذلك إما بشكل صريح أو ضمني³، ويكون التعبير الصريح إما باللفظ كأن يقول الواهب « وهبت لك»، أو « ملكتك»، أو « جعلته لك»، أو « أهديت لك»، أو « نحلناك» وغير ذلك من الألفاظ الدالة على التملك بدون عوض⁴، كما قد يكون كتابة أو بالإشارة التي تكون دلالة بين الناس.

بينما ينصرف التعبير الضمني و ذلك بإتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه وذلك طبق لنص المادة 60 من قانون المدني الجزائري.

أما القبول فهو بصفة عامة تعبير يصدر ممن وجه إليه الإيجاب أي الموهوب له فيوافق على الأمر الذي عرض عليه⁵، والقبول في عقد الهبة يتم بنفس الطريقة التي يتم بها التعبير عن الإيجاب. غير أنه تثار في هذه الحالة في مسألة القبول سكوت الموهوب له فهل من الممكن إعتبره قبولاً أم لا؟

إن السكوت كأصل عام لا يعتبر وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة، غير أنه و بالرجوع إلى المادة 68 الفقرة الثانية من قانون المدني الجزائري التي تنص: « و يعتبر

¹ - حمدي باشا عمر، "عقود التبرعات (الهبة، الوصية، الوقف)"، بوزريعة، الجزائر، دار هومة للنشر والتوزيع، 2004، ص8.

² - بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص221.

³ - إن غياب نص صريح بخصوص صور و طرق التعبير عن إيجاب الواهب في قانون الأسرة الجزائري يستلزم الرجوع إلى القواعد العامة فتتص المادة 60 من ق م ج : "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، و بالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون بإتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه و يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً".

⁴ - بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص219.

⁵ - شيخ نسيمة، المرجع السابق، ص35.

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

السكوت في الرد قبولا، إذا إتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه».

ويستفاد من مضمون النص أن السكوت يعتبر قبولا إذا كان الإيجاب الموجه للساكت متمحض النفع، أما إذا كان غير نافع له فسكوته هنا لا يعد قبولا.

2- **شروط صحة التراضي:** بإعتبار أن كلا من الواهب والموهوب له هما طرفا عقد الهبة فكان من اللزوم تمتعهما بالأهلية القانونية اللازمة لإبرام هذا التصرف، ومنه يثار التساؤل حول نوعية هذه الأهلية الواجب توفرها في كل من الواهب والموهوب له.

■ **أهلية الواهب:** تنص المادة 203 من قانون أسرة الجزائري: « يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، بالغا تسعة عشر (19) سنة وغير محجور عليه»، وإستنادا إلى ذلك فإنه يجب:

- أن يكون الواهب سليم العقل أي متمتعا بكامل قواه العقلية .

- أن يكون الواهب بالغا سن 19 سنة كاملة وهو سن الرشد القانوني¹.

- أن لا يكون محجورا عليه، والحجر يكون إما لسفه أو غفلة أو إفلاس².

وهنا المشرع شدد من أهلية الواهب وجعلها أهلية كاملة، و ذلك لما يحتويه التصرف الذي يقدم عليه من خطر وحساسية التصرف التبرعي.

■ **أهلية الموهوب له:** لم ينص المشرع الجزائري صراحة على أهلية الموهوب له بل إكتفى

بذكر أهلية الواهب³. فالقبول يعتبر من التصرفات النافعة بالنسبة للموهوب له، فيكفي أن

تتوفر فيه أهلية التمييز، وبالتالي أهلية الموهوب له ليست مشددة عكس أهلية الواهب، ومنه

¹ - المادة 2/40 من قانون المدني الجزائري : " وسن الرشد تسعة عشر (19) كاملة.

² - المادة 42 من قانون المدني الجزائري ، المادة 44 من قانون المدني الجزائري.

³ - المادة 203 من قانون الأسرة الجزائري.

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

إذا كان للواهب أهلية كاملة فهنا لا إشكال أما إذا كان مميزاً ففي هذه الحالة يخضع قبول الهبة لأحكام المادة 83 من قانون أسرة الجزائري¹.

و بإستقراء نص المادة 209 من قانون أسرة الجزائري التي تنص: « تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حياً»، نستخلص أن المشرع الجزائري لم يشدد في أهلية الموهوب له عكس أهلية الواهب بحيث إكتفى بتوفر أهلية التمييز أي أهلية التملك فهي أهلية كافية لقبول الهبة ومنه يشترط في الموهوب له ما يلي:

- أن يكون الواهب موجوداً حقيقة أو حكماً كالجنين².
- أن يكون مميزاً حيث أنه كاف لقبول الهبة وهنا تكون تصرفاته طبقاً لنص المادة 83 من قانون أسرة الجزائري.

فإذا كان الموهوب له مميزاً أو سفيهاً أو ذا غفلة فهنا قبوله يكون نافذاً إذا كان نافعاً نفعاً محضاً، أما إذا كانت تصرفاته ضارة ضرراً محضاً فتقع باطلة، أما إذا كانت دائرة بين النفع والضرر فتتوقف على إجازة متولي النيابة الشرعية. أما إذا كان عديم التمييز أو مجنوناً أو معتوهاً أو جنيناً فهنا يتولى القائم بالنيابة الشرعية قبول الهبة نيابة عنه، في حين إذا كان للواهب أهلية كاملة ففي هذه الحالة يتولى بنفسه قبول الهبة ولا يتوقف قبوله على إجازة أحد.

3- شرط خلو وسلامة الرضا من العيوب: حتى يكون عقد الهبة صحيحاً وناظراً لا بد أن يكون ناشئاً عن إرادتين كاملتين (أهلية إيجاب و أهلية قبول)، و أن لا يشوب هذه الإرادة أي عيب من عيوب الرضا، و هي العيوب المنصوص عليها طبقاً للمواد 81 إلى 91 من قانون المدني الجزائري.

¹ - تنص المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري: "من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد طبقاً للم 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، و باطلة إذا كانت ضارة و تتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع و الضرر، و في حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

² - أنظر، محمد بن أحمد تقيّة، الهبة للحمل المستكن حيث إنقسم الفقهاء إلى رأيين، ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم إجازتها في حين أخذ الإمام مالك وأصحابه بصحة وجواز الهبة للحمل المستكن وبذلك أخذ المشرع الجزائري حينما أقر بموجب المادة 209 من قانون الأسرة الجزائري جواز الهبة للحمل بشرط و لادته حياً، ص ص110-111.

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

- **الغلط في عقد الهبة:** (المواد: 81، 82، 83، 84، 85 من قانون المدني الجزائري). والغلط¹ يقع حينما الباعث الأساسي للهبة قائماً على غلط جوهري في إعتقاد الواهب، مثلاً كأن يهب شخص لزوجته طلقها طلاقاً رجعيًا وانتهت عدتها وهو يعتقد أنها ما زالت في العدة وأنه بإمكانه مراجعتها، فهنا يعد غلطاً جوهرياً مما تكون له إمكانية طلب الإبطال².
- **التدليس في عقد الهبة:** (المواد 86، 87 من قانون المدني الجزائري). والتدليس³ يقع في أغلب الأحيان على الواهب من طرف الموهوب له أو شخص أجنبي عن العقد، ويكون له إبطال الهبة إذا وقع التحايل عليه من طرف الموهوب له، أما إذا كان التحايل صادراً من شخص أجنبي هنا لا بد من إثبات علم الموهوب له وصلته بالتحايل الأجنبي⁴ طبقاً لنص المادة 87 من قانون المدني الجزائري، و صورة التدليس هو أن يوهب الموهوب له الواهب بأن حالته المادية سيئة على الرغم من عكس ذلك، فيقوم الواهب بتزويد قيمة المال الموهوب و هنا جاز للواهب طلب إبطال الهبة.
- **الإكراه في عقد الهبة:** (المواد 88، 89 من قانون المدني الجزائري). والإكراه⁵ أكثر ما يكون عن طريق التأثير في نفسية الواهب بنفوذ أدبي يكون للموهوب له عليه، فيؤثر في إرادته و يحمله على التبرع بماله لمصلحته، و يقع هذا كثيراً من الزوج على زوجته أو من الرئيس على المرؤوس⁶.

¹ - الغلط هو "وهم يقوم بذهن العاقد فيصور له الامر على غير حقيقته ، ويدفعه إلى التعاقد فلا يكفي أن يتوهم الشخص الأمر على غير حقيقته، بل لابد من أن يكون ذلك الوهم هو الذي حمله على التعاقد"، أنظر: محمد بن أحمد تقيّة ، المرجع السابق، ص 128.

² - محمد بن أحمد تقيّة ، المرجع نفسه ، ص 131.

³ - التدليس هو " إستعمال حيل و طرق لحمل شخص على إبرام عقد و ذلك بإيقاعه في غلط يدفعه إلى التعاقد"، أنظر: محمد بن أحمد تقيّة، المرجع نفسه، ص 131.

⁴ - كمال حمدي ، "المواريث و الهبة و الوصية"، الإسكندرية، دار الكتب القانونية ، 1998، ص 160.

⁵ - الإكراه هو "ضغط غير مشروع يقع على إرادة شخص فيحدث في نفسه رهبة فيحمله على التعاقد"، أنظر: محمد بن أحمد تقيّة ، المرجع السابق ، ص 134.

⁶ - حمدي باشا عمر، المرجع السابق ، ص 35.

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

▪ **الإستغلال في عقد الهبة:** (المادة 90 من قانون المدني الجزائري).

والإستغلال¹ يعتبر من أبرز عيوب الإرادة في عقد الهبة لأنه كثيراً ما يستغل الموهوب له الطيش البين أو الهوى الجامح في جانب الواهب فيعيب إرادته². ومن أمثلته كأن يستغل الإبن والده المسن بحجة أنه الإبن البار دون إخوته فيدفعه إلى القيام بالهبة.

ب- **المحل:** المحل هو الركن الثاني في عقد الهبة ومحل العقد بصفة عامة هو محل الإلتزام³، ومحل الإلتزام في عقد الهبة هو الشيء الموهوب، ذلك أن الهبة عقد ملزم لجانب واحد كأصل عام والشيء الموهوب هو المال الذي يهبه الواهب و المتمثل في ممتلكاته كلها أو جزء منها عينا أو منفعة أو دينا لدى الغير، فتتص المادة 205 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: «يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا أو منفعة أو دينا لدى الغير»، غير أنه يمكن أن تكون الهبة ملزمة للجانبين وذلك بناءً على ما أقره المشرع الجزائري في نص المادة 202 الفقرة الثانية من قانون الأسرة الجزائري⁴، وهنا يكون محل الإلتزام العوض، و يتمثل العوض في الإلتزام الذي يقع على عاتق الموهوب له مقابل إستفادته من الهبة، و يكون هذا المقابل إلتزاما بإعطاء أو القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل ما⁵.

ويشترط في محل الإلتزام الشروط العامة الواجب توفرها في المحل و هي :

- أن يكون المحل موجودا وقت الهبة.

- أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين (المادة 94 من قانون المدني الجزائري).

¹-الإستغلال هو "أن تكون إرادة المغبون قد عيبت بالطيش أو الهوى فاستغل المتعاقد مع هذا العف و حصل منه على إلتزامات لا تتعادل مطلقاً مع ما إلتزم به هو"، أنظر: علي علي سليمان، "النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري"، بن عكنون، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، ص 67 .

²- شيخ نسيمة، المرجع السابق، ص 61.

³- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 69.

⁴- تنص المادة 2/202 من قانون الأسرة الجزائري: "يجوز للواهب ان يشترط على الموهوب له القيام بالإلتزام يتوقف على إنجاز هذا الشرط".

⁵- شيخ نسيمة، المرجع السابق، ص 39- 40 .

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

- أن يكون صالحا للتعامل فيه و غير مخالف للنظام والآداب العامة(المادة 90 من قانون المدني الجزائري).

- بالإضافة إلى هذه الشروط يشترط في الهبة الملزمة لجانبين أن تكون قيمة العوض المقدم من طرف الموهوب له أقل من قيمة الشيء الموهوب، فإذا فاقت قيمته كان التصرف معاوضة لا هبة¹.

ج- السبب: و المراد به الباعث أو الدافع على تبرع الشخص بماله و بدون مقابل، و يجب أن يكون هذا الدافع مشروعاً²، أي غير مخالف للنظام العام والآداب العامة وإلا كانت الهبة باطلة. و ينظر إلى السبب بمقتضى إحدى النظريتين التقليدية أو الحديثة.

ففي **النظرية التقليدية** يكون السبب هو الدافع المباشر الذي قصد به المتعاقد الوصول إليه، أو هو الدافع إلى الإلتزام لا إلى العقد، مما ينتج عنه أن سبب إلتزام أحد المتعاقدين هو إلتزام المتعاقد الآخر، أما **النظرية الحديثة** فالسبب هو الباعث الدافع أو الغاية البعيدة التي يقصد المتعاقد الوصول إليها أي الباعث الدافع الذي يحمله على التعاقد³.

ولقد ذهب المشرع الجزائري من خلال نص المادتين 97 و 98 من قانون المدني الجزائري إلى الأخذ بالإزدواجية السبب، فجعل لكل إلتزام سبباً مشروعاً حسب النظرية التقليدية من خلال المادة 97 والمادة 98 الفقرة الثانية من قانون المدني الجزائري، ثم جعله الباعث الدافع بإعتناقه النظرية الحديثة في المادة 98 الفقرة الأولى من قانون المدني الجزائري⁴.

¹- عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية - الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح-"، بيروت، لبنان، دار إحياء التراث العربي، ج5، مج2، الفقرة90، ص ص129-130.

²- حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص28 .

³- محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص174 .

⁴-المرجع نفسه، ص176 .

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

ثانيا- الأركان الخاصة لعقد الهبة:

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري: « تتعد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات».

وهوما يفهم أن المشرع لم يكتف بالأركان العامة لتمام الهبة بل إشتراط فيها شروطا أخرى خاصة، و المتمثلة في الشكلية بإعتبارها من العقود الرسمية بالإضافة إلى شرط الحيازة الذي إنفرد به هذا العقد.

