بسم الله الرحمن الرحيم

جامعة الدكتور مولاي الطاهر – سعيدة–

كلية: الحقوق و العلوم السياسية.

قسم: الحقوق.

تخصص: قانون الأسرة.

مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في الحقوق.

بعنوان:

مرض الموت و أثره على التصرفات القانونية

للمريض

من إعداد الطالبة:

حاج داود لمياء

تحت إشراف الدكتور:

هيشور أحمد

لجنة المناقشة

الدكتور:سعيدي بن يحيى.....رئيسا

الدكتور:هيشور أحمد.....مشرفا مقررا

الدكتور: عثماني عبد الرحمن.....عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2015– 2016م

شكر

أرفع قلمي هذا لسبيل بأزكى عبارات الشكر و التقدير ، و أسمى كلمات العرفان إلى كل طاقم

جامعة الدكتور مولاي الطاهر ولاية سعيدة.

و إلى جميع الأساتذة المشرفين , بكلية الحقوق تخصص قانون الأسرة.

أقول لكل هؤلاء شكرا ألف مرة.

الطالبة : حاج داود لمياء

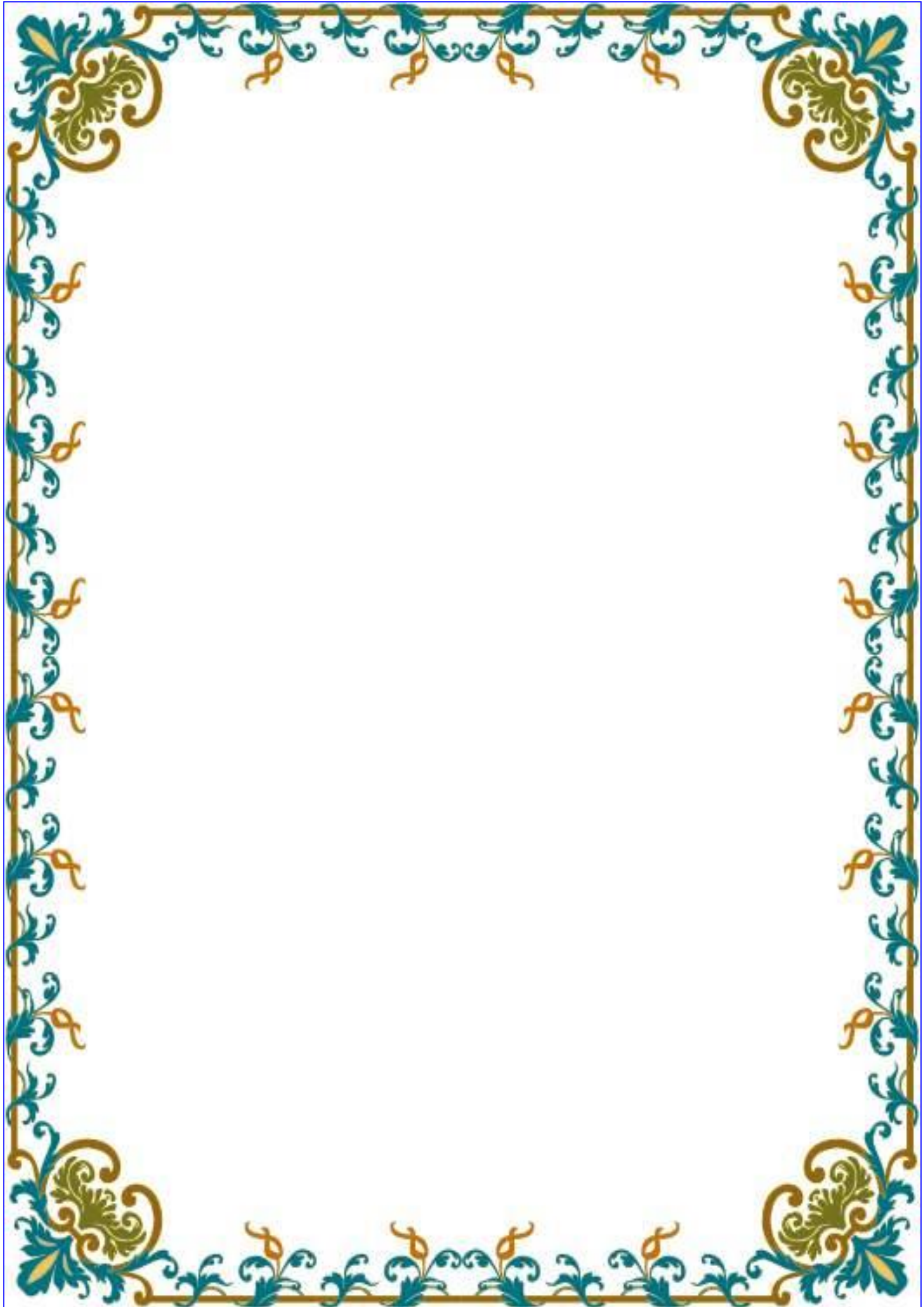
إهداء

أهدي عملي المتواضع هذا إلى ابي و امي اللذان تعبا من اجلي

أطال الله في عمرهما و جعلهما النبراس الذي ينير طريقي

إلى زوجي الغالي الذي تعب معي في إنجاز هذه المذكرة يحيى عبد الفتاح، و إلى غبني الغالي يحيى حبيب خالد و إلى أغلى الناس على قلبي خايف عينونة التي ساعدتني كثيرا و هي أمي و إلى كل إخواني و أخواتي و إلى زميلاتي في الدراسة و إلى أخي الصغير محمد رفيق و الكتكوت الصغير براء إسلام و أمه خايف مختارية

و إلى جميع الأساتذة المشرفين



مقدمة

الفصل الأول:ماهية مرض الموت

المبحث الأول : مفهوم مرض الموت

المطلب الأول :تعريف مرض الموت لغة

الفرع الأول :تعريف مرض الموت لغة

الفرع الثاني :تعريف الموت لغة

المطلب الثاني :التعريف الإصطلاحي لمرض الموت في الفقه والتشريع الجزائري

الفرع الأول :التعريف الفقهي

الفرع الثاني : تعريف مرض الموت في التشريع

المبحث الثاني :شروط مرض الموت وتكيفه

المطلب الأول :شروط تحقق مرض الموت

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية لمرض الموت

الفصل الثاني :تصرفات المريض مرض الموت

المبحث الأول : التصرفات الشخصية

المطلب الأول : الطلاق في مرض الموت

المطلب الثاني : خلع المريض مرض الموت

المبحث الثاني : التصرفات المالية بعوض و التبرعات

المطلب الأول : البيع في مرض الموت

الفرع الأول : بيع في مرض الموت

الفرع الثاني : بيع المريض مرض الموت لوارث

الفرع الثالث : بيع المريض مرض الموت لغير وارث

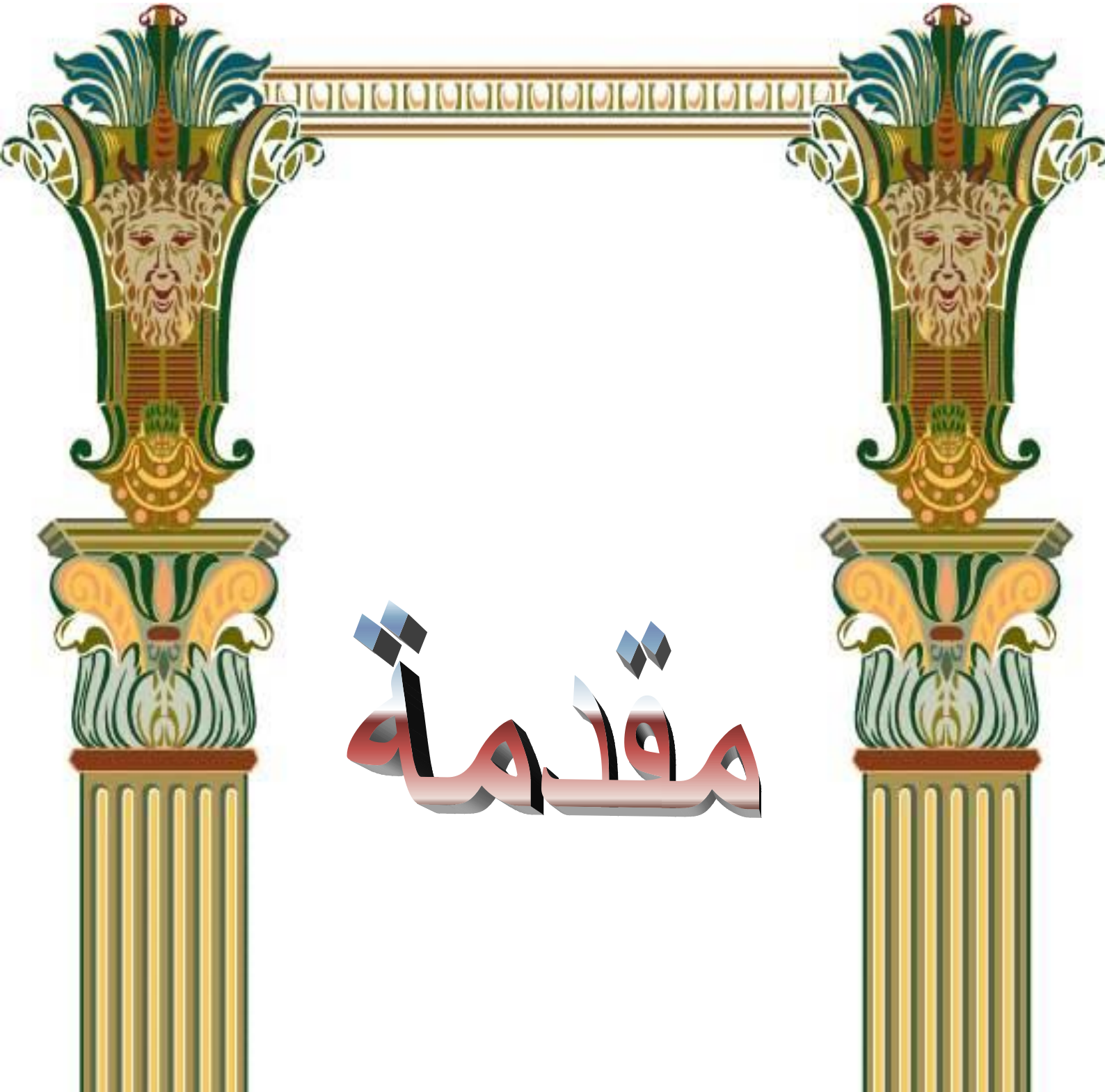
المطلب الثاني : التصرفات التبرعية

الفرع الأول : الوصية في مرض الموت

الفرع الثاني : الهبة في مرض الموت

الفرع الثالث : الوقف في مرض الموت

خاتمة


مقدمة

مقدمة

يملك الإنسان أن يتصرف في جميع أمواله لمن يريد ولا يحد من حريته في ذلك إلا حبه لنفسه وحرصه على أن لا يتجرد من ماله حال حياته فيجوز للمرء أن يبيع أو يهب كل أمواله أو بعضها دون أن يكون لأحد حتى مراجعته أو الاعتراض عليه لأنه يتصرف بذلك في خالص حقه.

أما إن احتفظ بأمواله طوال حياته ,ويتصرف فيها كلها أو بعضها تصرفا لا ينفذ إلا بعد وفاته فإن هذه التصرفات ,لا يعود منها أي ضرر طالما أنها لا تنفذ حال حياته ,وإنما يقتصر أثرها على إخراج المال المتصرف فيه من تركته ,فيضار الورثة بذلك من دونه.

ولم ير المشرع داعيا لتقيد حق الشخص فيها شرع حال حياته ,لأنه قدر أن حرص المرء أن لا يجرد نفسه من ماله كفيل بالحد من رغبته في التبرع طالما بقي له الأمل في حياة لا يعرف مداها.

ولكنه قدر أيضا أن هذا الحرص يزول من شعور الشخص بدنوّ أجله والظاهر أن أكثر ما يشعر المرء فيه بدنوّ أجله يكون غدا مرض ما يغلب فيه الوفاة ويسمى هذا الوضع **مرض الموت** .

ويعد مرض الموت من المسائل المهمة على الصعيد القانوني في هذا العصر نظرا لكثرة تطبيقاته العملية وامتداداته وتشبعاته النظرية لذا فإن المشرع نظم أحكام هذه التصرفات في مواد متعددة منها المواد

776- 409-408من القانون المدني وكذا المادة 204 من قانون الأسرة ,كما اتجهت النيابة في معظم البلدان العربية والإسلامية إلى سن تشريعات وقوانين مشتقات من الشريعة الإسلامية مثل المشرع المصري.

ولذلك فإن تصرفات المريض مرض الموت من الموضوعات التي يجب دراستها والبحث فيها لما لها من أهمية بالغة في الحياة الاجتماعية بصفة عامة وفي الحياة القانونية للذمة المالية بصفة خاصة فالمريض أثناء مرضه يتصرف ويفضل البعض الآخر على البعض.

مقدمة

وعليه قبل الدخول في صلب الموضوع ,فقد تطرقنا لتعريف المرض لغة واصطلاحا ,وطبيعة مرض الموت وتكيفه ,وذكرنا حكم تصرفات مريض مرض الموت ,وعليه يتم طرح التساؤلات التالية:

ما معنى المرض في النحو والاصطلاح؟ وما هو تعريف مرض الموت؟ وما هي حكم تصرفات مريض مرض الموت

وهذا ما سيتم دراسته من خلال موضوعنا وفق فصلين:

الفصل الأول :المتضمن مفهوم المرض والموت.

الفصل الثاني :حكم تصرفات المريض مرض الموت.

تمهيد:

بسم اللّه الرحمن الرحيم

"ربنا آتنا من لدنك رحمة، وهيئ لنا من أمرنا رشدا"

الحمد لله رب العامين ، أستفتح به و أستهديه و أعتمد عليه ، و الصلاة والسلام على خاتم النبيين و أشرف المرسلين ، سيدنا محمد الصادق الأمين ، الذي جاء بالمادة السمحة و العقيدة المنزهة والرسالة المحكمة ، وعلى آله و أصحابه و تابعيه الدين ا فنوا حياتهم في طاعة ربهم وخدمة دينهم ، وبينوا للناس القواعد والأحكام و فصلوا شريعة الله أتم تفصيل و أحكم تبيان وبعد.....

