

جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



مذكرة ماستر

الميدان: حقوق وعلوم سياسية
الفرع: حقوق
التخصص: قانون أسرة
رقم:

إعداد الطالب:

فاروق بوشريط

يوم: 2020/10/07

آثار تصرفات المريض مرض الموت في الوصية

لجنة المناقشة:

رئيساً	جامعة محمد خيضر - بسكرة -	أ. مح أ	عاشور نصر الدين
مشرفاً ومقرراً	جامعة محمد خيضر - بسكرة -	أ. ت. ع	دبابش عبد الرؤوف
مناقشاً	جامعة محمد خيضر - بسكرة -	أ. مح أ	لمعيني محمد

السنة الجامعية: 2020/2019

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال الله تعالى:

﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ
وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ (180)﴾

الآية: 180 من سورة البقرة

قال الله تعالى:

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ
الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ
فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ تَحْسُبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ
فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ رَزَقْتُمُ لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ ۗ وَلَا
نَحْنُمْ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذَا لَمِنَ الْآثِمِينَ (106)﴾

الآية: 106 من سورة المائدة

الشكر والتقدير

قال تعالى: ﴿وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ وَلَئِن كَفَرْتُمْ إِنَّ عَذَابِي لَشَدِيدٌ﴾ سورة إبراهيم - الآية 07.

الحمد والشكر لله الذي وفقنا لهذا وسخر لي:

- من كانا سبب في وجودي وتربيتي وتعليمي "أمي وأبي"
- من تشرفت بقبوله الإشراف على انجاز هذه المذكرة الدكتور دبابش عبد الرؤوف
- من أعانني وشجعني على إعداد هذا البحث
 - الدكتور بن خلف ميلود
 - أسرتي فردا فردا:
 - زوجتي، بناتي وابني
 - من قدم لي المساعدة وفتح لي أبواب مكتبته بما يملكونه من كتب قيمة عائلة مغزي جنيدي الطيب رحمه الله.
 - من ساهم في طبع هذه المذكرة عائلة مغزي العرافي الطيب، عائلة قاسمي عمر رحمه الله.
 - لكل القائمين على المكتبة المركزية ومكتبة الكلية.
- لجميع أقول: شكرا.

بوشريط فاروق

المختصرات المستعملة:

ص: صفحة.

ج: جزء.

مج: مجلد.

ط: طبعة.

ب،د،ن: بدون دار النشر.

ب،ب،ن: بدون بلد النشر.

ب،س،ن: بدون سنة النشر.

هـ: التاريخ الهجري.

م: التاريخ الميلادي.

يعد حب المال فطرة مجبول عليها الإنسان ومشغوف برغبة تملكه، فهو يسعى إلى جمعه وإنمائه والتصرف فيه كما يشاء، متى أصبح راشدا عاقلا غير محجور عليه ولا يعتريه أي عارض من عوارض الأهلية ولا عيب من عيوب الإرادة، ولقد أقر كل من الشريعة الإسلامية السمحاء والتشريعات الوضعية حق الملكية الفردية للأموال وتشجيع على الكسب والتصرف فيه، ومن أهم ما يبنى على مقصد ثبات المال هو حماية حق تملك وصيانتته من كل تعمد إلى التعدي على هذا الحق من غير مبرر شرعي، وقد يتصرف المالك في ملكه بوجوه التصرف المختلفة وهو أصل طبيعي مشروع، إلا أنه يعتمد في بعض الحالات إلى التعدي على هذا الحق بحجة حرية التصرف في ماله كيف ما يشاء والمعبر عنها بحرية التصرف، إلا أن التشريع الإسلامي والقوانين الوضعية قد قيدت هذه الحرية بقيود راجعة إلى حفظ مقاصد الشريعة في الأمة إما لدرء مفسدة عامة أو مضرة خاصة، كتبرع المريض مرض الموت و من في حكمه بكل ما يملك أو بجزء منه، وخاصة إذا كان المريض أصبح يشعر بدنو أجله، بالرغم من تمتعه بكامل قواه العقلية فإن الغالب في مثل هذه الحالة أن تتسلط عليه هواجس الخوف من الموت إضافة إلى أسباب نفسية، بأن ماله سينتقل إلى ورثته والدائنين بعد وفاته، مما يجعله يقدم على أحد التصرفات التبرعية كالوصية بنية التقرب إلى الله عز وجل كإعانة المحتاجين والتكفير عن بعض ذنوبه... أو بنية الإضرار بالخلف العام والخاص، وهذا بحرمان ورثته من نصيبهم المقرر شرعا وقانونا، أو التهرب من سداد الديون أو الإنقاص من قيمة موجودات تركته، ومن ثم تؤثر سلبا على الحقوق المتعلقة بالتركة بعد وفاته، وكما تعد وصية المريض مرض الموت من المسائل المهمة على الصعيد القانوني في هذا العصر نظرا لكثرة تطبيقاته العملية وامتداداته وتشعباته النظرية والذي تناولته الشريعة الإسلامية والمشرع الجزائري، ولأن وصية مريض مرض الموت التي هي تملك مضاف إلى ما بعد الموت، نافذة كوصية الصحيح إذا قصد بها التبرع، وإذا نشأ هذا التصرف كامل الشروط والأركان فلا بد أنه سيرتب آثاره القانونية من لحظة وفاة الموصي.

وبسبب خصوصية التصرفات التي يقوم بها المريض مرض الموت خلال مدة مرضه فإنها مدعاة للشك والريبة من حيث غايتها ومآلها وقصديتها، ولهذا قيدت تصرفاته في ممتلكاته، ووجب التعامل معه

بحذر شديد ولا يجوز له أن يتصرف في أمواله كيف ما يشاء إلا بما حدده الشارع والقانون، والحكمة من تقييد حرية المريض قبل الموت تتجلى في توفير الحماية القانونية اللازمة لحقوق الدائنين والورثة.

وعليه لزم الوقوف عند خصوصية هذا التصرف الصادر عن المريض مرض الموت وما يرتبه من آثار، وهذا من خلال دراستنا هاته محاولين الإجابة على الإشكالية المطروحة.

- **الإشكالية:** ونظرا لأهمية هذا الموضوع نطرح الإشكالية التالية:

كيف نظم المشرع الجزائري والفقهاء الاسلامي تصرفات المريض مرض الموت في الوصية ذات الطابع المالي؟

- **المنهج المتبع:**

تم اعتمادنا على أسلوب البحث العلمي، في إعداد هذه المذكرة بالمقارنة بين التشريع الجزائري ومذاهب الفقه الإسلامي الأربعة مع ذكر أقوال المجتهدين من علماء الأمة المحدثين موضحا آرائهم وكذا شرح القانون في المسائل المتعلقة بالبحث، وكذلك المنهج التحليلي عند تحليل بعض النصوص القانونية لمعالجة هذا الموضوع محاولة لاستقراء مضامينها من الناحية الإيجابية والسلبية. والمنهج الوصفي عند دراسة المفاهيم النظرية والمعرفية والتي تؤصل للموضوع، وعند الاستقراء مواقف التشريعية والفقهية والقرارات القضائية وبيان مدى تطابقها لبعضها البعض من عدمها.

- **أسباب اختيار الموضوع:**

تعد تصرفات المريض مرض الموت في الوصية من المسائل التي تثار أمام القضاء، وهذا بسبب تفضيل بعض الورثة على بعض، او للغير الذي أسدى له معروفا،... إما لحرمان أو الإضرار لمستحقي التركة من الورثة والدائنين، خلافا لما شرع الدين الإسلامي، ويرجع ذلك إلى الحالة التي يكون عليها المريض في آخر أيامه، فيقوم بتصرفات ضارة بالتركة، مما تدعو إلى الشك والريبة، ومما دفعنا لاختيار هذا الموضوع هو:

❖ غياب تعريف جامع مانع في التشريع الجزائري لمريض مرض الموت يتماشى مع تطورات الحديثة للمجتمع في ظل التقدم المستمر الذي تعرفه المنظومة القانونية.

❖ عدم ادراج أحكام خاصة في قانون الأسرة تنظم تصرفات مريض مرض الموت.

- ❖ تبيان أحكام وصية مريض مرض الموت، ومدى نفاذها في حق الورثة والدائنين.
- ❖ توضيح موقف المشرع الجزائري ومدى تأثره بالفقه الإسلامي، من خلال تنظيمه لأحكام وصية مريض مرض الموت ذات الطابع المالي.

- أهمية الموضوع: تظهر أهمية الموضوع في عدة نقاط نذكر منها:

* حاجة الناس المرضى مرض الموت وغير المرضى لمعرفة ما لهم وما عليهم من أحكام تترتب على تصرف مريض مرض الموت في الوصية.

* من حيث تبيان ماهية مرض الموت والوصية وما يدخل في حكمهما.

* بيان موقف المشرع الجزائري والشريعة الإسلامية من وصية مريض مرض الموت.

* ما يثار في المحاكم من نزاعات حول وصية مريض مرض الموت بسبب حرمان بعض الورثة من حقهم في التركة بسبب التفضيل أو المحاباة لغير وارث.

ثانيا/ أهداف الدراسة:

نسعى من خلال هذه الدراسة إلى ما يلي:

- ✓ التعرف على مفهوم مريض مرض الموت والوصية بشكل عميق.
- ✓ التعرف على الأطراف التي يتعلق حقها بالتصرفات المالية لمريض مرض الموت في الوصية.
- ✓ مدى حماية حق الورثة والدائنين من تصرفات المالية لمريض مرض الموت في الوصية وما يترتب عليها من آثار.

- خطة البحث:

تأسيسا على ما سبق ولمعالجة الإشكالية المطروحة لهذا الموضوع، قمنا بتقسيم هذا البحث إلى فصلين:

الفصل الاول: ماهية مرض الموت والوصية.

الفصل الثاني: احكام تصرفات المريض مرض الموت في الوصية.

الفصل الأول

ماهية مرض الموت والوصية

الفصل الأول:

ماهية مرض الموت والوصية

الأصل أن للشخص الحرية في أن يتصرف في أمواله كيف يشاء، بعوض أو على سبيل التبرع دون قيد عليه، ما دام التصرف ينتج أثره حال حياته، غير أن هذه الحرية تتقيد بالنسبة إلى تصرفاته المالية والتي تأخذ حكم الوصية في حالة المرض الذي يصيبه، والذي لا بد أن يكون متصلاً بالموت، وهذا هو ما يصطلح على تسميته عند الفقهاء بـ "المريض مرض الموت"، مما يجعلنا نتساءل على ما هو مرض الموت؟ وما هي الوصية التي ستأخذ حكم تصرفاته المالية؟ ولذا وللوقوف على ماهية مرض الموت يلزم تعريف هذا المرض وأن نتناول شروط تحققه وأن نعرض لحالات تصرفات الأصحاء التي لها حكم التصرفات في مرض الموت، ثم بعدها نتطرق إلى ماهية الوصية. وعليه سوف سنعالج هذا الفصل في ثلاثة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: مفهوم مرض الموت.

المبحث الثاني: صور مرض الموت الحقيقي والحكمي.

المبحث الثالث: مفهوم الوصية.

المبحث الأول:

مفهوم مرض الموت

المشرع الجزائري لم يعرف مرض الموت كمعظم التقنيات العربية، بل اكتفى ببيان أحكام التصرفات التي تصدر في مرض الموت، وهذا في مواد القانون المدني وقانون الأسرة باعتبار مرض الموت من مسائل الأحوال الشخصية، وعملاً بنص المادة الأولى من القانون المدني في فقرتها الثانية⁽¹⁾، التي تحيل على أحكام الشريعة الإسلامية فيما لا يوجد في حكمه نص، ومن هنا سوف نتعرف على مرض الموت من خلال التعاريف المتعددة، وكذا شروطه وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: تعريف مرض الموت.

المطلب الثاني: شروط مرض الموت.

1- قانون رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جويلية 2005.

المطلب الأول: تعريف المرض والموت لغة واصطلاحاً

إن مصطلح (مرض الموت) لفظ مركب في اللغة العربية، لذا يتطلب منا أولاً بيان وتحديد المعنى الدقيق لكل من المرض والموت بصورة مستقلة أحدهما على الآخر.

الفرع الأول: تعريف المرض والموت في الاصطلاح اللغوي

الفقرة الأولى: تعريف المرض: المرَضُ - والمرِضُ - بفتح الراء وسكونها - فساد المزاج - اسم جنس يقال يقال مرض فلاناً مَرَضًا، فهو مَرِيضٌ. قال ابن دريد: "المرض السُّقْمُ وهو نقيض الصحة". وقال الفيروز آبادي قال بعضهم: (المرض: فساد يعرض للبدن فيخرجه عن حدِّ الاعتدال والصحة⁽¹⁾) وقد ذكر أهل التفسير ان المرض) قد ورد في القرآن الكريم على ثلاثة أوجه⁽²⁾:

➤ **الوجه الأول: مرض البدن،** ومنه قوله تعالى: (...فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ بِهِ أَذًى مِنْ رَأْسِهِ)⁽³⁾

➤ **الوجه الثاني: الشك والنفاق وضعف اليقين،** ومنه قوله تعالى: (فِي قُلُوبِهِمْ مَرَضٌ فَزَادَهُمُ اللَّهُ مَرَضًا...)⁽⁴⁾

➤ **الوجه الثالث: الفجور،** ومنه قوله تعالى: (...فَيَطْمَعُ الَّذِي فِي قَلْبِهِ مَرَضٌ...)⁽⁵⁾

وعلى هذا فالمرض نوعان: مرض الأبدان ومرض القلوب، والمرض المقصود في بحثنا هذا هو النوع الأول (مرض الأبدان) وهو الذي يعنيه الفقهاء عند الاطلاق.

الفقرة الثانية: تعريف الموت

وللموت معاني عدة نذكر أهمها فيما يلي:

يقول ابن فارس:⁽⁶⁾ الميم والواو والتاء أصل صحيح يدل على ذهاب القوة من الشيء ومنه الموت خلاف الحياة.

(1) -أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي المصري، لسان العرب، مج 7، دار صاد، بيروت، (ب.س.ن)، ص 231.

(2) -ابن الجوزي؛ عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي القرشي البغدادي، أبو الفرج، نزهة العيون النواظر في الوجوه والنظائر، المحقق محمد عبد الكريم كاظم الراضي، مؤسسة الرسالة، ط3، سنة 1987، ص 545-546.

(3) - الآية: 196 من سورة البقرة.

(4) - الآية: 10 من سورة البقرة.

(5) - الآية: 32 من سورة الأحزاب.

(6) - احمد بن فارس بن زكريا أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، مج5، المحقق عبد السلام هارون، دار الفكر، (ب.ب.ن)، 1979، ص 283.

- هذا وقد ذكر أهل التفسير أن (الموت) قد ورد في القرآن الكريم على عدة أوجه منها: (1)
- **أولاً:** ضد الحياة ويقع على أنواع مختلفة حسب نوع الحياة
_منها: زوال القوة النامية، ومنه قوله تعالى: (لِنُحْيِيَ بِهِ بَلْدَةً مَّيْتًا....) (2)
 - **ثانياً:** ومنها زوال القوة الحسية: ومنه قوله تعالى: (...قَالَتْ يَا لَيْتَنِي مِتُّ قَبْلَ هَذَا وَكُنْتُ نَسِيًّا مَّنْسِيًّا). (3)
 - **ثالثاً:** ومنها زوال القوة العقلية وهي الجهالة، ومنه قوله تعالى: (وَمَنْ كَانَ مَيِّتًا فَأُحْيَيْنَاهُ وَجَعَلْنَا لَهُ نُورًا يَمْشِي بِهِ فِي النَّاسِ كَمَنْ مَثَلُهُ فِي الظُّلُمَاتِ لَيْسَ بِخَارِجٍ مِنْهَا....) (4).
قال القرطبي: كان ميتاً بالجهل فأحييناه بالعلم. (5)
 - **رابعاً:** ومنها الأجل المحتوم والميقات المعلوم، في ساعة محددة ووقت محدد، لا تقديم فيه ولا تأخير عنه، لقوله تعالى: (...لِكُلِّ أَجَلٍ كِتَابٌ) (6)
وقوله تعالى: (وَلِكُلِّ أُمَّةٍ أَجَلٌ فَإِذَا جَاءَ أَجْلُهُمْ لَا يَسْتَأْخِرُونَ سَاعَةً وَلَا يَسْتَقْدِمُونَ) (7)
 - **خامساً:** ومنها الحزن والخوف المكدر للحياة، ومن قوله تعالى: (...وَيَأْتِيهِ الْمَوْتُ مِنْ كُلِّ مَكَانٍ وَمَا هُوَ بِمَيِّتٍ مِّنْ وَرَائِهِ عَذَابٌ غَلِيظٌ) (8)
قال ابن عباس: يأتيه أسباب الموت من كل جهة، عن يمينه وشماله ومن فوقه، ومن امامه، ومن خلفه. (9)
 - **سادساً:** ومنها أن الموت هو اليقين الذي لا مفر منه ولا هروب لقوله تعالى: (كُلُّ نَفْسٍ دَائِقَةُ الْمَوْتِ ثُمَّ إِلَيْنَا تُرْجَعُونَ) (10)

(1)-علي محمد علي احمد، معيان تحقق الوفاة وما يتعلق بها من قضايا حديثة في الفقه الإسلامي (الموت الرحيم)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 142 الى 144.

(2) - الآية: 49 من سورة الفرقان.

(3) - الآية: 23 من سورة مريم.

(4) - الآية: 122 من سورة الانعام.

(5) - أبو عبد الله القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي)، ج 9، المحقق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، 2006، ص 352.

(6) - الآية: 38 من سورة الرعد.

(7) - الآية: 34 من سورة الأعراف.

(8) - الآية: 17 من سورة إبراهيم.

(9) - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج 1، الى معرفة معاني الفاظ المنهاج، المحقق محمد خليل عيتاني، دار المعرفة، 1970، ص 32.

(10)- الآية: 57 من سورة العنكبوت.

سابعا: ومنها زوال القوة، ومفارقة الروح على البدن كما في قوله تعالى: (وَمَا كَانَ لِنَفْسٍ أَنْ تَمُوتَ إِلَّا بِإِذْنِ اللَّهِ كِتَابًا مُؤَجَّلًا...)(1)

وقد تعرض رجال الفقه المعاصر لتعريف الموت من ناحية علاماته وأماراته فقال الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي: (الموت بعبارة بسيطة يفهمها الناس جميعا: خروج الروح من البدن أي أنّ الموت لا ينزل بالإنسان ولا يقال عنه أنّه قد مات إلا أن تفارق الروح جسده كله)، وعرفه اصطلاحا بقوله: (الموت انقطاع الحياة عن البدن انقطاعا تاما)(2).

الفرع الثاني: تعريف مرض الموت في الفقه الإسلامي

لقد اختلف جمهور الفقهاء وتباينت آرائهم في تعريف مرض الموت، فأحيانا يصف المرض، وأحيانا أخرى يصف حال المريض وبيان الحالات التي تؤدي في الغالب الى الهلاك، وطبيعة الأمراض، ودرجة خطورتها والمدة اللازمة لتحقيقه، والمتأمل في أقوالهم يكشف أن اختلاف الفقهاء لم ينصب على حقيقة مرض الموت ومفهومه، وإنما على أماراته وعلاماته، وعليه سنتعرض بشكل موجز لأراء المذاهب الفقهية الإسلامية حول تعريف مرض الموت فيما يلي:

أولاً: مذهب الحنفية

يعرف فقهاء الحنفية حسب رأيهم مرض الموت بانه: (هو الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجا عن داره إن كان من الذكور وعن رؤية مصالحة داخل داره إن كان من الإناث ويموت على ذلك قبل مرور سنة سواء أكان صاحب فراش أم لا)(3)

وعرفه الامام السرخسي(4) بقوله: (هو ما يتصل به الموت، وبالشرط في المرض المخوف هو خوف الهلاك على طريقة الغلبة، لا كونه صاحب فراش...)

في حين توسع ابن عابدين(5) في تعريفه مرض الموت وقال: (والأصح -مرض الموت- كعجز الفقيه عن الاتيان الى المسجد، وكعجز السوقي من الاتيان الى دكانه، وفي حقها -

(1) - الآية: 145 من سورة آل عمران.

(2) محمد سعيد رمضان البوطي، قضايا فقهية معاصرة، بداية ونهاية الحياة من الناحية الشرعية و الطبية و القانونية، ج1، (ب.د.ن) (ب.س.ن) ص 128.

(3) محمد امين بن عمر المعروف بابن العابدين، حاشية عابدين المسماة برد المختار على الدر المختار، ج3، دار احياء التراث العربي، بيروت (ب.س.ن.) ص 384.

(4) محمد ابن احمد أبو بكر السرخسي، الميسوط، ج6، بدون طبعة، دار العون، إسطنبول، 1982، ص 169

(5) محمد امين بن عمر المعروف بابن العابدين، نفس المرجع، ص 403.

المريضة- أن تعجز عن رؤية مصالحها الداخلية في بيتها، كما في البزازية، ومفاده: أنها لو قدرت على نحو الطبخ دون صعود السطح لم تكن مريضة).

ومن هذه التعاريف يتبين أنّ فقهاء الحنفية في تعريفهم لمرض الموت فهم على ثلاثة آراء⁽¹⁾:

➤ **الراي الأول:** ذكر بعض الأمارات والعلامات التي تدل على أنّ المريض مصاب بمرض الموت كعجز القيام بالأعمال المعتادة لكل من الرجل خارج البيت والمرأة في بيتها، وأنّ سبب هذا التميز يعود لكون أن أعمال الرجال في الأصل تكون خارج البيت، بينما الأصل في عمل المرأة داخل البيت، إلا أنّ هذا الأصل له استثناء، خاصة في عصرنا الحالي وبسبب الاعمال الحرة والمهن التي أصبحت في إمكانية المرأة أن تؤديها خارج بيتها.

➤ **الراي الثاني:** اتخذ من العجز عن إدارة الاعمال خارج البيت علامة على مرض الموت ومن غير أن يعتبره شرطاً من شروط تحقق مرض الموت.

➤ **الراي الثالث:** جعل الأساس في مرض الموت أن يكون المرض مخوفاً في الغالب، وأن لا تزيد مدته عن سنة، وإذا جاوز هذه المدة فلا يعد مرض الموت، إلا إذا تغير حال المريض وأخذ المرض بالشدّة والازدياد أي من لحظة التغيير والاشتداد واتصل به الموت فعلاً، مع استبعاد شرط ملازمة الشخص المريض الفراش، وهذا لأنّ الأمراض لا تلزم صاحبها الفراش ومع ذلك تعد مرض الموت (كالسرطان، والايذز وغيرها من الأمراض الخبيثة)، وهناك أمراض تلزم المريض الفراش ومع ذلك لا تعد مرض الموت (ككسر العظام في الساق مثلاً).

ثانياً: مذهب المالكية:

ويقول أحد فقهاء⁽²⁾ المالكية نقلاً عن الإمام مالك في تعريفه لمرض الموت بقوله: (كل مرض يقعد صاحبه عن الدخول والخروج وإن كان جذاماً أو برصاً وفالجا فإنه يحجب فيه عن ماله ... وكذلك ما كان من الفالج والبرص والجذام يصح معه بدنه ويتصرف فهو كالصحيح). ومن هذا التعريف يتضح بان الإمام مالك اخذ بعجز المريض عن القيام بأعماله وإدارتها في المنزل وخارجه، فإنه يعد مريضاً مرض الموت، كما ذكر بعض الأمراض التي لا يعد من أصيب بها في البداية ويستطيع القيام بأعماله وإدارتها داخل البيت وخارجه فهو كالصحيح.

1 - حبيب ادريس عيسى مزوري، تصرفات المريض مرض الموت -دراسة مقارنة - دار الكتب القانونية - دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر. 201، ص 17-19.

2- سليمان بن خلف بن سعد الباجي الاندلسي، المنتقى بشرح الموطأ، ج4، مطبعة السعادة، القاهرة، 1332، ص 85

وزهد راي آخر (1) في فقهاء المالكية الى أنّ مرض الموت هو: (ما حكم الطب بكثرة الموت به كسل والقولنج والحمى القوية وأنّ الهلاك به كثير كالحمى الحادة... وحكم المرأة الحامل بعد ستة أشهر حكم المريض).

ويلاحظ من هذا التعريف أنه أحال معرفة مرض الموت من عدمه الى أهل الاختصاص والخبرة وهم الأطباء، كما أنه اتفق بما جاء به الحنفية، وهذا متى كان المرض يغلب فيه الموت. اعتبر في حكم مرض الموت.

ثالثاً: مذهب الشافعية

أما عند الشافعية فذكر الامام الشافعي فقال (2): (ان المرض نوعان: فكل مرض كان الأغلب منه الموت المخوف منه (3) فعطية المريض إن مات في حكم الوصايا، وكل مرض كان الأغلب منه أنه غير مخوف فعطية المريض كعطية الصحيح وإن مات منه، ثم ذكر أمثلة للأمراض المخيفة، كالرعاف الدائم، وذات الجنب، والقولنج والبرسام وغير ذلك من الأمراض، وفي نهاية المحتاج: (...ومن المرض المخوف: قيل هو كل ما يستعد بسببه للموت، بالإقبال على العمل الصالح وقيل كل ما اتصل به الموت، وقال الماوردي وتبعاه: كل ما لا يتناول صاحبه معه الحياة...) (4).

ويلاحظ على هذه التعاريف أن المرض عند الشافعية أنه إذا كان يكثر فيه الموت مخوف ويستعد بسببه المريض من خلال اقباله على الأعمال الصالحة فهو مرض الموت، وإن كان غير ذلك فإنه لا يعد مرض موت وإن مات منه، وتعد عطيته كعطية الصحيح.

رابعاً: مذهب الحنابلة:

فعره الحنابلة بأنه: (ما اتصل به الموت وكان مخوفاً). (5) وفي هذا يقول ابن تيمية: (ليس معنى المرض المخوف الذي يغلب على القلب الموت منه، أو يساوي في الظن جانب البقاء

1- العيدري محمد بن يوسف القاسم، التاج والاكلیل لمختصر خليل، ج6، دار الكتب العلمية، ط1994، ص 664.

2- الامام محمد بن ادريس الشافعي، كتاب الام، ج 4، مطبعة الاميرية. بولاق. القاهرة، ط 1، 1332 هـ. ص 35.

3- ابو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي قال: المرض المخوف والمخيف: هو الذي يخاف منه الموت، لكثرة من يموت به، فمن قال مخوف قال: لأنه يخاف منه الموت، ومن قال: مخيف لأنه يخيف من يراه. روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الاسلامي، لبنان، ط3، 1991. ص 124.

4 -شمس الدين محمد بن احمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي الشافعي الصغير، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، ج4، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، 1357هـ، ص50.

5 - موفق الدين بن ابي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة الحنبلي، المغني، ج 6، مطبعة الامام، مصر، (د. س. ن)، ص 524.

والموت... (1).

فمرض الموت عندهم بأنه المرض المخوف، وليس كثرة الهلاك ولا مساويا للسلامة، ولا ان يغلب الضن الموت منه، أو يتساوى في الظن جانب البقاء والموت بسببه، وإنما الغرض أن يكون سببا صالحا للموت⁽²⁾ فيضاف اليه، ويجوز حذوته عنده، وليست العبرة بما ينذر وجود الموت منه.

خامسا: الفقه الإسلامي المعاصر:

في حين ذهب فقهاء الفقه الإسلامي المعاصر في تعريفهم لمرض الموت، فيعرفه أبو زهرة (بأن التعريف الجامع المانع لمرض الموت أنه الذي يتحقق فيه أمران أحدهما؛ ان يكون مرضا من شأنه ان يحدث الموت غالبا. ثانيهما؛ أن يموت الشخص بالفعل موتا متصلا به)⁽³⁾.

ويعرفه الزحيلي هو: (كل من غلب حاله الهلاك بمرض أو غيره له حكم مرض الموت)⁽⁴⁾ ويبقى تقدير خطر مرض الموت عائدا لظروف تقدم الطب في كل عصر لأن ما كان مخوفا في الماضي لم يعد مخوفا في العصر الحاضر، إذا كان السل مثلا مرضا خطير في الماضي، فقد أصبح في عصرنا غير خطير بعد اكتشاف مصل السل والعلاج المناسب له.⁽⁵⁾

الفرع الثالث: تعريف مرض الموت في الاصطلاح الطبي والقانوني

قبل الخوض في تعريف مرض الموت في الاصطلاح الطبي فإنه من المناسب ان نوضح معنى المرض العادي والذي يصاب به أعداد غفيرة من الناس، فهي أمراض عارضة خفيفة، مثل آلام الرأس، الزكام، وغيرها التي يمكن للطبيب تشخيصها ويصف لها دواء او يجري له العلاج المطلوب، ويمكن للمريض أن يبرأ منه. كذلك عرف الطب أمراضا خطيرة تسببت في قتل وإعاقة العديد من الناس، وفي حين آخر يعيش ملايين آخرين بعد اصابتهم بهذه الامراض، مثل السرطان والايديز والسكتات الدماغية وغيرها. وما يهمنا في بحثنا هذا هو الأمراض الخطيرة التي تسبب الموت.

1 - احمد بن عبد الحليم بن تيمية، الاختيارات الفقهية في فتاوى ابن تيمية، تحقيق عبد الرحمان قاسم، مكتبة ابن تيمية، (ب.ب.ن)، ص 112.

2 - عبد السلام احمد فيغو، التصرفات الصادرة من المريض مرض الموت. ط2، دراسة فقهية قانونية مقارنة، دار المعارف المغربية للنشر والتوزيع، الرباط، 2010، ص21.

