

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد بوضياف - المسيلة

ميدان: الحقوق و العلوم السياسية
فرع: الحقوق
تخصص: أحوال شخصية



كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم: الحقوق
رقم: 42

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي

إعداد الطالبين:
مصطفى إلياس
شادي طارق
تحت عنوان

تصرفات المريض مرض الموت وأثرها في ضل
الشريعة الإسلامية وفي قانون الأسرة الجزائري

لجنة المناقشة:

رئيسا
مشرفا ومقررا
مناقشا

جامعة: جامعة محمد بوضياف - المسيلة
جامعة: جامعة محمد بوضياف - المسيلة
جامعة: جامعة محمد بوضياف - المسيلة

د. بلاعدة العمري
د. عتيق موسى
د. شرفة سامية

السنة الجامعية: 2018/2017

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر و عرفان

قال تعالى: { رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَى وَالِدَيَّ
وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحاً تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ }
سورة النمل الآية 19.

عن أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعاً { لا يشكر الله من لا يشكر الناس } إسناده صحيح

رواه أحمد وأبو داود والترمذي

في البداية الحمد لله الذي وفقني لإتمام هذا العمل المتواضع

و تتوجه بعظيم الشكر والامتنان والعرفان والتقدير للأستاذ الفاضل

*** موسى عتيق ***

لما أولاه لي من اهتمام عظيم وما تفضل به علي من نصح وإرشاد وتوجيه

ولما بذله من جهد كبير، لإنجاز هذا البحث على هذا الوجه، فجزاه الله خير الجزاء وجعل ذلك في

ميزان حسناته يوم القيامة.

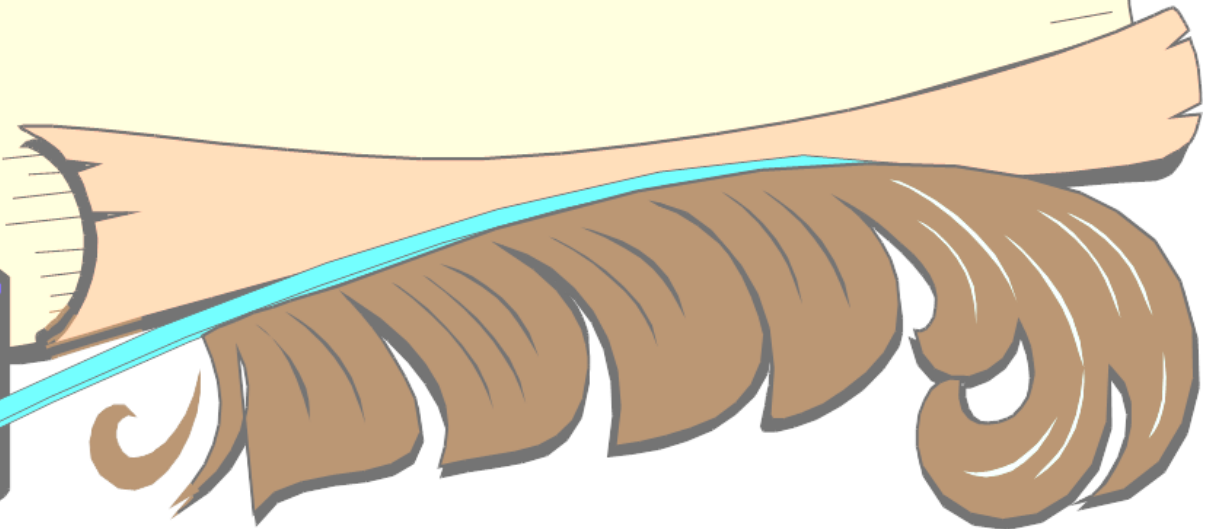
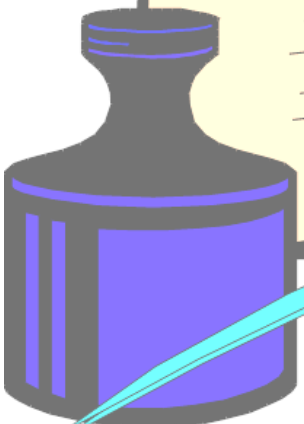
و نتقدم بالشكر الجزيل لزملائنا في الدراسة وجميع الأساتذة الذين كانت آرائهم وتوجيهاتهم دور في

إتمام هذه المذكرة على أحسن وجه.

شكر خاص لكل أساتذة قسم الحقوق الذين أشرفوا على تدريسي كل باسمه

كما لا يفوتني شكر مدير الكلية وجميع العاملين والقائمين على إدارة الكلية

و إلى كل من قدم لنا يد العون والمساعدة.



الإهداء

إلى من:

سهرت عليّ الليالي، وأهمتني حناها، والديّ الحبيبة
جاهد نفسه من أجل لقمة عيشي، والدي الحبيب
أشدّ بهم أزر، و قاموا بخدمتي، إخوتي الأحباء
سرنا سويا ونحن نقطف زهرة العلم و تعلمنا، أصدقائي

و زملائي

مهدوا لي الطريق لإكتساب العلم، أساتذتي الأفاضل

إلياس مصطفىاوي

إلى الينبوع الذي لا يمل العطاء، إلى من
حاكت سعادتي بخيوط منسوجة من قلبها،
إلى والديّ العزيزة.

إلى من سعى وشقى لأنعم بالراحة والهناء
الذي لم ييخل بشيء من أجل دفعي في
طريق النجاح الذي علمني أن أرتقي سلم
الحياة بحكمة وصبر إلى والدي العزيز.

إلى من حبهم يجري في عروقي ويلهج
بذكراهم فؤادي، إلى أخواني وأخواني.

إلى من رافقوني في السراء و الضراء، أصدق
الأصحاب و الأحباب و الزملاء.

إلى الأخ والزميل، شكرا لك على ماجدت
به بغية نجاحي، فعسى يعود عليك ذلك
بالأجر والثواب (كيكو).

إلى رفيق الدرب عدلان.

شادي طارق

قائمة المختصرات

- _ ص الصفحة.
- _ ط الطبعة.
- _ ج الجزء.
- _ ع العدد.
- _ م المادة.
- _ ق، أ، ج قانون الأسرة الجزائري.
- _ ق، م، ج القانون المدني الجزائري.
- _ م، ق المجلة القضائية.
- _ ج، ر الجريدة الرسمية.
- _ د، ط دون طبعة.
- _ د، س، ن دون سنة نشر.
- _ د، م، ن دون مكان نشر.

مقدمة

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، الحمد لله الذي أنار عقولنا، و يسر طريقنا، و شغل أوقاتنا بما ينفعنا، الحمد لله الذي لولاه لما جرى قلم، و لا تكلم لسان، نحمده تعالى و نشكره، و الصلاة و السلام على سيد المرسلين المبعوث رحمة للعالمين سيدنا محمد صلى الله عليه و سلم كان أفصح الناس لسانا و أوضحهم بيانا و على آله و صحبه أجمعين.

من المعروف أن الإنسان يتقلب في حياته بين الصحة و المرض، و السلامة و الخطر، و لكل حالة تأثيرها على تصرفاته و التزاماته، و يعيننا هنا الإنسان في مرضه، و لا سيما مرض الموت.

و المريض مرض الموت عندما يشعر بدنو أجله و نهاية حياته، يتصرف في ملكه كما يروقه و يحلو له غير آبه بنتائج هذه التصرفات، لأنه يكون قد حقق مبتغاه من الحياة و على وشك الانتقال إلى الدار الآخرة، و تصرفاته تلك قد تضر بزوجه و ورثته بتفضيله البعض على البعض الآخر، و هذه التصرفات لها أحكام خاصة تختلف عن أحكام تصرفات الشخص الصحيح، فهو مرض لا يعدم أهلية الأداء و لا ينقصها، و لكنه يحد من تصرفات المريض مرض الموت.

و قد نظمت الشريعة الإسلامية الغراء أحكام تصرفات المريض مرض الموت، و ذلك لدرة الشبهة و إعطاء كل ذي حق حقه و المحافظة على حقوق الورثة، و كذلك لكبح جماح المريض و جعله يلتزم حدود الشرع الحكيم.

و لقد استمد القانون أحكام تصرفات المريض مرض الموت من الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الثاني له، و جعلها تتطوي و تسير على هدي قواعدها.

يرمي هذا البحث إلى عدد من الأغراض المهمة التي كانت سببا وراء اختيارنا للموضوع كما نسعى إلى تقديم أجوبة عن بعض الأسئلة المثارة و وضع حلول لبعض المشكلات التي تواجهها المجتمعات اليوم، و الحقيقة إن بعض الأغراض منبثقة من أهمية موضوع البحث النابعة من الغموض الذي يكتنفه، و الاختلاف في شأنه و حاجة الناس المرضى بمرض الموت إلى معرفة ما لهم وما عليهم من أحكامه، و أيضا لما يتعرض له الورثة و الدائنين من ضرر،

هذا فضلا على أن الكتابات الفقهية القانونية لم تعطه ما يستحق من البيان فهي درجت على معالجته من الناحية الشرعية أو الناحية القانونية ولم تحاول الجمع بين الاثنين أو إغناء الجانب القانوني بما يتحصل من الفقه الإسلامي الذي برع فيه إلى حد بعيد، وإن كانت الأحكام القضائية لم تستقر على أحكام واحدة فيه وذلك لعدم تبلوره بصورة وافية مفهوما وأحكاما.

لذلك فإن تصرفات المريض مرض الموت من الموضوعات التي يجب دراستها و البحث فيها، لما لها من أهمية بالغة في الحياة الإجتماعية بصفة عامة، و الحياة القانونية للذمة المالية بصفة خاصة، و من هنا تظهر أهمية هذا البحث الذي نحاول فيه أن نوضح بعض هذه التصرفات الكثيرة و التي يكاد لا يمكن حصرها، فمنها من نص عليها قانون الأسرة الجزائري و خصها بأحكام خاصة و هو مجال بحثنا.

فألزمتنا أنفسنا بتحديد معنى هذا المرض و كذلك بيان شروطه و طرق إثباته في مبحث تمهيدي، بينما لم نخض إلا فالتصرفات المتعلقة بالأحوال الشخصية و التبرعية التي نظمها قانون الأسرة الجزائري.

و عليه للإحاطة بموضوع بحثنا هذا طرحنا الإشكالية التالية :

ما هو مرض الموت ؟ و كيف قيدت الأحكام الفقهية و القانونية تصرفات المريض مرض الموت ؟

و للإجابة على هذه الإشكالية قسمنا بحثنا إلى فصلين، الفصل الأول تناولنا فيه مفهوم مرض الموت و أحكام تصرفات المريض مرض الموت في مسألة الزواج، و مسألة فك الرابطة الزوجية، و مسألة الإقرار، ثم إنتقلنا إلى الفصل الثاني الذي خصصناه لأحكام تصرفات المريض مرض الموت في مسائل التبرعات، مقسمين الفصل إلى ثلاثة مباحث، جاء في المبحث الأول الوصية في مرض الموت، و البحث الثاني جاء فيه هبة المريض مرض الموت، و المبحث الثالث كان من نصيب وقف المريض مرض الموت.

أما في ما يخص المنهج المتبع في البحث، فقد اتبعنا المنهج التحليلي المقارن، بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، مع الإلتزام بالموضوعية.

الفصل التمهيدي

ماهية مرض الموت

الفصل التمهيدي: ماهية مرض الموت

الأصل أن يكون الإنسان حراً في إجراء ما يشاء من التصرفات القانونية ومن دون قيد عليه، وإذا ما أصيب بمرض معين فإن من شأن هذا المرض ان يقيد من حرية المريض في إجراء تصرفاته ولكن ليس كل مرض يقيد من حرية الشخص المصاب به، بل لابد من ان يكون هذا المرض مميتاً، ولذلك سنقوم بتعريف هذا المرض في اللغة والفقہ الإسلامي والقانون، وبيان شروطه، وأنواعه وكيفية إثباته.

المبحث الأول: تعريف مرض الموت وشروطه

قبل التطرق إلى تعريف مرض الموت في الاصطلاح الفقهي والقانوني وبيان شروطه، ينبغي تحديد المعنى اللغوي الدقيق لكل من المرض والموت بصورة مستقلة احدهما عن الآخر، لأن مرض الموت لفظ مركب في اللغة العربية.

وللمرض معاني كثيرة منها:

- 1- السقم أي نقيض الصحة¹.
- 2- الظلمة أي ظلام الطبيعة، واضطر بها بعد صفائها واعتدالها².
- 3- الشك و النفاق وضعف اليقين³، كما ورد في قوله تعالى :
"فِي قُلُوبِهِمْ مَرَضٌ فَزَادَهُمُ اللَّهُ مَرَضًا " ⁴.

كما أن للموت معان كثيرة أيضا نذكر منها:

- 1- الموت في اللغة: ضد الحياة⁵.
- 2- في الاصطلاح: مفارقة الروح للجسد⁶.

¹- مجد الدين محمد يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ط8، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2005، ص1121.

²- الفيروز آبادي، المرجع نفسه، ص645.

³- مجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط، ط4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004، ص863.

⁴- سورة البقرة، الآية 10.

⁵- مجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط، مرجع السابق، ص921.

⁶- الموسوعة الفقهية الكويتية، ج37، ط1، مطابع دار الصفاة، الكويت، ص5.

المطلب الأول: تعريف مرض الموت

الفرع الأول: تعريف مرض الموت عند فقهاء الشريعة

يجب تحديد مرض الموت بالرجوع إلى الفقه الاسلامي، وقد جاء في الفتاوى الهندية: " المريض مرض الموت من لا يخرج لحوائج نفسه وهو الأصح، كذا في خزنة المفتين، وحد مرض الموت تكلموا فيه، والمختار للفتوى أنه إذا كان الغالب منه الموت كان مرض الموت سواء كان صاحب فراش أم لم يكن"¹.

وجاء في ابن عابدين (المريض مرض الموت من لا يخرج لحوائجه خارج البيت) وهو الأصح، وفي الاسماعيلية من به مرض يشتهي منه، وفي كثير من الأوقات من يخرج إلى السوق ويقضي مصالحه لا يكون مريضاً مرض الموت"².

ونصت المادة 1595 من مجلة الأحكام العدلية- وهي تقنين للفقه الحنفي- على ما يأتي: " مرض الموت هو الذي يغلب فيه خوف الموت، ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث، ويموت على ذلك قبل مرور سنة، سواء أكان صاحب فراش أو لم يكن، وإن امتد مرضه ومضى عليه سنة وهو على حال واحدة، كان في حكم الصحيح، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح مالم يشتد مرضه ويتغير حاله، ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله، ومات قبل مضي سنة يعد حاله اعتباراً من وقت التغير إلى الوفاة مرض موت"³.

وعرفه بعض الفقهاء المعاصرين بأنه المرض الذي يعجز الرجل من ممارسة أعماله المعتادة خارج البيت، ويعجز المرأة عن أعمالها المعتادة داخل البيت، ويغلب

¹ - عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الحديث، ج4، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 313.

² - المرجع نفسه.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص313.

فيه الهلاك، ويتصل به الموت دون ان يستمر سنة كاملة على حال من غير ازدياد¹.

وهناك تعاريف أخرى ذكرها الفقهاء ونجد منها: إن المريض مرض الموت من لا يقدر على أداء الصلاة قائماً، أو أنه من لا يقدر على القيام إلا أن يقيمه غيره، أو أنه من لا يقدر على المشي إلا أن يتحاذى بين اثنين، ومن قائل أن علامته أن لا يخطوا الشخص ثلاث خطوات من غير أن يستعين بغيره: وقيل من يزداد مرضه².

فالمراد بمرض الموت الذي يتحقق فيه أمران:

الأول: أن يكون الغالب فيه الهلاك عادة، أي انه إذا كان الغالب منه كان مرض موت سواء كان صاحب فراش أو لم يكن³.

الثاني: ان يتصل المرض بالموت، سواء وقع الموت بسببه او بسبب آخر خارجي عن المرض كقتل او غرق او حريق أو تصادم أو غير ذلك⁴.

فإذا صح من هذا المرض تبين أنه ليس بمرض الموت، وتعتبر تصرفاته فيه كتصرفات الصحيح دون فرق، فالمريض مادام حيا لا يجوز لدائنيه الاعتراض على تصرفاته لجواز ان يشفى من مرضه، أما إذا انتهى المرض المخوف بالموت فيتبين أن التصرف وقع في مرض الموت⁵.

¹ - حسني محمد عبد الدايم، مرض الموت و أثره على عقد البيع، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص100.