بين الإنسان والمال صلة قديمة نشأت منذ وجوده ، فهو يسعى جاهدا إلى تحقيقها بشتى الطرق والوسائل ، وقد تطورت هذه الصلة مع الزمن حتى عرفت بالملكية ، حاولت الشرائع تنظيمها وتبيان أسبابها إلى أن جاء الإسلام ووضع لها نظاما شاملا أقر فيه أحسن ما قبله ورتبه ، ثم أكمل ما به من نقص ، فجعل لها أسبابا منشئة و أخرى ناقلة في حياة الشخص و بعد وفاته ، و هذه الأسباب منها الاختياري

الذي يصدر عن إرادة و رغبة و غير اختياري الذي يثبت بأمر من الشارع من غير أن يكون لشخص دخل فيه.

وفي سياق هذا الحديث فقد يتصرف المالك في مرض موته تصرفات متنوعة ومختلف من حيث الأثر الناتج فبعضها لا يكون اثر سلبي ومستحب وبعضها قد تكون عقود معاوضة ولما كان لموت علة لخلافة الورثة وتعلق حق الدائنين في المال وهذا ما تبين في أحكام الشريعة الإسلامية والقانون حول تصرفات المريض مرض الموت ولذي هو موضوع دراستنا.

الفصل الأول

الفصل الأول :ماهية مرض الموت

اقتصر المشرع في التفسير المدني على بيان أحكام البيع في مرض الموت دون أن يبين المقصود بهذا المرض , وكذلك في قانون الأسرة لا نجد تعريفا لمرض الموت ومن ثم يتعين الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في تعريف مرض الموت من المسائل الأحوال الشخصية ,فضلا عن أن المادة الأولى من التقنين المدني تحيل إلى مبادئ الشريعة الإسلامية فيما لا يوجد فيه نص.

وقد عرف الفقهاء الشرعيون مرض الموت بأنه هو الذي يخاف منه الهلاك غالبا ولكنهم اختلفوا في تفسير ذلك.

وحددوا شروطه وتكيفه في الشريعة الإسلامية.

ولقد تطرقنا لدراسة مفهوم مرض الموت وبيان شروطه وتكيفه في هذا الفصل من خلال تقسيمه إلى مبحثين:

- **المبحث الأول** :مفهوم مرض الموت.
- **المطلب الأول** :تعريف المرض في اللغة والاصطلاح.

- **المبحث الثاني** :شروط مرض الموت وتكيفه.
- **المطلب الأول** :شروط مرض الموت.
- **المطلب الثاني** :تكيف مرض الموت.

المبحث الأول :مفهوم مرض الموت:

قبل التطرق إلى تعريف مرض الموت في الاصطلاح ينبغي تعريف كلمة المرض في المعنى اللغوي ومن ثم الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لإعطاء المعنى الواضح لمرض الموت مع العلم أن فقهاء الشريعة اختلفوا في تعاريفهم لمرض الموت وهذا ما سيتم دراسته في اللغة والاصطلاح الشرعي والقانوني.

المطلب الأول :تعريف مرض الموت لغة

الفرع الأول :تعريف المرض لغة

يعرف المرض لغة بأنه : كل ما خرج الكائن الحي عن حد الصحة و الاعتدال من علة أو زنفاف أو تقصير في أمر[1].

وقوله تعالى :{و ما كان لنفس أن تموت إلا بإذن الله كتابا مؤجلا و من يرد ثواب الدنيا نؤته منها

[1]انظر الإمام مجد الدين محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم الفيروزبادي الشيرازي الشافعي,الجزء الثاني,دار الكتب العلمية لبنان, القاموس المحيط

و من يريد ثواب الآخرة نؤته منها وسنجزي الشاكرين } [1] و قوله تعالى :في التنزيل العزيز {في قلوبهم مرض}[2]

والمرض: نقيض الصحة و هو السقم , و ذلك بخروج البدن عن حد الاعتدال والاعتياد

و يقال : المرض والسقم في البدن و الدين جميعا , و المرض في القلب يطلق على كل ما خرج به الإنسان عن الصحة في الدين و ا صل المرض النقصان .

و يقال: بدن مريض ناقص القوة قلب مريض ناقص الدين و المرض في القلب فتور عن الحق وفي الأبدان فتور الأعضاء[3] .

والمرض:جمع أمراض فساد المزاج و سوء الصحة بعد اعتدالها.

والمرض:اضلام الطبيعة و اضطرابها بعد صفائها و اعتدالها.

والمريض: هو الذي اعتلت صحته , سواء كانت في جزء من بدنه أو في جميع بدنه .

أما اصطلاحا:المرض هو بلية في الجسد وآثار أفعال نفس الإنسان تكون عقوبة له و هو تطهير أيضا يخرج به أثار تلك الأفعال.

و هو أيضا: كما جاء في كشف الأسرار قبل المرض حالة البدن خارجة عن المجرى الطبيعي و عبارة بعضهم هو هيئة للحيوان يزول بها اعتدال الطبيعة.

وهو أيضا : المرض عبارة عن سبب غامض قادح مع أن الظاهر السلامة منه الموت

الفرع الثاني:تعريف الموت لغة

و الموت في اللغة : ضد الحياة

[1] سورة آل عمران الآية 144 145

[2] سورة البقرة الآية 09

[3]انظر لسان العرب,لابن منظور ص232-231

وقيل : صفة وجودية خلقت ضد الحياة يزول بها قوة الإحساس و النماء و التعقيل .

و الموات ما لا روح فيه و هو أيضا الأرض التي لا مالك لها من الآدميين [1]. .

وأما اصطلاحا: هو مفارقة الروح للجسد

و الموت هو خمود حركات الجسد و سكونها و عدم قابليته للنمو و تهيئته للتعفن والتفسخ لذهاب الروح عنه , فا لموت هو النهاية للحياة الإنسانية [2]. .

قال تعالى : {و يأتيه **الموت** من كل مكان}

قال تعالى : {كل نفس ذائقة **الموت** ثم إلينا ترجعون }[3] .

والموت عبارة عن خروج النفس التي يسميها الناس الروح من الجسد الإنساني خروجا نهائيا في الدنيا أي انفصال الجسد انفصالا يؤدي إلى توقف أجهزة الجسد عن العمل.

وعليه فمرض الموت: هو المرض الذي يفضي عادة إلى الموت سواء أكان المريض طريح الفراش أم لم يكن مثل :(الايدز,السرطان)و إذا اتصل به الموت كان مرض الموت وجرت عليه أحكام المريض مرض الموت,وإذا لم يتصل به الموت بان صح المريض من مرضه وبرأ ثم مات بعد ذلك فحكمه حكم الصحيح لا المريض.

كما يعرف مرض الموت بأنه : المرض الذي يعجز صاحبه عن القيام بمصالحه خارج البيت إذا كان من الذكور و داخله إذا كان من الإناث و يكون الغالب فيه موت المريض .

وهذا هو الرأي الراجح في الفقه و القانون.

---

[1]انظر لسان العرب ابن منظور, الجزء الثاني ص 90 . 94 الموسوعة الفقهية137

[2]سورة إبراهيم الآية ,20 سورة العنكبوت الآية57

[3]سلطان انور العقود المسماة شرح عقدي البيع والمقايضة,دراسة مقارنة في القانون المصري ولبناني,دار النهضة العربية سنة 1980ص 365

المطلب الثاني : التعريف الاصطلاحي لمرض الموت في الفقه و التشريع الجزائري

لتحديد معنى مرض الموت ينبغي الرجوع إلى الفقه الإسلامي كون المشرع لم يقم بتعريفه و عليه سنتناول في الفرع الاول التعريف الفقهي لمرض الموت و في الفرع الثاني التعريف القانوني

الفرع الأول :التعريف الفقهي

لقد اختلف الفقهاء في تعريف مرض الموت كما اختلفوا في تفسيره أيضا.

يعرف مرض الموت في اصطلاح الفقهاء بأنه المرض الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز المريض على رؤية مصالحه خارجا إذا كان من الذكور و عن رؤية مصالحه داخل داره إذا كان من الإناث و يموت على ذالك الحال قبل مرور سنة و هو على حال واحدة ويكون في حكم الصحيح و تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه و تغير حاله و مات قبل مضي سنة فيعد حالة اعتبار من وقت التغير إلى تاريخ الوفاة مريضا مرض الموت.

وعليه سنعرض أراء الفقهاء حول تعريف مرض الموت:

تعريف الحنفية:

عرف الحنفية مرض الموت بأنه كل مرض يغلب فيه هلاك المريض ويعجز معه عن القيام بمصالحه خارج البيت إذا كان من الذكور كعجز الفقيه عن الإتيان إلى المسجد و عجز السوقي عن الإتيان إلى دكانه وفي حق المرأة أن تعجز عن مصالحها داخل البيت مثل الطبخ و غسل الملابس و يموت على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء كان ملازما لفراشه أو لم يكن.

تعريف المالكية:

عرف فقهاء المالكية مرض الموت بأنه : ما لا يتعجب من صدور الموت ولو لم يكن غالبا .

وهو المرض الذي يخاف منه الموت على المريض في العادة كالسل وذات الجنب وما أشبه ذلك.

و اعتبر المالكية الحامل إذا قرب وضعها بحكم المريض مرض الموت

تعريف الشافعية:

أما الشافعية فقد عرفوه بأنه : المرض الذي يخاف منه الموت لا ناذرا وان لم يكن فغالبا وقيل :هو كل ما اتصل به الموت.

وهو عندهم المرض المخوف ومن الأمراض عندهم القولنج وذات الجنب ورعاف دائم وإسهال متواتر...الخ

تعريف الحنابلة:

يرى الحنابلة بان مرض الموت هو ما يكثر حصول الموت منه ,ويتحقق فيه شرطان :

1- إن يكون المرض مخوفا أي يخاف منه موت المريض.

2- إن يتصل به الموت.

وعليه من خلال دراستنا لهذه التعاريف نلاحظ إن فقهاء الشريعة حصروا مرض الموت بالمرض المؤدي إلى الهلاك والموت فعلا.

القول الراجح:

والراجح من هذه الأقوال في تعريف مرض الموت هو ما ذهب إليه الحنابلة وهو كل مرض يخاف منه الهلاك ويتصل به الموت فعلا والمقصود بخوف الهلاك منه أن الموت يقع بسببه غالبا وليس على وجه الندرة ,ولا يقبل حصول الموت فيه بمدة سنة وإنما القيد أن يتصل به الموت أي يبقى مريضاً ويمتد به مرضه إلى الموت سواء بقي على هذه الحالة سنة أو أكثر أو أقل قبل أن يموت.

كما أنه يلزم الاستعانة بأهل الخبرة والعلم بالطب لمعرفة كون المرض مخوفا أم لا أما الحالات الملحقة بمرض الموت فالقابض فيها كل حالة يغلب فيها الهلاك على من يكون فيها كالمحكوم عليه بالإعدام وقد حاز الحكم صفة الثبات ووافق على تنفيذه رئيس الدولة وصار واجب التنفيذ وأخبر المحكوم بوقت التنفيذ[1].

الفرع الثاني :تعريف مرض الموت في التشريع.

إن المشرع الجزائري لم يعرف مرض الموت في القانون المدني غير أن تعريفه منبثق من أحكام الشريعة الإسلامية إعمالا للمادة الأولى من الفقرة الثانية من القانون المدني التي تحيل إلى أحكام الشريعة فيما لم يوجد في حكمه نص القانون وعليه فمرض الموت هو المرض الذي يغلب فيه الهلاك ويقعد الشخص عن القيام بمصالحه ويتصل به الموت فعلا.

[1] عبد الكريم زيدان.المرجع السابق ذكره.ص365-366.

على عكس نظيره المصري إلا أن القضاء الجزائري لم يبق مكتوف الأيدي فلقد تطرق لمرض الموت في عدة قرارات صادرة عن المجلس الأعلى .

ونذكر بعض القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى ومنها:

القرار الصادر بتاريخ 9 جويلية 1984 يعرف في حيث يأته مرض الموت والتي جاءت كما يلي: ويتضح من الدعوى إن القضية تدور حول إبطال تصرف في حالة مرض الموت وفي هذا الصدد فان[1] المعروف فقها واجتهادا إن المرض الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا يجر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتميزه وبحسب ذلك فعلى الطاعنين إن يثبتوا بان البائع لم يملك تميزه ولا صحة عقله وإن المرض الأخير الذي انتابه أدى إلى تصرف باطل ...

كما نجد قرار آخر صادر بتاريخ 23 نوفمبر 1993 عن المحكمة العليا الذي ينص في حيثياته على:

وإن حالة المحبس ع م الذي قام الحبس موضوع النزاع في أوت 1987 كان يعاني منذ 1985 من مرض خطير لازمه إلى يوم وفاته في 3 نوفمبر. 1987[2]

كما نجد في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 24 سبتمبر 1996 الذي يعرف في حيثياته مرض الموت: حيث بالرجوع إلى أوراق الدعوى يتبين أن الواهب مات بمرض السرطان بعد 5 أشهر من الهبة التي صدرت منه.

[1]قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية رقم: **237858 فهرس رقم 257 بتاريخ 2000-02-22**

[2]قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية تحت رقم260066 بتاريخ18.04.2001 غير منشور

حيث أن المرض الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا أو يجر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتميزه .

ونجد قرار صادر بتاريخ 22 فيفري 2000 عن المحكمة العليا الذي جاء في حيثياته ... عندما تصرف والدهم المرحوم بإجراء عقد الهبة لصالح المطعون ضدها كان في حالة مرض الموت وذلك بصحة شهادة الشهود , كما أن النصوص الفقهية نصت على أن مرض الموت هو المرض الذي[1] يغلب فيه خوف الموت المريض و يعجز هذا الأخير على رؤية مصالحه في إجراء أي تصرف. كما نجد قرار آخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 18 أفريل 2001 ينص في حيثياته :بينما عقد الهبة المحرر لفائدة المدعى عليها في الطعن ثم يوم 12 سبتمبر 1996 قبل وفاة الواهبة بشهر واحد و ثلاثة و عشرون يوما , عن عمر يناهز 90عاما وهي حالة مرض أنهك قواها وأقعدها واثر على مداركها العقلية وأدى إلى وفاتها , وتحققت بذالك علاقة السببية بين المرض والموت. كما نجد قرار

أخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 23 نوفمبر 2005 بنص .... أن ما يعنيه الطاعن على القرار المطعون فيه ليس في محله ذلك أن قضاة الموضوع قد بينوا وبأسباب كافية إن الواهب تصرف في مرض الموت واثبتوا بتوفر الشروط الثلاثة , وهي :

أن يقعد المرض صاحبه عن قضاء مصالحه , وان يغلب فيه الموت وان ينتهي بالموت ,وقد تأكدو من توفر الشروط الثلاث [2]

والملاحظ في التعريف الوارد في القرارات القضائية عدم خروجه عن الإطار الذي رسمه علماء الشريعة لمرض الموت من كونه لا يؤثر على أهلية المريض

[1]القرار عن غرفة الأحوال الشخصية تحت رقم 96675 بتاريخ 23.11.1993 منشور بالمجلة القضائية لسنة 2001 عدد خاص أحوال شخصية ص 302

[2]قرار صادر عن غرفة أحوال الشخصية تحت رقم 312593 بتاريخ23.11.2005

وهذا ما ذهبت إليه محكمة مصر الابتدائية في حكمها الذي جاء كالآتي :مرض الموت عند علماء الشرع هو الذي تخاف منه الموت ولا يرجى برؤه سواء ألزم صاحبه الفراش أم كان يخرج من بيته و سواء طالت مدة المرض أو قصرت , من غير النظر إلى استيلائه على القوى العقلية وعدمه ,لا الأمراض العضالة تؤثر من طبعها في العقل كمرض السل مثلا :وتعرف محكمة النقض المصرية : مرض الموت في حكمها الصادر في 7 جانفي 1976 بأنه :المرض الشديد الذي يغلب على الظن موت صاحبه عرفا أو بتقدير الأطباء , ويلازمه ذلك المرض حتى الموت وأن يعجز غير العاجز من قبل , عن القيام بمصالحه الحقيقية خارج البيت فيجتمع فيه تحقق العجز والهلاك اتصال الموت به.