أ- **الشكلية:** نظرا لخصوصية عقد الهبة وخطورة التصرف الذي يقدم عليه الواهب، كان من الضروري فرض إجراء الشكلية في نوعية هذه العقود، لما تتضمنه من مراحل و إجراءات من شأنها توفير أكبر قدر من الحماية لكل من الواهب و الموهوب له، و إن إجراءات الشكلية و ما تتضمنه الورقة الرسمية من تسجيل و تقييد معلومات مفيدة لورثة الواهب، بحيث تمكنهم من الأطلاع على طبيعة تصرف مورثهم، كما يتسنى لهم تبصير المورث والإعتراض إن كان فيه إضرار لهم ، ومنه وجب دراسة الشكلية في كل من العقار و المنقول.

1- الشكلية في العقار: يجب على طرفي عقد الهبة إفراغ العقد في ورقة رسمية وإعطائها الطابع الرسمي، و ذلك بإنشائه لدى الموثق حيث وجب على هذا الأخير التأكد من كل الشروط الواجب توفرها في عقد الهبة، كما أنه لا بد من قراءة الصيغة الكاملة للعقد على الطرفين، وفي حالة مخالفة الموثق لهذه الإجراءات يترتب عنه البطلان المطلق المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري¹. وإن الهبة التي يكون محلها عقارا تتعد بالإيجاب و القبول و تتم بالحيازة مع مراعاة أحكام التوثيق، أي أن المشرع الجزائري قد أحال كل ما يتعلق بالشكلية في الهبة المنصبة على عقار إلى أحكام قانون التوثيق²، فالرسمية واجبة في عقد الهبة تحرر من قبل الموثق تحت طائلة البطلان المطلق.

¹-المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري : "... و إذا اختلفت أحد القيود السابقة بطلت الهبة " .

²-الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن تنظيم التوثيق .

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

وتبعاً لما سبق إذا حررت الهبة في شكل عرفي فإن مصيرها البطلان، و هو ما أكده الإجتهد القضائي في القرار رقم 10356 الصادر عن المحكمة العليا، حيث جاء في حيثياته: « يشترط في العقود المتضمنة نقل الملكية العقارية أن تحرر على الشكل الرسمي و إلا وقعت تحت طائلة البطلان، وتتص المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري أن الهبة تتعد بالإيجاب و القبول مع مراعاة أحكام التوثيق في العقارات، لذا فإن الهبة تعتبر باطلة لعدم إستيفائها للشروط الجوهرية»¹.

وباستقراء المواد 324 مكرر 1 و ما بعدها من القانون المدني الجزائري، و المادة 61 و ما بعدها من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المعدل والمتمم²، نجدها تكرر إجراء الشكلية في عقد الهبة إضافة إلى وجوب إتباع إجراءات التسجيل لدى مصلحة الضرائب، وشهر العقد لدى المحافظة العقارية المختصة حتى يكون العقد منتجاً لآثاره بين طرفيه وفي مواجهة الغير، وفقاً لما كرسته المادة 793 من القانون المدني الجزائري، و المواد 15 و 16 من الأمر رقم 74/75 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري³.

2- الشكلية في المنقول: تنص المادة 206 قانون الأسرة الجزائري على أنه: « تتعد الهبة بالإيجاب و القبول ... مع مراعاة الإجراءات الخاصة في المنقول»، ويفهم من مضمون المادة أن القانون يفرض في بعض المنقولات إجراءات خاصة لنقل ملكية عقد

¹ - قرار صادر عن المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 10356، الصادر بتاريخ: 1994/11/09، المجلة القضائية، عدد: 51، سنة 1995.

² - المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25، المتعلق بتأسيس السجل العقاري، جريدة الرسمية رقم 30، سنة 1976.

³ - الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري، جريدة الرسمية رقم 92، 1975.

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

الهبة، كما هو الحال في هبة الأسهم¹ والسيارات التي تستلزم فيها إجراءات خاصة بطبيعتها لنقل الملكية .

كما يجوز أن تتعد هبة المنقول بالقبض، وهنا يكون المنقول معيناً بنوعه فقط، فلا تنتقل ملكيته إلا بفرزه و تسليمه للموهوب له حتى تتم الحيازة²، وتسمى الهبة في هذه الحالة بالهبة اليدوية.

3- الإستثناءات الواردة على وجوب الشكلية في عقد الهبة: إن إجراء الشكلية هو إجراء خاص بالهبة المباشرة و يقصد بها كل تصرف من الواهب في ماله و بطريق التبرع مباشرة منه إلى الموهوب له.

غير أنه قد ترد الهبة بشكل غير مباشر كما قد تكون مستترة أو يدوية وهذه الأنواع قد إستثناءها القانون من الشكلية .

■ **الهبة غير المباشرة:** وهي التي تنشأ من أي عقد غير عقد الهبة من غير أن يكون التبرع الذي تتضمنه مخفياً، والذي يميزها عن الهبة المستترة هو وجود الصورية في مثل هذه الهبات، أما في الهبات غير المباشرة فتظهر نية الواهب في التبرع و رغبته في الهبة³.

كما يعرفها الأستاذ السنهاوري: «أما الهبة غير المباشرة فحيث يكسب الموهوب له حقا عينيا أو حقا شخصيا دون مقابل على سبيل التبرع عن طرق الواهب، و لكن دون أن ينتقل إليه هذا الحق مباشرة من الواهب»⁴، ومثال ذلك: النزول عن حق الإنتفاع أو حق السكن أو حق الإستعمال للموهوب له، ذلك أن الشيء الموهوب لم ينتقل مباشرة إلى الواهب وقد

¹-تنص المادة 700 من قانون تجاري : " يجب أن توضع إحالة الأسهم تحت طائلة البطلان في شكل رسمي و أن يتم

دفع الثمن بين يدي الموثق الذي يقوم بتحرير العقد" .

²- محمد بن أحمد تقيّة ، المرجع السابق، ص211 .

³-المرجع نفسه، ص216.

⁴-عبد الرزاق السنهاوري، المرجع السابق، ج5، الفقرة49، ص ص 79-80.

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

إستثنى القانون هذا النوع من الهبات من وجوب الشكلية والعينية التي تفرض في الهبات المباشرة المكشوفة، وبالتالي الهبة غير المباشرة تتم دون الحاجة إلى رسمية معينة¹.

■ **الهبة المستترة:** إن الهبة المستترة هي هبة مباشرة إذ تنتقل مباشرة من الواهب إلى الموهوب له و ظاهرها غير حقيقتها، فتظهر تحت إسم عقد آخر، و لقد أعى المشرع الهبة غير المباشرة من الشكل بحكم نظامها الخاص الذي يسري عليها، فكان من الواجب أن يخضع الهبة المستترة لشكل الهبة باعتبارها هبة مباشرة، غير أنه قد أعفاها من هذا الشكل صراحة بموجب المادة 488 الفقرة قانون المدني الجزائري²، ومنه أعى الهبة التي تتم تحت ستار عقد آخر من الشكلية ومن ثم تتم هبة المنقول دون حاجة إلى ورقة رسمية و دون حاجة إلى القبض إذا كانت هبة مستترة³.

■ **الهبة اليدوية:** الأصل في هبة المنقول أن تكون بعقد رسمي كما هو الحال في هبة العقار، غير أنه و كإستثناء عن هذه القاعدة إذا كان تسليم المنقول يدا بيد من الواهب إلى الموهوب له، حيث لا يفترض فيها أي إجراء أو شكل فهي مستثناة من الشكلية، فالشرط الأساسي هو أن يتم التسليم فعلا للموهوب له فالقبض ركن ضروري لتامها فهذا الأخير يقوم مقام الرسمية المفروضة في الهبات الأخرى.

ومن أمثلة المنقولات اليدوية النقود، المجوهرات أما المنقولات المعنوية أو مايسمى بالملكية الأدبية كحقوق المؤلف والعلامات التجارية وبراءة الإختراع فهي تنظمها قوانين خاصة بها⁴.

¹ - المرجع نفسه، الفقرة 50، ص80.

² - تنص المادة 4/488 قانون المدني الجزائري : " تكون الهبة بورقة رسمية ، و إلا وقعت باطللة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر " .

³ - محمد بن أحمد تقيّة ، المرجع السابق، ص219 .

⁴ -منصوري نورة، "هبة العقار في التشريع"، عين مليلة، الجزائر، دار الهدى للطباعة و النشر والتوزيع، 2010، ص43.

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

ب- **الحيازة:** إن حيازة الشيء الموهوب هو تمكينه من وضع يده عليه قصد السيطرة المادية على الشيء الموهوب بغية الظهور بمظهر صاحب الحق¹.

1- القبض في العقار: بالرجوع إلى أحكام المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع إضافة إلى إشتراطه الرسمية أوجب تسليم الشيء الموهوب أيضا و تمكين الموهوب له من حيازته.

وتكون الحيازة إما **فعليا** أو **حكما** وتتم فعليا بوضع العقار تحت تصرف الموهوب له أو وكيله، بحيث يتمكن من حيازته، و تكون **حكما** إذا كان العقار الموهوب تحت حيازة الموهوب له قبل صدور إلتزام عقد الهبة على أساس الإيجار أو العارية، ثم صدرت الهبة فيكون الموهوب له حائزا فعلا على العقار الموهوب وقت تمام الهبة².

جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1986/04/21 أنه من المباديء المستقر عليها في أحكام الشريعة الإسلامية أن حيازة الموهوب له للمال تعد شرطا لصحة عقد الهبة، و تأسيسا على ماتقدم يستوجب نقض القرار الذي يقضي بصحة الهبة إستنادا على التصريح الوارد بالعقد المتمثل في إنتقال الحيازة إلى الموهوب له دون التأكد من وقوع الحيازة الفعلية³.

غير أن المشرع الجزائري أقر إستثناءا على هذه القاعدة من خلال المادة 208 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص: « إذا كان الواهب ولي الموهوب له، أو زوجه أو كان الموهوب مشاعا فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة ».

¹-حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 9 .

²-شيخ نسيمية، المرجع السابق، ص ص53-54 .

³- قرار صادر عن المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 40457، الصادر بتاريخ:

1986/04/21، المجلة القضائية، العدد2، لسنة 1989، ص56.

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

ويستفاد من مضمون هذه المادة أنه يكون الإعفاء من ركن الحيابة في حالة ما إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجه، أو كان المهوب مشاعاً، فأفراغ الهبة في شكلها الرسمي أمام الموثق يغني عن الحيابة¹.

2- القبض في المنقول : لقد أوجب المشرع الجزائري على المنقولات ذات الطبيعة الخاصة الشكلية لإنعقادها، في حين أن المنقولات التي ليس من طبيعتها الخضوع لمثل هذه الإجراءات الخاصة فإن الهبة الواردة عليها تتم بالحيابة فقط عن طريق التسليم الفعلي للشيء الموهوب من طرف الواهب إلى الموهوب له، فتتم الحيابة في هبة المنقول كما هو الحال في هبة العقار عن طريق التسليم الفعلي و الحكمي².

الفرع الثاني: الرجوع في عقد الهبة.

إن عقد الهبة وكأصل عام لا يجوز الرجوع فيه غير أن المشرع الجزائري وبمقتضى المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري أورد إستثناءات يجوز الرجوع في هذا العقد. ويعرف الرجوع بأنه: «الرجوع في الهبة هو عود الواهب في هبته بالقول أو بالفعل بغية إرتجاعها و إستردادها من الموهوب له رضاءً أو قضاءً وفق شروط معينة»³. وكأصل يكون الرجوع عن الهبة عن طريق التراضي بين الطرفين، غير أنه إذا لم يقبل الموهوب له الرجوع جاز اللجوء إلى القضاء للمطالبة به.

¹ - حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 10-11.

² - شيخ نسيم، المرجع السابق، ص 55.

³ - المرجع نفسه، ص 63-64.

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

أولاً- الطبيعة القانونية للرجوع عن الهبة و إجراءات ممارسته

أ - الطبيعة القانونية للرجوع في الهبة: إن جواز الرجوع في الهبة أمر مختلف فيه في الفقه الإسلامي، حيث يذهب الفقه بعدم جوازه إلا في حالة واحدة وهي حالة هبة الوالد لولده وهو ما يعرف عند الحنابلة بإعتصار الهبة أي إسترجاعها و يستندون في ذلك إلى ما روي عن النبي (صلى الله عليه وسلم) بقوله: « لا يرجع الواهب في هبته إلا الوالد فيما يعطي لولده»¹.

ولقد إنقسمت الآراء الفقهية حول تحديد طبيعة هذا الرجوع فمنهم من يرى أنه فسخ لعقد الهبة، ودليلهم في ذلك أن الواهب يقدم على الرجوع باستعمال حقه بالفسخ، غير أن هذا الموقف تعرض إلى النقد من حيث أن الرجوع في الهبة يختلف تماماً عن الفسخ في عدة جوانب.

كما أنه ذهب فريق آخر إلى إعتبار الرجوع إلغاء للهبة غير أنه الإلغاء يختلف عن الرجوع من حيث أن الأثر المترتب على الرجوع يكون له أثر رجعي و المتمثل في إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل إبرام العقد، في حين أن الإلغاء يقتصر أثره على المستقبل فقط²، غير أنه ظهر فريق آخر ينادي بأن الرجوع في الهبة إقالة منها، والتقابل هو إتفاق المتعاقدين على حل الرابطة التعاقدية، فإنه في هذه الحالة يشبه الرجوع في الهبة بطريق التراضي، أما الرجوع القضائي لا يعتبر تقايل.

إن الرجوع في الهبة بطريق التقاضي هو تفاسخ أو تقايل يؤدي إلى إنحلال عقد الهبة بطريق الإتفاق، في حين قد يكون هناك طريق آخر للرجوع في الهبة يتم اللجوء إليه في حالة تعذر الوصول إلى رجوع إتفاقي و الذي لا يمكن وصفه بالفسخ القضائي بل هو رجوع قضائي ليس إلا³.