² - رشاد السيد ابراهيم عامر، تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري مقارنة بالشرعية الإسلامية والقوانين الأخرى، مذرة ماجستير، القانون الخاص، جامعة الجزائر، 1989 ص32.

³ - علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص324.

⁴ - الموسوعة الفقهية الكويتية، ج17، المرجع السابق، ص5.

⁵ - الموسوعة الفقهية الكويتية، ج17، المرجع السابق، ص5.

الفرع الثاني: تعريف مرض الموت في القضاء

لم يتطرق القانون الجزائري في كثير من المسائل المتعلقة بمرض الموت إلى تعريفه، عكس نظيره المصري، ففيما يتعلق بموقف القضاء الجزائري من مفهوم مرض الموت نجد:

القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1984/07/09 يعرف مرض الموت الذي يبطل التصرف بأنه هو: المرض الأخير إذا كان خطيرا ويجر إلى الموت، ويفقد المريض وعيه وتمييزه¹.

وقد جرى قضاء محكمة النقض المصرية على أن: " المقصود بمرض الموت أنه المرض الشديد الذي يغلب على الظن موت صاحبه عرفا أو بتقرير الأطباء ويلزمه ذلك المرض حتى الموت، وإن لم يكن أمر المرض معروفا من الناس بأنه من العلل المهلكة، فضابط شدته واعتباره مرض موت أن يعجز خبير العاجز من قبل من القيام بمصالحه الحقيقية خارج البيت فيجمع فيه تحقق العجز وغلبة الهلاك واتصال الموت به"².

الطعن رقم 15 لسنة 40 قانون الأحوال الشخصية جلسة 1976/1/17، مجموعة المكتب الفني السنة 27، ص 146³.

كما عرفته في أحكامها المستقرة بأنه: (المرض الشديد الذي يغلب فيه الهلاك، والذي ينتهي بموت المريض)⁴.

¹ - المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، ملف رقم 33719، الصادر بتاريخ 1984/7/9، م. ق، ع3، 1989، ص51.

² - عزت كامل، الوجيز في تصرفات المريض مرض الموت، ط1، دار النهضة، القاهرة، مصر، 1988، ص28.

³ - المرجع نفسه.

⁴ - حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص105.

نقض مدني في 1951/10/25مك مجموعة القواعد التي قررتها محكمة
النقض، ج2، ق4، ص1956¹.

المطلب الثاني: شروط مرض الموت

ويؤخذ من التعاريف السابقة الذكر أن هناك شروطا أربع لا بد من توافرها
لكي يكون المرض مرض الموت، وهي:

الشرط الأول: أن يقعد المريض عن قضاء مصالحه

يشترط في مرض الموت أن يجعل صاحبه عاجزا عن القيام بمصالحه
واشغاله التي كان يقوم بها عادة، كما هو الأمر في حالة الصحة، فإن كان المريض
رجلا اعتبر عجزه عن القيام بمصالحه الخارجية، وإن كان المريض امرأة اعتبر
عجزها عن القيام بمصالحها الداخلية².

لا يشترط لكون المرض مرض موت أن يلزم صاحبه الفراش على وجه
الدوام، فقد لا يلزمه ومع ذلك يبقى عاجزا عن قضاء مصالحه، كما لا يشترط فيه أن
يبقى أسير البيت³.

وعلى العكس من ذلك، قد يكون الانسان عاجزا عن قضاء مصالحه، ولكن
ليست بسبب المرض، فلا يعتبر في مرض الموت كالشيخوخة لذا قضي بأن:
الشيخوخة ليست مرض موت، أو يكون الانسان عاجزا عن مباشرة الشاق من أعمال
مهنته بسبب المرض⁴.

¹ - حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 105.

² - المرجع نفسه.

³ - المرجع نفسه.

⁴ - المرجع نفسه.

الشرط الثاني: أن يغلب في المرض خوف الموت

يجب أن يغلب فيه خوف الموت، وأن يكون مرضا خطيرا من الأمراض التي تنتهي عادة بالموت، أو يكون مرضا بدأ بسيطا ثم تطور حتى أصبحت حالة المريض سيئة يخشى عليه فيها الموت¹.

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، فهنا لا يعتبر المريض في مرض الموت وإن عجز عن قضاء مصالحه، لأن المرض لا يغلب فيه الهلاك، فتكون تصرفات المريض في هذه الحالة حكمها حكم تصرفات الأصحاء، وكذلك الأمراض المزمنة، إذا طالت وأطمئن المريض إلى ابتعاد خطر الموت العاجل، لا تكون في هذا الوقت مرض موت².

والحكم في القول بذلك من عدمه هو الرجوع إلى أهل الخبرة أي الأطباء الاختصاصيين³.

الشرط الثالث: أن ينتهي المرض بالموت فعلا

أي أن يعقبه الموت متصلا به سواء كان الموت بسببه ظاهرا أم كان بسبب آخر افضى إلى الموت كالقتل أو الغرق أو الحريق أو التصادم أو أي سبب آخر أودى بحياة المريض إلى الموت حال مرضه⁴.

¹ - محمود أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة وقانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003، ص119.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص315، 316.

³ - زهدور محمد، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991، ص38.

⁴ - عزة كامل، المرجع السابق، ص25.

فإذا أصيب شخص بمرض أقعده عن قضاء مصالحه، وغلب فيه خوف الموت، ولكنه مع ذلك برئ منه، وكان قد تصرف في ماله أثناء المرض، كان حكم تصرفه هذا حكم تصرف الأصحاء، وكان تصرفه معتدا به حال حياته، ولا يجوز للورثة الاعتراض عليه مادام المريض حيا¹.

فإذا انتهى المرض بالموت، تبين عند ذلك أن التصرف وقع في مرض الموت، وجاز الطعن فيه².

الشرط الرابع: أن يموت الانسان قبل مرور سنة من اصابته بالمرض:

اشتراط فقهاء الحنفية لاعتبار المرض مرض موت، أن يموت المريض قبل سنة من اصابته بالمرض، لأن الانسان لا يخلو في أكبر أوقاته من المرض، فمرض كهذا لا يعد مرض موت، لأنه إذا تطاول المرض سنة ولم يحصل فيه ازدياد، صار المرض قديما، فصاحبه صحيح³.

وهذا فيما إذا بقي المريض على حال واحدة، أما إذا زاد مرضه يوما فيوما فتغير حاله، فيكون مريضا مرض موت، وتحسب السنة من وقت ازدياد المرض وتغير الحال⁴.

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 317.

² - المرجع نفسه، ص 318.

³ - حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 118، 119.

⁴ - المرجع نفسه، ص 119.

المبحث الثاني: أنواع الأمراض و الملحقون بالمرضى مرض الموت وكيفية إثباته

المطلب الأول: أنواع الأمراض و الملحقون بالمرضى مرض الموت

الفرع الأول: أنواع الأمراض

قسم الفقهاء الأمراض بالنسبة إلى ما يعتبر منها مرض موت وما لا يعتبر إلا أربعة أقسام، (الأمراض غير المخوفة، الأمراض المزمنة، الأمراض المعجلة بالموت، والأمراض المخوفة).

(1) الأمراض غير المخوفة:

ومثل الفقهاء لهذا القسم من الأمراض، بالعمى، والرمد، الخرس والعرج، وجع الضرس، الصداع اليسير، و الحمى¹.
ويأخذ المصاب بإحدى هذه الأنواع من الأمراض حكم الصحيح، لأنها أمراض لا يخشى منها الموت في العادة.

(2) الامراض المزمنة:

وهي الأمراض التي تلازم صاحبها مدى الحياة و لا يرجى شفاؤه، وقد قدر ذلك بعض الفقهاء بسنة فأكثر، وبعضهم أرجع أمر مدتها إلى العرف، والرأي الأول هو الراجح والمعمول به².

وعلى هذا إذا مضى على المريض مرضا مزمننا سنة كاملة ولم يزد ما به من

المرض

خلالها، اعتبرت تصرفاته في تلك السنة كتصرفات الصحيح، أما إذا ازداد مرضه واشتد حتى مات كانت تصرفاته تصرفات مريض مرض الموت³.

¹ - حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص129.

² - المرجع نفسه، ص130.

³ - عزت كامل، المرجع السابق، ص29.

(3) الأمراض المعجلة بالموت:

وهي الأمراض التي يتحقق بها تعجيل الموت، مثل الذبح أو قطع عضو من أعضائه أو بانث أحشائه، وحكم المصاب بهذه الطائفة من الأمراض، أنه إذا كان عقله قد اختل مثل ذبح فلا اعتبار لكلامه ولا لعطيته، لأنه لا يبقى له عقل ثابت¹.

أما إذا كان الشخص ثابت العقل كمن خرقت أحشائه أو اشتد مرضه ولم يتغير عقله صح تصرفه وتبرعه مادام في حدود الثلث².

(4) الأمراض المخوفة:

وهي الأمراض التي لا يتعجل موت صاحبها يقينا، ولكنه يخاف منها ذلك كالبرسام، الرعاف الدائم لأنه يصفى الدم فيذهب القوة، ذات الجنب، والقنّج، فهذه كلها أمراض مخوفة سواء أكان معها حمى أو لم يكن، وهي مع الحمى أشد خوفا³. والفرق بين الأمراض المعجلة بالموت والأمراض المخوفة، أن الأخيرة لا يتعجل معها موت المصاب يقينا، ولكن يخاف عليه منها⁴. و ما أشكل أمره من الأمراض يرجع فيه- كما أسلفنا- إلى قول أهل المعرفة، وهم الأطباء لأنهم أهل الخبرة بذلك والتجربة والمعرفة.

الفرع الثاني: الملحقون بالمريض مرض الموت

المراد بمن يلحق بالمريض مرض الموت هو من يكون صحيحا، ولكنه في حالة يغلب فيها الهلاك دون السلامة، فكل حالة يكون الهلاك فيها غالبا تكون في حكم مرض الموت، أما إذا كان الغالب فيها السلامة فإنها لا تأخذ حكمه وإن خيف الهلاك منها⁵.

¹ - حسني محمد عبد الدايم، المرجع السابق، ص134.

² - المرجع نفسه.

³ - المرجع نفسه، ص 135.

⁴ - المرجع نفسه، ص136.

⁵ - رشاد السيد ابراهيم تامر ، المرجع السابق، ص 38.

ولأن العلة التي كانت سببا في الاحكام المتعلقة بمرض الموت هي خوف الموت، فقد ألحق بالمريض كل الأصحاء الأقوياء الذين يكونون في أحوال تجعلهم يتقربون الموت ويغلب عليهم فيها الموت على الحياة، فكل شيء يقرب إلى الهلاك غالبا فهو في معنى مرض الموت، لأن مرض الموت هو الذي يغلب فيه الهلاك فكانا في المعنى سواء¹.

فالمحكوم عليه بالإعدام الذي ينتظر التنفيذ، ومن كان في سفينة على وشك الغرق، ولم تنهيا له وسائل الانقاذ، ومن داهمه حريق لا سبيل للنجاة منه، ومن حوصر في حرب وأيقن أنه مقتول، ومن عقد نيته على الانتحار، كل هؤلاء أصحاء ليس بهم مرض، ولكنهم يعتبرون في حكم المرضى مرض الموت، ويكون لتصرفاتهم وهم في هذه الحالة حكم التصرفات الصادرة في مرض الموت².

المطلب الثاني: إثبات مرض الموت

مرض الموت بالشروط المتقدمة الذكر واقعة مادية يجوز اثباتها بجميع طرق الاثبات، ومنها البينة والقرائن، وأكثر ما يثبت بالشهادة الطبية الدالة على حالة المريض في أواخر أيامه، كذلك يثبت بشهادة الشهود، وبتقصي حياة المريض في أيامه الأخيرة، وعلى الورثة الذين يطعنون في تصرف مورثهم بأنه صدر في مرض الموت يقع عبئ إثبات المرض³.

فقد صدر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية (ملف رقم 197335 قرار بتاريخ 1998/06/16 قضية: (ورثة خ ز) ضد: (ورثة خ ز). هبة في مرض الموت - شهادة طبية - شهادة الشهود - جواز اثبات الأمراض و الحالات المخيفة بشهادة الشهود زيادة عن الشهادات الطبية.

¹ - رشاد السيد إبراهيم تامر، المرجع السابق، ص 38.

² - أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 321.

³ - المرجع نفسه، ص 321، 322.

تنص المادة (204 من ق.أ) من المقرر قانونا ان الهبة في مرض الموت والامراض والحالات المخيفة تعتبر وصية¹.
ومن ثمة فإن قضاة الموضوع بقضائهم برفض دعوة الطاعنين رغم ثبوتها بشهادات طبية بأن الواهب كان في حالة مرض مخيف وبأن الهبة كانت في مرض الموت فإنهم بقضائهم كما فعلوا عرضوا قرارهم للقصور في التسبيب.
ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.²

¹- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 19 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02، المؤرخ في 21 فبراير 2005 (ج ر عدد 15، مؤرخة في 27 فبراير 2005، ص18).

²- المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 197335 الصادر بتاريخ 16،6،1998، قضية ورثة(خ ز) ضد ورثة (خ ز)، قرار غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، ص281.

الفصل الأول

أحكام تصرفات المريض مرض

الموت في مسائل الزواج وفك

الرابطة الزوجية والاقرار

الفصل الأول: أحكام تصرفات المريض مرض الموت المتعلقة بمسائل الزواج وفك الرابطة الزوجية و الإقرار.

إن جميع أحكام تصرفات المريض مرض الموت تستمد من الشريعة الإسلامية،
فيما لم ينص عليه القانون، باعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا ثانيا للقانون الجزائري.
و باعتبار محل بحثنا هنا هو تصرفات المريض مرض الموت المتعلق بالأحوال
الشخصية، وباعتبار ان التصرفات التي تصدر منه تقسم إلى تصرفات منجزة كالبيع
والهبة و الوقف وأخرى إخبارية كالإقرار و الطلاق، وتصرفات مضافة إلى ما بعد
الموت، وهي التي تنفذ من ثلث المال، ومن بين هذه التصرفات وفي هذا الفصل
سنتطرق في المبحث الأول إلى الزواج في مرض الموت، وفي المبحث الثاني انحلال
الرابطة الزوجية في مرض الموت، وفي المبحث الثالث الإقرار في مرض الموت.

المبحث الأول: الزواج في مرض الموت بين الشريعة و قانون الأسرة الجزائري

من معاني الزواج في اللغة: اقتران الزوج بالزوجة، او الذكر بالأنثى.¹
و الزواج في عرف الفقهاء هو: عقد يفيد حل استمتاع كل من العاقدين بالآخر على الوجه المشروع.²

وهو عقد مشروع بقوله تعالى : ((فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ))³.

وكذلك قوله جل جلاله : ((وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ))⁴.
كما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ((النكاح سنتي فمن رغب عن سنتي فليس مني))⁵ - ولعل أهم ما في حكمة الزواج هو الإبقاء على الوجود الإنساني من خلال عملية التنازل، ومهما يكن في أمر الزواج فسنتقي بمعالجته في مرض الموت في ظل الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وذلك من خلال مطلبين.

المطلب الأول: الزواج في مرض الموت في الشريعة الإسلامية

سنعالج هذا المطلب من خلال فرعين، نتناول في الفرع الأول حكم الزواج في مرض الموت و في الفرع الثاني ما يثبت للزوجة من مهر في هذا الزواج .

¹ - المعجم الوسيط، المرجع السابق، ص 405.

² - محمد ابو زهرة، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، 1957، ص 17.

³ - سورة النساء، الآية 3.

⁴ - سورة النور، الآية 32.

⁵ - ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج9، دار المعرفة، بيروت، لبنان، (د.ت)، ص111.