3 - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، (ب.ب.ن)، 1976، ص 349.

4 - وهبة الزحلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، احكام الاسرة، ج9، دار الفكر العربي. دمشق، ط4، 1997، ص 6977

5 - هدى محمد حسن هلال، نظرية أهلية: دراسة تحليلية مقارنة بين الفقه وعلم النفس العالمي للفكر الإسلامي، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه قسم الفقه واصوله، اكااديمية الدراسات الإسلامية، جامعة مالايا، كولالمبور، 2008.

الفقرة الأولى: تعريف مرض الموت في الاصطلاح الطبي

من خلال متابعتنا في المصادر الطبية، نجد أنها لم تهتم بتعريف مرض الموت بصفة مباشرة، وإنما تحت مسميات كثيرة، وأقربها لما نحن بصدد التعريف به وهو مرض الموت جاءت هذه التعريفات ومن أهمها ما يلي:

عرف مرض الموت من الناحية الطبية بالذات بانه: المرض الذي اجتمع عليه وصفان:

➤ **أولهما:** أن يغلب الهلاك عادة ويرجع في هذا إلى الإحصاءات الطبية وإلى الأطباء في تحديد طبيعة الأمراض.

➤ **ثانيهما:** أن يعقبه الموت مباشرة سواء أكان الموت بسببه ام بسبب آخر.⁽¹⁾

فهناك من يعرفه، أنّ مرض الموت يطلق عليه اسم المرض الميؤوس من شفائه وهو المرض الذي لم يعرف له علاج بعد، بحيث يبلغ درجة يعذر معها الشفاء غالباً.⁽²⁾ وما يعاب على هذا التعريف انه اعتبر المرض الميؤوس مرض موت و هذا ليس بالضرورة لان المريض تستمر حياته رغم هذا اليأس .

كما يرى أحد الأطباء⁽³⁾ أن نتيجة المرض تكون الموت، إذا ما سيطر على أعضاء جسم الانسان، ومن ثم يسبب تلفاً كبيراً لأنسجته، اذ لا يمكن للوظائف الأساسية والحيوية من أن تستمر في أداء مهامها، ومن ثم يؤدي بحياة الانسان المصاب الى الوفاة.

ويرى هاريسون: بأن الأمراض العضوية التي تؤدي الى الوفاة هي التي يصاب بها جسم الانسان كمرض القلب والسرطان وغيرهما من الأمراض المميتة، وتحدث تغيرات نسيجية وظيفية، هرمونية، من شأنها أن تؤدي إلى عرقلة عمل العضو المصاب به، ومن ثم تؤدي بحياة الانسان الى الموت⁽⁴⁾.

ويلاحظ أنّ هذا التعريف الأخير أشمل وأعم وذلك لاعتبار أنّ الأمراض العضوية بصفة عامة تشمل الأمراض المزمنة وغير المزمنة والتي منها ما يؤدي عادة بحياة المريض الى الموت.

1- احمد إبراهيم، الاهلية وعوارضها في الشرع الإسلامي، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الثالث، السنة الأولى، عام 1931، ص383.

2- عبد الأمير خضير الغانمي، مدونة القوانين الوضعية بحوث ومقالات في العلوم الاقتصادية والقانونية، مقال بعنوان مرض الموت وتصرفات المريض القانونية.

3- حافظ إبراهيم محمود، علم الأمراض العامة، (ب.د.ن)، الموصل، 1981، ص 13

4- هاريسون، مبادئ الطب العالمي، ج2، برونواك، (ب.ب.ن) ط15، (ب. س. ن)، ص 20، نقلاً عن حبيب ادريس عيسى المزوري، المرجع السابق، ص 15-16.

الفقرة الثانية: تعريف مرض الموت في الاصطلاح القانوني

تعتبر الشريعة الإسلامية السبّاقة في الاخذ بمصطلح مرض الموت، ثم جاءت التقنينات المدنية العربية على غرار التقنين الجزائري، فلم تعن بوضع تعريف لمرض الموت واقتصر على بيان القواعد العامة التي تحكم تصرفات المريض مرض الموت.

هذا بخلاف القانون المدني الأردني الذي يعد استثناء، حيث عرفه من خلال نص المادة: (543) بأنه: (هو المرض الذي يعجز فيه الانسان عن متابعة اعماله المعتادة ويغلب فيه الهلاك، ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة، فان امتد مرضه وهو على حالة واحدة دون ازدياد سنة أو أكثر تكون تصرفاته كتصرف الصحيح)⁽¹⁾.

وهذا النص في الحقيقة مستمد من مجلة الاحكام العدلية والتي تعد التقنين الرسمي للمذهب الحنفي حيث جاء في المادة: 1595 في تعريفها لمرض الموت بأنه : (هو الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه الخارجية عن داره إن كان من الذكور وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الاناث ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء كان صاحب فراش أو لم يكن، وإن امتد مرضه ومضت عليه سنة وهو على حالة واحدة كان في حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ومات قبل مضي سنة يعد مرضه اعتباراً من وقت التغير الى الوفاة مرض الموت).⁽²⁾

ومن فقهاء القانون من يرى أن مرض الموت هو: (الذي يجتمع فيه شرطان، أولهما؛ أن يغلب فيه الهلاك عادة، ويرجع في هذا الى الأطباء لمعرفة طبيعة المرض، وثانيهما؛ أن يعقبه الموت مباشرة، سواء أكان الموت بسببه أم بسبب آخر خارجي كقتل أو غرق أو حريق أو تصادم)⁽³⁾.

رغم أنّ المشرع الجزائري لم يعرف مرض الموت، إلا أنه ومن خلال الأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم الجزائرية فهي كذلك لم تجتهد في وضع تعريف لمرض الموت، وإنما تذكر بالشروط الواجب توفرها في مرض الموت، ومن بين أهم قراراته التي تنص على ما يأتي:

القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 09 جويلية 1984 الذي جاء في حيثياته: (من المقرر فقها وقضاء أنّ مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيراً،

1- المادة 1/543 من القانون المدني الأردني، رقم 43 لسنة 1976.

2- سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، دار احياء التراث العربي، بيروت، (د. س. ن)، ص 191.

3- محمد كامل مرسي، عقدي البيع ومقايضة، ج6، المطبعة العالمية، القاهرة، 1953، ص 480.

ويجر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقواعد الفقهية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي السائد⁽¹⁾.

وما يلاحظ من خلال هذا القرار وفي تعريفه لمرض الموت أنه اعتبر خطورة المرض تؤدي إلى فقدان الوعي والتمييز وبذلك يعتد بأهلية المريض في إبطال التصرف وهو ما لا يتفق مع الضوابط التي وضعها فقهاء الشريعة الإسلامية.

وفي قرار آخر عن غرفة الأحوال الشخصية جاء فيه: (...ومتى كان ثابتاً في قضية الحال إن المحبس الذي أقام الحبس كان في حالة مرض خطير لازمه إلى يوم وفاته وعليه فإن القرار المنتقد لما قضى بإلغاء حكم المحكمة القاضي ببطلان الحبس والقضاء من جديد برفض الدعوة يكون قد أخطأ في تطبيق الشريعة والقانون ومتى كان كذلك استوجب نقد القرار المطعون فيه)⁽²⁾.

وفي قرار آخر لها صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 21 فيفري 2001 على ضرورة توفر شروط مرض الموت جاء في حيثياته: (...ولما كان ذلك فإن القرار صدر موافقاً للقانون متى تبين في أسبابه أن الموكل حين عقد الهبة كان مريضاً بالسرطان كما هو ثابت في المستندات وهو مرض يغلب فيه الهلاك وقد دخل المستشفى في ... وقد لازمه حتى مات به في ... ولما كان ذلك فإن الموكل لا يستطيع أن يؤدي بنفسه العمل الذي وكل به)⁽³⁾.

ومما يلاحظ أنّ القضاء الجزائري لم يحدد مدة معينة لمرض الموت كما فعل فقهاء الشريعة الإسلامية وهي سنة كاملة، وكذلك لم يعين مقدارا من الزمن لقوة تأثير المرض في الحياة، والمرض يزداد من وقت لآخر، وبذلك يكون المريض يتربص الموت فتكون تصرفاته مضرة وتمس بحقوق الورثة والدائنين⁽⁴⁾.

1- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية الصادر بتاريخ 9 جويلية 1984 ملف رقم 33719، المجلة القضائية، العدد الثالث، 1989، ص 51.

2- قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 13 مارس 1998 عن غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 179724 عدد خاص، 2001، ص 277.

3- قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 21 فيفري 2001 عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 256869، المجلة القضائية، عدد ثاني، 2002، ص 428.

4- رشاد السيد إبراهيم عامر، تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري مقارنة بالشريعة الإسلامية والقوانين الأخرى، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص كلية الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، 1989 ص 38.

كما أنه لم يستقر على شروط معينة لتحقق مرض الموت كما جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية فنجده يأخذ بأي شرط من شروط الموت، ومرة أخرى يرى أنه يجب توافر الشروط الثلاثة وهي التي قال بها فقهاء المسلمين وهي:

أولهما؛ أن يقعد المرض صاحبه عن قضاء مصالحه أي عجز المريض عن القيام بأعماله وإدارتها، ثانيهما؛ أن يغلب فيه الموت، وثالثهما؛ أن ينتهي بالموت، وهذا ما سوف نتناوله في المطلب اللاحق.

المطلب الثاني: شروط مرض الموت

بعد تطرقنا لجملة من تعاريف الفقهاء والاجتهادات القضائية حول مرض الموت بشيء من التحليل، والمنتبع لهذه التعريفات يجد أنّ الفقهاء تباينت آرائهم حول وصفهم لأماراته وعلاماته، إلا أنهم اتفقوا في جوهره وشروطه التي يجب أن تتحقق في المريض حتى يحكم عليه بأنه مريض مرض الموت وعلى تصرفاته وما ترتبه من آثار قانونية.

ولأجل معرفة مدى اعتبار هذه الشروط مجتمعة في المريض حتى يحكم عليه بأنه مريض مرض الموت من عدمه، سنتناول ذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه.

الفرع الثاني: أن يغلب في المرض خوف الموت.

الفرع الثالث: انتهاء المرض بالموت فعلا.

الفرع الأول: أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه:

اشتراط الفقهاء المسلمون لتحقق مرض الموت، أن يقعد هذا المرض المريض عن قضاء مصالحه وأعماله العادية والمألوفة التي يستطيع الأصحاء عادة مزاولتها، كممارسة الشخص لوظيفته أو مهنته، مثل الموظف والطبيب والمحامي والمهندس والتاجر، وجميع أصحاب الحرف والمهن، وإن لم تكن شاقة، ومن الإناث من القيام بالأعمال المنزلية المعتادة. وليس شرطا أن يلزم المريض الفراش، فهو قد لا يلزمه ولكنه يكون في أي من هاتين الحالتين عاجزا عن قضاء مصالحه. وعلى العكس فقد يكون الشخص المريض عاجزا عن قضاء مصالحه بسبب العمل الشاق أو الصعب، فحالته لا تدخل في عداد حالات مرض الموت، فقد يصل الإنسان إلى مرحلة عمرية متقدمة من سنه تجعله غير قادر على قضاء مصالحه المألوفة، ويحتاج إلى من يساعده

عليها، وهذا بسبب الشيخوخة التي أضعفتها، فهذا لا يكون مريضاً مرض الموت، ويكون لتصرفاته حكم تصرفات الأصحاء، وهذا كون أن الشيخوخة لا تعد مرضاً، وإنما هي مرحلة طبيعية لحياة الانسان. (1)

وكذلك الزوجة أو الفتاة في بيت أبيها إن توقفت عن ممارسة أعمالها المنزلية المعتادة بسبب المرض واستمرت على هذه الحالة لمدة لا تقل عن سنة، وانتهى بها الى الوفاة، فإن مرضها يعد مرض الموت، لكن توقف الشخص عن ممارسته لبعض الأنشطة الرياضية أو الثقافية أو الاجتماعية بسبب مرض لا يعد توقفاً عن عمل معتاد، طالما ظل يمارس مهنته وحرفته كالمعتاد. (2)

فالمرض إذا تطاول سنة ولم يحصل فيه ازدياد فهو كالصحيح، أما إذا مات في حالة الازدياد قبل التطاول أو بعده فهو مريض. وكذلك من الأمراض المزمنة إذا طالت ولم يزداد المرض وابتعد خطر الموت العاجل والخوف منه لا يكون في هذا الوقت مرض الموت، وكان بمنزلة الصحيح. (3)

فلا يدخل المريض العاجز ضمن هذه الطائفة إلا متى كان يخشى عليه الموت، ولم يصل الى حد الخطورة، وكذلك الأمراض المزمنة مثل الشلل إذا طال دون ان يشتد ثم انتهى بالموت ولكن بعد مدة طويلة فلا يعتبر مرض موت، لأن المريض أدخلت في نفسه الطمأنينة لابتعاد خطر الموت العاجل، فالعبرة في تصور المريض بقرب أجله مما جعله يتصرف تصرفاً يغلب فيه المحاباة. (4)

ويرى ابن عابدين: إذا علم المريض أنّ به مرضاً مهلكاً غالباً وهو يزداد الى الموت فهو المقصود، وإن لم يعلم أنّه مهلك يعد العجز عن الخروج للمصالح وكونه صاحب فراش ليس بشرط لكونه مريضاً مرض الموت بل العبرة للغلبة، فلو كان الغالب من هذا المرض الموت فهو مرض الموت وإن كان يخرج من البيت. (5)

1- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - العقود التي تقع على الملكية - البيع والمقايضة، ج 4، منشأ المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 272-273.
2- محمد يوسف الزغبى، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني الأردني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2004، ص 504.
3- ابن عابدين، المرجع السابق، ج2، ص 535.
4- عبد السلام احمد فيغو، المرجع السابق، ص 63
5- محمد امين ابن عابدين، المرجع السابق، ج2، ص543.

ويلاحظ من هذا الرأي أنّ الشرط القاضي بأن يغلب في المرض الموت يغني عن الشرط القاضي بأن يعجز المريض عن قضاء مصالحه، إذا علم أن المرض يغلب فيه الموت، وأما إذا لم يعلم بذلك، فإن عجز المريض عن قضاء مصالحه، يعد علامة ودليلاً مادياً بأنه مصاب بمرض الموت فعلاً.⁽¹⁾

ومما تقدم فإن عجز المريض عن قضاء مصالحه علامة مادية تؤكد بأن المريض مصاب بمرض الموت وأن يكون المرض مما يغلب فيه الموت، ويرجع تقدير ذلك إلى أهل الاختصاص والخبرة من الأطباء مستعينين بالأجهزة الطبية المتطورة، ويدخل كل ذلك ضمن السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في التحقق من توافر شروط مرض الموت.

الفرع الثاني: أن يغلب في المرض خوف الموت

لا يكفي في تحقق المريض أن يقعه المرض عن قضاء مصالحه كي يعد المريض مرض الموت، وإنما اشترط إلى جانب ذلك، أن يغلب في المرض خوف الموت، كالأمرض التي عادة تنتهي بالموت، أو التي تكون في بدايتها عادية ثم تتفاقم مع مرور الزمن، من سوء إلى أسوأ ويصبح يخشى عليه الموت بسببه، فهذا الشرط ما أجمع عليه أغلبية الفقهاء المسلمون كما سبق بيانه.

فقد ذهب الحنفية في قولهم: (حد مرض الموت، ...أنه إذا كان الغالب منه الموت كان المرض مرض الموت، سواء أكان صاحب الفراش أم لم يكن).⁽²⁾ وأضاف الميرغيباني شرطاً آخر هو كون صاحب فراش يتداوى خوف الموت: (ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث، وأن وهب عندما أصابه ذلك، ومات من أيامه فهو من الثلث وإذا صاحب فراش لأنه يخاف الموت، ولهذا يتداوى)⁽³⁾

وشرط ابن العابدين أن يكون معروفاً أنه سبب للموت، وأن لا يطول أكثر من سنة: (من كل ماله إذا طالت مدة سنة، ولم يخف موته منه، وإلا تطل وخيف موته فمن ثلثه لأنها أمراض

1 -حبيب ادريس عيسى المزوري، المرجع السابق، ص 49.

2- محمود بن إسرائيل المشهور بابن قاضي سماوة، جامع الفصولين، ج2، مطبعة الازهر، مصر، ط 1، 1300هـ، ص 229.

3 -علي بن ابي بكر المرغيباني برهان الدين أبو الحسن، الهداية شرح بداية المبتدى، مج 4، من منشورات إدارة القآن وعلوم الإسلامية باكستان، ط1، 1417 هـ، ص244.

مزمّنة لا قاتلة. قيل مرض الموت أن لا يخرج لحوائج نفسه والمختار أنّه ما كان في الغالب منه الموت، وإن لم يكن صاحب فراش).⁽¹⁾

وقال المالكية: (بأنّ المرض المخوف هو ما حكم أهل الطب بأنّ يكثر الموت في مثله ولو لم يغلب كالسل والقولنج).⁽²⁾ ويقول الإمام مالك في الموطأ: (وإذا كان المرض المخوف عليه لم يجز لصاحبه شيء إلا في ثلثه)⁽³⁾

ولابن رشد الحفيد في شرح بداية المجتهد (الأمراض التي يحجر فيها عند الجمهور: الأمراض المخوفة)⁽⁴⁾.

وفي حاشية الدسوقي هو ما يكثر منه الموت: فقال: (وعلى مريض، أو من تنزل منزلته حكم الطب أي أهله العارفون به بكثرة الموت به، أي بسببه أو منه ولو لم يغلب)⁽⁵⁾

بينما وضع الإمام الشافعي قاعدة للمرض حيث يقول في كتابه الأم: (المرض مرضان: فكل مرض كان الأغلب فيه أن الموت مخوف منه فعطية المريض فيه إن مات في حكم الوصايا، وكل مرض الأغلب منه أنّه غير مخوف فعطية المريض كعطية الصحيح وإن مات منه).⁽⁶⁾ أي أن يكون المرض مخوفاً وحصول الموت بسببه، أما المرض الذي عرف بكونه غير مؤدٍ إلى الموت فلا يعد مرض الموت ولو مات فيه المريض.

ويقول الغزالي في الوسيط: (مرض الموت هو مرض مخوف يستعد الإنسان بسببه لما بعد الموت، فإذا هجم المرض المخوف حجرنا عليه)⁽⁷⁾.

أما عند الحنابلة فقد وضعوا شرطين لمرض الموت وهما: كونه مخوفاً ومتصلاً بالموت. يقول ابن قدامة المقدسي في المغني: (ويعتبر في المريض الذي هذه احكامه شرطان أحدهما؛ أن يتصل بمرضه الموت ولو صح من مرضه الذي أعطى فيه ثم مات بعد ذلك فحكم عطيته

1- ابن عابدين، المرجع السابق، ج5، ص467.
2- أبو عبد الله محمد الخرشني، شرح الخرشني عن مختصر سيد خليل ومعه حاشية الشيخ علي العدوي الصعدي، ج5، المطبعة الاميرية، بولاق، مصر، ط2، 1317هـ، ص304.
3- مالك بن انس الاصبجي، الموطأ، اعداد عبد الرحمان المرعشلي، دار احياء التراث العربي، بيروت، ط1، 1997، ص470.
4- ابن رشد القرطبي (الحفيد)، أبو الوليد احمد بن محمد بن احمد بن محمد، شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج4، دار السلام، مصر، 1995، ص2024.
5- احمد بن محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج4، دار الكتب العلمية بيروت، ط1، 1996، ص498.
6- الامام محمد بن ادريس الشافعي، المرجع السابق، ج3، ص122.
7- أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الوسيط في المذهب، ج4، تحقيق، أبو عمر والحسن بن عمر بن عمر عبد الرحيم دار الكتب العلمية، ط1، ص421.

حكم عطية الصحيح، الثاني؛ أن يكون مخوفاً، فلو كان غير مخوف كالصداع ورمد العيون وغيرها فلا يعد هذا من قبيل مرض الموت⁽¹⁾.

أما في الفقه الحديث فإن الدكتور السنهوري يرى بأنه لا يكفي شرط ان يقعد المرض المريض عن قضاء حاجاته بل يجب أيضاً شرطاً آخر وهو ان يغلب فيه خوف الموت، حيث يكون هذا المرض خطيراً أو من الأمراض التي تنتهي عادة بالموت، أو يكون مرضاً بدأ بسيطاً ثم تطور حتى تصبح حالة المريض سيئة يخشى عليه فيها الموت، اما إذا كان هذا المرض عادياً ولم يتفاقم إلى درجة الخطورة فإنه لا يعتبر مرض الموت ولو أعجز المريض عن قضاء مصالحه لأنه لا يغلب فيه الهلاك ولا خوف الموت، فتكون تصرفات المريض في هذه الحالة حكمها حكم تصرفات الأصحاء، وكذلك الأمراض المزمنة فإنها إذا طالّت بالمريض وأحس بابتعاد خطر الموت العاجل، لا تكون في هذا الوقت مرض الموت⁽²⁾.

كما تعد مسألة المرض المخوف بالنسبة للمريض، أنها تختلف من شخص إلى آخر ويرجع ذلك الى قوة وضعف ايمانه بالله، كما انها حالة نفسية داخلية يصعب معرفتها، ولا يمكن للشارع ان يبني احكامه على أوصاف خفية وغير منضبطة ويجعلها عللاً تدور معها أحكامه، لهذا اعتبر الفقهاء هذه الحالة النفسية سبباً واقاموا مقامها في التعليل مضنتها التي تنبئ عنها وهي ذلك الوصف أو الشرط الظاهر المنضبط وهو كون المرض مخوفاً واتصاله بالموت⁽³⁾.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا بأن (...أنّ مرض الموت الذي يقيد تصرفات المريض، حدد له الفقه والقضاء شروطاً ثلاثة وهي: أن يقعد المرض صاحبه على قضاء مصالحه، وأن يغلب فيه الموت، وينتهي بالموت فعلاً: وهذه العلامات مجتمعة، وهي موضوعية من شأنها أنّ تقيم في نفس المريض حالة الشعور بأنّه مشرف على الموت، وأنّه يكفي بهذه العلامات المادية ليستخلص منها القضاة ان المريض وهو يتصرف، كانت تقوم به حالة نفسية هي أن أجله قد دنى فيفسر تصرفه على ضوء هذه الحالة، ولا حاجة بعد ذلك إلى البحث في خفايا نفس المريض، لمعرفة ما إذا كان مميزاً أو غير مميز لأن البحث عسير لذا لم يكن معذراً⁽⁴⁾.

1- موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج6، ص 149.

2- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 273-274.

3- مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، مطابع ألف باء، البادية، دمشق، سوريا، 1967، ص 80.

4- قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، الصادر بتاريخ 2005/02/02، ملف رقم 284738، فهرس رقم 1.

ومما تقدم يتضح لنا ان الفقهاء قد أعطوا أهمية كبيرة لهذا الشرط، فالأرجح ما جاء به المالكية كون أن التقدم العلمي في مجال الطب هو الذي يحدد في كل عصر ما إذا كان المرض مخوفا أم لا، فمثلا ما كان مخوفا في الماضي لم يعد مخوفا في العصر الحاضر، فالعديد من الأمراض القاتلة التي عرفتها البشرية عبر الزمن أصبحت فيما بعد يمكن تشخيصها وعلاجها مثل السل والملاريا والطاعون وغيرها، وأصبح لها علاج ودواء.

الفرع الثالث: انتهاء المرض بالموت فعلا

من شروط تحقق مرض الموت ما ذهب إليه الفقه أن يكون المرض متصلا بالموت فعلا أي يعقبه مباشرة، بحيث لا يفصل بينهما فترة صحة،⁽¹⁾ سواء أكان الموت بسبب ظاهر أم كان بسبب غير ظاهر أفضى إلى الموت، كالقتل أو الحريق أو الغرق أو التصادم، وذلك لأن المريض وقت تصرفه كان يشعر بدنو أجله وأنه لو لم يمت بهذا السبب العارض لمات بسبب المرض،⁽²⁾ أما إذا شفي من مرضه الذي تصرف فيه ثم مات بعد ذلك فتصرفه من قبيل التصرف السليم وليس المرض مرض الموت.⁽³⁾ لأن العبرة في تحديد تصرفات المريض مرض الموت يكمن في شعوره بدنو أجله وهذا الشعور قائم لدى المريض وقت التصرف سواء وقعت الوفاة لنفس السبب أو لسبب آخر.

في ذلك يقول أحد الفقهاء: (بأن المرض الذي يجب اعتباره مرض الموت هو الذي يجتمع فيه وصفان: أولهما؛ أن يغلب فيه الهلاك عادة ويرجع في هذا الى الأطباء في تحديد طبيعة المرض، وثانيهما؛ أن يعقبه الموت مباشرة سواء كان بسببه أم بسبب آخر خارجي...)⁽⁴⁾، فإذا كان الشخص مصابا بمرض السل الرئوي لكنه مات نتيجة إصابته بمرض آخر تولد عن المرض الأول، ففي هذه الحالة يعد المرض الثاني مرض الموت دون الأول، وإذا قتل الشخص المصاب بمرض الموت، فإنه يعد أيضا مريض مرض الموت، ما دام أن المرض أعقبه الموت مباشرة.⁽⁵⁾ وإذا حدث في الحياة العلمية، إن بريء المريض من المرض الذي أعجزه، حتى وإن كان خطير يغلب فيه الخوف من الموت، ثم مات بعد ذلك، فلا يعتبر مرضه الذي بريء منه مرض

1- خليل احمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج4، -عقد البيع -، ديوان المطبوعات الجامعة، 2001، ص 246

2- احمد إبراهيم، احكام الوقف والمواريث، دار الأنصار، مصر، 1937 ص 147 نقلا عن عبد السلام احمد فيغو، المرجع السابق ص 65.

3- عبد السلام احمد فيغو، نفس المرجع، ص 65

4- مرسي محمد كامل، الوصية وتصرفات مريض مرض الموت، في المطبعة العالمية، القاهرة 1950 ص 232.

5- مرسي محمد كامل، عقدي البيع ومقايضة، المرجع السابق، ص 480

الموت، وفي هذه الحالة فإن تصرفاته الصادرة عن المرض الذي بريء منه تأخذ حكم تصرفات الصحيح ولا يجوز الطعن فيها من الورثة، لأن جميع تصرفات المريض نافذة حال حياته، ولكن يجوز لمن صدر منه التصرف نفسه أن يطعن في تصرفه على أساس الغلط في الباعث، حيث يكون التصرف قابلاً للإبطال لعيب في إرادة المتصرف وهو الغلط، بأنه في مرض الموت، فلو كان يعتقد أنه سيشفى ما كان ليتصرف، وعندئذ يخضع إثبات هذا التصرف للقواعد العامة في الإثبات هذا ما سوف نتطرق له لاحقاً في إثبات تصرفات مريض مرض الموت.⁽¹⁾

وقد اشترط كثير من الفقهاء حتى يكون المرض متصلاً بالموت وجب تحديد مدة استغراق المرض بالنظر في مدى وقوع التصرف في الفترة الفاصلة بين الإصابة بالمرض وحصول الموت، حيث ذهب فقهاء الحنفية إلى أنه يشترط وفاة المريض قبل سنة من بدء المرض فإن زاد عن ذلك لا يعد مرض الموت إلا من لحظة تغير حال المريض واشتداد وإزياد المرض إلى حين الوفاة.⁽²⁾

وجاء في مجلة الأحكام العدلية في معرض تعريفها بمرض الموت في المادة (1595) (وإن امتد مرضه ومضت عليه سنة وهو على حال واحد، كان في حكم الصحيح، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح، ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله).

وعليه لكي يعد الإنسان مريضاً بمرض الموت وجب أن لا تزيد مدة مرضه كأصل عام عن السنة، احتساباً من لحظة نزول المرض به، ولو بيوم واحد، أو ساعات أو حتى دقائق -إذا ما عرفت لحظة المرض على وجه الدقة والضبط - فيعد مرض الموت، أما إذا امتد المرض أكثر من سنة فلا يعد مرض الموت، وبمرور هذه المدة تعد دلالة على أن المرض ليس عادياً، وإنما مرض مزمن، ومهما دامت مدة المرض فإن ذلك لا يؤثر في سلامة تصرفات المريض.⁽³⁾

فالأعراض المزمنة كالسرطان والشلل والسلس فهي تعد من الأمراض التي تستثنى من مدة سنة فيعد مرض الموت من لحظة اشتداد المرض وتدهور حالة المريض إلى حين الوفاة ولو امتد أكثر من سنة، والقاعدة في الأمراض المزمنة إنها تعتبر للوهلة الأولى مرض الموت، فإذا طالت دون أن تشتد إلى حين يصبح المريض مطمئناً على حالته من خطر المرض، حتى وإن أقعده

1- محمد المنجي، دعوى عدم نفاذ التصرفات التي يعقدها المورث لمحابات بعض الورثة على بعض، مج 12، ميسافا المعارف، الاسكندرية، ط1، 2003، ص 221.

2- عبد السلام احمد فيغو، المرجع السابق، ص 276.

3- محمد يوسف الزغبى، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني الأردني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2004، ص29.

