العالي والبحث العلمي

المركز الجامعي صالحي أحمد _ بالنعامة

معهد الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر تخصص قانون الأسرة بعنوان:

أثر مرض الموت على التصرفات التبرعية وعقود المعاوضات

إعداد الطالبة:

❖ معطى نورية

إشراف الاستاذ:

❖ عماري نور الدين

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة في البحث
د/بوفلجة عبد الرحمان	أستاذ محاضر "أ"	رئيسا
د/عماري نور الدين	أستاذ محاضر "أ"	مشرفا ومقررا
د/زيدون بختة	أستاذ محاضر "ب"	ممتحنا

الموسم الجامعي

2020م-2021م

1441هـ-1442هـ

مـــقـــدمـــــــة

الأصل أن الإنسان حر في التصرف بأمواله عن طريق البيع و الهبة و الوصية ، و تصرفات قانونية مادام أهلا بها ، وله جميع الصلاحيات للتصرففي أمواله قانونا سواء بعوض أو بغيرعوض ، و في حياته قد يصيبه مرض و يمنعه عن قضاء حاجاته و القيام بأعماله و تسيير ممتلكاته ، فتتأثر ذمته المالية ، بإحساسه بدنو أجله ، و تتجه الأنظار إلى أمواله ، التي تتعلق بحق الغير الذي يكون دائنا أو وارثا ، و أمام إحساسه بترك الحياة يقبل على التوبة و يريد التقرب من الله بالقيام بالتبرع ، والهبة أو الوصية ، ولولا هذا المرض و الإحساس بقرب الأجل مل قدم عليها ، مما يجعل تبرعاته التي قام بها أثناء حياته وسيلة لستر الوصية التي قد تخرج على أحكامها بمحاباة بعض الورثة دون الآخرين ، أو الإيصاء لأجنبي بأكثر من الحد الجائز شرعا ، فيضر حق من لهم علاقة بهذه الأموال ، ولهذا أوجدت الأحكام الشرعية المقررة في الفقه الإسلامي لوضع حدود لهذه التصرفات و الحفاظ على الحقوق .

و لهذا نجد أن مرض الموت من الوسائل المهمة على الصعيد القانوني في الوقت الحالي نظرا لكثرة تطبيقاته في الميدان مقابل تشعبلته النظرية ، و اختلفت التشريعات في الأخذ به، و هذا يطرح إشكالات التي سنحاول معالجتها من خلال هذا البحث أهمها:

-ما مدى تأثير مرض الموت على التصرفات التبرعية و عقود المعاوضات؟

-و ماهي أحكام تصرفاته في ظل الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية؟

ماهو موقف القضاء الجزائري في هذا المجال.

و محاولة منا الإلمام بهذا الموضوع كان إما التطرق لماهية مرض الموت كفصل أول نعالج من خلاله بحثين مهمين هما مفهوم مرض الموت و كيفية إثباته و مدى تأثيره على تصرفات المريض من خلال المبحث الثاني ، أما الفصل الثاني عالجنا من خلاله أحكام تصرفات المريض مرض الموت في مجال الأحوال الشخصية و المبحث الثاني تطرقنا إلى أحكام تصرفات المريض مرض الموت في أمواله .

الفصل الأول

ماهيةمرض الموت

الفصل الأول:ماهيةمرض الموت.

– لقد جاء القانون و الشريعة الإسلامية على موضوع التصرفات التي يمر بها الشخص و هو في حالة مرض الموت التي بلا شك تختلف عن تصرفاته و هو في كامل صحته.

– و لتوضيح هذه التصرفات، فلا بد من التطرق أولا عن مفهوم مرض الموت و دلالاته من خلال المبحث الأول ثم أحكام تصرفات مريض مرض الموت في أحواله في المبحث الثاني.

– **المبحث الأول:** مفهوم مرض الموت

– إن القوانين الوضعية لم تضع مفهوما محددا لمريض مرض الموت، إنما حددت التصرفات و الآثار أما الشريعة الإسلامية فلطنبت في ذلك و بما أن القانون المدني و من خلال المادة الأولى حالنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

– **المطلب الأول**: تعريف مرض الموت

يعرف المرض بالجمع بين التعريفات يمكن القول أن مرض الموت هو المرض الذي يغلب فيه الهلاك، و يعجز الإنسان على القيام بمصالحه، و يتبعه الموت فعلا.

– و يعرف لغتا أنه هو كل ما يخرج بالكائن الحي عن حد الصحة و الإعتدال من علة أو نفاق أو تقصير أمر[1] و مرادف المرض هو السقم نقيض الصحة .

– تعريف الموتكما جاء المرض بمعنى الشك كما قال الله تعالى: " في قلوبهم مرض فزادهم الله مرضا "[2]أي الشك و النفاق و الضعف، و نتيجته هو نقص في القوة و الأعضاء.

---

[1]ابن الحسن ابن أحمد بن فارس بن زكريا ، معجم مقاييس اللغة ، تحقيق عبد السلام هارون مج 5 و الفكر للطباعة ، د، ب ، س ، ن ، ص ، 283 .

– الموت هو عكس الحياة، و يطلق أيضا على السكون، فكل ما قد سكن،فقد مات ، فمعنى الموت أيضا هو فقدان الحياة و خروج الروح من جسد الإنسان لقوله تعالى : " و جاءت سكرة الموت ذلك ما كنت منه تحيد "[3]

– الفرع الأول: معايير مرض الموت

1/– المعيار القديم : يكون الموت الطبيعي للإنسان بموت القلب ، و الجهاز التنفسي ، و الدورة الدموية ، الذي ينتج عنه موت خلايا الأعضاء تدريجيا ، مثلا : القلب و الكبد تبقى حية لمدة 5 دقائق ثم الكلى تبقى 15دقيقة ، و الجلد و قرنية العين والعظام تبقى حية لبضعة أيام بعد الوفاة[4].

– أما الدماغ يبقى حيا لمدة 4 دقائق فقط بعد انقطاع وصول الدم إليه[5].

– إن المعيار القديم أو التقليدي ظهر مع بداية ظهور العلوم عن البشر و لا زالت بعض الدول تأخذ به لكنه واجه إنتقادات كثيرة بأن الدماغ و الجهاز العصبي ككل قد يظل حيا حتى بعد توقف جهاز الدوران و التنفس .

– إذ يمكن استبدال القلب البشري بقلب إصطناعي، و إما بقلب بشري يؤخذ من شخص توفي عن قرب[6].

– لكنه قد يحصل أن يتوقف القلب و الدورة الدموية و الجهاز التنفسي، قد يعود الشخص للحياة مرة أخرى الأمر الذي حيرالأطباء، و هذا ما يجعل أن هذا المعيار لم يعد معيارا قاطعا لتحديد لحظة الموت. إذ أنه يمكن أن يموت قلب الإنسان ولا تعتبره ميتا لوجود جهاز

---

[2]سورة البقرة ، الآية 10 .
[3]سورة "ق" الآية 80
[4]إمام محمد إمام و سعد الفهيمي في حوار مع الدكتور محمد علي البار . مأخوذ من الأنترنيت عبر الموقع www.alsharq.awsat.com
[5]أحمد شرف الدين ، الضوابط القانونية المشروعية نقل الأعضاء البشرية ، بحث منشور في المجلة الجنائية القومية
[6]/ إصدار المركز القومي للبحوث الإجتماعية و الجنائية ، مصدر ف عدد 1 . مجلد 1978121 م ، ص 124 .

الإنعاش الصناعي، و أجهزة طبية أخرى متطورة، كما قد يبقى قلب الإنسان نابضا و لا يعتبر حيا، الذي مات بسبب مرض مثل: الإيدز، السرطان[7].

2/- <u>المعيار الحديث</u> : و سمي أيضا معيار موت الدماغ الذي يعتبر تلف لا رجعة فيه للأنسجة العصبية داخل تجويف الجمجمة ، الذي جاءت به المدرسة الفرنسية للطب سنة 1959 ، ثم أقرته جمعية الطب العالمية بمصداقية هذا المعيار [8]– و تأسيسا على معيار موت الدماغ أو جذع الدماغ – على رأي أطباء بريطانيا – فإن الحصول على الأعضاء البشرية يكون بعد توقف الدماغ ، و عدم إمكانية الحياة بسبب موت جذع المخ إذ هو السؤول عن التحكم في المراكز العصبية للبدن و القلب ، و الجهاز التنفسي و إيصال الأكسجين للخلايا في الدماغ[9].

3/ <u>المعيار الشرعي</u> : بما أن كلا من المعيارين السابقين قوبل بالإنتقاد و المعارضة وجب التوجه نحو المعيار الشرعي الذي يقضي بأن لحظة الموت تكون بتوقف القلب و موت جدع المخ، و عليه نشطت بعض المجهودات الإسلامية في البحث الذي كلل بصدور قرار رقم 99 في 1402/11/09 هـ ، عن جمعية كبار العلماء في الرياض الذي أجيز بموجبه نقل عضو من جسم إنسان ميت إلى آخرحي ، ثم عام 1981 م انعقدت ندوة عن بداية الحياة و نهايتها بالكويت، تحت إشراف منظمة المؤتمر الإسلامي للعلوم الطبيعية التي تطرقت لموت الدماغ ، ثم عام 1985 م انعقدت الندوة الثامنة لمجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة لبحث الموضوع[10]، ثم انعقد بعمان في شهر صفر 1407 هـ ، خرج بالقرارات التالية :

-يعتبر الشخص قد مات و تترتب جميع الأحكام المقررة شرعا للوفاة عند ذلك ، إذا تبينت فيه إحدى العلامتين التاليتين :

1- إذا توقف قلبه و تنفسه توقفا تاما و حكم الأطباء بأن هذا التوقف لا رجعة فيه.

---

[7] GUIDE juriclique /Dalliez 1986 che ziv mort p 357

[8] / الدكتور حسنعودةزعال،المتصرفغيرالمشروعبالأعضاءالبشريةفيالقانونالجنائيرسالةدكتوراه – جامعةبغداد 1995 ص 130.

[9] الدكتور منظر الفضل، المرجع السابق ص، 184.

[10] قرارمجمعالفقهالإسلاميحولإنتفاعالإنسانبأعضاءإنسانآخرحياكانأمميتاالصادرفيعام 1985 ممأخوذمنأنترنيتعبرالموقع www.al-jawera.net بمجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد 03 ، الرياض، الصفحة 731 و 732

2- إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلا كاملا ، و حكم الأطباء المختصين بأن هذا التعطل لا رجعة فيه ، و أخذ دماغه في التعطل.

و لاختبار هذه النتيجة يتبين لنا لدى مراجعة النصوص السابقة لمؤتمريعمان، وجدنأنه يشترط بعد ذكر توقف القلب و التنفس. أن يكون هذا التوقف لا رجعة فيه أي تماما و نهائيا ، و هذا ينسجم كثيرا مع المعيار الحديث ، أما المعيار القديم فالحكم بالموت جائز فيه على شخص مات قلبه و رئتاه حتى لو أمكن إعادة الحياة بالآلات الإصطناعية.

-كما ذهب الفقه الإسلامي ، على خلاف هذين المعيارين ، إلى أن الإ نسان يموت بظهور العلامات الآتية : انقطاع نفسه ، حدة بصره ، انفراج شفتيه بحيث لايمكن مطابقتهما ، انخلاع كتفيه من ذراعيه ، تمدد جلد وجهه ، تقلص الخصيتين إلى فوق و تدلي جلدهما ، انعواج أنفه و مرفه ، انخساف صدغيه ، استرخاء قدميه حيث لا ينتصبان[11].

الفرع الثاني : تحديد معنى مرض الموت في الفقه الإسلامي ، والقانون الوضعي ، و القضاء الجزائري .

-نتطرق من خلال هذا الفرع لمعنى مرض الموت ، و قبل ذلك نميز بين المرض العادي ، و مرض الموت ، فالمرض العادي هو الذي يصيب المريض بالإرهاق و التعب الشديد و قد يكون مصحوبا بآلام عضوية و هو مرض يشخصه الطبيب و يصف له العلاج المناسب ، و هو مرض يمكنالشفاء منه وهي تصيب البدن ، ثم يوجد المرض النفسي الذي يظهر كاضطرابات سلوكية عند الإنسان ، و نجد أمراض وراثية ، و أخرى معدية ، و أخرى لم يقدر العلم و الطب الحديث إلى تجسيدها ، أما مرض الموت ، هو المرض المخيفالذي حكم الطب بكثرة الموت بسببه سواء أقعد المريض الفراش مثل : الإيدز ، السرطان ، السارز ، أنفلونزا الطيور ، الجمرة الخبيثة ، الحمى الصالب ، الرعاف الدائم ، ذات الحيز ، مرض القلب ، تسمع الكبد ، الرئة ، هذه الأمراض إذا اتصل بها الموت تعتبر مرض الموت و

[11] المغني لإبن قدامة ج2 ط1 ، مطبعة المفار ، بدون تاريخ ، مصر ، ص 432.

تطبق عليها أحكام مرض الموت ، و إذا لم ينتج عنها الموت كشفاء المريض منها بعد ذلك مات فحكمه حكم الصحيح لا المريض [12] .

1- <u>معنى مرض الموت في الفقه الإسلامي</u> : لقد جاءت عدة تعريفات لعدة فقهاء و أهمها :

- فقد قال ابن عابدين : " كونه صاحب فراش ليس بشرط لكونه مريض مرض الموت بل العبرةللغلبة ، و لو الغالب من هذا المرض فهو مرض الموت ، و إن كان يخرج من البيت " ، و يقول أيضا : " إن علم المريض أن به مرض مهلك في غالب الأحيان ، و يشتد عليه إلى أن يموت ، فهو المعتبر و إن لم يعلم أنه مهلك ، يعتبر العجز عن الخروج للمصالح" [13] .

- وقال الكاساني : " مرض الموت هو الذي يقعد الإنسان عن عمله المعتاد في حال الصحة ، فيقعد الرجل عن عمله خارج البيت ، و يقعد المرأة عن عملها في البيت ، و روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه قال : " المريض الذي إذا طلق امرأته كان فارا ، هو أن يكون مضنني لا يقوم إلا بشدة ، و هو في حالة يعذر فيها الصلاة جالسا "[14] .

- كما يرى الحنفية أن مرض الموت هو : " المرض المخوف الذي يؤدي إلى هلاك صاحبه و ينتهي به إلى الموت و لو لسبب غير هذا المرض " [15]، و لكنهم اختلفوا في تفسير إماراته و أوصافه الظاهرة.

- ويرى المالكية : أن مرض الموت هو كل مرض يؤكد فيه الأطباء بأنه يكثر الموت من مثله كالسل[16].

---

[12] الدكتور محمدسعيدالبوطي،انتفاعانسانبأعضاءجسمانسانآخرحياأومينا،منشورفيمجلةالفقهالإسلامي،العددالرابعج 1 ،بحثمقدمللدورةالرابعةللمجمع،ص 208 .

[13] الفتاوىالهندية،لأبيالمظفرمحييالدينأونك،الجنةعلماءبرئاسةنظامالدينالبلخي،دارالفكر،ط 1310 ، 2،ص 76

[14] بدائلالصنائعفيترتيبالشرائع،لعلاءالدينأبيبكربنمسعودالكاساني،ج 3 ،ط 1 ،مطبعةالجمالية،القاهرة، 1328 هـ، 1910 ،ص 224 .

[15] بدائلالصنائعفيترتيبالشرائع،لعلاءالدينأبيبكربنمسعودالكاساني،المرجعالسابق،ص 224

[16] / أبيالحسنعلىبنعبدالسلامالتسولي،البهجةفيشرحالتحفةنج 2 ،دارالكتبالعلمية،ط 1 ،بيروتلبنان 1990 .

– و يرى الشافعية : أن مرض الموت هو المرض الذي لا يتطاول بصاحبه مع الحياة ، كما قيل أن كل مرض يتصل بالموت ، و قد اشترط الشافعية في مرض الموت أن يكون مخوفا ، وهو الذي يخاف منه الموت بكثرة من يموت به ، بمعنى أن يكون حصول الموت بسبب غير نادر[17].

– و يرى الحنابلة أن مرض الموت هو المرض الذي يكثر حصول الموت منه، و ليس المراد بالكثرة أن يغلب عن الظن بالموت منه، أو يتساوى في الظن جانب البقاء و الموت بسببهو إنما يكون سببا صالحا للموت فيضاف إليه و يجوز حدوثه عنده [18].

– خلاصة القول أن جمهور الفقهاء يرو أن مرض الموت هو المرض الذي مات فيه المقر أو الموصي مطلقا ، و لا يتعين المرض أن كان مرض موت أو مرض شفاء إلا بعد الوفاة ، و لذلك تبقى تصرفات المريض صحيحة ، و نافذة مازال حيا، و لا يعتبر المرض سبب لإبطال تصرفات المريض إلا بعد وفاته[19].

– بعد استقراء رأي جمهور الفقهاء يتضح أن اختلافهم كان حول علامات المرض و ليس على حقيقة المرض و مفهومه.

– **<u>ثانيا</u>** : معنى مرض الموت في القانون الوضعي .