الفرع الأول: حكم زواج المريض مرض الموت

اتفق فقهاء المسلمين على جواز زواج المريض مرض الموت إلا أنهم اشترطوا لذلك حصول الدخول وبعبارة أخرى فإلحاقه بالباطل ولا يترتب عليه أي اثر، أي انه إذا قدم رجل مريض مرض الموت وعقد على امرأة ولم يدخل بها حتى لو ماتت هي فإنه لا يرثها إذا كانت قد ماتت وهو مريض مرض الموت، وإذا كان جمهور الفقهاء والصحة الإسلامي يذهبون إلى أن الزواج في المرض المخوف سواء من حيث صحة العقد وتوريث كل واحد من الزوجين صاحبه، فإنهم اختلفوا بعد ذلك في ما يثبت لها من مهر الزوجة في الزواج في مرض الموت، وهذا ما سنتناوله بشيء من التفصيل في ما يلي:¹

الواقع أن جمهور قد استدل على صحة عقد الزواج في مرض الموت وعلى ثبوت التوارث بين الزوجين بما جاء في الكتاب، والأثر، والمعقول وسنسلط الضوء على ذلك في ما يأتي:

- 1- الكتاب : فقد استدل الظاهرية، بعموم قوله تعالى : ((فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ))²، وجاء في المحلى : ((أباح الله تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم النكاح، ولم يخص في القرآن ولا السنة صحيحاً أو صحيحة من مريض ومريضة، وما كان ربك نسياً، وما نعرف للمخالف حجة أصلاً لا في قرآن ولا سنة ولا قول صاحب ولا من رأي يعقل))³.
- 2- ما جاء في الآثار من أقوال الصحابة الذين لم يعرف لهم من الصحابة مخالف في هذا الحكم:

1- أنظر المرجع الإلكتروني للمعلوماتية، <https://almerja.net/reading.php?idm=79793> ، 2018/03/ 07 ، 14:25 مساءً.

2- سورة النساء، الآية 3.

3- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، ج9، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002، ص 155.

أ- أخرج أبو عوانة بسنده عن ابن مسعود أنه قال : ((لو لم يبق من أجلي إلا عشرة أيام أعلم أن أموت في آخرها يوما، لي فيهن طول النكاح لتزوجت مخافة الفتنة)) وبه استدل الظاهرية والزيدية.¹

ب- أخرج ابن أبي شيبة بسنده عن معاذ بن جبل أنه قال في مرضه الذي مات فيه : ((زوجوني، إني أكره أن ألقى الله _ عز وجل _ عزبا)) وبه استدل الظاهرية، والزيدية، والشافعية.²

المعقول : وهو أن النكاح من الحوائج الأصلية للإنسان، والمريض غير محجور ولا ممنوع من حوائجه الأصلية ولا عن صرف ماله إليها كالمأكل والملبس وثمر الأدوية وأجرة الطبيب والمسكن، وهو أيضا ما استدل به الحنابلة.³

ومن هنا، فإذا ثبتت صحة الزواج في المرض المخوف ثبت التوارث بين الزوجين لعموم آية الميراث بين الأزواج، وإذا كان هذا الذي ذكرناه هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء فإن فريقا آخر من الفقهاء قد ذهب إلى خلاف ذلك فالمالكية لها قولان في حكم زواج المريض مرضا مخوفا: - الأول : أنه يجوز له التزوج إذا كان محتاجا إلى الزواج ولا يجوز مع عدم الحاجة، والثاني : أنه لا يجوز له أن يتزوج سواء أكان محتاجا إلى الزواج أو غير محتاج، ولو أذن له الوارث الرشيد في كلتا الحالتين، لاحتمال موت الأذن أو صيرورته غير وارث وكون أن الوارث غيره. وهو القول الراجح في المذهب على ما ذكره الدسوقي.⁴

الفرع الثاني: ما يثبت للزوجة من مهر في الزواج في مرض الموت

ولئن كان هذا هو رأي كل من جمهور الفقهاء والمالكية حول الزواج في مرض الموت من حيث صحة العقد وتوريث كل واحد من الزوجين صاحبه، فإن أوليائك الفقهاء قد اختلفوا كما أسلفنا فيما يثبت للزوجة من مهر في الزواج في مرض الموت وفي ما يلي تفصيل هذا الاختلاف :

1- أنظر المرجع الإلكتروني للمعلوماتية، المرجع السابق.

2- المرجع نفسه.

3- المرجع نفسه.

4- أنظر المرجع الإلكتروني للمعلوماتية، المرجع السابق.

الفصل الأول أحكام تصرفات المريض مرض الموت في مسائل الزواج وفك الرابطة الزوجية والاقرار

* مذهب الحنفية: فرق الحنفية بين الشخص الذي يتزوج في مرض الموت إن كان مدينا أو غير مدين :

1- إذا كان المريض مدينا : فإذا تزوج بمهر المثل جاز ذلك وحاصت الزوجة غرماء الصحة بمهرها بعد موته إن لم يكن قد نقدها ذلك المهر في حياته أو بمعنى آخر أنه يصار إلى تقسيم المال عليها وعليهم قدر حصصهم، وذلك لأن مهرها دين لها على زوجها، فيكون مساويا لديون الصحة لوجوبه بأسباب معلومة لا مرد لها إذا أن جواز الزواج في مرض الموت، وهو لا يجوز إلا بوجوب المهر، يجعل هذا المهر كدين صحة وأن ظهور وجوب المهر ومعلوماته بناء على ظهور سبب وجوبه وهو الزواج الذي غير محتمل الوجوب، إنما يحتم تعلق المهر بحال هذا المتزوج ضرورة.¹ ولكن حيث أن هذا المهر قد يزيد على مهر المثل، فقد قيل في الزيادات من كتب ظاهر الرواية « يقدم دين الصحة على الزيادة على مهر مثلها ».²

2- إن لم يكن مدينا : فقد اعتبروا التزويج في هذه الحالة جائزا من رأس المال إذا كان بمهر المثل وذلك لأن التزويج بمهر المثل هو إنفاق لمهر المتزوج في حوائجه الأصلية، فيقدم بذلك على وارثه، وإنما قيد التزويج بمهر المثل لأن الزيادة عليه محاباة وهي باطلة إلا أن تجيزها الورثة، لأن حكمها حكم الوصية للزوجة الوارثة والوصية لا تجوز لو ارثت إلا أن يجيزها الورثة وإن كان النكاح صحيحا.³

1- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني، ج7، ط1، مطبعة الجمالية، القاهرة، 1910 ، ص 225 وما بعدها.

2- جامع الفصوليين، وبهامشه حواشي خير الدين الرملي، لمحمود بن إسرائيل المشهور بابن قاضي سماونه، ج2- ط1 - المطبعة الأميرية ببولاق - مصر، 1300هـ - ص 171.

3- محمد خالد الأناسي ، مجلة الأحكام العدلية وشرحها - ج4- مطبعة حمص، 1930م، ص 679.

الفصل الأول أحكام تصرفات المريض مرض الموت في مسائل الزواج وفك الرابطة الزوجية والاقرار

* مذهب المالكية: ونكاح المريض فاسد، يفسخ فور الاطلاع عليه، قبل الدخول وبعده، فإذا تم فسخه، وحصل التفريق قبل الدخول، فلا شيء للزوجة، وإذا فسخ النكاح بعد الدخول، فللزوجة الصداق المسمى في العقد.¹

وإذا مات الزوج المريض قبل الفسخ، فللزوجة أقل أحد الثلاثة : الصداق المسمى لها، أو صداق مثلها من النساء، أو ثلث التركة، لأن الالتزام بالصداق في المرض تبرع، والمريض لاحق له في التبرع بأزيد من الثلث، فروعياً مصلحة الورثة بإعطاء الزوجة الأقل مما ذكر، هذا وإن كان المريض هو الزوج.²

أما إذا كانت المريضة هي الزوجة ونكحت في المرض، فلها الصداق المسمى إذا حصل الفسخ بعد الدخول، وكذلك لها الصداق إذا ماتت هي أو هو، قبل فسخ النكاح، ولو لم يدخل بها الزوج، ولا ميراث لمن بقي حياً بعد موت صاحبه، معاملة للنكاح في المرض بنقيض مقصوده.³

فإذا صح النكاح في المرض قبل أن يفسخ النكاح، لعدم الاطلاع عليه، صح نكاحه واقرأ عليه، لأن الخوف من إدخال وارث في حال المرض قد زال.⁴

* مذهب الشافعية: فرق هذا المذهب في ما يثبت للزوجة من مهر في حالتين: موت الزوجة، وموت الزوج: على النحو الآتي:

1- إذا ماتت الزوجة كان لها جميع ما أصدقها، إذ أن لها صداق مثلها من رأس المال والزيادة

1- الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وادلتها، ج2، مؤسسة الريان، ص 549.

2- المرجع نفسه.

3- المرجع نفسه.

4- المرجع نفسه.

الفصل الأول أحكام تصرفات المريض مرض الموت في مسائل الزواج وفك الرابطة الزوجية والاقرار

عليه من ثلث التركة. كما إذا وهب لأجنبية (ذمية أو أمة) فقبضته فإنما يكون هذا من الثلث.¹

2- أما إذا مات الزوج فينبغي التفريق بين إذا ما كانت الزوجة من أهل الميراث عند موته وبين إذا لم تكن.

الوجه الأول : فإن كانت من أهل الميراث عند موته فينظر إذا كان أصدقها بصدق المثل، وجاز لها من جميع المال، وإن زاد عن صداق المثل، فالزيادة محاباة، فإن صح قبل أن يموت جاز لها من الزيادة من جميع المال لأنه لما صح قبل موته كان ابتداء نكاحا وهو صحيح، وإن مات قبل أن يصح بطلت الزيادة على صداق مثلها وثبت النكاح وكان لها الميراث.

الوجه الثاني : أما إذا كانت مما لا يرث من ذمية لو أمة، ثم مات وهي عنده، جاز لها جميع الصداق، صداق مثلها من جميع المال والزيادة عليه من الثلث، لأنها غير وارث، ولو أسلمت قبل موته أو أعتقت صارت وارثا، بطل عنها ما زاد من صداق المثل، وهذا الحكم يعلل الوجه السماح للشريعة الغراء، إذا أعطت للذمية ما دامت لم تسلم وللأمة ما دامت لم تعتق ما لم تعطه للزوجة المسلمة أو للزوجة الحرة.²

* مذهب الحنابلة : قال الحنابلة : يجوز للمريض أن يتجاوز في مرض موته، وينفذ المهر من رأس ماله إن كان مهر المثل، لأنه صرف لماله في حاجة نفسه فيقدم بذلك على وارثه، أما إذا تزوج بمهر يزيد على مهر مثلها فلها مهر المثل، والمحاباة صحيحة إن ماتت قبله، أما إن مات المريض قبلها فيفرق بين حالتين :

- **الحالة الأولى:** أن تكون ممن يرثه (أي لا يتوافر فيها مانع من الإرث كالعبودية والاعتناق غير الإسلام دينا) وفي هذه الحالة روايتان عن الإمام أحمد في حكم المحاباة.

1- أنها موقوفة على إجازة الورثة. لأنها عطية لوارث، فإن أجازها الورثة نفذت وإن لم يجيزوها بطلت. وهذا هو القول الصحيح في هذا المذهب.³

1 - الإمام محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج4، ط1، المطبعة الأميرية، مصر، 1322، ص 31.

2- المرجع نفسه.

3- شمس الدين محمد بن الخطيبا لشريني، مغني المحتاج، ج3، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997، ص504.

2- أنها تنفذ من الثلث.

الحالة الثانية: أن تكون ممن لا يرثه كذمية أو أمة، فلها مهر المثل، وتنفذ المحاباة من الثلث. - مذهب الظاهرية: ويرى الإمام بن حزم: ((وتزويج المريض الموقن بالموت، أو غير الموقن: مريضة كذلك أو صحيحة جائز، ويرثها وترثه: مات من ذلك المرض أو صح ثم مات.¹ وكذلك للمريضة الموقنة وغير الموقنة: أن تتزوج صحيا أو مريضا، ولها في كل ذلك الصداق المسمى كالصحيحين ولا فرق.²

ويتبين مما عرضنا له فيما تقدم أن الأمر يمثل أحد أبرز المسائل الخلافية في الفقه الإسلامي، ونرى من جانبنا صواب القول بصحة الزواج في مرض وثبوت التوارث بين الزوجين دون تفريق بين أن يكون الزوج هو المريض أو الزوجة هي المريضة ودون تفريق بين إذا كان قد دخل بها أو لم يدخل، وكذلك دون إيلاء النظر إلى كونها وارثة أو غير وارثة لمانع من موانع الإرث من مثل أن تكون ذميه أو أمة، إذ أن هذه الأمور بأجمعها تحتم المساواة ولا تقدم تبريرا كافيا للاختلاف، وإذا كان جمهور فقهاء المسلمين قد قالوا بمثل ذلك كلا أو جزءا وذلك لأنهم اعتمدوا على الكتاب وما ورد في الأثر وما رجح بالقياس أو العقل.³

المطلب الثاني: الزواج في مرض الموت في قانون الأسرة الجزائري

لم ينص المشرع الجزائري على الزواج في مرض الموت صراحة وإنما نص في المادة 7 مكرر من قانون الأسرة الجزائري على أنه : « يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية لا يزيد تاريخها على ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج، يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج، ويؤشر بذلك في عقد الزواج. »⁴

تعريف الفحص الطبي :

1- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد ابن حزم الأندلسي، المرجع السابق، ص 152.

2- المرجع نفسه.

3- الصادق عبد الرحمان الغرياني، المرجع السابق، ص 549.

4- المادة 07، قانون الأسرة الجزائري.

الفصل الأول أحكام تصرفات المريض مرض الموت في مسائل الزواج وفك الرابطة الزوجية والاقرار

الفحص الطبي قبل الزواج يعني دراسة الحالة الصحية العامة لدى كل من الزوجين، والكشف عن وجود أمراض مزمنة أو معدية أو وبائية أو نحو ذلك، ويقتصر الفحص قبل الزواج عادة على الكشف عن الأمراض المعدية أو الوراثة المنتشرة.¹

- أثر تخلف الفحص الطبي قبل الزواج:

لم ينص المشرع الجزائري على أثر تخلف الفحص الطبي، لكونه لم يسمح بتسجيل عقد الزواج دون تقديم طرفي العقد للشهادة الطبية التي تثبت خلوهما من أي مرض قد يشكل خطر عليهما، وتقوت بذلك مقاصد الزواج، وذلك طبقا للمادة السادسة من المرسوم التنفيذي رقم 06-154 : " لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية تحرير عقد الزواج إلا بعد أن يقدم طالبا الزواج الشهادة الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم ".²

و من المستقر عليه قانونا وقضاء، أن عقد الزواج يعتبر صحيحا، متى تم برضا الزوجين وحضور ولي الزوجة وشاهدين وصداق وأبرم أمام موثق أو موظف مؤهل قانونا المواد (4، 9 و 18 من قانون الأسرة).

ومتى لم يتطرق القانون لصحة الزوجين، فلا يعتبر مرض أحدهما عيبا في إبرام عقد الزواج، ومن ثم، فإن احتجاج الطاعنة بعد وفاة مورثها سنة 1988، على عقد الزواج الذي تم مع المطعون ضده سنة 1977، يعتبر غير مؤسس وينجر عنه رفض الطعن.³

كما جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية :

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

1- محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، ط 2013، دار الوعي، روية، الجزائر، ص293.

2- المرجع نفسه، ص 304.

3- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 88856، الصادر بتاريخ 1993/02/23، م. ق، ع 2، 1996، ص 69.

حيث جاء في مختصر خليل في باب أحكام النكاح، عند الحديث عن الأنكحة الفاسدة التي فيها الإرث فقال إلا نكاح المريض زوجا أو زوجة فلا إرث فيه. وعليه فالوجه مؤسس، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه.¹

المبحث الثاني: انحلال الزواج في مرض الموت بين الشريعة الإسلامية وقانون الاسرة الجزائري.

الطلاق لغة: التحرر من القيد.²

و في اصطلاح الفقهاء هو: رفع قيد النكاح في الحال او في المآل، بلفظ مشتق من مادة الطلاق أو ما في معناها³، وسنبحث هنا حكم طلاق مريض مرض الموت، وشروط ميراث زوجته منه، و الخلع، لأنه طريق لفك الرابطة الزوجية، في مطلبين، نخصص الاول لمعالجة الموضوع في الفقه الإسلامي، و الثاني في القانون الجزائري.

المطلب الأول: طلاق المريض مرض الموت في الشريعة الإسلامية

نتناول هذا المطلب بالدراسة من خلال فرعين الأول هو حكم طلاق المريض مرض الموت والثاني شروط ثبوت ميراث زوجته منه.

الفرع الأول: حكم طلاق المريض مرض الموت

اتفق الفقهاء على أن الرجل المريض إذا طلق امرأته، فطلاقه نافذ كالصحيح، فإذا مات من ذلك المرض ورثته المطلقة مادامت في العدة من طلاق رجعي، كما ترثه فيها في طلاقها في حال الصحة، لأن الرجعية زوجة يلحقها طلاق الزوج وظهاره وإيلائه، ويملك امساكها بالرجعة وبغير رضاها، ولا ولي ولا شهود ولا صداق جديد.⁴

1- المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 251656، الصادرة بتاريخ 2001/05/23، م، ق، عدد 1، 2002، ص307.