كما قضت محكمة النقض المصرية بأنه لا يشترط لاعتبار المرض مرض الموت أن يؤثر على سلامة إدراك المريض أو ينقص من أهليته للتصرف وإذا تقادمت العلة ووقفت عند حد فهي مرض صحته والمعول عليه أن تقادم المرض يكون بمضي سنة لكن يجب اعتبارها مرض موت مهما طالت مدتها أي ولو زادت عن السنة إذا كانت حالة المريض آخذة في التدهور حتى التمس المرض فعلا بوفاته.

وتقضي محكمة النقض المصرية أنه إذا استمر المرض مدة تزيد عن السنة دون ازدياد أو تغير في حالة الشخص فان تصرفاته في هذه الفترة تكون كتصرفات الصحيح ولا يعتبر التصرف في مرض الموت في هذه الحالة إلّا إذا تغيّرت حالة المريض واشتدّت وصدر التّصرّف بعد هذا التّغير الّذي اشتد فيه المرض وأعقبه الموت فعلاً[1].

[1]محمد حسين.عقد البيع في القانون المدني الجزائري،الطبعة الرابعة،سنة 1994،ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر،ص216-217

كما أن المادة 543 من القانون الأردني تعرف مرض الموت بأنّه" :مرض الموت هو المرض الذي يعجز فيه الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة ويغلب فيه الهلاك ويموت عن تلك الحال قبل مرور سنة فإن امتد مرضه وهو على حالة واحدة دون ازدياد تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح."

والمادة 505 من مشروع القانون المدني الفلسطيني بأنه" :هو المرض الذي يعجز فيه الإنسان عن متابعة أعماله ويغلب فيه الهلاك ويموت على تلك الحالة قبل مرور سنة فإن امتد مرضه سنة أو أكثر قد يكون مرض الموت"

المبحث الثاني :شروط مرض الموت وتكيفه.

لكي يكون المريض مرض الموت لابد من توفر الشروط وإذا اجتمعت هذه الشروط كان من شأنها أن تقيم في نفس المريض حالة نفسية هي أنه مشرف على الموت ولقد كان الفقه الإسلامي يقف عند

الضوابط الموضوعية ويستدل بها على الأمور الذاتية فإنه يكتفي بهذه المعلومات المادية ليستخلص منها أن المريض وهو ينصرف كانت تقوم به حالة نفسية هي أن حلم قد دنا.

المطلب الأول :شروط تحقق مرض الموت.

لقد أجمع الفقه والاجتهاد القضائي أن مرض على أن مرض الموت يجب أن تتحقق فيه ثلاثة شروط:

1-أن يقعد المريض عن قضاء مصالحه أو حوائجه:

يجب أن يجعل المرض المريض عاجزا عن قضاء مصالحه العادية المألوفة التي يستطيع الأصحاء عادة مباشرتها كالذهاب إلى السوق وممارسة أعمال المهنة إذا لم تكن شاقة وقضاء الحوائج المنزلية إذا كان المريض من الإناث وليس واجبا ,ليكون المرض مرض الموت أن يلزم المريض الفراش فقد لا يلزمه ويبقى مع ذلك عاجزا عن قضاء مصالحه[1].

وعلى العكس من ذلك قد يكون الإنسان عاجزا عن قضاء مصالحه لسن عالية في شيخوخته تجعله غير قادرا على مباشرة الأعمال المألوفة ويكون في حاجة إلى من يعاونه عليها وليس به مرض وإنما هو الشيخوخة أو هيئته فهذا لا يكون مريضا مرض الموت ويكون لتصرفاته حكم الأصحاء أو يكون عاجزا عن مباشرة الشاق من أعمال مسنته بسبب المرض كما إذا كان محترفا حرفة شاقة لا يستطيع مباشرتها إلا

وهو في كامل عافيته فيقعد مرضه عن ذلك دون أن يعجز عن مباشرة المألوف من الأعمال بين الناس فلا يكون في هذه الحالة مريضاً مرض الموت[2].

[1]عبد الرزاق أحمد السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني،العقود التي تقع على الملكية،البيع المقايضة،المجلد الأول،الجزء الرابع دار الحياء،التراث العربي، بيروت، لبنان، ص320.
[2]عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق ذكره، ص321.

2-أن يغلب في المرض خوف الموت.

يجب أن يغلب فيه خوف الموت وذلك في حالة كون المرض مرضا خطيرا وهو من الأمراض التي تنتهي بالموت عادة أو أن يكون المرض قد بدأ بسيطا ثم أخذ يتطور حتى بات يخشى على صاحبه الهلاك.

إن قعود المريض عن قضاء مصالحه ليست شرطا أساسيا من شروط مرض الموت لأنه هناك أمراض يتولد فيها شعور لدى المريض بخوف الموت وتنتهي بالموت فعلا إلا أن هذه الأمراض لا تقعد المريض عن قضاء حاجته وهناك أمراض لا تقعد المريض عن قضاء حوائجه وقد لا يدري فيها المريض ولا تظهر إلا بعد وفاته ففي هذه الحالة تعتبر تصرفات المريض تصرفات صحيحة.

إن عدم قعود المريض مرض الموت عن القيام بمصالحه وعدم علمه بأنه مريض بمرض خبيث يؤدي إلى الموت وعدم وجود شعور لديه بالخوف من الموت ينفي توفر شروط الموت.

حالة مرض الموت مشروطة شرعا بأن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك أي الموت فيكون مرضا خطيرا ,إذا قد يبدأ بسيطا ثم يتطور لتصبح حالة المريض سيئة وخطيرة[1].

وقد يكون المرض مما يعجز الشخص عن قضاء مصالحه إلا أنه لا يغلب فيه الهلاك مثال ذلك أن يصاب الإنسان في عينيه فيعجز عن الرؤية أو يصاب في قدمه إصابة تعجزه عن المشي وبالتالي عن الخروج من بيته فمثل هذه الأمراض وان عجز الإنسان عن قضاء مصالحه إلا أنه يشفى منها عادة ولا يغلب فيها الموت ومن ثم تكون تصرفاته هي بذاتها تصرفات الأصحاء.

ولقد قضت محكمة النقض المصرية حالة مرض الموت مشروطة شرعا بأن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ,فإذا كان الحكم المطعون فيه قد اكتفى في اعتبار أن المورث كان مريضا مرض الموت وقت صدور

[1]نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت الوصية، البيع الهبة، الوقف، الخلع، الطلاق، دار الهدى للنشر و التوزيع، الجزائر، ص14.

التصرف المطعون فيه بأن قعد عن مزاولة أعماله خارج المنزل في الشهور الستة السابقة لوفاته بسبب سقوطه من فوق ظهر دابته دون بيان لنوع المرض الذي انتاب المورث وتحقيق غلبة الموت فيه وقت صدور التصرف المطعون فيه فإن ذلك الحكم يكون قاصرا قصورا يعجز المحكمة النقض عن مراقبة صحة تكيفه للمرض بأنه مرض موت[1].

3-يجب أن ينتهي المرض بالموت فعلا:

ويجب أخيرا أن ينتهي المرض بالموت فعلا فإذا أصيب شخص بمرض أقعده عن قضاء مصالحه وغلب فيه خوف الموت ,ولكنه مع ذلك برئ منه وقد كان قد تصرف في حالة أثناء المرض كان حكم تصرفه هذا هو حكم تصرف الأصحاء وترى من ذلك أن المريض بمرض يقعد عن قضاء المصالح ويغلب فيه خوف الموت إذا تصرف في ماله أثناء هذا المرض كان تصرفه معتدا به حال حياته ولا يجوز للورثة الاعتراض عليه مادام المريض حيا فإذا انتهى المرض بالموت تبين عن ذلك أن التصرف وقع مع مرض الموت وجاز الطعن فيه على هذا الأساس وإذا شفي المريض تبين أن التصرف الذي صدر منه لم يقع في مرض الموت فلا يجوز الطعن فيه بذلك من الورثة ولكن يجوز لمن صدر منه التعرف نفسه أن يطعن في تصرفاته بالغلط في الباعث بأن يثبت أنه إنما تصرف[2] وهو معتقد أنه في مرض الموت ولو اعتقد أنه سيشفى ما كان ليتصرف ففي هذه الحالة يكون التصرف قابلا للإبطال للغلط ويجوز للمتصرف أن يبطله لهذا العيب.

وقد يطول المرض بأن يكون من الأمراض المزمنة كالشلل والسل وينتهي بالموت ولكن بعد مدة طويلة والقاعدة في هذه الأمراض المزمنة أنها لا تعتبر للوهلة الأولى مرض الموت وإذا طالت دون أن تشتد

بحيث يطمئن المريض إلى أن المرض قد وقف سيره ولم يعد هناك منه خطر داهم وهذا حتى لو كان المرض قد أقعد المريض عن قضاء مصالحه وألزمه الفراش مادام لم يغلب فيه خطر الموت العاجل لكن اشتد

[1] نبيل صقر، المرجع السابق ذكره، ص14-15.
[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق ذكره، ص325.

المرض بعد ذلك وساءت حالة المريض حتى أصبحت تقدر بدنو الأجل واستمر المرض في الاشتداد حتى انتهى بالموت فعلا فإنه يعتبر مرض الموت في الوقت الذي اشتد فيه وهناك رأي في الفقه الإسلامي أجذت به المجلة ,تقدر المدة التي يطول فيها المرض ويستقر فلا يخشى منه خطر عاجل بسنة فإذا طال المرض المزمن سنة دون أن يشتد لم يعتبر مرض الموت وإذا اشتد المرض بعد ذلك انتهى بالموت فعلا قبل انقضاء سنة من اشتداده ,يعتبر في هذه الفترة مرض الموت ولقد أخذ القضاء المصري بهذا الرأي في أكثر أحكامه [1],ولقد قضت المحكمة العليا الجزائرية متى كان من المقرر فقها وقضاءا أن مرض الموت الذي يبطل التصرف فيه هو المرض الأخير إذا كان خطيرا ويجر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتميزه فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا للقواعد الفقهية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية والإجتهاد القضائي السائد بشأن هذا الخصوص إذا كان الثابت أن الطاعنين لم يستطيعوا إثبات أن البائع لم يكن يملك تميزه ولا صحة إدراكه وقت تصرفه وأن المرض الأخير الذي اعتراه أدى إلى تصرف باطل فإن قضاة الموضوع اقتنعوا بما لهم من أدلة يكون المرض الأخير لم يكن مرضا من شأنه أن يفقد التعرف مراقبة أمواله وقد اتفقوا فيما قضوا به في النزاع المطروح أمامهم ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن المؤسس على مخالفة أحكام هذا المبدأ

المطلب الثاني :الطبيعة القانونية لمرض الموت.

[1]عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق ذكره ص326.

أتى القانون المدني الجزائري والقوانين العربية الأخرى ببعض الأحكام الخاصة بتصرفات المريض مرض الموت استمدت معظمها من الشريعة الإسلامية إلا أنه لم يوضح ما هي أهلية المريض مرض الموت , وهل المرض يفقدها أو ينقصها ؟وعليه سنتطرق لذلك في الشريعة الإسلامية ثم في القانون المدني.

أولا : في الشريعة الإسلامية

تتحقق أهلية الشخص متى كان قادرا على فهم أدلة التكليف,وقادرا على الإتيان بها والفهم لا يتحقق إلا لمن كان عاقلا , لأن أداة الفهم و الإدراك لا تكلف إلا لمن لا عقل له, فقد روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم : (رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحلم وعن المجنون حتى يعقل[1]) والمريض مرض الموت هو شخص عاقل راشد له أهلية الوجوب والأداء لذلك فهو أهل ليتعاقد شرعا وقانونا ,ولذلك فان القانون والشريعة الإسلامية لم تحد من عقود المريض مرض الموت وتصرفاته لانعدام أهليته أو نقصها وإنما يرجع تقيد الصرف في مرض الموت إلى تعلق حق الورثة بأموال المريض في وقت المرض, لذلك لا يجوز للمورث التصرف الكامل في مال يعتبر في حكم المملوك للورثة.

وحفاظا على حق الدائم في تركته أسيرا على رغبته الدافعة لأثار بعض الورثة مخالفا لذلك أحكام الميراث أو اندفاعا وراء رغبة أو شهوة لإعطاء من يستحق أكثر مما له أو تدفعه مغاضبة بعض الورثة محاولة حرمانه من ميراثه بعد موته[2] .

ومرض الموت عند الشرعيين وان كان من عوارض الأهلية التي تقتضي تغيرا في بعض الأحكام فانه ينافي أهلية الوجوب أي الزاميته بالواجبات الشرعية, سواء أكانت من حقوق الله تعالى كالصلاة

والزكاة أم من حقوق العباد كالقصاص ونفقة الأزواج والأولاد ولا ينافي ذلك أهلية العبادة أي احترام الأقوال التي تصدر عنه بغض النظر عن لزومها ونفاذها,انه لا يخل بالعقل ولا يمنه من استعماله.

[1] عبد الرزاق السنهوري ,المرجع سابق ذكره , الجزء الرابع ص323 .

[2] الإمام محمد أبو زهرة ,المرجع سابق ذكره ص371 .