¹ - المرجع نفسه ، ص 106.

² - المرجع نفسه، ص 69.

³ - جبار جميلة، "عقد الهبة"، (محاضرات موجهة إلى طلبة السنة الأولى ماستر)، قسم الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة خميس مليانة، 2019-2020، ص66.

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

ب- إجراءات الرجوع في الهبة: إن مسألة الرجوع في الهبة مسألة إستثنائية فيجوز الرجوع في الهبة إما، بالتراضي إذا رغب الواهب في الرجوع في هبته ورضي بذلك الموهوب له، فإن هذا الرجوع يعد تقايل للهبة و إما عن طريق التقاضي و هنا يكون إذا تعذر تحقق رجوع إتفاقي بين الواهب و الموهوب له حيث لا يكون أمام الواهب سوى اللجوء إلى القضاء لممارسة حقه في الرجوع بشرط أن يكون طالب الرجوع أحد الوالدين دون سواهما¹.

ثانيا- موانع الرجوع و آثاره في التشريع الجزائري:

أ- موانع الرجوع في الهبة في التشريع الجزائري: إن الرجوع في الهبة في التشريع الجزائري مقيد حصريا بموانع إذا تحققت فإنها تحول دون تمكين الواهب من ممارسة حقه و هذه الموانع تضمنتها المادة 211 و المادة 212 من قانون الأسرة الجزائري، على أن يكون هذا الحق مخلولا للأبوين فقط دون سواهما دون أن يكون لهذا الرجوع أي مبرر².

فتنص المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري: « للأبوين الرجوع في هبتهما لولدهم مهما كانت سنه إلا في الحالات التالية :

1- إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له.

2- إذا كانت الهبة لضمان قرض أو دين.

3- إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع أو تبرع أو ضاع منه أو أدخل عليه ما غير طبيعته».

يضاف إليه نص المادة 212 من قانون الأسرة الجزائري: « الهبة للمنفعة العامة لا

رجوع فيها». وإنطلاقا من هذين النصين يمكننا إستخلاص النتائج التالية :

- إن المشرع الجزائري سار على مذهب جمهور الفقهاء إذ لم يجز للواهب الرجوع في هبته إلا هبة الوالد لولده.

¹- المرجع نفسه، ص ص 66-67.

²- شيخ نسيم، المرجع السابق، ص ص 146-151.

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

- أن المشرع الجزائري لم ينظم مسألة الرجوع في الهبة تنظيمًا دقيقًا فجاءت النصوص الخاصة بهذا الحكم قليلة وناقصة.

- إن رجوع الوالدين على ولدهما يكون مطلقًا غير مقيد بعذر مبرر قضاء فيجوز لهما الرجوع في الهبة لولدهما مهما كان سنه.

- لم ينص المشرع الجزائري على الطريق المتبع للرجوع إن كان بالتراضي أو عن طريق القضاء¹.

- إن نص المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري، لم يذكر حالات المنع الواردة في الفقه المالكي الذي هو المصدر الأساسي لأحكام قانون الأسرة، و يمكن القول بأن الحالات التي وردت بهذه المادة جاءت على سبيل المثال لا الحصر، فالفقه المالكي تعرض إلى حالة مرض الواهب أو الموهوب له، ففي هذه الحالة هل يمكن الأخذ بها أم لا؟

فإذا تم أخذ الحالات على سبيل المثال و بالرجوع إلى أحكام المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، فإنه في بعض الحالات ترد بعض النزاعات في التعامل، وهذه الحالات يمكن أن تسقط حق الوالدين في الإعتصار إذا وجدت وهي:

1- زيادة الشيء الموهوب أو نقصه في ذاته كأن يكبر الصغير ويسمن الهزيل أو يهزل السمين.

2- مرض الولد الموهوب له مرض الموت وذلك لتعلق حق الورثة بالهبة فيمتنع إعتصارها.

3- مرض الواهب مرض الموت فإنه يمنعه من إعتصاره ما وهبه لولده، لأن إعتصاره إياه قد يكون لغيره، لكن إذا وهب الوالد ولده المتزوج أو المريض أو المدين وكان الوالد مريضًا وقت الهبة فله الإعتصار، كذلك الحكم إذا زال المرض القائم بالواهب أو الموهوب له بخلاف ما إذا زال النكاح أو الدين فلا إعتصار.

¹ - رشيد بو بكر، "الرجوع في الهبة في الشريعة وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة الدراسات الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، دورية محكمة، جامعة الأغواط، العدد 06، 2016، ص 307.

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

4- الفقر فمن موانع الإعتصار فقر الموهوب له صغيراً كان أو كبيراً، لأن فقره وقت الهبة قرينة تدل على الصدقة و الصدقة لا إعتصار فيها¹.

ب- آثار الرجوع في الهبة في التشريع الجزائري: إن الرجوع في عقد الهبة سواء تم بالتراضي مع الموهوب له أو بالتقاضي تترتب عليه بعض الآثار القانونية التي تختلف فيما بين المتعاقدين عنها بالنسبة إلى الغير الذي إكتسب حقا على الشيء الموهوب.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع لم ينص على الآثار التي تترتب عن الرجوع في عقد الهبة، لا فيما بين المتعاقدين و لا بالنسبة للغير المتعامل معهما، لما لهذه المسألة من أهمية و ما لها من تأثير على حقوق كل من الواهب و الموهوب له و الغير، و لعل السبب في ذلك كون المشرع الجزائري إعتبر مسألة الرجوع في الهبة حالة إستثنائية مخولة للأبوين فقط، و بإرادتهما المنفردة دون التوقف على رضا الموهوب له.

وفي غياب نصوص خاصة تنظم آثار الرجوع في عقد الهبة، يرجع القاضي في ذلك إلى مقتضيات أحكام الشريعة الإسلامية²، أو اللجوء إلى القواعد العامة في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة³.

وبناء على ذلك يترتب على الرجوع في الهبة، إعتبار الهبة كأن الهبة لم تكن و يجب على الولد أن يعيد الشيء الموهوب عقاراً كان أو منقولاً جبراً عليه⁴.

¹ - محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص ص 260-261.

² - رشيد بو بكر، المرجع السابق، ص ص 309-310.

³ - شيخ نسيمّة، المرجع السابق، ص 162.

⁴ - محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص 301.

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

المبحث الثاني: أحكام الهبة في تصرفات المريض مرض الموت.

قد يقوم المريض مرض الموت خلال مرضه بمجموعة من التصرفات ، إلا أن صحة هذه التصرفات تبقى محل نظر بين الجواز والبطلان، ومن بين هذه التصرفات التي قد تصدر من المريض مرض الموت "الهبة"، ولمعرفة أحكام الهبة في تصرفات المريض مرض الموت سوف نسلط الضوء من خلال هذا المبحث على تحول هبة المريض مرض الموت (المطلب الأول)، ومن ثم دراسة أحكام هبة المريض مرض الموت بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تحول هبة المريض مرض الموت إلى وصية.

للقوف أكثر على موضوع تحول هبة المريض مرض الموت إلى وصية، وتوضيح المفاهيم المتصلة بها، إرتأينا تقسيم المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول مفهوم التحول، أما الفرع الثاني نتناول فيه هبة مريض مرض الموت من عقد إلى تصرف بإرادة منفردة.

الفرع الأول: مفهوم التحول.

لم يورد المشرع الجزائري في القانون المدني الجزائري تعريف تحول العقد تاركاً أمر تحديد مفهومه للفقه، ولذا سنسلط الضوء من خلال هذا الفرع على مفهوم تحول العقد مستعرضين تعريفه، وشروطه.

أولاً- تعريف تحول العقد:

ورد في معاجم اللغة العربية معاني كثيرة للتحول منها، التغيير والتنقل، وهو تغيير الحال من حال إلى أخرى، وحالت القوس وإستحالت بمعنى إنقلبت، وحال عليه العهد تحول أي إنقلب حال لونه من حال إلى حال¹، كما يأتي بمعنى الزوال عن الشيء إلى غيره، أي تحول عن الشيء زال عنه وإنصرف عنه إلى غيره، وحال الرجل يحول تحول من موضع

¹ - إبراهيم مذكور، وآخرون، المرجع السابق، ص 208.

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

إلى موضع آخر، ومنه قول تعالى: ﴿... لَا يَبْعُونَ عَنْهَا حِوْلًا﴾، (سورة الكهف/108)، وكذلك قوله تعالى: ﴿... وَلَنْ تَجِدَ لِسُنَّةِ اللَّهِ تَحْوِيلًا﴾، (سورة فاطر/43).

وبالرجوع إلى الفقه نجد من الفقهاء من حاول وضع تعاريف يمكن من خلالها تحديد معنى تحول العقد بشكل أكثر وضوحاً وكل حسب فهمه لهذا النظام أو وفقاً للوظيفة التي يؤديها تحول العقد في إنقاذ العقود، لذا نجد الفقيه "Olivier Cornaz" عرف تحول العقد بقوله: «هو إستبدال العقد الباطل بعقد آخر صحيح تؤخذ عناصره من العقد الباطل»¹ وإعتبر الأستاذ "Philippe Simler" التحول بمثابة ظاهرة قانونية بفضلها ينقلب عقد باطل إلى آخر صحيح عند توفر شروط صحة هذا الأخير بحيث يخضع لنفس الهدف المرغوب تحقيقه من قبل الأطراف².

ونجد أن الفقيه "سيميلية" هو الآخر قد عرف تحول العقد بأنه: «عملية قانونية يستوفي بموجبها العقد الباطل العناصر والشروط القانونية لعقد آخر يكون له نتيجة مشابهة ويطابق الهدف المرجو من قبل أطراف العلاقة العقدية فيصبح صحيحاً بهذا المعنى»، وحقائقه نجد أن من يتمعن في هذا التعريف يتبين أنه قد أوضح إلى حد كبير المعنى المقصود بتحول العقد الباطل إلى عقد صحيح وهذا يتجلى من خلال بيان الشروط اللازمة لإعمال تحول العقد وهي بطلان العقد الأصلي وضرورة إستجماع العقد الباطل لأركان وعناصر عقد آخر صحيح وأخيراً الإرادة الإفتراضية لتحول العقد، كما تميز التعريف كذلك بذكر الهدف

¹.- Olivier cornay, la conversion des actes juridique, thèse Lausanne, 19737, p17,

نقلا عن: سولام سفيان، "نظرية تحول العقد في القانون المدني الجزائري"، مجلة الدراسات وأبحاث، العدد 31، جوان 2018، ص 285.

² – Philippe Simler, la nullité partielle des actes juridique, these Librairie générale de droit et de jurisprudence, paris, 1969, p 13,

نقلا عن : المرجع نفسه، ص 285.

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

الرئيسي من فكرة تحول العقد ألا وهي العمل على تحقيق الهدف الإقتصادي للمتعاقدين من خلال العقد الصحيح الآخر الذي تضمنه العقد الباطل¹.

وعرفه الأستاذ كاظم الشباني: « تحول العقد الباطل هو عملية قانونية تتم من قبل القضاء وتهدف إلى إيجاد عقد جديد صحيح توافرت أركانه أو عناصره في ذات العقد الباطل، دون أن تنطوي على أي تغيير في هذه العناصر، مستتيراً في ذلك بالإرادة الإفتراضية للمتعاقدين»، وهذا التعريف بيّن أمراً هاماً جداً، حيث بين الآلية التي يتم بواسطتها تحول العقد، بإعتباره من صنع القضاء حصراً وأن العقد الجديد الذي تحول إليه العقد الباطل هو عقد ناتج من تدخل السلطة القضائية، ويدخل في صلاحياتها على الرغم من إنكار الكثير لهذه السلطة².

ثانياً - شروط تحول العقد:

تنص المادة 105 من القانون المدني الجزائري على أنه: «إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحاً بإعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تتصرف إلى إبرام هذا العقد»، يتضح من خلال نص هذه المادة الشروط الواجب توافرها حتى يمكن تطبيق تحول التصرف القانوني، وهي كآلاتي:

أ- **بطلان العقد الأصلي:** يعد العقد الأصلي نقطة الإنطلاق لإعمال تقنية تحول العقد حيث أنه إنطلاقاً من عناصره سيسعى القاضي إلى تكوين عقد آخر جديد، فشرط الرجوع إلى العقد الأصلي هو شرط أساسي وبديهي عند تطبيق نظرية تحول العقد فعلى القاضي أن يتثبت من بطلان العقد كخطوة أولى نحو التصريح بالتحول، أما العقد الصحيح فلا يتحول إلى عقد

¹ - علي كاظم الشيباني، " تحول العقد في نطاق القانون المدني"، ط الأولى، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية،

2015، ص ص 53-54.

² - المرجع نفسه، ص ص 79-80.

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

آخر حتى ولو كان المتعاقدان يؤثرانه على العقد الأول لأن نظرية تحول العقد لا تعني العقد الصحيح¹.

فالهبة الصحيحة التي تتضمن عناصر الوصية لا تتحول إلى وصية ولو تبين أن كلا من الواهب والموهوب إليه كان يفضلان الوصية على الهبة طالما أن عقد الهبة إنعقد صحيحاً ومنتجا لمفاعليه، والعقد الصحيح المعلق على شرط واقف أو على شرط فاسخ، إذا تخلف الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ فسقط العقد لا يتحول إلى تصرف آخر².

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجده يتبنى التقسيم الثنائي للبطلان، حيث تناول أحكامه في القسم الثاني من الباب الأول من الكتاب الثاني من القانون المدني تحت عنوان "شروط العقد"، بحيث جعل البطلان على درجتين، وهما البطلان المطلق والبطلان النسبي فعقد الباطل بطلان مطلق يعتبر غير موجود قانونا، فهو والعدم سواء، لتخلف ركن أو أكثر من أركان إنعقاده أو فقد شرط من شروط هذه الأركان غير شروط صحة التراضي، أما العقد الباطل بطلان نسبيا فهو ما أختل فيه شرط من شروط صحة التراضي، وينشأ منتجا لآثاره كالعقد الصحيح تماما، غير أنه مهدد بالزوال إذا طلب أحد طرفيه الذي قرر له حق الإبطال إبطال العقد، فإذا تقرر البطلان زال العقد بأثر رجعي ويصبح كالبطلان المطلق تماما.