2- القاموس المحيط، المرجع السابق، ص536.

3- محمد ابو زهرة، المرجع السابق، ص279.

4- وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، ج7، ط2، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1985، ص452.

الفصل الأول أحكام تصرفات المريض مرض الموت في مسائل الزواج وفك الرابطة الزوجية والاقرار

واتفق الفقهاء أيضا على أن الرجل إذا طلق امرأته في مرض الموت ثم ماتت، لم يرثها وإن ماتت في العدة¹.

واختلفوا في إرث الزوجة المطلقة طلاقا بائنا إذا مات الزوج في أثناء العدة من هذا الطلاق، وهذا محل البحث هنا وهو حكم طلاق الفرار².

يقول الامام أبو زهرة: وإن كان الطلاق بائنا فإن الحكم يختلف إذا اعتبر الزوج فارا من الميراث بأن قامت أسباب الظن، بأنه طلقها بائنا في ذلك الوقت فرارا من الميراث ويتوفر ذلك الظن إذا طلقها طلاقا بائنا، وكان طائعا بغير رضاها وكانت مستحقة للميراث من وقت الطلاق إلى وقت الوفاة من ذلك المريض، فإنه يعتبر فارا بطلاقه البائن من الميراث³.

وإن كان الطلاق بطلبها وثبت الطلب، أو كان الطلاق بمال فإنه لا يعتبر فارا، لأن طلبها أزال مظنة الفرار، وإن كانت غير مستحقة للميراث وقت الطلاق، وصارت مستحقة له وقت الوفاة فإنه لا يعتبر فارا كأن كانت غير مسلمة وقت الطلاق ثم أسلمت بعد الطلاق، فإنها لا تكون مستحقة بالميراث، لأنه لا يثبت التوريث بين المسلم وغيره، كذلك لو ارتدت، لا يعتبر الزوج فارا، لأن ارتدادها ازال الزوجية التي هي سبب ميراثها⁴.

فإذا توافرت الشروط لتحقق مظنة الفرار، ومات المريض من مرضه وهي في العدة فإن الحنفية و المالكية و الحنابلة يقولون: ترثه زوجته. والشافعية في الجديد و الظاهرية يقولون: لا ترث⁵.

والذين قالوا بتوريثها انقسموا ثالث فرق: ففرقة قالت لها الميراث مادامت في العدة، وممن قال بذلك أبو حنيفة وأصحابه والثوري، وقال قوم: لها الميراث مالم تنزوج، وممن قال

1- وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، ص453.

2- لمرجع نفسه.

3- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص319.

4- المرجع نفسه، ص320.

5- محمد بن أحمد بن محمد بن رشيد القرطبي، بداية المجتهد نهاية المقتصد، ج2، ط6، دار المعرفة، بيروت،

لبنان، 1982، ص82 .

الفصل الأول أحكام تصرفات المريض مرض الموت في مسائل الزواج وفك الرابطة الزوجية والاقرار

بهذا أحمد وابن أبي ليلى، وقال قوم: بل ترث كانت في العدة أو لم تكن تزوجت أو لم تتزوج، وهو مذهب مالك والليث¹.

استدل الشافعي على أنها لا ترث كالمطلقة طلاقاً بائناً في الصحة، لأن الزوجية قد ارتفعت بالطلاق البائن قبل الموت وهي سبب التوارث بين الزوجين، فإذا ارتفعت قبل الموت، فقد زال سبب الميراث فلا يثبت، ولا عبرة بمضنة الفرار، لأن أحكام الشريعة لا تتناط بالنيات الخفية، بل تتناط بالأسباب الظاهرة، والسبب الظاهر للميراث قد زال بعمل من يملك إزالته، فلا عبرة بنيته².

واستدل الجمهور بالأثر والمعقول:

أما الأثر: فإن عثمان رضي الله عنه ورث بنت الأصبغ الكلبية من عبد الرحمان بن عوف، الذي كان قد طلقها في مرضه، فبتها، وكان ذلك بمحضر من الصحابة، فلم ينكر عليه أحد، فكان اجماعاً منهم³.

وأما المعقول: فهو أن تطليقها بغير اختيارها يدل على قصد حرمانها من الإرث، فيعاقب بنقيض قصده، كما يرد قصد القاتل إذا قتل مورثه بحرمانه من الإرث فترث المرأة حينئذ بسبب الزوجية بدفع الضرر عنها⁴.

ورأي أبي حنيفة وأصحابه هو الرأي الوسط الذي يتفق من كل الوجوه مع القياس الفقهي، وقريب منه الرأي الحنبلي⁵.

1- محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص 82، 83.

2- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 320.

3- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 453.

4- المرجع نفسه.

5- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 321.

الفرع الثاني: شروط ثبوت ميراث المطلقة

لقد وضع الفقهاء شروطا خاصة يجب توفرها، حتى تتمكن الزوجة من الوصول إلى حقها في ميراث زوجها إذا طلقها طلاقا بائنا، وهو في مرض موته، إذا توفي الزوج وهي لاتزال في العدة وهذه الشروط هي:

- 1) ألا يصح الزوج من ذلك المرض، وإن مات منه بعد مدة.
- 2) أن يكون المرض مخوفا يحجر عليه فيه.
- 3) أن يكون الطلاق البائن بعد الدخول الحقيقي: فلو كان الطلاق قبل الدخول ولو بعد الخلوة الصحيحة لا يعتبر المطلق فارا ولا تستحق الزوجة الميراث لأن العدة لا تجب بهذا الطلاق، ووجوب العدة بعد الخلوة عند الحنفية ومن وافقهم عند الاحتياط محافظة على الأنساب، والميراث حق مالي لا يثبت للاحتياط¹.
- 4) ألا يكون الطلاق بطلبها وألا يكون برضاها، لأن طلبها أزال مظنة الفرار، وألا يكون الطلاق على مال لأنه لا يعتبر فارا²، فلو مات وهو في العدة، لم ترثه، لتحقق رضاها بإطالة حقها في الميراث³.
- 5) أن تكون الزوجة أهلا للميراث من زوجها وقت الطلاق، وأن تستمر هذه الأهلية إلى وقت الموت⁴.

المطلب الثاني: الخلع في مرض الموت في الشريعة الإسلامية

الخلع لغة: النَّزْعُ⁵.

اصطلاحا هو: أن يطلق الرجل زوجته على فدية منها⁶.

1- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص454.

2- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص320.

3- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص455.

4- المرجع نفسه.

5 - القاموس المحيط، المرجع السابق، ص 713.

6 - المعجم الوسيط، المرجع السابق، ص250.

الفصل الأول أحكام تصرفات المريض مرض الموت في مسائل الزواج وفك الرابطة الزوجية والاقرار

و لا خلاف بين الفقهاء في أن المخالعة في مرض الموت صحيحة ونافذة سواء أكان المريض الزوج أو الزوجة أو كليهما، غير أنهم اختلفوا فيما يثبت للزوج من بدل الخلع إذا وقعت المخالعة في المرض، كما اختلفوا في ثبوت التوارث بينهما في هذه الواقعة، مع تفريقهم بين ما إذا كان الزوج المخالع هو المريض وبين ما إذا كانت الزوجة المخالعة هي المريضة، ونبين ذلك من خلال فرعين، الأول خلع الزوج المريض والثاني خلع الزوجة المريضة.

الفرع الأول: خلع المريض مرض الموت

لا خلاف بين الفقهاء في أن خلع الزوج المريض مرض الموت يصح، لأنه لو طلق بغير عوض لصح، فلأن يصح لعوض أولى ولأن الورثة لا يفوتهم بخلعه شيء، وذكروا أنهم لا يجوز لما فيه من إخراج وارث ولا توارث بينهما سواء أ مات في العدة أم بعدها، خلافا للمالكية¹، الذين عبروا عن ذلك بقولهم ونفذ خلع المريض مرضا مخوفا، إشارة إلى أنه لا يحرم ابتداء لما فيه من إخراج وارث، وترثه على المشهور زوجته المخالعة في مرضه إن مات منه ككل مطلقة بمرض موت مخوف، حتى ولو انتهت عدتها وتزوجت بغيره، ولا يرثها هو إن ماتت في مرضه قبله، ولو كانت مريضة حال الخلع أيضا: لأنه هو الذي أسقط ما كان يستحقه².

وترثه أيضا إذا تبرع أجنبي بخلعها منه في مرضه الذي مات منه وهي في العدة، كما ذكر الحنفية لأنها لم ترضى بهذا الطلاق فيعتبر الزواج فارا³، فلو أوصى لها بمثل ميراثها أو أقل، صح كما ذكر الحنابلة، لأنه لا تهمة في أنه أبانها ليعطيها ذلك فإنه لو لم بينها لأخذته بميراثها، وإن أوصى لها بزيادة عليه، فللورثة منعها ذلك، لأنه أتهم في أنه قصد إيصال ذلك إليها، لأنه لم يكن له سبيل إلى إيصاله إليها وهي في حباله، فطلقها ليوصل ذلك إليها فمنع منه، كما لو أوصى لوارث⁴.

1- الموسوعة الفقهية، الجزء 19، ط2، طباعة ذات السلاسل، الكويت، 1990، ص248.

2- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص491.

3- الموسوعة الفقهية، ج19، المرجع السابق، ص248.

4- المغني لموفق الدين ابن أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، ج10، ط3، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 1997، ص314.

الفرع الثاني: خلع المريضة مرض الموت

يجوز للزوجة المريضة مرضا مخوفا أن تخالع زوجها في مرضها باتفاق الفقهاء، لأنه معاوضة كالبيع، وإنما الخلاف بينهم في القدر الذي يأخذه الزوج في مقابل ذلك مخافة أن تكون الزوجة راغبة في محاباته على حساب الورثة.

وقد ذكر الحنفية أن خلع المريضة يعتبر من الثلث لأنه تبرع، فله الأقل من إرثه، والثلث إن ماتت في العدة ولو بعدها أو قبل الدخول فله البدل إن خرج من الثلث¹.

وقال الشافعي رحمة الله عليه: وإن كانت هي المريضة وهو صحيح أو مريض، فسواء، وإن خالعت بمهر مثلها أو أقل، فالخلع جائز وإن خالعة بأكثر من مهر مثلها ثم ماتت في مرضها قبل أن تصح و جاز لها مهر مثلها من الخلع، وكان الفضل على مهر مثلها وصية يحاص أهل الوصاية بها، ولا ترث المختلعة في المرض ولا في صحة زوجها، ولا يرثها وإن مات أحدها في العدة².

وذكر الحنابلة أنه إذا خالعت المريضة بميراثه منها فما دون، صح، ولا رجوع، وإن خالعت بزيادة بطلت الزيادة، وهذا قول الثوري وإسحاق³، وعلى إبطال الزيادة أنها متهمة في أنها قصدت الخلع لتوصل له شيء من مالها بغير عوض، على وجه لم تكن قادرة عليه وهو وارث لها، فبطل، كما لو أوصت له، أو أقرت له، وأما قدر الميراث فلا تهمة فيه، فإنها لو لم تخالعه لورث ميراثه، وإن صحت من مرضها ذلك صح الخلع، وله جميع ما خلع به، لأننا تبينا أنه ليس بمرض الموت، والخلع في غير مرض الموت كالخلع في الصحة⁴.

أما المالكية فيرون أنه يحرم على الزوجة أن تخالع زوجها إذا كانت مريضة مرضا مخوفا، لما تقدم من أن تصرفات المريض بإدخال وارث أو إخراج ممنوع، لأن فيه تحديا على حقوق الآخرين ويحرم على الزوج وإن كان صحيحا أن يقبل منها الخلع، لأنه يكون معيناً لها

1- الدر المختار شرح تنوير الابصار و جامع البحار ، لمحمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي

الحنفي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002، ص237.

2- الأم، للإمام محمد بن إدريس الشافعي، ج6، ط1، دار الوفاء، المنصورة، 2001، ص 509، 508.

3- المغني لابن قدامة، المرجع السابق، ص313.

4- المرجع نفسه.

على الممنوع وإذا خالعه المريضة وقبل الزوج، مثل الطلاق ولزم، ولا توارث بين الزوجين إذا مات أحدهما، فلا يرثها ولو ماتت قبل انتهاء عدتها، ولا ترثه إذا مات، ولو كانت في العدة، لأن طلاق الخلع اشترك فيه معا، فيكون كل واحد منهما أسقط حقه في الميراث بنفسه حين طلق¹.

أما المال الذي أخذه الزوج فإنه يوقف عند أمين حتى يتبين الأمر، فإن صحت المرأة من مرضها استحقه كله، لأنها دفعته مقابل تخليص نفسها منه، وقد تم خلاصها منه، فإن ماتت ينظر إلى مقدار ميراثه منها، لو كان يرث ويأخذ مقدار ميراثه من المال الذي خالعه به، ويرد الزائد إلى الورثة، لأنها تتهم إذا خالعه بأكثر من ميراثه بمحاباتة بأكثر من نصيبه في التركة².

المطلب الثالث: فك الرابطة الزوجية في مرض الموت في قانون الاسرة الجزائري

نفصل هذا المطلب من خلال ثلاثة فروع، نتناول في الفرع الأول الطلاق وفي الفرع الثاني الخلع.

الفرع الأول: الطلاق في مرض الموت في قانون الأسرة الجزائري

أولاً: الطلاق في مرض الموت قانوناً

الحقيقة ان قانون الأسرة الجزائري لم يتعرض لمسألة الطلاق في مرض الموت، لا من حيث حكمه ولا من حيث آثاره، على عكس قانون الأحوال الشخصية السوري الذي تعرض إلى هذه المسألة في المادة 116 منه، وهو ما يحتم علينا الرجوع إلى أحكام الشريعة الاسلامية في هذا المجال حسب نص المادة 222 من قانون الأسرة، لأنه اكتفى بالنص في المادة 12 منه على أنه " إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الارث" دون أن يفرق بين عدة الطلاق الرجعي وعدة الطلاق البائن وكذلك

1- الصادق عبد الرحمان الغرياني ، المرجع السابق، ص712.

2- المرجع نفسه.

الفصل الأول أحكام تصرفات المريض مرض الموت في مسائل الزواج وفك الرابطة الزوجية والاقرار

لم يتعرض لصحة طلاق المريض وإمكانية التوارث بعد وفاة الزوج أو الزوجة خلال أو إثر مرض الموت.¹

وخلاصة القول في هذا المجال، أن الرجل إذا تعسف في طلاق زوجته فطلقها في مرض موته، اعتبر هذا اقرارا من ميراث زوجته فرد عليه قصد بتوريثها منه، ولقد ألحق الفقهاء الموت بالمريض مرض الموت، واعتبروه في حالة ارتداده فارا من ميراث زوجته، فيرد قصده، لأن من شروط الميراث اتحاد الدين بين الوارث و الموروث (المادة 138 ق.أ).²

ثانيا: الطلاق في مرض الموت قضائيا

إن طلاق المريض مرض الموت هو طلاق واقع، وأن المريض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق وقد سار القضاء الجزائري في هذا الاتجاه إذ قضت المحكمة العليا بأنه: " من المقرر شرعا وقانونا بأن مرض الموت مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق عدا إذا كان القصد منه حرمان الزوجة من الميراث، ومن ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم بطلاق الطاعنة، طبقوا صحيح القانون.³

الفرع الثاني: الخلع في مرض الموت في قانون الأسرة الجزائري

المشعر الجزائري لم يتطرق إلى مسألة الخلع في مرض الموت، ولم يشر إليه ولو إشارة ضمنية، حيث سكت على هذا الأمر، لذا يجب علينا الرجوع إلى الشريعة الإسلامية استنادا إلى نص المادة 222 ق.أ.ج التي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية فيما لم يرد فيه نص في القانون، ولاسيما ما يتعلق بصحة الطلاق وإمكانية التوارث بعد وفاة الزوج أو الزوجة.

1- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، 1989، ص277.

2- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، الزواج و الطلاق، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، ص145.

3- المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، قرار رقم 179696، مؤرخ في 17/3/1998، عدد خاص، ص98.

المبحث الثالث: الاقرار في مرض الموت بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

من معاني الاقرار في اللغة: الاعتراف: يقال: أقر بالحق إذا اعترف به. وأقر الشيء أو الشخص في المكان: أثبته وجعله يستقر فيه¹.

وفي اصطلاح الفقهاء، الاقرار: هو الإخبار عن ثبوت حق للغير على المخير، وهذا تعريف الجمهور².

وذهب بعض الحنفية إلى أنه إنشاء، وذهب بعضهم إلى أنه إخبار من وجه وإنشاء من وجه³.