ثانيا : في القانون المدني

وعليه فالعقد يكون صحيحا إذا كانت جميع شروطه كاملة غير منقوصة وينفذ مباشرة ,أما إذا فقد شرطا من الشروط المطلوبة يكون باطلا أو غير صحيح.

ويراد من نفاذ العقد أن يترتب عليه آثاره في الحال ,ولا يتوقف على إجازة غير العاقد ,وذلك يكون إذا كان العاقد مالكاً لما عقد عليه أهلا للاستقلال في إصدار هذا العقد بأن يكون حرّاً بالغا عاقلا أو غير مالك لما تعاقد عليه ولكنه دون ولاية في إصداره كالولي ,والوصي والوكيل ,أما إذا كان مالكا ولكنه غير أهل للاستقلال بإصدار العقد كالصبي المميز في العقود والدائرة بين النفع والضرر ,أو كان أهلا للتعاقد ولكنه ليس مالكا ولا ذا ولاية شرعية أو قانونية على من يملك كالفضولي ,فإن العقد لا يكون نافذا ولكنه يكون موقوفا وإذا نظرنا إلى هذا الأصل بالنسبة إلى المريض وجدنا أن المريض أهل للتعاقد ,ومتى عقد على ما يملك كان عقده صحيحا فيلزم أن يكون نافذا.

فاعتبار أهلية المريض مرض الموت أهلية كاملة كأهلية الصحيح تاما يرجع إلى الأسباب التالية:

أولا :لو كان المريض مرض الموت ناقص الأهلية لكان تصرفه بالوصية في حدود الثلث باطلا مطلقا ,لأنه تصرف ضار به ضررا محضا ,وهناك إجماع على أن تصرفه في حدود الثلث صحيح نهائيا.

ثانيا :لو كان ناقص الأهلية ,وكان تصرفه تبرعاً فإنه يكون باطلا بطلانا مطلقا ولا يستطيع ورثته إجازته ,لأنه التصرف الباطل بطلانا مطلقا ترد عليه الإجازة وهناك إجماع أن للورثة إجازة هذا التصرف.

ثالثا :لو كان المريض مرض الموت ناقص الأهلية لكان تصرفه تبرعاً باطلا بطلانا مطلقا إن لم يكن له وارث وهناك إجماع على تصرفه في كل ماله صحيح إن لم يكن له وارث.

رابعا :إن نقص الأهلية يرجع قانونا إلى عارض من عوارض الأهلية وهي الجنون ,العتر ,السفه , الغفلة ,أو عيب من عيوب الرضا وهي الغلط ,التدليس الإكراه والاستغلال ولم يقل أحد من فقهاء الشريعة الإسلامية التي هي مصدر تصرفات المريض مرض الموت أنه مصاب بأخذ هذه العوارض أو أن إرادته معيبة بأخذ هذه العيوب.

خامسا :لو قلنا أن تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر قابلة للإبطال فإن طلب الإبطال لا يكون إلا لمن شرع الإبطال لمصلحته وإذا مات انتهى بموته هذا الحق وصار التصرف صحيحا نهائيا.

سادسا :إذا كان للمورثة حق إبطال تصرفه فغن حقهم هذا حق شخصي لم يرثوه عن ورثهم بل أنهم يستعملونه للدفاع عن حقوقهم لا عن حق مورثهم.

والمريض مرض الموت هو شخص عاقل رشيد ,ففيه أهلية الوجوب والأداء والعبارة ولذلك فهو أهل التعاقد شرعا وقانونا ولذلك فغن الشريعة الإسلامية لم يحدا من عقود المريض مرض الموت وتصرفاته لانعدام أهليته أو نقصها وإنما للحفاظ على حق الدائنين والوارث لتمكين الدائنين من استيفاء ديونهم ولكي لا يتمكن هو من تضييع حق الورثة في تركه.

ومرض الموت وإن كان من عوارض الأهلية التي تقتضي تغيرا في بعض الأحكام فغنه لا ينافي أهلية الوجوب أي التزامه بالواجبات الشرعية سواء أكانت من حقوق لله تعالى كالصلاة أو الزكاة أو من حقوق العباد كالقصاص ونفقة الأزواج والأولاد ,ولا يتنافى كذلك أهلية العبادة أي احترام الأقوال التي تصدر عنه بغض النظر عن لزومها ونفاذها لأنه لا يخل بالعقل ولا يمنعه من استعماله ,حتى صح زواج المريض وطلاقه وانعقدت جميع تصرفاته وجميع ما يتعلق بالأقوال التي تصدر عنه.

الفصل الثاني

الفصل الثاني :تصرفات المريض مرض الموت.

أورد التّقنين المدني الحكم العام الذي يحكم تصرفات المريض مرض الموت سواء كان التصرف بيعا أو غير بيع في المادة 776 التي تنص على أن كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه الأحكام الوصية أيا كانت تسمية التي تعطى إلى هذا التصرف.

وتصرفات المريض مرض الموت متنوعة ومختلفة من حيث الأثر الناتج فبعضها لا يكون أثر سلبي ومستحب وبعضها قد تكون عقود معوضة مثل البيع والغبراء والشراء ... إلخ.

وقد تكون عقود ترتيب التزام من طرف واحد كالوصية والهبة والوقف وقد يترتب عليها آثار جانبية مثل الطلاق والخلع.

ولهذا سنحاول دراسته من خلال المبحثين سنتطرق لدراسة سنتطرق لدراسة التصرفات الشخصية والتصرفات المالية وتكون كالآتي:

في المبحث الأول :التصرفات الشخصية.

- **المطلب الأول** :الطلاق.
- **المطلب الثاني** :الخلع.
- **المبحث الثاني** :التصرفات المالية بعوض والتبرعات.
- **المطلب الأول** :التصرفات بعوض
- **المطلب الثاني**:التصرفات التبرعية.

المبحث الأول :التصرفات الشخصية:

إن المريض مرض الموت يبرم تصرفات مثله مثل الشخص العادي وتزن هذه التصرفات إما ملزمة لجانبين أو ملزمة لجانب واحد مثل التبرعات والتصرفات الملزمة لجانبين تتمثل في العقود وتكون تصرفات خاصة بالشخص المريض كالزواج والطلاق والخلع وعلى هذا سنتطرق لدراسة تصرفات المريض مرض الموت الشخصية من طلاق وخلع.

المطلب الأول :الطلاق في مرض الموت

الطلاق حق للزوج يوقعه في أي وقت إذا وجد ما يقتضيه صحيحا كان أو مريضا مادامت أهليته للتصرف موجودة فإنه لأجر عليه في ذلك.

فإن طلقها طلاقا رجعيا ومات وهي في العدة ورثته بلا خلاف لقيام الزوجية حكما وهي سبب للإرث يستوي في ذلك الطلاق في الصحة أو المرض.

وإذا طلقها طلاقا بائنا بينونة صغرى أو كبرى انقطعت الزوجية فلا ميراث لها في العدة أو بعدها إذا كان الطلاق في حالة الصحة أو المرض العادي الذي لا يسلم إلى الموت[1].

أما إذا كان الطلاق في مرض الموت فأكثر الفقهاء على انه ترثه لأنه يعتبر فاراً من ميراثها في هذه الحالة فيعامل بنقيض مقصود وليس في ذلك كتاب ولا سنة وإنما كان من مواضع اجتهادات الصحابة رضوان الله عليهم.

الفرع الأول :شروط طلاق المريض مرض الموت:

ويشترط علماء الفقه لاعتبار المريض فارا من إرث زوجته الشروط التالية:

1- أن يطلقها في مرض الموت طلاقا بائنا لأن الطلاق الرجعي يثبت فيه الميراث دائما سواء كان برضاها أو بغير رضاها مادامت في العدة.

[1] نبيل صقر، تصرفات مريض مرض الموت، دار الهدى، الجزائر، ص147.

2-أن يكون الطلاق البائن بعد الدخول الحقيقي فلو كان الطلاق البائن قبل الدخول الحقيقي ولو بعد الخلوة الصحيحة لا تستحق ميراثا لعدم تحقق الفرار منه.

3-أن تستمر أهلية الزوجة للميراث من وقت الطلاق إلى وقت الوفاة.

4-أن يموت والمطلقة في العدة فلو مات بعد انتهاء العدة لا ترثه لانقطاع الزوجية.

5-أن يكون طائعا مختارا غير مكره[1].

الفرع الثاني :موقف التشريعات:

لقد أخذت القوانين العربية فيما يتعلق بحكم طلاق المريض مرض الموت بوقوع الطلاق مريض مرض الموت وميراث زوجته منه بشرط أن تستمر أهليتها للإرث من وقت الإنابة إلى الموت كما أن القضاء العربي حكم بأن مرض الموت هو الذي يعجز صاحبه عن مباشرة أعماله خارج البيت ولا يعتبر ذلك إذا ثبت مزاولة المتوفي لعمله خارج بيته بعد وقوع الطلاق والطلاق الواقع في هذه الحالة لا يعتبر فرارا من الموت وإن أعقبته الوفاة.

ولم يورد المشرع الجزائري نصا بهذا المعنى وعليه نطبق أحكام الفقه المالكي الذي يرى بأن زوجته ترث زوجها ولو طلقها في مرض الموت ولو انقضت العدة وتزوجت بغيره ولو كان الطلاق برضاها واختيارها ولا يرثها هو إذا ماتت لأنه هو الذي فوت على نفسه حقه في الميراث ولقد جاء في شرح **الخرشي على خليل** بأنه:"إذا طلق في مرضه المخوف ثم مات فيه فإن الرجل لا يرثها ولو طلقها مريضة لأنه هو الذي أسقط ما بيده"...

وهو ما حكمت به المحكمة العليا من أن المرض الموت هو الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا ويجري إلى الموت ويفقد الشخص وعيه وتميزه ومن هنا فإن القصد الآثم مردود على صاحبه

[1] بلحاج العربي، أبحاث و مذكرات في القانون و الفقه الإسلامي، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1996، ص635.

عند المالكية وقد قصد المطلق حرمانها من الميراث فيرد عليه قصده وذلك بثروتها كما لو لم يطلقها سواء كانت مدخولا بها أم لا انقطعت عدتها وتزوجت أم لا ,لأن المطلقة بعد أن تتزوج بغيره تكون قد انقطعت عن الصلات الزوجية بين الزوجين كسبب شرعي ومن أسباب الإرث وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري في الموارد 130-126 قانون الأسرة وأكده في المادة 32 قانون الأسرة[1].

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح القانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول الطبعة الخامسة، الديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، ص244-245.

المطلب الثاني :خلع المريض مرض الموت.

الخلع هو فرقة من الزوجين بعوض بلفظ طلاق أو خلع ,كقول الرجل للمرأة طلقتك أو خالعتك على كذا ,فتقبل هذا عند الشافعية.

أو فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة وفائدته تخليصها من الزوج على وجه لا رجعة له عليها إلا برضاها ويصح خلع المريض مرض الموت ,لأنه لو طلق بغير عوض لصح فلأن يصح بعوض أولى ,ولأن الورثة لا يفوتهم بخلعه شيء وعبّر المالكية عن ذلك بقولهم :ونفذ الخلع المريض مرضا مخوفا إشارة إلى أنه لا يحرم ابتداء لما فيه من إخراج وارث وثلاثة على المشهور زوجته المخالعة في مرضه إن مات منه ككل مطلّقة بمرض موت مخوف ,حتى لو انتهت عدتها وتزوجت بغيره ولا يرثها هو إن ماتت في مرضه قبله ولو كانت مريضة حال الخلع أيضا :لأنه هو الذي أسقط ما كان يستحقه[1].

خلع المريض مرض الموت صحيح ويعتبر البدل من ثلث مالها كالوصية لأته تبرع.

فإن ماتت وهي في العدة فلما خالعها الأقل من ميراثه ,ومن بدل الخلع للإحتياط وخوفا تهمة المواضعة بين الزوجين على أن تعطيه أكثر من حقه الذي تعلق بمالها وهي في مرضها.

وإن ماتت بعد انقضاء العدة فله الأقل من بدل الخلع ومن الثلث وذلك لامتناع الإرث في هذه الحالة.

وإن برأت من مرضها فله جميع البدل المسمى كما هو الشأن في تصرفات المريض إذا برئ فإنها كتصرفاته في حال صحته.

مسألة:

قال:(ولو خالعها في مرض موته وأوصى لها بأكثر مما كانت ترث فللورثة أن لا يعطوها أكثر من ميراثها)

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، الجزء السابع، دار الفكر، الجزائر، ص485-491.

أما خلعه لزوجته فلا أشكال في صحته ,سواء كان بمهم مثلها أكثر أو أقل ,ولا يعتبر من الثلث لأنه لو طلق بغير عوض لصح فلأن يصح بعوض أولى ولأن الورثة لا يفوتهم بخلعه شيء ,فإنه لو مات وله امرأة لبانت بموته ولم تنتقل لورثته فأما إن أوصى لها بمثل ميراثها ,أو أقل صح لأنه لا تهمة في أنه أباها ليعطيها ذلك فإنه لو لم يبنها لأخذته بميراثها وإن أوصى لها بزيادة عليه ,فللورثة منعها ذلك لأنه اتهم 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 لوارث[1].

قال :(وإذا خالعت المرأة في مرض موتها بأكثر من ميراثه منها فالخلع واقع ,وللورثة أن يرجعوا عليه بالزيادة)

وجملة الأمر أن المخالعة في المرض صحيحة سواء كان المريض الزوج أو الزوجة أوهما جميعا لأنه معاوضة ,فصح في المرض كالبيع ولا نعلم في هذا خلافا ثم إذا خالعته المريضة بميراثه منها فما دونه صح , ولا رجوع إن خالعته بزيادة بطلب الزيادة وهذا قول الثوري وإسحاق وقال أبوحنيفة له العوض كله فإن حابته فمن الثلث لأنه ليس بوارث لها فصحت محاباتها له من الثلث كالأجنبي وعن مالك كالمذهبين وعنه :يعتبر بخلع مثلها وقال الشافعي :إن خالعت بمهر مثلها ,جاز وإن زاد فالزيادة من الثلث ولنا ,على أنه لا يعتبر مهر المثل تقويم له وعلى إبطال الزيادة ,أنها مهتمة في أنها قصدت الخلع لتوصل إليه شيئا من مالها بغير عوض على وجه لم تكن قادرة عليه وهموا وارث لها فبطل ,كما لو أوصلت له وأقرت له وأما قدر الميراث ,فلا تهمة فيه فإنها لو لم تخالعه لورث ميراثه وإن صحت من مرضها ذلك صح الخلع ,وله جميع ماخالعها به لأننا تبينا أنه ليس بمرض الموت والخلع في غير مرض الموت كالخلع في الصحة[2].