لم تأت القوانين العربية و منها القانون المدني الجزائري بتعريف محدد لمرض الموت ، و إنما اقتصرت على بيان القواعد العامة التي تحكم تصرفات المريض مرض الموت .

منها القانون المدني الأردنيالذي نص على أن : " مرض الموت هو المرض الذي يعجز فيه الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة و يغلب فيه الهلاك ، و يموت على تلك الحال قبل

---

[17] رشادالسيدعامرابراهيم،تصرفاتمريضمرضالموتفيالقانونالمدنيالجزائريمقارنابالشريعةالإسلاميةوالقوانينالأخرى،بحثللحصولعلىدرجةالماجستيرفيالقانون الخاص،معهدالحقوقوالعلومالإدارية،جامعةالجزائر 1989 .

[18] أحمدبنعبدالحليمبنتيمية،الإختياراتالفقهيةمنفتاوىابنتيمية،تحقيقعبدالرحمانقاسم،مكتبةابنتيمية،د،ب،د،س،ن،ص 191 .

[19] محمدأحمدالبديرات،مدىاعتبارمرضالإيدزمرضموتوأثرهفيتصرفاتالمريضفيالقانونالأردني،مجلةدمشقللعلومالإقتصاديةوالقانونية،مج 22 ،العددالأول 2006 ،ص 63 .

مرور سنة ، فإن امتد مرضه و هو على حالة واحدة دون ازدياد سنة أو أكثر تكون تصرفاته تصرفات الصحيح " [20] .

–أما القانون المدني العراقي فلم يأت بتعريف لمرض الموت ما يحيلنا إلى الشريعة الإسلامية ، و هذا يعقد عمل القضاة في البحث عن رأي الفقهاء و نتج عن هـ اجتهاد الهيئة العامة لمحكمة التمييز العراقية .

بأن المرض الذي يغلب فيه الهلاك و يعجز صاحبه عن عمله و يؤدي إلى وفاته في مدة قصيرة[21] ، و قررت أن مرض الموت يرجع فيه إلى الشريعة الإسلامية حسب نص المادة الأولى من القانون المدني ، و هو الذي يغلب فيه الهلاك ، و يعقبه الموت فإن طالت مدته أكثر من سنة و هو على حال واحد فإن تصرفات المريض كتصرفات الصحيح [22].

–إن القانون المدني المصري لم يعرف مرض الموت و إنما عرفته الأحكام بالإجتهاد أهمها محكمة النقض المصرية التي تصفه بـ : "من الضوابط المقررة في تحديد مرض الموت – و على ما جرى – أن يكون المرض ما يغلب فيه الهلاك و يشعر معه المريض بدنو أجله ، و أن ينتهي بالوفاة ..." ، و عرفته محكمة الإست ئناف المصرية بأنه : المرض الذي يعتري ٱلإنسان شيخا أم شابا ، و ينتهي بالموت بحيث يشعر الإنسان بقرب انتهاء أجله[23].

و الواضح أن القانون المدني الأردني هو القانون الوحيد الذي جاء بتعريف لمرض الموت.

<u>ثالثا</u> : تعريف مرض الموت في القضاء الجزائري .

لم يتطرق القضاء الجزائري في كثير من المسائل المتعلقة بمرض الموت إلى تعريضه، فيما يتعلق بموقف القضاء الجزائري من مفهوم مرض الموت الذي ينص في أحد قراراته مايلي:

---

[20] المادة 543/1 منالقانونالمدنيالأردنيرقم 43 لسنة 1976

[21] قرارمحكمةالتمييزالعراقيةرقم 298 الهيئةالعامة 1973 في 1974/04/20 ،النشرةالقضائية،العددالثاني،السنةالخامسة،ص 102 .

[22] قرارمحكمةالتمييزالعراقيةرقم 3496/م2/1998 في 1998/10/03 ،غيرمنشور .

[23] المجموعةالرسمية 19 ،رقم 42 ،ص 61 .

"من المقرر شرعا أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا ، و يجر إلى الموت ،و به يفقد المتصرف وعيه و تمييزه " ، و من تم فإن القضاء بما يتألف هذا المبدأ بعد خرق القواعد الفقهية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية و الإجتهاد و نذكر أمثلة عن قرارات المحكمة العليا في القانون 1984 م ثم بعد التعديل سنة 2005 م لقانون الأسرة القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1984/07/09 ، " يتضح من الدعوى أن القضية تدور حول إبطال تصرف في حالة مرض صاحبه مرض الموت ، و في هذا الصدد ، فإن المعروف فقها و اجتهاد ا أن المرض الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطير يجر إلى الموت، و به يفقد المتصرف وعيه و تمييزه ، فعلى الطاعنين، أن يثبتوا بأن البائع لم يملك تمييزه و لا صحة عقله ، و أن المرض الذي انتابه أدى إلى تصرف باطل ..."[24] .

و جاء القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ : 2001/04/18 بأن : " بينماعقد الهبة المحرر لفائدة المدعى عليهم في الطعن رقم يوم 1996/09/12 قبل وفاة الواهبة بشهر واحد و ثلاثة و عشرون يوم عن عمر يناهز 90 عاما ، و في حالة المرض أقعدهما أو أثر على مداركها العقلية ، و أدى إلى وفاتهما فتتحقق بذلك العلاقة السببية بين المرض و الموت "[25] .

و جاء في حيثيات القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2008/06/18 مايلي :

" حيث أن مرض الموت هو المرض الذي يغلب فيه هلاك المريض، بحيث يشعر بدنو أجله ، و ينتهي بوفاته ،و تقدير ذلك في مسألة واقع تخضع لتقدير قاضي الموضوع ، فعلى القضاة تبيان نوع المرض، هل كان الهلاك فيه غالبا وقت التصرف، و قد ذكر قضاة المجلس أن الهالك كان قبل وفاته يعاني من مرض السرطان ، و مرض الزهايمر، و توفي بعد بقي مدة تحت الإنعاش ، كما أثبتته لديهم الشهادات الطبية المرفقة بالملف ، و أنه توفي

[24] قرار رقم 33719 ،صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 09 جويلية 1984 المجلة القضائية، عدد 3 لسنة 1989 ،ص 51 .
[25] قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية ملف 260066 بتاريخ 2001/04/18 غير منشور .

بعد 4 أشهر من إبرامه عقد الهبة ، فلستنتجوا منه أنه كان وقت التصرف في مرض الموت ..."[26] .

و نستنتج من القرارات و الإجتهادات الصادرة عن أعلى هيئة قضائية أنه يجب توافر 3 أمور لتحديد مرض الموت و هي :

1- أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه.

2- أن يغلب في المرض خوف الموت.

3- أن ينتهي المرض بالموت فعلا.

-و رأي أكثر الفقهاء أنهليست العبرة أن يكون المرض هو سبب الوفاة الحقيقي، بل إذا جاء عقب سبب طارئ، و كان لا يزال مريضا فيعتبر هذا المرض مرض الموت ، و يرجع في غلبة الهلاك إلى أهل الخبرة التي تناط في الوقت الحالي للأطباء نظرا للتقدم العلمي.

المطلب الثاني : نطاق المريض مرض الموت (ظروف مناخية)

-من خلال المطلب نعالج الحالات التي يأخذ الشخص فيها حكم المريض مرض الموت ، فقد يعترض الإنسان مرضا طارئا يتصرف فيه كأنه في مرض الموت و يقوم بتصرفات قانونية فيها شيء من المحاباة قد تضر بالورثة و الدائنين ، و من أجل ذلك جاء القانون لحمايتهم و إدخالها ضمن تصرفات المريض مرض الموت ، أي تطبيق أحكام الوصية عليها ، و لذلك ذهب بعض الكتاب إلى أن كل شخص ينزل به أمر فجائي ، من أي نوع ، و يترتب على ذلك نزول الموت فإنه يلحق بالمريض[27]،مرض الموت في الحكم ، كما يلحق به كل شخص يحيط به أي خطر يجعل موته قريب الإحتمال فقد نصت المادة 543 من القانون المدني الأردني على أنه : "يعتبر في حكم مرض الموت الحالات التي يحيط بالإنسان فيها خطر الموت و يغلب في أمثالها الهلاك و لو لم يكن مريضا ".

[26]/ قرار صادر عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 418962 بتاريخ 2008/06/18 .
[27]. الدكتور محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد ج 6 ،المطبعة العالمية القاهرة، 1950 ،ص 250

– أما الفقه الإسلامي قد أورد حالات يلحق فيها الصحيح حكم المريض في التصرفات ، فإذا تصادف حالةيخشى عليه الهلاك غالبا و اتصل بها الموت فعلا ، و لو كان هذا لشخص معافى ليس فيه أي مرض فإن تصرفاته في هذه الحالة تكون له حكم تصرفات المريض مرض الموت ، و من تم فإذا لم يوجد لشخص في حالة يغلب فيها الهلاك ، فإنه لا يلحق بالمريض مرض الموت حتى لو مات فعلا ، و لأجل ذلك وضع علماء الشريعة ثلاث ة ضوابط لإلحاق بعض الأصحاء بالمريض مرض الموت في تصرف اتهم التي تتمثل في : خوف الهلاك غالبا، الحالة النفسية ، خوف التلف .

– أما فقهاء القانون يفضلون الأخذ بمعيار الحالة النفسية للمريض ، إذ أن الأصحاء في هذه الحالة يغلب عليه الهلاك على النجاة ، و ينتهي بهم الأمر إلى الموت، فإذا تثبت حالتهم هاته أخذت تصرفاتهم حكم الوصية ، وعلى ذلك فإن أي حالة أخرى غير المرض تجعل الإنسان يعتقد بدنو أجله و يكون من شأنها أن تثير في نفسه الخوف و الهلاك تأخذ تصرفاته حكم تصرفات المريض مرض الموت ، فإذا نزل بالشخص أي أمر فجائي نتج عنه الموت فإنه يلحق بالمريض مرض الموت في الحكم ، كما يلحق بهذا المريض في الحكم كل شخص أحيط به خطر جعل موته قريب الاحتمال[28].

–حالات تصرفات الأصحاء التي تأخذ حكم التصرفات في مرض الموت قد تكون وقائع قانونية، و قد تكون وقائع مادية، و لهذا نوضحهما في فرعين:[29]

الفرع الأول: الوقائـــع القانـــونية

و الذي سنتطرق من خلاله لحالتين هما: حالة تأهب القتال في الجيش، و حالة الحكم بالإعدام

أولا : حالة التأهب القتال في الجيش .

[28] الدكتور سليمانمرقس،شرحالقانونالمدني،العقودالمسماة،عقدالبيع،ط 4 ،مجلدأول،مالكالكتب،القاهرة، 1980 ،ص 563 .

[29] والمقصودبالوقائعالقانونيةتلكالوقائعالتييترتبعليهاأثرقانونيفقدتكونأمرا إيجابياأوسلبيا،كعملأوامتناع،وقدتكونمنصنعالطبيعةكنزولصاعقةتحرقالمبيع،وإذا كانتمنصنعالإنسانتعتبر عملماديكالفعلالضار الذييتمعليهاالتعريض .

يحدث هذا في حالة وجود المقاتل في الحرب أو في المعركة أو القصف بالجيش و تواجه الفريقان للقتال ، و كان كل فريق ندا للآخرأو مقهور، فحكم هذا المقاتل في هذه الحالة حكم المريض مرض الموت ، و تصادف لها حالة الخروج للمبارزة ، فتصرفاته التي قام بها قبل ذلك تدخل في حكم تصرفات المريض مرض الموت ، و يذهب الدكتور السنهوري إلى

الإعتداد بالحالة النفسية للمريض في هذه الحالات ، فالمقاتل في الحرب مع قلة سلاحه و ضعفه ، و قوة العدو و عظم عدته تكون حاله كحال الشخص في مرض الموت ، فهو مثله في توقع الموت ، إذا أن المقاتل منا يتوقع القتل كتوقع الموت من المرض ، أو أكثر و لذلك يجب أن يلحق به[30] .

–و يمكن إضافة الأسير و المحبوس ، إذا كان من العادة أن يقتل ، كما يفعل بعض الأجناس في الأسرى ، فإذا كان كذلك يمكن إدخاله في عداد المريض مرض الموت ، أما إذا فر يصبح في حكم المريض الذي برىء من مرضه.

ثانيا : حـالة الحكـم بالإعـدام

حالة المحكوم عليه بالإعدام في حالة خوف، من النتيجة و تدخل ضمن المريض مرض الموت لأن حالته النفسية و المعنوية تنهار و هو يتقدم للموت، فالشخص المحكوم عليه بالإعدام عندما يساق إلى ساحة الإعدام أو حجرة الإعداميكون في حكم المريض في ساحة الإعدام ذاتها [31]، أما خارج الساحة فلايعتبر كذلك فقد يتم العفو عنه من قبل السلطات المعنية.

الفرع الثاني : الوقـــائع المـــادية

[30] الدكتور السنهوريالوسيطفيشرحالقانونالمدني،ج 4 العقودالتيتقععلىالملكية،مطابعدارالنشرالمصريةالقاهرة، 1960 .
[31] الأستاذمنيرالقاضي،شرحمجلةالأحكامالعدلية،ج4 ،مطبعةالعافي،بغداد 1948 ،ص 118 .

لقد تم استخلاص الوقائع المادية من ما يحيط بالإسنان و تتمثل في حالتين أولها التي يقع فيها وباء أو مرض فتاك، أما الحالة الثانية هي التي يغلب فيها وقوع الموت، و تعالج كل حالة على حدى:

أولا: حالة وقوع وباء أو مرض فتاك

لقد جاءت الأمراض المعدية على شكل وباء على مر العصور مثل ما ينتقل عبر التنفس كالأنفلونزا الرئوي ، أو ما طرأ مؤخرا وباء كوفيد 19، من فصيلة كورونا أودى بحياة كثير من الأشخاص، و أخرى تنتقل عبر الجهاز الهضمي مثل الدوسنتاريا، و التيفويد، و أخرى تنتقل عن طريق العلاقة الجنسية مثل : الزهري، و السيلان، الإيدز، و منها ينتقل بالملامسة كالجذري و الجذام ، وأمراض تنتقل عن طريق الحقن، أو نقل الدم مثل الإلتهاب الكبدي الفيروسي، و أخرى تنقلها الحشرات كالملاريا [32].

–لقد أعلن رئيس منظمة الصحة العالمية أن العالم خال من الطاعون ، الجذري و الحصبة و الملاريا و الكوليرا ، مع وجود علاج لها ، و في المقابل ظهرت أمراض فتاكة لم يتوصل، الطب إلى علاج لها مثل كوفيد 19 المستجد ، الذي تمكنت البحوث من التوصل إلى صنع لقاح ضده و لكن لا يوجد دواء لمعالجته مباشرة لحد الآن ، و مرض السرطان و الإيدز .

– و هناك أمراض أخرى تسمى المزمنة أو المتدة، و هي التي يطول بها المدى و تستمر لمدة طويلة، و قد لا يرجى شفاؤها، و لا تمنع المريض من مزاولة نشاطه العادي.

و لا يمنعه من المشي و الحركة ، فإذا أصاب الشخص مرض مزمن حكمه من حكم الصحيح في جميع تصرفاته ، لأنه لا يخشى منه الموت بالضرورة ، و لا يحسب أنه مرض الموت إلا إذا اشتد و خيف منه الهلاك، فيكون حال التغيير مرض الموت إذا اتصل بالموت ، و فيه قال الكاساني: " و كذلك صاحب الفالج و نحوه إذا طال به ذلك فهو في حكم الصحيح لأن ذلك إذا طال لا يخاف منه الموت غالبا، فلم يكن مرض الموت ، إلا إذا تغير

[32]/ رؤيةإسلاميةالمشاكلالإجتماعيةمرضالإيدز،ص 145 مأخوذمنالانترنيت .

حاله عن ذلك و مات من ذلك التغيير، فيكون حال التغيير مرض الموت، لأنه إذا تغير يخشى منه الموت غالبا ، فيكون مرض الموت ، و كذا المرض المزمن و المعقد ".

و يرجع في معرفة كون التغيير مخوفا إلاالأطباء العارفين بالأمراض فإ ن لم يتوفر، فيعتبر موته قبل مضي سنة على اشتداد مرضه علامة على كونه مخوفا و مرض الموت[33].

ثانيا : حالة يغلب فيها وقوع الموت .

فضلا عن الحالات الثلاثة التي سبق ذكرها ، توجد حالات أخرى متعددة تلحق بالمريض مرض الموت و تأخذ تصرفاته ، فمتى كان في حالة يغلب فيها الهلاك ، يعد مريضا مرض الموت و تطبق عليه أحكام الموت فتخضع أمواله لأحكام الوصية ، بحيث تخرج الوصية من التركة ، إذا لم تتجاوز ثلثالتركة و يوزع الباقي بين الورثة، أما إذا تجاوزت الوصية ثلث التركة فيجب إجازة الورثة لهذه الوصية.

-مثل حالة الشخص الذي يركب السفينة و البحر في حالة هيجان ثم يتعرض للغرق ، أما الشخص الذي يكون فوق خشبة فهنا يدخل في حكم المريض مرض الموت ، و إذا سكن الموج يصبح في حكم المريض الذي برىء من مرضه فتنفذ تصرفاته في جميع ماله .