المطلب الأول: الاقرار في مرض الموت في الشريعة الإسلامية

سنتناول في هذا المطلب الإقرار بالطلاق في مرض الموت في فرع أول و الإقرار بالنسب في فرع ثاني أما في الفرع الثالث نتناول الإقرار بالوقف في مرض الموت وسنعرضه بالشرح والتفصيل.

الفرع الاول: الإقرار بالطلاق في مرض الموت

إذا أقر المريض بأنه طلقها في صحته طلاقاً رجعيًا، فقد نص المالكية و الحنابلة على أنه يقع الطلاق ساعة تكلم، وتبدأ عدتها فإن مات أحدهما قبل انقضاء العدة من يحرم الاقرار ورثه الآخر، وإن مات بعد انتهاء العدة فحكمه حكم ماله أقر بأنه طلقها في صحته طلاقاً بائناً⁴.

أما إذا أقر المريض بأنه طلقها في صحته ثلاثاً أو بائناً فقد فرق الحنفية في هذه الحالة بين ما إذا صدقته الزوجة على ما أقر به، وبين ما إذا أنكرت عليه ذلك:

1- القاموس المحيط، المرجع السابق، ص527.

2- عثمان بن محجن البارعي و فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق شرح الدقائق وحاشية الشلبي، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، ص215.

3- الدر المختار شرح تنوير الأبصار للحصكفي، المرجع السابق، ص526.

4- الموسوعة الفقهية، ج37، المرجع السابق، ص27.

الفصل الأول أحكام تصرفات المريض مرض الموت في مسائل الزواج وفك الرابطة الزوجية والاقرار

فإن صدقته الزوجة فلا ترثه، لأن ما تصادقا عليه صار كالمعائن أو كالثابت بالبينة في حقهما، ولأن الحق في الميراث لهما، وقد أقرت بما يسقط حقها¹.

أما إذا أنكرت الزوجة ذلك، فتبتدئ عدة الطلاق من وقت الاقرار، وترثه إن استمرت أهليتها للإرث من وقت الاقرار إلى وقت موته، وكان موته في عدتها².
وقال الشافعي يقع طلاقه ساعة تكلم، وتستقبل عدة الطلاق من ذلك اليوم ولا ترثه بحال.

وقال المالكية: إذا أقر المريض أنه كان قد طلق زوجته المدخول بها طلاقاً بائناً، فإما أن تشهد له على إقراره ببينة وإما لا تشهد له على إقراره ببينة، فإن شهدت له ببينة على إقراره فيعمل به، وتكون العدة من الوقت الذي أرخته البينة، ولا يرث بينهما.
أما إذا لم تشهد له ببينة على إقراره، فيعتبر هذا الاقرار بمنزلة انشاءه الطلاق في المرض، ولا عبرة بإسناده لزمان محقه، فترثه زوجته إذا مات من ذلك المرض في العدة وبعدها، ولو تزوجت بعده أزواجاً، ولا يرثها هو، وتبتدئ عدتها من يوم الاقرار، لا من اليوم الذي اسند إليه الطلاق³.

وقال الحنابلة لا يقبل إقرار المريض بأنه أبان امرأته في صحته، ويقع الطلاق ساعة تكلم، وترثه في العدة وبعدها ما لم تتزوج⁴.

الفرع الثاني: الاقرار بالنسب في مرض الموت في الشريعة الاسلامية

الاقرار بالنسب نوعان: إقرار على نفس المقر، وإقرار محمول على غير المقر.
أما الإقرار بالنسب على نفس المقر: فهو أن يقر الأب بالولد أو الابن بالوالد، كأن يقول هذا ابني، أو هذا أبي، أو هذه أمي. ويصح هذا الاقرار من الرجل ولو في مرض الموت، بشروط

1- الموسوعة الفقهية، ج37، المرجع السابق، ص28

2- المرجع نفسه الموسوعة الفقهية، ج37، المرجع السابق.

3- المرجع نفسه.

4- المرجع نفسه.

الفصل الأول أحكام تصرفات المريض مرض الموت في مسائل الزواج وفك الرابطة الزوجية والاقرار

أربعة متفق على اغلبها بين المذاهب وهي ما يأتي¹:

- (1) أن يكون المقر به مجهول النسب.
- (2) ألا ينازعه فيه منازع، لأنه غن نازعه فيه غيره تعارضاً، فلم يكن إلحاقه بأحدهما أولى من الآخر.

(3) وان يمكن صدقه بأن يحتمل ان يولد مثله لمثله

- (4) أن يكون ممن لا قول له كالصغير والمجنون، او يصدق المقر غن كان من أهل التصديق، فإن كبر الصغير وعقل المجنون فانكر لم يسمع إنكاره، لأن نسبه ثبت فلا يسقط، ولأن عاد الأب فجدد النسب لم يقبل منه.

هذا إذا كان الاقرار بالنسب ليس فيه تحميل النسب على الغير، اما إذا كان الاقرار فيه تحميل النسب على الغير، كأن يقر لشخص بأنه أخوه، او عمه، فإن الأخوة والعمومة لا تثبت بنوة المقر له لأبي المقر او لجده، وهكذا- ففي هذه الحال يؤخذ لا لمقر بإقراره ولا يثبت نسب المقر له من الأب او الجد وسائر من يحمله الاقرار نسبه، ويترتب على أخذ المقر بإقراره ما يأتي²:

- (1) أنه يشاركه نصيبه في الميراث، فإذا أقر شخص بأن محمداً أخوه لأبيه ولم يصدق أبوه ولا سائر إخوته فإذا مات الأب فإن المقر له يأخذ نصف حصة المقر إذا كان ذكراً. وثلثه إذا كان أنثى ويأخذ باقي الأولاد أنصبتهم كاملة، ومشاركة المقولة للمقر في نصيبه هو القول الراجح.

(2) أنه إذا كان المقر هو سرا، والمقولة فيرا مستحقاً للنفقة وجبت عليه النفقة.

(3) أنه إذا مات المقر ولا وارث له مطلقاً استحق المقر له التركة³.

1- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص690.

2- الموسوعة الفقهية، ج6، ط2، طباعة ذات السلاسل، الكويت، 1986، ص76.

3- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص399.

الفرع الثالث: الاقرار بالوقف في مرض الموت في الشريعة الاسلامية

إذا أقر المريض أنه كان قد وقف أرضاً أو درأ في يده في صحته، نفذ إقراره من كل ماله إذا عين الموقوف عليهم، أما إذا لم يعينهم نفذ من الثلث ماله إذا كان له ورثة ولم يجيزوا إقراره، فإن لم يكن له ورثة، أو كان له وأجازوه نفذ من الكل أيضاً¹.

وإذا أقر المريض بأن الأرض التي في يده وقفها رجل مالك لها على معين، كانت وقفاً من جميع ماله، وإذا لم يكن على معين كانت وقفاً من ثلث ماله².

وإذا أقر المريض بأرض في يده أن رجلاً مالكا لها جعلها صدقة موقوفة عليه وعلى ولده ونسله ثم من بعدهم للفقراء، فلا تكون وقفاً عليه ولا على ولده، وإن لم يكن لهم منازع أصلاً، بل تكون للمساكين، لأنه لما أقر بملكيتها لغيره، وأقر بأنه جعلها صدقة موقوفة، والأصل في الصدقة أن تكون للمساكين، فقد أقر بأنها وقف عليهم معنى، فلا يقبل منه بعد ذلك دعواه أنها لنفسه وولده إلا ببينة، لأنه رجوع عن الاقرار الأول³.

المطلب الثاني: الإقرار في مرض الموت في قانون الأسرة الجزائري

بيننا سابقاً أن هناك نوعان من الإقرار وهما الاقرار بالبنوة و الأبوة و الامومة والإقرار في غير الأبوة و البنوة والأمومة:

بالنسبة إلى الإقرار المتعلق بنفس المقر: كأن يقول هذا ابني أو هذا ابي ، أو هذه امي، فإن المشرع الجزائري يشترط لصحة اعتباره لشروطين هامين وهما: ان ينص الإقرار على شخص مجهول النسب، وان يكون من النوع الذي يصدقه العادة وهو ما جاء في المادة 44 ق.أ والتي تقول: " يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة، أو الأمومة، بمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة⁴.

1- انظر المادة 552،550، محمد قدري باشا، قانون العدل والانصاف للقضاء على مشكلات الأوقاف، ط1، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، ص289، 290.

2- المرجع نفسه، ص289.

3- محمد قدري باشا، المرجع السابق، ص290.

4- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ج1، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2007، ص198.

والاقرار

وعليه يصح اقرار الشخص (ولو في مرض الموت) بالوالدين، إذا كان المقر له مجهول النسب، وإن صدقه المقر له، متى صدقه العقل أو العادة أو الحس السليم، وذلك بأن يولي مثل المقر له بالبنوة من مثل المقر، بحيث يكون فرق السن بينهما محتملا لهذه الولادة، أو أن يولد مثل المقر بالأبوة لمثل المقر. فمن قال لطفل: هذا ابني، وكان الطفل عشر سنوات، وسن المقر عشرين سنة، لم يعتبر هذا الإقرار، لأنه لا يعقل أن يولد الانسان ولد وهو ابن عشر سنين¹.

أما بالنسبة إلى الإقرار المتعلق بغير المقر أو المحمول على الغير فإن شرط أن يكون الشخص الآخر مجهول النسب وشرط أن يكون يصدق العقل و العادة شرطان معتبران ويضاف إليهما شرط ثالث هو ان يوافق المحمول عليه بالنسب على هذا الإقرار، ومعنى هذا هو أنه إذا اعترف شخص بأن فلان هو أخوه من صلب أبيه فإنه لصحة إثبات النسب يجب ان يعترف الأب بذلك ويقره، وهذا هو معنى ما نصت عليه المادة 45 من أن الاقرار بالنسب في غير البنوة و الأبوة والأمومة. لا يسري على غير المقر إلا بموافقة وتصديقه للإقرار المحمول عليه ويضيف الفقهاء إلى هذه الشروط شرطين آخرين هما ان يصدق المقر عليه ادعاء المقر إذا كان رشيدا، وأن لا يدعي المقر بأن الولد المقر عليه ابنه من الزنا أو أنه سبق أن تبناه، وذلك لأن الزنا والتبني لا يصلحان سببا من أسباب إثبات النسب بالإقرار، وكذلك الحال إذا كان الظاهر و العقل والمقر عليه يكذبون ادعاء المقر².

1- المرجع نفسه.

2- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص216، 215.

الفصل الثاني

أحكام تصرفات المريض مرض

الموت في مسائل التبرعات

الفصل الثاني: أحكام تصرفات المريض مرض الموت في مسائل التبرعات

إن أي شخص يمكن أن يتصرف في جميع أمواله لمن يريد و يحرص على ألا يتجرد من ماله حال حياته، فيجوز له أن يتبرع بكل أمواله أو بعضها، دون أن يكون لأحد الحق في مراجعته أو الاعتراض عليه، لأن ما يتصرف فيه هو خالص حقه، غير أن الشخص إذا كان مريضاً مرض الموت تفرض على تصرفاته التبرعية قيوداً.

و هذا ما سنقوم بمعالجته في هذا الفصل، بحيث نتناول في المبحث الأول وصية المريض مرض الموت، و في المبحث الثاني الهبة في مرض الموت، و في المبحث الثالث الوقف في مرض الموت.

المبحث الأول: الوصية في مرض الموت بين الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري

الوصية في اللغة: ما يوصى به، وصّى إليه و له بشيء أي جعله له.¹

للوصية كاصطلاح شرعي تعريفات متعددة حيث عرفها البعض بأنها تبرع مضاف إلى ما بعد الموت، و عرفها الكسائي بأنها اسم لما اوجبه الموصي في ماله بعد الموت، وقال الكرخي بأنها ما أوجبه الموصي في ماله تطوعا بعد موته أو في مرضه الذي مات فيه.² كما عرفها ابن عابدين أنها " تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع " و هو أصح التعريفات وأشملها باعتباره تعريفا جامعاً مانعاً يشمل كل شيء يوصي به الشخص بعد وفاته.³

كما أن قانون الأسرة الجزائري لم يبتعد عن هذا التعريف في المادة 184 منه حيث نصت على أنه " الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع".⁴

و قد قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، و سنعالج في المطلب الأول الوصية في الشريعة الإسلامية ، و المطلب الثاني في القانون الجزائري.

المطلب الأول: الوصية في مرض الموت في الشريعة الإسلامية

جعل الفقه الإسلامي للوصية أحكاما مفصلة، فهي لا تختلف ما إذا صدرت في حال الصحة أو صدرت في مرض الموت، و على هذا جاء في الفرع الأول وصية المريض لأجنبي أو لوارث، وفي الثاني إذا كانت الوصية صدرت عن مريض مدين أو غير مدين.

¹ - المعجم الوسيط، المرجع السابق، ص1038.

² - محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، دار الفكر العربي، مصر، 1988، ص11.

³ - نبيل صقر، تصرفات مريض مرض الموت، دار الهدى، عين مليلة-الجزائر، 2008، ص61.

⁴ - المادة 184، قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: وصية المريض لأجنبي أو لوارث

أولاً: وصية المريض لأجنبي

لم يختلف الفقهاء المسلمون في وصية المريض مرض الموت لأجنبي من حيث صحتها وجوازها، بشرط عدم زيادة مقدارها عن الثلث في حالة وجود الوارث، وإذا كان المقدار يزيد عن الثلث يقتضي في هذه الحالة إجازة الورثة، فإذا رفض الورثة الإجازة بطلت الزيادة ونفذت في حدود الثلث سواء كان الموصى له وارثاً أو غير وارث.¹

فقد ورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم عن عامر بن سعد بن أبي وقاص عن أبيه، قال: جاءني صلى الله عليه وسلم يعودني من وجع اشتد بي فقلت: يا رسول الله بلغ مني الوجع ما ترى، وأنا رجل ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي أفأصدق بثلثي مالي فقال: "لا" فقلت فشطره، قال "لا"، فقلت فالثلث قال: الثلث و الثلث كثير إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس.²

هذا الحديث يدل على جواز الوصية بالثلث، حيث أنه لم ينه عن الثلث، بل أخبره بأنه كثير وأورد في مدلوله أيضاً على الوصية بأقل من الثلث أفضل، وأيضاً لهذا الحديث دلالة على الوصية لثلث المال ويعتبر هذا من فضل الله على عباده للزيادة في الحسنات في الوقت الذي انقطع فيه عن العمل الصالح.

ثانياً: وصية المريض لوارث

جرى اختلاف في جواز الوصية لوارث بين الفقهاء المسلمون فانقسموا إلى قولين³:

1- محمد جواد مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة، الطبعة الأخيرة، دار الجواد-دار التيار، لبنان، 2000، ص470.

2- محمد بن عيسى الترمذي، الجامع الكبير، المجلد3، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت-لبنان، 1996، ص617.

3- أنظر المرجع الإلكتروني للمعلوماتية <https://almerja.net/reading.php?idm=78471>، 2018/04/02،

1-القول الأول: لا تصح، وأن الوصية لو ارث باطلة بطلانا مطلقا سواء أجازها الورثة أو لم يجزها، وسندهم يعود لما روى جابر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا وصية لو ارث"¹.

ولأنها وصية لا تلزم لحق الوارث فلم تصح كما لو أولى بمال لهم عن غير الميراث، فعلى هذه الإجازة هبة مبتدأه ويعتبر فيها ما يعتبر في الهبة.

2-القول الثاني: تصح، لما روى بن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " لا وصية لو ارث إلا أن تجيزها الورثة"².

أي أنها صحيحة إذا كانت في حدود الثلث وأجازها الورثة، وأيضا يشترط في صحة الإجازة أن يكون المجيز أهلا للتبرع، فإن لم يكن أهلا لا تصح إجازته.

أما ما ذهب إليه المالكية والحنفية والحنابلة أن الوصية في مرض الموت صحيحة لكنها موقوفة على إجازة الورثة.³

الفرع الثاني: وصية المريض المدين و غير المدين

أولا: المريض المدين

إذا كان المريض الموصي مدينا لشخص أو أشخاص آخرين، فإن وصيته لا تنفذ إلا بعد سداد الديون لأنه لا تركة إلا بعد سداد الديون، مع النظر في حالة ما إذا كانت التركة مستغرقة بالديون و دون أن ننسى التكلم عن فرضيتين أو حالتين هما:

1-استغراق الدين تركة الموصي: إذا كانت الديون الثابتة بدمته تساوي ما تقوم به تركته، فلا تنفذ الوصية في أي حال من الأحوال إلا إذا أبرأه الدائنون فإنها تنفذ ولو استغرقت جميع المال، وأما إجازة الورثة في هذه الحالة فلا تفيد شيئا وإنما كان الحق للدائنين لا للورثة، لأن حق

¹ - محمد بن عيسى الترميذي، المرجع السابق، ص621.