[1] نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، دار الهدى للنشر، ص153.
[2] نبيل صقر المرجع السابق ذكره، ص154.

المبحث الثاني :التصرفات المالية بعوض والتبرعات.

إن أي شخص يمكن أن أفي جميع أمواله لمن يريد وحرصه على أن لا يتجرد من ماله حال حياته , فيجوز له أن يبيع أو يهب كل أمواله أو بعضها دون أن يكون لأحد حق مراجعته أو مجرد الاعتراض عليه لأنه إنما يتصرف في خالص حقه.

أما إن احتفظ بأمواله طوال حياته وتصرف فيها كلها أو بعضها تصرفا لا ينفذ إلا بعد موته.

ولم ير المشرع داعيا لتقيد الحق الشخص في التبرع حال حياته ,لأنه قد حرص المرء على أن لا يجرد نفسه من ماله كفيل بالحد من رغبته في التبرع طالما بقي له أمل في حياته لا يعرف مداها لكنه قدر أيضا هذا الحرص يزول متى يشعر بدنو أجله وقرب انتقال أمواله إلى ورثته ,ولذلك رأى المشرع الجزائري أن يفوض على تصرفات المريض مرض الموت قيودا سواء كانت تبرعا أم بيعا.

وقد نصت المادة 408 من القانون المدني الجزائري على أنه" :إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة أما إذا تم البيع لغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال."

وعلى هذا سنتناول في هذا المبحث ما يلي:

المطلب الأول :البيع في مرض الموت.

المطلب الثاني :الهبة والوقف.

المطلب الأول *:البيع في مرض الموت.*

الفرع الأول :البيع في مرض الموت

نص المشرع على أحكام بيع مريض مرض الموت في المادتين 408 و 409 من القانون المدني، و تطيق هذه القواعد يقتضي أن يثبت المتصرف له أن العقد بيع و ليس تبرعا .

و تنص المادة 408 على" :إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا، إلا إذا أقره باقي الورثة "

فإذا لم ينفذ البيع في حق الورثة بقي الشيء المبيع عنصرا من عناصر التركة، على أن يرد المشتري الثمن الذي دفعه للبائع.

و إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه، و من أجل ذلك يكون قابلا للإبطال و يترتب على البطلان أن يرد للمشتري الثمن الذي ثبت دفعه للبائع و أن يرد المشتري المبيع[1].

غير أن المشرع في المادة 409 ق.م استثنى من هذه الأحكام الحالة التي يكون فيها المتصرف إليه قد تصرف في الشيء إلى شخص آخر، ورتب له حقا عينيا على المبيع .فإن كان الغير حسن النية و كان التصرف صادر إليه معاوضة فلا تؤثر على الحق الذي اكتسبه، و ذلك بشرط أن يكون قد اكتسب فعلا الحق العيني اكتسابا يجوز به الاحتجاج على الغير، إذ أن ورثة البائع يعتبرون غيرا بالنسبة للتصرفات التي يبرمها المشتري، فإن كان الشيء عقارا وجب أن يكون قد تم شهره.

الفرع الثاني : بيع المريض مرض الموت لوارث

إن البيع الحاصل من المورث و هو في حالة مرض الموت لأحد ورثته لا ينفذ إلا إذا أقره باقي الورثة و يتبين من ذلك أن المشرع اعتبر البيع لوارث كله محاباة، أي دون ثمن أصلا فطبق عليه حكم الوصية كاملا،

[1]الدكتور أنور طلبة نفاذ و إنحلال عقد البيع، دار الكتب القانونية2003.

و في حالة عدم الإقرار فإن المبيع يبقى ضمن عناصر التركة .و تجدر الإشارة أن نص المادة 408 ق.م باللغة الفرنسية تتعارض مع النص العربي، بحيث أن النص باللغة الفرنسية يشترط أن يتم البيع في حالة اشتداد المرض[1]«وهو شرط لم يرد في النص العربي، و لم تشترطه الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الذي استقى منه المشرع الجزائري أحكام تصرفات المريض مرض الموت .

فالنص العربي اشترط أن يتم البيع في مرض الموت، و عبارة مرض الموت تكفي لأن تحوي في طياتها شروط قيام حالة المرض، من غلبة الهلاك و العجز و اتصال الموت بمرض فعلا.

و لقد وجهت انتقادات[2] للنص فيما يخص الحكم الوارد به على أساس أنها و إن وافقت المادة 189 من قانون الأسرة، فإنها لا تتماشى مع المادة 185 من نفس القانون، بمعنى أن المورث يجوز له الوصية بثلث ماله، و إذا باع للوارث ما يعادل ثلث المال فهذا لا يحتاج لإقرار الورثة، و بهذا يرى المنتقدين ضرورة التعديل، بحيث يكون نفاذ البيع لوارث دون إقرار الورثة إذا لم يجاوز ثلث التركة.

و النص اعتبر البيع لوارث كله محاباة و أعطاها حكم الوصية، متماشيا مع أحكام الشريعة الإسلامية التي جعلت البيع الحاصل من المورث و هو في حالة مرض الموت لأحد ورثته، لا يكون نافذا في حق سائر الورثة إلا إذا أجازوه و الإيجازة[3] ضرورية وفقا لمذهب الإمام أبي حنيفة، و لو كان البيع بثمن مثل لثبوت حق الورثة جميعا في أعيان التركة ذاتها، فتصرف المورث في حال المرض لأحد الورثة فيه إيثار أحد الورثة على الأخر، و هذا يولد الحقد بين الورثة خاصة أن لهم حق في مال المورث من وقت بدء المرض، و بالتالي فوقف النفاذ على الإقرار بعد الوفاة فيه عدل لحقوق الورثة المحددة بأحكام المواريث، هذا حتى وإن كان

[1] الدكتور سليمان مرقص، شرح القانون المدني، العقود المسمات، عقد البيع، القاهرة عالم الكتاب 1980 ص566.
[2] الدكتور علي علي سليمان، إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، المطبوعات الجامعية 1992 ص128-129.
[3] الدكتور سليمان مرقص، المرجع السابق ص566.

البيع بثمن المثل، لأنه قد يبيع المورث خلال مرضه لوارث عين نادرة الوجود[1] بقيمة المثل، وكانت هذه العين لها قيمة معنوية لدى جميع أفراد العائلة، فإن البيع فيه محاباة حتى ولو كان بثمن المثل فضلا على أنه لو لم يتم هذا البيع فبعد الوفاة و إجراء قسمة التركة، فإن هذه العين قد لا تكون من نصيب هذا الوارث وإذا تمسك بها فلا يكون له ذلك إلا بإقرارهم.

و هذا ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها" :من المقرر قانونا أنه إذا باع المريض مرض الموت لوارث، فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد إساءة في تطبيق القانون [2]"...

وقضت أيضا" من المقرر قانونا أن عقد البيع المنجز أثناء مرض الموت لفائدة الوارث، لا يكون نافذا إلا إذا أقره باقي الورثة [3] "...

و بما أن النص يتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية و المادة 189 من قانون الأسرة فإنني أقترح عبارة "حتى ولو كان البيع بثمن المبيع "و هذا في أخر الفقرة، مع تصحيح النص باللغة الفرنسية وفقا للنص العربي بعد إحداث التعديل المقترح.

الفرع الثالث : بيع المريض مرض الموت لغير وارث:

نصت المادة 408 فقرة 2 من القانون المدني أنه" إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال "

تجدر الإشارة أن النص باللغة الفرنسية يتضمن تعرضا مع النص باللغة العربية، فالنص العربي يعتبر التصرف غير مصادق عليه و من أجل ذلك يكون قابلا للإبطال، و النص الفرنسي يفترض أن البيع قد تم بدون رضا صحيح أي أن النص العربي جعل أساس القابلية للإبطال، أن يكون البيع غير مصادق عليه، دون

[1] الإمام محمد أبو زهرة، أحكام التركات و المواريث، القاهرة 1987 دار الفكر العربي ص9.
[2] قرار رقم:62165 المؤرخ في 1990/07/09 المجلة القضائية عدد 04 سنة 1991 ص68.
[3] القرار رقم: 139123 المؤرخ في 1996/07/09 المجلة القضائية عدد 02 سنة 1996 ص80.

تبيان ممن تصدر هذه المصادقة، والنص الفرنسي جعل أساس القابلية للإبطال عيب شاب الرضا دون تبيان هذا العيب [1]و عيوب الرضا هي الغلط، التدليس، الإكراه، الاستغلال و نقص الأهلية للقصر .

والشريعة الإسلامية قيدت تصرفات المريض لتعلق حقوق الورثة بالتركة من تاريخ بدء المرض وليس لعيب في رضاه .

وإذا كان التصرف للغير قابل للإبطال فلمن يكون حق الإبطال؟ فإن كان لمصلحة المريض فهذا الأخير لا يعتبر في حالة مرض الموت، إلا بتحقق نتيجة الوفاة .و بالتالي فالإبطال غير ممكن بالنسبة له وعليه فالحديث عن القابلية للإبطال في غير محله، لأن المسألة تتعلق بمدى نفاد تصرفات المريض مرض الموت لغير الوارث، والحكم الوارد في نص المادة 408 من الفقرة 2 من القانون المدني خاطئ ومخالف لأحكام الشريعة الإسلامية، كونها لا تعتبر كل بيع في مرض الموت لأجنبي كالوصية في أحكامها، بل البيع الذي يأخذ حكم الوصية هو" البيع بالمحاباة "لأنها اعتبرت البيع صحيحا ونافذا في حق الورثة إذا تم بثمن المثل أو دونه بقليل، وكذلك إذا تم بثمن دون المثل بكثير وكان يخرج من ثلث التركة .

أما إذا كان الفرق أكثر من الثلث، كان للورثة حق مطالبة المشتري بتكملة الثمن بحيث ينقص هذا الفرق إلى ثلث التركة، أو يفسخ البيع[2] لذلك لابد من أن نبين الفرضيات التالية :

أ –التصرف بالبيع دون ثمن أصلا :

الثمن النقدي من الخصائص الأساسية في عقد البيع طبقا للمادة 351 من القانون المدني فإذا لم يستطع المشتري أن يثبت دفعه الثمن اعتبر التصرف هبة، وكان لها حكم الوصية في مرض الموت وخضعت في ذلك لأحكام الوصية تطبيقا لنص المادة 204 من قانون الأسرة والمادة 776 من القانون المدني.

[1] الدكتور علي علي سليمان، المرجع السابق ص129-130-131-132أنظر أيضا محمد زهدور محمد، الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية، الجزائر، المؤسسات الوطنية للكتاب، 1991 ص135.

[2] الدكتور سليمان مرقص، المرجع السابق ص566.

و على ذلك إذا كانت قيمة المبيع لا تزيد على ثلث التركة، نفذ التصرف في حق الورثة دون حاجة لإجازتهم، و فيما زادت قيمة المبيع على ثلث التركة لم تنفذ فيما جاوز الثلث إلا بإجازة الورثة، فإن لم يجيزوا وجب على المتصرف له أن يرد إلى التركة ما جاوز ثلثها إلى حد تكملة الثلثين فيها من مال الورثة وليس للمورث أن يتصرف فيها بالوصية تطبيقا للمادة 185 من قانون الأسرة.

ب –البيع بما لا يقل عن القيمة :

الثابت قانونا إذا أثبت المشتري أنه دفع للبائع ثمنا لا يقل عن قيمة المبيع، اعتبر هذا البيع صحيحا منتجا لآثاره ونافذا في حق الورثة دون حاجة لإجازتهم لانتفاء شبهة المحاباة في الثمن[1]، وهو حكم جل التشريعات العربية عملت بأحكام الشريعة الإسلامية، وهو ليس بحكم القانون المدني الجزائري، الذي جاء حكمه عاما من أن البيع قابل للإبطال لمصلحة الوارث .

ج –البيع بأقل من القيمة بما لا يجاز ثلث التركة :

إذا كان مقدار ما دفعه المشتري ثمنا للمبيع وقت الموت لا يجاوز ثلث التركة داخلا فيها المبيع نفسه، كان من المفروض أن يكون البيع صحيحا نافذا في حق الورثة دون حاجة لإجازتهم، لأن هذا يعتبر وصية لغير وارث فتأخذ حكمها .

حيث يجوز الإيصاء لغير الوارث في حدود الثلث، لكن بما أن التصرف تم في شكل بيع فيخضع لنص المادة 408 من الفقرة 2 ولأجل ذلك يكون قابلا للإبطال[2].

[1] الدكتور عبد الرازق السنهوري، الجزء الرابع، المرجع السابق ص329.
[2] الدكتور محمودي عبد العزيز، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، التصرف في مرض الموت و التصرف مع الاحتفاظ بالحيازة و المنفعة مدعم بتطبيقات قضائية، قصر الكتاب، الطبعة 2006 ص92.

د : بيع المريض مرض الموت الذي لا وارث له :

إن أساس فكرة بطلان تصرفات المريض مرض الموت ليست بأحكام الأهلية ولا الحجر عليه، وإنما الثابت فقها أنها تتعلق بحق الورثة في الميراث، ورجحان شبهة الشك والريبة في المريض، ومن ثم فإن تصرفات المريض في هذه الحالة تعتبر صحيحة و لو تناولت جميع ماله، **بشرط ألا يكون دينه مستغرقا لأمواله** [1]. **فالمريض مرض الموت الذي لا وارث له و لا دين عليه مستغرقا لكل مال له، أن يبيع أو يوصي بماله كله أو بعضه لمن يشاء، وينفذ بيعه أو وصيته دون توقف على إجازة بيت المال.**

تقدير نص المادة 408 من القانون المدني :

يثير تطبيق نص المادة 408 ق.م إشكالات قانونية يصل مداها إلى حد التناقض الموضوعي، وفي الأساس بين القانون المدني وقانون الأسرة، ولا يقع تطبيق المبدأ المعمول به قانونا" الخاص يقيد العام " ولأجل هذا يعتبره بعض الفقهاء خاصة فقهاء القانون الخاص[2] **نصا معيبا خالف به المشرع الجزائري معظم التشريعات العربية الأخرى كالمصري مثلا .**

حماية الغير حسن النية في البيع المريض مرض الموت:

قد يكسب المتصرف إليه حقا عينيا على المال المتصرف به من طرف المورث المريض مرض الموت كما يقع أن يتصرف مشتري المبيع من المريض مرض الموت إلى آخر البيع كأن يبيعه أو يرهنه ,وغالبا ما تمضي فترة قصيرة بين صدور البيع في مرض الموت وبين وفاة المتصرف فباستعمال حق الورثة المتضررين من البيع في المرض الموت نتهدد مركز الغير المبين في نص المادة 408 من القانون المدني ويمكن أن يلحق به الضرر في حالة تطبيق هذا النص ولكن العدالة تستلزم حماية هذا الغير من الضرر جراء ما يصيبه من ضرر

[1] الدكتور أحمد الرازق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الرابع ص329.
[2] الدكتور علي علي سليمان، المرجع السابق ص123.