ب- إشمال التصرف الباطل على أركان تصرف صحيح آخر: أي إشتراط إحتواء التصرف الباطل على كل عناصر التصرف الجديد فإذا إختل هذا الشرط إمتنع التحول، وهذا الشرط نجده واضحا في نص المادة 105 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: « إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر....»، بمعنى وجود عقد جديد آخر يحل محل العقد الأصلي الباطل ويكون مختلفا عنه ولكنه يشاركه في قليل أو

¹ - عبد العزيز مصطفى الخالد، "العقد الموقوف والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي"، بحث لنيل شهادة الدكتوراه، فرع الفقه والأصول، قسم الدراسات العليا الشرعية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، 1989، ص33.

² - آمال سليم، "تحول العقد في القانون المدني"، بحث لنيل شهادة ماجستير في العقود والاستثمارات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منار، تونس، 2005-2006، ص 14.

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

كثير من مقوماته الفنية، فجميع عناصر التصرف الصحيح التي يتطلبها القانون يجب أن تكون متوافرة في التصرف الباطل دون حاجة إلى إضافة جديدة، إلا أنه يجب أن يكون التصرف الثاني مختلفا عن التصرف الأول الباطل، أما إذا كان العقد الجديد المراد التحول إليه لا يقوم إلا بإضافة عنصر جديد على التصرف الباطل فإن التحول يصبح ممتعا، وفي هذه الحالة نكون بصدد عملية تصحيح العقد¹.

ج- **إرادة المتعاقدين إلى التصرف الصحيح:** إن الإرادة المطلوبة لإعمال تحول العقد هي ليست الإرادة الحقيقية بالتأكيد، وبالرغم من وضوح نص المادة 105 من القانون المدني الجزائري، التي تقصد إرادة لم تكن موجودة في يوم من الأيام، ومنذ إبرام العقد الأصلي الباطل أو القابل للإبطال، فلا هي إرادة حقيقية، ولا هي إرادة احتياطية إنما هي نية المتعاقدين وقت إبرام العقد الأصلي، وهي نية غير معروفة وغير حقيقية بل هي نية مفترضة أساسها القاعدة الفقهية: «أن ما لا يدرك كله لا يترك كله»، يمكن للقاضي إثباتها عند إعمال تحول التصرف، فالعبرة هي بالغاية القانونية التي أراد تحقيقها الاطراف².

الفرع الثاني: هبة مريض مرض الموت من عقد إلى تصرف بإرادة منفردة.

لقد جاء في مضمون نص المادة 204 من قانون الأسرة الجزائرية، أن الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية، وهو الحكم الذي يعتبر تفصيلا للحكم العام الذي جاءت به المادة 776 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري أن: «كل تصرف قانوني يصدر عن الشخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف....»، وعليه فإن المشرع الجزائري كيف هبة المريض مرض الموت على أنها

¹ - علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص 127.

² - نريمان خمار، حورية لشهب، "تحول تصرفات المريض مرض الموت الى وصية"، مجلة العلوم الإسلامية، مج 20، العدد 02، 2020، ص ص738-739.

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

وصية أي إنتقل تكيف القانوني لهبة المريض مرض الموت من عقد إلى تصرف بالإرادة المنفردة.

وبما أن هبة المريض مرض الموت تعتبر وصية، فلا بد لنا من تعريف الوصية وتحديد أركانها الأساسية، دون الخوض في الأحكام الشرعية والقانونية للوصية بتفاصيلها لعدم صلتها بموضوع الدراسة.

أولاً- تعريف الوصية:

الوصية في اللغة تطلق على عدة معان كالوصل والعهد، والاستعطاف فيقال أوصاه بولده أي إستعطفه عليه. أما في الإصطلاح الفقهاء، فلم تتفق كلمتهم على تعريف محدد للوصية، حيث عرفها البعض بأنها تبرع مضاف إلى ما بعد الموت، وعرفها الكاساني «بأنها إسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد الموت، وقال الكرخي بأنها ما أوجبه الموصي في ماله تطوعاً بعد موته أو في مرضه الذي مات فيه»¹.

ومن فقهاء القانون من يعرف الوصية: « بأنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت يكون للموصي بمقتضاه أن ينقل بعض أمواله إلى الموصى له أو يخوله حقا يتعلق بهذا المال»². حيث يعتبر هذا التعريف الأخير، أنه جامع مانع، يشمل كل شيء يوصي به الشخص بعد وفاته.

أما التشريع الجزائري فقد عرف الوصية في المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري كمايلي: « الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطرق التبرع»، وهو تعريف جاء خالياً من تبيان أن الوصية تصرف قانوني إنفرادي يتم بإرادة الموصي وحده، ولم يحدد الحقوق التي تقع عليها الوصية إن كانت عينا أو منفعة أو ديناً، كما إستعمل مصطلح "تمليك" الذي إنتقده شراح القانون.

1 - الإمام محمد أبو زهرة، " شرح قانون الوصية"، دار الفكر العربي، سنة 1988، ص 11.

2 - عبد المنعم فرج الصدة، " الحقوق العينية الأصلية"، دار النهضة العربية، 1982، ص 805.

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

ثانيا- أركان الوصية:

للوصية أربعة أركان عند المالكية والشافعية والحنابلة تتحقق بدونها وهي الموصي والموصى له، والموصي به، إضافة للصيغة التي هي الإيجاب والقبول إلا أن بعض فقهاء المالكية أبعدها الصيغة من الأركان، أما فقهاء القانون قسمها إلى أربعة أركان وهي كآتي:

أ- **الصيغة:** هي الركن المتفق عليه بين الفقهاء، وهي الركن الأهم الذي ينشئ الوصية، فهي المعبرة عن إرادة المتصرف، وهي المظهر الخارجي الذي يعبر عما في النفس من رغبات في إنشاء العقود والتصرفات، وهي التي تتاطب بها الأحكام دون الإرادة الباطنة، التي هي العزم والنية، فكل ما يعبر عن الإرادة يصلح أن يكون صيغة للتصرف سواء كان كلاماً، أو كتابة أو إشارة مفهومة واضحة الدلالة، فتنشأ الوصية بكل عبارة دالة عليها، سواء كان ذلك بلفظ صريح، أو بالكتابة، أو بالإشارة¹.

ويقصد بالصيغة في العقود، الإيجاب والقبول الصادران من المتعاقدين، ويقصد بالإيجاب في العقود بشكل عام، العرض الصادر من شخص يسمى الموجب، يعبر فيه بوجه جازم عن إرادته الجدية في إبرام عقد معين، وهو لا يكون إلا صريحاً².

أما قانون الأسرة الجزائري لم ينص على كيفية صيغة الوصية، ولكنه قد إشتراط في المادة 191 الفقرة الأولى من نفس القانون، تصريح الموصي بالوصية فقط دون حاجة لإقترانه بالقبول من الموصى له وأكدت المادة 197 منه على مايلي: « يكون قبول الوصية صراحة أو ضمناً بعد وفاة الموصى»، وهذا يبين نية المشرع في إعتبار الوصية تصرفاً ينشأ بالإرادة المنفردة للموصي، بحيث أكد على وقوع القبول بعد الوفاة وبالتالي عدم إقترانه بالإيجاب وعليه فإن القبول لا يكون إلا شرطاً للزوم الوصية، وبه تثبت ملكية الموصى به.

¹ - علي عبد الرحمان الربيعة، " الوصية "، ط الثانية، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، السعودية، العدد 06، 2005، ص ص 255-256.

² - بلحاج العربي، " مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري"، ط الأولى، الجزائر، دار هومة، 2015، ج1، ص ص 194-195.

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

كما أن صيغة الوصية تصدر على أشكال مختلفة، حسب إختلاف طبيعة العقود والتصرفات، وحسبما قرره لها الشارع من أحكام، فقد تكون الصيغة منجزة أو مضافة إلى المستقبل، والوصية لا تكون إلا مضافة، لأنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت. أو تكون الوصية معلقة على شرط¹.

هذا بالنسبة لركن الصيغة، أما بقية الأركان من الموصي، والموصي له، والموصي به فإن بعض الفقهاء يوردها في باب شروط الوصية ويعتبرونها شروطاً لا تصح الوصية إلا بها².

ب-الموصي: هو المتبرع، أو الأمر بالتصرف الذي يصدر منه الإيجاب بالوصية حال الحياة، بما يدل على رغبته ورضاه أن ينقل على سبيل التبرع، ملكية شيء يملكه إلى من يرغب في نقلها إليه بعد موته³، ولنفاذ الوصية لا بد أن تتوفر فيها شروط فبتخلف أحدها لا تصح وهذا طبقاً للمادة 186 من قانون الأسرة الجزائري، وهذه الشروط كالآتي:

- الرضا: يجب أن يتوافر رضا الموصي بالإيضاء، فلا يكون مكرهاً أو هازلاً أو مخطئاً.
- أن يكون أهلاً للتبرع، أي سليم العقل مميزاً، فإذا إنعدم العقل والتمييز فلا وصية، وبذلك لا تصح وصية المجنون والمعتوه.
- كما لا بد أن يكون بالغاً، فلا تصح وصية الصبي غير المميز وهذا ما قضت به المادة 186 من قانون الأسرة «...بالغا من العمر تسع عشرة سنة على الأقل»⁴.

ج- الموصى له: هو من صدر له الإيجاب بالوصية من الموصي، إذا كانت الوصية تملكاً فلا يلاحظ فيها ذلك إلا إذا توافرت في الموصى له شروط معينة وهي كالآتي:

1 - حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص ص 67-68.

2 - الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 51.

3 - خالد بن علي محمد المشيقح، المرجع السابق، ج6، ص 265.

4 - حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص ص 67-68.

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

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

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

- ألا يكون قاتلاً للموصي: نصت المادة 188 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: « لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمداً»، ويخرج من هذا الحكم القتل الخطأ والشخص الذي يكون في حالة دفاع شرعي¹.

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

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

د- **الموصى به:** هو محل الوصية، وهو مأوصى به الموصي من عين أو منفعة، ويشترط في الموصى به الشروط التالية:

- أن يكون الموصى به مالاً قابلاً للتوارث.

- أن يكون الموصى به منقولاً وقابلاً للتمليك.

- أن يكون الموصى به موجوداً عند الوصية.

- ألا يكون الموصى به مستغرقاً بدين.

- ألا يزيد الموصى به عن ثلث التركة.

¹ - حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 72.

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

ثالثا- خضوع التصرف لتقييد حرية الإيصاء: كمبدأ عام نجد أن الإنسان حر في التصرفات المالية التي يقوم بها من بيع وغيرها، إلا أن هناك إستثناء لهذا المبدأ وهو تقييد تصرفات الموصى في الإيصاء بأمواله، وهذه القيود متمثلة في قيدين هما:

أ- عدم جواز الإيصاء لوارث: من أهم شروط الموصى له المقيدة لحرية الموصي في الإيصاء بأمواله ألا يكون الموصى له وارثا كقاعدة عامة، وهذا إستنادا لقوله تعالى: ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾، (سورة البقرة/ 180).

وأیضا لقول رسول الله (صلى الله عليه وسلم): « إن الله أعطى لكل ذي حق حقه فلا وصية لوارث»، وماروي عن ابن عباس قوله: قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم)، « لا وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة»، كما روي عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده قوله (صلى الله عليه وسلم)، « لا وصية لوارث إلا أن يجيزها الورثة».

كما جاء وفق المادة 189 من قانون الأسرة على أنه: « لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى»، ومفاد هذا النص أن الوصية كأصل لا تجوز لوارث ويبقى نفاذها موقوف على إجازة باقي الورثة بعد وفاة الموصي، ويستخلص هذا من النسخة الفرنسية لهذه المادة التي تعتبر أن الوصية لوارث لا تنتج أثرها إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى، وعليه فهي صحيحة، ولكن أثرها لا يسري إلا بإجازة الورثة، ويجب الإشارة هنا أنه إذا أجاز بعض الورثة الوصية ولم يجيزها البعض الآخر كانت نافذة في حق من قبلها دون أن تنفذ في حق من لم يقبلها من الورثة.

وبناء على ما تقدم يبدو لنا جليا أنه يشترط لصحة الوصية لوارث قبولها من طرف باقي الورثة حتى لو لم تتجاوز حدود ثلث التركة، فإن أجازوها بعد وفاة الموصي صحت الوصية ونفذت في حق الورث الموصى له، وإن لم يجيزها بطلت ولم تنفذ، أما إذا أجازها بعض الورثة ورفضها البعض الآخر صحت الوصية ونفذت في حصة من أجازها وبطلت في حق

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

من لم يجزها، وقد خالف المشرع الجزائري بهذا الحكم القوانين العربية التي أجازت الوصية لوارث إذا كانت في حدود ثلث التركة دون إجازة باقي الورثة، وقد وافق المشرع الجزائري بذلك ما ذهب إليه جمهور الفقهاء والذي يقضي بإعتبار الوصية لوارث صحيحة موقوفة على إجازة باقي الورثة مهما كان مقدار الشيء الموصى به¹.

والمشرع الجزائري بهذا الموقف قد تفادى خلق الشقاق والأحقاد بين الورثة، بمنع الوصية للوارث بصفة مطلقة، كما فعل القانون المغربي، وذلك تجاه بعض الحالات المشروعة كالولد المصاب بعاهة أو مرض مزمن، ويريد والده الإيصال له لتأمين حياته ولعلاجه، كما قد إجتنب أيضا ما قد يثير البغضاء بين أفراد الأسرة بالسماح المطلق للنظام الوصية للوارث، على غرار المشرع المصري.

و في هذا السياق قد قضت المحكمة العليا بقاعدة عدم جواز الوصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة في العديد من قراراتها منها القرار الصادر بتاريخ 1990/03/05 ملف رقم 59240² وكذا القرار الصادر بتاريخ 1992/11/24 ملف رقم 86039³.