هذه الحالة تتشبه نوعا ما الحكم بالإعدام، لأن الشخص في حالة الغرق تكون نفسيته مضطربة و بالتالي يعتبر في حكم المريض، و تنطبق عليها مثال المرأة الحام ل و قد بدأ الطلق بها، فتعتبر تصرفاتها في هذه الحالة تصرفات المريض مرض الموت ، كما نجد حالات أخرى مثل الأمراض المزمنة (كالسكري، و الضغط و غيرها)، التي لا تعتبر أمراض مخوفة إلا إذا اشتد المرض، و في رد المختار علي الإسماعيلية على من به مرض يشتكي منه، و في كثير من الأوقات يخرج إلى السوق، و يقضي مصالحه ألا يكون مريض مرض

[33]. / بدائعالصنائعفيترتيبالشرائع،لعلاءالدينأبيبكر الكاساني،المصدر السابقص 201

الموت، و تعتبر تبرعاته من كل ماله، و إذا باع لوارثه، أو وهبه لا يتوقف على إجازة باقي الورثة [34] .

أما العصر الحالي ظهرت معه حالات جديدة مع التطورالعلمي مثل: حالة المسافر بالمركبة الفضائية، أو غواصة بحرية، أو طائرات، أو متسلق جبال، يعتبر الشخص في حكم الصحيح ، أما في حالة طرأ عطل في المركبة من الأنواع التي ذكرناها على سبيل المثال، أو من كان وسط حريق، أو من عمد على الإنتحار، هنا يصبح الشخص في حكم المريض مرض الموت ، و في حالة إنقاذه من الموت يدخل في حكم الذي شفي من المرض.

–ومنه اتفق فقهاء الفقه الغربي و الإسلامي على تحديد ضوابط مادية يخضع لها ذالك المرض ، و الحالات المشابهة لها و هي ثلاثة شروط يجب توافرها حتى يد خل الإنسان في حكم المريض مرض الموت، و هذا ما تم توضيحه سابقا، فمتى كان الإنسان في وضع يغلب فيه الهلاك في كل تلك الحالات يكون تصرفه قد صدر منه و هو مريض مرض الموت[35].

المبحث الثاني : إثبات مرض الموت و مدى تأثيره على تصرفات المريض .

– من خلال هذا المبحث نعالج نقطتين مهمتين أولها بخصوص إثبات مرض الموت ، من تم نعالج توضيح الأهمية التي تكمن في حماية الورثة و الدائنين، أما الثانية نوضح من خلالها مدى تأثير مرض الموت على تصرفات المريض مرض الموت ، بنظر الفقه الإسلامي و القضاء الجزائري .

المطلب الأول : إثبـــات مـــرض المـــوت

تكمن أهمية إثباث مرض الموت في حماية دائني و ورثة المريض مرض الموت، و في حماية الموصى لهم ، و إثبات مرض الموت من أكثر الموضوعات القانونية تطبيقا ، بالرغم

[34] الدكتور محمدكاملمرسي،الوصيةوتصرفاتالمريضمرضالموتفيالقانونالمصري،وفيالقوانينالأجنبية،المطبعةالعالمية،القاهرة 1950،ص 236.
[35] محمدزيدالأبياتي،الأحكامالشرعيةفيالأحوالالشخصية،مكتبةدارالنهضة، 22 ،بيروت، 1920 ،ص 316 .

من أن المشرع الجزائري لم ينص على تعريف لمرض الموت في القانون المدني الجزائري إلا أنه ، أوجزتنظيم مرض الموت وفق القواعد العامة من حيث أن مرض الموت واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات بما فيها الشهادة، و القرائن حسب نص المادة 776 فقرة 02 من القانون المدني " على ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر من مورثهم و هو في مرض الموت ، و لهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، و لا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا ".

إلا أن أغلبية الإثباتات تكون عن طريق شهادة طبية التي تصف حالة المريض، أثناء تصرفاته، كما يمكن إثباتها بشهادة الشهود بالنسبة لبيان حالة المريض في أيامه الأخيرة ، أو على تصرفه المطعون فيه بمرض الموت، و ذلك وفقا للقواعد العامة للإثبات التي تقع على المدعي، أو على من له مصلحة في الطعن و يطعن في التصرف بصدوره في مرض الموت[36].

الفرع الأول : إثبات مرض الموت في الفقه الإسلامي

بعد تحقق شروط مرض الموت الثلاثة التي سبق توضيحها تكون قد تحققت الواقعة المادية و يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات، و منها الب ينة و القرائن و أكثرها انتشارا شهادة الشهود الذي رأو حالة المتوفى في آخر أيامه، فإذا طعن الورثة في تصرفات مورثهم بدعوى صدورها عنه في مرض الموت مثل إدعائهم بهبته لأحد الدائنين أو الورثة من ماله أو برأ ذمته من دين عليه، و ادعى المستفيد أن المتصرف كان في حالة جيدة، هنا ينبغي التفريق بين ما إذا خلت دعوى كل من الطرفين من البينة، و بين ما إذا اقترنت بالبينة، و بين ما اقترنت دعوى أحدهما بالبينة دون الآخر مثل:

أولا : إذا خلت دعوى كل منهما من البينة .

[36]. الدكتور محمد كامل مرسي، المرجع السابق، بند 255، ص 292

رأي الحنفية ، [37] و الحنابلة : القول قول مدعي صدورها في المرض، لأفعال المرض أقرب من حال الصحة، فما لم يتيقن حال الصحة يحمل على الأقرب، و لأن هذه التصرفات من الصفات العارضة فهي حادثة و الحادث يضاف إلى أقرب وقت من الحكم الذي يترتب عليه ، و الأقرب هنا هو المرض المتأخر زمانه عن زمان الصحة ، فكان القول قول من يدعي حدوثها في المرض، إذ هو الأصل، فإذا أراد مدعي الصحة است خلاف مدعي المرض كان له ذلك .

-أما الشافعية و الزيدية ، و جميع الإمامية: "القول قول مدعي صدورها في الصحة لأن الأصل في التصرف السابق من الم توفى أن يعد صادرا في حالة صحته ، و على من يتمسك بمرض الموت يقع عبئ الإثبات " أي على الورثة أو الدائنين.

ثانيا : إذا اقترنت دعوى كل منهما بالبينـة

الأقرب إلى الصواب هو المرض المتأخر زمانه عن الصحة، فلهذا كانت البـينة الراجحة بين من يدعي حدوثها في زمان الصحة، إذ البينة شرعت لإثبات خلاف الأصل، و من هنا قالوا إذا : " أقر لوارثه ثم مات ، و اختلف المقر له مع الورثة ، فقال كان في صحة، و الورثة قالوا كان في المرض، فالقول للورثة ، و إن برهنا فبنية المقر له الأولى ، و إن لم يكن بـينة ، فله أن يحلف الورثة ".

و قالت الشافعية : ترجع بينة وقوعها في مرض على بينة وقوعها في صحته[38] .

ثالثا : إذا اقترنت دعوى إحداهما بالبينة دون الأخرى

لم يختلف الفقهاء في هذه الحالة على تقديم قول المدعي صاحب البي نة على قو ل الآخر الذي خلت دعواه من البينة سواء أقام صاحب البينة ببينته على صدر التصرف في الصحة أو في المرض.

[37] الفتاوىالهندية،ج 1 ،المصدرالسابق،ص 464 .
[38] الفتاوىالهنديةالمرجعالسابقص 465 .

الفرع الثاني: إثبات مرض الموت في القانون الوضعي.

إن طالب الحق مجبرعلى إيجاد الدليل على إدعائه ، و مرض الموت من الإشكالات القانونية لأنه موضوع حيوي، و المدعي هو الوارث أو الدائنالذي يتض رر من تصرفات الهالك و عليه هو من يجب عليه إثبات مرض الموت، لأنه واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات، منها البينة و القرائن، و الشهادات الطبية التي تصف حال المريض في أواخر حياته، و يقع عبء الإثبات بسبب القواعد العامة في الإثبات على المدعي الذينهم الورثة أو الدائنين، أو من له مصلحة بالطعن في التصرف الذي صدر في مرض الموت[39].

و نذكر أمثلة عن القوانين الوضعية في معالجتها لهذا الموضوع :

أولا: القانون المدني الأردنـــي.

نص عليه من خلال المادة (1128) ففي فقرتيها الثانية و الثالثة ، التي تصد ى من خلالها المشرع الأردني حماية حقوق الدائنين و الورثة، و كل من له مصلحة في ذلك ، من التصرفات التي تسبب لهم ضرر، مثل الموصى لهم بحقوق شائعة أو بحق محدد في التركة ، إذ يعتبر أن التصرف في مرض الموت يعد قرينة على أنه صدر على سبيل التبرع، و هنا قد تكون صعوبة في الإثبات فنص المشرع على قرينة لصالح من يقع عليه عبئ الإثبات ليخفف عنه هذا العبىء مثل ما نصت عليه المادة (288) من القانون المدني الأردني[40].

كما اجتهد القانون الأردني في هذا الموضوع و جاء فيأحد قراراته: " فإن ثبوت مرض الموت المميز لم يتزايد إلى قبل سنة و نصف من وفاته، و يعد تحرير سند الدين المصدق من

[39] الدكتور عبدالرزاقالسنهوري،المرجعالسابق،ص 321 .

[40] الدكتور مفلحعودةالقضاء،البياناتالمدنيةوالتجارية،دراسةمقارنةط 1 ،مكتبةدارالثقافةللنشروالتوزيع،عمانالأردن، 1990 ،ص 196 .

كاتب العدل قبل سنة و تسعة أشهر من وفاته يجعل من تصرفه هذا التصرف الصحيح و لا يلحقه البطلان [41].

ثانيا : القانون المدني العراقي .

لم يتطرق القانون المدني العراقي لإثبات مرض الموت بالتحديد، و إنما تركها للقواعد العامة للإثبات وجاء من خلال قرارات محكمة التمييز العراقية و منها المؤرخ في: 1982/10/10 ، إذ بين الخبراء أنمرض معينا يمكن أن يعيش المصاب به سنوات عديدة كما يمكن أن يموت من جرائه خلال فترة قصيرة، فإن تصرف الشخص خلال هذا المرض لا يعتبر تصرفا أثناء مرض الموت.

و اجتهد القضاء العراقي في هذه المسألة من حيث اعتماده على القرائن، و من أمثلة تلك القرائن إبرام المريض عقد البيع بصورة سرية، و عدم تسجيله إلا قبيل الوفاة، و لو كان تاريخ تحريره قبل ذلك، و يبقى للخبرة الدور الأكبر في مجال الإثبات و عليه نجد أن هناك قرارات لمحكمة التمييز العراقية في تأكيد إثبات مرض الموت[42].

ثالثا : القانون المدني المصري .

نص القانون المصري على الإثبات صراحتا بقول: " على ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم و هو في مرض الموت ، و تم إثبات ذلك بجميع الطرق ، و لا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا [43]"،و من ما سبق نستنتج أن الإثبات يتكون من شقين، أولهما التصرف الذي حصل في مرض الموت، والثاني ثبوت التاريخ . و مثال على ذلك ما قضت به المحاكم الأ هلية المصرية: بأن عقد البيع المحرر بخط المشتري، و لم يشهد عليه أحد و لم يسجل إلا قبل وفاة البائع بيومين يعتبر كأنه عمل في مرض الموت، و لو كان تاريخ تحرير قبل ذلك بثمانية أشهر، و من القرائن التي يمكن

[41]/ قرار محكمة تمييز الحقوق الأردنية رقم 1998- 1990 ،مجلة نقابة المحاميين الأردنية لسنة 1990 ،ص 842 .
[42] قرار محكمة تمييز العراق،رقم 3496،م 2 ، 98 ،في 03-10-1990 غير منشور .
[43] المادة 916 من القانون المدني المصري،رقم 131 لسنة 1948 .

الأخذ بها أيضا و لا حجية هو أن يكون تاريخ التصرف قبل الوفاة بأيام قليلة إلا إذا وجد في الدعوى أن المتوفى مات فجأة، أما الشق الثاني من هدا النص هو: " و لا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا، أي لا يحتج على الورثة بالتاريخ العرفي، لأن هذا التاريخ يختلف عن التاريخ الثابت، و هذا النص فيه ما يعاب عليه إذا جعل الورثة بنفس وضعية الغير بحيث لا يتوجب على الورثة أن يثبتوا عدم صحة هذا التاريخ.

. ينفذ تاريخ تصرف السلف وفقا للإتج اه الفقهي الحديث قبل الغير و لو صدر في مرض موت السلف قبل دائني المتوفى وورثته و تعين عليهم أن يثبتوا بكافة طرق الإثبات، من بينة شخصية، و القرائن القضائية عدم صحة تاريخ تصرف السلف مع الغير، و هنا يمكن وضعهم من الغير عن المتوفى بالنسبة إلى أثر التصرف، فيصبح تغيير التاريخ غشا و احتيالا على القانون و يعتبر هذا الفعل واقعة مادية يجور إثباتها بجميع طرق الإثبات[44].

رابعا : القانون المدني الجزائري.

أفصح المشرع الجزائري إثبات مرض الموت للقواعد العامة، كما نص من خلال المادة 776 فقرة 03 على قرينة التصرف تبرع تحكمه أحكام الوصية وفقا لقانون الأسرة.

لكن تبقى قرينة ضعيفة، لأنها تقبل إثبات العكس، حيث أن هـ يمكن للمتصرف إثبات أن العقد تم بمقابل مساو لقيمة الشيء الذي أخذه.

. و جاء في قرار صادر عن مجلس قضاء البليدة: " ... و حيث أن مرض الموت واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات، و حيث تبين من الملف الطبي أن الواهبة تعاني من داء الكلى، و أن مرضها هذا كان في مرحلته الأخيرة، و أن الواهبة ماتت بعد مرور أقل من عشر أشهر، مما يتعين معه إبطال الهبة عملا بالمادة 204 من قانون الأسرة[45].

المطلب الثاني: مدى تأثير مرض الموت على تصرفات المريض

[44] الدكتور محمد حلمي عيسى، شرح البيع في القوانين المصرية، والفرنسية وفي الشريعة الإسلامية، مطبعة المعارف، مصر 1916 ،ص 315 .
[45] قرار رقم 99/1100 مؤرخ في 2000/04/01 .الغرفة المدنية ص 121 ، 124
،نقلا عن محمود ديعبر الغرير، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، البليدة، د،س،ن،ص 33.

. نص المشرع الجزائري على أحكام خاصة بتصرفات المريض مرض الموت، معتمدا على الشريعة الإسلامية، و لم يوضح ما هي أه لية المريض مرض الموت، و هل المرض يفقدها أو ينقصها، و هذا ما سوف نتطرق له من خلال ما جاءت به نصوص الشريعة الإسلامية في القانون المدني.

الفرع الأول : أهلية المريض مرض الموت في الشريعة الإسلامية

الأهمية أن يكون الشخص عاقلا، قادرا على فهم أدلة التكليف، و يعمل بها كما جاء في الحديث الشريف للرسول صلى الله عليه و سلم: " رفع القلم عن ثلاث، عن النائم حتى يستيقظ، و عن الصبي حتى يحلم، و عن المجنون حتى يعقل ".

و المريض مرض الموت هو شخص عاقل راشد، بالغ يتمتع بأغلبية الوجوب و الأداء و هو أهلا للتعاقد شرعا و قانونا، و عليه فالشريعة الإسلامية لم تحد من عقود المريض مرض الموت و تصرفاته لانعدام أهليته أو نقصها[46]، إنما قيدت تصرفه في مرض الموت إلا علاقة حق الورثة بأموال المريض خلال مرضه، و عليه لا يجوز للمورث التصرف الكامل فيعتبر في حكم المملوك للورثة [47].

وقد تباينت أراء الفقهاء في إعتبار مرض الموت عارض من عوارض الأهلية من عدمه.

فالرأي الأول : يذهب أصحابه إلى القول أن مرض الموت هو عارض من عوارض الأهلية فينقص من أهلية الأداء، لضعف ذمته، و تعلق حق الغرماء بأمواله و قرب انتقال ملكيته إلى الورثة، و لذلك تعد تصرفاته كالمحجور عليه، و تعتبر تبرعاته بحكم الوصية، التي تقيد بالثلث، كما تصبح بقية التصرفات موقوفة على إجازة الدائنين، خاصة إذا كان الدين مستغرقا لماله[48].

[46] أ.رشادالسيدابراهيمعامرالمرجعالسابقص 52 ، 53 .
[47] الدكتورعبدالرزاقالسنهوريالمرجعالسابقج 4 ص 323 .
[48] محموديعبدالعزيز : المرجعالسابق،ص 169 .

أما الرأي الثاني : فقد ذهب أصحابه إلى القول أن مرض الموت لا يعتبر عارضا من عوارض الأهلية، و تصرفات المريض صحيحة و نافذة وملزمة لأن هذا المرض لم يؤثر على أهلية المريض، و لم يؤثر على مداركه العقلية، و بالتالي لا يحد من تصرفاته، و لا يتعلق حق الورثة بماله و تركته، و قد أسسوا نظريتهم على أنه لا يجب التفرقة بين المريض و الصحيح، لأن مرض الموت كبقية الأمراض الأخرى التي لا تأثر على الأهلية و التصرفات، خاصة و أن التفريق بينهما لا دليل له[49].