لذلك جاء المشرع في المادة 409 والتي تنص على ما يلي" لا تسري أحكام المادة 408 على الغير حسن النية إذا كان الغير كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع".

نستخلص من هذه المادة اشترطت شرطين:

أولا :يجب أن يكون الغير قد كسب حقه بعوض:

يجب أن يكون اكتساب الغير للمبيع بعوض كي يستفيد من الحماية المقررة له بموجب المادة وإلا فإن الورثة أولى بحماية حق مورثهم اذا تصرف بغير ثمن أصلا وكانت قيمة العين تزيد على ثلث التركة أو باع بأقل من القيمة بما يتجاوز ثلث التركة.

وفي هاتين الحالتين إذا لم يرد المتصرف إليه التركة ما يفي بتكملة ثلثيها كان للمورثة أن يستوفوا من العين التي تصرف فيها المريض ما بقي بتكملة ثلثيها وإذا تبرع المتصرف بالعين جاز للورثة أن يتتبعوا العين في يد المتبرع له وأن يستوفوا منها حقهم.

أما إذا كان المتصرف له قد تصرف في العين معاوضة لا تبرعا بأن باعها مثلا من شخص آخر فإن الورثة لا يستطيعون تتبع العين في يد المشتري إذا كان حسن النية أي إذا كان المشتري لا يعلم وقت شرائه العين أن للورثة حقا فيها بل كان يعتقد أنها ملك خالص للبائع.

ولا يبقى للورثة في هذه الحالة إلا الرجوع بحقهم على من تصرف له المريض[1].

ثانيا :أن يكون الغير حسن نية:

اشترطت م 409 ق.م أن يكون الغير حسن النية الذي لا يعلم وقت تعامله مع المشتري أن للورثة حقا عينيا على المبيع وإن حق الورثة في الإبطال العقد عندما يكون الغير سيء النية يعلم أن تعامله مع

[1] عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني،الجزء الرابع، المرجع السابق ذكره ص339-340.

مريض مرض الموت وفق ملابسات وماعدا ذلك فلا سبيل لهم عليه في وجه الحماية المكسوبة

بموجب المادة ,409 وبتوافر الشرطين الأساسين يحتفظ الغير بحقه الذي كسبه

المطلب الثاني: التصرفات التبرعية

الفرع الأول :الوصية في مرض الموت:

– الوصية هي تصرف مضاف إلى ما بعد الموت بمقتضاه ينقل أو يرتب الموصى على سبيل التبرع حقا ماليا في تركته إلى الموصى له [1].

–وقد خلص الدكتور زهدور محمد بعد أن تطرق إلى العديد من التعريفات الفقهية ، إلى أن الوصية تصرف قانوني من جانب واحد يفضي إلى كسب الملكية ، إذا تصرف الشخص في ماله ، بمقتضاها تصرف مضافا إلى ما بعد وفاته[2] .

تعتبر أحكام الوصية في الشريعة الغراء بمثابة العمود الفقري، وهي الشريان الذي أمد القوانين العربية ومنها القانون المدني الجزائري، بما نجد من تصرفات المريض مرض الموت وقد أدرجها المشرع الجزائري في قانون الأسرة فقد نصت المادة 184 على ما يلي :" الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريقة التبرع" .

ثم جاءت المادة 185: منه محددة الجزء الموصى به من التركة، ووضعت حكم لما بقي من التركة فقالت: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة. "

وقد ألحق القانون المدني الجزائري بالوصية تصرفين قانونين أعطاهما حكمهما، وهما التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحيازة، وتصرفات المريض مرض الموت، وهما ما يهمنا التصرفات التي تأخذ حكمها والصادرة في مرض الموت.

ومنه نصت الفقرة الأولى من المادة 776 من القانون المدني الجزائري على ما يلي :

" كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت ، بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية ، أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف."

[1] عامر الرشاد السيد، تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري مقارنا بالشريعة و القوانين الأخرى، رسالة ماجيستار بن عكنون الجزائر ص72.

[2] الدكتور زهدور محمد، الوصية في القانون المدني و الشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر سنة 1991 ص50.

و نستنتج من نص هذه الفقرة أن التصرف الصادر عن المورث في مرض الموت يكون مقصودا به التبرع يعتبره القانون وصية مستترة، و تسري عليه أحكام الوصية، و لذلك فإن التصرف لا ينفذ في حق الورثة إلا باعتباره وصية في حدود الثلث، و لا ينفذ فيما عدا ذلك إلا إذا أجازها، فالنص إذا عمم فأعطى حكم الوصية لكل عمل قانوني يصدر في مرض الموت بما في ذلك البيع و الهبة و الإقرار والإبراء إلى غير ذلك من التصرفات التي يقصد بها التبرع [1].

و قد جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا الصادر بتاريخ" 26/05/1991 يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها، إذا تصرف شخص لأحد ورثته و استثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه و الانتفاع به مدة حياته، ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك "بحيث أن الوصية ما هي إلا العقد الذي بموجبه شخص يتصرف في ملكيته بلا مقابل بالأجل الذي لم يكن فيه على قيد الحياة[2]"...

و في قرار آخر صادر في..." 26/02/1992 طبقا للمبدأ الشرعي أن كل تصرف يضاف إلى ما بعد الموت يعتبر وصية ولا ينفذ في حق الورثة [3]"

وفي قرار صادر في ..." 27/06/1995 غير أن الوصية هي تمليك مضاف إلا ما بعد الموت بقصد التبرع "...

الفرع الأول :شروط الوصية الصادرة من المريض مرض الموت

حتى تسري أحكام الوصية على تصرف ما يجب كما هو ظاهر من نص المادة 776 من القانون المدني الجزائري، أن يتوافر فيه شرطان :أن يكون تصرف صادرا في مرض الموت، وأن يكون مقصودا به التبرع.

أولا :أن يصدر التصرف من المورث في مرض الموت.

[1] رشاد السيد إبراهيم عامر، تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري مقارنة بالشريعة الإسلامية و القوانين الأخرى، بحث لنيل شهادة الماجيستار الجزائر 1989.

[2] قرار رقم: 74249 مؤرخ في 1991/05/26 عن الغرفة المدنية، غير منشور.

[3] قرار رقم: 85474 مؤرخ في 1995/06/27 عن غرفة الأحوال الشخصية.

– حسب المادة 776 ق .المدني الجزائري فالحكم عام ولا يقتصر على البيع، فهو يشمل كل تصرف صدر في مرض الموت أيا كانت التسمية التي أعطيت له[1]، لأنه من الجلي أن كلمة التصرف تتسع للتبرعات والمعاوضات معا ، لأنها كلمة عادية.

ومن ثم يدخل إلى جانب البيع ، الهبة و الإقرار والإبراء و غير ذلك من التصرفات.

فإذا وهب المورث عينا أو أقر بدين عليه، أو أبرأ مدينا له، وصدر التصرف والمورث في مرض الموت سرت على هذا التصرف أحكام الوصية ، فلا تنفذ الهبة ولا الإقرار بالدين ولا الإبراء من الدين إلا في ثلث التركة ، ما لم تجز الورثة ما تجاوز الثلث في كل ذلك[2].

وعبئ إثبات أن التصرف قد صدر في مرض الموت يقع على الورثة، وله إثبات ذلك بجميع الطرق ويدخل في ذلك البينة والقرائن،لأنهم إنما سيثبتون واقعة مادية، فيستطيعون إثبات مرض الموت بتقارير الأطباء وبشهادة الشهود بالقرائن المستخلصة من ظروف المرض و بغير ذلك من الأدلة[3].

فالورثة يعتبرون من الغير بصدد سريان التصرف ، الذي يصدر من مورثهم في مرض الموت ، فهو لا يسري في حقهم إذا كان تبرعا فيما تجاوز ثلث التركة إلا بإيجازهم، و ذلك نظرا لتعلق حقهم بأموال المورث من وقت نزول هذا المرض، و لكنهم لا يعتبرون من الغير بالنسبة إلى مسألة ثبوت تاريخ المحرر العرفي الذي يصدره مورثهم و العلة في ذلك أن الورثة يعتبرون خلفا عاما لمورثهم ، ولذا يسري عليهم ما كان يسري في حقه ، و المقصود بالمحرر العرفي، هو سند التصرف الصادر في مرض الموت[4] فإذا ادعى الورثة أن الورقة العرفية التي تحمل تاريخا معينا هي ورقة لا تحمل التاريخ الحقيقي لأنها صدرت في مرض الموت مورثهم و لكن تاريخها قد جرى تقديمه للتفلت من الطعن عليها ، فهنا تجب عليهم أن يقيموا الدليل على صدق

[1] الدكتور عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج،9، ص119.
[2] الدكتور محمد زهدور، المرجع السابق، ص139.
[3] الدكتور عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج،9، ص139.
[4] الدكتور محمد زهدور، المرجع السابق، ص139.

أقوالهم، أي تجب عليهم أن يثبتوا أن التصرف قد صدر في مرض الموت بكافة طرق لإثبات كما ينطوي عليه تقديم تاريخ التصرف من غش ، أريد به الإخلال بحقهم الشخصي في الميراث [1].

ثانيا :أن يكون القصد من التصرف التبرع

-أيضا أن يكون التصرف الصادر من المورث في مرض الموت قد قصد به التبرع ، ذلك أنه من المحتمل و إن كان هذا نادرا، أن يكون المورث قد تصرف في مرض موته معاوضة لا تبرعا، وأكثر ما يقع ذلك في عقد البيع ، فإن كان الثمن لا محاباة فيه فإن البيع ينفذ في حق الورثة، وتسري عليه أحكام البيع لا أحكام الوصية، أما إذا كان في الثمن محاباة، فهذه المحاباة وحدها هي التي تسري عليها أحكام الوصية[2] . وعبئ إثبات أن التصرف الصادر من المورث في مرض الموت قد قصد به التبرع لا يقع على الورثة، كما يقع العبئ عليهم في إثبات أن التصرف صدر في مرض الموت وإنما يقع هنا على من صدر له التصرف ذلك أنه مهما أثبت الورثة أن التصرف قد صدر في مرض الموت، فقد أقام القانون قرينة قانونية على أن هذا التصرف إنما قصد به التبرع ، فالإنسان لا يتصرف في مرض موته عادة إلا على سبيل التبرع، و يندر أن يكون في تصرفه والموت ماثل أمام عينيه قد قصد المعاوضة، على أن هذه القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس ، فيجوز لمن صدر له التصرف أن يدحضها بأن يثبت أنه دفع عوضا للمورث، فإذا أثبت ذلك وكان في التصرف مع ذلك محاباة له ، فإن هذه المحاباة وحدها هي التي تسري عليها أحكام الوصية كما سبق القول[3].

ونجد في هذا الجانب بعض القرارات الصادرة عن المحكمة العليا منها ما يلي:

القرار الصادر بتاريخ 23/04/1996 الذي جاء في حيثياته ... " :وحيث أن الدفع بأن قضاة الموضوع بمجلس قضاء قسنطينة، لم يردوا على احتجاج الطاعن أمامهم بكون عقد الوصية خال من الهدف الخيري

[1] الدكتور عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج،9، ص223-224.
[2] رمضان أبو السعود، الوسط في الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول مصدر الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني المصري و اللبناني، دار الجامعية بيروت 1985.
[3] الدكتور عبد الرزاق السنهوري و رمضان أبو السعود(نفس المرجعين السابقين).

في حين أن هذا الدفع لا يستحق الإجابة و الرد عليه، لأنه لا يوجد أي قانون من القوانين الوطنية ما تجعل من شرط صحة الوصية أن يكون هدفها خيري، كما جاء في ادعاء الطاعن لأن الهدف من الوصية هو التبرع، وهذا ما أشارت إليه المادة 184 من قانون الأسرة"...

الفرع الثاني :الهبة في مرض الموت:

تنص المادة 202 من قانون الأسرة، على أن" الهبة تمليك بلا عوض، ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف على إنجاز الشرط."

-على ذلك بوصف الهبة تمليك بلا عوض في الحال، كانت من أشد التبرعات الضارة بالمتصرف ضررا محضا، أحاطها المشرع بضوابط هامة لاسيما تلك المتعلقة بأهلية التبرع، كما أنها تعتبر العقد العيني الوحيد في التشريع الجزائري التي يشترط فيها المشرع الرسمية للانعقاد طبقا لنص المادة 206 ق.أسرة، فإذا كان الواهب أهلا للتبرع من غير المرض جاز له أن يهب شرعا و قانونا كل ماله لوارث كان أو أجنبي، طبقا لأحكام المادة 205 ق.أسرة .ويترتب على ذلك أن الهبة الصادرة من المورث في حال صحته لأحد ورثته تكون صحيحة لخروجها من نطاق التحايل على قواعد الإرث ، إلا أن تصرفات الشخص لا تتقيد إلا ابتداء من مرض الموت و يحق لصاحب المصلحة الطعن فيما بعد الوفاة[1].

-كما تنص المادة 204 من قانون الأسرة :الهبة في مرض الموت و الأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية.

-كما سبق تبيانه المشرع أضاف حالة لم تتطرق لها جل التشريعات أو الفقه الإسلامي، ألحقها بمرض الموت فيما سماها بالحالات المخيفة دون تبيان معناها[2].

[1] الدكتور عبد الرزاق السنهوري، عقد البيع و المقايضة، ص316.
[2] الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمان.

أما عن حكم الهبة في مرض الموت فإن المشرع أعطاها بنص صريح حكم الوصية، وعلى هذا الرأي اعتبر الجمهور أن الواهب المريض مرض الموت تأخذ الهبة حكم الوصية.

– وبذلك إذا كانت الهبة لوارث فلا تنفذ إلا بإجازة الورثة والعبرة بصفة الوارث وقت الموت لا وقت الهبة وسواء تمت بأقل من الثلث أو أكثر منه، لأن الهبة في مرض الموت وصية و أنه لا وصية لوارث لتحقيق إيثار بعض الورثة على البعض الأخر طبقا لنص المادة 189 من قانون الأسرة [1].