² - محمد بن عيسى الترميذي، المرجع نفسه، ص619.

³ - أنظر المرجع الإلكتروني للمعلوماتية : <https://almerja.net/reading.php?idm=78471> ، 2018/04/02

الورثة في الإرث مؤخر عن قضاء الدين، وقضاء الديون مقدم عن الوصية لأنه من أهم الحوائج الأصلية.¹

2-دين المريض غير مستغرق لتركته: في هذه الحالة تنفذ الوصية من ثلث الباقي بعد وفاء الدين، وتخرج من التركة ابتداءا مقدار الدين و تنفذ الوصية بثلث ما تبقى إذا كانت الإجازة نفذت، وإذا نقضها الورثة بطلت الزيادة.²

ثانيا: المريض الغير مدين

وفي هذه الحالة لا يكون المريض مرض الموت مدينا لأي أحد بمبلغ من المال.

1-الموصي الغير مدين و ليس له وارث: اختلف الفقهاء المسلمون في حكم الوصية في هذه الحالة بالنسبة إلى ما زاد عن الثلث، فقالت الشافعية أن الوصية الزائدة على الثلث باطلة لأن جوازها يتوقف على إجازة الورثة والوارث في هذه الحالة بيت المال والحق فيه لكافة المسلمين، وهذا ما قطع به جمهور الفقهاء أنه إذا أوصى بما زاد على الثلث ولم يكن له وارث و ليس عليه دين تجوز الوصية ولو بجميع المال الباقي، و لا يحتاج إلى إجازة الإمام.³

2- الموصي الغير مدين و كان له ورثة: إذا كان المريض غير مدين وكانت الوصية لو ارث أو لغير وارث وكان للموصي ورثة فتنفذ الوصية في الثلث، وفيما جاوزت الثلث موقوف على إجازة الورثة، فإذا أوصى شخص بما يزيد عن ثلث تركته نفذت وصيته في الثلث وتوقف فيما زاد عليه، فإن أجازها جميع الورثة نفذت أيضا وإن رفضوها بطلت و إن أجازها بعضهم ورفضها البعض الآخر نفذت فيما يخص المجيزين و بطلت فيما يخص الراضين.⁴

ويشترط في الإجازة:

1- محمد عبد الرحيم الكشكي، التركة و ما يتعلق بها من حقوق، دار النذير، بغداد-العراق، ص88.

2- محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ط1، دار الكتب العلمية، القاهرة-مصر، ص275.

3- محمد عبد الرحيم الكشكي، المرجع السابق، ص166.

4- أنظر المرجع الإلكتروني للمعلوماتية : <https://almerja.net/reading.php?idm=78471> ، 2018/04/03،

أ- أن يكون المجيز من أهل التبرع و أن يكون عاقلا بالغا فلا تصح إجازة السفیه والمجنون والمعته وذی الغفلة، ولا يجوز للمجيز الرجوع عن الإجازة.

ب- أن تكون الإجازة بعد موت الموصي، فإنه غير معتبر إجازتهم في حال حياة الموصي لأنها قبل ثبوت حقيقة الملك لهم.¹

المطلب الثاني: الوصية في مرض الموت في قانون الأسرة الجزائري

أدرج المشرع الجزائري أحكام الوصية في قانون الأسرة، فقد نصت المادة 184 منه على ما يلي: "الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع."

ونستخلص من هذا النص ما يلي:

- إن استعمال مصطلح "تمليك يجعل هذا التعريف جامعا وشاملا لكل أنواع الوصايا.

سواء كانت بالمال أو بغيره، كما تشمل بالمنافع من السكن لدار أو زراعة والوصية بالأعيان من المنقولات أو العقارات.

- إن المقصود بعبارة "مضاف إلى ما بعد الموت" هو أن الوصية لا تنفذ إلا بعد الموت.

أما مصطلح "تبرع" فهو إخراج الوصايا التي تنبغي على بيع أو إيجار لشخص وذلك لأن الوصية تتم بدون عوض.²

ثم جاءت المادة 185 ق.أ.ج محددة الجزء الموصي به في التركة، و وضعت حكما لما

بقي من التركة فهي تنص على أن: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد عن الثلث تتوقف على إجازة الورثة".³

فحسب هذه المادة الوصية تنفذ في حدود الثلث بقوة القانون، وما زاد عن ذلك فلا بد

1- محمد زيد الأبياني، المرجع السابق، ص 277.

2- وطاح سلمى و أوثن كهينة، مرض الموت آثاره على مسائل الأسرة، مذكرة ماستر، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، 2015-2016، ص 48.

3- المادة 185، قانون الأسرة الجزائري.

من موافقة كل الورثة، و إن لم يجيزوها فتنفذ في حدود الثلث فقط.

وبمقتضى ذلك إذا صدر من المريض تصرفا ينطوي على تبرع، جرى عليه حكم الوصية، وبهذا تنص المادة 776 ق.م.ح " كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أي كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف¹."

ونستنتج من هذه الفقرة أنّ التصرف الصادر عن المورث ويكون مقصودا به التبرع يعتبره القانون وصية مستترة تسري عليه أحكام الوصية، لذلك فإنّ مثل هذا التصرف لا ينفذ في حق الورثة إلا باعتباراه وصية في حدود الثلث، ولا ينفذ فيما عدا ذلك إلا إذا أجازته الورثة، فهذا النص إذا عمم فأعطى حكم الوصية لكل عمل قانوني يصدر في مرض الموت، كالهبة إلى غير ذلك من التصرف التي يقصد به التبرع، ولذلك يجب أن يتوفر في هذا التصرف شرطان:

- أن يصدر التصرف من المورث في مرض الموت.

- أن يكون المقصود به التبرع.²

ويلاحظ في هذا الشأن أن المشرع قد أقام قرينة على أنه إذا صدر التصرف من المورث

في مرض الموت فإنه يعد قد صدر تبرعا، لذلك أعفى المشرع الورثة من إثبات تبرعية التصرف ولكن يقع عبئ إثبات التصرف غير التبرعي على عاتق المتصرف إليه، فيجوز لمن صدر له التصرف أن يدحض هذه القرينة القانونية بأن يثبت انه دفع عوضا للمورث، فإذا أثبت ذلك نفذ التصرف في حق الورثة، أما إذا أثبت العوض وكان في العوض محاباة له، فإن هذا القدر المحابي به هو الذي تسري عليه أحكام الوصية.³

¹ - القانون رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم بالقانون رقم 07-05، المؤرخ في 13 ماي 2007، (الجريدة لرسومية، ع 31، مؤرخة في 13 ماي 2007، ص3).

² - وطاح سلمى و أوثن كهينة، المرجع السابق، ص49.

³ - دويذة فيصل، تصرفات المريض مرض الموت، مذكرة ماستر، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2014-2015، ص73.

المبحث الثاني: الهبة في مرض الموت بين الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري

الهبة في اللغة: العطية الخالية من الأعواض و الأغراض.¹

إجتهد جمهور الفقهاء في تعريف الهبة، حيث أن لكل مذهب تعريف خاص نذكر منهم مايلي:

تعريف الهبة في الفقه الحنفي: الهبة تمليك العين بلا شرط العوض في الحال.

تعريف الهبة في الفقه المالكي: "تمليك ذي منفعة لوجه المعطى بغير عوض والصدقة كذلك لوجه الله".

الهبة في الفقه الشافعي: هي تمليك بلا عوض.

تعريف الهبة في المذهب الحنبلي: تمليك في الحياة بلا عوض.²

و جاء تعريف الهبة في التشريع الجزائري، حيث عرفت المادة 202 من قانون الأسرة بمايلي: "الهبة تمليك بلا عوض، و يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف على إنجاز الشروط"³

و قد قسمنا المبحث إلى مطلبين، جاء في الأول الهبة في الشريعة الإسلامية، و جاء في الثاني الهبة في القانون الجزائري.

المطلب الاول: الهبة في مرض الموت في الشريعة الاسلامية

جعل جمهور الفقهاء لهبة المريض أحكاما تختلف عن أحكام هبة الصحيح، و فرقنا هذا المطلب في فروع، جاء في الفرع الأول هبة المريض غير المدين المقبوضة، و في الثاني هبة المريض المدين المقبوضة، بينما في الثالث هبة المريض غير المقبوضة، و في الفرع الرابع

1- المعجم الوسيط، المرجع السابق، ص1059.

2- محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص16-17-18.

3- المادة 202، قانون الأسرة الجزائري.

هبة المريض لو ارث و لغير وارث، و الفرع الخامس و الأخير هبة المريض المدين و غير المدين.

الفرع الأول: 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 و لو إستغرقت كل المال، ولا تتوقف على إجازة أحد.¹

وقال الشافعية و المالكية: تبطل الهبة فيما زاد على ثلث مال المريض، لأن ماله ميراث المسلمين ولا مجيز له فبطلت.²

أما إذا كان للمريض ورثة، فقد إتفق جمهور الفقهاء من الحنفية و الشافعية و المالكية 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 بطل.³

الفرع الثاني: هبة المريض المدين المقبوضة

هنا نقسم هذه الهبة إلى حالتين:

1- إن كان المريض مديناً مستغرقاً و وهب شيئاً من ماله و قبضه الموهوب له، فلا تنفذ هبته سواء أكان الموهوب أقل من الثلث أم أكثر منه، و سواء أكان الموهوب له أجنبياً عن الواهب أو وارثاً له، بل تتوقف على إجازة الدائنين، فإن أجازوها نفذت وإن ردها بطلت.⁴

1- شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج12، دار المعرفة، بيروت-لبنان، ص102.

2- الموسوعة الفقهية، ج37، المرجع السابق، ص9.

3- شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ص47.

4- الموسوعة الفقهية، ج37، المرجع السابق، ص11.

2- أما إن كان المريض الواهب مدينا بدين غير مستغرق و قبض الموهوب له المال الموهوب، ففي هذه الحالة يخرج مقدار الديون من التركة، و يحكم على الهبة في المبلغ الزائد بالحكم نفسه عليها في حالة ما إذا كانت التركة خالية من الدين.¹

الفرع الثالث: هبة المريض غير المقبوضة

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

القول الأول: للحنفية و الشافعية، و هو أن الهبة تبطل في هذه الحالة لموت الواهب قبل القبض، كما تبطل أيضاً لو كان الواهب صحيحاً وقت الهبة، و قالوا: ولا تنقلب في هذه الحالة إلى وصية، لأنها صلة و الصلات يبطلها الموت كالتنفقات، ولأن الواهب أراد التملك في الحال لا بعد الموت، حيث أن الهبة من العقود التي تقتضي التملك المنجز في الحياة.²

قال الشافعي: إذا وهب الرجل في مرضه الهبة، فلم يقبضها الموهوب له حتى مات الواهب لم يكن للموهوب له شيء، و كانت الهبة للورثة.³

القول الثاني: للمالكية و ابن أبي ليلى: و هو أن الهبة في هذه الحالة صحيحة و تأخذ حكم الوصية، و لو أن الموهوب له لم يقبضها قبل موت الواهب المريض.⁴

الفرع الرابع: هبة المريض للوارث و لغير الوارث

أولاً : هبة المريض لوارث

قبل بيان هذا الحكم لابد من توضيح من هو الوارث في الهبة، إن المعتبر في الشخص الوارث هو من كان حياً وقت موت مورثه لا وقت الهبة، أما إجازة الورثة فهي فرع لمسألة هبة المريض لثلاث تركته، ولعل السبب في ذلك لأن الإرث لكي يتحقق و يكون حاصلًا فلا بد من

1- محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج4، طبعة بولاق، ص32.

2- شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ص102.

3- محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج3، طبعة بولاق، ص285.

4- شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ص102.

التأكد من وفاة المورث حقيقة أم حكما حتى يستحق الوارث أن يرثه، وفي حال حصول الهبة من المريض للوارث، هناك حالتان:

الحالة الأولى: إن كان للواهب المريض مرض الموت وارث واحد فقط فإن الواهب لو أعطاه كل ماله فلا شيء في ذلك، و ذلك لأنه من سيرته في حال وفاته، فيكون قد أخذ عن طريق الهبة معجلا إذ سيحصل على ما وهب له مؤجلا في حال وفاة مورثه.¹

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 و لم تنفذ، و هذا ما ذهب إليه الحنفية و الشافعية و الحنابلة.²

ثانيا: هبة المريض لغير الوارث

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

1- **المذهب الأول:** ذهب جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية و الحنابلة إلى القول، بأن هبة المريض مرض الموت لغير الوارث تكون كالوصية من ثلث المال.³

2- **المذهب الثاني:** ذهب الظاهرية إلى القول بأن هبة المريض تكون من رأس ماله كله و ليس من الثلث، أي أن المريض له الحق في التصرف في ماله عن طريق الهبة و العطية كما يريد سواء أكان في حدود الثلث أم أكثر.⁴

¹ - مازن مصباح صباح، الهبة في مرض الموت دراسة فقهية مقارنة، العدد الثاني، المجلد 19، مجلة الجامعة الإسلامية، جامعة الأزهر، غزة، يونيو 2011، ص 683 .

2- محمود بن إسرائيل الشهير بابن قاضي سماوة الحني، المرجع السابق، ص 187.

3- مازن مصباح صباح، المرجع السابق، ص 677.

4- سعيد بن حزم الأندلسي، ج 8، المرجع السابق، ص 417.

الفرع الخامس: هبة المريض المدين و غير المدين

أولاً: هبة المريض المدين

إذا كانت الهبة تعد ديناً في ذمة المدين و أراد الواهب المريض مرض الموت أن يهب ذلك الدين لذلك المدين، فإن هذا الأمر يعد إبراءً لذمة المدين و لهذا الأمر حالتان.

1- الحالة الأولى: إذا أبرأ المريض مرض الموت أجنبي، فيجب أن لا يتجاوز ذلك حدود الثلث، إلا في حال موافقة الورثة فتجوز الزيادة على الثلث، حيث جاء في الإنصاف: " و إن أبرأ الغريم غريمه من دينه أو وهبه له أو أحله منه برئت ذمته"¹

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

2- الحالة الثانية: قد يكون المدين الذي ثبت في ذمته دين للواهب المريض مرض الموت من ورثة ذلك الواهب، و له ورثة غير ذلك المدين فإنه لا يصح له أن يهب له ذلك الدين أن يبرأه منه و لعل سبب بطلان ذلك أن ما يقوم به الواهب المريض مرض الموت في هذه الحالة يعد تبرعاً في مرض الموت لو ارث و هذا غير جائز.²

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 يتبين لنا مما سبق ذكره أنه إذا وهب المريض مرض الموت أجنبياً أي غير وارث

و غير الواهب غير المدين فالإبراء يعد نافذاً من ثلث مال الواهب ، أما في حالة الزيادة عن الثلث فهذا راجع إلى إجازة الورثة ، أما إذا كان المدين وارثاً و الواهب المريض مدين أو غير

1- سليمان المرادوي الحنبلي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج7، ط2، دار إحياء التراث العربي بيروت- لبنان، ص127.

2- محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين)، ج5، ط2، دار الفكر، بيروت- لبنان، 1992، ص612.

مدين فليس له أن يقوم بهبة دينه الذي ثبت في ذمة المدين له لأنه أي ذلك التصرف يعد تبرعا للوارث فلا يجوز إلا إذا لم يكن ثمة دين وأجاز ذلك التصرف الورثة.¹

ثانيا: هبة غير المدين

إن قام الواهب المريض في مرض موته بهبة شخص ليس مدينا له، أي أنه لم يثبت للواهب دين في ذمته، فإن أذن الواهب له بقبضه من المدين صح إستحسانا عند الحنفية مع أن القياس عدم جواز قبضه و إن أذن له بذلك، أما وجه الإستحسان بأن ما يثبت في الذمة فإنه يكون مقدور التسليم و القبض، وفي هذه الحالة إن أذن الواهب له بالقبض فإن الموهوب له غير المدين يكون وكيفا و نائبا عن الواهب في قبض ما ثبت له في ذمة المدين، فيكون ذلك التصرف صحيحا كما لو أن الواهب أقبضه إياه حين قبضه من المدين.²

أما وجه المنع من ذلك هو أن القبض شرط لجواز الهبة و هذا لم يتم لأن ما ثبت في ذمة المدين للواهب فإنه لا يحتمل القبض وقت هبته من الواهب المريض إلى الموهوب له غير المدين و بالتالي لا يصح ذلك.³

جاء في بدائع الصنائع: " و أما هبة الدين لغير من عليه الدين فجاز أيضا إذا أذن له بالقبض و قبضه إستحسانا و القياس أنه لا يجوز، وإن أذن له بالقبض وجه القياس أن القبض بشرط جواز الهبة و ما في الذمة لا يحتمل القبض، وجه الإستحسان أن ما في الذمة مقدور التسليم و القبض"⁴

1- مازن مصباح صباح، المرجع السابق، ص687.