وتطبيق لقاعدة عدم جواز الإيصال لوارث، يجب الإشارة إلى أن العبرة في تحديد صفة الوارث- أي في كون الموصى له من الورثة أو غير الورثة- هي بتاريخ وفاة الموصى، لا تاريخ إنشاء الوصية، كما أن العبرة بالإجازة التي يعبر عنها بعد وفاة الموصى لأن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، وهذا ما جاءت به المادة 189 من قانون الأسرة الجزائري.

1 - شيخ نسيم، المرجع السابق، ص210.

2 - قرار صادر عن المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 59240، الصادر بتاريخ 1990/03/05، المجلة القضائية، عدد 03، 1992، ص57.

3 - قرار صادر عن المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 86039، الصادر بتاريخ 1992/11/24، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص292.

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

ب- عدم تجاوز الموصى به ثلث التركة: لا يجوز الإيضاء بأكثر من ثلث بل إن عدم جواز الإيضاء بأكثر من الثلث يعد شرطاً لنفاذ الوصية في الموصى به وإلا توقف نفاذ الوصية على إجازة الورثة وهذا طبقاً لما جاءت به أحكام المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري « تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة». وهذا إسنادا إلى الحديث الشريف المشهور الذي روي عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عن النبي (صلى الله عليه وسلم) أنه قال: « الثلث والثلث كثير»¹، ولقوله عليه الصلاة والسلام أيضاً: « إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند مماتكم».

وبناء على ما تقدم فإن الوصية لا تجوز إلا إذا كانت في حدود ثلث التركة والأولى أن ينقص الموصى به عنه ولا يزيد عليه. فإذا تجاوزت الوصية الثلث القانوني فذهب الفقه المالكي إلى أنها تقع باطلة بالنسبة للزيادة، أما إذا أجازها الورثة فإنها تأخذ حكم الهبة من أموالهم، أما المالكية فذهبوا إلى أن الزيادة صحيحة ولكنها موقوفة على إجازة الورثة شريطة أن تكون لغير وارث أما إذا لم يكن للموصى من وارث فالزيادة على الثلث باطلة وتؤول إلى الخزينة العامة².

¹ - البخاري، محمد بن سماعيل، صحيح البخاري، ط الأولى، القاهرة، مصر، المكتبة السلفية، 1400هـ، الحديث رقم: 2742، ص 491.

² - حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص ص 70-71.

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

المطلب الثاني: أحكام هبة المريض مرض الموت بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

قسمنا هذا المطلب إلى فرعين، سنعالج في الفرع الأول أحكام هبة المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي، و المطلب الثاني في القانون الوضعي.

الفرع الأول: أحكام هبة المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي.

يرى جمهور الفقهاء أن الواهب إذا كان مريض مرض الموت تعطي هبته حكم الوصية، وبمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية يجب أن نفرق بين ما إذا كانت هبة المريض غير المدين و مدين مقبوضة أو غير مقبوضة، وما إذا كانت الهبة لوarith أو لغير وارث وما إذا كان الواهب مدينا أو غير مدين.

أولاً- هبة المريض غير المدين المقبوضة:

إذا وهب المريض غير المدين شيئاً من ماله، فإما أن يكون للموهوب له أجنبياً عنه، وإما أن يكون وارثاً له، فيفرق بين ما إذا لم يكن للواهب وارثاً، وبين إذا ما كان له وارث. فإن لم يكن له وارث قال الحنفية، أن هذه الهبة صحيحة نافذة ولو إستغرقت كل المال، ولا تتوقف على إجازة أحد¹.

وقال الشافعية والمالكية، تبطل الهبة فيما زاد عن ثلث مال المريض، لأن ماله ميراث المسلمين ولا مجيز له فبطلت².

أما إذا كان للمريض ورثة، فقد إتفق جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية و الحنابلة على نفاذ هبة المريض في هذه الصورة إن حملها ثلث ماله، أما إذا زادت على الثلث فيتوقف القدر الزائد منها على إجازة الورثة، فإن أجازوه نفذ، وإن رده بطل³.

1 - شمس الدين السرخسي، "المبسوط"، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ج12، ص 102.

2 - الموسوعة الفقهية، المرجع السابق، ص 09.

3 - شمس الدين محمد الشرييني، مرجع سابق، ص47.

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

ثانيا - هبة المريض المدين المقبوضة:

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

الحالة الأولى: إن كان المريض مدينا بدين مستغرق ووهب شيئا من ماله وقبضه الموهوب له، فلا تنفذ هبته سواء أكان الموهوب أقل من الثلث أم أكثر منه، وسواء أكان الموهوب له أجنبيا عن الواهب أو وارثا له، بل توقف على إجازة الدائنين فإن أجازوها نفذت وإن ردها بطلت¹.

الحالة الثانية: إذا كان المريض الواهب مدينا بدين غير مستغرق وقبض الموهوب له المال الموهوب، ففي هذه الحالة يخرج مقدار الديون من التركة، ويحكم على الهبة في المبلغ الزائد بالحكم نفسه عليها في حالة ما إذا كانت التركة خالية من الدين².

ثالثا - هبة المريض غير المقبوضة:

إذا وهب المريض شيئا من ماله ولم يقبض الموهوب له العين الموهوبة حتى مات الواهب، في هذه الحالة إنقسم الفقهاء إلى قولين:

القول الأول: للحنفية والشافعية، وهو أن الهبة تبطل في هذه الحالة لموت الواهب قبل القبض، كما تبطل أيضا لو كان الواهب صحيحا وقت الهبة، وقالوا: ولا تقلب في هذه الحالة إلى وصية، لأنها صلة والصلوات يبطلها الموت كالنفقات، ولأن الواهب أراد التملك في الحال لا بعد الموت، حيث أن الهبة من العقود التي تقتضي التملك المنجز في الحياة³.

قال الشافعي: إذا وهب الرجل في مرضه الهبة، فلم يقبضها الموهوب له حتى مات الواهب لم يكن للموهوب له شيء، وكانت الهبة للورثة⁴.

1 - الموسوعة الفقهية ، المرجع السابق، ص 11.

2 - الإمام محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ج4، ص 32.

3 - شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ص 102.

4 - الإمام محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ج8، ص 623.

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

القول الثاني: للمالكية وابن أبي ليلى، وهو أن الهبة في هذه الحالة صحيحة و تأخذ حكم الوصية، ولو أن الموهوب له لم يقبضها قبل موت الواهب المريض¹.

رابعاً - هبة المريض للوارث:

قبل بيان هذا الحكم لابد من توضيح من هو الوارث في الهبة، فالوارث هو من كان حيا وقت وفاة مورثه، وكانت له علاقة نسبية مع المورث، والإرث لكي يتحقق لابد من التأكد من وفاة المورث حقيقة أم حكماً حتى يستحق الوارث أن يرثه، وفي حال حصول الهبة من المريض للوارث هناك حالتين:

الحالة الأولى: إن كان للواهب المريض مرض الموت وارث واحد فقط فإن الواهب لو أعطاه كل ماله فلاشيء في ذلك، وذلك لأنه من سيرثه في حال وفاته فيكون قد أخذ عن طريق الهبة معجلاً إذ سيحصل على ما وهب له مؤجلاً في حال وفاة مورثه².

الحالة الثانية: إذا كان المريض له أكثر من وارث، فإن للورثة الحق في إجازة الهبة أو عدم ذلك، فإن لم يجز الورثة الهبة للوارث بطلت ولم تنفذ، وهذا ما ذهب إليه الحنفية والشافعية والحنابلة³، حيث قال الشافعي عن حكم العطية أو الهبة: « ومن كان من عطية في مرضه لم يأخذ بها عوضاً أعطاه إياه وهو يوم أعطاه ممن يرثه لو مات أولاً فهي موقوفة، فإذا مات كان المعطى وارثاً له حين مات أبطلت العطية لأنني إذا جعلتها من الثلث لم أجعل لوارث في الثلث شيئاً من جهة الوصية وإن كان المعطى حين مات المعطى غير وارث أجزتها وصية لغير وارث».

¹ - شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ص 102.

² - مازن مصباح صباح، " الهبة في مرض الموت - دراسة فقهية مقارنة -"، مجلة الجامعة الإسلامية، جامعة الأزهر،

غزة، مج19، العدد 02، يونيو 2011، ص683.

³ - المرجع نفسه، ص682.

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

خامسا - هبة المريض لغير وارث:

إنقسم مجموع الفقهاء في مسألة إذا قام المريض مرض الموت بهبة بعض ماله لغير الوارث ليس من ورثته إلى مذهبين:

المذهب الأول: ذهب جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى القول بأن هبة المريض مرض الموت لغير الوارث تكون كالوصية من ثلث المال¹، وإستدلوا:

ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم): «إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم ثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم»²،

ويقول الإمام الشافعي رحمه الله: لما أعتق الرجل ستة مملوكين له لا مال له غيرهم في مرضهم مات فأعتق الرسول إثنين وأرق أربعة، حيث دل ذلك على أن التصرف يكون في حدود الثلث، جاء في المعنى: «وإذا لم ينفذ العتق مع سرايته فغيره أولى، ولأن هذه الحال الظاهر منها فكانت عطية فيها حق ورثته لا تتجاوز الثلث كالوصية»³.

وقال الرسول الله (صلى الله عليه وسلم) لسعد بن أبي وقاص رضي الله عنه: «فالثلث والثلث كثير إنك أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس في أيديهم وإنك مهما أنفقت من نفقة، فإنها صدقة»⁴.

المذهب الثاني: ذهب إلى القول بأن هبة المريض تكون من رأس ماله وليس الثلث أي أن المريض له حق التصرف في ماله عن طريق الهبة والعطية كما يريد سواء أكان في حدود الثلث أم أكثر، وهذا رأي الظاهرية.

1 - المرجع نفسه، ص 677.

2 - أبو بكر زكريا محي الدين بن شرف النووي، "المنهاج الصحيح المسلم"، بيروت، لبنان، دار إحياء التراث العربي، 1392هـ، ج2، ص120.

3 - مازن مصباح صباح، المرجع السابق، ص 678.

4 - صحيح البخاري، المرجع السابق، الحديث رقم 2742، ص 491.

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

أما هبة من ليس له وارث من رأس ماله فقد ذهب جمهور الفقهاء أنه يحق له أن يهب من رأس ماله بل لو هب كل ماله وسلمه للموهوب له صح ذلك، وليس لبیت المال الإعتراض على ذلك التصرف كما ذهب إلى ذلك الحنفية¹.

أما فقهاء المالكية والشافعية يرون أن الهبة المريض الذي لا وارث له إنما تكون فقط في حدود الثلث، وذلك لأن الزائد على الثلث إنما هو ميراث للمسلمين، ولا مجيز له منهم، وحتى إن الإمام ليس له الحق في أن يجيز أكثر من الثلث، وذلك لما يلحق من أضرار بيت المسلمين².

سادسا- هبة المريض المدين:

إذا كانت الهبة تعد دينا في ذمة المدين وأراد الواهب المريض مرض الموت أن يهب ذلك الدين للمدين، فإن هذا الأمر يعد إبراء لذمة المدين ولهذا الأمر حالتان:

الحالة الأولى: إذا أبرأ المريض مرض الموت أجنبي، فيجب أن لا يتجاوز ذلك حدود الثلث إلا في حال موافقة الورثة فتجاوز الزيادة على الثلث، حيث جاء في الإنصاف: « وإن أبرأ الغريم غريمه من دينه أو وهبه له أو أحله منه برئت ذمته»³.

حيث يتبين مما تقدم أن المريض مرض الموت إذا قام بهبة دينه الذي ثبت له في ذمة المدين فإن هذا يعد إبراء، وهذا يكون في حالة ألا يكون الواهب مدينا، فمن حقه أن يقوم بإبراء المدين، ويكون ذلك التصرف في حدود الثلث.

الحالة الثانية: قد يكون المدين الذي ثبت في ذمته دين للواهب المريض مرض الموت من ورثة ذلك الواهب، وله ورثة غير ذلك المدين فإنه لا يصح له أن يهب له ذلك الدين أن يبرأه

¹ - مازن مصباح صباح، المرجع السابق، ص 682.

² - المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

³ - سليمان المرادوي الحنبلي، " الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل"، ط الثانية،

دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ج 7، ص 127.

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

منه ولعل سبب بطلان ذلك أن ما يقوم به الواهب المريض مرض الموت في هذه الحالة يعد تبرعا في مرض الموت لو ارث وهذا غير جائز.

أما إذا لم يكن للواهب المريض مرض الموت وارث غير ذلك المدين، فإنه يجوز له أن يبرؤه في هذه الحالة لأنه لا يوجد هناك ورثة يلحق بهم الضرر، أو يتوقف الأمر على إجازتهم.

حيث يتضح لنا مما سبق ذكره أنه إذا وهب المريض مرض الموت أجنبيا أي غير وارث وغير واهب غير المدين فلا إبراء يعد نافذاً من ثلث مال الواهب، أما في حالة الزيادة عن الثلث فهذا راجع إلى إجازة الورثة، أما إذا كان المدين وارثا والواهب المريض مدين أو غير مدين فليس له أن يقوم بهبة دينه الذي ثبت في ذمة المدين له لأنه ذلك التصرف يعد تبرعاً للوارث فلا يجوز إلا إذا لم يكن ثمة دين وأجاز ذلك التصرف الورثة¹.

سابعاً - هبة غير المدين:

إذا قام الواهب في مرض موته بهبة أمواله لشخص ليس مدينا له، أي لم يثبت الواهب ديناً في ذمته، فإن أذن الواهب له بقبضه من المدين صح إستحساناً من أن القياس عدم جواز قبضه وإن أذن له بذلك.

أما وبه الإستحسان بأن ما يثبت في الذمة فإنه مقدور التسليم والقبض، وفي هذه الحالة إن أذن الواهب له بالقبض فإن الموهوب له غير المدين يكون وكيلا ونائبا عن الواهب في قبض ما ثبت له في ذمة المدين، ويكون ذلك التصرف صحيحا كما لو أن الواهب أقبضه إيّاه حين قبضه المدين².