و نستنتج مما سبق ذكره أن السبب في تقييد تصرف المريض مرض الموت، ليس نقص و انعدام الأهلية، و إنما يعود إلى علاقة حق الورثة بأموال المريض من وقت المرض، و ليس من وقت وفاته فحسب[50].

الفرع الثاني: أهلية المريض مرض الموت في القانون المدني

لصحة العقد يجب توفر شروطه كاملة، فيصبح نافذا، و في حالة الإخلال بأحد الشروط المحددة قانونا يصبح باطلا، أو غير صحيح و النفاذ هو أن يترتب على العقد آثار بمجرد إبرامه، و لا يتوقف على إجازة الغير مثل: الولاية و الوصاية و والوكالة ، أما إذا كان مالك و لكنه غير أهل للإستغلال بإصدار العقد، كالصبي المميز في العقود الدائرة بين النفع و الضرر، أو كان أصلا للتعاقد و لكنه ليس مالكا، و لا صاحب ولاية شرعية أو قانونية، على من يملك كالفضولي، فإن العقد لا يكون نافذا و لكنه يكون موقوفا .

إذا اعتبرنا أن المريض أهلا للتعاقد، و يقوم بعقد على ما يملك كان عقده صحيحا و نافذا، باعتبار أن أهلية المريض مرض الموت كاملة، كأهلية الصحيح تماما، معتمدين على الأسباب التالية:

---

[49] شفيقالجراح،عقدالبيع،د،ن،دمشق،سوريا، 1985 ،ص 83 ،نقلاعنمحموديعبدالعزيز،المرجعالسابق،ص 43 .
[50] محمدأحمدالبديرات،المرجعالسابق،ص 82 .

1/ لو كان المريض مرض الموت ناقص الأهلية، فكان تصرفه بالوصية في حدوث الثلث باطلا لأنه ضار به هو فقط، و الرأي الغالب أن تصرفه في حدوث الثلث لأجنبي صحيح، و لو كان تصرفه يدور بين النفع و الضرر كالبيع لأجنبي في حدوث الثلث قابلا للإبطال.

2/ لو كان ناقص الأهلية، و كان تصرفه تبرعا، فإنه يكون باطلا بطلانا مطلقا، لا ترد عليه الإجازة، و هناك إجماع على أن للورثة إجازة هذا التصرف.

3/ لو كان المريض مرض الموت ناقص الأهلية، لكان تصرفه تبرعا باطلا بطلانا مطلقا،إذا لم يكن له ورثة، و هناك إجماع على أن تصرفه في كل ماله صحيح، إذا لم يكن له ورثة.

4/ إن نقص الأهلية بسبب وجود عارض من عوارض الأهلية، وهي الجنون، العته، السفه، الغفلة، أو عيوب الرضا، و هما الغلط، التدليس، الإكراه و الإستغلال.

5/ لو قلنا أن التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر قابلة للإبطال، فإن طلب الإبطال لا يقبل إلا من له مصلحة ، و إذا مات انتهى بموته هذا الحق، و أصبح التصرف صحيحا نهائيا.

6/ إذا كان للورثة حق إبطال تصرفه، فإن حقهم شخصي، لم يرثوه عن مورثهم بل يستعملونه للدفاع عن حقوقهم لا في حق مورثهم.

و الملاحظ أن القانون المدني الجزائري أخذ بمذهب الحنابلة و الحنفية في التكييف القانوني لمرض الموت، فوافق مذهب الحنفية في جعل تبرعات المريض مرض الموت تسري عليها أحكام الوصية، و هذا ما أكده القانون المدني الجزائري في الوصف لجميع تصرفات المريض مرض الموت، من خلال المادة 776 منه، كما خالف القانون المدني الجزائري الحنفية و الحنابلة ووافق مذهب المالكية و الشافعية و الظاهرية في أنه لم يجعل مرض الموت عارضا من عوارض الأهلية و إنما جعل المرض مؤثرا في تصرفاتحماية حقوق الورثة و الغير[51].

[51] حسنيمحمود عبدالدايم،مرضالموتوآثارهعلىعقدالبيع،دارالفكرالجامعي،مصر 2007 ،ص 17 .

الفصل الثـانـيأحكام

تصرفات المريض

مرض الموت

الفصل الثــاني:أحكام تصرفات المريض مرض الموت

. لأي شخص كان الحرية الكاملة في التصرف في أمواله سواء بغرض أو بدونه ، طالما أن التصرف ينتج آثاره حال حياته، و غني عن البيان أن التصرف القانوني الذي يقوم به الشخص يتوفر على أركان و شروط يلتزم بها المتعاقد ان لصحته، غير أنه قد ينتاب الشخص قيد حياته مرض يؤدي إلى الوفاة حتما، أو مرض يغلب فيه الهلاك و يشعر فيه المريض بدنو أجله، وهي حالة تعرف فقها و قانونا بمرض الموت.

. و الثابت في الشريعة الإسلامية أن تصرفات الشخص في مرض الموت تختلف عن التصرفات و حالة الصحة من حيث الحكم، و أن القانون المدني لم يتطرق إليها بالتدقيق من خلال نصوصه و لم يبين أسس حكمها، و جاءت النصوص عامة سواء من خلال القانون المدني أو قانون الأسرة، مما يحتم عليها الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بموجب أحكام المادة 2/1 من القانون المدني.

. إذ أن الشريعة الإسلامية تقضي بعدم نفاذ تصرفات المريض مرض الموت الضارة بالورثة و تعطيها حكم الوصية، و بالمقابل القانون الجزائري لم ينص عليها بالتفصيل، و هنا القضاء مأمور بتطبيق أحكامه، اجتهادا منه بما جاء في فقه الشريعة الإسلامية من أحكام و هذا ما سوف نتناوله في هذا الفصل بمبحثين.

. فنخصص المبحث الأول لأحكام تصرفات المريض مرض الموت في مجال الأحوال الشخصية.

. و المبحث الثاني نخصصه لأحكام تصرفات المريض مرض الموت في أمواله.

المبحث الأول: أحكام تصرفات المريض مرض الموت في مجال الأحوال الشخصية.

. أعطت الشريعة الإسلامية أهمية كبرى لأحكام الزواج، ووضحت له نظاما كاملا ينظم الأسرة على وجه يحقق الاستخلاف في الأرض، ووسيلة لتنظيم الغريزة و الفطرة الإنسانية، و فقط نوعه بالتناسل إلى أن يرث الله الأرض و من عليها، لذا أعطيت أهمية لعقد الزواج باعتباره من أهم العقود التي ترتب الحقوق بين الناس في حياتهم، إذ يتوارث الزوجان بمجرد انعقاد النكاح بعقد صحيح، و تنتهي العلاقة الزوجية بين الرجل و المرأة نهاية طبيعية بالطلاق أو وفاة أحد الزوجين، و لكن قد يكون اقتران الطلاق بالوفاة و هو ما يسمى بالطلاق في المرض المخوف (مرض الموت).

. غرضه حرمان الزوجة من الإرث، و الذي يكون في غالب الأحيان من الزوج في حالة مرضه و ضعفه أمام قوة و سيطرة ورثته كإجباره على طلاق زوجته لحرمانها من الميراث، و سماهبعض الفقهاء طرق الفرار، و سنعالج من خلال هذا الفصل زواج المريض مرض الموت و مدى صحته، و بيان حكمه أثناء هذا المرض، و أيضا الطلاق الصادر منه، و نتطرق أيضا إلى معالجة الإقرار الصادر من المريض في مرضه و نبين الإقرار بالنسب أو البنوة باعتباره من مسائل الأحوال الشخصية.

. المطلب الأول : الإشكالات التي يثيرها طلاق و زواج المريض مرض الموت

لدراسة هذا المطلب توضيح نقطتين أساسيتين الأولى لدراسة الزواج في مرض الموت و الثانية طلاق المريض مرض الموت.

الفرع الأول: الزواج في مرض الموت

. الزواج عقد بين رجل و امرأةتحل له شرعا الهدف منه إنشاء أسرة و المحافظة عل النسل، كما قال الله تعلى : " فانكحوا ما طابلكم من النساء مثنى و ثلاث و رباع فإن خفتم ألا تعدلوا

فواحدة أو ملكت أيمانكم "[52]، و قال الرسول صلى الله عليه و سلم : " النكاح سنتي فمن رغب عن سنتي فليس مني ".

و الحكمة الأهم في الزواج هي الإبقاء على الوجود الإنساني بالتناسل، و نخصص الآتي في معالجة الزواج في مرض الموت في ظل الفقه الإسلامي ثم في ظل القوانين الوضعية.

<u>أولا</u> : الزواج في مرض الموت وفقا للشريعة الإسلامية .

. لقد جاء بإجماع فقهاء الشريعة الإسلامية على أنه يجوز زواج المريض في مرض الموت بشرط الدخول، في حال العكس يصبح العقد باطلا، و لا يرتب أي أثر، (لا يرثها و لا ترثه).

وجاء جمهور العلماء على أن الزواج في المرض المخوف و الصحة سواء من حيث صحة العقد و توريث كل واحد من الزوجين الآخر، و اختلفو ا بعد ذلك فيما يثبت من مهر الزوجة في الزواج في مرض الموت.

أما المعمول به أن الأغلبية أخذ بصحة عقد الزواج في مرض الموت و على ثبوت التوارثبين الزوجين بما جاء في الكتاب و الأثر، و المعقول، و المريض غير المحجور عليه، و لا ممنوع عن حوائجه الأصلية، و لا من صرف ماله إليها، و هذا ما استدل به الحنابلة [53] ، و عليه إذا ثبت صحة الزواج في المرض المخوف ثبت التوارث بين الزوجين لعموم آية الميراث بين الأزواج.

أما المالكية فقد تطرقوا إلى حالتين، الأولى أنه يجوز له الزواج إذا كان في حالة لذلك، و لا يجوز مع عدم الحاجة، و الحالة الثانية: أنه لا يجوز للمريض الزواج سواء كان في حاجة له أم لا و لو أذن الوارث الرشيد في الحالتين، لاحتمال موت الآذن أو صيرورته غير وارث و كون الوارث غيره، و يعتبر زواج المريض عند المالكية فاسدا على الأرجح لأنه يدخل وارث

[52]. سورةالنساءالآية 3

[53]. محمد يوسف موسى، الأموال و نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1987، ص 344.

جديد على الورثة ما يجعل معاملة المتزوج و هو مريض مرض الموت بنقيض قصده، و يحكم بفساد فعله، و هذا الحكم في حالة الزواج بمن ترث، أما إذا تزوج المريض بمن لا ترث كالآمة أو كتابية غير مسلمة فللمالكية حكمان، الأول غير جائز و هو المعتمد لأن في نكاح المريض لأي منهما إدخال وارث، و الثاني جائز لأن كلا من العتق و الإسلام طارئ و مجرد إحتمال فلا يلتفت إليه، و الأصل عدم مراعاة الطوارئ[54].

-أما الحنفية فرقوا بين ما إذا كان الشخص الذي يتزوج في مرض الموت مدينا أو غير مدين.

01/ إذا كان المريض مدينا: يكون تقسيم المال عليها و عليهم على قدر حصصهم لأن مهرها دين لها على زوجها، فيكون مساويا لديون الصحة لوجوبه بأسباب معلومة بجواز الزواج في مرض الموت، و هو لا يجوز إلا بوجوب المهر و معلوميته بناء على ظهور سبب وجوبه و هو الزواج الذي هو غير محتمل الوجوب.

02/ إذا لم يكن المريض مدينا: يكون التزويج هنا جائزا من رأس المال إذا كان بمهر المثل الذي يعتبر إنفاق لمال متزوج في حوائجه الأصلية، فيقدم بذلك على وارثه، و لذلك قيد التزويج بمهر المثل لأن الزيادة عليه محاباة و تعتبر باطلة إلا أن يجيزها الورثة، فيصح حكمها حكم الوصية للزوجة الوارثة[55].

و يتبين من خلال ما ذكر أن الأمر يمثل أحد أشهر المسائل الخلافية في الفقه الإسلامي، و الظاهر القول بصحة الزواج في مرض الموت مع ثبوت التوارث بين الزوجين دون التفريق بين من هو الزوج أم الزوجة، أو التفريق بين حصول الدخول من عدمه لأن الزواج اعتمد على الكتاب و ما جاء في الأثر.

[54] محمد يوسف موسى، الأموال و نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1987

[55]. حسين علي الأعظمي، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص 346 .

ثانيا : الزواج في مرض الموت وفقا لبعض التشريعات القانونية.

. في القانون الأردني : أخذ المشرع أن الزواج في مرض الموت يكون صحيحا إذا كان بمهر المثل و نصت عليه المادة (60) من قانون الأحوال الشخصية صراحة " في موته ينظر فإن كان المهر المسمى مساويا لمهر المثل تأخذه الزوجة من تركة الزوج، و إذ ا كان زائدا عليه يجري في الزيادة حكم الوصية"

و يتبين أن المشرع الأردني أخذ بالمذهب الحنفي .

. في القانون العراقي : المشرع أخذ بصحة الزواج الحاصل في مرض الموت و لا يخل بصحة عقد الزواج المستوفي لشرائطه الشرعية إستنادا إلى القواعد العامة الواردة في قانون الأحوال الشخصية العراقي .

. القانون المصري : أخذ المشرع بالرأي الراجح في ا لمذهب الحنفي مثل المشرع الأردني، و قرر صحة زواج المريض على أن لا يزيد المهر على مهر المثل، و إلا اعتبرت الزيادة تبرعا للزوجة و يأخذ حكم الوصية على وفق الحكم العام لتصرفات المريض مرض الموت الوارد في المادة (916) من التقنين المدني المصري[56].

الفرع الثاني : الطلاق في مرض الموت.

الطلاق حق للزوج يوقعه متى أراد إذا أوجد ما يقتضيه صحيحا سواء كان صحيحا أو مريضا بوجود أهلية التصرف ، و غير محجور عليه ، أما إذا كان الطلاق في مرض الموت هنا أجمع الفقهاء على أنها ترثه لأنه يعتبر فارا من ميراثه فيعامل بنقيض مقصوده [57]، و هدفنا هو دراسة الطلاق في حالة مرض الموت و لهذا نتطرق لفقرتين تعالجانه الأولى في ظل الفقه الإسلامي و الثانية في ظل القانون الوضعي .

[56] حسينالأعظمي،أحكامالزواج،مرجعسابق،ص 126 .
[57] أحمدالغندور،الطلاقفيالشريعةالإسلامية،ط 2 ،دارالمعارف،مصر 1976 ،ص 32 .

أولا : طلاق المريض مرض الموت وفقا للشريعة الإسلامية

اتفق جمهور الفقهاء المسلمين على وقوع طلاق المريض مرض الموت صحيحا لأنه حق له ، و اختلفوا في مسألة ميراث الزوجة المطلقة طلاقا بائنا و ثبت بالأدلة إلى أن الغرض منه حرمانها من الميراث ففي هذه الحالة لا ينفي الطلاق حقها في الإرث، و تسميه الشريعة الإسلامية طلاق الفار، فقال الحنفية أن الرجل الذي طلق زوجته في مرض موته طلاقا بائنا فمات و هي في العدة ترثه، و إن مات بعد إنقضاء العدة فلا ميراث لها، يعللون ذلك بأن المطلقة طلاقا بائنا في مرض موت المطلق ترث مطلقها إذا مات، و لا يرثها هو إذا ماتت و هي في العدة لأن الزوجية سبب إرث في مرض موته، و الزوج قصده إبطاله فيرد قصده إليه بتأخير عمله إلى زمان إنقضاء العدةدفعا لضررالزوجة، و يسقط حقها في الإرث إذا وافقت على الطلاق أو بسوء منه.

وترث الزوجة استحسانا إذا ثبت أن زوجها قد طلقها خلال مرض موته طلاقا رجعيا، و إذا طلقها طلاقا بائنا و يموت في هذا المرض و هو على تلك الحالة سواء كان بذلك السبب أو بسبب آخر، فإن برئ الزوج ثم مات بعلة أو حادثة أخرى و هي بالعدة لا ترثه و أيضا إذا طلقها قبل الدخول، أما لو طلقها رجعيا و هو مريض مرض الموت فترثه مطلقا سواء كان مريضا أو صحيحا لأنها في عدة الطلاق الرجعي، و لأنها زوجة حكما و ترثه إذا مات كما يرثها إذا ماتت[58].

أما المالكية يرون أن الزوجة ترث زوجها و إن طلقها في مرض الموت حتى بعد انقضاء العدة، و زواجها من غيره، و حتى لو كان الطلاق برضاها و بلختيارها، لا يرثها هو إذا ماتت لأنه هو الذي فوت على نفسه حقه بالميراث[59].

. أما المذهب الحنبلي فلقر بميراث الزوجة إذا طلقها زوجها في مرض الموت سواء توفي في العدة أم بعد انقضائها، ما لم تتزوج بغيره.

[58]/ أحمدالغندور،الطلاقفيالشريعةالإسلامية،مرجعسابق،ص 33 .
[59]حسينعليالأعظمي،أحكامالزواج،مرجعسابقص 132 .