2- المرجع نفسه.

3- محمد أمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ص687.

4- علاء الدين بن مسعود الكساني، ج6، المرجع السابق، ص119.

المطلب الثاني: هبة المريض مرض الموت في قانون الأسرة الجزائري

تطبيقا لنص المادة 776 ق.م.ج التي تنص " كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطي لهذا التصرف¹."

وكذلك ما تنص عليه المادة 204 ق.أ.ج " الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية²."

فالمشعر الجزائري كيف هبة المريض مرض الموت على أنها وصية أي انتقل تكيف القانوني لهبة المريض مرض الموت من عقد إلى تصرف بالإرادة المنفردة، 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: "الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها³."

وعليه تعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت و تحكمه أحكام الوصية مهما كانت التسمية التي يطلقها المتعاقدان على التصرف. فغاية المشعر رد التحايل على أحكام الوصية بأن يعمد المورث إلى ستر هبته في شكل تصرف منجز كبيع أو الوصية، أي أنه يخلع على تصرفه وصفا قانونيا غير صحيح، فحسم المشعر التكييف القانوني له باعتباره وصية و اعتبار سلطة تكييفه لقاضي الموضوع الذي يطبق القواعد القانونية المقررة للتصرف بعد القيام بتكليفه⁴.

وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر عن الغرفة العقارية بتاريخ 2002/04/24 فصلا في الطعن رقم 229397(منشور بالمجلة القضائية، العدد 2/2002، الصفحة 387) و قد جاء فيه: (المبدأ: إن القضاء بإبطال عقد هبة في مرض الموت دون مراعاة المبدأ القانوني

¹ - المادة 776، القانون المدني الجزائري.

² - المادة 204، قانون الأسرة الجزائري.

³ - نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت (الوصية - البيع - الهبة - الوقف - الكفالة - الإبراء - الإقرار - الخلع - الطلاق)، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 109.

⁴ - العباد قويدر و حمرات رشيد، الهبة في مرض الموت، مذكرة ماستر، جامعة الجبالي بونعامه خميس مليانة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2014-2015، ص 75.

الذي يقرر بأن الهبة في مرض الموت تعتبر وصية ويستفيد منها الموهوب له في حدود ما يسمح بذلك موضوع الوصية يعد مخالفة للقانون).¹

وأيضاً القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1984/07/09 فصلاً في الطعن رقم 33719، وقد جاء فيه: (المبدأ: متى كان من المقرر فقها وقضاء أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيراً ويجر إلى الموت. وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقواعد الفقهية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي السائد بشأن هذا الخصوص).²

إذا كان من الثابت أن الطاعنين لم يستطيعوا إثبات أن البائع لم يكن يملك تمييزه ولا صحة إدراكه وقت تصرفه، وأن المرض الأخير الذي اعتراه أدى إلى تصرف باطل، فإن قضاة الموضوع اقتنعوا بما لهم من أدلة بكون المرض الأخير لم يكن مرضاً من شأنه أن يفقد المتصرف مراقبة أمواله، وقد وفقوا فيما قضاوا به في النزاع المطروح أمامهم.³

المبحث الثالث: الوقف في مرض الموت بين الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري

الوقف في اللغة: الحبس، أي وقف الشيء فلا يباع ولا يُورث.⁴

قال الله تعالى { { لَنْ تَأْكُلُوا الْبَرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ } }⁵

1- المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 229397، الصادر بتاريخ 2002/04/24، المجلة القضائية، العدد 2/2002، ص387.

2- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 33719، الصادر بتاريخ 1984/07/09، المجلة القضائية، العدد3/1989، ص51.

3- نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي و المحامي (مادة بمادة) على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية و الاجتهاد القضائي، دار هومة، الجزائر، 2016، ص346.

4- المعجم الوسيط، المرجع السابق، ص152.

5- سورة آل عمران، الآية 92.

قال النبي صلى الله عليه و سلم { { إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاثة، صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له } }¹ و الوقف نوع من الصدقة الجارية.

تعريف الوقف في الفقه الحنفي: هو حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة.

الوقف في الفقه المالكي: هو إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاءه في ملك معطيها ولو تقديراً.

الوقف في الفقه الشافعي: هو حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه على مصرف مباح.

الوقف في الفقه الحنبلي: هو تحبيس الأصل و تسبيل المنفعة.²

و قد عرف قانون الأسرة الجزائري الوقف، حيث نصت المادة 213 ق.أ.ج على أن: " الوقف هو حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد و التصدق"³

قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، مطلب أول جاء فيه الوقف في الشريعة الإسلامية، و مطلب ثاني تناول الوقف في القانون الجزائري.

المطلب الأول: الوقف في مرض الموت في الشريعة الإسلامية

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الوقف يعتبر صدقة جارية شرعاً، و قد تناول هذا المطلب ثلاثة فروع، جاء في المطلب الأول وقف المريض المدين و غير المدين و المريض الذي له ورثة، و في الفرع الثاني تعليق الوقف في مرض الموت، و ثالثاً الرجوع عن الوقف في مرض الموت.

1- أخرجه مسلم في باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته، من كتاب الوصية، صحيح مسلم 14- (1631)

2- أنظر المرجع الإلكتروني للمعلوماتية : <https://almerja.net/reading.php?idm=37287> ، 2018/04/10، 10:15 صباحاً.

3- المادة 213، قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: وقف المريض المدين و غير المدين و إن كان للمريض ورثة

أولاً: المريض المدين

إذا كان المريض مرض الموت مديناً يتوقف نفاذ وقفه على إجازة الدائنين في الدين المستغرق من وقت إنشاء الوقف إذا كان محجوراً عليه، و من بعد الوفاة إن لم يكن محجوراً عليه، و إذا كان الدين غير مستغرق فإنه يتوقف فيما يتعلق به الدين، و ما زاد عليه لا يتوقف فيه.¹

ثانياً: المريض غير المدين

أما إذا كان المريض مرض الموت غير مدين و إن لم يكن له ورثة نفذ وقفه و لم يتوقف على إجازة أحد سواء كان الوقف لكل المال أو لبعضه لعدم تعلق حق أحد في المال الموقوف.²

ثالثاً: إذا كان للمريض مرض الموت ورثة

إن كان للمريض مرض الموت ورثة فوقفه يأخذ حكم الوصية، على معنى أنه ينفذ من ثلث المال من غير توقف على إذن أحد، و إذا مات وجب على ورثته هذا القدر، أما وقفه فيما زاد على الثلث فإنه ينفذ من وقت إنشاء الوقف، لكنه لا يلزم الورثة بعد موته لأنه لما مات من هذا المرض تبين أنه حق الورثة تعلق بعين المال في ثلثيه، فيكون قد تصرف في مال تعلق به حق للغير فيتوقف على إجازتهم، إن أجازوه سقط حقهم فيه، وإن لم يجيزوه لم ينفذ في حقهم، وأن يكون بعد وفاة الواقف، و إنما أخذ الوقف حكم الوصية لأن المريض في هذه الحالة مظنة أن يتهم في وقفه و أنه يريد الإضرار بورثته و دائنيه.³

لذلك اتفق جمهور الفقهاء، عدا المالكية، على أن وقف المدين المنجز غير المحجور عليه في صحته أو مرضه قبل اتصاله بالموت صحيح و نافذ، وليس لدائني الواقف حق إيقاف نفاذه لأن حقوقهم متعلقة بذمته و ليس بماله بسبب الحجر عليه او موته في مرضه، غير أن

1- محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا و الأوقاف، ط4، الدار الجامعية، 1982، ص349-350.

2- المرجع نفسه، ص350.

3- المرجع نفسه.

المتأخرين من الحنفية خالفوا صريح المنقول عن الحنفية، وقالوا بأن وقف المدين غير المحجور عليه لا يصح و لا يلزم ، وهذا من قبيل تخصيص القضاة حماية لصالح الدائنين.¹

و ذهب المالكية-بالإتفاق- إلى أن للغرماء حق إبطال وقف المدين في صحته قبل الحجر، فاستعمال هذا الحق قبل حوز (قبض) الموقوف عليه للموقوف يكون مانعا له لأنهم يشترطونه في صحة الوقف.²

و أيضا يوجد رأي مخالف لبعض متأخري الشافعية و الحنابلة و يذهب إلى عدم صحة وقف المريض المدين إذا أراد التحايل على الدائنين، و لأن الدين حق لغير واجب سداه فلا يحل تركه لسنة، و ذهب أحد الفقهاء المسلمين المعاصرين إلى ترجيح الرأي الأخير حرصا على حقوق الناس من الضياع أو التعسف في استعمال الحق.³

نعتمد أن ما اتفق عليه جمهور فقهاء المسلمين هو الرأي الراجح في أصل المسألة و ما خالفه هو رأي مرجح استثناء من الأصل عند تحقق أسبابه، و يكون إذا وقف المدين الصحيح أو المريض - قبل اتصاله بالموت - غير المحجور عليه عينا له بعد الدين و لا يملك غيرها لوفاء دينه، و طالب الدائن فإن القاضي يجبره على السداد و إلا يبطل وقفه و يجبره على بيعه لأداء الدين من ثمنها و هذا قبيل تخصيص القضاة لحماية مصالح الدائنين.⁴

الفرع الثاني: تعليق الوقف في مرض الموت

إذا علق شخص الوقف على موته فقال مثلا: «إذا مت فداري وقف على الفقراء» في هذه الحالة اختلف الفقهاء صحة قوله و على عدم صحته، وانقسموا إلى قولين:

القول الأول: أنه يصح قوله، و يكون وصية، بمعنى أنه يجري فيه حكم الوصية من كل وجه، فيجوز له أن يرجع عنه ما دام حيا، وأن يبيعه و يرهنه و غير ذلك من وجوه التصرف، بخلاف ما هو معلق على شرط فلا يجوز الرجوع عنه، و إن مات من غير الرجوع لزمه و يعتبر من

1- مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 10، العدد 38، جامعة الموصل، 2008، ص 78.

2- المرجع نفسه.

3- المرجع نفسه، ص 79.

4- المرجع نفسه.

الثالث، و إلى هذا القول ذهب الحنفية في المعتمد من مذهبهم، و به قال المالكية ، وهو قول عند الحنابلة، و إخطاره ابن تيمية ¹.

أدلة القول الأول: حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنه قال: أصاب عمر أرضا بخير فأتى النبي صلى الله عليه و سلم، فقال: أصبت أرضا لم أصب مالا قط أنفس منه فكيف تأمرني؟ فقال " إن شئت حبست أصلها و تصدقت بها " فتصدق عمر أنه لا يباع أصلها و لا يوهب و لا يورث، في الفقراء و القرى و الرقاب في سبيل الله و الضيق و ابن السبيل، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف، أو يطعم صديقا غير متمول فيه.²

وجه الدلالة:1- أن وقف عمر رضي الله عنه كان بأمر من النبي صلى الله عليه و سلم، و قد اشتهر بين الصحابة فلم ينكر و كان إجماعا .

2- أن تعليق الوقف بالموت لا يتعلق بالخطر.

3- القياس على الهبة فكلما أنه يصح تعليقها بالموت فكذلك الوقف، بجامع أنهما تبرعان معلقان بالموت.³

القول الثاني: أنه لا يصح، و هو قول أبي حنيفة، و قول عند الحنابلة، قاله أبو الخطاب، و القاضي أبو يعلى.⁴

دليل القول الثاني: أن تعليق الوقف بالموت، تعليق له شرط، و تعليقه على شرط في الحياة لا يجوز، و نوقش أيضا بأن قياس تعليق الوقف بالموت على تعليقه بشرط في الحياة مع الفارق، لأنه عند تعليقه بالموت صار وصية، والوصية أوسع من التصرف في الحية بدليل جوازها بالمجهول و المعدوم و الحمل و غير ذلك.⁵

1- خالد بن علي بن محمد المشيخ، الجامع لأحكام الوقف و الهبات و الوصايا، ج3، ط1، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية ، قطر، 2013، ص333-334.

2- أخرجه البخاري في باب الشروط في الوقف، من كتاب الشروط، و في باب ما للوصي أن يعمل في مال اليتيم، و باب الوقف كيف يكتب، من كتاب الوصايا ، صحيح البخاري 3-260، 4-11، 12، 14.

3- خالد بن علي بن محمد المشيخ، المرجع السابق، ص334-335.

4- المرجع نفسه.

5- المرجع نفسه.

الترجيح: يترجح و الله أعلم بالصواب - القول الأول - لقوة دليله، وخصوصاً ما ورد عن عمر رضي الله عنه، ولما ورد عن القول الثاني من مناقشة.

الفرع الثالث: الرجوع عن الوقف المنجز في مرض الموت

اختلف العلماء رحمهم الله تعالى في حكم الرجوع عن الوقف المنجز في مرض الموت و انقسموا إلى قولين:

القول الأول: أنه لا يجوز الرجوع عن الوقف المنجز في مرض الموت، وبه قال من قال بلزوم الوقف المطلق من الحنفية، و هو قول عند المالكية، ومذهب الشافعية، و الحنابلة.¹

و قد استدل هذا القول على ما يلي:

1- الأدلة الدالة على لزوم الهبة في مرض الموت، وعدم الرجوع فيها.

2- لأنه عقد تام.

القول الثاني: أنه يجوز الرجوع عن الوقف المنجز في مرض الموت، و هو المشهور عند المالكية.²

و قد استدل هذا القول بالقياس على الوصية، إذ لا ينفذ الوقف إن مات من مرضه إلا الثالث، فدل على أن له حكم الوصية، و الوصية يجوز الرجوع فيها، و قد نوقش بأنه قياس مع الفارق، إذ الوقف في مرض الموت ينفذ من جميع المال إذا صح فلا يجوز الرجوع فيه، بخلاف الوصية فيجوز الرجوع فيها سواء كان في مرضه أو بعد شفائه.³

الترجيح: الراجح و الله أعلم ما ذهب إليه جمهور أهل العلم من عدم صحة الرجوع في الوقف المنجز في مرض الموت.

1- أبي بكر بن عمرو الشيباني الخصاف، أحكام الأوقاف، ط1، ديوان عموم الأوقاف المصرية، ص247.

2- خالد بن علي بن محمد المشيخ، الجامع لأحكام الوقف و الهبات و الوصايا، ج2، ط1، 2013، ص50-51.

3- المرجع نفسه.

المطلب الثاني: الوقف في مرض الموت في قانون الأسرة الجزائري

نميز هنا بين حالتين يكون فيهما المريض مرض الموت إما مدينا أو غير مدين.

الفرع الأول: حالة كون مريض مرض الموت مدين

فهنا يحق للدائنين طلب إبطال الوقف إذا كان الدين يستغرق جميع أملاكه و هذا وفقا لنص المادة 32 من قانون المتعلق بالأوقاف والتي تنص على أنه (يحق للدائنين طلب إبطال وقف الواقف في مرض الموت وكان الدين يستغرق جميع أملاكه) و ذلك حماية لمصالحهم و لا يستلزم أن يكون محجور عليه لدين وقت وقفه حيث أنه في هذه الحالة الأخيرة يكون وقفه باطلا من أصله بسبب الحجر و ذلك وفقا للمادة 10 فقرة 02 من القانون 91-10.¹

الفرع الثاني: حالة كون مريض مرض الموت غير مدين

الوقف الصادر في مرض الموت فتطبق عليه أحكام الهبة في مرض الموت حيث

تنص المادة 215 من قانون الأسرة الجزائري على " يشترط في الوقف والموقوف ما يشترط في الواهب والموهوب طبقا للمادتين 204 و 205 من هذا القانون.²

و هو ما أكدته المحكمة العليا في قرار مؤرخ بتاريخ 1993/11/23 الملف رقم 96675 من المقرر قانونا أنه يبطل الحبس في مرض الموت و يعتبر وصية،³ طبقا للمادتين 204 و 215 من قانون الأسرة فهذه الأخيرة تحيل لأحكام الهبة في شروط الوقف والواقف، ونجد في المادة 204 من قانون الأسرة أن الهبة في مرض الموت تعد وصية.⁴

1- مايز ياسمينة، الوقف العام، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، 2010-2011، ص20.