بهذا الشأن الحنفية في مسألة الهبة إلى أنها لا تجوز إلا مقبوضة، فإذا قبضت جازت من الثلث لأنها تمليك بقصد التبرع وذلك لا يفيد حكم التمليك حتى ينضم إليه ما يؤدوه وهو القبض.

1 - مازن مصباح صباح، المرجع السابق، ص 687.

2 - المرجع نفسه، ص 685.

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

الفرع الثاني: أحكام هبة المريض مرض الموت في القانون الوضعي.

سنبين من خلال هذا الفرع أحكام هبة المريض مرض الموت في التشريع الجزائري وبعض التشريعات المقارنة كما هو مبين أدناه.

أولاً- أحكام هبة المريض مرض الموت في التشريع الجزائري:

تنص المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري على أن: « الهبة تملك بلا عوض ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تماماً على إنجاز الشرط» ومفاد هذا النص أن الهبة بوصفها تملك بلا عوض كانت من أشد التبرعات الضارة بالمتصرف ضرراً محضاً، لذا أحاطها المشرع بضوابط هامة، لا سيما تلك المتعلقة بأهلية المتبرع، فإذا كان الواهب أهلاً للتبرع من غير المرض جاز له أن يهب شرعاً وقانوناً كل ماله لمن يشاء، وارثاً كان أم أجنبياً طبقاً لنص المادة 205 من قانون الأسرة الجزائري، غير أن حرية الشخص في الهبة تنقيداً ابتداءً من مرض الموت، وذلك إستناداً إلى المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أن: « الهبة في مرض الموت، والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية»، ومن هذا النص يتبين لنا أن الواهب إذا تصرف في أمواله بأن وهب جزء منها أو كلها وهو في مرض الموت أو تصرف بذلك وهو في الحالات المخيفة، فإن تصرفه هذا يأخذ حكم الوصية، وهو الحكم الذي يعتبر تفصيلاً وتكريساً للحكم العام الذي جاءت به المادة 776 من القانون المدني الفقرة الأولى، والتي تنص على أن:

« كل تصرف قانوني يصدر عن الشخص في مرض الموت قصد التبرع، يعتبر تبرعاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيًا كانت التسمية التي تعطى له» ويتضح جلياً أن هذه المادة جاءت مجاملة لحكم التصرفات التبرعية في مرض الموت مع التلميح لعقد الهبة على خلاف المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على تصرف الهبة في مرض الموت وأعطتها حكم الوصية بنص صريح، كما جاءت بحالة لم

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

يشير لها لا الشريعة الإسلامية ولا جل التشريعات المقارنة وألحقتها بحكم مرض الموت وهي الحالات المخيفة، وهو وصف يعتريه الغموض ويحتاج إلى تفسير من قبل القضاء.

فالمشرع الجزائري كيف هبة المريض مرض الموت على أنها وصية أي إنتقل تكيف القانوني لهبة المريض مرض الموت من عقد إلى تصرف بالإرادة المنفردة، فإذا كان التصرف صادرا في مرض الموت ولم تتجاوز قمة حدود ثلث التركة تصح هبته، ولا تتوقف على إقرار الورثة، إلا أن الهبة في مرض الموت لصالح المنفعة العامة تأخذ حكما خاصا فلا رجوع فيها بنص المادة 212 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أن: « الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها»¹، أما بالرجوع لنص المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري، نجد أن المشرع الجزائري قد أغفل إدراج مانع جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية ألا وهو حالة إصابة الواهب أو الموهوب له بمرض الموت وقت الرجوع مع أن هذا مانع مستمد من أحكام نظرية مرض الموت ومنصوص عليه في عدة تشريعات.

والجدير بالذكر أيضاً أنه لا يجوز للورثة بعد موت الواهب الرجوع في الهبة، لأن حق الرجوع في الهبة حق شخصي للواهب، كما أن موت الموهوب له يمنع من الرجوع في الهبة، لأن الحق ينتقل إلى الورثة بالوفاة، وهذا ما ذكرته المحكمة العليا في أحد قراراتها، حيث جاء فيه: « ليس للجد حق رجوع في الهبة، فهو حق مقرر للأبوين»². فهذا القرار منع الجد من الرجوع في الهبة بعد موت ابنه، بإعتبار الرجوع حق مقرر للأبوين فقط.

وما يلاحظ في هذا الشأن غزارة القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا والمتعلقة بالهبة في مرض الموت والتي إعتبرت هذه الأخيرة وصية، فمن بين الأحكام والإجتهادات القضائية نجد القرارات الآتي بيانها:

¹ - نبيل صقر، المرجع السابق، ص 109.

² - قرار صادر عن المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية، ملف رقم 357544، الصادر بتاريخ: 2007/03/21، المجلة القضائية، العدد 01، سنة 2007، ص 255.

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

القرار الصادر عن المحكمة العليا لغرفة الأحوال الشخصية والمواريث ملف رقم 219901 الصادر بتاريخ: 16 مارس 1999، وقرار الصادر عن نفس الغرفة بتاريخ 21 فيفري 2001¹. حيث أن عقد الهبة كان بين الواهب والموهوب له بناءً على توكيل من موكل صدر بتاريخ: 18/06/1997، وبالتالي فالهبة هنا تأخذ حكم الوصية وبالتالي إن أجازها الورثة.

ثانياً - أحكام هبة المريض مرض الموت في التشريعات المقارنة:

لقد نصت التشريعات العربية على أحكام تصرفات المريض مرض الموت في الهبة نذكر منها:

أ- **موقف المشرع التونسي:** أخضع المشرع التونسي هبة المريض مرض الموت لنظام خاص منصوص عليه في صلب الفصل 206 من مجلة الأحوال الشخصية، الذي ورد فيه: « إذا صدرت الهبة خلال مرض متصل بالموت اعتبرت وصية»، مفاد هذا النص أن الواهب إذا صدرت منه هبة خلال مرضه المتصل بالموت، فإن هبته هذه تعتبر في حكم الوصية .

وعليه فإن المشرع التونسي قد الحق الهبة المبرمة في مرض الموت بالنظام القانوني للوصية فهبة المريض مرض الموت موقوفة على إجازة الورثة، بخلاف ما إذا كانت هذه الهبة لغير وارث، فهي تكون صحيحة ولا يتوقف نفاذها على إجازة من أحد وليس للورثة إبطالها لعدم مساسها بحقوقهم، إذا كانت في حدود ثلث المخلف صحة الهبة ولا حاجة لإجازة الورثة ، عملاً بمقتضيات الفصل 187 من ذات القانون.

وقد لا يكون المرض على درجة من الخطورة من حيث تأثيره على الرضا، لكن إتصاله بالموت يجعل عقد الهبة المبرم أثناء المرض مضراً لحقوق الورثة، خاصة إذا كان الموهوب يتعلق بجميع مكونات الذمة المالية .

¹ - قرار صادر عن المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية، ملف رقم 256869، الصادر بتاريخ: 2001/02/21، المجلة القضائية ، العدد 02، سنة 2002، ص 428.

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

ب- موقف المشرع المغربي: حسب ماجاء في هذا التشريع أن هبة المريض تعتبرها مجموعة من الأحكام حسب الحالات التالية:

1- حالة هبة المريض مرض الموت لغير وارث: تعتبر هبة المريض مرض الموت لغير وارث نافذة إذا لم يكن له ورثة، ولو كان الموهوب كل مال الواهب، ولا يحق لأحد معارضته ذلك ولا بيت المال، فإذا لم تكن تستغرق كل مال الموهوب رد الباقي لبيت المال، ولا تجوز هبة المريض ولا صدقته إلا المقبوضة، وإذا مات الواهب قبل التسليم بطلت الهبة¹.

وهذا أكدته المادة 280 من مدونة الحقوق العينية المغربية الفقرة الثانية، على أن: «... إلا أنه لم يكن للواهب وارث صحت الهبة في الشيء الموهوب بكامله»²، فالهبة لا تصلح إلا إذا تم القبض أو الحيازة أثناء حياة الواهب وإلا بطل عقد الهبة، وهذا أكدت عليه المادة 279 من نفس القانون بقولها: «إذا توفى الواهب قبل أن يقبل الموهوب له بطلت الهبة...»³.

2- حالة إذا كان للواهب ورثة: فهبة المريض مرض الموت في حالة وجود ورثة تبقى متوقفة حول ما إذا كان الموهوب من الثلث أو الثلث نفسه، فإذا كانت من الثلث أو إستغرقت الثلث فإنها نافذة ولو لم يجزها الورثة، وإذا كان أكثر من الثلث لا تنفذ في مازاد عن الثلث إلا بإجازة الورثة لأن المنع حق لهم.

1- حالة هبة المريض المدين: فإن الواهب المريض في مرض موته لا تنفذ هبته، إذا كان مدينا وكان دينه يستغرق كل تركته، سواء كان الموهوب له وارثا أو غير وارث ويبقى نفاذ الهبة متوقفا على إجازة الدائنين، والمشرع المغربي لا يعتبر الهبة صحيحة ممن كان الدين محيطا بماله.

¹ - عبد السلام فيغو، "التصرفات الصادرة من مريض مرض الموت"، ط الثالثة، المغرب، 2010، ص 234.

² - المادة 280 ف2، من القانون رقم 39/08، المتعلق بمدونة الحقوق العينية، الصادرة بتنفيذ الظهير الشريف، رقم: 1/11/178، بتاريخ: 2011/11/22.

³ - المادة 279، من القانون رقم 08/39، المتعلق بمدونة الحقوق العينية، الصادرة بتنفيذ الظهير الشريف، رقم: 1/11/178، بتاريخ: 2011/11/22، الجريدة الرسمية، عدد 5998 بتاريخ 24 نوفمبر 2011.

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

وفي الحالة التي يكون الموهوب له قد باع الموهوب قبل موت الواهب، فلا يجوز للدائن نقض البيع، بل يضمن الموهوب له قيمة المبيع.

وهذا ما أكدته المادة 278 من مدونة الحقوق العينية بنصها: « لا تصلح الهبة ممن كان الدين محيطا بماله»¹.

2- حالة هبة المريض غير المددين: إذا إنصرف المريض مرض الموت غير المددين أو دينه غير مستغرق لتركته، فحكم الهبة الصادرة عنه كحكم هبة الباقي عن الدين، وبالتالي تدل في حكم هبة التركة الخالية من الدين.²

وإجازة الورثة يجب أن تحصل بعد موت الواهب، فلو أجاز الورثة هبة المريض قبل موته لم تجز، لأن حق الورثة إنما يثبت بعد الموت وليس قبله، أما إذا وهب المريض هبة ثم شفي من مرضه، فقبض الواهب الهبة قبضا صحيحاً، ثم مات الواهب أعتبرت الهبة صحيحة.³

ثالثاً - موقف المشرع الفلسطيني:

حسب ما جاء في هذا التشريع أن هبة المريض تعتبرها مجموعة من الأحكام حسب الحالات التالية:

أ- حالة هبة المريض مرض الموت عند عدم وجود الورثة: تنص المادة 877 من مجلة الأحكام العدلية على أنه: « إذا وهب من لاوارث له جميع أمواله لأحد في مرض موته وسلمها فيصح، وبعد وفاته ليس لأمين بيت المال المداخلة في تركته».

¹ - المادة 278، من القانون رقم 08/39، المتعلق بمدونة الحقوق العينية، الصادرة بتنفيذ الظهير الشريف، رقم:

1/11/178، بتاريخ: 2011/11/22.

² - عبد السلام فيغو، المرجع السابق، ص 237.

³ - المرجع نفسه، ص ص 237 - 238 .

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

ويتضح من ذلك أن عدم وجود ورثة للواهب فإن الهبة تكون نافذة، ولو كانت بكل أمواله، وليس لبیت المال الاعتراض على مثل هذه الهبة لإنتفاء العلة من وقوع الإجازة في مثل هذه الحالة¹.

ويجب أن تتم الهبة بالتسليم، فالهبة تتوقف على القبض، حيث تنص المادة 526 من القانون المدني الفلسطيني على أنه: « يلتزم الواهب بتسليم الموهوب له ».

ب - **حالة وجود ورثة:** نصت المادة 879 من مجلة الأحكام العدلية على أنه: « إذا وهب أحد في مرض موته شيء لأحد ورثته وبعد وفاته لم تجز الورثة الباقيون، فلا تصح تلك الهبة، وأما لو وهب وسلم لغير الورثة فإن كان ثلث ماله مساعداً لتمام الموهوب تصح، وإن لم يكن مساعداً أو لم تجز الورثة الهبة، تصح في المقدار المساعد، ويكون الموهوب له مجبراً على رد الباقي ».

3- **الهبة لغير الوارث:** إذا كان الموهوب وقت الموت لا يزيد على ثلث التركة، صحت بغير إجازة الورثة، أما إذا جاوز الموهوب الثلث فلا تصح إلا إذا أجازها الورثة².

4- **هبة المريض المدين:** وهي من الحالات التي نصت عليها المادة 880 من مجلة الأحكام العدلية والآتي نصها: « إذا وهب من إستغرقت تركته بالديون، أمواله لوارثه أو لغيره وسلمها ثم توفي، فلأصحاب الديون إلغاء الهبة وإدخال أمواله في قسم الغرماء ».

1 - أندور ميشال يوسف حفييري، المرجع السابق، ص 163.

2 - المرجع نفسه، ص 167.

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

خلاصة الفصل الثاني:

تعتبر الهبة عقد قانوني كسائر العقود الأخرى، وبالتالي حتى تكون الهبة صحيحة، لا بد من توفر شروط هذا العقد وأركانه بقسميها: العامة والمتمثلة في: التراضي والمحل والسبب والأركان الخاصة المتمثلة في الشكلية وحياسة الشيء الموهوب، بحيث إذا تخلف واحد منها كان العقد باطلا وهذا طبقا لنص المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري، والبطلان نوعان مطلق ونسبي ويزترتب على تقرير البطلان لعقد الهبة بنوعيه آثار قانونية.