. أما المذهب الشافعي فلهم قولين الأول هو أن ترثه لأنه متهم في قطع إرثها فورثتكالقاتل منهما في استعجال الميراث، و القول الثاني، أنها لا ترث لأنها بينونة قبل الموت فقطعت الإرث كالطلاق في الصحة[60].

و المستخلص من ذلك أن فقهاء الشريعة الإسلامية اتفقوا على صحة وقوع الطلاق من المريض و اختلفوا في مسألة إرث الزوجة المطلقة بائنا.

ثانيا : الطلاق في مرض الموت وفقا لبعض التشريعات القانونية

يقع الطلاق سواء في الصحة أو في المرض، إلا أن المريض مرض الموت إذا طلق زوجته طلاقا بائنا بينونة صغرى أو كبرى يعتبر بسبب الميراث، أي طلقها لحرمانها من الميراث و يعتبر فارا من الميراث بتوافر ثلاث شروط:

1/ أن يكون طلاقا بائنا بعد الدخول.

2/ أن يكون الطلاق دون رضا الزوجة.

3/ أن تكون الزوجة أهل الميراث وقت الطلاق، و تستمر هذه الأهلية.

كما قضت المحكمة العليا أنه لا تلازم بين العدة و الحق في الميراث، حيث أن المرض مهما كانت خطورته يمنع الزوج من إيقاع الطلاق عليه فالطلاق به صحيحا شرعا و قانونا بخلاف الميراث فإن حق الطاعنة فيه ثابت شرعا إذا طلقها في مرض الموت لأنه لا يوجد أي تلازم بين العدة و الحق في الميراث عملا بقاعدة المعاملة بنقيض المقصود[61].

أما المشرع المصري فقد عد طلاق المريض واقعا، لكن زوجته ترثه إذا طلقها بغير رضاها و مات في عدتها كما جاء في قانون المواريث المصري: " تعتبر المطلقة بائنا في مرض الموت في حكم الزوجة إذا لم ترض ى بالطلاق، و مات المطلق في ذلك المرض و هي في

[60] حسينعليالأعظمي،أحكامالزواج،مرجعسابقص 133 .
[61] مسعودكمال،مشكلةالطلاقفيالمجتمعالجزائري،ديوانالمطبوعاتالجامعية،ديوانالجزائر 1986 ،ص 66 .

عدته ، وفي هذا إتباع الإمام أحمد بن حنبل في توريث المطلقة طلاقا بائنا مرض الموت من مطلقها و مخالفة المذهب الحنفي.

. أما المشرع العراقي : فقد ذهب إلى عدم وقوع طلاق المريض مرض الموت، و إلى أن الزوجة لا ترثه إذا مات في مرضه، حيث نصت المادة 03 من الأحوال الشخصية: " لا يقع طلاق الأشخاص الآتي بيانهم: المريض مرض الموت، أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك إذا مات في ذلك المرض أو تلك الحالة، و ترثه زوجته " [62] .

المطلب الثاني: الإقرار بالنسب و البنوة

لمعالجة هذا المطلب نتطرق لفقرتين الأولى الإقرار في ظل الفقه الإسلامي، و الثانية لهذا الإقرار في ظل القانون الوضعي.

الفرع الأول: الإقرار بالنسب أو البنوة في ظل الفقه الإسلامي.

الإقرار بالنسب هو أن يقر الرجل أو المرأة لولد بأنه من صلبهم أي ابنهم بشروط محددة و لا يوجد فرق بين إقرار المريض و الصحيح بالبنوة لأن النسب لا يمتنع بسبب المرض باعتباره من الحوائج الأصلية كالأكل و اللبس و النفقة إذ أن علة تمييز تصرف المريض عن الصحيح علاقة حق الورثة و الدائنين إذ أنه بإقرار المريض للولد نسبه له حق مشاركته باقي الورثة في ميراث المقر، لأنه بثبوت نسبه منه أصبح كالوارث يشارك بقية الورثة[63].

و النسب يثبت للفراش لقول الرسول صلى الله عليه و سلم : " الولد الفراش و للعاهر الحجر" ، و ذهب الفقهاء المسلمون إلى صحة الإقرار بالنسب إذا توفرت شروطه و يقول الحنفية أنها أربعة:

1/ فراش ضعيف: وهو فراش الآمة لا يثبت نسب ولدها إذا ادعاه بعدها.

[62]/ أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق 47 .
[63] الأيباني، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 65 .

2/ فراش متوسط: و هو فراش أم الولد، أي الأمة التي ولدت لسيدها يثبت به النسب بلا دعوى من السيدة، ولكنه لا يثبت إذا نفاه.

3/ فراش قوي: و هو فراش الزوجة أثناء قيام الزوجية، أو عدتها من طلاق رجعي، فإن الولد يثبت بدون دعوى، و ينتفي باللعان.

4/ فراش أقوى: و هو فراش المطلقة طلاق بائن لا ينتفي باللعان، لأن اللعان يكون بين زوجين، أثناء قيام الزوجية و لو حكما، أي في عدة الطلاق الرجعي، أما إثبات الولادة فالولد يثبت نسبه لأمه بولادته و لا يمكن نفيه بعد ذلك، و يثبت نسبه لأبيه إذا ولد على الفراشالصحيح[64].

<u>الفرع الثاني : الإقرار بالنسب أو البنوة وفقا لبعض التشريعات القانونية .</u>

لقد تطرق القانون الجزائري إلى طرق إثبات النسب من خلال قانون الأسرة في المواد التالية:

المادة 40: " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة، أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33 و 34 من هذا القانون، و يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب ".

المادة41: " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الإتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة.

المادة 44: " يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب و لو في مرض الموت متى صدقه العقل و العادة.

المادة 45: " الإقرار بالنسب في غير البنوة، أو الأبوة، الأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه"، أي يثبت النسب بالفراش و الإقرار و البينة[65].

[64] نبيلصقر،تصرفاتالمريضمرضالموت،المرجعالسابق،ص 138 .
[65] نبيلصقر،المرجعالسابق،ص 141 .

و الإقرار نوعان الأول بثبوت نسب المقر له منه ابتداء ثم يتعداه إلى غيره، و الثاني إقرار بثبوت نسب المقر له من غير المقر ابتداء ثم يتعداه إلى نفسه، و من هنا يتضح أن النوع الأول ليس فيه حملالنسب على الغير، أما الثاني فيه حمل النسب على الغير لكل أحكامه، ثبوت النسب بالبينة يقدمها المدعي على دعواه، و هذه البينة هي شهادة رجلين، أو رجل و امرأتين، و هذا نصاب الشهادة في غير الزنا، إنما اشترط في المادة 44 أن يكون الولد المقر به مجهول النسب، لأن النسب الثابت لا يقبل النفي، و لا ينتقل من شخص إلى غيره، كما اشترط أن يكون فارق السن بين الولد و من ادعاهيحتمل هذه البنوة لأنه إذا كذب الحس لن يصح إقراره لاستحالته.

و قضت المحكمة العليا: من المقرر شرعا أنه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح و الإقرار و البينة و شهادة الشهود و نكاح الشبهة، و الأنكحة الفاسدة و الباطلة تطبيقا لقاعدة إحياء الولد لأن ثبوت النسب يعد إحياء له، و نفيه قتلا له، و لما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس لما قضوا برفض سماع شهادة الأقارب في دعوى إثبات الزواج و النسب بحجة أن الحكم حاز قوة الشيء المقضي فيه لا تطبق في قضايا الإحالة كإثبات الزواج و النسب بطرق عدة على غرار العقد الصحيح طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه " .

. و القول بأن الإقرار لا يكون إلا أمام القضاء تطبيقا للمادة 341 من القانون المدني، مع أن المادة لا تطبق في قضية الحال التي يحكمها قانون خاص هو قانون الأسرة، و لأن إثبات النسب يقع فيه ما أمكن فيثبت حتى مع الشك، و في الأنكحة الفاسدة طبقا لقاعدة إحياء الولد.

. حيث القول أن الشهادة المؤرخة في 06 أفريل 1997 أمام الموثق هي عبارة عن صلح لا يجوز طبقا للمادة 461 من القانون المدني، و مع أن وصف الوثيقة لا يصح بل هي توثيق بشهادة جماعة عن إقرار المطعون ضده بحمل الطاعنة و رغم ذلك لم ينتبه قضاةالموضوع لوجوب سماع هؤلاء الشهود.

حيث أن المادتين 40 و 41 من القانون الأسرة تثبتان النسب بالإقرار دون تحديد بأي شكل يقع به هذا الإقرار الحمل في بطن أمه[66].

. أما المشرع المصري نص على هذه الحالة من خلال المادة 41 من قانون المواريث المصري و التي نصت على أنه: " إذا أقر الميت بالنسب على غيره استحق المقر له التركة إذا كان مجهول النسب، و لم يثبت نسبه من الغير، و لم يرجع المقر عن إقراره "، و منه نستنتج أن المشرع اشترط أن يكون المقر له حيا وقت موت المقر، أو وقت الحكم باعتباره ميتا و إلا يقوم به مانع من موانع الإرث .

. أما المشرع العراقي فقد تطرق لهذا الموضوع من خلال الفقرة الأولى من المادة 52 من قانون الأحوال الشخصية على أنه: " الإقرار بالبنوة و لو في مرض الموت لمجهول النسب يثبت به نسب المقر له إذا كان يولد مثله لمثله [67].

المبحث الثاني :أحكام تصرفات المريض مرض الموت في أمواله

يمكن لأي شخص التصرف في أمواله لمن يريد و حرصه عليها، فيجوز له البيع و الهبة لكل أمواله أو بعضها، دون أن يتدخل في ذلك شخص آخر و يعترض لأنه خالص له و هذا هو شأن التصرفات التبرعية و العوضية (معاوضات)، و لذلك رأت الشريعة الإسلامية و بعض التشريعات القانونية أن تفرض على تصرفات المريض مرض الموت قيودا سواء أكان التصرف تبرعا أو عوضا.

وسيتم معالجة هذا المبحث من خلال مطلبين يتطرق الأول للتصرفات العوضية و الثاني إلى التصرفات التبرعية.

المطلب الأول : حكم مرض الموت على التصرفات العوضية

[66] نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، مرجع سابق ص 143 .
[67] الأبياني، الحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، مرجع سابق ص 87 .

عقد المعارضة هو عقد يتم بموجبه إعطاء شيء مقابل شيء آخر، و من أهم عقود المعاوضة هو عقد البيع، و المريض كقاعدة عامة غير ممنوع من التصرف معاوضة ما دام بثمن المثل لعدم وجود الضرر، لكن المريض قد يبيع أو يشتري بغبن فاحش و في هذه الحالة يختلف الحكم، في الفقه الإسلامي إذا ما باع رجل في مرض الموت مال بأقل من ثمن المثل ثم مات مدينا و تركته مستغرقة كان لأصحاب الديون أن يكلفوا المشتري إبلاغ ثمن مااشتراه إلى ثمن المثل و أدائه للتركة، فإن رفض فسخوا البيع، و لو كان الغبن يسيرا سواء أجاز الورثة هذا البيع أم لم يجيزوه، و هذا الحكم فيما لو اشترى المريض مالا بأكثر من ثمن المثل للغرماء أن يستردوا منه ما زاد على ثمن المثل و إن رفض فلهم فسخ البيع و استرداد الثمن[68]. و سنوضح ذلك من خلال فرعين

الفرع الأول: أحكام بيع المريض مرض الموت في الشريعة الإسلامية

قد يبيع المريض لوارث أو لأجنبي و هنا وجب علينا التطرق لكليهما بصفة مستقلة.

أولا : بيع المريض مرض الموت لوارث

إذا باع المريض شيئا من ماله لوارثه، يجب التفريق بين حالتين المريض البائع غير المدين، أو أن يكون مدينا.

1/ بيع المريض غير المدين ماله لوارث التي تحتمل حالتين إما أن يتم البيع بثمن المثل أو يتم البيع بالمحاباة.

الأولى : قال فيها الحنفية أنه إذا باع المريض مرض الموت غير المدين ماله لوارث بمثل القيمة المتعارف عليها و المتداولة بين الناس، في هذه الحالة يكون البيع موقوفا على إجازة باقي الورثة، فإن أجازوه كان نافذا و إن رفضوا فهو باطل سواء كان بيع بالمثل أو بتفضيل.

[68] ياسين صالح عبد الكريم، أحكام تصرفات المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي و القانون، مرجع سابق ص 83 .

. أما المالكية و الشافعية و الحنابلة فقد ذهبوا إلى أن البيع في هذه الحالة يكون صحيحا نافذا لأنه لا يبطل حق الورثة، فيستوي الوارث الأجنبي.[69]

. و في الحالة الثانية: التي يبيع فيها المريض مرض الموت غير المدين لوارث بالمحاباة، فمنها أيضا اختلف الفقهاء، فقال فيه الإمام أبو حنيفة أن البيع إذا تم بالمحاباة يكون صحيحا بإجازة الورثة إن أجازوه نفذ، و إن ردوه بطل.[70]

. أما الظاهرية و الحنابلة و اختاره ابن تيمية قالوا أن البيع في هذه الحالة باطل، و لا يصح مطلقا، لأن المشتري دفع الثمن في كل المبيع، و البائع لا يملك بيع الكل بهذا الثمن.

. و قال جمهور الفقهاء المالكية و الشافعية أنه إذا باع المريض مرض الموت ماله لوارث و حاباه في البدل، فقدرالمحاباة يتوقف على إجازة الورثة، فإن أجازوه نفذ، و إن ردوه بطل، في قدر المحاباة فقط، و يصح البيع فيما عداه، فتأخذ قدر المحاباة حكم الوصية.

ثانيا : بيع المرض المدين ماله لوارث

بيع المدين ماله لوارث، قد يكون دينه مستغرقا لتركته، و قد يكون غيرمستغرق،

حالة بيع المريض المدين بدين مستغرق إذا باع ماله لوارث بثمن المثل فإن البيع صحيح و نافذ، و لا يجوز للدائنين الإعتراض عليه لأن حقهم متعلق بمالية التركة لا بأعيانها ،أما إذا كان في بيع المريض المدين محاباة للوارث في البدل فلا تنفذ المحاباة إلا بإجازة الدائنين، فإن أجازوها نفذت و إن ردوها خير المشتري بين أن يبلغ المبيع تمام قيمته، و لا اعتراض للدائنين، و بين فسخ البيع أخذ دفعهمن الثمن إن كان الفسخ ممكنا، أما إذا تعذر ذلك لهلاك المبيع تحت يده، فيلزم المشتري بإتمام الثمن إلى قيمته الحقيقية، أما الوارث فإن حقه متعلق بأعيان التركة و ماليتها من قبل أن يكون العقار قد استهلك في عهد المورث و دفعت بيت

[69] حسنيمحمود عبدالدايم،مرضالموتوأثرهعلىعقدالبيع،مرجعسابق،ص182.
[70] / حسنيمحمود عبدالدايم،مرضالموتوأثرهعلىعقدالبيع،مرجعسابق .

المال أو الدولة بدل استهلاك للورثة فهذا حق للورثة في مالية التركة، و عليه فإن حقهم لا ينحصر في الأعيان دون المالية، و لا المالية دون الأعيان.

. أما حالة بيع المريض المدين بدين غير مستغرق لوارث فيخرج مقدار الدين من التركة و يحكم على البيع في القدر الزائد على الديون بحكم البيع فيما لو كان المريض غير مدين أصلا[71].

. أما حالة بيع المدين بدين غير مستغرق لأجنبي، إذا باع المريض المدين شيئا من ممتلكاته لأجنبي بثمن المثل، و كان مدينا بدين غير مستغرق لماله، صح البيع و نفذ على البدل المسمى، أما إذا تم البيع بمحاباة، يخرج مقدار الدين من التركة و يأخذ هذا البيع حكم البيع فيما لو كان المريض غير مدين أصلا بالنسبة للمبلغ الباقي بعد الإخراج[72].

الفرع الثاني : أحكام بيع المريض مرض الموت وفقا للقانون المدني الجزائري

تنفذ جميع تصرفات الشخص في حالة الصحة سواء كانت بعوض أو بغير عوض مادام العقد يتبع الشروط القانونية مع توفر أهلية المتصرف متى كان التصرف منجزا غير مضاف إلى ما بعد الموت و هو الوصية، فهو لا ينفذ إلا من ثلث المال سواء كان صدوره في حال الصحة أو المرض[73].

. و لما كانت الوصية مقيدة من ناحيتين، فهذا التقييد يدفع بعض الأشخاص إلى التحايل على أحكام القانون، و يلجؤون إلى إضفاء صفة المعاوضة على التصرف الحقيقي التبرعي في مرض الموت، فيسترون وصيتهم تحت إسم عقد البيع [74]، فيصدر المريض مرض الموت تصرف بالبيع و له أحكام خاصة لافتراض شبهة انعدام الثمن أو ستره لتصرف تبرعي كوصية أوهبة، و تكون في الغالب للوارث، لذلك خصه المشرع بأحكام خاصة تختلف عن ما

[71] محمدكاملمرسي،الوصيةتصرفاتالمريض ..... ،مرجعسابقص 327 .
[72] الأبياني،شرحالأحكامالشرعية،مرجعسابق،ص 326 .
[73] د. عبدالحكمفودة،المرجالسابق،ص 61 .
[74] أ،محموديعبدالعزيز،المرجعالسابقص 72 .