2 - نبيل صقر، المرجع السابق، ص124.

3- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 96675، اجتهاد قضائي، غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص،

ص302

4- مايز ياسمينة، المرجع السابق، ص21.

الختامة

الخاتمة

الحمد لله الذي وفقنا في إنجاز بحثنا المتعلق بتصرفات المريض مرض الموت وآثارها وفق الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.

فعرفنا من خلال بحثنا ان الشريعة الإسلامية هي المصدر الاول في تنظيم أحكام تصرفات المريض مرض الموت، ومنها استمد المشرع الجزائري والمصري وغيرهم من المشرعين العرب أحكام مرض الموت.

ومما يمكن أن نقوله كخلاصة لهذا البحث أنه طالما حل بالشخص مرض كانت أوصافه تنبئ بدنو الأجل فيؤدي إلى عجزه عن القيام بمصالحه، المعتادة جزئيا أو كليا، وسواء لزم الفراش أو لم يلزمه، وتأكد له من خلال شهادة الأطباء و الأعراف انه من الامراض الخطيرة، ويموت بالفعل موتا متصلا به، فإن معظم تصرفاته التي يبرمها في فترة المرض تأخذ أحكاما تختلف عن أحكام تصرفات الأصحاء و السبب في ذلك يرجع إلى تعلق حق الغير وهم الورثة و الدائنين بأمواله بحلول المرض به.

الامر الذي جعل المشرع الجزائري يحذوا حذو الشريعة الإسلامية، وذلك بتحديد، الجزء المحابي فيه من التركة وهو الثلث، لدرء الشبهة وإعطاء كل ذي حق حقه، وفي المقابل تبقى تصرفات المريض الأخرى التي تعد تأييدا لحقيقة ثابتة صحيحة لا يجوز الطعن فيها كالبيع بمثل القيمة أو بئمن جدي.

ويعد مجموع العناصر التي تناولناها بالدراسة نستخلص النتائج التالية:

1- مرض الموت هو المرض الذي يغلب فيه الهلاك، ويعقبه الموت مباشرة ولو لم يكن الموت بسببه، ولم يورد المشرع الجزائري تعريف لولا أن إجتهدات المحكمة العليا تناولته بشيء من التفصيل والفضل يعود إلى الشريعة الإسلامية.

2-مرض الموت واقعة مادية يجوز إثباتها بكل طرق الإثبات، وعبئ الإثبات يقع على الورثة.

3-يشترط لصحة تصرفات المريض مرض الموت إجازة الورثة، وهي إجازة تنفذ في حق من قبلها فقط كل بنسبة حصته من الميراث فقط.

4-تصرفات المريض مرض الموت إما أن تكون منجزة كالزواج و الخلع و التي يترتب عليها مغارم مالية على ان لا يتجاوز المهر في الزواج مهر المثل، وبدل الخلع ثلث التركة.

أما في ما يخص الطلاق فإذا كان رجعيا وتوفي الزوج و الزوجة لا تزال في العدة فإنها ترثه لان الزوجية مازالت قائمة، وإذا كان الطلاق بائنا بلا رضا الزوجة ومات الزوج في مرضه، فيعتبر فارا من ميراثها فترثه.

أو تكون إخبارية كالإقرار فحكمه حكم تصرفات الشخص الصحيح لأن نفس الشروط تحكمهما ولا عبء بالمرض.

أو تكون تصرفات مضافة إلى ما بعد الموت وهي التصرفات المنطوية على تبرع، فإنها تسري عليها أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لها.
وفي الأخير نقترح على المشرع ما يأتي:

1-ان يعطي تعريفا واضحا لمرض الموت و الامراض المخيفة، بحيث لا يبقى سبيلا للرجوع إلى الفقه و القضاء.

2-إضافة احكام تصرفات المريض مرض الموت إلى قانون الأسرة بشكل واضح وصريح لتتضح الرؤية ويسهل حل النزاعات العالقة بهذا الموضوع.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر و المراجع

- أ - القرآن الكريم، رواية (حفص).
- ب- كتب الحديث.
- ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج9، دار المعرفة، بيروت، لبنان، (د، ت، ن).
- أبي الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، المجلد1، ط1، دار طيبة، الرياض، السعودية، (د، س، ن).
- محمد بن عيسى الترمذي، الجامع الكبير، المجلد3، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، 1996.

أولاً: المصادر

- الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج2، مؤسسة الريان، (د، م، ن)، (د، س، ن).
- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، ج9، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002.
- محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ط1، المطبعة الأميرية، مصر، 2001.
- الموسوعة الفقهية، ط2، طباعة ذات السلاسل، الكويت، 1990.
- الموسوعة الفقهية، ج37، ط1، مطابع دار الصفوة، الكويت، (د، س، ن).
- سليمان المرادوي الحنبلي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج7، ط2، دار إحياء التراث العربي بيروت- لبنان.

- عبد الرحمان بن محمد بن قاسم العاصمي، حاشية الروض المربع، شرح زاد المستتقع، المجلد6، ط1، بدون دار نشر، 1397هـ.
- عثمان بن محجن البارعي و فخر الدين الزيلعي، تبیین الحقائق شرح الدقائق وحاشية الشلبي، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، مصر، (د، س، ن).
- علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (د، س، ن).
- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، ط1، مطبعة الجمالية، القاهرة، 1910.
- محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين)، ج5، ط2، دار الفكر، بيروت-لبنان، 1992.
- محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد نهاية المقتصد، ج2، ط6، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1982.
- محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الابصار و جامع البحار، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002.
- محمد جواد مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة، الطبعة الأخيرة، دار الجواد، دار التيار، لبنان، 2000.
- محمود بن إسرائيل المشهور بابن قاضي سماونه، جامع الفصوليين وبهامشه حواشي خير الدين الرملي، ج2- ط1 - المطبعة الأميرية ببولاق، مصر، 1300هـ.
- موفق الدين بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، ج10، ط3، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 1997.
- وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، ج7، ط2، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1985.

ثانيا: المراجع

أ- كتب اللغة

- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004.
- مجد الدين محمد يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ط8، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2005.

ب- كتب القانون

- الخصاف، أحكام الأوقاف، ط1، ديوان عموم الأوقاف المصرية، (د، م، ن)، (د، س، ن).
- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 2010.
- حسني محمد عبد الدايم، مرض الموت و أثره على عقد البيع، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007.
- خالد بن علي بين محمد المشيقح، الجامع لأحكام الوقف و الهبات و الوصايا، ج3، ط1، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية ، قطر، 2013.
- زهدور محمد، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، (د، ط)، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991.
- عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الحديث، ج4، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، 1989.
- عزت كامل، الوجيز في تصرفات المريض مرض الموت، ط1، دار النهضة، القاهرة، مصر، 1988.

- محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، ط 2013، دار الوعي، روية، الجزائر.
- محمد ابو زهرة، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1957.
- محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، دار الفكر العربي، مصر، 1998.
- محمد بن أحمد تقية، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري، ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003.
- محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ط1، دار الكتب العلمية، القاهرة-مصر، (د، س، ن).
- محمد عبد الرحيم الكشكي، التركة و ما يتعلق بها من حقوق، دار النذير، بغداد-العراق، (د، س، ن).
- محمد قدرى باشا، قانون العدل والانصاف للقضاء على مشكلات الأوقاف، ط1، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، 2007.
- محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا و الأوقاف، ط4، الدار الجامعية، (د، م، ن) 1982.
- نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، دار الهدى، الجزائر، 2009.
- نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي و المحامي (مادة بمادة) على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية و الاجتهاد القضائي، دار هومة، الجزائر، 2016.

ج- المقالات

- محمد خالد الأتاسي، مجلة الأحكام العدلية وشرحها، ج4، مطبعة حمص، 1930.
- مازن مصباح صباح، الهبة في مرض الموت دراسة فقهية مقارنة، العدد الثاني، المجلد 19، مجلة الجامعة الإسلامية، جامعة الأزهر، غزة، يونيو 2011.

د- المذكرات

- رشاد السيد ابراهيم عامر، تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري مقارنة بالشريعة الإسلامية والقوانين الأخرى، مذكرة ماجستير، القانون الخاص، جامعة الجزائر، 1989.

- مايز ياسمين، الوقف العام، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، 2010-2011.

- العباد قويدر و حمرات رشيد، الهبة في مرض الموت، مذكرة ماستر، جامعة الجليلي بونعامة خميس مليانة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2014-2015.

- دويذة فيصل، تصرفات المريض مرض الموت، مذكرة ماستر، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2014-2015.

- وطاح سلمى و أوثن كهينة، مرض الموت آثاره على مسائل الأسرة، مذكرة ماستر، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، 2015-2016.

هـ - المجلات

- المجلة القضائية، العدد الأول، 2002.

- المجلة القضائية، العدد الثالث، 1989.

- المجلة القضائية، العدد الثاني، 1989.

- المجلة القضائية، العدد الثاني، 1996.

- المجلة القضائية، العدد الثاني، 2002.

- مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 10، العدد 38، جامعة الموصل، 2008.

و - القوانين

- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 19 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02، المؤرخ في 21 فبراير 2005 (ج ر عدد 15، مؤرخة في 27 فبراير 2005).

- القانون رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم بالقانون رقم 07-05، المؤرخ في 13 ماي 2007، (الجريدة لرسومية، ع 31، مؤرخة في 13 ماي 2007، ص3).

ز-القرارات القضائية

- ملف رقم 96675، المؤرخ في 23/11/1993، قرار غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص.
- ملف رقم 179696، مؤرخ في 17/3/1998، قرار غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص،
- ملف رقم 197335 الصادر بتاريخ 16/06/1998، قرار غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص.

ح- الأنترنت

- : <https://almerja.net/reading.php?idm=78471>
- <https://almerja.net/reading.php?idm=37287>
- <https://almerja.net/reading.php?idm=79793>

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

مقدمة.....أ.	
الفصل التمهيدي: ماهية مرض الموت.....ص04	
المبحث الأول: تعريف مرض الموت وشروطه.....ص05	
المطلب الأول: تعريف مرض الموت.....ص05	
الفرع الأول: تعريف مرض الموت عند فقهاء الشريعة.....ص05	
الفرع الثاني: تعريف مرض الموت في القضاء.....ص07	
المطلب الثاني: شروط مرض الموت.....ص09	
المبحث الثاني: أنواع الأمراض و الملحقون بالمريض مرض الموت و كيفية إثباته	
.....ص12	
المطلب الأول: أنواع الأمراض والملحقون بالمريض مرض الموت.....ص12	
الفرع الأول: أنواع الأمراض.....ص12	
الفرع الثاني: الملحقون بالمريض مرض الموت.....ص13	
المطلب الثاني: اثبات مرض الموت.....ص14	
الفصل الأول: تصرفات المريض مرض الموت في مسائل الزواج وفك الرابطة الزوجية والإقرار	
.....ص16	
المبحث الأول: الزواج في مرض الموت بين الشريعة و قانون الأسرة الجزائري.....ص17	
المطلب الأول: الزواج في مرض الموت في الشريعة الإسلامية.....ص17	
الفرع الأول: حكم زواج المريض مرض الموت.....ص18	
الفرع الثاني: ما يثبت للزوجة من مهر في الزواج في مرض الموت.....ص19	

المطلب الثاني: الزواج في مرض الموت في القانون.....	ص23
المبحث الثاني: انحلال الزواج في مرض الموت بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.....	ص24
المطلب الأول: طلاق المريض مرض الموت في الشريعة الإسلامية.....	ص25
الفرع الأول: حكم طلاق المريض مرض الموت.....	ص25
الفرع الثاني: شروط ثبوت ميراث المطلقة	ص26
المطلب الثاني: الخلع في مرض الموت في الشريعة الإسلامية.....	ص27
الفرع الأول: خلع المريض مرض الموت.....	ص28
الفرع الثاني: خلع المريضة مرض الموت	ص29
المطلب الثالث: فك الرابطة الزوجية في مرض الموت في قانون الأسرة الجزائري.....	ص31
الفرع الأول: الطلاق في مرض الموت في قانون الأسرة الجزائري.....	ص31
الفرع الثاني: الخلع في مرض الموت في قانون الأسرة الجزائري.....	ص32
المبحث الثالث: الإقرار في مرض الموت بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.....	ص32
المطلب الأول: الإقرار في مرض الموت في الشريعة الإسلامية.....	ص32
الفرع الأول: الإقرار بالطلاق في مرض الموت.....	ص33
الفرع الثاني: الإقرار بالنسب في مرض الموت في الشريعة الإسلامية.....	ص34
الفرع الثالث: الإقرار بالوقف في مرض الموت في الشريعة الإسلامية.....	ص35
المطلب الثاني: الإقرار في مرض الموت في قانون الأسرة الجزائري.....	ص36

الفصل الثاني: أحكام تصرفات المريض مرض الموت في مسائل التبرعات.....	ص38
المبحث الأول: الوصية في مرض الموت بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.....	ص39
المطلب الأول: الوصية في مرض الموت في الشريعة الإسلامية.....	ص39
الفرع الأول: وصية المريض لأجنبي أو لوارث.....	ص40
الفرع الثاني: وصية المريض المدين و غير المدين.....	ص41
المطلب الثاني: الوصية في مرض الموت في قانون الأسرة الجزائري.....	ص43
المبحث الثاني: المبحث الثاني: الهبة في مرض الموت بين الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري.....	ص45
المطلب الأول: الهبة في مرض الموت في الشريعة الإسلامية.....	ص45
الفرع الأول: هبة المريض غير المدين المقبوضة.....	ص46
الفرع الثاني: هبة المريض المدين المقبوضة.....	ص46
الفرع الثالث: هبة المريض غير المقبوضة.....	ص47
الفرع الرابع: هبة المريض للوارث و لغير الوارث.....	ص47
الفرع الخامس: هبة المريض المدين و غير المدين.....	ص49
المطلب الثاني: هبة المريض مرض الموت في القانون الجزائري.....	ص51
المبحث الثالث: الوقف في مرض الموت بين الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري.....	ص52
المطلب الأول: الوقف في مرض الموت في الشريعة الإسلامية.....	ص53
الفرع الأول: المريض المدين و غير المدين و الذي له ورثة.....	ص54

55	الفرع الثاني: تعليق الوقف في مرض الموت.....
57	الفرع الثالث: الرجوع عن الوقف المنجز في مرض الموت.....
58	المطلب الثاني: الوقف في مرض الموت في قانون الأسرة الجزائري.....
58	الفرع الأول: حالة كون مريض مرض الموت مدين.....
58	الفرع الثاني: حالة كون مريض مرض الموت غير مدين.....
59	خاتمة.....
62	قائمة المصادر و المراجع.....
69	الفهرس.....

الملخص

مرض الموت هو المرض الذي يغلب فيه الهلاك ويؤدي إلى الموت، وله عدة شروط وهو واقعة مادية يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات، والمريض مرض الموت يقوم بعدة تصرفات و منها الزواج ويعتبر عند الفقهاء صحيح سواء من صحة العقد أو توريث كل واحد من الزوجين، بالإضافة إلى الطلاق الذي اتفق الفقهاء على وقوعه صحيحاوا اختلفوا في إرث المطلقة، أم ا فيما يخص حكم التبرعات في مرض الموت بما فيها الوصية و الهبة فهي تأخذ حكم الوصية في حدود الثلث إذا كانت فيها الوصية، والهبة فهي تأخذ حكم الوصية في حدود الثلث إذا كانت لأجنبي، أم ا إذا كانت لوارث فهي لا تجوز، إلا بإجازة سائر الورثة.

Résumé

La maladie de la mort est une maladie dans laquelle règne la perdition et conduit principalement à la mort, elle a un certain nombre de conditions, et elle est un fait peut être prouvé par tous les moyens , et le malade de cette maladie fera plusieurs actions dont on cite le mariage , il est considéré par les juristes un vrai mariage soit dans la validité du contrat ou de l'héritage de chacun des deux, En plus de divorce, qui a convenu à l'unanimité que cela arrive droit et différaient héritage absolu, mais par rapport à la règle des dons dans la mort de la maladie, y compris le commandement et le don, ils prennent la règle du commandement au sein de la troisième si elle était la volonté et le don, ils prennent la règle du commandement dans le troisième, s'il s'agit d'un étranger, mais s'il s'agit d'un héritier le don n'est pas permis, sauf avec la permission d'autres héritiers

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