المرض عن قضاء مصالحه، وألزمه الفراش وما دام لم يغلب فيه خطر الموت العاجل، ولا يشعر بدنو أجله، فتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح، أما إذا اشتد به المرض بعد ذلك، وساءت حالته المرضية، مما ينذر بدنو أجله واستمر الاشداد حتى انتهى به الموت فعلا فإنه يعتبر مرض الموت.⁽¹⁾

ويلاحظ أن القضاء الجزائي لم يأخذ بتحديد مدة المرض خلال سنة، وهذا ما نستنتجه من قرار المحكمة العليا الصادر في 23 نوفمبر 1993 والذي جاء في حيثياته: (أنّ حالة المحبوس (ع م) الذي قام الحبس موضوع النزاع في أوت 1987 كان يعاني منذ 1985 من مرض خطير لازمه إلى يوم وفاته في 3 نوفمبر 1987)⁽²⁾، وفي هذا فإن القضاء الجزائي حسنا ما فعل بعدم الأخذ بشرط مدة المرض، وخاصة إذا تعلق الأمر بتحديد فترة بداية المرض، وما يطرح من إشكاليات حول متى تنتهي الصحة ومتى يبدأ المرض؟ وكذا تحديد الخط الفاصل بين المرض وعامل الخطر والشدة، فهي بالأمر ليست بالسهلة وخاصة إذا تعلق الأمر بالأمراض المزمنة والتي تميل أن تكون طيفا ينتقل من الصحة إلى المرض.⁽³⁾

ومما تقدم لكي يتحقق مرض الموت فلا بد من توافر الشروط المذكورة آنفا وهي: أن يقعد المريض عن قضاء مصالحه وأن يغلب في المرض خوف الموت، وأن ينتهي المرض بالموت فعلا، وتوفر هذه الشروط يكفي في الفقه الإسلامي لتفسير التصرفات على ضوءها دون الالتجاء إلى البحث عن خفايا نفس المريض، لأن هذه الشروط ما هي في الحقيقة إلا أمارات مادية على قيام حالة نفسية بالمريض تجعله يعتقد بدنو أجله.⁽⁴⁾ وعلى هذا فالفقه يقف عند الضوابط الموضوعية ويستدل بها على الأمور الشخصية الذاتية، لأنه يكتفي بهذه العلامات المادية ليستخلص منها أنّ المريض وهو يتصرف، يوجد في حالة نفسية تشعره بدنو أجله، فيفسر تصرفه في ضوء هذه الحالة، ويفترض أنّه إنما يوصي، فيجعل تصرفه حكم الوصية، ولا حاجة بعد ذلك إلى التفتيش عن خفايا نفسية المريض، فهذا بحث عسير وإن لم يكن متعذرا.⁽⁵⁾

1 - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 276.

2 - قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية الصادر بتاريخ 23 نوفمبر 1993، ملف رقم 96675، المجلة القضائية، عدد خاص 2001، ص 302

3 - مأخوذ من الانترنت على الموقع الآتي:

4 - احمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 147.

5 - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 276.

ولتحديد تحقق مرض الموت فإننا نؤيد ما ذهب اليه الفقه الإسلامي الى ترك مسألة الفصل فيه الى أهل الاختصاص والخبرة من الأطباء بناء على ما لديهم من وسائل طبية، ودلائل وشواهد التي من خلالها يمكنهم الوصول الى الحقيقة.

المبحث الثاني:

صور مرض الموت

تسبب الأمراض في قتل ملايين من الناس في كل عام، ويعيش غيرهم بعد إصابتهم بأمراض خطيرة، مثل السرطان او السكتات الدماغية وغيرها من الامراض، ولكنهم ينجو منها بعجز دائم، لكن الأمراض تتغير بمرور الزمن، وهذا من خلال تحسن ظروف المعيشة، وتقدم علوم الطب مما يساعد على الوقاية وعلاج العديد من الامراض كانت تسبب الموت سابقا، مثل حمى التيفوئيد، وأصبح عدد الوفيات بسببها قليل، في حين أصبحت امراض القلب والسرطان وسائر الامراض المعدية والغير معدية السبب الرئيسي للوفاة،⁽¹⁾ كما أن لكل عصر امراض موت حسب تقدم الطب والعلم ويبقى الاجتهاد مفتوحا.

من الحالات غير منتظرة التي يتعرض لها الانسان حال حياته، التي قال بها الفقهاء والتي يعتبر فيها الشخص الصحيح، في حكم المريض مرض الموت، وهذا بسبب حالته النفسية غير السوية التي يشعر من خلالها باقتراب أجله، رغم أنه لا يعاني من أي مرض جسدي.

وعليه فإن لمرض الموت صورتين، الصورة الأولى؛ هي المرض الحقيقي، أي الأمراض التي تعد في عصرنا هذا امراض موت، ويرجع في ذلك للتقارير الطبية لمنظمة الصحة العالمية من جهة والقضاء والأحكام القضائية من جهة أخرى، اما الصورة الثانية؛ هي المرض الحكمي حيث يأخذ فيها الاصحاء حكم مرض الموت وهذا حسب ما جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون.

لذا سنتناول في هذا المبحث ما يلي:

المطلب الأول: حالات مرض الموت الحقيقي ومعايير تقسيم الأمراض.

المطلب الثاني: ما يلحق بمرض الموت في الحكم وضوابطه.

1- لموسوعة العربية العالمية، مج 22، مؤسسة اعمال الموسوعة للنشر و التوزيع، الرياض، ط 2، 1999، ص105-106.

المطلب الأول: حالات مرض الموت الحقيقي ومعايير تقسيم الأمراض

سنتناول في هذا المطلب ما يلي:

الفرع الأول: معايير تقسيم الأمراض.

الفرع الثاني: حالات مرض الموت الحقيقي.

الفرع الثالث: حالات الأصحاء الذين هم في حكم مرض الموت (مرض الموت الحكمي).

الفرع الأول: معايير تقسيم الأمراض :

قسم الفقهاء والأطباء المرض إلى أقسام متعددة باعتبارات مختلفة، ولأجل التفرقة بين أنواع الأمراض ودرجة خطورتها وما يعتد بها لتحقيق شروط مرض الموت، يجدر بنا أن نعرض على هذه التقسيمات بإيجاز حتى نعطي صورة موجزة عن المعايير المعتمدة في تحديد مستويات الأمراض في الفقه الإسلامي ثم عند الأطباء وهذا فيما يلي:

الفقرة الأولى: أقسام الأمراض في الفقه الإسلامي

جعل الحنابلة الأمراض عدة أنواع، حيث قال ابن قدامة:⁽¹⁾ الأمراض على أربعة أقسام:

القسم الأول: الأمراض غير مخوفة: مثل وجع الضرس والعين والصداع اليسير، وحمى ساعة، فهذه الأمراض لا يتخوف منها عادة، أي المريض لا يخشى على نفسه الموت منها حتى لو اتصل بها الموت فعلا، فحكم صاحبه حكم الصحيح.

القسم الثاني: الأمراض الممتدة - المزمنة - كالجذام وحمى الربع - وهي التي تأخذ يوما وتذهب يومين وتعود في الرابع،⁽²⁾ والسل في بداية الإصابة به، فحكم التصرفات الصادرة من هذا الشخص يتوقف عن ملازمته الفراش من عدمه فان ألزمه الفراش كانت تصرفاته تصرفات المريض مرض الموت، وإن لم يلزمه الفراش فإن تصرفاته لها حكم الصحيح.

القسم الثالث: مرض مخوف يتحقق معه تعجيل الموت بسببه فينظر في: (حالة عقله، فان كان عقله اختل مثل من ذبح أو ابينت حشوته، فهذا لا حكم لكلامه ولا لعطيته لأن لا يبقى له عقل ولا أثر لتصرفاته فهو يعتبر شخص معدوم الإدراك والإرادة، وأما إذا كان لا يصاحبها ذهاب

1 -موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 543.

2 -منصور ابن يونس ادريس البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، ج 4، مطبعة الحكومة، مكة المكرمة، (د.س.ن)، ص 224.

عقل كمن خرقت حشوته او اشتد مرضه صح تصرفه وتبرعه، وكان تبرعه من الثلث فان عمر خرجت حشوته فقبلت وصيته ولم يختلف في ذلك احد...⁽¹⁾

القسم الرابع: مرض مخوف لا يتعجل موت صاحبه يقينا لكنه يخاف ذلك: كالبرسام⁽²⁾ ووجع القلب والرئة وأمثالها فان لا تسكن حركتها، فلا يندمل جرحها، فهذه كلها مخوفة سواء كان معها حمى أو لم يكن.

_ وأما ما أشكل امره فصرح جمهور الفقهاء بأنه يرجع إلى قول أهل المعرفة وهم الأطباء، لأنهم أهل الخبرة بذلك والتجربة، والمعرفة، ولا يقبل إلا قول طبيين مسلمين ثقتين، بالغين، لان ذلك يتعلق به حق الوارث وأهل العطايا فلم يقبل فيه الا بذلك.⁽³⁾

الفقرة الثانية: تقسيم الأمراض عند الأطباء⁽⁴⁾

يقسم الأطباء المرض الى أقسام متعددة باعتبارات مختلفة، وهذه التقسيمات على سبيل الایجاز.

أولاً: تقسيمه باعتبار مواضع الإصابة، وينقسم لهذا الاعتبار الى قسمين:

1-مرض عضوي: وهو الذي يصيب أعضاء البدن، وغالب الأمراض من هذا القسم، ويتنوع هذا القسم أنواعا عدة بحسب أعضاء البدن، او بحسب الشخص المريض.

فمن امثلة تقسيمه بحسب أعضاء البدن:

أ- أمراض القلب والشرابين.

ب- أمراض المخ والأعصاب.

ج- الأمراض الباطنية.

د- أمراض المسالك البولية ... وهكذا.

2_ مرض نفسي: كالقلق، والاكتئاب والفصام وغيرها.

ثانياً: تقسيمه باعتبار كونه معديا او غير معدي: وينقسم بهذا الاعتبار الى قسمين:

1 -منصور ابن يونس ادريس البهوتي، نفس المرجع، ص 224.

2 -البرسام هو بخار يرتقي الى الراس ويؤثر في الدماغ فيختل عقل صاحبه.

3 (موفق الدين ابن قدامة، **المغني**، المرجع السابق، ص184.

4 الموسوعة العربية العالمية، نفس المرجع، ص 105.

1-أمراض غير معدية: وهي التي لا تنتقل من شخص الى آخر.

2-أمراض معدية: وهي التي تنتقل من شخص الى آخر، بإحدى طرق العدوى وتشمل أقساما عدة باعتبار طريقة العدوى به.

هذه أشهر التقسيمات (المرض) اردت عرضها بإيجاز وهذا لما لها من علاقة بهذا البحث، ويبقى تصنيف الأمراض ودرجة خطورتها من اختصاص الخبراء وهم الأطباء.

الفرع الثاني: حالات مرض الموت الحقيقي:

سبق لنا أن تطرقنا الى معنى المرض وأقسامه، وتبين لنا من خلال ذلك، وحسب المعايير المعتمدة لدى فقهاء الشريعة والأطباء المختصين والخبراء أن لمرض الموت حالات عديدة، فمنها المخوفة والتي يتحقق معها تعجيل الموت بسببها، ومنها الأمراض المزمنة ومنها الامراض المعدية فهي من مجموعها، تعتبر من الامراض الشائعة والتي تنتهي بموت المصاب بها، ومن أخطر هذه الأمراض ما أدرجته منظمة الصحة العالمية في موقعها الرسمي، بعنوان (أهم الأسباب العشرة المؤدية الى الوفاة)، حيث اعتمدت على الاحصائيات المقدمة لها من دول العالم، ونحن بدورنا وتطبيقا للضوابط المذكورة أنفا سوف نعرض على اكثر الأمراض شيوعا، وهذا في ما يلي :

الفقرة الأولى: الأمراض القلبية الوعائية

تعد أمراض القلب الوعائية أكبر الأمراض التي تحصد الأرواح في العالم، كما تعد من الأسباب الرئيسية للوفاة والأولى على المستوى العالمي وذلك كون أنّ عدد الوفيات الناجمة عن هذه الأمراض يفوق عدد الوفيات الناجمة عن أي من أسباب الوفيات الأخرى، فقد أحصت منظمة الصحة العالمية في عام 2015 نحو 17,7 مليون حالة وفاة بسبب الأمراض القلبية الوعائية القلبية مما يمثل نسبة 31 % من مجموع الوفيات التي وقعت في العالم في العام نفسه.⁽¹⁾

فالأمراض القلبية الوعائية رغم خطورتها و تهديدها بموت المصاب بها في أي لحظة الا أنه يمكن التعايش مع هذا المرض لمدة سنين فهو بذلك لا يعد مرض الموت في بدايته، حيث قضت المحكمة العليا في قرار لها جاء في حيثياتها: (أنّه بالرجوع الى الشهادات الطبية التي قدمها المستأنفان يتبين أنّ ما ورد فيها لا يكفي لاعتبار المرحوم (ف ع) كان مريضا مرض الموت اذ انه يظهر منها ان المرحوم كان مصابا بمرض القلب وهو مرض أدرجه الفقه والقضاء على عدم اعتباره من كان مصابا به، شأنه شأن جميع الامراض المزمنة مريض مرض الموت، لأن هذا

1- انظر منظمة الصحة العالمية، مأخوذ من الانترنت الموقع الآتي:

المرض قابل للشفاء وهو غير مانع للمريض من مباشرة أعماله في الفترات التي تتخلل النوبات وهي لا يطلب فيه الهلاك فقد يعيش صاحبه مدة طويلة دون أن تدركه الوفاة⁽¹⁾.
كما تعد النوبات القلبية والسكتات الدماغية⁽²⁾ عادة أحداثا وخيمة وهي تتجم، أساسا عند انسداد يحول دون تدفق الدم وبلوغه القلب أو الدماغ، أو جراء نزيف من أحد اوعية الدماغ الدموية أو الجلطات الدموية، ففي هذه الحالات عادة تجد المريض يلزم الفراش وينتابه شعور على دنو أجله وقرب موته، حيث يعتبر مرض القلب في مراحل المتأخرة مرض موت لأنه يؤدي الى الوفاة حتما.⁽³⁾

الفقرة الثانية: السرطان

ثان مرض رئيسي مسبب للوفاة في العالم فقد حصد في عام 2015 أرواح 8,8 مليون شخص، والسرطان مصطلح عام يشمل مجموعة كبيرة من الأمراض التي يمكنها أن تصيب كل الجسم، وتعرف أيضا بالأورام الخبيثة والخراجات، ومن سمات هذا المرض التولد السريع لخلايا شاذة يمكنها النمو خارج حدودها المعروفة، ومن ثم اقتحام الجسم المجاور ثم انتشارها الى أعضاء أخرى، ويطلق على تلك الظاهرة اسم النقلة، ومن بين أنواع السرطان الأكثر شيوعا التي تسبب الوفاة وحسب احصائيات عام 2015 سرطان الرئة، وسرطان الكبد، وسرطان القولون المستقيم، وسرطان المعدة، وسرطان الثدي.⁽⁴⁾

حيث جاء في حيثيات إحدى قرارات المحكمة العليا ما يلي: (...ولما كان ذلك فان القرار صدر موافقا للقانون ما تبين في أسبابه أن الموكل كان حين عقد الهبة مريضا بالسرطان كما هو

- 1- قرار صادر عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، الصادر تاريخ 2004/07/21، ملف رقم 283817.
- 2- الامراض القلبية الوعائية: هي مجموعة من الاضطرابات التي تصيب القلب والاعوية الدموية، وتلك الاضطرابات تشمل ما يلي:
 - _ امراض القلب الناجية: امراض تصيب اوعية الدم التي تغذي عضلة القلب.
 - _ امراض الدماغية الوعائية: امراض تصيب الاوعية التي تغذي الدماغ.
 - _ الامراض الشريانية المحيطية: امراض تصيب الاوعية الدموية التي تغذي الذراعين والساقين.
 - _ امراض الروماتيزمية: امراض تصيب العضلة القلبية وصمامات القلب جراء حمة روماتيزمية ناجمة عن جراثيم العقديات.
 - _ امراض القلب الخلقية: تشوهات تلاحظ عند الولادة، في الهيكل القلبي.
 - _ الخثار الوريدي العميق او الانضمام الرئوي: الجلطات الدموية التي تظهر في اوردة الساقين التي يمكنها الانتقال الى القلب والرئتين.
- انظر منظمة الصحة العالمية، الموقع السابق.
- 3- سهير منتصر، **محاضرات في عقد البيع**، سنة 1984، ص 19 منقولاً عن ابياد محمد جاد الحق، هبة المريض مرض الموت في مجلة الاحكام العدلية، المجلد التاسع عشر، مجلة الجامعة الإسلامية، العدد 2 جويلية 2011، ص 520.
- 4- انظر منظمة الصحة العالمية، مأخوذ من الانترنت، الموقع السابق.

ثابت في المستندات وهو مرض يغلب فيه الهلاك وقد دخل المستشفى في ...وقد لازمه حتى مات به في ...ولما كان ذلك فان الموكل لا يستطيع ان يؤدي بنفسه العمل الذي وكل فيه).⁽¹⁾ وكما سبق بيانه أنفا فالسرطان يعد من الأمراض المزمنة، والذي يستثنى من مدة سنة فيعد مرض الموت من لحظة اشتداد المرض وتدهور حالة المريض الى حين الوفاة، ولو امتد لأكثر من سنة.

وعلى هذا إذا مضى على المريض مرضا زمنا سنة كاملة ولم يزداد ما به من المرض، اعتبرت تصرفاته في تلك السنة كتصرفات الصحيح، أما إذا ازداد مرضه واشتد حتى مات كانت تصرفاته تصرفات مريض الموت وفصل الخطاب في ذلك هو شهادة الأطباء عند الاختلاف،⁽²⁾ والتقدير بسنة هو المختار من عدة أقوال، فان تغيير حال المريض مرضا زمنا كان حكم تصرفاته كحكم المريض الغالب هلاكه ابتداء من وقت التغيير بشرط اتصال المرض بالموت، فاذا شفي المريض من مرضه⁽³⁾ أو نجا من الهلاك فجميع تصرفاته حال خوف الهلاك تعتبر كتصرفات الصحيح.

والأمراض المزمنة او الممتدة لا تعد مرض الموت، الا إذا تغير حال المريض واشتد وخيف منه الهلاك، فيكون حال التغيير مرض الموت إذا اتصل بالموت، كما أن مرض السرطان غير منتشر في جسم الانسان، لا يعد مرض الموت ولو كان زمنا، لأنه لا ينذر بالموت العاجل ومنه ما يمكن استئصاله مثل سرطان الرحم.

الفقرة الثالثة: داء السكري

يعد داء السكري خامس سبب رئيسي للوفيات في العالم في عام 2016، وقد تسبب في وفاة 1,6 مليون شخص. وداء السكري مرض مزمن يحدث عندما يعجز البنكرياس عن انتاج الانسولين⁽⁴⁾ بكمية كافية، او عندما يعجز الجسم عن الاستخدام الفعال للانسولين الذي ينتجه، ويعد ارتفاع مستوى السكر في الدم من الآثار الشائعة التي تحدث جراء عدم السيطرة على داء السكري، ويؤدي مع الوقت الى حدوث اضرار وخيمة في العديد من أجهزة الجسم ولاسيما

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

2- احمد إبراهيم بك، انتقال ما كان يملكه الانسان حال حياته الى غيره بعد موته- التركة والحقوق المتعلقة بها المواريث علما وعملا الوصية وتصرفات المريض مرض الموت، ج 2، المكتبة الازهرية للتراث، (ب.ب.ن)، (ب.س.ن)، ص 1103.

3- احمد إبراهيم بك، نفس المرجع، ص 1104 – 1105.

4- الانسولين هو هرمون ينظم مستوى السكر في الدم.

الاعصاب والاعوية الدموية. ومع مرور الوقت يمكنه ان يتسبب في الحاق الضرر بالقلب والاعوية الدموية والكلية والعينين والاعصاب، ويزداد خطر تعرض البالغين المصابين بالسكر لنوبات القلبية والسكتات الدماغية ضعفين او ثلاثة اضعاف، وكذلك بتر الأطراف السفلى، كما يعد داء السكري من الأسباب الرئيسية لفشل الكلوي.⁽¹⁾ ولكي يعتبر المرض داء السكري مرض الموت يشترط ان يقع الموت خلال سنة من بدء المرض، اما اذا امتد المرض بالمريض على حال واحدة دون ازدياد سنة او اكثر، فانه لا يعتبر في مرض الموت وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح،⁽²⁾ فداء السكري مرض مزمن وعادة ما يمتد لزمان طويل، ويتعايش معه المريض ولا يشعر بالخوف من قرب الموت به، اما اذا اشتد عليه المرض وتزايد وانتهى بالموت فعلا قبل انقضاء سنة من تاريخ الاشتداد، ففي هذه الحالة يعتبر المريض في مرض الموت عن تاريخ الاشتداد المرض عليه وليس قبل ذلك.⁽³⁾

وكما سبق ذكره أعلاه فان داء السكري مع مرور الوقت يسبب في الحاق الضرر بالكلية وعليه جاء في حيثيات قرار مجلس البلدية: (... وحيث ان مرض الموت واقعة مادية يمكن اثباتها بكافة الطرف، وحيث تبين من الملف الطبي أنّ الواهبة كانت تعاني من داء الكلى، وأنّ مرضها هذا كان في مرحلتها الأخيرة، وان الواهبة ماتت بعد مرور أقل من عشرة أشهر تعين ابطال الهبة عملا بالمادة 204 من قانون الاسرة)⁽⁴⁾

الفقرة الرابعة: الأمراض المعدية (العدوى الفيروسية)

الأمراض المعدية أكثر الأمراض شيوعا حيث تستطيع أنواع عديدة من البكتيريا والفيروسات وسائر الكائنات الدقيقة أن تغزو جسم الإنسان وتسبب أمراضا، وتسمى الكائنات الدقيقة المسببة للمرض (المرضات)، حيث تستولي هذه الأخيرة على بعض خلايا الجسم وانسجته وتستخدمها لنموها الخاص وتكاثرها، وأثناء هذه العملية تقوم بتدمير أو اتلاف الخلايا والأنسجة، وبذلك تسبب الأمراض، فمعظم الأمراض المعدية أمراضا سارية، أي تنتقل من شخص إلى آخر.

1- انظر منظمة الصحة العالمية مأخوذ من الانترنت، موقع السابق.

2- اياد جاد الحق، المرجع السابق ص 521.

3 -اياد جاد الحق، نفس المرجع، ص 521.

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

وفي بعض الأحيان تكتسب أحد الأمراض المعدية قدرة عالية على العدوى والانتشار في المجتمع وتسمى هذه الحالة وباء، وعندما يحدث الوباء في عدة أماكن من العالم في آن واحد، فإنه يسمى جائحة.

فهذه الأمراض يكون أصحابها في وضع يغلب فيه الهلاك دون السلامة فهي إذن في حكم مرض الموت، ويرجع في تقدير ذلك الى أهل الخبرة في المجال الطبي من حيث قوة تأخر المرض وامتداده من عدمه.⁽¹⁾ ومن أخطر الأمراض المعدية ما يلي:

• **الايذز: الايدز او السيدا (نقص المناعة المكتسبة) أو متلازمة نقص المناعة المكتسبة⁽²⁾** وتؤدي الإصابة بهذه الحالة المرضية الى تقليل من فاعلية الجهاز المناعي للإنسان بشكل تدريجي ليترك المصابين به عرضة للإصابة بأنواع العدوى للإنتهازية والأورام.

ويعتبر مرض الايدز حالياً جائحة، وقد أودى هذا المرض بحياة ما يقدر بحوالي 2,1 مليون شخص، فهو بذلك يعد من الأمراض المميتة الخطيرة، والمصاب بهذا المرض لا يرجى شفاؤه في الغالب، فإذا اشتد المرض لدى صاحبه وصارت غلبة الموت فيه أكيدة واقترب أجله، وأدى بحياته الى الموت فعلاً، فإنه يعد مريضاً بمرض الموت⁽³⁾، وفي إحدى فتاوى الشيخ حسن الجواهري، حول حكم مرض الايدز، جاء فيه (... وبما أن مرض الايدز، على ما ذكره الأطباء يكمن في الجسم، من حين حدوثه الى أن تظهر أعراض المرض المميزة له، عدة سنوات قد تبلغ عشر سنين أو أكثر يكون فيها المصاب عادياً في كل تصرفاته في أكثر هذه المدة إذ لا يمكن أن يحكم على المريض بمرض الايدز أنه في حالة مرض الموت).

أما في المراحل المتأخرة من العدوى التي يستقل فيها المرض وتصاحب المريض تغيرات سلوكية مصحوبة بالخوف من الموت، وتقعده عن ممارسة الحياة اليومية وتتصل هذه التغيرات بالموت ففي هذه المراحل يحكم عن المريض بأن مرضه مرض الموت، لأنه في هذه الحالة الشديدة، يستشعر بدنو أجله، وبهذا ينطبق عليه مرض الموت فتتقيد تصرفاته المضرة بحقوق الدائنين والورثة.⁽⁴⁾

1- محمود إسماعيل مشعل، **أحكام المريض في فقه الأسرة**، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية ط 1، 2013 ص 39.
2- نقص المناعة المكتسبة: هو مرض يصيب الجهاز المناعي البشري ويسببه فيروس نقص المناعة البشرية فيروسي ابتش أي في (HIV)
3- جانيت بيكر، نقلاً عن جيب ادريس عيسى مازوري، المرجع السابق، ص 60.
4- حسين الجواهري، **بحوث في الفقه المعاصر** دار الذخائر، ط 1، (ب.س.ن) ص 418-419.

هذا وقد أصدر مجمع الفقه الإسلامي في دورة المؤتمر التاسع المنعقدة في دولة الإمارات العربية المتحدة في أبوظبي قراراً⁽¹⁾ يقضي بأن مرض نقص المناعة المكتسب (الإيدز)، يعد مرض الموت شرعاً، إذا اكتملت أعراضه، وشروط مرض الموت كشرط أن يقعد المرض المريض عن ممارسة أعماله المعتادة واتصال به الموت.

الفقرة الخامسة: الانسداد الرئوي المزمن

مرض الرئة الانسدادي هو مرض رئوي يهدد حياة من يتعرض له يتميز بانخفاض مستمر في تدفق الهواء، وتتفاقم أمراض الإصابة بعد مرور مدة من الوقت، وتتمثل في ذيق التنفس عند الإجهاد لتصل في المراحل المتقدمة من المرض الى ضيق التنفس أثناء الراحة الى ان يصل إلى مرض خطير، ويؤدي بحياة المصابين به، ويعرف كذلك بالتهاب الشعب الهوائية القصبات المزمن والانتفاخ الرئوي، فقد سبب مرض الرئة الانسدادي المزمن عام 2015 بحصد 3,17 ملايين وفاة في العالم، ويعتبر الانسداد الرئوي المزمن مرض لا يمكن الشفاء منه، لكن يستطيع العلاج تخفيف حدة الأعراض وتحسن نوعية الحياة المصابين به، وتقليل خطر الوفاة بسببه⁽²⁾ كما يعد مرض مزمن.

جاء في قرار المحكمة العليا في حيثياته: (...إنه ثبت أن مورث الأطراف أثناء إبرامه العقد التوثيقي المؤرخ في...كان آنذاك مريضاً بأمراض مختلفة صدرية تؤدي الى الاغماء وأمراض قلبية وهذا ما يبين أن أثناء تصرفه بالبيع كان في مرض الموت، حيث يتضح من هذا أن قضاة المجلس استندوا في قرارهم المتظلم منه على أساس قانوني سليم ولم يخطئوا في تطبيق القانون لاسيما المادة 408 مدني التي تتعلق بالبيع في مرض الموت بل انهم طبقوا هذه الاحكام تطبيقاً سليماً ولهذا فإن الوجه المثار غير منتج ويترتب على ذلك حينئذ رفض الطعن لعدم تأسيسه⁽³⁾).

والقاعدة في هذا المرض انه لا يعتبر للوهلة الأولى مرض الموت، فإذا طال بالمريض ولم يشتد بحيث يطمئن المريض على أن المرض قد وقف سيره ولم يعد منه خطر داهم، حتى وان

1- منظمة التعاون الإسلامي، مجمع الفقه الإسلامي: قرار بشأن نقص المناعة المكتسب (الإيدز) والأحكام الفقهية المتعلقة به، صادر عن مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمر التاسع بأبي ظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة من 1 - 6 بتاريخ 1995/6 / 1.

2- انظر منظمة الصحة العالمية، مأخوذة من الانترنت، الموقع السابق.

3- قرار المحكمة العليا، مؤرخ في 05 / 01 / 1994 ملف رقم 106193 غير منشور.

كان هذا المرض الزم المريض الفراش وأقعدته عن قضاء مصالحه مادام لم يغلب فيه خطر الموت العاجل، لكن إذا اشتد المرض وساءت حالة المريض وأصبحت تنذر بدنو أجله، واستمر المرض في الاشداد وانتهى الموت به، فإنه يعتبر مرض الموت من الوقت الذي اشتد به.⁽¹⁾

الفقرة السادسة: التهاب الكبد C

التهاب الكبد C مرض كبدي يسببه فيروس التهاب كبد C، يمكن أن يسبب الفيروس عدوى التهاب كبد حادة ومزمنة على حد سواء، تتراوح في الوخامة بين المرض الخفيف الذي يستمر أسابيع قليلة إلى المرض الخطير طيلة العمر.