وقد كيف المشرع الجزائري هبة المريض مرض الموت على أنها وصية، أي إنتقل التكيف القانوني لهبة المريض مرض الموت من عقد إلى تصرف بإرادة منفردة، فإذا كان التصرف صادرا في مرض الموت ولم تتجاوز قيمته حدود ثلث التركة تصح هبته، ولا تتوقف على إقرار الورثة، إلا أن الهبة في مرض الموت لصالح المنفعة العامة تأخذ حكما خاصا فلا رجوع فيها بنص المادة 212 من قانون الأسرة التي تنص أن الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها.

وبمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية يجب أن نفرق بين ما إذا كانت هبة المريض لوارث أو غير وارث، فإذا كانت لغير الوارث نفذت إذا لم يكن له ورثة ولو وهبه كل ما يملك، فإذا كانت هبة المريض مرض الموت في حدود الثلث نفذت وأنتجت آثارها، أما ما زاد عن الثلث فمتوقف على إجازة الورثة.

الأختان

الخاتمة:

يستخلص مما تقدم أن موضوع الهبة في مرض الموت من المواضيع الهامة، لما تحمله من أهمية بالغة في حياة الناس، وقد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري بقوله: «الهبة في مرض الموت، والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية»، وهو الحكم الذي يعتبر تفصيلا للحكم العام الذي جاءت به المادة 776 من القانون المدني الجزائري، الذي إعتبر أن كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف.

وعلى ضوء دراستنا لأحكام تصرف المريض مرض الموت في عقد الهبة وفقا للفقهاء الإسلامي والتشريع الجزائري، فقد خلصنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات، نوردهما فيمايلي:

أولا- النتائج:

- 1- تعتبر الشريعة الإسلامية الغراء المصدر الأول في تنظيم أحكام تصرفات المريض مرض الموت، ومنها إستمد المشرع الجزائري أحكامه.
- 2- لاحظنا أن المشرع الجزائري على غرار أغلبية التشريعات العربية لم يهتموا بوضع تعريف أو تحديد ضوابط لمرض الموت، غير أن بعض التشريعات العربية قامت بتعريفه مثل القانون المدني الأردني والقانون المدني السوداني والقانون المدني الإماراتي.
- 3- إختلف الفقهاء في تعريف مرض الموت إلا أن الإختلاف كان في أمارته وعلاماته، ولكن المعنى المقصود من مرض الموت هو المرض الخطير المؤدي إلى الموت متزامنا مع وقوع التصرف.

4- قسم فقهاء الشريعة الإسلامية الأمراض إلى مخوفة وغير مخوفة، من حيث إتصالها بالموت، أما الأمراض المزمنة فحكمها حكم الصحة، إلا إذا اشتدت وخيف الهلاك منها فهنا يصبح المريض بها مريض مرض الموت إن إتصلت بالموت فعلا، وقد حدد بعض الفقهاء مدة سنة ليكون مرض المريض بها مخوفا.

5- ثمة حالات خاصة كثيرة تشتهب بمرض الموت، ولكنها ليست من مرض الموت في شيء غير أن الهلاك يكون غالبا فيها ولموت يعقبها مباشرة، فضلا عما يكون عليه المريض من حالة نفسية وإعتقاده بدنو الأجل، ولهذا ألحق فقهاء الشريعة حكمها حكم المريض مرض الموت وأعطيت حكمه، ومنها حالة المقاتل في ساحة القتال وحالة المحكوم عليه بالإعدام عندما يقاد إعدامه وحالة وقوع وباء أو مرض فتاك يزهق الأرواح، وما إلى ذلك من الحالات الأخرى التي لا يقل فيها توقع الموت عما هو عليه في حالة المرض المخوف.

6- مرض الموت واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات التي أقرها القانون، بما فيها شهادة الشهود والقرائن، والشهادة الطبية، أما فيما يخص عبء الإثبات فيقع على عاتق الورثة ومن له مصلحة من ذلك.

7- مرض الموت لا ينافي الأهلية، إلا أنه سبب من أسباب الحجر على المريض مرض الموت بقصد الحفاظ على حقوق الورثة والدائنين من الضرر، ولكن لإيقاعه لا بد من إتصال المرض بالموت فعلا.

8- يشترط لصحة إجازة الورثة لتصرف المريض مرض الموت أن يقع بعد وفاة المريض مرض الموت، لأن إجازتهم لا تكون قد صدرت من أهلها ومن ثم لا بد أن تكون الإجازة صادرة ممن يكون أهلا لها من الورثة بعد موت المريض المورث.

9- إن الهبة عقد تبرعي محض يتم بموجبه نقل الملكية إلى الموهوب له بدون عوض، ولا تتعقد إلا بتطابق الإيجاب والقبول، فالهبة عقد ملزم للجانبين ولا يجوز الرجوع فيها إلا إستثناء وهي الحالات المنصوص عليها في المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري.

10- تم تقيد التصرفات التبرعية الصادرة أثناء مرض الموت وعلى وجه التحديد الهبة وذلك بغرض رد التحايل على أحكام الميراث.

11- يعاد تكيف الهبة الصادرة من المريض مرض الموت لتتحول من عقد إلى تصرف بالإرادة المنفردة فتأخذ حكم الوصية مما ينتج عنه خضوع الهبة لجميع أحكام الوصية.

ثانيا- التوصيات:

وبناء على ما توصلنا إليه من نتائج ، فإننا نوصي:

1- على المشرع الجزائري أن يعطي تعريف واضح شامل مانع لمرض الموت، بحيث لا يبقى سبيلا للرجوع إلى الفقه والقضاء.

2- وضع أحكام خاصة في قانون الأسرة تنظم تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة ضمن أحكام الهبة، في باب عقود التبرع، وهذا لما لها من علاقة وطيدة بالأحوال الشخصية، وفقا للتشريع الإسلامي، لوضع حد للتحايل على الغاية التي شرع لأجلها هذا النوع من التصرفات.

3- تشكيل لجنة من الأطباء مختصين، من أجل تحديد الأمراض التي تدخل في دائرة مرض الموت وتبيان شروطها، مع إعداد تقارير طبية ترسل بشكل دوري إلى الجهات القضائية المعنية.

4- نوصي المشرع بتصحيح التناقض الحاصل في المادة 408 من القانون المدني الجزائري في نصه الفرنسي المترجم مع النص العربي، وهذا بالنسبة لتحديد فترة حدة المرض، والذي يتناقض مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامي.

5- نوصي المشرع بتعديل المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري وإدراج ما نع آخر لموانع الرجوع في الهبة للأبوين وهو ألا يكون الواهب أو الموهوب له مريضا مرض الموت وقت الرجوع.

قائمة المراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولاً - المصادر:

أ- القرآن الكريم: برواية حفص بن عاصم.

ب- الحديث:

1- أخرجه ابن ماجة في سنة، كتاب الدراية في تخريج أحاديث الهداية، لأبو الفضل حجر

العسقلاني، حديث رقم: 846، تح: عبد الله هاشم اليماني المدني، بيروت، دار المعرفة.

2- أخرجه أحمد، "كتاب التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج"، لوهبة الزحيلي، ط

الثانية، الحديث رقم: 122253، دمشق، سوريا، دار الفكر المعاصر، 1418هـ.

3- البخاري، محمد بن سماعيل، صحيح البخاري، ط الأولى، القاهرة، مصر، المكتبة

السلفية، 1400هـ، الحديث رقم: 2742.

ثانياً - المراجع

أ- كتب الفقه الإسلامي:

1- الإمام مالك بن أنس، "المدونة الكبرى"، ط الأولى، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، 1994.

2- أبو بكر زكريا محي الدين بن شرف النووي، "المنهاج الصحيح المسلم"، بيروت،

لبنان، دار إحياء التراث العربي، 1392هـ.

3- أبو عبد الله محمد الخرشي، "شرح الخرشي عن مختصر سيد خليل ومعه حاشية

الشيخ على العدوي الصعدي"، ط الأولى، مصر، المطبعة الأميرية، بولاق، 1317هـ.

4- أبي بركات أحمد بن محمد الدردير، "الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب

الإمام مالك"، القاهرة، مصر، دار المعارف.

- 5- أحمد بن محمد عرفة الدسوقي، "حاشية الدسوقي"، ط الأولى، بيروت، دار الكتب العلمية، 1996.
- 6- الإمام محمد بن إدريس الشافعي، "كتاب الأم"، ط الأولى، مطبعة الأميرية، بولاق، القاهرة، 1332هـ.
- 7- (.....)، "الأم"، ط الأولى، المنصورة، مصر، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، 1422هـ - 2001م.
- 8- أمين هندية، "الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية"، (على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان)، ط الثالثة، مصر، مطبعة التأليف بالفجالة، 1895م.
- 9- تميم بن عبد الله بن سيف التميمي، "الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون القطري"، ط الأولى، الرياض، السعودية دار الكتاب الجامعي للنشر والتوزيع، 2017.
- 10- سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، "شرح التلويح على التوضيح"، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية.
- 11- سليمان المرادوي الحنبلي، "الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل"، ط الثانية، بيروت، لبنان، دار إحياء التراث العربي.
- 12- سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي، "حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب"، ط الثانية، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، 2013.
- 13- شمس الدين السرخسي، "المبسوط"، بيروت، لبنان، دار المعرفة.
- 14- شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، "حاشية الدسوقي على الشرح الكبير"، القاهرة، مصر، دار إحياء الكتب العربية.
- 15- شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشرنيبلي، "مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج"، القاهرة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1377هـ - 1958م.
- 16- عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد الزرقاني المصري، "شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل"، ط الأولى، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، 2002.

17- د. عبد الستار حامد، "أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي"، ط الأولى، مطبعة جامعة بغداد، 1986.

18- علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد بن عباس البجلي الدمشقي، "الأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية"، مطبعة السنة المحمدية، 1950.

19- علي بن أبي بكر المرغياتي برهان الدين أبو الحسن، "الهداية شرح بداية المبتدى"، ط الأولى، باكستان، من منشورات إدارة القآن وعلوم الإسلامية، 1417هـ.

20- علي محمد علي أحمد، "معيار تحقق الوفاة وما يتعلق بها من قضايا حديثة في الفقه الإسلامي (الموت الرحيم)"، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2008.

21- قاسم محمد النوري، "البيان في مذهب الإمام الشافعي"، ط الأولى، بيروت، لبنان، دار المنهاج، 2000.

22- كمال الدين بن الهمام، "فتح القدير"، القاهرة، مصر، مطبعة الأميرية بولاق، 1315هـ.

23- الإمام مالك بن أنس الأصبحي، "الموطأ"، ط الأولى، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1997.

24- الإمام محمد أمين بن عمر المعروف بإبن العابدين، "حاشية عابدين المسماة رد المختار على الدر المختار"، بيروت، دار إحياء التراث العربي.

25- (...)، "حاشية ابن عابدين رد المختار على الدر المختار"، الرياض، السعودية، دار عالم الكتب، 2003.

26- الإمام محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي، "القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والخنفية والحنبلية"، ط الأولى، بيروت، لبنان، دار ابن حزم، 1434هـ-2013م.

27- محمد بن عبد الرحمن المغربي الشهير بالحطاب الرعيني، "مواهب الجليل لشرح مختصر خليل"، الرياض، السعودية، دار عالم الكتب، 2003.

- 28- د. محمد عزام عبد العزيز، "كتاب فقه المعاملات، الهبة وأحكامها"، مكتب الرسالة الدولية للطباعة والنشر والتوزيع، المكتبة الشاملة الحديثة، 1997-1998.
- 29- د. محمد مصطفى الزحيلي، "النظريات الفقهية"، ط الأولى، دمشق، سوريا، دار القلم، 1993.
- 30- د. محمد يوسف موسى، "الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي"، القاهرة، مطبعة دار الكتاب العربي، 1952.
- 31- د. محمود إسماعيل مشعل، "أحكام المريض في فقه الأسرة"، ط الأولى، مصر، مكتبة الوفاء القانونية، 2013.
- 32- مصطفى أحمد الزرقا، "المدخل الفقهي العام (الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد)"، ط السادسة، دمشق، سوريا، دار الفكر، 1992.
- 33- موفق الدين بن أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الحنبلي، "المغني"، مصر.
- 34- د. وهبة الزحيلي، "أصول الفقه الإسلامي"، ط الأولى، دمشق، سوريا، دار الفكر، 1986.
- 35- د. يسرى السيد محمد، "جامع الفقه"، ط الأولى، المنصورة، مصر، دار الوفاء للطباعة، 2000.
- 36- نخبة من العلماء، "الموسوعة الفقهية وزارة الاوقاف والشؤون الدينية"، ط الأولى، الكويت، دار الصفاة، 1418 هـ .

ب- القواميس والمعاجم:

- 1- د. إبراهيم مذكور وآخرون، " المعجم الوسيط"، القاهرة، مصر، 1392 هـ، 1972 م.
- 2- ابن منظور محمد، " لسان العرب"، تحقيق عبد الله على الكبير وآخرون، ط الأولى، القاهرة، مصر، دار المعرف.

3- أبي الحسن أحمد بن فارس بن زكريا، "مقاييس اللغة"، إتحاد الكتاب العرب، 1423هـ-2002م.

4- محمد الحسيني أبو الفيض، "تاج العروس من جواهر القاموس"، دار الهداية.

ج- الكتب قانونية وعامة:

1- أحمد نصر الجندي، "التعليق على قانون الولاية على المال"، مصر، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، 2004.

2- الإمام محمد أبو زهرة، "شرح قانون الوصية"، دار الفكر العربي، سنة 1988.

3- (.....)، "الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية"، القاهرة، مصر، دار الفكر العربي، 1996.

4- د. بدران أبو العينين بدران، "الموارث والوصية والهبة في الإسلامية والقانون ونصوص القوانين الصادرة بشأنها"، مؤسسة شباب الجامعة للنشر والتوزيع، 1985.

5- د. بلحاج العربي، "مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري"، ط الأولى، الجزائر، دار هومة، 2015.