جاء بقرينة التصرف بالتبرع في مرض الموت حسب نص المادة 776 من القانون المدني الجزائري[75].

و سنركزعلى حالة البيع في مرض الموت، لماله من أهمية عملية، لأن المريض في أغلب الأحيان يصرح أنه قبض مقابلا ماليا حتى و إن أقر بالثمن صوريا، و هذا خلاف للواقع.

و نعززها بدراسة شكلية و موضوعية للمواد القانونية المطبقة منها 408، 409 من القانون المدني و هذا يحتم علينا التطرق لثلاث نقاط:

أولا: حكم بيع المريض مرض الموت لوارثه.

ثانيا: حكم بيع المريض مرض الموت لغير وارثه و من لا وارث له.

ثالثا: حماية الغير حسن النية.

أولا: حكم بيع المريض مرض الموت لوارثه

نصت الفقرة الأولى من المادة 408 من القانون المدني:" إذا باع المريض مرض الموت لوارثه فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره الورثة"، و مفادها أن بيع المريض مرض الموت لوارثه يكون صحيحا بين عاقدين، غير أنه لا ينفذ في حق الورثة إلا إذا أقروه[76]، و المقصود بالورثة من ثبتت صفتهم وقت وفاة المريض المورث و ليس وقت البيع، و هذا ما يخالف نص المادة 408 من القانون المدني التي لم تحدد بدقة تقدير قيمة المبيع بالنظر إلى التركة الموروثة.

و معنى ذلك أن الوارث الذي لم تكن له هذه الصفة وقت انعقاد البيع، و تحققت وقت الوفاة له حق الاعتراض و عدم قبول نفاذ البيع الذي أجراه مورثه بقدر حصته، لأن صفة الوارث تحقق بها، و أنه حقه تعلق بأعيان التركة، و من ثم استمد حقه في الطعن. [77]

[75] أ . محموديعبدالعزيز،المرجعالسابقص 87 .
[76]. د. عبدالحكمفودة،المرجالسابق،ص 98
[77]. أ . محموديعبدالعزيز،المرجعالسابقص 88

لأن عدم نفاذ البيع من المريض مرض الموت لغير وارثه هو شبهة ستر هبة، و يكون البيع غالبا في مرض الموت هبة في صورة عقد بيع، و حكم الهبة الحاصلة في مرض الموت في الشريعة الإسلامية هو حكم الوصية، و وجب اعتبار فيها وقت وفاة المورث لمعرفة صفة من حصل له التصرف أهو وارث أم لا.[78]

والمشرع فرق بين إقرار الورثة للبيع و بين الإجازة، و قد أصاب في ذلكلأن الإجازة تلحق التصرف القابل للإبطال و تصدر من أطراف التصرف، و لا تلحق العقد الباطل بطلانا مطلقا، فلا تصحيح عليه لأنه في حكم العدم[79]، أما الإجازة تكون للقاصر إذا بلغ سن الرشد، أو لمن عيبت إرادته بغلط، أو تدليس أو إكراه أو إستغلال حين زوال السبب[80].

و لتحديد أحكام البيع يجب أن نفرق بين إقرارالورثة للبيع من عدمه.

01/ حالة إقرار و قبول الورثة:

بعد ثبوت حق الورثة في الميراث بعد وفاة مورثهم، يمتلكون إقرار البيع من مورثهم حال مرضه و يشترط لصحته إقرار الورثة بالإضافة إلى صدوره بعد الموت، ما يشترط لأي تصرف تبرعي آخر، إذ يجب أن يكون الوارث المقر بالبيع أهلا للتبرع عاقلا، راشدا، بالغا تحت طائلة بطلان إقراره بطلانا مطلقا، و عليه لا يصح الإقرار الصادر عن الصبي أو المجنون أو المحجور عليه، أو ثبوت حالة مرض الموت في المقر نفسه.

و يشترط أن يكون الوارث عالما بأن تصرف مورثه غير نافذ في حقه بسبب صدوره في مرض الموت، و أنه يملك التمسك بعدم نفاذهو عدم إقراره، و إلا كان الإقرار ذاته قابلا للإبطال.[81]

---

[78] د. عبدالحكمفودة،المرجالسابق،ص 103 .

[79] أ . محموديعبدالعزيز،المرجعالسابقص 88 .

[80] الدكتورعليعليسليمان - النظريةالعامةللإلتزام - مصادرالإلتزامفيالقانونالمدنيالجزائري،ديوانالمطبوعاتالجامعية،الجزائرالطبعةالثالثة 1993 ص 82 .

[81] د. سليمانمرقس- المرجعالسابق- ص 573 .

و يقع الإقرار بفعل إيجابي، فعدم القيام بعمل، أو السكوت لا يعتبران دليلا على إقرار البيع الحاصل للوارث أثناء مرض الموت.[82]

و قد قضت المحكمة العليا في قرار لها:" من المقرر قانونا أنه إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد إساءة في تطبيق القانون.[83]

و قد قضت المحكمة العليا في قرار لها: " من المقرر قانونا أن عقد البيع المنجز أثناء مرض الموت لفائدة الوارث لا يكون نافذا إلا إذا أقره باقي الورثة.

و لما تبين في قضية الحال أن زوجة المورث قد استغلت مرضه لإبرام عقد البيع قبل وفاته بثلاثة عشر يوما، و أن القرار المطعون فيه قد استثنى العقد المذكور من التركة أثناء القسمة دون أن يبين في حيثياته حالة المرض الذي أثاره الطاعنون، فإنه استوجب النقض.[84]

02/ حالة عدم إقرار الورثة للبيع الصادر للوارث:

إذا كان الورثة يمتلكون إقرار البيع لمورثهم و هو في مرض الموت إلى أحد الورثة، كان لبعضهم أن يجيزه دون الآخرين، و هم يستعملون خالص حقهم في ذلك و يستمدون حقهم من القانون مباشرة حماية لهم في أموال مورثهم من لحظة نزول المرض.

و نلاحظ مما سبق أن نص المادة 408 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري يعاب عليه، لأنهلم يبين البيع المقصود في هذه الفقرة، و لم يذكر الفرق بين ما إذا تم البيع بمثل قيمة الشيء أو بأقل منه، أو بدون ثمن أصلا هذا من جهة، و من جهة أخرى لم يتطرق للجزء المحابى به، و لعله قصد البيع المنطوي على التبرع لا البيع الحقيقي الذي يتم بثمن

[82] د. عبدالحكمالفودة - المرجعالسابق- ص 101.
[83] د. عبدالحكمالفودة - المرجعالسابق- ص 101.
[84] قراررقم 139123 مؤرخفي 1996/07/09 ،عنغرفةالأحوالالشخصية،منشورفيالمجلةالقضائية،العدد 02 لسنة 1996،ص 80

المثل دون محاباة، و نص على ذلك بنص المادة 776 من القانون المدني التي يفهم منها أن البيع الذي يأخذ حكم الوصية هو البيع المنطوي على التبرع لا البيع الحقيقي.[85]

ثانيا: حكم بيع المريض مرض الموت لغير وارثه

لقد جاء من خلال أحكام قانون الأسرة التفرقة بين الوصية للوارث، و الوصية لغير الوارث، فنصت المادة 408 المتعلقة بالبيع في مرض الموت كذلك، و جاءت الفقرة الثانية منها لتبين أحكام البيع لغير وارث بنصها على[86] :" أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه، و لأجل ذلك يكون قابلا للإبطال".

و يفهم من ذلك أن المشرع الجزائري قد جعل البيعلغير وارث في مرض الموت قابلا للإبطال ما لم يكن مصادقا عليه.[87]

و جاء نص المادة 2/408 في حالة ما إذا تم البيع لغير الوارث، بحكم الغريب لم يعرفه القانون المدني إطلاقا " .....غير مصادق عليه ..... " و لا نعلم أي معنى قانون يقصده المشرع، كما أن البيع في مرض الموت لمن لا وارث له، فإن فكرة بطلان تصرفات المريض مرض الموت ليست مثل أحكام الأهليةو لا الحجر، إنما الثابت فقها أنها تتعلق بحق الورثة في الميراث، و روجان شبهة الشك و الريبة في المرض، و عليه فإن تصرفات المريض في هذه الحالة تعتبر صحيحة و لو شملت جميع أمواله، بشرط أن لا يكون دينه مستغرقا لأمواله.[88]

يثو تطبيق نص المادة 408 من القانون المدني إشكالات قانونية يصل مداها إلى حد التناقض الموضوعي، و في الأساس بين القانون المدني و قانون الأسرة.[89]

---

[85] أ. عامر رشاد السيد - المرجع السابق- ص 72.
[86] أ. محمود يعبد العزيز - المرجع السابق- ص 90
[87] أ. محمود يعبد العزيز - المرجع السابق- ص
[88] أ. محمود يعبد العزيز - المرجع السابق- ص 92 .
[89] الدكتور علي علي سليمان - ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري- ديوان المطبوعات الجامعية لسنة 1993 ص 182.

و لذلك تم اقتراح تعديل صياغة المادة 2/408 المنتقدة من طرف الدكتور علي علي سليمان على النحو التالي: " أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف، فإنه ينفذ في حدود الثلث و ما زاد عن ذلك يتوقف على إجازة الورثة" و بهذا التعديل سوف يستقيم و يتفق حكم القانون المدني مع قانون الأسرة على أن تكون الترجمة الفرنسية متفقة مع النص العربي.[90]

ثالثا: حماية الغير حسن النية في بيع المريض مرض الموت

قد يكسب المتصرف إليه حقا عينيا على المال المتصرف به من طرف المورث، و قد يقع أن يقوم بشهره و يتظمن في ذلك، و قد يتصرف المشتري في المبيع من المريض مرض الموت إلى شخص آخر بالبيع، أو يرتب له حقا عينيا عليه، مثل الذي باعه من شخص ثالث، أو رهنه لديه، و غالبا ما تمضي فترة قصيرة بين عملية البيع في مرض الموتو بين وفاةالمتصرف، و باستعمال حق الورثة المتضررين في الإبطال يتهدد مركز الغير، و من ثم استقرارا للتعامل و تحقيقا للمصالح وجب حماية هذا الغير، و يكون ذلك بإعمال أحكام قانونية تحقق ذلك.

لقد تبين أن تطبيق حكم المادة 408 من القانون المدني السابق ذكرها التي توجب عدم نفاذ البيع في حق الورثة فيما يتجاوز ثلث التركة، فإذا لم يقر الورثة التصرف بالبيع، و استعملوا حقهم في استرداد القدر المحابي به من المشتري الذي يجاوز ثلث التركة وقت الوفاة، كان لهم ذلك و لو من الغير الذي تلقى ملكية المشتري، و هنا يضار الغير حسب نص المادة 408 من القانون المدني الجزائري الخاصة بالبيع في مرض الموت، و يحدث أن يكون الغير حسن النية و تلقى المبيع بعوض، فإن تطبيق النص السابق من شأنه إلحاق به ضرر ، لذلك استلزم على العدالة حماية هذا الغير من الضرر الذي قد يصيبه من جراء تطبيق هذه القواعد.[91]

[90]/ الدكتورعليعليسليمان - ضرورةإعادةالنظرفيالقانونالمدنيالجزائري- مرجعسابق. ص 133.

[91]أ. محمودي عبد العزيز –مرجع سابق– ص 99/98.

و عليه جاءت المادة 409 من القانون المدني تنص على ذلك:" لا تسري أحكام المادة 408 على الغير حسن النية، إذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع ".

و لحماية الغير حسن النية يجب النظر لحسن نيته:

أولا: شروط تمسك الغير بالحماية القانونية المقررة بالمادة 409 من القانون المدني:

01/ أن يكون الغير قد كسب حقه بعوض.

02/ أن يكون الغير حسن النية.[92]

ثانيا: أحكام حماية الغير حسن النية:

بتوافر الشروط الموضوعية لحماية الغير يجب مع ذلك أن تكون موازنة بين نتائج تطبيق المادة 409 من القانون المدني، الضرر الذي يصيب الورثة مستعملي حق الإبطال المقرر لهم قانونا، و بهذا تطرح مسألة مصير الورثة.

إن حق الورثة في إبطال العقد عندما يكون الغير سيء النية، بحيث يعلم أنه يتعامل مع شخص في حالة الموت، بوجود وقائع ظاهرة و قرائن ثابتة، ما عدا ذلك لا سبيل لهم عليه في وجه الحماية المكتسبة بموجب نص المادة 409 من القانون المدني، و في نفس الوقت الورثة محميين في وجه المشتري الأول – من المريض– من خلال عدم إجازة البيع و إبطاله.

المطلـــــب الثـــــاني: حكم مرض الموت في التصرفات التبرعية

إن الوصية و الهبة من أهم التصرفات التي قد يقوم بها المريض مرض الموت وقت مرضه و تدخل ضمن التصرفات التبرعية، و لذلك فرضت أغلب التشريعات قيود على حق

[92] د. عبد الحكم فودة – المرجع السابق– ص 129.

الإيصاء، و لذلك يلجأ البعض إلى الهبة لأنها جائزة لكامل المال في حياته، فهل ينفذ هذا التصرف في حقه أم لا، ثم في حق ورثته من بعده، و هذا ما سيتم توضيحه.

الفرع الأول: الوصية في مرض الموت:

الوصية هي تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت مقتضاه التمليك بلا عوض، و قد عرفها الفقهاء بأنها:" هي ما أوجبه الإنسان في ماله بعد موته، أو مرضه الذي مات فيه ".[93]، و لمعالجة هذا الفرع وجب علينا أن نتطرق للوصية في مرض الموت في ضوء كل من الفقه الإسلامي، و القانون الوضعي.

أولا: الوصية في ظل الفقه الإسلامي

لقد وردت عن الوصية آيات عديدة في الكتاب الكريم منها قوله تعالى:"**كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت أن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين فمن بدله بعد ما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه إن الله سميع عليم**"[94]. و عرفها الكاساني:"بأنها اسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد الموت، و عرفها ابن عابدين أنها:تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع" ، و هو أصح التعريفات و أشملها بلعتباره تعريفا مانعا جامعا يشمل كل شيء يوصي به الشخص بعد موته، كما يشمل قيام الوصي على أولاده الصغار و رعايتهم[95].

أما الأحكام تختلف في حالة ورود الوصية في حالة الصحة أو المرض، ففي حالة ما إذا كان الموصي المريض ثابت العقل كامل الإدراك و الشعور، فإن ما أوصى به من تبرعات يعتبر من الثلث سواء أوصى به في الصحة أو في المرض، و أنه لا فرق في الوصية بين الصحة و المرض[96].

---

[93] حسن علي الدنون، النظرية العامة للإلتزامات ، مطبعة دار الحرية، بغداد، 1976، ص 25

[94] سورة المائدة الآية 106

[95] محمد أبو زهرة، تاوصية في القانون المدني و الشريعة ، مرجع سابق ص11.

[96] أحمد ابراهيم ، الهبة و الوصية و تصرفات المريض مرض الموت ، مطبعة الموت ، القاهرة ، 1993 ، ص 316.

و لم يختلف الفقهاء المسلمين في الوصية لأجنبي من حيث جوازها له بشرط عدم زيادتها عن الثلث في حالة وجود الوارث، و إذا زادت على الثلث يقتضي إجازة الورثة[97].

و اختلف الفقهاء المسلمين في الوصية للوارث فأخذ بعضهم ببطلانها سواء أجازها الورثة أم لم يجيزوها استنادا لقول الرسول صلى الله عليه و سلم: "لا وصية لوارث"

و البعض الآخر قالوا أنها صحيحة و لكنها موقوفة على إجازة الورثة مستندين لقول الرسول صلى الله عليه و سلم " :لا وصية لوارث إلا أن تجيزها الورثة".

و لصحة الإجازة يجب أن يكون المجيز من أهل التبرع، و عليه فإجازة الصبي، و المجنون، و المعتوه لا يعتد بها لأنهم ليسوا أهلا للتبرع، و كذلك المحجور عليه لسفه و مثله المريض مرض الموت، كما أنه لا ميراث، و لا وصية إلا بعد وفاء الديون، فالثلث الذي ينفذ فيه الوصية إنما هو ثلث المتبقي، يسبقه تجهيز المتوفى، و سداد دينه، و إذا كانت وصية لغير وارث نفذت من الثلث، و لا تتوقف على إجازة الورثة إذا لم يكن مدينا، فإذا كان مدينا تتوقف على إجازة الدائن إن كان مستغرقا لتركته، و على إجازة الورثة إذا بقي مالا بعد سداد الدين و لا يخرج مما أوصى به من الثلث الباقي.

ليس هناك اختلاف في حكم الوصيةالتي تصدر عن الشخص الذي مات إثر مرض أوصله إلى الموت[98].

01/ المريض غير المدين: أجمع عليه الفقهاء أنه إذا أوصى شخص بما زاد على الثلث، و لم يكن له وارث و ليس عليه دين تجوز الوصية و لو بجميع ماله المتبقي بعد التجهيز، و الدين و لا يحتاج إلى إجازة الإمام لأنه بيت المال غير وارث[99].