كما يعد هذا المرض السبب الرئيسي في الإصابة بسرطان الكبد، كما أنه فيروس منقول بالدم، وطرق العدوى الأكثر شيوعاً تحدث عبر التعرض لكميات صغيرة من الدم، وعلى مستوى العالم يتعايش ما يقدر بنحو 71 مليون شخص مصاب بعدوى التهاب الكبد C المزمنة، وتتطور حالة عدد كبير من الأشخاص المصابين بعدوى مزمنة ليصابوا بتشمع الكبد أو سرطان الكبد، وحيث أشارت تقديرات المنظمة العالمية للصحة عام 2016 ان حوالي 399 ألف شخص لقوا حتفهم بسبب هذا المرض، ولا يوجد في الوقت الحالي لقاح ناجح ضد التهاب الكبد ولكن تتواصل البحوث في هذا المجال.⁽²⁾

والقاعدة في الأمراض المزمنة أنها تعتبر للوهلة الأولى مرض موت فإذا طالت دون أن تشتد، بحيث يصبح المريض مطمئن من خطر الموت العاجل كون ان المرض استقر وتوقف امتداده ولم يعد هناك خطر منه، حتى وإن أقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه المعتادة، وألزمه الفراش، ولم يعد يشعر بدنو أجله فتكون تصرفاته تصرفات الصحيح، أما إذا اشتد المرض بعد ذلك وأصبحت حالة المريض تنذر بقرب موته واستمر على ذلك الحال إلى أن ينتهي به الموت فعلا فإنه يعتبر مرض موت وهذا ما أخذت به مجلة الاحكام العدلية.⁽³⁾

وباعتبار أن مرض التهاب الكبد C من الأمراض المزمنة التي يتعايش معها العديد من المرضى إلا أنهم معرضون بتطور المرض لأن يصابوا بتشمع الكبد أو سرطان الكبد وهي من الأمراض المميتة عند اشتدادها.

1- محمد كامل مرسي، بحث حول تصرفات المريض، منشور في مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثامنة، العدد 3، افريل 1938 جامعة القاهرة 288، نقلا عن عبد السلام احمد فيغو، المرجع السابق، ص 39.
2- انظر منظمة الصحة العالمية، الموقع السابق.
3- سليم باز رستم، المرجع السابق، ص 887 – 888.

وهذا ما أشار إليه نص المادة 408 من قانون المدني الجزائري في نصها الفرنسي الذي جاء فيه.

(Dans la période aigue de la maladie qui entraine la mort ...) وفي المقابل جاء في النص العربي: "إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا اقره باقي الورثة، وعليه انتقد الدكتور علي سليمان هذا النص بقوله أن النسخة الفرنسية أتت بشرط أن يتم البيع في حدة المرض واشتداده ولم يرد هذا الشرط في النص العربي.

كما تطرق اليه القضاء حيث جاء في قرار المحكمة العليا في حيثياتها: (... فاشتداد المرض ميزة مرض الموت لأنه من العادة أن الاشتداد ينتهي بالموت فعلا وهو أمر كان من المفروض أن يبقى أمره إلى تقدير قضاة الموضوع دون رقابة من المحكمة العليا بشرط استساغة الدليل وتسبب الحكم تسببا كافيا)⁽¹⁾

ومما تقدم فإن جميع هذه الأمراض تعد خطيرة ولم يوجد لها علاج نهائيا أي لا يرجى منها شفاء، وإنما هي خاضعة لأدوية للتخفيف من حدة المرض عادة، وفي جميع هذه الحالات فإن المرضى المصابين تقرب نهاية حياتهم بالموت بسبب هذه الأمراض وغيرها أكثر من الحياة، وأما المدة فهي تبقى غير دقيقة في أكثر الحالات لأن الأعمار بيد الله تعالى، إلا أن المصابين تجد حالتهم النفسية غير سوية بسبب شيوع أن هذه الأمراض مميتة وهذا بناء على الإحصائيات المقدمة من الجهات المختصة، وأنها تسبب الموت في أي لحظة من عمر الإنسان و خاصة اذا علم المريض بأنه مصاب بمرض غير قابل للشفاء، فهذا يرجع إلى شخصية المريض بالدرجة الأولى، فمنهم من لا يريد سماع المعلومات عن حالتهم الصحية غير الصارة، إلا أن هناك آخرين يهتمهم معرفة كل صغيرة و كبيرة بشأنها، لغرض ترتيب أمورهم قبل أن يغتابهم الموت، بل منهم من يلح على الطبيب بأن يكون صادقا معه في إعلامه.⁽²⁾

المطلب الثاني: ما يلحق بمرض الموت في الحكم وضوابطه

لقد أورد الفقهاء قديما وحديثا حالات يلحق فيها الأصحاء حكما في تصرفاتهم، بمرض الموت، هذا في إطار فلسفة تشريع أحكام تصرفات مريض مرض الموت، حيث يمكن القياس على مرض الموت حالات أخرى لا يكون الشخص فيها مريضا، ولعدم استقرار وضعه النفسي،

1- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 24 / 06 / 1985 - المجلة القضائية -، رقم: العدد 2 - سنة 1990 ص 151.
2- مأمون عبد الكريم. رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية (دراسة مقارنة) دار المطبوعات الجامعية جورج عوض. الإسكندرية: 2009. ص 523.

ما قد يدفعه للتبرع بأموال، إما لحرمان وراثته، أو لمحاباة شخص عزيز عليه اسدى له معروفًا، أو وقف الى جانبه في الأوقات العصيبة، أو رغبة منه تقديم القربات الى الله، من خلال الصدقات والوصايا.⁽¹⁾

والمقصود بما يلحق بمرض الموت في الحكم، هي الحالة التي يكون عليها الأصحاء يغلب فيها الهلاك، دون السلامة، وبذلك تأخذ حكم مرض الموت، أما اذا كانت يغلب فيها السلامة، فإنها لا تأخذ حكمه وإن خيف الهلاك منها⁽²⁾، وفي صياغ آخر، ولأن المناط في وضع الأحكام المتعلقة بالمريض مرض الموت هو خوف الهلاك فقد ألحق جمهور الفقهاء بالمريض مرض الموت حالات مختلفة وعديدة للأصحاء الذين يكونون في أحوال تجعلهم يترقبون الموت لشعورهم بدنو أجلهم، ويغلب عليه فيها اليأس على الرجاء، والموت على الحياة، والهلاك على النجاة، فكل شيء يقربه الى الهلاك غالبًا فهو في معنى مرض الموت لأن مرض الموت هو الذي يغلب فيه الهلاك، فكان في المعنى سواء، حيث تأخذ تصرفاتهم حكم تصرفات المريض مرض الموت إذا ماتوا في تلك الحالة.⁽³⁾

وفي معنى آخر وفي غياب النص التشريعي الذي يبين مثل هذا النوع من الصور، فإنه يرجع الى الفقه الإسلامي كونه أحد مصادر التشريع وكذا الفقه القانوني الحديث، فقد جاء في معرض تعريف مرض الموت في المادة (1595) من مجلة الأحكام العدلية بأنه: (ومن بارز رجلا أو أقدم ليقتل في قصاص أو رجم أو بقى على لوح من السفينة، أو افترسه سبع وبقى فيه، فهو كمريض مرض الموت، ومن كان محبوسا في السجن لقتل قصاصا أو رجما، لا يكون في حكم المريض، وإذا خرج ليقتل في ذلك الحال، حكم المريض... لو كان في صف القتال فحكمه كحكم الصحيح، وإذا بارز فحكمه في تلك الحال حكم المريض، والمرأة إذا أخذها الطلق، فما فعلته في تلك الحال يعتبر من ثلث مالها، و إن سلمت من ذلك جاز ما فعلته من ذلك كله).

وكذلك من الحالات ما ذكره الدكتور السنهوري، فمن حكم عليه بالإعدام وينتظر التنفيذ، وراكب السفينة وهي على وشك الغرق ولا سبيل للإنقاذ، ومن داهمته الحريق لا سبيل للنجاة منه، ومن حوصر في حرب وأيقن أنه مقتول، ومن عقد نيته للانتحار، كل هؤلاء أصحاء ليس بهم مرض، ولكنهم يعتبرون في حكم المرضى ويكون لتصرفاتهم وهم في هذه الحالة حكم التصرفات

1- دواس أمين، دردين محمود، عقد البيع في مجلة الأحكام العدلية - دراسة مقارنة - (ب. د. ن)، 2013، ص 232

2 -محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 316.

3 -رشاد السيد إبراهيم ثامر، المرجع السابق، ص 38.

الصادرة في مرض الموت.⁽¹⁾ وفي عصرنا الحالي يمكن القياس عن حالات مرضى الموت الحكمي، الأشخاص الذين استدعوا للانتحاق بالجيش الاحتياطي في حالة تعرض دولتهم للاعتداء، والأشخاص الذين يقومون بالهجرة غير شرعية على متن قوارب، والمشرف على عملية جراحية خطيرة، ومن يعقد العزم على الانتحار، فتكون تصرفاتهم كتصرفات مريض مرض الموت.⁽²⁾

وعليه فإننا في هذا المطلب سوف نتطرق أولاً الى ضوابط التي وضعها الفقهاء لإلحاق الأصحاء بالمريض مرض الموت، وبعدها وتطبيقاً لما تم بيانه وعلى سبيل المثال نوضح بعض حالات الأشخاص الملحقين بالمريض مرض الموت وهذا فيما هو آتي:

الفرع الأول: ضوابط إلحاق الأصحاء بالمريض مرض الموت

الفقرة الأولى: خوف الهلاك غالباً: فكل شخص يوجد في حالة يخشى بسببها الهلاك ويغلب عليه ظنه حدوثه فإنه يلحق حينئذ بمرض الموت وهو ما ذهب اليه فقهاء الحنفية⁽³⁾، وذلك لأنهما يشتركان في نفس العلة والسبب ألا وهو خوف الهلاك الذي يكون له بالغ الأثر في شخصية المريض وبالتالي له نفس الأثر في تصرفات من كانت حالته يغلب عليها خوف الهلاك.

الفقرة الثانية: خوف التلف: إن ضابط خوف التلف الذي ذهب اليه الحنابلة⁽⁴⁾ وكذلك فقهاء المالكية⁽⁵⁾ وهو جعل الأساس في إلحاق الصحيح بالمريض هو أن يخاف -أي الصحيح- على نفسه التلف، وبالتالي إذا وجد هذا السبب ألحق صاحبه بالمريض مرض الموت.

الفقرة الثالثة: الحالة النفسية: وهو الضابط الذي يميل فقهاء القانون الأخذ به، فقد ذهب السنهوري الى أمر خلاف ما ذهب اليه الفقهاء في تحديد السبب الرئيسي الذي بموجبه يلحق الصحيح بالمريض مرض الموت، وهو الحالة النفسية المضطربة التي تنتاب الشخص الصحيح الذي يجد نفسه يعتقد بدنو أجله وقربه، فإن لهاذا الأمر تأثيراً قويا على حالته النفسية مما يجعلها غير مستقرة، فإذا كانت هذه حالته ألحق بالمريض مرض الموت.⁽⁶⁾

1- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ص 278.
 2- اندرو ميشيل يوسف حفيري، التصرفات القانونية الصادرة في مرض الموت وفق مجلة الاحكام العدلية - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير، جامعة القدس، 2018، ص 45.
 3- محمد امين المعروف بابن العابدين، رد المحتار على الدر المختار، المرجع السابق، ص 285.
 4- موفق الدين ابن قدامة، المغني، المرجع، ص 152.
 5- الامام مالك بن انس الاصبجي، المدونة الكبرى برواية سحنون سعيد التنوخي، ج6، دار الفكر -بيروت- 1406 هـ، ص 35.
 6- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، في شرح القانون المدني، المرجع السابق، 278.

الفرع الثاني: حالات ما يلحق بمريض مرض الموت

الفقرة الأولى: راكب السفينة والطائرة:

وأحسن مثال لذلك في الوقت الحالي بما يعرف بالهجرة غير شرعية على متن القوارب والتي تعرف بقوارب الموت فهي تعد ظاهرة مستقلة خاصة في بعض دول افريقيا ومن بينها الجزائر فكثير ما يتعرض راكبي هذه القوارب الى الغرق بسبب الأحوال الجوية المتقلبة وللقارب وكثرة العدد.

فاذا ركبوا البحر وكان هادئا وساكن ولم ينتابهم الخوف، نتيجة لاستقرار حالتهم النفسية فلا يكون راكبها في حكم المريض، اما اذا سير راكبوا السفينة في البحر ثم جاءت هذه السفينة ريح شديدة الهبوب، وأنت الموج من كل مكان، وغشيم ما غشيم وأيقنوا أنّ الهلاك قد احدث بهم، وانكسرت السفينة وبقوا على ألواحها⁽¹⁾ وغلب عليهم الخوف من الموت، ففي هذه الحالة يكون المتصرف منهم كالمريض ويلحق بمريض مرض الموت ويأخذ حكمه.⁽²⁾ ويرجع الى ذلك كون أن الشخص الذي كان على وشك الغرق، لحالته النفسية مضطربة، والحالة التي كان عليها يغلب فيها الهلاك وبالتالي يعتبر في حكم المريض مرض الموت.

وإذا سكن الموج مرة أخرى بعد هيجانه وكان راكب السفينة على متنها أي لم تتحطم السفينة، يصبح حكمه حكم المريض الذي برئ من مرضه فتتخذ تصرفاته من جميع ماله.⁽³⁾

كما تعد الطائرة أو المركبة الفضائية بعد إقلاعها ثم حصل بها خلل أو عطب فهما من تلك اللحظة إلى غاية وصولهما إلى الأرض يلحق راكبيها بالمريض مرض الموت ويأخذان حكمه، لأن حالتهم النفسية يغلب عليها الهلاك، وأما إذا لم يحدث لهما عطب، فحكم راكبيها في حكم الصحيح، لان الغالب على حالتهما السلامة.⁽⁴⁾

الفقرة الثانية: المحكوم عليه بعقوبة الإعدام

إن كلمة الإعدام ليست بكلمة عربية، فالإعدام على ذنب أو ازهاق الروح هي كلمة تركية، لأن معنى الإعدام باللغة العربية هو: الافتقار أو الفقر المدقع، الا ان الكلمة أصبحت شائعة

1- محمد امين العابدين، حاشية العابدين، ج2، ص 534.

2- حبيب ادريس المازوزي: المرجع السابق، ص 71.

3- محمد خالد الاتاسي، مجلة الاحكام العدلية وشرحها، ج 4، مطبعة حمص، 1930، ص 660.

4- عبد المنعم خليل إبراهيم الهيثي، احكام المريض في فقه العبادات وقضايا الاسرة، أطروحة الدكتوراه مقدمة مجلس كلية العلوم الإسلامية، جامعة بغداد، 1996، ص 128.

بالاستعمال ولا سبيل لتركها⁽¹⁾ وعرف الإعدام: (هو ازهاق روح المحكوم عليه بإحدى الوسائل المقررة بالقانون كالشنق أو الرمي بالرصاص، أو قطع الرأس، أو الصعق بالتيار الكهربائي، أو الغاز السام ...)⁽²⁾، وعقوبة الإعدام أي المحكوم عليه بالقتل كجزاء يتمثل في إيلاء المحكوم عليه والمساس بحقه في الحياة وذلك بإزهاق روحه وسلبها منه، ولا يجوز لأي فرد من الافراد مباشرته، وإنما تعين الدولة لذلك شخصا كي ينفذ الحكم.

كما حدد المشرع الجزائري مجموعة من إجراءات التنفيذ حكم الإعدام، وهي تعد كضمانات خاصة بالمحكوم عليه بالإعدام وأهمها: انه لا تنفذ عقوبة الإعدام إلا بعد رفض رئيس الجمهورية طلب العفو ويقدم الطلب ولو لم يطلبه المحكوم عليه، كما لا يبلغ المحكوم عليه بالإعدام برفض العفو عنه إلا عند تنفيذ العقوبة، كما لا تنفذ عقوبة الإعدام على الحامل أو المرضعة لطفل دون 24 شهرا، ولا على المصاب بجنون أو بمرض خطير، ولا أيام الأعياد الوطنية والدينية ولا يوم الجمعة أو خلال شهر رمضان، وتنفذ عقوبة الإعدام على المحكوم عليه رميا بالرصاص.⁽³⁾

ان حالة المحكوم عليه بالإعدام هي حالة خوف سواء اريد قتله لقصاص أو لغيره فقد جاء في المادة (267) من مجلة الاحكام الشرعية، وهي وفق المذهب الحنبلي، بأنه: (من يخاف عليه الهلاك غالبا كمن خرج من الصف يبارز رجلا أو أقدم للقتل من قصاص ... حكمه حكم المريض الغالب عليه الهلاك)⁽⁴⁾ ومن هذا النص يبدو أن من أقدم للقتل يكون خائفا ويغلب عليه الهلاك. وقد جاء في الفتاوى الهندية: (ومن كان محبوسا في السجن ليقتل قصاصا أو رجما لا يكون حكمه حكم المريض وإن أخرج فحكمه في تلك الحال حكم المريض مرض الموت)⁽⁵⁾.

وحسب ما جاء في هذا النص فان الشخص المسجون والمقرر قتله قصاصا أو رجما لا يعد مريضا ما لم يقاد لساحة الإعدام ذاتها لتنفيذ الحكم عليه، فالشخص الذي يخرج لساحة الإعدام لإماتته وإزهاق روحه تكون حالته النفسية أو المعنوية منهارة لإقباله على الهلاك.

1- غسان رباح، عقوبة الإعدام حل ام مشكلة؟، مؤسسة نوفل، بيروت، ط1، 1987، ص5.

2- محمد شلال العاني، علي حسن طوالبه، علم الاجرام و العقاب، دار الميسرة، عمان - الأردن، ط1، 1998، ص253.

3- قانون رقم 04/ 05 مؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق ل 06 فبراير سنة 2005 يتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الادماج الاجتماعي للمحبوسين.

4- محمد امين المعروف بابن العابدين، المرجع السابق، ج2، ص 717.

5- ابي المظفر محي الدين اورنك، الفتاوى الهندية، المكتبة الإسلامية، مصر 1310 هـ، ص 176، 177.

ويقول الدكتور محمد كامل مرسي بأنه: (المحكوم عليه بعقوبة الإعدام عند أخذه للتنفيذ فيه، فعندما يساق الى ساحة الإعدام فهو في حكم المريض في ساحة الإعدام ذاتها، وفي خارجها لا يعد كذلك)⁽¹⁾

أي أن المحكوم عليه بعقوبة الإعدام، وكونه موضوع بالسجن، فإن حالته النفسية تكون مستقرة وغير مضطربة لأنه لا يتعرض للهلاك لذا فهو لا يعد في حكم المريض، كما انه يأمل بصدور في حقه عفو من قبل السلطات المختصة، ضف الى ذلك الضمانات المذكورة أعلاه أما إذا سيق الى ساحة الإعدام ذاتها فإن حالته النفسية تتأزم ويشد خوفه حيث يبلغ برفض طلب العفو الذي كان أمله الأخير فهو في هذه الحالة حكمه حكم مريض مرض الموت.⁽²⁾

فالمحكوم عليه بالإعدام يكون في حكم المريض من لحظة سياقه الى ساحة الإعدام ذاتها ورفض طلب العفو عنه وهذا بإخباره بتنفيذ الحكم عليه الى حين إتمام عملية التنفيذ وحصول الموت فعلا.

ويعد كذلك إن مات أثناء أخذه الى مكان التنفيذ إذ سيغلب في ظنه الموت على الحياة، بينما يعد في حكم الصحيح كلما بقى داخل السجن وما لم يتم إبلاغه بحكم التنفيذ و اخذه الى ساحة الإعدام و كذلك ان لم تتم عملية تنفيذ حكم الإعدام بنجاح لسبب ما، لزوال شعور خطر الموت عنه.⁽³⁾

الفقرة الثالثة: المرأة الحامل

الحمل هو حالة طبيعية مؤقتة تتلاءم معها المرأة الحامل لوجود كائن جديد في رحمها نتيجة إلقاح نطفة الرجل مع البيضة الخاصة بها ثم تتكاثر البيضة الملقحة عبر مراحل إلى أن يصبح الجنين بشكله الإنساني المعروف قابلا للحياة بدءا من بداية الشهر السابع تستضيفه تسعة أشهر يخرج بعدها طفلا⁽⁴⁾ ومدة الحمل كما جاء في المادة 42 من قانون الأسرة الجزائري وهو: "أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشه⁽⁵⁾". وإذ سقط الجنين قبل نهاية الشهر السادس وبداية

1- محمد كامل مرسي، الوصية وتصرفات المريض مرض الموت في القانون النصري وفي القوانين الأجنبية، المرجع السابق، ص 279.

2- منير القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج 4، مطبعة العاني، بغداد، 1948، ص 118.

3- حبيب إدريس عيسى المزوني، المرجع السابق، ص 66.

4- محي الدين طالو العلي، تطور الجنين وصحة الحامل، الطبعة الأولى، دار الهدى الطاعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 1986، ص 175.

5- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 جويلية 1984 والمتضمن قانون الاسرة، المعدل والمتمم بالامر رقم 05 / 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

السابع يكون غير قابل للحياة رغم ان بعض الأجهزة صالحة وظيفيا غير أن الجهاز العصبي المركزي العصبي و الجهاز التنفسي لم يتطور بعد بشكل ملائم.⁽¹⁾

وفي نهاية الحمل ونتيجة لتقلصات الرحم معلنة بدء المخاض (وهو الوجع الذي لا يسكن حتى تموت أو تلد). فتشتد هذه التقلصات وتتقارب وتصبح مؤلمة و تؤدي الى انقذاف الجنين وملحقاته خارج الأعضاء التناسلية، كما أن للعوامل النفسية أثرها في شدة المخاض الى خفته.⁽²⁾

ولهذه الاعتبارات وغيرها رأى جمهور الفقهاء أن المرأة الحامل لا تكون بحكم المريض إلا إذا جاءها الطلق، فهي قبل ذلك كالصحيحة وجميع تصرفاتها المالية قبل مرحلة المخاض أو الطلق تعد صحيحة ونافذة من رأس المال وذلك لزوال خطر الخوف عنها.

حيث جاء في المغني: (والصحيح ان شاء الله انه اذا ضربها الطلق كان مخوفا لأنه ألم شديد يخاف منه التلف فأشبهت صاحب سائر الأمراض المخوفة).⁽³⁾ هذا هو موقف جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية و الحنابلة من تصرفات المرأة الحامل فهم يلحقون المرأة الحامل بالمريض مرض الموت من وقت تحرك الطلق بها.

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

حيث جاء في حاشية الدسوقي: (وحامل ستة أشهر أي اتمتها ودخلت في السابع ولو بيوم هذا هو الراجع خلافا للظاهر)⁽⁴⁾ وهذا باعتبار ان بداية الحمل تعد حالة بشارة وسرور وفرح بالمولود، فالحامل في هذه الفترة لا تكون في حكم المريض وهذا لزوال خطر الخوف عنها، أما عند إتمام ستة اشهر فينقل حملها، فإنها في هذه الحالة تكون في حكم المريض،⁽⁵⁾ والولادة متوقعة في أي وقت، والولادة حالة تكون فيها المرأة بين الخوف والرجاء، وبين الحياة والموت، بسبب

1 -محي الدين طالو العلبي، المرجع السابق، ص 137- 138.

2 -محي الدين طالو العلبي، نفس المرجع، ص 300- 301.

3 -موفق الدين ابن قدامة، المرجع السابق، ج 3، ص 15.

4- احمد بن محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج4، ص 306.

5 -يوسف بن عبد الله بن محمد ابن عبد البر النمري القرطبي، لاستنكار الجامع لمذاهب فقهاء الامصار وعلماء الأقطار فما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والاثار، ج 7، علق عليه، ورفع حواشيه سالم محمد عطا ومحمد على معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 2، 2002، ص 281

الأوجاع الشديدة وضيق في عملية التنفس، فهي بذلك تخاف من الموت وتتصرف تصرفات ضارة بالدائنين والورثة.⁽¹⁾

وفي **الفقه الشافعي** فإنه يرى: (إذا مات الوليد في بطن أمه فمخوف، ومن ثم تكون بحكم المريض، وإذا ماتت في تلك الحالة تكون من الشهداء)،⁽²⁾ حيث يلحق بالمرض المخوف طلق الحامل بسبب الولادة وخطرها، حيث يذهب الشافعي الى أن الحامل يجوز تصرفها في مالها حتى يضربها الطلق لولادة أو إسقاط فتكون تلك الحال حال خوف عليها، أو يكون بها مرض غير الحمل مما يصيب غير الحامل كانت عطيتها عطية مريض، وإذا ولدت الحامل فإن كان بها وجع من جرح أو ورم أو بقية طلق أو امر مخوف فعطيتها عطية مريض، وأما إذا انتهت المرأة من آلامها أثناء مرحلة الولادة، ووضعت حملها حيا أم ميتا، فتكون عطيتها عطية الصحيح وتعد تصرفاتها التي انشأتها آنذاك صحيحة ولا يجوز الطعن فيها.⁽³⁾

الفقرة الرابعة: المقاتل في الحرب والمحبوس والأسير

لقد نظر الفقهاء المسلمين الى الحرب تبعا للوسائل المستعملة آنذاك فهم بذلك اشترطوا لاعتبار الشخص المقاتل في الحرب عند التحام الفريقان في القتال، وكانا متكافئين في العدد والعدة أو كان احد الفريقين مقهورا، فحكم هذا المقاتل في هذه الحالة حكم المريض مرض الموت، لأنه في حالة خوف يتربقب فيها الموت من حين الى آخر، واما الفرقة القاهرة فليسوا بخائفين، وكذلك اذا لم يتلق الفريقان فليسوا بخائفين، وحكمهم كالأصحاء.⁽⁴⁾

وقد علل ابن قدامة وجه إلحاقه بالمريض مرض الموت بأنه: (توقع التلف ههنا كتوقع المرض أو أكثر فوجب أن يلحق به، ولأن المرض إنما جعل مخوفا لخوف صاحبه التلف، وهذا كذلك).⁽⁵⁾

اما فقهاء المالكية فقد اعتبروا من كان بين طائفتين متحاربتين مريض مرض الموت وتلحق تصرفاته بأحكام تصرفات المريض مرض الموت، وذلك لوجود خوف الهلاك والتلف، واستثنوا

1- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 352-353.
 2- سليمان بن عمر جمل، حاشية الجمل على المنهج شيخ الإسلام زكريا الانصاري، مطبعة التقدم العلمية، (ب.ب.ن)، (ب.س.ن)، ص 54.
 3- الشافعي، المرجع السابق، ج4، ص 108.
 4- موفق الدين ابن قدامة، نفس المرجع، ج 6، ص 87.
 5- موفق الدين ابن قدامة، نفس المرجع، ج 6، ص 509.

من هم في الصفوف الخلفية للجيش أو من يقومون بمهام غير القتال كعلاج الجرحى وغير ذلك. (1)

وقد جاء في الفتاوي الهندية انه اذا كان بصف القتال فحكمه حكم الصحيح واذا خرج ليقتل فحكمه في تلك الحالة حكم المريض، ولو كان في مبارزة مع آخر فحكمه حكم المريض ويرجع ذلك الى الحالة النفسية للمقاتل في هذه الحالات، فهو يتوقع الهلاك كتوقع الموت من المرض أو أكثر ولو عاد بعد القتال الى المعسكر أو مدينته أو بيته أو عقب انتهاء المبارزة فحكمه حكم الذي بريء وشفى من مرضه. (2)

فحالة الخارج للمبارزة مع آخر يكون المبارز فيها في حال يخاف منها الهلاك غالباً، فيكون كالمريض فتكون تصرفاته التي تمس بالورثة والدائنين كتصرفات المريض مرض الموت، اما اذا رجع بعد المبارزة الى الصف أو عقب الانتهاء منها صار حكمه كحكم الصحيح وتنفذ تصرفاته من جميع ماله، وكذلك من حوصر في حرب وأيقن أنه مقتول لا محالة، فانه يعتبر في حكم المريض ويكون لتصرفاته وهو في هذه الحالة حكم التصرفات الصادرة في مرض الموت، (3) ولأن مصير المحبوس والأسير لدى الأعداء والذين من عادتهم القتل، فان حالة الأسير أو المحبوس يمتلكها الخوف من الهلاك، ويكون في عداد المريض مرض الموت، وبذلك تعد التصرفات التي يقوم بها في تلك الحالة يكون حكمها حكم المريض مرض الموت. (4)

الفقرة الخامسة: انتشار مرض أو وباء فتاك:

إذا ظهر مرض فتاك وانتشر في بلد من البلدان ولم يوجد علاج أو لقاحات مضادة لهذا المرض، مع عدم إمكانية السيطرة عليه بالأدوية اللازمة، فإن ساكن ذلك البلد المنتشر فيه المرض أو الوباء يمكن إصابته به أكثر من احتمال شفائه منه فإنه يصبح كمريض وتعتبر تصرفاته كتصرفات مريض مرض الموت وتدخل ضمن الحالات التي يلحق بها تصرفات الأصحاء بتصرفات المريض مرض الموت (5)

1- شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج 4، ص 306.

2- ابي المظفر محي الدين اورنك، المرجع السابق، ص 176.

3- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 278 – 279.

4- دالي فتيحة، تصرفات المريض مرض الموت في القانون الجزائري، مذرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر، جامعة البويرة، 2013، ص 28.

5- محمد امين بن عمر المعروف بابن العابدين، نفس المرجع، ص 721

فالأمرض الوبائية المعدية هي أمراض فتاكة فإذا وقعت في بلد ما فإنها تنتشر فيه، مما تؤدي غالبا بسكانها الى الهلاك وطبقا للقاعدة الشرعية التي تقول: (إن الغالب كالمحقق)، وإن أحكام الشريعة تتاط بالشيء الغالب، والنادر لا حكم له والغالب في الأمراض المعدية الفتاكة فإنها تأخذ حكم المرض المخوف ولو كان الأنسان سالما منها⁽¹⁾ ومن هذه الأمراض التي عرفت من قبل مرض الطاعون، حيث علل احد فقهاء الحنفية أنه: (إذا دخل الطاعون محلة او دارا يغلب على أهلها خوف الهلاك كما في حال التحام القتال، بخلاف المحلة أو الدار التي لم يدخلها، فينبغي الحمل على هذا التفصيل، لما علمت أن العبرة بغلبة خوف الهلاك، ثم لا يخفى ان هذا كله فيمن لم يطعن).