6- د. حبيب إدريس المزوري، "تصرفات المريض مرض الموت- دراسة مقارنة"، ط الأولى، الإسكندرية، مصر، دار الفكر الجامعي، 2015.

7- د. حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، "مرض الموت وأثره على عقد البيع دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي"، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2008.

8- د. حمدي باشا عمر، "عقود التبرعات (الهبة، الوصية، الوقف)"، بوزريعة، الجزائر، دار هومة للنشر والتوزيع، 2004.

9- د. خالد بن علي بن محمد المشيخ، "الجامع لأحكام الوقف والهبات والوصايا"، ط الأولى، قطر، إصدارات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية القطرية، 2013.

- 10- د. عبد الرحمان النجدي، "طرق الإثبات الشرعية - مع بيان إختلاف المذاهب الفقهية وسوق الأدلة والموازنة بينها ثم مقارنة بالقانون"، ط الرابعة، المكتبة الأزهرية للتراث، 2003.
- 11- أ. سائح سنقوقة، "شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (نصا- شرحا-تعليقا- تطبيقا)"، عين مليلة، دار الهدى.
- 12- د. سليمان مرقس، "شرح القانون المدني- العقود المسماة- (عقد البيع)"، ط الرابعة، القاهرة، عالم الكتب، 1980.
- 13- د. شفيق الجراح، "عقد البيع"، دمشق، سوريا، 1985.
- 14- د. شيخ نسيمة، "أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية (الهبة، الوصية، الوقف)"، الجزائر، 2012.
- 15- د. عبد الحميد الشواربي، "القرائن القانونية والقضائية في المواد المدنية والجنائية والأحوال الشخصية"، الإسكندرية، منشأ المعرف، 2003.
- 16- د. عبد الرزاق السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة"، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2004.
- 17- (.....)، "الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية- الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح-"، بيروت، لبنان، دار إحياء التراث العربي.
- 18- د. عبد السلام فيغو، "التصرفات الصادرة من مريض مرض الموت"، ط الثالثة، المغرب، 2010.
- 19- أ. عبد العزيز بن محمد الصغير، "حقوق الدائنين في التركة في ضوء الشريعة الإسلامية"، ط الأولى، القاهرة، مصر، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2016.
- 20- د. عبد المنعم فرج الصدة، "الحقوق العينية الأصلية"، دار النهضة العربية، 1982.

- 21- د. عزت كامل، "الوجيز في تصرفات المريض مرض الموت"، ط الأولى، القاهرة، دار النهضة، 1988.
- 22- د. علي علي سليمان، "النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري"، بن عكنون، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، ص 67 .
- 23- د. علي كاظم الشيباني، "تحول العقد في نطاق القانون المدني"، ط الأولى، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2015.
- 24- د. كمال حمدي، "الموارث والهبة والوصية"، الإسكندرية، دار الكتب القانونية، 1998، ص 160.
- 25- د. محمد بن أحمد تقية، "دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية و القانون المقارن"، ط 1، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2003.
- 26- د. محمد سعيد جعفرور، "تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي"، ط الأولى، الجزائر، دار هومة، 2002.
- 27- د. محمد صبري السعدي، "شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للإلتزامات"، ط الثانية، عين مليلة، الجزائر، دار الهدى، 2004.
- 28- _____، "الإثبات في المواد المدنية والتجارية"، ط الأولى، عين مليلة، الجزائر، دار الهدى، 2011.
- 29- د. محمد يوسف الزغبى، "العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني الأردني"، ط الأولى، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2004.
- 30- د. محمودي عبد العزيز، "رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري"، البليدة، الجزائر، قصر الكتاب، 2006.
- 31- المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، ملحق مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 26، أبريل 2006.

32- د. مصطفى أحمد حجازي عبد الجواد، "أحكام الرجوع القضائي في الهبة"، ط الأولى، القاهرة، دار النهضة العربية، 2009.

33- د. منصور نورة، "هبة العقار في التشريع"، عين مليية، الجزائر، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، 2010.

34- د. نبيل صقر، "تصرفات المريض مرض الموت، (الوصية، البيع، الهبة، الوقف، الكفالة، الإبراء، القرار، الخلع، الطلاق)"، الجزائر، دار الهدى، 2008.

35- د. يمينة ححو، "عقد البيع في القانون والاجتهاد القضائي الجزائري"، الجزائر، دار بلقيس.

ثالثا- الرسائل العلمية ومحاضرات:

1- آمال سليم، "تحول العقد في القانون المدني"، بحث لنيل شهادة ماجستير في العقود والإستثمارات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منار، تونس، 2005-2006.

2- أندرو ميشيل يوسف حفيري، "التصرفات القانونية الصادرة في مرض الموت وفق مجلة الأحكام العدلية -دراسة مقارنة-"، بحث لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة القدس، فلسطين، 1439 هـ - 2018 م.

3- إيمان بريم، كريمة حوري، "تصرفات المريض مرض الموت بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري"، بحث لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم حقوق، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2017-2018.

4- رشاد السيد إبراهيم عامر، "تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري مقارنة بالشرعية الإسلامية والقوانين الأخرى"، بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، 1989.

5- سارة خضر ارشيدات، "البيع في مرض الموت"، بحث لنيل شهادة الماجستير في قانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الوسط، 2014.

6- سارة محمد زايد، " تصرفات المريض مرض الموت "، بحث تخرج، كلية القانون، جامعة الشارقة، 2019-2020.

7- عادل حسين علي، " نقص الأهلية وأثره في التصرفات (دراسة مقارنة بين القانون والشريعة) "، بحث لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، قسم المدني، جامعة عين الشمس، مصر، 1437هـ، 2016م.

8- عبد العزيز مصطفى الخالد، " العقد الموقوف والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي " بحث لنيل شهادة الدكتوراه، فرع الفقه والأصول، قسم الدراسات العليا الشرعية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، 1989.

9- نور الدين بقة، " الإضرار في الوصية في الفقه الإسلامي وفي التشريع العربي المقارن " بحث لنيل شهادة الماستر حقوق، تخصص: أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشوربالجلفة، 2016-2017.

10- وضح سلمى، " مرض الموت وأثره على مسائل الأسرة " بحث لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة بجاية، 2015-2016.

11- د. عمار نكاع، " الهيئة و الوصية "، (محاضرات موجهة إلى طلبة قانون الأسرة)، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة 1، 2021-2022.

12- د. جبار جميلة، " عقد الهيئة "، (محاضرات موجهة إلى طلبة السنة الأولى ماستر)، قسم الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، 2019-2020.

رابعاً- البحوث والمقالات:

1- د. إياد محمد جاد عبد الحق، " هبة المريض مرض الموت في مجلة الأحكام العدلية "، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإسلامية)، مج19، العدد 02، يونيو 2011.

2- د. حبيب إدريس عيسى المزوري، عباس زبون العبودي، " تصرفات المريض مرض الموت -دراسة مقارنة- "، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق جامعة الموصل، العراق، مج16، العدد59، سنة2018.

3- أ.رشيد بو بكر، "الرجوع في الهبة في الشريعة وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة الدراسات الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، دورية محكمة، جامعة الأغواط، العدد، 06، 2016.

4- د.عائشة محمد إسماعيل الأمين، "إثبات تصرفات المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي(دراسة مقارنة)"، المجلة القانونية، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، فرع الخرطوم، مج9، العدد 4، 2021.

5- د.علي بن عبد العزيز بن إبراهيم المطرودي، "قاعدة الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته وتطبيقاتها"، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، كلية الشريعة، الرياض، السعودية، العدد 13، 2012.

6- د.علي عبد الرحمان الربيعة، "الوصية"، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ط الثانية، مكة المكرمة، السعودية، العدد 06، 2005.

7- د. مازن مصباح صباح، "الهبة في مرض الموت - دراسة فقهية مقارنة-"، مجلة الجامعة الإسلامية، جامعة الأزهر، غزة، مج19، العدد 02، يونيو 2011.

8- د. محمد بشير، "عوارض الأهلية والحلول القانونية المقررة لها في التشريع الجزائري - دراسة مقارنة-"، مجلة صوت القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، وهران 2، مج5، العدد 02، أكتوبر 2018.

9- د. محمد رافع يونس محمد، "أحكام وقف المريض مرض الموت"، مجلة الرافدين للحقوق، كلية العلوم، جامعة الموصل، العراق، مج10، العدد38، 2008.

37- نريمان خمار، حورية لشهب، "تحول تصرفات المريض مرض الموت الى وصية"، مجلة العلوم الإسلامية، مج 20، العدد 02، 2020.

خامسا- المجالات القضائية:

1- المجلة القضائية، العدد02، 1989.

2- المجلة القضائية، العدد03، 1989.

- 3- المجلة القضائية، العدد04، 1991.
- 4- المجلة القضائية، عدد03، 1992.
- 5- المجلة القضائية، عدد خاص، 2001.
- 6- المجلة القضائية، العدد02، 2002.
- 7- المجلة القضائية، العدد01، 2003.
- 8- المجلة القضائية، العدد01، 2007.
- 9- المجلة القضائية، العدد10، 2010.
- 10- مجلة الأحكام العدلية، العدد3، 1987.
- 11- مجلة المحكمة العليا الموريتانية، العدد02، 2014.

سادسا- النصوص التشريعية:

- 1- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 م المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، الجريدة الرسمية، العدد 31، المؤرخة في 13 ماي 2007.
- 2- الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ، جريدة الرسمية رقم 92، 1975.
- 3- قانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05-09 المؤرخ في 27 فبراير 2005، جريدة الرسمية، العدد 15، المؤرخة في 17 فبراير 2005.
- 4- القانون 91-10 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتعلق بالأوقاف، الجريدة الرسمية، العدد 21، 1991، المعدل والمتمم.
- 5- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21، 23 أبريل 2008.

6- قانون رقم 05-02 مؤرخ في 06 فبراير سنة 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن قانون التجاري.

7- قانون المدني الأردني.

8- قانون المدني السوداني.

9- قانون المدني المصري.

10- قانون رقم (14) لسنة 2002 خاص بالقانون المدني اليمني.

11- القانون رقم 52-2001 المتضمن مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

12- القانون المدني الفلسطيني.

13- قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة الصادر بالقانون الإتحاد رقم

05 لسنة 1985م والمعدل بالقانون افتحاد رقم 01 لسنة 1987.

14- القانون 08-39، المتعلق بمدونة الحقوق العينية، الصادرة بتنفيذ الظهير الشريف،

رقم: 1/11/178، بتاريخ: 2011/11/22، الجريدة الرسمية، عدد 5998 بتاريخ 24 نوفمبر 2011.

15- المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25، المتعلق بتأسيس السجل العقاري،

جريدة الرسمية رقم 30، سنة 1976

سابعا- المواقع الإلكترونية:

1- موقع ويكيبيديا <https://ar.wikipedia.org>

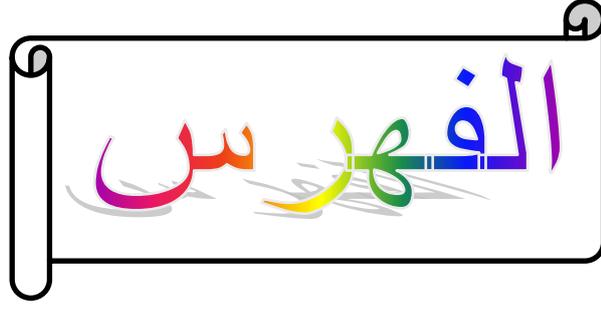
2- موقع منظمة الصحة العالمية، <https://www.who.int>

ثامنا- المراجع باللغة الأجنبية:

¹-Olivier cornay, **la conversion des actes juridique**, thèse Lausanne, 19737.

2-Philippe Simler, **la nullité partielle des actes juridique**, these Librairie générale de droit et de jurisprudence, paris, 1969.

الفهرس



مقدمة: أ

الفصل الأول: ماهية مرض الموت

المبحث الأول: مفهوم مرض الموت 8

المطلب الأول: تعريف مرض الموت..... 8

الفرع الأول: معنى مرض الموت..... 8

الفرع الثاني: المقصود بمرض الموت. 11

المطلب الثاني: شروط تحقق مرض الموت وصوره..... 20

الفرع الأول: شروط تحقق مرض الموت..... 20

الفرع الثاني: صور مرض الموت..... 26

المبحث الثاني: إثبات مرض الموت وتأثيره على تصرفات المريض..... 33

المطلب الأول: إثبات مرض الموت..... 33

الفرع الأول: إثبات مرض الموت في الشريعة الإسلامية..... 33

الفرع الثاني: إثبات مرض الموت في القانون الوضعي..... 40

المطلب الثاني: أهلية المريض مرض الموت..... 48

الفرع الأول: الأهلية..... 48

الفرع الثاني:مدى تأثير مرض الموت على تصرفات المريض..... 54

60..... خلاصة الفصل الأول.

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

61..... المبحث الأول: ماهية الهبة.

62..... المطلب الأول: مفهوم الهبة.

62..... الفرع الأول: تعريف الهبة و أدلة مشروعيتها.

67 الفرع الثاني: مقومات الهبة و تمييزها عن التصرفات المشابهة لها.

72..... المطلب الثاني: أركان عقد الهبة و كيفية الرجوع فيه.

72..... الفرع الأول: أركان عقد الهبة.

84..... الفرع الثاني: الرجوع في عقد الهبة.

89..... المبحث الثاني: أحكام الهبة في تصرفات المريض مرض الموت.

89..... المطلب الأول: تحول هبة المريض مرض الموت إلى وصية.

89..... الفرع الأول: مفهوم التحول.

93..... الفرع الثاني: هبة مريض مرض الموت من عقد إلى تصرف بإرادة منفرد.

101..... المطلب الثاني: أحكام هبة المريض مرض الموت بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

107..... الفرع الثاني: أحكام هبة المريض مرض الموت في القانون الوضعي.

113..... خلاصة الفصل الثاني.

114..... الخاتمة.