أما إذا كان الشخص المريض غير مدين و كانت وصيته لوارث أو لغير وارث، و كان للوصي ورثة فتنفذ الوصية بالثلث و فيما تجاوزه يتوقف على إجازة الورثة.

02/المريض المدي:في هذه الحالة تنفذ الوصية بعد سداد الديون طبقا لقاعدة(لا تركة إلا بعد سداد الديون)و تطبق هذه القاعدة في حالة ما إذا كانت التركة مستغرقة بالديون، فإذا كان

---

[97] محمد زيد الأبياني ، الأ حكام الشرعية في الأحوال الشخصية ، مرجع سابق ، ص 277 – 278 .

[98] أحمدابراهيم،الهبةوالوصيةوتصرفاتالمريض - مرجعسابق- ص 280

[99] محمدزيدالأبياني،الأحكامالشرعيةفيالأحوالالشخصية -مرجعسابق- ص 279.

الدين مستغرقا لتركة الموصي لا تنفذ الوصية إلا إذا أبراه الدائنون، أما إجازة الورثة في هذه الحالة لا تفيد شيئا، و إنما الحق للدائنين لأن حق الورثة مؤخر عن قضاء الدين[100].

ثانيا :الوصية وفقا لبعض التشريعات القانونية

إذا صدر من المريض تصرف ينطوي على تبرع جرى عليه حكم الوصية، و بهذا نصت المادة 776 من القانون المدني الجزائري على أنه " :كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا "إلى ما بعد الموت و تسري عليه أحكام الوصية أيا كانتالتسمية التي يوصف بهاهذا التصرف، و المقصود هوأنالتصرف الصادر عنالمورثيكون مقصودابهالتبرع يعتبر القانون وصية مستترة و تسري عليه أحكام الوصية ، وينفد بإعتبارهوصية في حدود الثلث، ولا ينفد فيما عدا ذلك إلا إذا أجازه باقي الورثة، فأعطى حكم الوصية لكل تصرف قانوني يصدر في مرض الموت، كالبينة والهبةو الإقرار و الإبراء إلى غير ذلك من التصرفات التي يقصدبهاالتبرع.[101]

وتصدت له المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 16 جوان 1998 الذي جاء في حيثياته : " حيث أن المادة 204 من قانون الأسرة قد نصت على أن الهبة في مرض الموت و الأمراض المخيفة تعتبر وصية إضافة إلى أن الواهب في حالة مادية ظاهرة لا يمكن إخفاؤها، و يجوز إثباتها بشهادة الشهود زيادة على الشهادات الطبية المحتج بها، و عليه فالوجه مؤسس، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه و إحالته لنفس المجلس [102].

–أما القانون الأردني نص على أنه سواء كان هذا التصرف في صورة بيع، أم هبة، أم إقرار أم إبراء، يكون بحكم الوصية إذا كان هذا التصرف ينطوي على تبرع، ومعنى ذلك أن تطبيق أحكام الوصية على التصرف الصادر في مرض الموت مرهون بشرطين هما صدورالتصرف في مرض الموت و أن يكون قد قصد به التبرع.[103]

---

[100] أحمدابراهيم،الهبةالوصيةوتصرفاتالمريض - مرجعسابق- ص 301.

[101] أحمدعبدالرزاقالسنهوري،الوسيط ..... - مرجعسابق- ص 223

[102] قراررقم 197335 مؤرخفي 1999/06/16 عنغرفةالأحوالالشخصية،منشورفيالمجلةالقضائية،عددخاصأحوالشخصيةلسنة 2001.

[103] محمدوحيدالدينسرار،الحقوقالعينيةالأصلية،الثقافةللنشروالتوزيع،عمانالأردن، 1999،ص 77.

–أما المشرع العراقي وافق المشرع المصري إلا أنه قد اختلف عنه في بعض الأمور من حيث التمييز بين ما إذا كان الوصي غير مدين، و بين ما إذا كان الوصي مدينا، فإذا كان الوصي مدينا تعتبر الوصية صحيحة و نافدة، ولو كانت بكل ماله، و لا تتوقف على إجازة الورثة، إذ نص على أنه: " وتنفد الوصية من لادين عليه ولا وارث له بكل ماله أو بعضه من غير توقف على إجازة الخزينة العامة"، أما إذا كان له وارث فقد اعتبر المشرع العراقي و المصري وصية صحيحة و نافدة إذا كان الموصى به يخرج من ثلث تركته، و أما إذا زاد عن الثلث تنفذ الوصية في حدود الثلث، و تتوقف في القدر الزائد عليه على إجازة الورثة بغض النظر إذاكان الموصى له وارثا أو أجنبيا.[104]

أما إذا كان الموصي مدينا فإن المشرع المصري قد فرق بين أن يكون دين الموصي مستغرقا لتركته و بين أن يكون غير مستغرق، فإن كان مستغرقا جعل وصيته صحيحة، و موقوفة على براءة ذمته من قدر الموصى به من الدين، سواء كان ذلك بإجازة الدائن لوصيته أو بسقوط الدين، أما إذا كان دينه غير مستغرق فيخرج مقدار الدين من التركة، ويحكم على الوصية في القدر الباقي بعد الوفاء بالدين، وعليه فإنه ما يحدث في المدة بين وفاة الوصي و وقت القسمة من نقص التركة يكون على الموصى لهم و الورثة سوية كل زيادة تطرأ على التركة[105].

ونص عليه قانون الأسرة في المادة 184:" الوصية تمليك إلى ما بعد الموت بطريق التبرع " ، إستعمال مصطلح " تمليك" يجعل هذا التعريف جامعا و شاملا لكل أنواع الوصايا، سواء كانت واجبة أو مندوبة، وسواء كانت بالمال أو بغيره ، فهي تشمل التمليك، و الإسقاط ، و تقرير مرتبات كما تشمل الوصية بالمنافع من السكن لدار،أو زراعة الأرض، و الوصية بالأعيان من منقولات أو عقارات.[106]

---

[104] عبدالرزاقالسنهوري،الوسيط ..... - مرجعسابق- ص 209

[105] محمدوحيدالدينسوار،الحقوقالعينيةالأصلية- مرجعسابق- ص 78.

[106] رمضانأبوالسعود،الوسيطفيالحقوقالعينيةالأصلية - مرجعسابق- ص 129.

أما المقصود بعبارة إلى مابعد الموت هو أن الوصية لا تنفد إلا بعد موت الوصي، وبالتالي يخرج هذا التعريف عن الهبة لأن الهبة تمليك بلا عوض في الحال، ثم لأن الوصية تبرع" إخراج الوصية التي تبنى على بيع إيجار لشخص ما ، و ذلك باعتبار الوصية تتم بدون عوض باعتبارها ما أوجبه الموصي في ماله تطوعا بعد موته.[107]

الفرع الثاني: الهبة في مرض الموت

الهبة تمليك بلا عوض إلا أنه يجوز للواهب أن يشرط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف على إنجاز الشرط.

أولا : الهبة في مرض الموت وفقا للشريعة الإسلامية

جاء قول جمهور العلماء أنه إذا كان الواهب مريض مرض الموت تعطى هبته حكم الوصية.[108] ، وأحكام الشريعة الإسلامية تفرق بين ما إذا كانت الهبة لوارث أو لغير وارث ، فإذا كانت لغير وارث نفذت إذا لم يكن له ورثة، ولو كان الموهوب كل مال الواهب ولا يمكن لأحد المعارضة ولا بيت المال فإذا لم تكن الهبة بكل المال فلبيت المال الباقي، و السبب في ذلك هو أن الموهوب له يعتبر موصى له، و هو مقدم على بيت المال بالاستحقاق.[109]

أما إذا كان له ورثة و الموهوب أقل من الثلث أو الثلث نفذ، ولو بدون إجازة الورثة، وإن كان أكثر فلا ينفذ إلا بإجازة الورثة.

أما إذا كانت الهبة لوارث فلا تنفذ إلا بإجازة باقي الورثة ، سواء كانت بالثلث أو أقل منه ، أو أكثر لأن الهبة في مرض الموت تأخذ حكم الوصية، و لا وصية لوارث لأنه يعتبر إيثار بعض الورثة على البعض الآخر.

---

[107] نبيلصقر،تصرفاتالمريضمرضالموت - مرجعسابق-ص 63.

[108] نبيلصقر - المرجعالسابق- ص 96، 95.

[109] محمدبنأحمدتقية،دراسةعنالهبةفيقانونالأسرةالجزائري،أحكامالشريعةالإسلاميةوالقانونالوضعي،الديوانالوطنيللأشغالالتربوية،الجزائر، 2003،ص17.

حسب أحكام الشريعة الإسلامية أنه إذا وهب المريض هبة لآخر و لم يقبضها الموهوب له حتى مات الواهب فإن الهبة تكون باطلة ، كما كانت تبطل لو أن الواهب كان صحيحا، ولا تعتبر وصية ، لأن الواهب أراد التمليك في الحال لا بعد الموت، وهذا ما ذهب إليه الحنفية أما الإمام مالك يعتبرها كالوصية.

ثانيا:الهبة في مرض الموت في القانون المدني

جاءت المادة 204 من قانون الأسرة و المادة 776 من القانون المدني على أحكام الهبة في مرض الموت، فنصت المادة 204 من قانون الأسرة على أن:" الهبة في مرض الموت و الأمراض المخيفة تعتبر وصية"، و يستفاد من هذه المادة أن الشخص إذا تصرف في أمواله بأن وهب جزءا منها أو كلها و هو في مرض الموت، أو تصرف بذلك و هو في حالة من الحالات المخيفة يأخذ حكم تصرفه حكم الوصية.

و هذه المادة جاءت تكريسا للمادة 776 من القانون المدني التي تنص على أنه: " كل تصرف قانوني يصدر عن الشخص في مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، و تسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف".

أما المال الموهوب الذي لا تتعدى قيمته ثلث التركة إذا كان التصرف صادرا في مرض الموت تصح هبته، و لا تتوقف على إقرار الورثة، إلا أن الهبة في مرض الموت لصالح المنفعة العامة لا رجوع فيها حسب نص المادة 212 التي تنص على أنه: " الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها".

كما جاء في قرار المحكمة العليا الملف رقم 116191 الصادر في 1997/01/19 أن " أن رفض الدعوى الرامية إلى طرد المطعون ضده من القطعة الأرضية التي بنيت عليها المدرسة لأنها لم تخصص لما وهبت من أجله و سكن بها شخص لم توهب له– رفض الطعن–ليس

من حق ورثة الواهب استرجاع قطعة أرض وهبها مورثهم للبلدية لبناء مدرسة حتى و إن لم تشغل لما وهبت من أجله، لأن القطعة الأرضية أصبحت ملكا للبلدية بعد إبرام عقدالهبة.[110]

و جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2005/06/15 أنه " .... حيث ثبت أن عقد الهبة موضوع النزاع قد تم تحريره في حالة المرض المشار إليه أعلاه، و حيث أن المادة 204 من قانون الأسرة صريحة للغاية إذ تنص على أن الهبة في مرض الموت و الأمراض المخيفة تعتبر وصية، حيث أنه و نظرا لما سبق ذكره اعتبر عقد الهبة المذكور باطلا، و هو عقد وصية"[111]، فمتى صدر تصرف في مرض الموت و أثبته الورثة اعتبروا من الغير مقابل سريان التصرف الذي يصدر من مورثهم، فهو لا يسري في حقهم إذا كان تبرعا فيما يجاوز ثلث التركة إلا بإجازتهم، و لهم إثبات ذلك بكافة وسائل الإثبات و هذا استثناء من الأصل المبني على اعتبار أن للوارث حقا شخصيا في تركة مورثه لا يستمد منه و إنما من القانون مباشرة.[112]

و يستوجب ذلك أولا إثبات الورثة أن مورثهم قد أصابه مرض يغلب فيه الهلاك، و أن هذا المرضنتج عنه الموت، و أن يثبتوا تاريخ بدء هذا المرض، و متى ثبت مرض الموت و تحدد تاريخه، بقي على الورثة أن يثبتوا أن التصرف الصادر من مورثهم و اللذين يطعنون فيه قد صدر منه بعد التاريخ الذي بدأ فيه مرض الموت، و الغاب أن يكون هذا التصرف مدونا في ورقة رسمية أو عرفية.[113]

لكن المشرع و لرد التحايل أقام قرينة قانونية لصالح الورثة في الفقرة الثالثة من المادة 776 من القانون المدني الجزائري، و ذلك بنقل محله إلى واقعة أخرى متصلة يسهل عليهم إثباتها، فلا يلزم الورثة بإثبات أن التصرف صدرعلى سبيل التبرع كما يدعون ، و إنما عليهم أن يقيموا الدليل على صدور التصرف في مرض الموت[114].

---

[110] ملفرقم 116191 قرارصادرفي 1997/01/19 عنالمحكمةالعليا.
[111] قراررقم 318410 الصادربتاريخ 2005/01/15 عنغرفةالأحوالالشخصية،منشوربنشرةالقضاةالعدد 59،ص 234.
[112] محموديعبدالعزيز - المرجعالسابق - ص 60.
[113] الدكتورسليمانمرقس - شرحالقانونالمدني - العقودالمسماة- عقدالبيع- عالمالكتبسنة 1980 ص 568،569.
[114] د . زهدورمحمد،المرجعالسابق،ص 141 .

الفرع الثالث: الوقف في مرض الموت

أولا : الوقف في مرض الموت في الشريعة الإسلامية

. إتفق جمهور الفقهاء على أن الوقف باعتباره صدقة جائز شرعا و مندوب إليه، و استدلوا بأدلة عامة و أخرى خاصة، فالعامة هي الصدقات عموما و منها الوقف لقوله تعالى: " لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون " [115]، و يقول الرسول صلى الله عليه و سلم : " إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له " ، و الوقف نوع من الصدقة الجارية أما الأدلة الخاصة فاستدلوا بالوقف الذي قام به الرسول صلى الله عليه و سلم و هي : " قد وقف في سبيل الله كما روي عن عمر ابن الحارث ابن المطلق أنه قال: " ما ترك رسول الله صلى الله عليه و سلم إلا بغلته البيضاء و سلاحه، و أرض تركها صدقة " [116] .

" وقد ذهب جمهور العلماء إلى أنه لا يجوز الرجوع في الوقف لأنه يكون لازما متى صدر من مالكه مستكملا شروطه، و يجوز أن يشترك فيه أكثر من شخص، أيضا إذا كان الوقف على شخص معين فإنه يشترط قبوله، أما إذا كان الموقوف عليه غير معين فلا يشترط قبوله ، لأنهم اعتبروا أن القبول شرطا لصحة الوقف و الاستحقاق.

و يقصد بالإستحقاق ثبوت حق الموقوف عليه في الانتفاع بالوقف، و الوقف يصبح مستحقا ، بمجرد اللفظ دون ضرورة قبض الموقوف عليهم العلة أو العين الموقوفة .

ثانيا : الوقف في مرض الموت وقفا للقانون المدني الجزائري

نصت على أحكام الوقف المادة 277 من القانون المدني: " يعتبر التصرف وصية و تجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته، و استثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه و الانتفاع به مدى الحياة " و أخرج قانون الأسرة أحكام الوقف.

[115] سورةآلعمران،الآية 92 .
[116] رواهالبخاري .

من هذه المادة جاءت المادة 214 من قانون الأسرة على أنه : " يجوز للواقف أن يحتفظ بمنفعته الشيء المحبس مدة حياته، على أن يكون مال الوقف بعد ذلك إلى الجهة المعنية " أما الوقف الصادر في مرض الموت فتطبق عليه أحكام الهبة في مرض الموت حيث نصت المادة 215 من قانون الأسرة على أنه :" يشترط في الوقف و الموقوف ما يشترط في الواهب و الموهوب طبقا للمادتين 204 و 205 من هذا القانون " [117].

فلقدقضت المحكمة العليا أنه : " الحبس في مرض الموت – إعتباره وصية – بطلان طبقا للمادتين 204 و 215 من قانون الأسرة .

عن الوجه الثاني: المأخوذ من تجاوز السلطة أن القرار المطعون فيه قد أثبت في حيثياته بأنه ثبت لدى المجلس أن المحبس لم يكن في حالة يخشى منها الموت، مع أن الشهادات الطبية تثبت خطورة حالته الصحية.

الوجه الثالث: المأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون و الشريعة بدعوى أن القرار المنتقد قد أخطأ في تطبيق الشريعة و القانون التي تقضي ببطلان الحبس عندما يكون في مرض الموت.

عن الوجهين الثاني و الثالث معا: حيث أنه بالفعل فإن القرار المنتقد قد أكد على أن الشهادات الطبية أثبتت على وجه القطع بأن المحبس كان مصابا بمرض المثانة، و لكن الشهادات الطبية لم تنص على أنه يؤدي إلى الموت، و هو تسبيب قاصر و متناقض مع أن حتمية موت المريض في علم الله، و أن الأطباء يمتنعون عن الخوض فيها، حيث أن المادتين 215 و 204 من قانون الأسرة تنص على بطلان الحبس في مرض الموت و الأمراض و الحالات المخفية، و إن حالة المحبس الذي أقام الحبس موضوع النزاع في أوت 1987 كان يعاني منذ 1985 من مرض خطير لأزمة إلى يوم وفاته و عليه فالوجهين مؤسسين الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه، دون الحاجة إلى مناقشة الوجه

[117] نبيلصقر،مرجعسابقص 119 .