أي أنه إذا انتشر مرض معد في بلد وغلب على حال أهلها الخوف من الموت، فانهم يكونون في حكم المريض مرض الموت وان هذا الحكم يسري على جميع الأشخاص في تلك البلد دون استثناء سواء من أصابه المرض أو من لم يصبه.⁽²⁾

وتلخيصا لما تقدم ذكره تبقى هذه الحالات على سبيل المثال لا الحصر، حيث يمكننا القول بان الأشخاص الأصحاء الذين يلحقون بالمريض مرض الموت، قياس لكل حالة، وهذا بتوفر الشرط الأساسي الذي يكون فيه الأشخاص في أحوال تجعلهم يترقبون الموت، ويغلب عليهم فيها اليأس على الرجاء والموت على الحياة والهلاك على النجاة، وهذا استنادا الى معيارين: أولهما؛ المعيار المادي (الموضوعي) والذي يتعدى الشخص في ذاته الى معرفة الظروف المحيطة به كظرفي الزمان والمكان وكذا يعتمد على معرفة حالة الشخص الذي يغلب فيها الهلاك. وثانيهما؛ المعيار المعنوي (الشخصي)، والذي يقتصر على الشخص في حد ذاته ولا يتعداه، وهذا من خلال معرفة الحالة النفسية للشخص نفسه والتي يغلب فيها على ظنه انه مشرف على الموت لا محالة، وأن يتصل حاله بالموت فعلا، بذلك السبب، وبذلك يعد الشخص الصحيح في حكم المريض.⁽³⁾

1 - عبد الحكيم فودة، النظام القانوني لحماية الورثة من الوصايا المستترة، مرض الموت، الاحتفاظ على الحياة، دار المطبوعات الجامعية، مصر 2006، ص 34.

2 - حبيب الإدريسي عيسى المزوري، المرجع السابق، ص 67 - 68.

3 - حبيب ادريس عيسى المازوري، نفس المرجع، ص 73.

المبحث الثالث:

مفهوم الوصية

تعد التصرفات التبرعية التي يجريها المتبرع بإرادة منفردة والتي يتجرد فيها من ماله دون مقابل، فهي بطبيعتها مضرّة ضرراً محضاً بتركة المتبرع الذي يتعلق به حق الورثة، لذا تولت الشريعة الإسلامية بتنظيمها بالقدر الذي يحفظ حقوق أفراد الأسرة، بتوزيع المال توزيعاً متناسباً، ومن بينها الوصية التي تعدّ وجهاً من وجوه البرّ والإحسان والتقرب إلى الله، حتى يتدارك بها الإنسان ما فاتته من واجبات وأعمال الخير.

فقد شرع الله عزوجل الوصية في القرآن الكريم بقوله تعالى: (كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ)⁽¹⁾ وحث على تنفيذها بعد سداد الديون وقبل توزيع التركة على الورثة، بقوله جل شأنه: (... مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ...) ⁽²⁾، ثم جاءت السنة النبوية لتتولى تفصيل ما أجمله القرآن، حيث حددت مقدار الوصية بالثلث لغير وارث واشترطت إجازة الورثة لتنفيذها في حالة ما زاد مقدارها عن الثلث، وإذا كانت لوارث فهي موقوفة على إجازة باقي الورثة.

حيث جاء في السنة عدة أحاديث من بينها حديث رواه البخاري ومسلم عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه، يبيت ليلتين إلا وصيته مكتوبة عنده).

وبهذا اكتملت الأصول الكلية للوصية، وبقيت المسائل التي لم يرد فيها نص في القرآن أو السنة لاجتهاد فقهاء الشريعة الإسلامية.⁽³⁾

كما تولى المشرع الجزائري بدوره كباقي الدول العربية، تنظيم هذا النوع من التصرف وأولى له بقدر من العناية حيث تعرض له في نصين قانونيين: الأول في القانون المدني وبها ثلاث مواد من 775 إلى 777، اين عالج الوصية ضمن أسباب الملكية وتعرض من خلال المادتان 776 و 777 إلى التصرفات الملحقة بها أما تنظيمها فقد أحال بموجب المادة 775 إلى

1- الآية: 180 من سورة البقرة.

2- الآية: 11 من سورة النساء.

3- بن نوي نوال، تنفيذ الوصية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر - 1 - السنة الجامعية 2012 - 2013، ص 2.

قانون الأسرة الجزائري الذي عالج أحكام الوصية⁽¹⁾ ووضع شروطها في الفصل الأول من الكتاب الرابع الخاص بالتبرعات وذلك في المواد من 184 الى 201 منه.

ولان لكل تصرف قانوني مرحلتين: مرحلة انعقاد والتي تستوجب توافر اركان وشروط صحة، وهذا ما سوف نتناوله في مبحثنا هذا، ومرحلة التنفيذ والتي تهدف الى تحقيق إرادة الموصي في زمن لاحق لوفاته وترتب آثارها وهذا ما سوف نتناوله في الفصل الثاني ويستشف من ذلك انه لا يمكن ان تنشأ الوصية وترتب آثارها ما لم تتوفر فيها أركانها وهي: موصي وموصى له وموصى به وصيغة، وعليه سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين:

المطلب الأول: تعريف الوصية في الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري.

المطلب الثاني: اثبات الوصية ومبطلاتها.

المطلب الأول: تعريف الوصية في الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري

ذهب جمهور الفقهاء، بأن أحكام الوصية شرعت في حالتي الصحة والمرض ما دام هذا الأخير بالغا راشدا عاقلا ولم يحجر عليه، فانه لا يوجد أي اختلاف في حكم الوصية التي تصدر في حالتي الصحة والمريض بمرض اتصل به الموت وبالتالي فانه قبل التطرق إلى الوصية كتصرف قانوني⁽²⁾ في مرض الموت فانه يجدر بنا أن نتعرض إلى مفهوم الوصية دون التوسع في آراء الفقهاء وموجزة لما له صلة وثيقة بما سوف ننقل إليه بعد ذلك حول الكلام عن وصية المريض مرض الموت، ومن خلال هذا المطلب سوف نتطرق الى مفهوم الوصية وما يلحق بها:

الفرع الأول: تعريف الوصية: لتحديد معنى الوصية لا بد من التعرض أولا لتعريفها لغة، ثم في الإصلاح الشرعي، وبعدها في الاصطلاح القانوني، وهذا فيما يلي:

الفقرة الأولى: تعريف الوصية لغة واصطلاحا

أولا: لغة: مأخوذة من وصيت الشيء بالشيء أصيه، من باب وصلته وأوصيت اليه بمال جعلته له، ويقال أوصى فلانا، واليه إيضاء: جعله وصيه يتصرف في امره وماله، وعياله بعد موته،

1- هناك ثلاث حالات تدرج ضمن مفهوم الوصية كسبب من أسباب الملكية وهي: الوصية الشرعية الاختيارية والتي هي موضوع دراستنا، وما يلحق بالوصية والوصية بالتنزيل
2 - واعتبار الوصية تصرفا قانونيا، فإنها ككل التصرفات القانونية تمر بمرحلتين:
- مرحلة الانعقاد: التي تستوجب ان تتوفر على اركان وشروط صحة معينة، وخلوها من جميع المبطلات، وبعد التحقق من انعقادها بصفة صحيحة تأتي:
- مرحلة التنفيذ: التي تهدف الى تحقيق إرادة الموصى في زمن لاحق لوفاته من خلال تسليم الموصى به

والوصية: ما يوصى به. (1)

ثانياً: الإصلاح الشرعي: للوصية تعريفات كثيرة عند فقهاء الشريعة لذا سنكتفي بأهمها وهي: (2)

➤ يعرف الحنفية الوصية بانها: (تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع).

➤ وعند المالكية قالوا: (الوصية في عرف الفقهاء عقد يوجب حقا في ثلث مال عاقده يلزم بموته، او يوجب نيابة عنه بعده).

➤ اما الشافعية قالوا: (الوصية تبرع بحق مضاف الى ما بعد الموت، سواء أضافة لفظاً أولاً فإذا قال أوصيت لزيد بكذا كان معناه بعد الموت).

➤ كما عرفه الحنابلة قالوا: (الوصية هي الأمر بالتصرف بعد الموت كأن يوصي شخصاً بأن يقوم على أولاده الصغار أو بزوجه بناته أو يفرق ثلث ماله أو نحو ذلك).

ثالثاً: الاصطلاح القانوني: عرفها المشرع الجزائري في المادة 184 من قانون الاسرة⁽³⁾ والتي تنص على ما يلي: (الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريقة التبرع) فبهذا التعريف يكون المشرع الجزائري وافق المذهب الحنفي بتعريفه للوصية.

والمقصود بكلمة "تمليك" بما ورد في نص المادة فيشمل العقود التي تنقل ملكيتها كالبيع والهبة وغيرها⁽⁴⁾ أي ان الوصية قد تكون بالأعيان سواء اكانت منقولة أو عقارا، أو بالمنافع كسكنى الدار أو زراعة الأرض وجميع الوصايا سواء كانت بالمال أو غيره⁽⁵⁾، ويقصد بعبارة: (مضاف الى ما بعد الموت) يخرج من نطاقها التصرف الواقع في الحياة كالهبة ما عدا الوصية،⁽⁶⁾ أي أن التصرف الذي يتم في حال الحياة لا يرتب أثره الا بعد الموت.⁽⁷⁾

1- سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي - لغة واصطلاحاً، ط1، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1982، ص 381.

2 - عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج3، قسم المعاملات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (ب،س،ن)، ص 215 - 216.

3 - قانون رقم 84 - 11 مؤرخ في 09 جويلية 1984 والمتضمن قانون الاسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 / 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

4- عبد الرحمان الجزيري، نفس المرجع، ص 315.

5 - حمدي بشا عمر - عقود التبرعات: الهبة، الوصية، الوقف، دار هومة، الجزائر، ص 56.

6 - عبد الرحمان الجزيري، نفس المرجع، ص 315.

7 - حمدي باشا عمر، نفس المرجع، ص 56.

وكذلك يقصد بعبارة: (بطريق التبرع) هو أن الوصية تتم بدون عوض باعتبارها مال أوجبه الموصي في ماله تطوعا بعد موته،⁽¹⁾ وبه لا يأخذ الموصي مقابلا لوصيته. ومن فقهاء القانون من يعرف الوصية: (بأنها تصرف مضاف الى ما بعد الموت يكون للموصي بمقتضاه أن ينقل بعض أمواله الى الموصى له أو يخوله حقا يتعلق بهذا المال).⁽²⁾ حيث يعتبر هذا التعريف الأخير، انه جامع مانع، يشمل كل شيء يوصي به الشخص بعد وفاته أي كل صور الوصية التي يقر بها القانون.⁽³⁾

الفرع الثاني: ما يلحق بالوصية: ألحق القانون المدني الجزائري بالوصية كل تصرف قانوني يصدر من شخص في مرض الموت بقصد التبرع أو أي تصرف يراد منه تأخير ترتيب آثاره الى ما بعد الموت، أي كانت التسمية التي تعطى لهما.

الفقرة الأولى: تصرفات المريض مرض الموت:

نص المشرع الجزائري في الفترة الأولى من المادة 776 من القانون المدني على ما يلي: (كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حالة مرض الموت بقصد التبرع يعتبر مضافا الى ما بعد الموت، وتسري عليه احكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى الى هذا التصرف).

ومن هذا النص فان المشرع الجزائري اعتبر كل تصرف يصدر عن الشخص في مرض الموت بنية التبرع أيا كانت التسمية التي تعطى له، سواء اكان هبة أو بيع أو إقرار وغيرها من التصرفات فإنها تعد تبرعا مضافا الى ما بعد الموت، وتسري على هذه التصرفات أحكام الوصية.

فتصرف الشخص في ماله وهو في مرض الموت لغير وارث ينفذ في حق وراثته باعتباره وصية أي في حدود ثلث التركة، أما ما زاد عن الثلث فهو متوقف على إجازة الورثة، اما اذا كان التصرف لوارث فلا ينفذ الا بعد إجازة باقي الورثة.

وتسري أحكام الوصية على تبرع المريض مرض الموت بعد وفاة المتبرع، وأن يتصل المرض بالموت فعلا أما قبل ذلك فلا يحق للورثة الطعن في تصرفات مورثهم لأن حق الوارث لا يظهر في الوجود ولا يكون له أثر الا بعد وفاة المورث.⁽⁴⁾

1- حمدي باشا عمر، نفس المرجع، ص 56

2- عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الاصلية، دار النهضة العربية، (ب،ب،ن) 1982، ص 805.

3 - حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 55.

4- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 284.

الفقرة الثانية: التصرف لوأرث مع الاحتفاظ بالحياة:

نص المشرع الجزائري في المادة: 777 من القانون المدني ما يلي: (يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حياة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك). يستفاد من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري اعتبر من قبيل الوصية إذا تصرف شخص لأحد ورثته بالبيع أو الهبة أو غيرها واحتفظ لنفسه بحياة العين للانتفاع بها ما دام حيا كان ذلك تصرفا مضافا الى ما بعد الموت مالم يقم دليل يخالف ذلك.

المطلب الثاني: أركان الوصية وتثبيتها

الوصية من التصرفات التبرعية المضافة الى ما بعد الموت و التي تنشأ بالإرادة المنفردة وهي إرادة الموصي، أركانها: موصي، موصى له، وموصى به وصيغة⁽¹⁾ وشروط تتعلق بهذه الأركان فاذا توافرت أصبحت نافذة.

وكما سبق لنا الإشارة اليه فان لكل تصرف قانوني مرحلتين: مرحلة انعقاد والتي تستوجب توافر أركان وشروط صحة ومرحلة تنفيذ التي تهدف الى تحقيق إرادة الموصي في زمن لاحق لوفاة، وترتب آثارها ولهذا سنتناوله في المطلب المرحلة الأولى، أما المرحلة الثانية سنتعرض بها في الفصل الثاني.

الفرع الأول: أركان الوصية

الفقرة الأولى: الموصي (الرضا):

يجب لصحة الوصية فيما يخص الموصي الرضا بالايضاء غير مكره أو هازل أو مخطئ أو سكران او قاصدا الاضرار بالورثة⁽²⁾ وأن تتوفر فيه شروط معينة نصت عليها المادة 186 من قانون الأسرة على أنه: (...أن يكون سليم العقل، بالغا من العمر تسع عشرة (19) سنة على الأقل).

ويتبن من هذه المادة أن أهم شروط صحة الوصية بالنسبة للموصي هو أن يكون سليم العقل. وهذا ما اتفق عليه الفقهاء جميعا على أن يشترط في الموصي لتصح وصيته أن يكون

1- عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص 316.

2- محمد زهدود، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، 1991، ص

عاقلا مميزا، فإذا انعدم العقل و التمييز فلا وصية، وعلى هذا لا تصح وصية المجنون ومن في حكمه من المعتوه.⁽¹⁾ أن يكون بالغا من العمر 19 سنة أي أن يكون متمتعا بسن الرشد القانوني الوارد في المادة 40 من القانون المدني الجزائري.

الفقرة الثانية: الموصى له:

ومن الشروط التي تصح بها الوصية أن تتوافر في الموصي ما يلي:

أ- أن يكون موجودا وقت انشاء الوصية إن كان معينا أو كان ممكن الوجود في المستقبل سواء وجد عند وفاة الموصي أو لم يوجد، فلو أوصى شخصا لمن سيولد لفلان ثم مات الموصي قبل أن يولد له، صحت الوصية بمجرد الموت، بل وتبقى صحيحة -حسب المذهب المالكي- إلى أن يتحقق الياس من الوجود الموصي له.⁽²⁾

ب- أن يكون الموصي له معلوما، أي معروفا باسمه كفلان ابن فلان، أو بتعريفه بالوصف كطلبة حفظ القرآن، أو فقراء منطقة معينة... أو غير ذلك فإن كان مجهولا جهالة لا يمكن ازالتها كأن يوصي لطالب من الجامعة إسمه أحمد ولم يبين لقبه كانت الوصية باطلة، لأنها تملك والتملك للمجهول جهالة تامة لا يمكن ازالتها لا تصح.⁽³⁾

ج- ان يكون أهلا للتمليك والاستحقاق، اذ لا تصح الوصية لمن ليس اهلا للتمليك، كالحيوان مثلا، بطلت وصيته على أساس أن الموصى له غير أهل للتمليك والاستحقاق.⁽⁴⁾

د- وألا يكون لجهة معصية وقت انشاء الوصية، أي يشترط في الوصية أن لا يكون الباعث عليها أي سبب الوصية غير مشروع وغير مخالف لمقاصد الشريعة، والتي تهدف لتحقيق الغاية من الوصية وهي صلة الرحم وإعانة القربى أو اليتامى وغيرها من جهات الخير والبرّ والمؤسسات العلمية.⁽⁵⁾

1 - محمد مصطفى الشلبي، احكام الوصايا والأوقاف، دار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان، ط4، 1982، ص 61.

2 - محمد شلبي، المرجع السابق، ص 97.

3 - حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 65.

4 - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 258 - 259.

5 - حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 64.

هـ- ألا يكون الموصي له قاتل الموصي: تنص المادة 188 من قانون الاسرة على أنه: (لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا). فالعبرة هنا بالحرمان من الايضاء بالقتل الموصي عمدا وبالنتيجة، فبذلك يستبعد القتل الخطأ والشخص الذي يكون في حالة دفاع شرعي.⁽¹⁾

و- الوصية للحمل: تنص المادة 187 من قانون الاسرة: (تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا، وإذا ولد توأم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس)، ومن نص المادة يتضح أن المشرع الجزائري جاء موقفه موافقا لما ذهب إليه أحكام الفقه الإسلامي التي اجازت الإيضاء للحمل شرط أن يولد حيا.

وفي هذا الشأن اعتبر الفقهاء في حالة تعدد الحمل، إن ولد احدهما حيا والآخر ميتا، كانت الوصية للحي دون الميت، وإن مات أحدهما أو كلاهما بعد الولادة، كان نصيبه لورثته اذا كانت الوصية بالاعيان، أما اذا كانت بالمنفعة عادت الى ورثة الموصي، لان الوصية بالمنافع تنتهي بموته مالم يكن هناك شرط آخر يعمل به.⁽²⁾

الفقرة الثالثة: الموصي به (محل الوصية أو موضوع الوصية)

تنص المادة 190 من قانون الاسرة: (للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة).

فبموجب نص هذه المادة يمكن أن يكون محلا للوصية، مما يملكه الموصي في حياته من أموال ومما يجوز التعامل فيه.

وعليه يشترط في المال الموصي به (محل الوصية):

أ- أن يكون مما يجري فيه الإرث، أو يصح أن يكون محلا للتعاقد حال حياة الموصي، ويدخل في ذلك كل أمواله بأنواعها المختلفة والتي يحوزها حقيقة أو حكما، وكذا الحقوق العينية والحقوق المعنوية الملحقة بالمال، كما تتدرج أيضا المنافع كسكن الدار وزراعة الأرض.⁽³⁾

ب- أن يكون متقوما عند وفاة الموصي، أن كان مالا، ويقصد به أن المال الذي يصح ان

1 -حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 65.
2 -بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 257.
3 -محمد زهدور، المرجع السابق، ص 75.

يكون موضوعا للوصية ان يكون مما يباح الانتفاع به وأن يمكن تقويمها في مفهوم الشرع الإسلامي وبالتالي لا تصح أن تكون موضوعا للوصية شرعا بين المسلمين كالخمر، والخنزير، والمخدرات...⁽¹⁾

ج- أن يكون موجودا عند إنشاء الوصية في ملك الموصي، إن كان معينا بالذات، أما إذا تعلق الأمر بشيء غير معين بذاته كمن يوصي بجزء شائع من المال كله فيشترط في هذه الحالة وجوده عند الوفاة.⁽²⁾

د- ان يكون قابلا للتملك، ومعنى ذلك أن يكون الموصي به يجوز تملكه بعقد من عقود الملكية كالبيع والهبة لان الوصية تملك وما لا يقبل التملك لا تتعد الوصية به، لذا فلا تصح الوصية بالوظائف العامة والأموال العامة وغيرها من الحقوق الشخصية والمهنية المحضة لأنها لا تورث ولا تصح لأن تكون محلا لتعاقد الموصي حال حياته.⁽³⁾

الفقرة الرابعة: الصيغة:

صيغة التصرف هي المعبرة عن إرادة المتصرف،⁽⁴⁾ ولأن الوصية تتعد عند صدورها من الموصي، بالإيجاب فقط و الذي يعتبر ركنها الوحيد، أما قبول الموصى له فهو لا يكون إلا بعد وفاة الموصي، فلا يعد إلا شرطا للزوم،⁽⁵⁾ أي أن الايجاب لا يحتاج إلى قبول حتى يتحقق إبرامها عند لزومها.

والإيجاب في نطاق الوصية هو أي لفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على المقصود،⁽⁶⁾ الذي ينطوي على التملك، كأن

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

2- حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 68 – 69.

3- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 269.

4- صيغة التصرف تصدر على اشكال مختلفة حسب طبيعة العقود والتصرفات وما قرره لها الشارع من احكام فهي:

-اما ان تكون منجزة: وهي ما دلت على وجود التصرف ووجود حكمه في الحال.

-او تكون مضافة: وهي ما أفادت وجود العقد في الحال، وتخلف حكمه الى زمن المستقبل.

والمعلقة هي التي ما دلت على وجود التصرف مرتبا على وجود شيء آخر سيوجد في المستقبل.

وكل من هذه الصيغ قد يكون مقيدا بشروط او مطلقا عن القيود، والأصل في صيغ التصرفات ان تكون منجزة ولم

يخرج عن هذه القاعدة الا الوصية التي تباي طبيعتها التتجيز، انظر حمدي باشا، المرجع السابق، ص 57 – 58.

5- حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 58.

6- راجع المادة 60 من قانون المدني الجزائري.

يقول أوصيت بكذا لفلان أو أوصيت الى فلان، أو جعلت الى فلان ثلث مالي بعد موتي ونحو ذلك في الألفاظ المستعملة في الوصية.⁽¹⁾

كما يمكن أن تكون صيغة الوصية معلقة على شرط، فإذا تحقق هذا الشرط عدة الوصية قائمة إلا أنها رغم ذلك تبقى مضافة إلى أجل تحقق وفاة الموصي لأن طبيعة الوصية تستلزم أن تكون مضافة إلى موت الموصي،⁽²⁾ حيث جاء في المادة 199 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: (إذا علق الوصية على شرط استحقها الموصى له بعد انجاز الشرط وإذا كان الشرط غير صحيح صحت الوصية و بطل الشرط)، وبهذا استبعد المشرع الشرط غير صحيح في انجاز الوصية واعتبره باطلا، مع استبقاء الوصية، أما القبول فإنه شرط لإفادة الملك الموصى به فلا يملكه الموصى له قبل القبول، فلا يشترط القبول في الوصية بخلاف الهبة.⁽³⁾

ويشترط في القبول أن يكون بعد موت الموصي فإذا قبل الموصى له في حال الحياة الموصي أو رد الوصية وقع ذلك باطلا، و يبقى له القبول بعد موت الموصي، لأن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، فهي معلقة على موت الموصي و كذلك القبول أو الرد فلا ينفع إلا بعد الموت، فمثلا لو أوصى بثلاث غنمه الموجود تحت يد الموصى له ثم مات بعد أن انقرض نصفها لا يملك الموصى له الا ثلث الباقي.⁽⁴⁾

الفرع الثاني: اثبات الوصية ومبطلاتها

سوف نتطرق الى إثبات الوصية ومبطلاتها عند فقهاء الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري وهذا على النحو التالي:

الفقرة الأولى: شكلية الوصية في الشريعة الإسلامية

اتفق فقهاء الشريعة في ان كتابة الوصية مستحبة، لأنها عقد من عقود التبرعات تترتب عليه حقوق الموصى له في الموصى به والتزامات الورثة في التنفيذ، ولأن طلب كتابة الوصية ثبت بحديث متفق عليه وهو قوله صلى الله عليه وسلم: (ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت

1- عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص 316

2- حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 59.

3- عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص 317

4- عبد الرحمان الجزيري، نفس المرجع، ص 317.

ليلتين إلا ووصيته عنده مكتوبة⁽¹⁾، إلا أنهم اختلفوا في المطلوب في الكتابة، هل تكفي وحدها أم أنها مشروطة بالاشهاد عليها؟ فهم بذلك انقسموا الى قولين:

• فمنهم من قال: إن المطلوب هو الكتابة فقط مع الختم أو التوقيع أو بصمة الابهام، حيث استدلوا بالحديث المذكور أنه لم يرد فيه ذكر الاشهاد⁽²⁾.

• ومن قال: ان المطلوب هو اشتراط الاشهاد مع الكتابة فاستدلوا لقوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ ع)⁽³⁾.

فأصحاب الراي الأول يعتبرون أن الحكم الوارد في هذه الحالة خاص في حالة السفر⁽⁴⁾. كما ذهب البعض الآخر إلى أن الكتابة والاشهاد إذا كان الموصى به حقا للغير فهو واجب يوصي بوفائه وهذا احتياطا لضمان حقوق الله وحقوق الأدميين⁽⁵⁾.

وفي جميع الاحتمالات فإن فقهاء الشريعة متفقون على أن الشكلية المطلوبة لغرض اثبات الوصية فقط ولضمان الحقوق من الضياع، فان شرط الكتابة سواء أكانت الكتابة وحدها أم مع الاشهاد هي المطلوبة، سواء أكان الطلب للإيجاب ام للاستحباب فان الوصية صحيحة مطلقا، سواء وجدت الشكلية ام لا⁽⁶⁾.

الفقرة الثانية: اثبات الوصية في القانون الجزائري

ان المشرع الجزائري لم ينص على الشكل الواجب توافره في الوصية باعتبارها تصرف رضائيا صادرا من جانب واحد، وانما أحال الى قانون الأحوال الشخصية بموجب المادة 775

1- الامام مالك بن انس، **الموطأ**، تحقيق يحيى بن يحيى الكثير الليثي الاندلسي القرطبي، كتاب الوصية، باب الامر بالوصية، حديث رقم 1496، ص 532.

2 -مصطفى إبراهيم الزلمي، **احكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الإسلامي المقارن والقانون**، 13، دار النشر احسان للنشر والتوزيع، إيران، طهران، ط1 ، 2014، ص 190.

3- الآية: 106 من سورة المائدة.

4 -مصطفى إبراهيم الزلمي، نفس المرجع، ص 191.

5 -مصطفى إبراهيم الزلمي، نفس المرجع، ص 191.

6 -ابن قدامة، المرجع السابق، ج 6، ص 96.

من القانون المدني بشأن هذه المسألة⁽¹⁾.

فبمقتضى المادة 191 من قانون الاسرة الجزائري تثبت الوصية:

1-بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك.

2-وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم، ويؤشر على هامش أصل الملكية.

اولا: تثبت الوصية بعقد رسمي توثيقي.

فبقراءتنا للفقرة الأولى من المادة 191 من قانون الاسرة المذكورة أعلاه يلاحظ أن المشرع الجزائري استعمل لفظ (عقد) مع أن الوصية تصرف بإرادة واحدة منفردة، مما يفهم أن المقصود من ذلك ليس العقد بمعناه اتفاق بل هو وثيقة أو المحرر الذي يفرغ فيه⁽²⁾ التصريح بالوصية من طرف الموصي وإرادته المنفردة في قالب رسمي أمام الموثق، الذي يراعي فيه جميع الإجراءات والترتيبات الواجب توافرها في العقود الاحتفالية.⁽³⁾

يراعى عند تحرير الوصية، الإشارة بدقة الى صفة الموصي والموصى له والموصى به، وإزالة كل لبس يؤدي الى الاشتباه بالوصية أو اختلاطها بما يماثلها من العقود، كما يجب الاشهاد على الوصية بحضور مستمر لشاهدي عدل وشاهدي تعريف عند الاقتضاء فضلا على حضور الموصي.⁽⁴⁾

وإذا حررت الوصية بوكالة أي بحضور وكيل الموصي فيجب الانتباه الى تلك الوكالة، بحيث يشترط ان تتوفر نفس الشروط الواجب توافرها في عقد الوصية وبعد تسجيل الوصية بمصلحة التسجيل والطابع بمفتشيه الضرائب برسم ثابت وتسلم نسخة منها للموصي وللموصى له اذا كان موجودا.⁽⁵⁾

1 -شيخ نسيمه، احكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري الهبة، الوصية، الوقف، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 219.

2- بن مدور جميلة، محاضرات في مقياس عقود التبرعات، ملقاء على طلبة الثانية ماستر تخصص اسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الموسم الجامعي 2019 - 2020.

3 -حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 73.

4 -حمدي باشا عمر، نفس المرجع، ص 73.

5 - علاوة بوتغرار، الوصية في التشريع الجزائري والشريعة الإسلامية، نقلا عن حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 74.