هذا و أن الإجازة التي تصدر من الورثة يجب أن تتم بعد الموت ، فلا معنى لها قبل وفاة المريض ، أما إذا تمت لغير وارث فإنها تجوز في ثلث التركة وقت الوفاة ، داخلا فيها الشيء الموهوب وما زاد عن الثلث توقف على إجازة باقي الورثة بعد وفاة الواهب المريض ، تطبيقا لأحكام الوصية المادة 185 من قانون الأسرة ، ووجب عليه أن يرد إلى التركة ما جاوز الثلث ، و إذا تصرف الموهوب له في الموهوب الزائد على الثلث لا ينفذ التصرف في حق الورثة بغير إجازتهم إلا وفقا للقواعد العامة، لأن النص الخاص ببيع المريض مرض الموت لم يرد في هبة المريض مرض الموت، و من ثمة يسري التصرف في حق الورثة فيما جاوز الثلث، إذا كان المتصرف له حسن النية قبل تسجيل دعوى الاستحقاق التي ترفعها الورثة على الموهوب له مطالبين إياه بالزائد على الثلث، ولا يسري التصرف في حقهم من وقت تسجيل هذه الدعاوى ولو كان المتصرف له حسن النية .

[1] يشترط فقهاء الحنفية أن يكون الموهوب له قد قبض الهبة و إلا بطلت و هو الرأي المخالف لنص المادة 777 ق. مدني الخاصة بتصرف للوارث مع احتفاظ بالحيازة والانتفاع مدى الحياة خاصة انصبت الهبة على ملكية الرقبة فقط، لا سيما أن الحيازة تبقى في جانب المتصرف لمدى حياته و ليس أول من ثبوتها من التنصيص عليها في القد الرسمي إضافة إلى أن المشرع في متن هذه المادة نعطي بإمكانية إثبات عكسها.و قد قضت المحكمة العليا في قرارها... يجب نقض القرار الذي صحح عقد الهبة لم تتم الحيازة فيه، هذه الحيازة التي هي شرط لإتمام العقد، قال الإمام مالك رحمه الله (لابد من الحيازة في المسكون و الملبوس، فإن كانت دار سكنها خرج منها) غرفة الأحوال الشخصية قرار تحت رقم: 25554 المؤرخ في 1982/08/02.نشرة القضاة عدد خاص لسنة 1982 ص225.

الحالة الأولى :الموهوب لا يزيد عن 1/3 التركة:

ويترتب على أن الموهوب إذا تزد قيمته وقت الموت على ثلث التركة صحت الهبة سواء كان الموهوب له وارث أو غير وارث فإن الوصية أصبحت تجوز للوارث في الثلث كما تجوز لغير الوارث ولا حاجة إلى إجازة الورثة.

الحالة الثانية :الموهوب يزيد عن ثلث 1/3 التركة :المادة 198 من قانون الأسرة

فإذا كانت قيمة الموهوب وقت الموت تزيد عن 1/3 التركة صحة بغير إجازة الورثة في حدود الثلث ,سواء كانت الهبة للوارث أو لغير الوارث أما ما جاوز من الموهوب ثلث التركة فلا تصح الهبة فيه إلا بإجازة الورثة فإذا لم يجيز وواجب على الموهوب له أن يرد إلى التركة ما جاوز الثلث أي أن يرد إليها ما بقي بتكملة ثلثيها.

وإذا تصرف الموهوب له في الموهوب الزائد على الثلث لم ينفذ التعرف[1] في حق الورثة بغير إجازتهم إلا وفقا للقواعد العامة لأن النص الخاص ببيع المريض مرض الموت لم يرد في هبة المريض مرض الموت ومن ثم يسري التصرف في حق الورثة فيما جاوز الثلث إذا كان المتصرف حسن النية قبل تسجيل دعوى الاستحقاق التي ترفعها الورثة على الموهوب له مطالبين إياه بالزائد على الثلث ولا يسري التصرف في حقهم من وقت تسجيل هذه الدعوى ,ولو كان المتصرف إليه حسن النية.

ومن القرارات القضائية الصادرة في هذا الشأن قرار المحكمة العليا رقم 41-111 الصادر في-05 1986-05غير منشور حيث من المقرر فقها أنه يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل وإن صدر تبرعه أثناء مرض الموت تعتبر الهبة وصية ويجب على الورثة أن يثبتوا أن الهبة قد صدرت من مورثهم وهو في مرض موته ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق.

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري،الوسيط في شرع القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الثاني، الهبة و الشراكة و الفرض الدائم و الصلح، الجزء الخامس، ص129-130.

حيث يستخلص من تلاوة القرار المنتقد أن قضاء مجلس الإحالة بإبطالهم عقد الهبة اكتفوا بالقبول أن الواهب كان مريضا وقت تحرير الهبة بدليل أنه استدعى الموثق إلى منزله لتحرير العقد.

حيث أنه إذا كان شرط مرض الموت في إبطاله الهبة مسألة قانون فإن حصول هذا المرض يجب إثباته.

وبما أن قضاة الموضوع لما حكموا بإبطال الهبة المتنازع عليها دون إجراء تحقيق للتأكد من أن الهبة صدرت من الواهب وهو في مرض موته لم يسببوا قرارهم تسبيبا كافيا ولم يؤسسوا تأسيسا شرعيا الأمر الذي يستوجب نقض القرار[1].

والقرار رقم 33-719 المؤرخ في 1984-09-7 مجلة قضائية 1989 عدد 3 ص 51 من المقرر شرعا أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا ويجر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتميزه.

قرار رقم 318-410 مؤرخ في 2005-06-15 نشرة قضاء العدد 59 ص 231 متى ثبت أن عقد الهبة قد حرره المالك في فترة مرضه الخطير والمخيف والذي يدخل ضمن الحالات المشار إليها في المادة 204من قانون الأسرة وكان على قضاة الموضوع أن يبطلوا عقد الهبة المذكور ويعتبرونه وصية.

وعليه إذا مات الواهب قبل مدة سنة يعتبر تصرفه وصية وتطبق عليه أحكامها وفي هذا الصدد قد تم التميز في الحالتين المذكورتين سابقا.

الفرع الثالث :الوقف في مرض الموت:

يعرف الوقف لغة بأنه الحبس عن التصرف، يقال وقف كذا أي حبسه ، و يرى بعض أئمة الحنفية أن الوقف و حبس العين على أن تكون مملوكة لأحد من الناس وجعلها على حكم الله تعالى والتصدق بربعها على جهة من جهات الخير في الحياة أو الممات[2].

[1] حمدى باشا عمر، عقود التبرعات، دار هومة للنشر و التوزيع، الجزائر ص25.
[2] نادية براهيمي أركام و علاقاته بنظام الأموال في ق.م.ج، بن عكنون الجزائر ص46.

أما من الناحية التشريعية فإن القوانين الوضعية لم تأت بأحكام الوقف في مرض الموت، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم يتطرق إلى كل التصرفات للمريض مرض الموت ،

وبخلاف الشريعة الإسلامية التي اعتبرت و أنزلت وقف المريض مرض الموت منزلة الوصية واعتبرته من ثلث المال المتبرع على أساس أنه تبرع تتراضى أثاره إلى ما بعد الموت[1].

و الجدير بالذكر أنه أدرج الوقف في الفصل الثالث من الكتاب الرابع لقانون الأسرة المواد 219 – 213 منه ، ثم صدر بعد ذلك قانون خاص بالأوقاف[2] و تنص المادة 222 من قانون الأسرة،" كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية."

و عرفت المادة 04 من قانون 91/10 المتعلق بالأوقاف ما يلي " الوقف عقد إلتزام تبرع صادر عن إرادة منفردة[3]"

–على هذا الأساس تطبيقا لأحكام الشريعة الإسلامية يأخذ الوقف في مرض الموت حكم الهبة في مرض الموت و تسري عليه أحكام الوصية، و يجب في ذلك إهمال حالات التفرقة بين الوقف للوارث أو لغير وارث و ما إذا كان الوقف يخرج عن ثلث التركة أو يساويه أو يزيد عنه، أو كان المريض مدينا أو غير مدين ، إلا أن المشرع لم يأت بالوقف في مرض الموت سوى فيما يتعلق بحقوق دائني المريض الواقف، فقد جاء في المادة 32 من قانون 91/10 المتعلق بالأوقاف ما يلي :"يحق للدائنين طلب إبطال وقف الواقف في مرض الموت، وكان الدين يستغرق جميع أملاكه و تستوجب المادة 41 منه توثيق الوقف"

إذ تنص : "يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق وأن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات لها، وبذلك إذا مات المريض وكانت تركته مستغرقة بالديون،

[1] رشاد السيد إبراهيم عامر،ص122.

[2] القانون رقم 91-10 المؤرخ في 12 شوال 1411 الموافق ل 27 أفريل 1991 يتعلق بالأوقاف.ج، رقم 21 لسنة 1991.

[3] جاء في قرار المحكمة العليا (إن الحبس هو عقد خصه الفقه و قيده بشروط خاصة، مما لا يمكن اعتباره كالوصية، بل عقد صحيح يخضع لإرادة المحبس في ذلك و لا شأن لإرادة المحبس عليهم).غرفة الأحوال الشخصية قرار رقم 42791 المؤرخ في 1986/05/05 غير منشور.

فللدائن إبطال الوقف و استفاء ديونه من ثمن الموقوف، وقد ذهب الحنفية إلى القول بنقض وقف مريض أحاطه دينه ، أي أنه يبطل وقف مريض مات وكانت تركته مستغرقة بالديون ، فللدائن إبطال الوقف واستفاء ديونه من الدين محيطا بمال الواقف، فإنه يجب أن يخرج ما يفي بالدين من التركة أولا، ثم ينظر إن كان الوقف لا يخرج من الثلث الباقي، يحق الإجازة، و الإبطال فيما زاد على الثلث يكون للورثة حتى يسلم الثلثان من باقي التركة[1]، و كذلك إن كانت التركة خالية من الديون ، يكون لهم حق إبطال الوقف فيما زاد على الثلث ، ولا يقال أن الوقف لا يصلح للوارث، كما هو الحال في الوصية لأن الوقف إذا نفذ في المرض يعتبر مضافا إلى ما بعد الموت في الثلث، وإن لم يكن عليه دين أو كان عليه دين غير مستغرق يبقى للواقف المريض شيء من التركة، صح وأعتبر الوقف في مرض الموت كالهبة ينفذ كالوصية من الثلث، فإن خرج من الثلث و أجازه الورثة نفذ في الكل، وإلا بطل بالزائد على الثلث ، فإن أجاز البعض جاز بقدره.

ذهب المالكية إلى أن المريض إذا أوقف على بعض الورثة، حكم ذلك حكم الوصية، فيلزم لنفاذه إجازة باقي الورثة فإن لم يجيزوها بطل الوقف كله، أما إذا كان الموقوف عليه أجنبيا أو غير وارث و مقدار الموقوف لا يزيد على ثلث التركة، بقي الوقف على حاله لازما و يعامل كالوصية، و ينفذ من الثلث، أما إذا كان أكثر من الثلث توقف لزوم وقفه على إجازة الورثة ، فإن أجازوه نفذ الوقف كله أما إذا أجاز البعض دون البعض الأخر نفذ الوقف في حصة من أجاز و بطل في حصة من لم يجز ذلك لأن هذا الأخير حق للورثة ، وبهذا قال الحنفية و الحنابلة [2].

[1] الدكتور وهبة الزحيلي ص229.
[2] أ. عبد الرؤوف مصطفى العلوانة، تصرفات المريض مرض الموت في الشريعة الإسلامية، جامعة الأردن 1994 ص 77.

وتطبيقا لمبادئ الشريعة الإسلامية ، قضت المحكمة العليا في قرار لها " حيث أن المحبس كان عمره 99 سنة و لم يختلف الطرفين في ذلك ، و أنه كان مريضا و أعمى ، مما يجعل عقد حبسه باطل "قرار رقم 46546الصادر بتاريخ 21/11/1988 المجلة القضائية ، العدد 2 لسنة 1995 ص.68

-هل ترفع على ناظر الوقف دعوى إبطال الوقف؟

-بموجب المادة 33 من قانون الأوقاف 91/10 يتولى ناظر الوقف إدارة الأملاك الوقفية، فلا يصلح رفع دعوى عليه و مخاصمته بل يجب اختصام مستحقيه لأن الناظر ليس بالوكيل عنهم.

الوقف المضاف إلى ما بعد الموت الوصية بالوقف:

الوقف إما أن يكون منجزا حال الحياة أو مضافا إلى ما بعد الموت ,أما المنجز فينفذ بمجرد صدوره من الواقفة ويجوز أن يكون في المال كله أو في نصيب معين وفقا لرغبة الواقف.

أما الوقف المضاف إلى ما بعد الموت وهو ما ضمن الواقف صيغته ما يفيد تأجيل نفاذ وقفه إلى ما بعد وفاته) ,كما لو قال بأني وقفت ثلث مالي من بعد عيني لينفق من ريعه على وجوه الخيرات ,(فإن كان ما وقفه لا يزيد على الثلث نفذ الوقف في حدود الثلث وتوقف فيما زاد عن الثلث على إجازة الورثة[1].

فإن أجازه نفذ ,وإن لم يوجزه بطل ,وإن أجاز البعض دون البعض نفذ الوقف في حق من أجازه , وبطل في حق من لم يوجزه.

ولقد ورد في الفتاوى الهندية عن الوقف في مرض الموت) قوله :الوقف في مرض موته كهبة فيه (أي مرض الموت أقول :إلا أنه إذا وقف على بعض الورثة ولم يجزه باقيهم لايبطل أصله ,وإنما يبطل ما جعل من الغلة لبعض الورثة دون البعض ,فيصرف على قدر مواريثهم عن الواقف ,لأنه وصية ترجع إلى الفقراء وليس كوصية لوارث ليبطل أصله بالرد.

[1] نبيل صقر، المرجع السابق ذكره ص113-122.

حيث قال الشيخ الإمام إبن الفضل الوقف على ثلاثة أوجه إما في الصحة أو في المرض أو بعد الموت فالقبض والإفراز شرط في الأول كالهبة دون الثالث ,لأنه وصية وأما الثاني فكالأول وإن كان يعتبر من الثلث كالهبة في المرض[1].ولا يجوز عند الجمهور أيضا الوقف في مرض الموت على بعض الورثة فإن وقف توقف الوقف على إجازة سائر الورثة لأنه تحصين لبعض الورثة بماله في مرضه فمنع منه كالهبات ولأن كل من لا تجوز له الوصية بالعين لا تجوز له بالمنفعة كالأجنبي فيما زاد عن الثلث.