الرابع، حيث أن قرار المحكمة العليا بما فصل فيه من نقاط قانونية لم يترك مع النزاع ما يتطلب الفصل فيه فإن النقض يتم بدون إحالة [118].

الفرع الرابع: الإبراء في مرض الموت

يلحق بالهبة و الوقف في مرض الموت حالة الإبراء في مرض الموت و يعرف الإبراءبأنه إقرار الدائن بحصوله على كل ما يدين به للمدين، و أن ذمته خالية في اتجاهه، و فيهذا الصدد نصت المادة 319 من القانون المدني على أنه: " تسري على الإبراء الأحكامالموضوعية التي تسري على كل تبرع ".

ويفهم من نص هذه المادة أن أحكام الإبراء تسري على المريض و الصحيح، فالإبراء يعتبرتبرعا، و لكنه إذا حدث في مرض الموت فتسري عليه أحكام الوصية، أي أن نزولالمريض مرض الموت عن دينه يعتبر وصية.

فإذا أبرأ المريض مرض الموت أحد ورثته من دينه، أو كان له ورثة آخرين فلا ينفدالإبراء إلا بإجازتهم سواء ساوى الثلث أو فاقه أو أقل منه، أما إذا كان المبرأ أجنبي عنالمريض فإنه ينظر إلى مقدار الدين المتنازل عنه إلى التركة، فإن لم يتجاوز ثلث التركة نفدالإبراء و إن لم يجزه الورثة، أما إذا جاوز الثلث فإن الزائد منه يكون موقوفا على بقيةالورثة، ذلك أن الإبراء وصية و قضاء الدين مقدم على الوصية، فإذا أجاز الدائن الإبراءفإن إجازته تعد إبراء للميت عن الجزء الذي أجازه فقط.

و لعل الحماية الملحوظة للدائنين تكفلها قاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون، باعتبارها قاعدةتوازن بين مصلحة الوارث و الدائن و المورث، و بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية إذاأبرأ المريض مرض الموت أحد ورثته من دينه، و كان للمريض ورثة غيره، فلا يصحالإبراء و لا ينفد إلا إذا أجازه الورثة سواء كان الدين المبرأ منه أقل من الثلث أو مساويا أوأكثر منه، و إلا كان في نفاد الإبراء إيثار بعض الورثة على البعض الآخر، فإذا لم يكنللمريض وارث غير المبرأ فللإبراء صحيح و لو استغرق كل تركته، أما إذا كان

[118] نبيلصقر،مرجعسابقص 128

المبرأأجنبي عن المريض، فإذا كان الدين المتنازل عنه لا يتجاوز ثلث المال نفد الإبراء و إن لميجزه الورثة، أما إذا جاوز الثلث فإن الزائد يكون موقوف على إجازة الورثة .[119]

و الإبراء إما أن يكون إبراء إسقاط، و إما أن يكون إبراء استيفاء، و إبراء المريض مرضالموت يكون أيضا إبراء إسقاط أو استيفاء.

أولا :الإبراء في مرض الموت إبراءإسقاط

إذا كان الإبراء في مرض الموت إبراء إسقاط ، فإنه يشترط في المبرأ أن يكون أهلا للتبرع، راضيا بالإبراء و أن يكون صحيحا، فإذا كان مريضا مرض الموت أعتبر برؤه وصية ويأخذ حكمها، و هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 999 قانون مدني ، والكلام عن الإبراء الصادر عن المريض مرض الموت بصفته إبراء إسقاط ، لابد أن نفرقبين ما إذا كان هذا الإبراء لوارث أو لغير وارث أي لشخص أجنبي.

فإذا كان الإبراء لوارث ،فإنه يتوقف على إجازه سائر الورثة سواء كان قدر المبرأ منه قليلاأو كثير ، فإذا أجازوه نفد ، و إن لم يجيزوه بطل ، و إذا أجازه بعضهم و رفضه البعضالآخر نفد في حصة من أجازه منهم و بطل في حصة من لم يجيزوه ، و لا عبرة بالإجازةقبل وفاة المريض مرض الموت، لأنه يأخذ حكم الوصية و الوصية لا تنجز إلا بعد وفاةالموصي و هذا ما نصت عليه المادة 914 من قانون الأسرة .

أما إذا كان الإبراء لغير وارث أي لشخص أجنبي، فإن كان الدين المبرأ منه لا يتجاوز ثلثالتركة ، أي ثلث المال نفد الإبراء و إن لم يجزه الورثة ، و إما إذا تجاوز الثلث فإن الإبراءيكون موقوفا على إجازة الورثة، و هذا ما نصت عليه المادة 119 قانون الأسرة، و لا توجدنصوص خاصة بالإبراء سواء في القانون المدني أو قانون الأسرة و عليه تنطبق الأحكامالعامة إلى جانب الشريعة الإسلامية بالدرجة الأولى[120]

خـــاتـــم ـــة:

عرفنامنخلالموضوعناأنالشريعةالإسلاميةالسمحاءكانتهيالمصدرالأولفيتنظيمأحكامتصرفاتالمريض مرضالموتومنهااستمدالمشرعالجزائريوالمصريوغيرهممنالمشرعينالعربأحكاممرضالموتوفضلاعنذل

[119]رشاد السيد ابراهيم عامر المرجع السابق ص 123

[120]صالح كردالي : الإبراء في الالتزام في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة الجزائر ص 112

كفقدكانتالشريعةالإسلاميةأكثرتوسعامنالتشريعاتالعربيةالحديثةفيتنظيمأحكامتصرفاتالمريضمرضال موت،لذلككانيتعينالرجوعإليهافيكثيرمنالأحيانفيماالميتناولهالمشرعبنص،هذااعترافللشريعةالإسلامية بفضلهاالكبيرذلكبكونهامنالمصادرالرسميةللقانونكماوردذلكفينصالمادةالأولىمنالقانونالمدنيالجزائري ذييحيللمبادئالشريعةالإسلاميةفيمالايوجدفيهنص،

ومماي مكنأننقولهكخلاصةلهذاالبحثأنهطالماحلبالشخصمرضكانتوصافهتنبئبدنوالأجلفيؤديإلىعجزهعن قيامبمصالحهالمعتادةجزئياأوكلياسواءألزمهالبيتأملميلزمهوتأكدلهمنخلالشهادةالأطباءوالأعرافأنهمن الأمراضالخطيرةلامحالة،ويموتبالفعلموتامتصلابهفإنجميعتصرفاتهالتييبرمهافيفترةالمرضتأخذأحكا ماتختلفعنأحكامالأصحاءوالسببفيذلكيرجعإلىتعلقحقالغيروهم الورثةوالدائنينبأموالالمريضبحلولالمرض به.

وعليهفإنالشريعةالإسلاميةوبعضالتشريعاتالقانونيةيقضيانبأنهإذااتخذتتصرفاتالمريضكإقراربدينأوالب يعبثمنأقلمنثمنالمثلبمايجاوزثلثالتركةأخذتهذهالتصرفاتحكمالوصيةمتىماداماالأمركذلكلتوقفنفاذهاعلىسدا دالديونأولاثمعلىإجازةالورثةإذاتجاوزتالوصيةثلثالتركةإذاكانتلغيروارث،وإذاكانتلأحدالورثةتوقفتكلها ع لىإجازةالورثةوذلكللحيلولةدونإيثاربعضهمعلىالبعضالآخر،وفيالمقابلتبقىتصرفاتالمريضالأخرىالتيتعد تأييدالحقيقةثابتةصحيحة،وثابتة،لايجوزالطعنفيهاكالبيعبمثلالقيمةأوبثمنجدي.وبهذانكونقدانهينابح ثنابعونالهوتوفيقهوفيهذاالمقامنسألاللهالكريم،أنيحوزقبولالدىمنيطالعه.

قائمـــةالمراجـــعوالمصـــادر

قائمةالمصادر:

أولا:القرآنالكريم

ثانيا:السنةالنبوية

قائمةالمراجع:

01/ د .أحمدعبدالرزاقالسنهوري،الوسيطفيشرحالقانونالمدنيالجديد،القاهرة،دار النهضة،1987

02/أحمدإبراهيم،الهبةوالوصيةوتصرفاتالمريضمرضالموت،القاهرة،مطبعة

العلوم، 1993 الأهليةوعوارضهافيالشرعالإسلاميبحثمنشورمجلةالقانون
الإقتصادكليةالحقوقجامعةالقاهرةالعدد 3 السنةالأولىعام1939
03/أحمدالغندور ،الطلاقفيالشريعةالإسلامية،مصر ،دارالمعارف، 1976
04/أحمدشرفالدين, الضوابطالقانونيةلمشروعيةنقلالأعضاءالبشرية ,بحثمنشور 'فيالمجلةالقومية
'إصدارالمركزالقوميللبحوثالإجتماعيةوالجنائية, مصر , نعدد 9.9191 مجلد29
05/حسنعليالذنون،النظريةالعامةللإلتزامات،بغداد،مطبعةدارالحرية، 1976
06/حسنيمحمودعبدالدايم،مرضالموتوأثرهعلىعقدالبيع :دراسةمعمقةومقارنة
بالفقهالإسلامي،الإسكندرية،دارالفكرالجامعي، 2007
07/رمضانأبوالسعود،الوسيطفيالحقوقالعينيةالأصلية،بيروت،الدارالجامعية، 1985
8/د. زهدورمحمد،الوصيةفيالقانونالمدنيوالشريعةالإسلامية،الجزائر ،المؤسسة
الوطنيةللكتاب، 1991
09/سليمانمرقس،شرحالقانونالمدنيالعقودالمسماةعقدالبيعط 4 مجلد9
،القاهرة،مطبعة9111
10/د.عبدالحكيمفودة،الوصاياالمستترة،القاهرة،دارالألفي، 2001
11/محمدبنأحمدتقية،دراسةعنالهبةفيقانونالاسرةالجزائريأحكامالشريعةالاسلاميةوالقانونالوضعي،ا
لجزائر ،الديوانالوطنيللاشغالالتربوية 2003 .
12/محمديوسفموسى،الأموالونظريةالعقدفيالفقهالإسلامي،القاهرة،دارالفكرالعربي، 1987
13/محمدأبوزهرة،الملكيةونظريةالعقد،دارالفكرالعربيالقاهرة 1919 .
14/ محمدكاملمرسي، 19 الوصيةوتصرفاتالمريضمرضالموتفيالقانون
المصريوالقوانينالأجنبية،القاهرة،المطبعةالعالميةو 12 شرحالقانونالمدنيالجديد ج9
المطبعةالعالميةالقاهرة1991 .
15/محمدزيدالأبياني،الأحكامالشرعيةفيالأحوالالشخصية،بيروت،مكتبةالنهضة، 9121
16/محمدوحيدالدينسوار ،الحقوقالعينيةالأصلية،الأردن،دارالثقافةللنشروالتوزيع، 1999
17/نبيلصقر ،تصرفاتالمريضمرضالموت(الوصية- البيع-الهبة-الوقف-

الكفالة–الإبراء–الإقرار–الخلع–الطلاق)،الجزائر،دارالهدى،2008 .
18/ياسينصالحعبدالكريم،أحكامتصرفاتالمريضمرضالموتفيالفقهالإسلاميوالقانون،بغداد،كليةالنهر ينللحقوق،2001
19/حسينعليالأعظميأحكامالزواجمطبعةالمعارفبغداد 1941 .
20/محموديعبدالعزيز , ردالتحايلعلىأحكامالميراثفيالتشريعالجزائري, قصر الكتابالجزائر , دونسنةنشر .
21/الدكتورمحمديوسفموسىالأموالونظريةالعقدفيالفقهالإسلامي , مطبعةدار الكتابالعربي, القاهرة 1999.
22/ابنالحسنابنأحمدبنفارسبنزكريا ,معجممقاييساللغة,تحقيقعبدالسلام هارون,مجلد,9 دارالفكرللطباعةدونسنةنشر .
23/أحمدشرفالدين, الضوابطالقانونيةلمشروعيةنقلالأعضاءالبشرية ,بحثمنشور ’فيالمجلةالقومية ’إصدارالمركزالقوميللبحوثالإجتماعيةوالجنائية, مصر , نعدد.9 1991 .مجلد29
24/ محمدأحمدالبديرات, مدىإعتبارمرضالإيدزمرضموتوأثارهفيالتصرفات المريضفيالقانونالأردني, مجلةدمشقللعلومالإقتصاديةوالقانونيةمجلد 22 العدد19. 1912 ,
25/علاءالدينابيبكربنمسعودالكاساني, بدائلالصنائعفيترتيبالشرائعمجلد3 طبعة, 2 مطبعةالجالية, القاهرة 9321 هـ.
26/ أبيالحسنعليبنعبدالسلامالتسولي, البهجةفيشرحالتحفة, نج, 2 دارالكتب العلمية, ط, 9 بيروت ,لبنان 1998 .
27/د.محمديوسفالزعبي, العقودالمسماة, شرحعقدالبيعفيالقانونالمدنيالأردني ط, 9 مكتبةدارالثقافةللشروالتوزيع,عمانالأردن2004.
28/سعيدمحمدالحفار , البيولوجياومصيرالإنسان,سلسلةعالمالمعرفة , مطابعالرسالة , .الكويت , 1984
29/د .حسينعودةترحال, التصرفغيرالمشروعبالأعضاءالبشريةفيالقانونالجنائي , .رسالةدكتورة, جامعةبغداد1995 .

30/ الفتاويالهنديةلجنةعلماءبرئاسةنظامالدينالبلخي, دارالفكرط2
31/ مسعودكمال, مشكلةالطلاقفيالمجتمعالجزائري,ديوانالمطبوعات الجامعية,الجزائر ,1991
.

رسائلالدكتوراه:

قيسعبدالستارعثمان, الإقراروإستجوابالخصومفيالإثباتالمدني, رسالةدكتورة
, .جامعةبغداد ,1991 .

رسائلالماجستير :

01/أ. رشادالسيدعامرابراهيم, تصرفاتالمريضمرضالموتفيالقانونالمدني
الجزائريمقارنابالشريعةالإسلاميةوالقوانينالأخرى, بحثللحصولعلىدرجة
.الماجيستيرفيالقانونالخاصمعهدالحقوقوالعلومالإداريةجامعةالجزائر 1991.

مقدمة 01
الفصلالأول:ماهيةمرضالموت..... 03
المبحثالأول:مفهوممرضالموت..... 04
المطلبالأول:تعريفمرضالموت 04
الفرعالأول:معاييرمرضالموت..... 05
الفرعالثاني: تحديدمعنىمرضالموتفيالفقهالاسلاميوالقانونالوضعيوالقضاء
الجزائري..... 07
المطلبالثاني: نطاقالمريضمرضالموت..... 13
الفرعالأول: الوقائعالقانونية 14
الفرعالثاني :الوقائعالمادية 15
المبحثالثاني:إثباتمرضالموتومدىتأثيرهعلىتصرفاتالمريض 18
المطلبالأول:إثباتمرضالموت..... 18
الفرعالأول:إثباتمرضالموتفيالفقهالإسلام..... 19
الفرعالثاني:إثباتمرضالموتفيالقانونالوضعي..... 20
المطلبالثاني:مدىتأثيرمرضالموتعلىتصرفاتالمريض 23
الفرعالأول : أهليةالمريضمرضالموتفيالشريعةالإسلامية..... ... 23

الفرعالثاني : أهليةالمريضمرضالموتفيالقانونالمدني..... 25
الفصلالثاني :أحكامتصرفاتالمريضمرضالموت..... 27
المبحثالأول: أحكامتصرفاتالمريضمرضالموتفيمسائلالأحوالالشخصية.. 29
المطلبالأول:الإشكالاتالتييثيرهاطلاقوزواجالمريضمرضالموت 29
الفرعالأول:الزواجفيمرضالموت..... 29
الفرعالثاني: الطلاقفيمرضالموت..... 32
المطلبالثاني:الإقراربالنسبأوالبنوةفيمرضالموت 35
الفرعالأول:الإقراربالنسبأوالبنوةفيظلالفقةالإسلامي..... 35
الفرعالثاني:الإقراربالنسبأوالبنوةوفقالبعضالتشريعاتالقانونية..... 36
المبحثالثاني:أحكامتصرفاتالمريضمرضالموتفيأموال..... 39
المطلبالأول:حكممرضالموتعلىالتصرفاتالعوضية(البيع) 39
الفرعالأول : أحكامالبيعفيمرضالموتفيالشريعةالإسلامية..... 39
الفرعالثاني : أحكامالبيعفيمرضالموتفيالقانونالمدنيالجزائري 41
المطلبالثاني:حكممرضالموتفيالتصرفاتالتبرعية..... 48
الفرعالأول:الوصيةفيمرضالموت..... .. 48
الفرعالثاني:الهبةفيمرضالموت..... 52
الفرعالثالث:الوقففيمرضالموت..... . 55
الفرعالرابع : الإبراءفيمرضالموت..... 57
خاتمة....._ 59