ثانيا: تثبت الوصية بحكم قضائي:

وهو الاستثناء عن الأصل الذي جاءت به الفقرة الثانية من المادة 191 من قانون الأسرة الجزائري المذكورة أعلاه، وهي حالة المانع القاهر للموصي، في حالة عدم تمكنه من إتمام عملية تحرير الوصية، ويمكن تصور هذه الحالة اذا التمس الموصي من الموثق مثلا على تحديد موعد لتحرير الوصية وبحضور شاهدي عدل، ولما كان الموصي في طريقه الى مكتب الموثق حسب الموعد المحدد لإمضاء المحرر وقع له حادث بالسيارة أدى بوفاته، فهنا بإمكان الموصي له باعتباره صاحب المصلحة، الاستعانة بمشروع العقد الموجود بمكتب التوثيق وبالشهود وبإثبات المانع القاهر الذي حال دون إتمام اجرائه الأخير وهو امضاء المحرر، ففي هذه الحالة يمكنه رفع دعوى قضائية عادية أمام الجهات القضائية يلتمس فيها اثبات هذه الوصية بحكم، و بعد صيرورة هذا الحكم نهائيا، يؤشر به على هامش اصل الملكية.(1)

هذا ويعتقد بن شويخ الرشيد أن هذه الحالة أي المانع القاهر يعني مرض الموت و التي من خلاله قد يصرح المريض أمام الشهود بالوصية، حيث يتم اثباتها بحكم قضائي.(2)

كما تعد الوصية القولية التي تتم شفهاة أمام الشهود في حالة وجود مانع قاهر تعتبر صحيحة و نافذة اذا صدر حكم قضائي يثبت صحتها القانونية.(3) والقاضي لا يثبت الوصية إلا إذا قام الدليل على وجودها إما بورقة عرفية موقعة من طرف الموصي قبل وفاته أو بتصريح الشهود بوجود الوصية.(4)

الفقرة الثالثة: مبطلات الوصية:

تعد الوصية صحيحة إذا استوفت لجميع أركانها وشروط انعقادها، التي سبق لنا ذكرها، فاذا اختل ركن من أركانها، أو طرأ عليها طارئ يخل بها، بسبب فقدان شرط من شروطها بعد انعقادها وصحتها فإنها تبطل.

1 - علاوة بوتغرار، الوصية في التشريع الجزائري والشريعة الإسلامية، نقلا عن حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 74.
 2 - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 70.
 3 - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، الميراث والوصية، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 3، 2004، ص 244.
 4 - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 70.

فقد توسع الفقهاء في بطلان الوصية ليشمل كل خلل فيها ولو كان عند تكوينها وانعقادها، أو خلال وجودها قبل تنفيذها، أو كل ما يطرأ على أركانها أو شروطها في المستقبل، وأسباب بطلان الوصية كثيرة، أقرها فقهاء الشريعة الإسلامية، كما أفرد قانون الأسرة الجزائري بطلان الوصية، وعدد حالات أساسية لبطلان الوصية، في حين تؤخذ بقية الحالات من معرفة أركان الوصية وشروطها، ومن هذه الحالات ما يلي:

أولاً: الرجوع عن الوصية:

اجمع فقهاء المسلمين على أن عقد الوصية غير لازم قبل وفاة الموصي، فيجوز له الرجوع عنها متى شاء، بإرادته المنفردة، صراحة أو ضمناً، قولاً أو فعلاً، سواء كان ذلك في صحته أو في مرضه، وبسبب أو لغير سبب، فلا يترتب على مجرد إيجاب الموصي حق للموصى له، ما دام الموصي حياً.⁽¹⁾

وهذا ما نص عليه قانون الأسرة الجزائري في المادة 192 على أنه: (يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمناً، فالرجوع الصريح يكون بوسائل اثباتها والضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها).

جاء هذا النص الصريح في إجازته للموصي الرجوع في الوصية، ولم يرد عليه أي قيد، فإذا كانت الوصية مكتوبة مصرح بها لدى الموثق، فيكون الرجوع بالتصريح أما الموثق أمام الموثق بنفس الكيفية، أما إذا كانت بشهادة الشهود ولم تكن مكتوبة كان الرجوع بالإشهاد على ذلك أيضاً، كما قد يكون الرجوع ضمني، كأن يتصرف الموصي في الوصية ببيعها أو هبتها، فهذا التصرف يعد قرينة على الرجوع في الوصية.⁽²⁾

ثانياً: زوال أهلية الموصي بعد الوصية:

ان استمرار أهلية الموصي شرط لاستمرار بقاء الوصية كما هو شرط لإنشائها فإذا كان متمتعاً بأهلية التبرع وقت انشاء الوصية ثم طرأ له الجنون المطبق، خلال المدة الواقعة بين الوصية وبين الوفاة، بطلت الوصية سواء اتصل الجنون بالموت أم لم يتصل، وهذا عند الحنفية والشافعية،⁽³⁾ وخالفهم المالكية والحنابلة فذهبوا إلى أن عقد الوصية متى صدر صحيحاً لا يبطل بزوال أهلية العاقد بعد ذلك كالبيع والاجارة ولا تصح قياسها على الوكالة.⁽⁴⁾

1- وهبة الزحلي، المرجع السابق، ج 8، ص 114.

2- ابن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 31 - 32.

3- مصطفى إبراهيم الزلمي، المرجع السابق، ص 249.

4- على الخفيف، المرجع السابق، ص 240.

ثالثا: رد الموصى له الوصية:

إذا رد الموصى له الوصية بعد وفاة الموصي تبطل الوصية، سواء أكان قبل قبولها أم بعده، فالقبول و الرد عند جمهور الفقهاء لا يعتد بهما في حياة الموصي.⁽¹⁾
وقد اقر المشرع الجزائري هذا السبب لبطلان الوصية، حيث نص على هذا الحكم في المادة 201 من قانون الاسرة: (تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي، أو بردها).

رابعا: وفاة الموصى له في حياة الموصي:

إذا توفي الموصى له في حياة الموصي تبطل الوصية، باتفاق المذاهب الأربعة ولا تنقل الوصية الى ورثته، لأن الوصية لا تلزم إلا بوفاة الموصي مصرا على وصيته مع قبول الموصى له بعد موته، سواء علم الموصي بوفاة الموصى له عند الوصية أم بعدها.⁽²⁾
وقد نص على هذا الحكم في المادة 201 من قانون الأسرة الجزائري المذكورة أعلاه.

خامسا: هلاك الموصى به:

إذا هلك الشيء الموصى به تبطل الوصية لفوات محل الوصية أي أصبح غير موجود وبذلك يتعذر تسليمها، و سواء حدث الهلاك قبل وفاة الموصي، أو بعد موته وقبل تنفيذ الوصية.⁽³⁾
أما إذا كان الشيء الموصى به جزء شائعا من التركة، فلا تبطل الوصية كلها، إلا أنه كلما هلك جزء منها هلك على الموصى له منها بالنسبة الى حصته الشائعة.⁽⁴⁾
غير ان قانون الأسرة الجزائري لم ينص على هذه الحالات أي هلاك الموصى به، كليا أو جزئيا، وما يستحقه الموصى له من الجزء الباقي في حالة الهلاك الجزئي.⁽⁵⁾

سادسا: قتل الموصى له للموصي:

إذا جنى الموصى له على الموصي جناية أدت الى موته بسببها بطلت الوصية سواء أكان القتل قبل الوصية أو بعدها، وذلك بأن يجرح الموصى له الموصي، أو يضربه ضربة بحيث يؤدي به الموت⁽⁶⁾، وأن عفا عنه الموصي قبل وفاته وبعد إصابته بالضربة المميتة من قبل الموصى له، فلا يصح عفو بعد بطلانها حتى وأن اجازها الورثة بعد وفاة الموصي.⁽⁷⁾

1 -وهبة الزحلي، المرجع السابق، ج 8، ص 287.

2 -محمد الزحيلي، الفرائض والمواريث والوصايا، دار الكلم الطيب، دمشق، بيروت، ط1، 2001، ص 520.

3 -محمد الزحيلي، نفس المرجع، ص 521.

4 -مصطفى إبراهيم الزلمي، المرجع السابق، ص 253.

5 -بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 34.

6 -على الخفيف، المرجع السابق، ص 256.

7 -مصطفى إبراهيم الزلمي، المرجع السابق، ص 522.

وقد نص على هذا الحكم في المادة 188 من قانون الأسرة الجزائري: (لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا).

الفصل الثاني

احكام وصية مريض مرض الموت

الفصل الثاني:

احكام وصية مريض مرض الموت

إن الإسلام والقوانين الوضعية اهتمت بالفرد، وأعطته كامل الحرية في التصرف في أمواله كيف ما يشاء، ما دام على قيد الحياة، بالغاً راشداً، متمتعاً بكامل قواه العقلية ولم يحجر عليه. فهو بذلك له مطلق حرية التصرف في أمواله كلها، أو بعضها بتصرفات عوضية أو تبرعية، من غير أن يعترض عليه أحد، حتى من ورثته المحتملين، طالما أنه صادر في حال حياته فهو تصرف صحيح، ونافذ في حق ورثته وليس لأي أحد منهم الاعتراض عليه بدعوى أنه وارث محتمل.⁽¹⁾ وحفاظاً لمن لهم الحق في ذلك المال وضعت قيود مانعة لتصرفاته، التي تكون في مرحلة حرجة و مؤثرة في حياته و هي مرض الموت، وأخصتها بأحكام تختلف عن تلك التي تكون في حال الصحة، ليس لكونه صار فاقداً لأهليته وإنما خشية بأن يقوم بتصرفات يكون لها آثار ضارة تمس بمصلحة الورثة والموصى لهم بصفتهم خلفه العام.

فبعدما تعرضنا الى أهم القواعد النظرية التي تحكم تصرفات المريض مرض الموت في الفصل الأول، سوف نتطرق في هذا الفصل تطبيقات لذلك، حول أحكام وآثار التصرفات التي يؤتيها المريض مرض الموت والمتعلقة بالوصية والمستمدة من الشريعة الإسلامية، والقانون الجزائري كما سبق الإشارة إليه آنفاً أي عملاً بنص المادة الأولى من القانون المدني التي تحيل على أحكام الشريعة الإسلامية فيما لا يوجد به نص، وللوقوف على ذلك يلزم علينا أن نتناول احكام مريض مرض الموت في الوصية من خلال اثبات مرض الموت كواقعة مادية ثم اثبات صدور التصرف في مرض الموت وعلى من يقع عبء الاثبات، وأن نعرض على وصية المريض مرض الموت وفقاً لما جاء في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري وعلى القيود الواردة على تصرفات المريض مرض الموت ثم نتطرق إلى آثار وصية مريض مرض الموت، لذا سنعالج هذا الفصل في ثلاثة مباحث نخصص أولها اثبات صدور التصرف في مرض الموت والثاني موقف الشريعة الإسلامية والمشرع الجزائري من وصية المريض مرض الموت والقيود الواردة على تصرفاته والثالث آثار وصية المريض مرض الموت، وهذا فيما يأتي:

1 - رشاد السيد إبراهيم عامر، المرجع السابق، ص 15.

المبحث الأول:

اثبات صدور التصرف في مرض الموت

يعد الاثبات بمعناه القانوني بمثابة الشريان للحق، حتى أنه صدق القول بأن: (الدليل هو قوة الحق وأن مالا دليل عليه هو والعدم سواء) فالحق المجرد من دليله يصبح عند المنازعة فيه والعدم سواء، ويقصد بالاثبات بمعناه القانوني بانه: (إقامة الدليل امام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود صحة واقعة قانونية⁽¹⁾ ترتب آثارها).⁽²⁾ وإثبات مرض الموت يعد من أكثر الموضوعات القانونية تطبيقا وأكثرها حيوية، ولحماية دائني وورثة المريض مرض الموت، بكونهم الأكثر تضررا من تصرفات المريض مرض الموت، فإن المكلف بإثبات المرض هو الوارث أو صاحب المصلحة الذي يدعي حصول التصرف في مرض الموت ويطلب عدم نفاذه لأنه مدعي.⁽³⁾

فمرض الموت إذا تحققت فيه الشروط الثلاث التي تناولناها آنفا أعتبر واقعة مادية،⁽⁴⁾ وبالتالي يجوز إثباتها بكافة طرق الاثبات المقررة قانونيا، ومن أهم أدلة الإثبات: البينة والقرائن، وشهادة الشهود، والإحصائيات العلمية الصادرة عن الجهات المختصة التي تعطي النسب المئوية عن الأمراض المميتة من عدمها، وكثيرا ما يعتمد القضاء على الخبرة الطبية لمعرفة أنّ الشخص مصاب بمرض موت من عدمه، فكلها تساعد القاضي في ذلك.⁽⁵⁾

كما يقع عبء إثبات المرض طبقا للقواعد العامة في الإثبات على المدعى وعلى الورثة

أو الدائنين أو من له مصلحة في الطعن بأنه مصدر في مرض الموت.⁽⁶⁾

1- الواقعة القانونية التي هي محل الاثبات يقصد بها هنا معناها العام، أي كل واقعة او تصرف قانوني يرتب القانون عله اثرا معيناً، وهي – أي الواقعة القانونية – دون الأثر الذي يترتب عليها، هي التي تكون محلاً للإثبات، انظر السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص 15.

2- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 13 وما بعدها.

3 -محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، ج 6، المطبعة العالمية، القاهرة، 1955، ص 264.

4 -تقسم الوقائع القانونية الى التصرفات القانونية، ووقائع مادية، فالوقائع المادية يجوز اثباتها بجميع طرق الاثبات لان طبيعة هذه الوقائع لا تقبل استلزام نوع معين من الأدلة اما التصرفات القانونية فالاصل ان يكون اثباتها بالكتابة ولا تجوز البينة في اثباتها الا استثناء بالنسبة الى التصرفات التي لا تجوز قيمتها نصابا معيناً هو مائة ألف دينار جزائري، انظر محمد صبري سعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الاثبات في المواد المدنية والتجارية، ص 22 – 23.

5 -حبيب ادريس عيسى المازوري، المرجع السابق، ص 77.

6 -عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج4، ص 280.

وعلى هذا الأساس ومن أجل توضيح اثبات مرض الموت وعبء اثباته، في ظل الفقه الإسلامي باعتباره الأصل في تنظيم الاحكام المتعلقة بمرض الموت وبعدها في القانون الجزائري (المطلب الأول)، ثم التطرق لعبء اثبات صدور التصرف في مرض الموت (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إثبات مرض الموت في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

سوف نقسم هذا المطلب إلى: إثبات مرض الموت في الفقه الإسلامي (الفرع الأول) وبعدها اثبات مرض الموت في القانون الجزائري (الفرع الثاني)، وهذا فيما يلي:

الفرع الأول: إثبات مرض الموت في الفقه الإسلامي

القاعدة عند فقهاء الشريعة الأصل براءة الذمة،⁽¹⁾ فمن ادعى على غيره حقا أو قولا ملزما بحق أو فعلا كذلك فعليه الدليل، فإن دفع المدعى عليه دعواه فعليه إقامة الدليل على ما دفع به،⁽²⁾ عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (لو يعطى الناس بدعواهم لإدعى أناس دماء رجال وأموالهم ولكن البينة على المدعي). رواه البخاري ومسلم والبيهقي بإسناد صحيح (البينة على المدعي)⁽³⁾ واليمين على من أنكر).

ففي حالة الإختلاف في مرض الموت وطعن الورثة في تصرفات مورثهم بدعوى صدورها عنه في مرض موته، بما يمس حقوقهم ولم يجيزوها، وادعى المتصرف له أن هذه التصرفات وقعت من مورثهم في صحته،⁽⁴⁾ فإنه ينبغي هنا التفريق بين حالات ثلاث وهي: إذا ما خلت دعوى كل منهما من الدليل، وبين ما إذا اقترنت دعوى كل من الطرفين بالدليل وبين ما إذا اقترنت دعوى أحدهما بالدليل دون الآخر، هذا ما سيأتي بيانه على النحو الآتي:

الحالة الأولى: إذا خلت دعوى الطرفين من الدليل: فقد اختلف الفقهاء في هذه الحالة على قولين:

أحدهما للحنفية والحنابلة: وهو أن القول قول المدعى صدورها في المرض، لأن حال المرض أقرب من حال الصحة، فما لم يتيقن حال الصحة يحمل على الأقرب، ولأن هذه التصرفات من الصفات

1- الذمة معناها ان الأصل في ذهن الناس فراغها من جميع أنواع التحمل والالتزام الى ان يثبت ذلك بدليل الناس يلدون وذممهم فارغة والتحمل والالتزام صفة طارئة.

2 -رفع عبد الرحمان النجدي، **طرق الاثبات الشرعية** - مع بيات اختلاف المذاهب الفقهية وسوق الأدلة والموازنة بينها ثم مقارنة بالقانون -ط4، المكتبة الأزهرية للتراث، 2003، ص47

3 -وتتلخص القاعدة بشقيها: البرهان على من ادعى خلاف الثابت أصلا او عرضا فالأصل لان عدم التعهد والعرض وجوده، والأصل في الملك انه تام وخال من حقوق الغير عليه، فمن ادعى حقا على ملك غيره وجب عليه الدليل. والمدعى هنا كل خصم يدعي على خصمه امرا لا فرق بين شك ومشكو. فالمدعى عليه يصير مدعيا إذا اتى بدفع ويعود المدعى الأول مدعيا ثانيا عند الدفع وهكذا، انظر رفع عبد الرحمان النجدي. نفس المرجع، ص48.

4 -محمود إسماعيل مشعل. **احكام المريض في فقه الاسرة**، مكتبة الوفاء القانونية. مصر، ط1، 2013، ص 42-43.

العارضة، فهي حادثة، والحادث⁽¹⁾ يضاف الى أقرب وقت من الحكم الذي يترتب عليه والأقرب هنا هو المرض المتأخر زمانه عن زمان الصحة، فكان القول قول من يدعي حدوثها في المرض، اذ هو الأصل، فاذا أراد مدعي الصحة استحلاف مدعي المرض لكان له ذلك.⁽²⁾

وقيل بأنه لو أقر شخص (لوارثه بشيء ثم مات، فقال المقر له: أقر في صحته، وقال بقية الورثة لا، بل في مرضه، فالقول للورثة والبينة للمقر له، ولولا بينة له، فله تحليف الورثة).

والثانية للشافعية: وهو أن القول لمدعي صدور التصرف حال الصحة، لأن الأصل في التصرف الصادر عن المتوفي، ان يعد صادرا في حال صحته، وعلى من يتمسك بصدوره في حال المرض يقع عبء الاثبات ذلك،⁽³⁾ أي على الورثة أو المتصرف لهم (الدائنين)، وهذا ما يتفق مع القاعدة العامة في الاثبات (البينة على من ادعى واليمين على من أنكر) أي ترجيح حال الصحة على حال المرض.⁽⁴⁾

الحالة الثانية: إذا اقترنت دعوى الطرفين بالدليل.

من المقرر عند فقهاء الشريعة أنه إذا جاء كل من الخصمين بحجة فترجع إحدى الحجبتين على الأخرى، وهذا الترجيح ليس موكولا لرأي القاضي بل ذلك لقواعد وضوابط وتفصيلات بينها الفقهاء،⁽⁵⁾ وهذه إحدى المسائل التي اختلفوا فيها وبينوها على قولين:

إحداهما للحنفية: وهو أنه ترجح بينة وقوع التصرف في حال الصحة على بينة وقوعه في حال المرض، لأن الأصل لديهم في الأدلة اعتبار حالة المرض، أي يفترض أن الوفاة سببها المرض والمرض حادث، والأصل إضافة الحادث الى أقرب وقت من الحكم الذي يترتب عليه، وهذا هو تعليل الرأي عندهم، والأقرب إلى الحقيقة هو المرض المتأخر زمانه عن الصحة، فلهذا كانت البينة الراجحة بينة من يدعي حدوثها في زمن الصحة، وهذا لكون أن البيئات شرعت خلاف

1- وهذا طبقا للقاعدة الفقهية: "الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن" معنا ذلك انه إذا وجد امرا ما حادثا وأمكن ان يكون وقته قريب او بعيد او لا بينة فان القاعدة هي ان وقته المعتبر هو القريب لأنه هو المتيقن والبعيد مشكوك فيه. ومثال لذلك: لو ضرب انسان بطن حامل فوضعت جنينها حيا وبقي زمنا بلا الم ثم مات، فانه ينسب لأمر آخر، بخلاف لو وضعت ميتا او حيا حين مات فانه ينسب الى ضربه ويجب عليه الدية. بوسطة شهرزاد-محاضرات في مقياس القواعد الفقهية أقيت على طلبة أولى ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة محمد خيذر، الموسم الجامعي 2018-2019.

2 -محمود بن إسماعيل المعروف بابن قاضي سماوة، **جامع الفصولين**، ج2، مطبعة الاميرية، بولاق، القاهرة، ط1، 1300 هـ، ص183.

3- الرملي، المرجع السابق، ج5، 1357هـ، ص 414.

4 -حبيب ادريس عيسى المزوري، المرجع السابق، ص97.

5- رفع عبد الرحمان النجدي، المرجع السابق، ص49.

الأصل.⁽¹⁾ أي البرهان بالعكس، وهذا اعتمادا على أن البيئات شرعت خلاف الأصل، وللتوضيح بالأمثلة قيل (إذا ادعت امرأة أن زوجها طلقها في مرض موته ومات وهي في العدة ولها ميراث، وإدعى الورثة أنّ الطلاق كان في الصحة، فالقول لها، وإنّ برهنا فوقتنا وقتا واحدا، فبينة الورثة على طلاقها في الصحة أولى).

وقد نصت المادة 1766 من مجلة الاحكام العدلية بأنه. (ترجح بينة الصحة على بينة المرض، مثلا: إذا وهب أحد مالا لأحد ورثته ثم مات، وإدعى باقي الورثة أنه وهبه في مرض موته، وإدعى الموهوب له أنه وهبه في حال صحته، ترجح بينة الموهوب له).

الثاني للشافعية: وهو ترجيح بينة وقوعها في حال المرض على بينة وقوعها في حال الصحة،⁽²⁾ وهذا بوصف المرض الأصل في ذلك.

الحالة الثالثة: اقتران دعوى أحد الطرفين بالدليل من دون دعوى الآخر.

وفي هذه الحالة لا خلاف بين الفقهاء في تقديم قول المدعي صاحب البينة على قول الآخر الذي خلت دعواه عن البينة سواء أقام صاحب البينة بينته على صدور التصرف في الصحة أو في المرض.⁽³⁾

الفرع الثاني: اثبات مرض الموت في القانون الجزائري

تنص المادة 776 من القانون المدني الجزائري، بخصوص اثبات مرض موت بانه: (على ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا).

ومن هذا النص تبين لنا بان المشرع الجزائري، قد حدد الواقعة التي يجب على الورثة اثباتها لانطباق حكم القرينة التي أقامها لصالحهم في هذا الخصوص⁽⁴⁾، فقد إعتبر مرض الموت انه واقعة مادية، ويجب على الورثة إثبات أن تصرف مورثهم قد صدر في مرض الموت، ولهم اثبات ذلك بجميع طرق الاثبات المقررة، ومنها البينة والقرائن إلا أنه أكثر ما يثبت مرض الموت بالشهادات الطبية الدالة على حالة المريض في أواخر أيامه.

1 -حافظ الدين محمد بن محمد بن شهاب المعروف بابن البزاز الكردي، الفتاوة البزازية المسماة بالجامع الوجيز، ج5، مطبوع بهامش الفتاوة الهندية، م5، دار احياء التراث العربي، بيروت، ط3، 1400هـ، ص453.

2 -شمس الدين الرملي الشافعي، المرجع السابق، ج6، ص55-56.

3 -وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، ج37، مطابع دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت، ط1، 1997، ص9.

4- عبد السلام احمد فيغو، المرجع السابق، ص139.

كذلك يثبت بشهادة الشهود، وينقضي حياة المريض في أيامه الأخيرة⁽¹⁾ وكذلك استعانة القضاء بالأطباء المختصين بصفتهم أهل الخبرة في ذلك. وفي حيثيات قرار لمجلس قضاء البلدية جاء فيه: (...وحيث أنّ مرض الموت واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات، وحيث تبين من الملف الطبي أن الواهبة كانت تعاني من داء الكلى، وأن مرضها هذا كان في مرحلته الأخيرة، وأن الواهبة ماتت بعد مرور أقل من عشرة أشهر، مما يتعين إبطال الهبة عملاً بالمادة 204 من قانون الأسرة)⁽²⁾، ومن أجل توضيح ذلك، سنحاول تسليط الضوء على أهم وأكثر طرق الإثبات التي يستدل بها على مرض الموت، في حالة الطعن في تصرفات المريض.

الفقرة الأولى: الخبرة الطبية

الخبرة الطبية إجراء يهدف به توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة التي تعرض على القاضي، ولا يستطيع العلم بها⁽³⁾ فالمشرع الجزائري نظم قواعد الاستعانة بالخبراء أمام المحاكم، حيث أجاز للقاضي أن يلجأ للاستعانة بخبير مختص، أو بعدد من الخبراء لإجراء عملية الخبرة في الدعوى المطروحة، في نزاع يحتاج الى برهان وتحليل فني وتقني وخبرات تفوق تكوينه، سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب من له مصلحة في ذلك، وللقاضي أن يختار هؤلاء الخبراء. من بين المقيدين بجدول الخبراء بالمجلس القضائي من نفس التخصص أو من غيرهم بشرط أن يحلفوا اليمين القانونية، وأن يلتزم الخبراء بتقديم تقاريرهم عن المهام التي كلفوا بها من قبل المحكمة في الآجال التي يحددها لهم القاضي الذي أنتدبهم، ويجوز للقاضي مناقشتهم في المحكمة لاستجلاء ما كان غامضاً في تلك التقارير.⁽⁴⁾

ونظراً للتقدم الذي يعرفه المجال الطبي، و لتتوع الاختصاصات الفنية، فإذا حصل ريب أو اختلاف في طبيعة المرض، فيما إذا كان يعد مخوفاً أم لا، فعلى القاضي الرجوع إلى أهل الخبرة والإختصاص من الأطباء، لما لهم من معرفة و دراية في مجال الأمراض.⁽⁵⁾

1 - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج4، ص 279-280.

2 - قرار مجلس قضاء البلدية، الغرفة المدنية، بتاريخ 11 /04/2000 رقم 99/1100، ص 121-124.

3 - انظر المادة 125 القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر، عام 1429 هـ، الموافق ل 25 فبراير سنة 2008 م، المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية.

4 - سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (نصا - شرحا - تعليقا - تطبيقا)، ج 1، دار الهدى، عين مليلة، ص 201.

5 - حبيب المازوري عيسى، المرجع السابق، ص 79.

وخير ما نستدل به في وقتنا الحالي ما يثار حول الإصابة بفيروس كورونا⁽¹⁾ (كوفيد 19)، هذه الجائحة التي أحدثت الرعب والخوف في نفوس الكثير من سكان المعمورة باعتباره مرضاً معدياً قاتلاً، يؤدي الى الموت، هذا مما أدى بالعديد من التساؤلات القانونية أهمها هل يعتبر هذا المرض مرض الموت؟ ومن سيقدر طبيعة ذلك والاثبات فيه؟

وطبقاً لما جاء في تقرير منظمة الصحة العالمية حيث وصفته ب (الفيروس القاتل) وأصدرت بشأنه توصيات للسلامة العامة خوف الموت بسببه أوجبت الالتزام بها للمحافظة على الحياة من الموت.

ضف إلى ذلك ما توصل اليه الخبراء الطبيين إلى أن نسبة الموت الواردة في هذا المرض تشكل 98 بالمئة بمعنى أنه ليس جميع من يصاب بهذا الفيروس سوف يموت، وإنما يتحكم في ذلك هو مدى قوة تحدي المصاب للمرض وكذا جهاز مناعته.⁽²⁾

ومن هنا يبرز دور الخبرة الطبية في الاثبات باعتبارها إحدى وسائل الاثبات المنظمة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تم التعرض إليها آنفاً.

وبما أن مرض الموت هو المرض الذي يؤدي غالباً إلى الموت، ويخاف فيه الموت على الأكثر، فإن تصرفات المصاب بفيروس كورونا في تلك الفترة فإنها تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع للأخذ برأي الخبير الطبي في إثبات صحتها ونفاذها من عدمه بناء على تقدير كل حالة على حدى، وهل الفيروس هو من كان سبباً في موته أم لا، طالما أن هناك حالات يسجل فيها الموت.⁽³⁾

وفي قرارات المحكمة العليا حيث جاء فيه: "... وبينوا (قضاة الموضوع) أن تلك التقارير نقيذ عدم استقرار الحالة الصحية للمريض بل أخذت سير مستمر بغير تحسن محسوس بل استمرت حالته الصحية في التدهور إلى أن أوصلت المريض إلى النتيجة الحتمية وهي الموت، وأثبتوا أن هذا التصرف

1- فيروس كورونا (كوفيد19): فيروسات كورونا هي سلالة واسعة من الفيروسات التي قد تسبب المرض للحيوان والإنسان. ومن المعروف أن عدداً من فيروسات كورونا تسبب لدى البشر أمراض تنفسية تتراوح حدتها من نزلات البرد الشائعة إلى الأمراض الأشد وخامة مثل متلازمة الشرق الأوسط التنفسية (ميرس) والمتلازمة التنفسية الحادة الوخيمة (سارس). ويسبب فيروس كورونا المُكتشف مؤخراً مرض كوفيد-19، نقلاً عن منظمة الصحة العالمية، الموقع السابق.

2 -سبحي عمر ال عمرو، دور الخبير الطبي في إثبات تصرفات المصاب بفيروس كورونا، جامعة الموصل، كلية الحقوق، منقول عبر الانترنت الموقع: uomosui-eud-iq/news/ar/rights

3 -سبحي عمر ال عمرو، نفس الموقع.