وعبارة المالكية فيه بطل الوقف على وارث بمرض موته ولو كان من الثلث ,لأن الوقف في المرض كالوصية ,ولا وصية لوارث ,وإن لم يكن الوقف في المرض على وارث بل على غيره ,ينفذ كسائر التبرعات من الثلث فإن حمله الثلث صح وإلا فلا يصح منه إلا ما حمله الثلث.

واستثنى المالكية الوقف المعقّب ,سواء أكان له غلة أم لا وهو ما وقفه المريض على أولاده ونسله وعقبه ,فإن حمله الثلث صح ويكون حكمه في القسم كالميراث للوارث وليس ميراثا حقيقة إذ لا يباع ولا يوهب فيكون للذكر مثل حظ الأنثيين ولو شرط الواقف تساويهما ويكون للزوجة الثمن من مناب الأولاد وللأم السدس[2].

والخلاصة :أن وقف المريض مرض الموت لازم له لا يجوز الرجوع فيه عند الجمهور وباطل عند المالكية.

وقف المريض مرض الموت في القانون الجزائري:

لقد أخرج قانون الأسرة الجزائري أحكام الوقف من أحكام المادة 777 من القانون المدني والتي تنص على" :يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته."

[1] نبيل صقر، المرجع السابق ذكره ص123.
[2] الدكتور وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، الفقه المقارن، الجزء العاشر، سنة 2006، دار الفكر، دمشق ص7684.

حيث نص في المادة 214 على" :يجوز للواقف أن يحتفظ بمنفعة الشيء المحبس مدة حياته ,على أن يكون مال الوقف بعد ذلك إلى الجهة المعنية ,فيستطيع الواقف أن يوقف على أحد ورثته مع الاحتفاظ بحق المنفعة لنفسه في مرض الموت."

الوقف في مرض الموت يطبق الأحكام الهبة في مرض الموت حيث تنص المادة 215 على" :يشترط في الوقف والموقوف ما يشترط في الواهب والموهوب طبقا للمادتين 205-204 من قانون الأسرة." ولقد قضت المحكمة العليا" حبس شروطه".

من المقرر في مبادئ الفقه الإسلامي أن الحبس الذي يحرر وفقا للمذهب الحنفي[1] يرخص بالتحبيس على النفس قيد الحياة ولا يشترط فيه الحيازة كما أن يسمح بإخراج البنات بشرط أن يجعل لمن اعند الإحتياج حق استغلال الأملاك المحبس ومن ثم فإن النعي على الإقرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب وانتهاك قواعد الشريعة الإسلامية في غير محله ويستوجب الرفض.

إذا كان الثابت في قضية الحال أن عقد الحبس المحرر وفقا للمذهب المذكور ينص على وجه الخصوص أن البنات الثلاثة الطاعنات لهن حق الإستغلال في البستان ,فإن قضاة الإستئناف بإثباتهم ذلك بمالهم من سلطة تقديرية في الموضوع والقضاء برفض دعوى المدعيات برّروا ما قضوا به تبريرا كافيا ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.

كما قضت حبس في مرض الموت– **اعتباره وصية** -بطلان طبقا للمادتين215 -204 من قانون الأسرة.

[1] المرجع السابق ذكره، ص124-125.

الوجه الثاني :المأخوذ من تجاوز السلطة بدعوى أن القرار المنتقد قد أثبت في حيثياته بأن ثبت لدى المجلس من أن المحبس لم يكن في حالة يخشى منها الموت مع أن الشهادات الطبية تثبت خطورة حالته الصحية[1].

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

عن الوجهين الثاني والثالث معا :حيث أن بالفعل فإن القرار المنتقد قد أكد على أن الشهادات الطبية أثبتت على وجه القطع بأن المحبس كان مصابا بمرض المثانة إلا أن هذه الشهادات الطبية لم تنص على حتمية الموت للمريض.

[1] المرجع السابق ذكره، ص 126.

الخاتمة

عرفنا من خلال موضوعنا أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الأول في تنظيم أحكام تصرفات المريض مرض الموت

ومنها استمد المشرع الجزائري و المصري و غيرهم من المشرعين العرب أحكام مرض الموت، أما المشرعين الغربيين و على رأسهم المشرع الفرنسي فلم يعرفوا من أحكام مرض الموت سوى الحكم ببطلان تصرفات هذا الأخير الصادرة لصالح أطباء و الصيادلة.

وبما أن موضوع تصرفات أعراض مرض الموت من المواضيع الهامة كونها ترتب آثارا بعد الوفاة و ارتأينا تناوله فانطلقنا من تعريف مرض الموت و بينا التعريف الفقهي و الذي عرفه أنه المريض الذي يغلب فيه الهلاك و يتصل بالموت فعلا دون برء خلال مدة سنة ، و هناك من الفقهاء من أضاف أمرا ثالثا و هو عجز المريض عن قضاء مصالحة المألوفة ، ثم بينا التعريف القضائي لمريض الموت و الذي أقر التعريف الفقهي كون أن المشرع حينما تصدى إلى تنظيم مرض الموت استمد أحكامه من الفقه الإسلامي نقل مواده عن المشرع المصري ، إلا أن معالجة لتصرفات المريض مرض الموت لم تكن شاملة بل اقتصرت على بعض التصرفات دون الأخرى، و من ثمة لا تزال الشريعة الإسلامية مصدر أصيلا للقانون وجب الأخذ بأحكامها في هذا الإطار.

كما أن علة تقييد فقهاء الشريعة الإسلامية لتصرفات المريض مرض الموت لا ترجع لنقص في الأهلية بل الحكمة في ذلك هو تعلق حق الورثة بالمال من وقت حلول المرض ، الأمر الذي جعل المشرع الجزائري يتخذ قيودا على تصرفات المريض مرض الموت خاصة فيما يتعلق بالتصرفات التي تنسحب كما بعد الوفاة و تؤثر على الحقوق فقيدها بقيود الوصية طبقا لنص المادة 776 قانون مدني فقرر:

أن كل تبرع في مرض الموت يعتبر وصية يتوقف نفاذها على إجازة الورثة أن تجاوزت الثلث أن كان التصرف لغير وارث و لا تنفذ مطلقا إن كان التصرف وارث و لا تنفيذ مطلقا إن كان التصرف لوارث إلا بإجازة باقي

الورثة.واعتبر كل تصرف صادر في مرض الموت تبرعا إلا أن يقيم الدليل المتصرف له على أنه دفع ثمن ، وأن كل بيع لوارث حسب المادة 408 فقرة 01 من القانون المدني في مرض الموت غير نافذ إلا بإقرار بقية الورثة أي اعتبر البيع كله محاباة و طبق عليه حكم الوصية المادة 189 قانون الأسرة.

أما البيع لغير وارث) المادة 408 فقرة 02 من القانون المدني (و الذي يأخذ حكم الوصية هو البيع الذي فيه محاباة أي غبن فاحش.

كما أن للمورث حق التصرف في ماله وهو في غير مرض الموت بجميع التصرفات معاوضة أو تبرعا ويستطيع أن يستغرق بتصرفاته هذه كل ماله ما دام التصرف ينتج أثره حال حياته.

أما أن يتصرف أثناء مرض الموت و التصرف لا ينتج أثره إلا بعد موته أي أنه يحرم ورثته دون أن يحرم نفسه ، فهذا هو الذي يتولى القانون حمايته فلم يجيز له القانون أي تصرف بالوصية و يلحق بها كل التبرعات التي تصدر منه حال مرض الموت إلا في حدود ثلث التركة ، والورثة خلف عام لمورثهم يمكن الاحتجاج عليهم بتاريخ الورقة كذلك أنه لو ادعى الورثة أن المحرر العرفي صدر من مورثهم في مرض الموت خلافا لما يشهد به تاريخه فإن إدعائهم لا يجعلهم من الغير في حكم المادة 328 ق.م .ولكن يترتب على هذا الإدعاء بعد ثبوت صحته أن يعتبر التصرف المطعون فيه في حكم الوصية و بالتالي لا ينفذ في حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة ، والطعن بمرض الموت حق يستفيه الوارث الطاعن من الشارع نفسه وهو طعن موجه ضد المورث بالذات في وجه بقيت الورثة ، و ما يلاحظ أن القانون المدني الجزائري لم يذكر من تصرفات المريض مرض الموت إلا البيع و كذلك التبرعات التي تسري عليها أحكام الوصية فلم يذكر شراء المريض ولا إقراره و لا إبراءه وسواء كانت لوارث أو لغير وارث أو الأجنبي ، ولعل القضاء من خلال اجتهاد المحكمة العليا باعتبارها الهيئة المقومة لأحكام الجهات والدرجات القضائية على مستوى الوطن يعول عليه في إرساء مبادئ و اجتهادات قضائية في تصرفات المريض مرض الموت ومواكبة الأمراض الحديثة وتكييفها ، و أمام هذه الحالة فإن وقوف المشرع بجانب الوارث ردا للتحايل على أحكام الوصية

من خلال قرينتي التصرف في مرض الموت و التصرف للوارث مع الاحتفاظ بالحيازة و الانتفاع طبقا للمواد 776، 777 من القانون المدني.

وبما أن المادة 777 ق.م ، تعتبر بها وصية فإن ذلك يصل إلى حد التناقض بينها خاصة و أن المادة 223 من قانون الأسرة تنص " تلغي جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون" ، فهل معنى هذا أن المشرع ألغى بموجب نص المادة 223 من قانون الأسرة نص المادة 777 مدني إلغاء ضمنيا ؟

أن ما هو منصوص عنه بالمادة 777 مدني و الخاصة بالتصرف الوارث مع الاحتفاظ بالحيازة و انتفاء مدى الحياة يجعل الأمر لا يتماشى مع القواعد العامة في الهيئة لاسيما أحكام المواد 202 ، 205 ، 206أسرة لبقاء حيازة العين لدى الواجب بل وأنه كثيرة هي القرارات القضائية للمحكمة العليا نبهت لذلك.

وفي الأخير ما يمكن قوله أنه لابد من المشرع الجزائري أن بنظر في المواد الخاصة بتصرفات مريض مرض الموت بعد أن يعطي تعريفا واضحا لمرض الموت و الأمراض المخيفة على ضوء المستجدات العلمية الحديثة و يقدم نصوصا واضحة خاصة في ظل مراجعة القوانين و تعديلها لتتضح الرؤية و يسهل حل النزاعات العالقة بهذا الموضوع و أمام هذه الحالة وجب أن يؤدي القضاء دوره الكامل والمنوط به باعتبار أن القانون مهما نظم الأمور يبقى نسبي وأن القاضي يتصدى باجتهاده التحايل على أحكام الميراث.

قائمة المراجع والمصادر

قائمة المراجع:

النصوص القانونية:

الأمر 75/58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل : سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم .

الأمر رقم 66/54 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المعدل و المتمم يتضمن قانون الإجراءات المدنية.

قانون رقم 84/11 المؤرخ في رمضان عام 1404 الموافق ل 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

القانون 91/10 المؤرخ في 27 أفريل 1991 يتعلق بالأوقاف ،جريدة رسمية رقم رقم 21 لسنة. 1991

المؤلفات :

الإمام أبو زهرة محمد :أحكام التركات والمواريث، دار الفكر العربي– القاهرة.1987

الإمام أبو زهرة محمد : شرح قانون الوصية – دراسة مقارنة لمسائله وتبيان مصادره الفقهية– دار الفكر العربي.1988

الإمام أبو زهرة محمد :الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية– دار الفكر العربي.

. الإمام مجد الدين محمد بن يعقوب بن محمد بن ابراهيم , القاموس المحيط الفيرو زبادي الشيرازش الشافعي ,الجزء الثاني , دار الكتب العلمية,

. حمدى باشا , عقود التبرعات , الهبة الوصية , الوقف , دار هومة للنشر و التوزيع

. خليل احمد حسن قدادة, الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري , الجزء الرابع , سنة 2001 ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر.

. عبد الكريم زيدان, المفصل في احكام المرءة و البيت المسلم في الشريعة الاسلامية الطبعة الثالثة , الجزء العاشر , سنة. 1997

. نبيل صقر , تصرفات المريض مرض الموت البيع , الهبة , الوصية , الوقف دار الهدى للنشر والتوزيع.

. وهبة الزحيلي , الفقه الاسلامي و ادلته , الفهارس العا مة الفقه المقارن الجزء السابع , دار الفكر .

الدكتور بلحاج العربي : الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري– الجزء الثاني– الميراث والوصية– ديوان المطبوعات الجامعية– الساحة المركزية – بن عكنون الجزائر.1990

الحقوق مصدر– الأول الجزء – الأصلية العينية الحقوق في الوسط :السعود أبو رمضان الدكتور

1985 بيروت – الجامعية الدار– واللبناني المصري المدني القانون في الأصلية العينية

-البيع عقد – المسماة العقود– المدني القانون شرح : مرقس سليمان الدكتور

الطبعة الرابعة– عالم الكتب– القاهرة.

الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد-

العقود التي تقع على الملكية – الجزء الأول البيع والمقايضة– احياء التراث العربي– بيروت– لبنان-

2004.

الدكتور عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد– العقود التي تقع على الملكية– الجزء الثاني– الهبة والشركة والقرض الدخل الدائم والصلح.

الدكتور عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد– أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية– حق الانتفاع وحق الارتفاق– المجلد-9 دار النهضة العربية– القاهرة

1967.

الدكتور علي علي سليمان : ضرورة اعادة النظر في القانون المدني الجزائري– ديوان المطبوعات الجزائرية لسنة.1992

الدكتور علي علي سليمان: النظرية العامة للالتزام– مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري – ديوان المطبوعات الجامعية – الجزائر– الطبعة الثالثة لسنة 1993

الفهرس **الصفحات**

الخطة 04-06

المقدمة 07-09

تمهيد 10

الفصل الاول : ماهية مرض الموت 11-12

المبحث الأول : مفهوم مرض الموت 13

المطلب الأول : تعريف مرض الموت 13-15

المطلب الثاني : تعريف مرض الموت في التشريع الجزائري 16-21

المبحث الثاني :شروط مرض الموت وتكيفه 22

المطلب الأول :شروط مرض الموت 22-25

المطلب الثاني : تكيف مرض الموت 26-28

الفصل الثاني :حكم تصرفات المريض مرض الموت.....29-30

المبحث الأول : التصرفات الشخصية 31

المطلب الأول : طلاق المريض مرض الموت..... 31-33

المطلب الثاني : خلع المريض مرض الموت 34-35

المبحث الثاني : تصرفات المالية بعوض التبرعات 36

المطلب الأول : تصرفات بعوض 37-44

المطلب الثاني : تصرفات التبرعية 45-58

الخاتمة..... 59-62

المراجع..... 63-65