قد وقع من الواهب في هذه الحالة المرضية (مرض السرطان الرئوي) ونتيجة لذلك فقد انتهوا الى اعتبار التصرف الذي وقع من الواهب وقع منه وهو في مرض الموت⁽¹⁾

وعلى هذا الأساس يمكننا القول بأن الحسم في كون المرض مرض الموت من عدمه هو تقرير الخبير الطبي، وبالرجوع الى الفقرة الأولى من نص المادة 144 قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها: (يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة).

أي أنه أعطى للقاضي السلطة التقديرية في الأخذ بتقرير الخبير وجعله سببا للحكم، أو عدم الأخذ به شرط تسبيب هذا الحكم، بتبرير رفضه للخبرة، فإن لم يجب فإن حكمه معيب،⁽²⁾ وهذا ما جاءت به الفقرة الثانية من نفس المادة، حيث تنص: (القاضي غير ملزم برأي الخبير غير أنه ينبغي عليه تسبيب استبعاد نتائج الخبرة) فالخبرة الطبية لها دور كبير وهام في الكشف عن طبيعة المرض، وعن حقيقته من عدمه.

الفقرة الثانية: القرائن:

ويقصد بها استنباط الشارع أو القاضي أمرا مجهولا من أمر معلوم فهي دليل غير مباشر كالشهادة وإقرار المدعي عليه.⁽³⁾ وتعد القرينة وسيلة اثبات غير مباشرة، حيث لا يقع الاثبات فيها على الواقعة ذاتها مصدر الحق، بل على واقعة أخرى يؤدي ثبوتها إلى استنتاج ثبوت الواقعة المراد اثباتها، فالخصم لا يثبت الواقعة ذاتها مصدر الحق المطالب به وإنما يثبت واقعة أخرى يستخلص منها الواقعة المراد اثباتها،⁽⁴⁾ والقرائن على ثلاثة أنواع وهي:

أولا: قرائن قانونية:⁽⁵⁾ فهي تقررت بنص القانون، والقاضي في حكمه لا يقول: بناء على قرينة كذا، وإنما يقول: أنه حكم بناء على المادة كذا ويكفي من كانت القرينة في مصلحته أن يتمسك بالمادة التي نصت عليها.⁽⁶⁾

1- انظر قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 21 فيفري 2001، عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث ملف رقم 256869، المجلة القضائية العدد الثاني، 2002، ص422.
2- بن عبد الله عادل، محاضرات في مقياس إجراءات التقاضي في الأحوال الشخصية، مقدم لطلبة أولى ماستر - قانون الاسرة - كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة الموسم الجامعي 2018- 2019.
3- رفع عبد الرحمن النجدي، المرجع السابق، ص683.
4- محمد حسن منصور، الاثبات التقليدي والالكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص7.
5- فهي استنباط الشارع نفسه والتي استدلتها عن الحالات يغلب وقوعها فينص عليها بنص صريح في شكل قاعدة عامة ومجردة وهي مبعثرة في القانون على شكل مواد، يهدف من خلالها منع تحايل الافراد على القانون فيقرر احكاما يعدها من النظام العام فلا يجوز مخالفتها وهذا قصد تحقيق المصلحة العامة، انظر رفع عبد الرحمن النجدي، المرجع السابق، ص 683.
6- رفع عبد الرحمن النجدي، نفس المرجع، ص 683.

ومن خلال ما جاءت به الفقرة الثالثة من المادة 776 قانون مدني حيث بينت أنه: (إذا أثبت الورثة أنّ التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت أعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم تثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك، كل هذا ما لم توجد احكام تخالفه).

فالمشرع الجزائري أخضع اثبات مرض الموت للقواعد العامة، ووضح قرينة قانونية لمصلحة الورثة وأن تصرف مورثهم قصد به التبرع، إلا أنّ هذه القرينة القانونية لا يستفيدون منها إلا إذا أثبتوا أن تصرف مورثهم وقع في مرض الموت.

ثانيا: قرائن قضائية:⁽¹⁾ ومن القرائن الدالة على مرض الموت كثيرة منها: قصر المدة بين تاريخ الإصابة بالمرض وتاريخ الوفاة، ومن القرائن التي يعتمد عليها القضاء، العقد المحرر والمسجل في مرض الموت، قبل الوفاة بمدة قليلة، ثم إعادة تسجيله تسجيلا تاما بعد ذلك ببضعة أيام، لأن تكرير التسجيل بهذه الكيفية يدل على أن العقد سجل تاريخه عقب صدوره مباشرة ثم سجل بعد ذلك تسجيلا تاما⁽²⁾.

وتطبقا لذلك جاء في قرار للمحكمة العليا في احدى حيثياته: (...وهذا ما قام به قضاة المجلس بناء على دراسة الوثائق والشهادات الطبية المقدمة بملف والتي تثبت مرض مورث الأطراف الذي كان يعاني من مرض خطير وهو مرض فقر الدم اثناء الفترة القصيرة التي عاشها بين تاريخ إبرام العقدين الذي يمكن اعتباره و تاريخ وفاته بحيث لا تتعدى السنتين..⁽³⁾).

ثالثا: قرائن طبيعية: وهي قرائن قاطعة بحسب المشاهدة والاستقراء كاستلزام ثبوت وفاة شخص في تاريخ معين فانه يعد قرينة قاطعة بأنه كان حيا قبل هذا التاريخ أو مضى على ولادته مائتا سنة (مثلا).⁽⁴⁾

وفي ضوء ما تقدم، يتبين لنا أن دور حنكة وفراسة القاضي في استنتاج واستنباط القرائن الدالة على مرض الموت من عدمه، وذلك من خلال ظروف الدعوى ووقائها المطروحة أمامه

1- قرائن قضائية: وهي التي يترك استنباطها واستنتاجها لقاضي الموضوع من ظروف الدعوة المطروحة امامه، ولم يقيد واضع القانون باي قيد ولا اشتراط عليه أي شرط بل وكل الامر الى ذكائه وفراسته، ولا يجوز الاثبات بهذه القرائن الا في احوال التي يجيز فيها القانون الاثبات بالشهود. انظر رفع عبد الرحمان النجدي، المرجع السابق، ص 684.

2 -نبيل صقر، **تصرفات مريض مرض الموت**، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص (17-19).

3 -قرار المحكمة العليا الصادر غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، بتاريخ 2005/6/14 ملف رقم 327856 فهرس رقم 414 غير منشور، نقلا عن جليلي ابتسام، تصرفات المريض في مرض الموت مذكرة حصول على ماجستير جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2017/2018.

4 -رفع عبد الرحمان النجدي، نفس المرجع، ص 684.

للك ما يثار من غموض وملابسات حول موضوع النزاع بين الأطراف على عكس القرائن القانونية فهي محكمة بنص صريح.

الفقرة الثالثة: الشهادة

تعرف شهادة الشهود على أنها: أخبار الانسان في مجلس القضاء بواقعة صدرت من غيره، يترتب عليها حق لغيره،⁽¹⁾ ويجب أن يكون الشاهد قد أدركها شخصيا بحواسه الواقعة التي يشهد بها، بحيث يكون قد رآها أو سمعها بنفسه،⁽²⁾ وكما سبق ذكره فإن مرض الموت إذا ما توافرت فيه الشروط المطلوبة فهو واقعة مادية، وكقاعدة عامة يجوز اثباته بجميع طرق الإثبات ومنها الشهادة، فهي تعد قوة إثبات مطلقة في الواقع المادية.⁽³⁾

فقد أجاز المشرع الجزائري لسماع الشهود، حيث جاء في نص المادة: 150 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث جاء فيها: (يجوز الأمر بسماع الشهود حول الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود، ويكون التحقيق فيها جائزا ومفيدا للقضية).

وبما أن حالة المريض في أواخر حياته وإحساسه بدنو اجله، تصبح حالته النفسية مضطربة، مما يجعله يقوم بتصرفات مالية تدعو إلى الريبة، مما يدفع لكل ذي مصلحة للطعن فيها بإثبات ذلك عن طريق:

أولا: شهادة الشهود على أن مورثهم كان مريض مرض الموت، وللقاضي السلطة التقديرية إزاء شهادة الشهود، أي له كامل الحرية في تكوين قناعته، التي يستمدّها من شهادتهم، بثبوت الوقائع، فله أن يعتبر الواقعة المدعاة ثابتة اعتمادا على شهادة شخص واحد أو غير ثابتة ولو شهد بها شهود كثيرون.⁽⁴⁾

وفي قرار للمحكمة العليا عن غرفة الأحوال الشخصية جاء فيه: (...ولما كان ثابتا -في قضية الحال- أن الواهب كان في مرض الموت بشهادة الموثق والشهود والشهادات الطبية، فإنّ قضاة الموضوع بقضائهم برفض دعوى الطاعن على أساس ان العقد التوثيقي لا يمكن إبطاله،

1- إذا كان اخبار بحق على نفسه لغيره كان اقرارا وان كان بحق على غيره كان دعوى. انظر احمد إبراهيم طرق القضاء في الشريعة الإسلامية بند 207.

2 -محمد صبري السعدي، سلسلة الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر، عين مليلة، الجزائر، 2009، ص 129.

3 -محمد صبري السعدي، نفس المرجع، ص 132.

4 -محمد صبري السعدي، نفس المرجع، ص 130.

إلا في حالة الطعن بالتزوير مع أن الدعوى كانت ضد التصرف الذي أقامه الواهب و ليس ضد شكلية العقد ، رغم ثبوت أن الهبة موضوع و عرضوا قرارهم للنقض).⁽¹⁾

ثانيا: كما تعد شهادة الأطباء :

⁽²⁾من اكثر وسائل الاثبات المستخدمة لإثبات مرض الموت والدالة على حالة المريض في أواخر أيامه،⁽³⁾ وذلك من خلال الاستشهاد بأقوالهم كونهم يعالجون المريض واستنادا على الشهادات المقدمة منهم،⁽⁴⁾ حيث تعتبر الشهادات الطبية دليلا قويا لاسيما تلك الموقعة في مصالح الطب الشرعي المؤهلة في ذلك على أساس أن الطبيب مؤهل ومختص للقول في مثل هذه الحالات المرضية، وغالبا ما يركن قضاة الموضوع لهذه الوسيلة ويعتبرونها دليلا حاسما في الدعوى، وتدعم في مثل هذه الحالات اذا ما التمس المدعي اجراء تحقيق، وغالبا ما يتم هذا بشهادة الشهود الذين عايشوا المتوفي في آخر أيامه.⁽⁵⁾

والشهادة الطبية تقبل ممن عالجوا المريض أما إذا كان الطبيب ممن عاين المريض فيقبل كعمل من أعمال الخبرة وهذا ما سبق بيانه.

وتأكيدا لذلك فقد جاء في احدى قرارات المحكمة العليا في حيثياته: (...حيث أن المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري نصت على أن الهبة في مرض الموت والأمراض المخيفة تعتبر وصية إضافة الى أن مرض الواهب هو حالة مادية ظاهرة لا يمكن اخفاءها ويجوز إثباتها بشهادة الشهود زيادة على الشهادات الطبية المحتج بها).⁽⁶⁾ وعليه فالوجه مؤسس الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه و إحالة لنفس المجلس).

1- قرار المحكمة العليا عن غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ 16/ 03/ 1999 تحت رقم 219901، منشور في المجلة القضائية، عدد خاص سنة 2001، ص 287.

2 -تعريف المجلس الوطني للأداب بفرنسا، حيث جاء فيه: " الشهادة الطبية وثيقة تحرر على ورقة موقعة من طبيب، حيث ان موضوعها يتمثل في تدوين عبارات تقنية، لكنها مفهومة، حول نتائج طبية، متوصل اليها من طرف طبيب، خلال فحصه لمريض، او يشهد فيها عن علاجات قد تم تقديمها لهذا المريض، مدونة القوانين الوضعية بحوث ومقالات في العلوم الاقتصادية والقانونية، مقال بعنوان مرض الموت وتصرفات المريض القانونية، الموقع السابق.

3 -عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ج4، ص 280.

4 -نبيل صقر، المرجع السابق، ص 18.

5 -محمود عبد العزيز، رد التحايل على احكام الميراث في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، الجزائر، 2008، ص 41.

6 -قرار المحكمة العليا عن غرفة الأحوال الشخصية رقم 197335 بتاريخ 16/06/1998، منشور بالمجلة القضائية - عدد خاص، سنة 2001، ص281.

المطلب الثاني: عبء إثبات صدور التصرف في مرض الموت

لم يتعرض الفقه لتعريف عبء⁽¹⁾ الإثبات، إلا أنه يقصد به: (قيام الطرف المكلف بالإثبات، بإثبات الواقعة المتنازع عليها أمام القضاء، وبالوسائل المقررة قانوناً، بغية الحصول على الحماية القانونية، التي تضمن له المحافظة على حقه).⁽²⁾

وإن تحديد الطرف الذي يقع عليه عبء الإثبات يمثل في الواقع أهمية بالغة من الناحية العملية، وذلك ان الطرف الذي يقع عليه هذا العبء يكون في مركز ضعيف مقارنة بمركز الخصم، إذا لم يتمكن من اقناع القاضي بإقامة الدليل على ما يدعيه، بينما الخصم يقف موقفاً سلبياً من ذلك.⁽³⁾

فإلقاء عبء الإثبات على أحد الخصمين يعتبر ميزة للخصم الآخر، ويترتب على عجز المكلف قانوناً بالإثبات عن تقديمه الدليل خسارة للدعوى والحكم فيها للخصم. وإن توزيع عبء الإثبات له أثر هام على مركز الخصوم، فهو ليس حتماً لمن رفع الدعوى وإنما هو لمن يدعي خلاف الوضع الثابت أصلاً أو عرضاً أو ظاهراً.⁽⁴⁾

ومن المبادئ المقررة في الفقه الإسلامي (أن البينة على من إدعى واليمين على من أنكر) ويبدو أن معظم القوانين المعاصرة قد أخذت بهذا المبدأ الفقهي في تحديد من يقع عليه عبء الإثبات.

حيث تنص المادة 324 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها: (على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه). ويتبين من هذه المادة ان القاعدة العامة في الاثبات هي أنه على الدائن إثبات ما يدعيه وهو ما يعبر عنه بان البينة على المدعي.

إن المشرع الجزائري نظم مسألة عبء الإثبات في مرض الموت، حيث جاء في الفقرة الثانية من المادة: 776 مدني جزائري على ما يلي: (وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم اثبات ذلك بجميع الطرق...).

1- سمي عبء الاثبات، لأنه تكليف ثقيل على من يقع عليه وعلى الرغم من ذلك فقد يخسر صاحبه الدعوى في نهاية الامر.
انظر رضا المزرغي، احكام الاثبات، منقولا عن حبيب ادريس مازوري عيسى المرجع السابق، ص 89.
2 -عباس العبودي، شرح احكام قانون الاثبات العراقي، كلية القانون، جامعة الموصل، ط2، 1997، ص 53.
3 -حبيب مزوري عيسى، المرجع السابق، ص 89.
4 -محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 33.

وعليه فقد ألقى المشرع عبء إثبات مرض الموت على عاتق الورثة بصفتهم المدعين، في حين أقام قرينة قانونية لمصلحتهم وبمقتضاها إعفائهم مؤقتا من عبء إثبات أن مورثهم قصد التبرع في تصرفه ونقل محله إلى الشخص الذي تصرف له المريض، أي إثبات أن المتصرف لم يكن يعاني من مرض الموت وأن التصرف قد وقع قبل الإصابة بالمرض، ولكن الورثة لا يستفيدون من القرينة القانونية إلا بعد إثباتهم أن مورثهم أثناء تصرفه، كان في مرض الموت فعلا. (1)

وفي هذا ما جاء به قرار صادر عن المحكمة العليا ينص 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 يغلب فيه خوف موت المريض، ويعجز هذا الأخير عن رؤية مصالحه في إجراء أي تصرف). (2) وعلى هذا الأساس فإنه على كل من له مصلحة وارثا كان أو دائئا وبصفتهم المدعين. يقع عبء إثبات أن تصرف مورثهم أو مدينهم وقع أثناء مرض الموت، ولهم اثبات ذلك بكافة طرق الاثبات، وهذا كي يستفيدوا من الحماية القانونية المقررة لهم في مثل هذه الحالة التي أقامها المشرع لصالحهم والتي تقضي بأن من يتصرف في مرض الموت، وإنما يتصرف على سبيل التبرع لا على سبيل المعاوضة.

وبذلك يقتضي منا توضيح مسألتين مهمتين وهما: إثبات أن تصرف المريض وقع في مرض موته، ثم إثبات قصد الضرر والمحابة عند إجرائه التصرف، هذا ما سوف نبينه فيما يأتي:

الفرع الأول: إثبات تصرف المريض في مرض موته:

تقضي الفقرة الثانية من المادة 776 مدني جزائري بأنه: (وعلى ورثة المتصرف ان يثبتوا أن التصرف القانوني الصادر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا).

وكما بينا آنفا أنه متى أثبت الورثة أن التصرف قد صدر من مورثهم في مرض الموت، فقد أقام المشرع قرينة قانونية لصالحهم، هي أن التصرف إنما قصد به التبرع، فالمورث عادة لا

1 حبيب مزوري عيسى، المرجع السابق، ص 90.

2 قرار المحكمة العليا، صادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 237858 فهرس رقم 257 بتاريخ 22 / 02 / 2000 غير منشور.

يتصرف في مرض موته، إلا على سبيل التبرع، ويقل أن يتصرف والموت مائل أمام عينيه على سبيل المعاوضة. ولكن هذه القرينة ليست قاطعة بمعنى أنها لا تقبل إثبات العكس، إنما هي بسيطة بمعنى أنها قابلة لإثبات العكس.⁽¹⁾

ومن الأمثلة الأكثر شيوعا في الحياة العملية نجده بخصوص الهبة، فإذا وهب شخص مالا لأحد ثم مات، فادعى الورثة أن مورثهم قد وهب المال وهو في مرض الموت، وادعى الموهوب له أنه تلقى الهبة والمورث في حالة صحية جيدة، فالأصل ترجيح ما ادعاه الموهوب له ما لم يقدم الورثة الدليل على أن الهبة قد صدرت من مورثهم وهو في مرض الموت، ولهم في ذلك كافة طرق الاثبات ومنها البينة والقرائن.⁽²⁾

وبذلك يعدون من الاغيار والعلة في ذلك، ترجع الى اعتبار الوارث في حكم الغير، في شأن تاريخ التصرف الصادر من مورثهم في مرض الموت اضرازا بحقهم المستمد من القانون.⁽³⁾ لا يجوز الاحتجاج على الورثة بالعقد الصادر من مورثهم إلا إذا قدم الموهوب له سند التصرف ليحض ادعائهم فهو حجة عليهم، إلا أن هذا السند لا يقبل ولا يحتج به إلا اذا كان له تاريخا ثابتا،⁽⁴⁾ أما اذا لم يكن لهذا السند تاريخ ثابت، فللورثة اثبات عكس التاريخ المدون بكافة الطرق، أي اثبات تاريخ لاحق له يقع في مرض الموت.⁽⁵⁾

إلا أن تقديم التاريخ هو تحايل على القانون، يجوز للورثة اثباته بكافة الطرق، خروجاً على قاعدة وجوب اثبات ما يخالف الكتابة بالكتابة،⁽⁶⁾ وهذا حسب ما جاءت به المادة 336 قانون المدني الجزائري الذي جاء فيها: (يجوز الاثبات بالشهود أيضا فيما كان يجب اثباته بالكتابة: -إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي.

1 - محمد المنجي، المرجع السابق، ص 143.

2 - الموسوعة العربية / الموسوعة القانونية المختصة

arab_ancy.com/law/detali

3 - خليل احمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج4، عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2005، ص 247

4 - التاريخ العرفي هو تاريخ غير ثابت في الورقة او المحرر او السند، التاريخ الثابت هو: التاريخ الذي يضعه موظف تابع لإحدى المرافق العامة ذات الصلة على موضوع السند او الوثيقة او العقد لغرض تسجيله او توثيقه او تنفيذه و يكون احد الموقعين طرفا فيه ، بحيث يمكنه هو او سلفه او خلفه او نائبه او دائنيه او كل ذي علاقة من الاحتجاج بتاريخه قبل الاغيار وذلك من اجل ابطال حالة التواطؤ المتحققة او المتوقعة على القانون بين المتعاقدين، المشرع الجزائري وضع مرتبة وسطى بين التاريخ الثابت والعرفي وهي مرتبة عقد اللغيف فهو تاريخ ثابت ولكن غير رسمي . انظر أكرم فاضل - الخلف في العقد، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 2005، ص 39.

5 - محمد المنجي، المرجع السابق، ص 143.

6- محمد المنجي، نفس المرجع، ص 143.

-إذا فقد الدائن سندَه الكتابي لسبب أجنبي خارج عن ارادته).

وعليه إذا استطاع الورثة اثبات أن التصرف قد صدر من مورثهم اثناء مرض الموت، بناء على القرينة التي وضعها المشرع الجزائري التي اعتبر فيها أن التصرف الصادر من المورث في مرض الموت، أنها على سبيل التبرع، إلا أن هذه القرينة ضعيفة وليست قاطعة، أي يجوز للمتصرف له أن يقدم الدليل على غير ذلك، كأن يثبت أن التصرف لم يكن تبرعا بل عقد معاوضة، وهو ما قضت به الفقرة الثالثة من المادة 776 مدني الجزائري حيث جاء فيها: (إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك، كل هذا ما لم توجد احكام خاصة تخالفه). وأن الثمن الذي دفعه يساوي قيمة المبيع او يزيد عنه أي لا محاباة فيه، فلا يعود للورثة الطعن بالمبيع مطلقا، وأن عقد البيع صحيح و ينفذ في حق الورثة، ولا يحتاج الى إجازتهم، وتسري على هذا العقد أحكام البيع بوجه عام.⁽¹⁾

أما إذا ثبت أن ثمن المبيع أقل من قيمته الحقيقية وفيه محاباة مقدرة حين الوفاة، فعندئذ ينظر إذا كانت الزيادة على الثمن بما لا يتجاوز ثلث التركة داخلا فيها المبيع ذاته، فإن المبيع يسري في حق الورثة لأن المحاباة لم تتعد حدود الثلث التي يجوز التبرع به.⁽²⁾ أما إذا كانت قيمة المبيع تزيد على الثمن بما يجاوز ثلث التركة وقت الموت داخلا فيها المبيع ذاته فإن المبيع لا يسري في مواجهة الورثة إلا في الثلث، وما زاد على الثلث فهو موقوف على اجازتهم، أو أن يرد المتصرف إليه الزائد الى التركة ما يكمل به ثلثها.⁽³⁾

ومثال على ذلك لو باع المريض عقارا وهو كل ما يملكه بمليون دينار جزائري، بمليون دينار جزائري، وعند موته أصبح ثمن هذا العقار مليون وثمانمائة الف دينار جزائري، فإن المقدار الذي حوب به المشتري يكون ثمانمائة ألف دينار جزائري وهذا يزيد على ثلث التركة وهي ستمائة ألف دينار جزائري فلا ينفذ البيع في حق الورثة في العقار بمقدار الزيادة وهي مائتي دينار جزائري إلا بإجازتهم، فإذا لم يجيزوها كان على المشتري أن يؤدي اليهم هذا المبلغ الذي يضاف إلى مليون دينار جزائري الذي دفعه ثمن العقار للمورث فيكون بذلك للورثة مليون ومائتان ألف

1- محمد المنجي، المرجع السابق، ص 149.

2- الموسوعة العربية / الموسوعة القانونية المختصة، الموقع السابق.

3- محمد المنجي، المرجع السابق، ص 149.

دينار جزائري وهذا المبلغ هو ثلثا التركة الواجب، وللمشتري أن يفسخ البيع فيرد العقار للتركة ويسترد من الورثة مليون دينار جزائري وهو الثمن الذي دفعه.

الفرع الثاني: اثبات قصد الضرر

إن الاستفادة الثانية من الحماية القانونية التي وضعها المشرع لصالح الورثة، عند طعنهم في تصرف مورثهم في مرض الموت، هو إعفائهم من عبء اثبات قصد تبرعية التصرف، وهذا لصعوبة اثباتها، لأنّ النية شيء كامن في نفس الإنسان لا تظهر للعالم الخارجي إلاّ من خلال الأقوال والأفعال التي تعبر عن ارادته. فبوجود الخوف من المرض الخطير الذي لا يرجى شفاء منه الذي يبعث في نفسه اليأس من الحياة فيصبح لا يهتم بماله نتيجة لما هو فيه من مرض وألم فلا يستبعد أن يتصرف تصرفا يدعو للريبة ويحتمل الشك على أنّه قصد الضرر بالورثة أو دائنيه أو تفضيل بعضهم على بعض أو حرمان البعض الآخر خلافا لقواعد الميراث الشرعية، كالتبرع بأكثر من الثلث والمحاباة في المعاوضات.

فموجب ذلك نص المشرع الجزائري في المادة 776 فقرة الأولى على انه: (كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا الى ما بعد الموت، وتسري عليه احكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف).

ومفاد ذلك أن العبرة في هذه المادة بالقصد أي النية وليس بظاهرة العقد وشكله، فإذا صدر من شخص في مرض الموت تصرفا أيا كان نوعه، كان هذا التصرف منطويا على تبرع جرى عليه حكم الوصية في القدر المتبرع أو المحابي به.⁽¹⁾

والمعروف أن هذه المسألة تخضع لسلطة وتقدير قاضي الموضوع، في تكييف التصرف، الذي يعرف من خلاله حقيقة التصرف ويستخلص منه نية المتصرف وهذا من شروط العقد، ومن الظروف التي أحاطت به، فإذا استظهر أن العقد وإن كان بيعا في ظاهره فان في الحقيقة وواقع الأمر وصية واستدل على صدق نظره من الأدلة التي تؤدي إلى ما ذهب إليه، فلا رقابة عليه في ذلك، وللقاضي في صدد تفسير العقد وفقا لنية المتعاقد بأن يتقيد بالمعنى اللغوي للألفاظ الواردة فيه.⁽²⁾

فلو ترك المشرع هذا الأمر إلى القواعد العامة للإثبات، لتعين على الورثة أن يثبتوا فضلا عن صدور التصرف في مرض الموت أنه صدر على سبيل التبرع، لكن المشرع قدر أنّ هذه

1 - حمدي باشا عمر، عقود التبرعات (الهيئة-الوصية-الوقف)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص80
2 - عبد السلام احمد فيغو، المرجع السابق، 144.

الواقعة كثيرا ما يصعب إثباتها، فأراد أن يخفف عن الورثة هذا العبء للوقوف في وجه التحايل على القانون حيث أقام قرينة قانونية لصالحهم، ونقل محل الاثبات إلى واقعة أخرى متصلة يسهل عليهم اثباتها، وهو إقامة الدليل على أن التصرف صدر في مرض الموت.⁽¹⁾

ولغرض الوقوف في وجه التحايل على القانون، وتسهيل عملية اثبات نية التبرع، نص المشرع في المادة 776 فقرة الثالثة على أنه: (إذا اثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع مالم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك، كل هذا مالم توجد احكام خاصة تخالفه). أي أن المشرع قد أنشأ قرينة قانونية بسيطة على أن كل تصرف يثبت وقوعه في مرض الموت، يكون تبرعا وبالتالي تسري عليه احكام الوصية، هذا مالم يثبت المتصرف إليه، أن التصرف لم يكن تبرعا بل بالمقابل.⁽²⁾ وعليه لا يسري حكم المادة 776 مدني جزائري بل يسري عليه حكم المادة 408 من القانون المدني الجزائري الخاصة بالبيع في مرض الموت.

اما إذا كان المتصرف له قد تصرف في العين التي تلقاها من المورث فان حماية الغير حسن النية التي صدر له التصرف الثاني تثور في هذه المسألة.⁽³⁾

وقد أورد المشرع نصا في هذه المسألة بخصوص بيع المريض مرض الموت هو المادة 409 مدني جزائري التي تقول: (لا تسري احكام المادة 408 على الغير حسن النية إذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع).

ومما تقدم فان المريض عندما يشتد به المرض أو من كان في حكمه ويشعر بدنوّ أجله فإن حالته النفسية تدفعه للقيام بتصرفات في ملكه عن طريق التبرع أو المحاباة. في المعاوضات قد تؤدي إلى إلحاق الضرر بالورثة والدائنين من خلال المساس بحقوقهم المتعلقة بأموال المورث منذ بداية المرض، ومن هذا المنطلق وجب توفير حماية قانونية لحقوقهم من خلال تقييد تصرفات المريض مرض الموت للحد من تصرفاته في مرضه، وكذا لتخفيف عبء إثبات قصد التبرع بغرض الوقوف على وجه التحايل على القانون أوجد المشرع الجزائري قرينه لصالحهم، وهو

1- عيد السلام فيغو، نفس المرجع، ص 140.

2 سليمان مرقس، شرح القانون المدني - العقود المسماة - (عقد البيع)، دار الهناء للطباعة- عالم الكتب-، القاهرة، ط4، 1980، ص 571.

3- عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الاصلية، دار النهضة العربية، (ب،ب،ن) 1982، ص 839.

اعتبار أن أي تصرف يقوم به المورث إنما يقصد به التبرع دون عناية إثبات ذلك لأنه من الأمور التي يصعب إثباتها.

المبحث الثاني:

مشروعية وصية مريض مرض الموت بين الشريعة والتشريع الجزائري والقيود

الواردة على تصرفاته

لقد أجاز الشارع الأيضاء من المريض مرض الموت بقدر ثلث ماله إثارة له ومراعاة لحاله، ولتدارك ما قد فاته من عمل الخير، فيبادر إلى الوصية بما ينفعه في الآخرة، فالوصية في مرض الموت كالوصية في حال الصحة، والقياس على ذلك، أنّ الأصل في المريض لا يملك الأيضاء، لأن المرض سبب تعلق حق الغير بالمريض بدلا من تعلقه بذمته، وهذا هو الحجر على تصرفاته المالية، ومنها الأيضاء، لأنه تبرع فكان الواجب القول بعدم صحته لكونه محجور عليه، كما لا يصح من الصبي وغيره، لكن الشارع جوز ذلك له في حدود الثلث،⁽¹⁾ وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم : (إن الله تعالى تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم فضعوه حيث شئتم)⁽²⁾ إلا أنه تثار عدة أسئلة حول حكم الوصية الصادرة في مرض الموت، ولمعرفة ذلك يلزم منا معالجة ذلك في ضوء كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، لذا ينبغي تقسيم هذا المبحث على ثلاثة مطالب: (المطلب الأول) مشروعية وصية المريض مرض الموت في الشريعة الإسلامية، وفي (المطلب الثاني) مشروعية وصية المريض مرض الموت في التشريع الجزائري، وفي (المطلب الثالث) القيود الواردة على تصرفات المريض مرض الموت و الحقوق المتعلقة بماله.

المطلب الأول: مشروعية وصية مريض مرض الموت في الشريعة الإسلامية

إن حكم وصية المريض عند جمهور الفقهاء، لا تختلف بين ما إذا صدرت في حالة الصحة أو في مرض الموت، هذا إذا كان المريض ثابت العقل كامل الإدراك والشعور،⁽³⁾ وجوازها للأجنبي شريطة أن لا يتجاوز مقدار الثلث كما يتوقف نفاذها في ما زاد عن ذلك على إجازة الورثة، كما اختلفوا في جواز الوصية لو ارث، وهذا ما سوف نبينه في ما يأتي:

1 -حافظ الدين الشفي، كشف الاسرار، ج1، ص275، الطبعة الأولى الاميرية، 1316هـ منقولاً عن عبد السلام فيغو، المرجع السابق، ص179.

2- حديث ضعيف عند اهل الحديث، وثبت عن ابن عباس- نصب الراية، ج 4، ص399-400.

3- احمد إبراهيم، الهبة والوصية وتصرفات المريض- مطبعة العلوم، القاهرة 1939، ص 316.

الفرع الأول: وصية المريض لغير الوارث

استقر جمهور الفقهاء على أنّ الأفضل ألا يبلغ بالوصية قدر الثلث، والأولى أن ينقص عنه، ولا تجوز الزيادة عليه، وإن كان الثلث جائزاً،⁽¹⁾ فهو حق الموصي التصرف في ماله، لغير وارث، فعدم إجازة الموصى به أكثر من الثلث فمرده إلى أنه شرط لنفاذ الوصية لا لصحتها، فالوصية بأكثر من الثلث صحيحة ولكنها متوقفة على الإجازة من الورثة، إن اجازوها نفذت، وإن اجازها بعضهم دون بعض نفذت في حصة المجيز منهم وبطلت في حصة مالم يجز أما إذا لم يكن للموصى ورثة نفذت بدون توقف على إجازة أحد،⁽²⁾ وإن المريض انما منع من الوصية بالزائد على الثلث لحق الوارث.⁽³⁾

واستدلوا على ذلك لما روي عن سعد بن أبي وقاص قال: (جاءني رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي، فقلت يا رسول الله قد بلغ بي من الوجع ما ترى، وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابني لي، أفأصدق بثلثي مالي، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لا، فقلت فالشطر، قال لا، ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الثلث والثلث كثير، إنك أن تذر ورتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكفون الناس) قال ابن العباس: لو غض الناس من الثلث لكان أحب إلي، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (الثلث والثلث كثير). فإذا أسقط الورثة حقهم كان ذلك جائزاً.⁽⁴⁾

ويتضح مما تقدم أن الوصية بأكثر من الثلث لغير وارث لا تنفذ إلا بإذن الورثة، فإن امتنعوا عن اجازتهم بطلت الزيادة ونفذت في الثلث.

ومنه لتحديد موقف الورثة من تنفيذ الوصية نكون أمام حالتين وهما:

أولاً: حالة زيادة الوصية عن الثلث مع وجود وارث.

إذا كان للموصي ورثة وأوصى بوصية لغير وارث وهو مصراً عليها، وكان غير مدين فيتحدد موقف الورثة من تنفيذ الوصية من إحدى الاحتمالات التالية:

1-تنفذ وصيته في حدود الثلث حكماً بالشرع، ولا تحتاج إلى موافقة الورثة أو غيرهم.

2-يتوقف تنفيذ الوصية فيما زاد عن ثلث على إجازة الورثة جميعاً، لكامل الوصية عند الجمهور،

1- السيد السابق، المرجع السابق، ص 598.

2- علي الخفيف، المرجع السابق، ص 207 وما بعدها.

3- احمد إبراهيم، نفس المرجع، ص 598.

4- الامام مالك ابن انس، الموطأ، حديث رقم 1495، المرجع السابق، ص 533.

وإن رفضوها بطلت في الزائد وتصح كالحالة الأولى.

3- أن تكون الوصية بأكثر من الثلث فأجازها بعضهم ورفضها الآخرون، فتنفذ الوصية بالثلث فيما يخص المجيز فقط و تبطل في حق الرافضين لها أي الزيادة عن الثلث.(1)

ثانيا: حالة زيادة الوصية عن الثلث مع عدم وجود وارث:

أما إذا لم يكن للموصي ورثة، فإن الزيادة على الثلث، لا يتوقف على إجازة أحد، فهي تنفذ، فقول ابن مسعود جواز الزيادة على الثلث لأن الموصي لا يترك في هذه الحال من يخشى عليه الفقر، لأن الوصية جاءت في الآية مطلقة، وقيدتها السنة بمن له وارث فبقي من لا وارث له على إطلاقه.(2)

الفرع الثاني: وصية المريض لو ارث

قد يتسبب المريض بايصاله لبعض الورثة وايبثاره على الباقيين إلى إيذائهم ويخلق بينهم العداوة والبغضاء والخلاف والشقاق، وقد يصل إلى قطع الرحم وهو حرام، فلا يصح لسد الذرائع، لأن الوصية لبعض الورثة حيف وضرر على الباقيين، والاضرار في الوصية من أكبر الكبائر كما جاء في الحديث وفسره بعض العلماء بالوصية لو ارث أو بالزيادة على الثلث.(3)

ولقد اختلف جمهور الفقهاء على اشتراط أن يكون الموصى له غير وارث، إلا أنّ اختلافهم جاء في تحديد نوع هذا الشرط على رأيين ولمفهوم حديث (لاوصية لو ارث) وتفسيره خاصة في روايته المختلفتين وقد تلقوه على ثلاثة آراء.

الرأي الأول: شرط صحة

ذهب المالكية في المشهور عنهم، وبعض الشافعية وبعض الحنابلة والظاهرية:(4) واعتبروا أنّ الشرط القاضي بأن لا يكون الموصى له وارثا للموصي شرط صحة، ويترتب على تخلفه بطلان الوصية أصلا إن كانت لو ارث، وإن أوصى لو ارث ولغير وارث بطلت الوصية في حق الوارث، وصحت في حق غير الورثة، فهي باطلة لا تقبل الاجازة، وليست للورثة أن يصحوا ما أبطله الشرع، فهي لا تجوز حتى وإن نفذوها فتعتبر ابتداء عطية منهم، لأنها لا تقبل الاجازة،

1- احمد بن محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج4، 483.

2- السيد سابق، المرجع السابق، ص601.

3- ابن عابدين، المرجع السابق، ج6، ص655.

4- الدسوقي، المرجع السابق، ص467.

وليس تنفيذا لوصية الميت، ويشترط فيها ما يشترط في العطية والهبة من القبول والقبض، وأن يكون المجيز من أهل التبرع.⁽¹⁾

ولقد استدلت أصحاب هذا الرأي بأدلة منها: لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم: (إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث)،⁽²⁾ فظاهر الحديث يفيد نفي الصحة، ولا يمكن حمله على الحقيقة، فإذا تعذرت الحقيقة بحمل الكلام على أقرب مجاز وهو نفي الصحة، فيكون معناه: لا وصية صحيحة لوارث، ويترتب على ذلك أن الوصية لوارث باطلة، وأن الشرط شرط صحة،⁽³⁾ وما دامت الوصية وقعت غير صحيحة لا تعمل الاجازة فيها شيئاً، ولأنّ في الوصية للوارث إلحاق الضرر ببقية الورثة، وقد نهى القرآن الكريم عن ذلك فبقوله تعالى: (مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ)⁽⁴⁾ وأكد هذا النهي قول الرسول صلى الله عليه وسلم: (الإضرار في الوصية من الكبائر).⁽⁵⁾

الرأي الثاني: شرط نفاذ

اعتبر أصحاب هذا الرأي الشرط القاضي بأن لا يكون الموصى له وارثاً للموصى شرطاً لنفاذ الوصية، التي تتعقد صحيحة، ولكنها موقوفة على إجازة بقية الورثة، فإن ردها بطلت، لأنها حقهم، وإن اجازوها جميعاً نفذت، وإن أجازها البعض دون الآخرين جازت في حصة المجيز، وبطلت في حق مالم يجز لولاية المجيز على نفسه دون غيره،⁽⁶⁾ وبهذا القول أخذ به كل من الحنفية، والشافعية في الاظهر، والحنابلة في الراجع عندهم.

ولقد استدلت أصحاب هذا الرأي بأدلة أهمها هي: قول الرسول صلى الله عليه وسلم: (لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة)،⁽⁷⁾ فهذا استثناء، والاستثناء من النفي اثبات، فيكون دليلاً على صحة الوصية عند الاجازة، وتقديره: (لا وصية لوارث عند عدم الاجازة من غيره من الورثة) وعليه يكفي قول الوارث: اجزت، او نفذت، لتلزم الوصية.⁽⁸⁾

1- محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص 440.

2- هذا الحديث رواه الترميذي، أبو داود، واحمد. نقلًا عن السيد سابق المرجع السابق، ص 594.

3- محمد الزحيلي، نفس المرجع، ص 440.

4- الآية: 12 من سورة النساء.

5- رواه النسائي مرفوعاً ورجاله ثقة، نقلًا عن السيد سابق، المرجع السابق، ص 590.

6- وهبة الزحيلي، المصدر السابق، ص 7476.

7- ورد هذا الحديث بروايات أخرى ((الا ان يشاء الورثة)) ((الا ان يجيزها الورثة)) اخرجها الدار القطني (98/4، 152)

ورواه أبو داود في المراسيل (التلخيص الجبر 92/3) منقولاً عن محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص 442.

8- محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص 442.

وإن سبب حضر الوصية للوارث هو ما يلحق بالورثة من الضرر وما يحدثه من الحقد والشعور بالتفريق والتمييز بينهم، وإن هذا السبب غير قائم في حالة إجازة بقية الورثة بعد وفاة الموصى وهم أهل لهذه الإجازة عندئذ. (1)

وبناء على ذلك فإن الوصية تنفذ بإجازة الورثة على أنها وصية من الموصي وليست عطية منهم، ويعتبر بذلك تملك الموصى له من قبل الموصى لا من قبل الورثة، كما يشترط ان يكون المجيز من أهل التبوع. (2)

الرأي الثالث: جواز الوصية لوارث ولغير وارث

وهو ما ذهب اليه كل من الشيعة الإمامية وبعض الزيدية والإسماعيلية، إلى جواز الوصية للوارث، ولا يعد شرطاً لصحة الوصية ولا لنهاؤها، بل إن الوصية تقع صحيحة لوارث، مادامت في حدود الثلث، أجازها الورثة أم لم يجيزوها.

واستدلوا بظاهر الآية الكريمة: (كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ ٥) (3).

وجه الدلالة في الآية الكريمة أنها وجبت الوصية للوالدين والوارثين والأقربين ومن يأخذ حكمهم بسبب آخر كالزوجية، ثم نسخ وجوب الوصية لهم بآيات الموارث، فبقى الجواز في حق الورثة و غيرهم على السواء. (4)

أما الثلث فهو خاص، حق الشخص يضعه كيف شاء لقريب أو بعيد وارثا كان القريب أو غير وارث، وإذا كانت الوصية مشروعة ليتدرك بها الانسان ما فات من الصلة والقربى في حياته، وكما أباح له الشارع أن يتصدق بها على أجنبي، فليس من المعقول أن يحرم من جعلها لقريب لتكون صدقة وصله ولأنهم من باب أولى سواء كانوا وارثين أم غير وارثين، فينال بها ثواب قربتين. (5)

1- محمد إبراهيم الزملي، المرجع السابق، ص 210.

2- محمد الزحيلي، نفس المرجع، ص 443.

3- الآية: 180 من سورة البقرة.

4- محمد الزحلي، نفس المرجع، ص 437.

5- محمد مصطفى شلبي، احكام الوصايا والاقواف، الدار الجامعية، 1982 ص 89 وما بعدها.

وقالوا عن حديث: (لا وصية لوارث) بأن الوصية الممنوعة هي الوصية الواجبة للورثة التي كانت قبل مشروعية الميراث، أو الوصية بما يزيد عن الثلث، لا مطلق الوصية.⁽¹⁾

ويرجع ترجيح الرأي الثاني وهو قول جمهور الفقهاء، لدلالة الحديث النبوي الشريف من جهة، ولكون منع الوصية لوارث كان لحق بقية الورثة، ورفع الضرر عنهم بسبب إيثار بعضهم على بعض في العطاء مما يؤدي الى العداوة والبغضاء وقطع الرحم، فان اجازوها سقط المنع.⁽²⁾

المطلب الثاني: مشروعية وصية المريض مرض الموت في التشريع الجزائري

الحقت العديد من القوانين الوضعية للدول العربية ومنها القانون الجزائري، التصرفات التبرعية لمريض مرض الموت، بسبب نية التبرع، على انها في حكم الوصية، وجعلت كل ما يحيط بها من قرائن وأحوال تدل على ذلك، حيث اعتبرت أن التصرفات الصادرة عنه مضافا إلى ما بعد الموت، و تسري عليها احكام الوصية.⁽³⁾

فالمشعر الجزائري وضع حكما عاما لجميع التصرفات التي تصدر عن شخص مريض مرض الموت بقصد التبرع يعد وصية وبذلك تسري عليه أحكامها وهذا طبقا لما جاء في الفقرة الأولى من المادة 776 مدني جزائري على أنه: (كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كان التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف) ومفاد ذلك ما يلي:

1- إنَّ العبرة من تصرف المريض بالقصد أي النية وليس بظاهر العقد أو شكله، ولكون أنَّ النية شيء كامن في نفس الإنسان، فان هذه المسألة تخضع لسلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

2- أنَّ التصرف إذا انطوى صراحة على معنى التبرع، جرى عليه حكم الوصية في القدر المتبرع أو المحابي به.

3- أنَّ التصرف اذا كان ظاهره معاوضة، وادعى أحد الورثة أنَّه تبرع واثبت ذلك بالطرق

1- محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص 438.

2- محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص 443.

3- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج8، ص 129.

المخولة قانونا سرت عليه أحكام الوصية ولا تسري أحكام المعاوضة التي تبرم في مرض الموت.⁽¹⁾

وعليه وفقا لنص المادة 776 المذكورة أعلاه فان حق الورثة يتعلق بمجرد حصول مرض الموت، فلا يملك المورث كامل التصرف في ماله الذي يعتبر في حكم المملوك للورثة، ولذا أعطى القانون التصرف الصادر من المورث، في مرض الموت حكم الوصية وهذا للاعتبارات المذكورة أعلاه، وطبقا لحكم الوصية فان أي تصرف صدر من الشخص في مرض الموت أيا كان نوعه كالبيع أو الهبة أو الإقرار أو الإبراء أو غيره من التصرفات المالية بقصد التبرع به أو محاباة به، فإنه ينفذ في حق الورثة في القدر المتبرع به أو المحابى به، أي بقدر ثلث التركة، أما إذا زاد هذا القدر عن ثلث التركة فلا ينفذ التصرف في الزيادة إلا بإجازة الورثة.⁽²⁾

كما يستفيد دائني التركة من تعلق حقهم بأموال الميت من وقت نزول مرض الموت بالدائن المريض كما هو الحال بالنسبة للورثة، بل أن تعلق حقهم بهذه الأموال من وقت المرض أكثر فاعليه من تعلق حق الورثة بها، وذلك إلى أن حقوق الدائنين مقدمة على حقوق الموصى لهم والورثة.⁽³⁾

الفرع الأول: وصية المريض لغير وارث في التشريع الجزائري

اعتبر المشرع الجزائري تصرف الشخص في ماله وهو في مرض الموت لغير وارث فهي جائزة، بالرغم من أن قانون الأسرة الجزائري لم ينص عليها في أحكام الوصية وإنما نص، عليها في القانون المدني من خلال المادة 776 المذكورة أعلاه، فنجد تطبيقا لهذا الحكم في قانون الأسرة في المادة 204 حيث نصت: (أن الهبة في مرض الموت والأمراض المخيفة تعتبر وصية)، بمعنى اخضاعها لأحكام الوصية ولا تنطبق عليها احكام الهبة.⁽⁴⁾

فإذا وهب المورث مقدارا من المال يفوق الثلث فهو متوقف على اجازتهم، كما يحق لهم الاعتراض عن المقدار الزائد عن الثلث.

1- حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 80.

2- عبد السلام فيغو، المرجع السابق، ص 70.

3- عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 835 وما بعدها.

4- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 22-23.

وهذا ما جاءت به المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري: (تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث توقف على إجازة الورثة).

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من الوصية لوأرث

الفقرة الأولى: تصرفات المريض مرض الموت لوأرث

لقد اخذ المشرع الجزائري برأي الجمهور فيما يخص الوصية لوأرث، فنصت المادة 189 من قانون الأسرة الجزائري ما يلي: (لا وصية لوأرث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي) فهي بنظر القانون الجزائري صحيحة ولكنها موقوفة على إجازة الورثة.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا على شرط إجازة الورثة لتنفيذ الوصية لوأرث فجااء في إحدى قراراتها الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية ما يلي: (...وبما أن الطاعنة أيضا هي زوجة الهالك الواهب شرعا ولها حق الإرث منه واعتبار الأحكام الشرعية وما تنص عليه المادة الأولى من القانون المدني، التي تحيل فيما يخص هذا النوع من التصرفات والعلاقات الى احكام الشرعية الإسلامية، وعليه بما انه ثبت شرعا فأن الوصية لوأرث لا تتم إلا إذا أجازها الورثة...⁽¹⁾).

كما جاء في قرار آخر صادر عن نفس الغرفة ما يلي: (...حيث أنه بالإضافة إلى عدم صحة الوصية المشار إليها، فإن المادة 189 من نفس القانون تنص أنه لا وصية لوأرث إلا إذا أجازها الورثة، حيث أن المطعون ضدها من بين الورثة وأنها تعارض الوصية وترفض إجازتها، حيث أنّ قضاة الموضوع بقضائهم بإستبعاد الوصية للأسباب المذكورة أعلاه يكونون بذلك قد طبقوا القانون).⁽²⁾

الفقرة الثانية: التصرف لوأرث مع الاحتفاظ بالحياة

نص المشرع الجزائري في المادة 777 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: (يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حياة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك).

1- قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 59240، الصادر بتاريخ 05/03/1990، مجلة القضائية، عدد 3، 1992، ص 59.
2- قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 160350، الصادر بتاريخ 23/12/1997، مجلة قضائية، عدد خاص، 2001، ص 296 - 297.

يستفاد من هذا النص أن المشرع الجزائري اعتبر من قبيل الوصية إذا تصرف شخص لآخر ورثته بالبيع أو الهبة أو غيرها واحتفظ لنفسه بحياسة العين للانتفاع بها ما دام حيا كان ذلك تصرفا مضافا الى ما بعد الموت ما لم يقد دليل يخالف ذلك.

الفرع الثالث: وقت اعتبار إجازة ورثة الموصي كشرط لتنفيذ الوصية لوارث.

حث المشرع الجزائري على اشتراط عدم كون الموصى له وارثا للموصي، وعلى ضرورة إجازة ورثة الموصي للوصية للوارث ولقد بين وقت اعتبار هذه الاجازة فذكر أنها تكون بعد وفاة الموصي وهذا اقتداء بما اتفق عليه فقهاء المذاهب الأربعة على اعتبار وقت اشتراط كون الموصى له وإرثا أو غير وارث بوقت وفاة الموصي لا وقت انشاء الوصية لأن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، والتمليك للموصى له يكون بعد الموت، لذا فان المانع من تنفيذ الوصية هو صفة الإرث وهي لا تعلم الا وقت الموت، فبذلك نكون أمام احتمالات المبينة في الأمثلة الآتية:

- إذا أوصى شخص لغير وارث كأخيه أو عمه، مع وجود ابن له، ثم توفي ابنه، صار الموصى له وارثا عند وفاة الموصي، كانت الوصية لوارث.

- وإذا أوصى لوارث كأخيه عند عدم وجود الابن ثم جاء الابن، صار الموصى له عند

وفاة الموصي، الوصية لغير وارث.

- أو أوصى لزوجته ثم طلقها طلاقا بائنا في حالة الصحة، فإن الوصية تصبح صحيحة لأنها لغير وارث عند الموت.⁽¹⁾

هذا عن وقت تحديد صفة الإرث في الموصى له، فإذا تبين أن الموصى له كان وارثا للموصي عند وفاته وجبت إجازة الورثة لتنفيذ الوصية.

المطلب الثالث: القيود الواردة على تصرفات المريض مرض الموت والحقوق المتعلقة بماله
الأصل في الإنسان أن له مطلق الحرية في إجراء ما يريد من التصرفات القانونية ما دام على قيد الحياة، إلا أن هذه الحرية قيدها الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية استثناء لما يتقرر

1 - محمد حلمي عيسى بك، المرجع السابق، بند 951، ص 302.

للغير من حقوق على الشيء، ورتب عليها أحكاما خاصة لحماية للورثة والدائنين وجعلها غير نافذة في حقهم، وهي متى أصيب بمرض الموت، وبذلك تنتقيد تصرفاته بعد وفاته بأثر رجعي، يسري إلى بداية المرض، ضف إلى ذلك جملة من الحقوق المتعلقة بتركته، وعليه سنحاول توضيح ذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: سبب تقييد التصرف في مرض الموت:

قد يتصرف الانسان في مرض موته، تصرفات تعود بالضرر على الدائنين والورثة، ويعود ذلك إلى شعوره بدنوّ أجله، ومن أجل ذلك حرص الفقه الإسلامي والقانون الوضعي على تقييد تصرفاته والمتمثلة في الأسباب التالية:⁽¹⁾

1- منع المريض في إيثار بعض الورثة على بعض، لأن في ذلك تفضيل بعض الورثة على بعض في الميراث أو حرمانهم منه، يعد قطيعة للرحم ومجلبة للغيب أو الحقد والإنقام، وتجنب ذلك علق نفاذ التصرف للوارث على إجازة باقي الورثة، فالإجازة دليل الرضا والرضا دافع للغيب ناف للانتقام.

2- ضمان عدم تغيير الأنصاء المقدرة للورثة شرعا.

3- تحديد مقدار تبرع المريض في مرض موته على الثلث، يعني استبقاء جانب من التركة للورثة حتى لا يبقوا فقراء يتكفون الناس.

ومنه فإن الحكمة من ذلك هو مراعاة حقوق الورثة.

وفي هذا يقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري: إن تقييد المريض مرض الموت ليس مرده

إلى فقدان أهليته أو نقص فيها ولا عيب في إرادته، فما دام لا يزال حيا متمتعا بكامل قواه العقلية، وأن إرادته سالمة من كل العيوب، فإذا حدث أنّ المرض أفقده التمييز فالتصرف الذي يصدره وهو في حالة المرض يكون باطلا لانعدام التمييز، ولا يقتصر الامر فيه على أن يكون هذا

1- محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص444.

التصرف غير نافذ في حق الورثة، لأنه صدر في مرض الموت، ويرجع سبب تقييد التصرف في مرض الموت إلى تعلق حق الورثة بأموال المريض من وقت المرض.⁽¹⁾

ويستدل على ذلك أنّ العلة في تقييد تصرفات المريض مرض الموت هو مراعات حقوق الورثة لا لعدم أهلية المريض، حيث أنّ العلة تدور مع المعلول وجودا وعدما وهذا ما سيتفاد من الدلائل الآتية:

1- إجماع الفقهاء على أنّه إذا لم يكن للمتصرف وارث كانت وصيته وما في حكمها من عقود التبرع نافذة من جميع المال،⁽²⁾ ولو كان عدم النفاذ مبنيا على عدم أهلية المريض لما تغير حكم التصرف تبعا لوجود وعدم وجود الورثة.⁽³⁾

2- إذا تصرف المريض في مرضه ثم شفي منه، ألحق بالصحة واعتبر تصرفه صحيحا ومن جميع ماله.⁽⁴⁾

3- بيع المريض مرض الموت لأجنبي بمثل القيمة أو بيسير الغبن فهو نافذ وليس للورثة حق الاعتراض عليه.⁽⁵⁾

4- إقرار المريض لأجنبي متى كان حكاية عن شيء ثابت في الماضي، فهو صحيح وإن استغرق جميع المال،⁽⁶⁾ ولو كان المرض في ذاته يمنع بسبب الأهلية لما ثبت هذا الحكم.⁽⁷⁾

كما تعد إجازة الورثة لتصرفات مورثهم سواء لغير وارث فيما زاد عن الثلث أو لو ارث في حدود الثلث غير نافذة الا بإجازتهم حتى ولو كان المورث بالغا عاقلا أي اهلا للتصرف.⁽⁸⁾

ومما تقدم يظهر ان العلة ليست عدم أهلية المريض بل مراعاة لحقوق تتعلق بأموال المريض من وقت المرض الذي يموت فيه، وهذا ما سوف نتطرق اليه فيما يأتي لاحقا.

1- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 4، ص 281.

2- ابن العابدین، المرجع السابق، ج5، ص 431.

3- محمد حلمي عيسى بك، المرجع السابق، ص 302.

4- محمد حلمي عيسى بك، المرجع السابق، ص 302.

5- محمد حلمي عيسى بك، المرجع السابق، ص 303.

6- ابن العابدین، المرجع السابق ج 4، ص 481.

7- محمد حلمي عيسى بك، المرجع السابق، ص 303.

8- ابن العابدین، نفس المرجع، ج5، ص 434.

الفرع الثاني: الحقوق المتعلقة بمال المريض:

إنّ للمريض حال حياته حقوق في ماله، فالمرض لا يؤثر في ذلك، فيفضل متمتعاً بما يملك، كما ان تصرفاته تعد نافذة ولا يحق للورثة والدائنين حق الاعتراض، وهو في مرضه يحتاج إلى النفقة والعلاج وسائر مطالب الحياة، فإذا مات في مرضه فإن هناك حقوق تتعلق بتركته وهي على الترتيب التالي:

1- حق المريض في النفقات الضرورية.

2- حقوق الدائنين في استيفاء ديونهم.

3- حقوق الورثة في استيفاء الباقي من التركة.

وأما حق الموصى، سوف نتطرق إليه في المبحث الثالث بالتفصيل.

الفقرة الأولى: حق المريض في النفقات الضرورية

إنّ للمريض في مرض الموت حقوق خاصة في ماله حال حياته ولأسرته فمنها ما هو المتعلق بقضاء مصالحه وأموره التي لا يمكنه الإستغناء عنها من ملبسه وطعامه وسكنه، ودواءه أو أجره الطبيب، وزواجه وكذا ما هو متعلق بأسرته أي كل من تلزمه نفقته وغير ذلك من الإحتياجات التي لا يمكنهم الاستغناء عنها دفعا للهلاك وحفظ لكرامتهم.

فهذه الحقوق مقدمة على حقوق غيره من الدائنين والورثة، فهذه التصرفات نافذة من وقت التصرف ولا لأحد الحق في الاعتراض عليها بعد وفاته، وغير متوقفة على اجازتهم مهما بلغت قيمتها بالنسبة للتركة، أما إذا كان التصرف فيه محاباة أو غبن فاحش، فإن الثمن المحابي به يعتبر تبرعا في مرض الموت و يأخذ حكم الوصية، و يستوي في ذلك الوارث الأجنبي، وكذلك إذا تزوج بمهر أكثر من مهر المثل فإنه يعتبر تبرعا ويأخذ حكم الوصية.⁽¹⁾

1- بدران او العينين بدران، الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، (ب،س،ن)، ص 451.

وفي هذا يذهب المالكية الى أنه لا يحجر على المريض بخصوص تناويه وما تعلق بمؤنة من تلزمه نفقته ولو تعدى الثلث. (1)

وكذلك ذهب الدسوقي: الى أن المريض لا يحجر عليه في تناويه ومؤنته، ولا في العاوضات المالية ولو بكل ماله، وأما التبرعات فيحجر عليه فيها إذا كانت تزيد عن الثلث وأما تبرعه بالثلث فلا يحجر عليه فيه. (2)

وعلى هذا الأساس فجميع التصرفات التي يقوم بها المريض في مرض الموت والتي لا تمس بحقوق الدائنين ولا الورثة هي كتصرفاته وهو صحيح.

هذا وأن للمريض حقوق أساسية بعد وفاته من مرضه والتي لا يمكن الاستغناء عنها والمتمثلة في النفقات الخاصة بتجهيزه من كفن ودفن فإنها تخرج من تركته قبل تصفيته.

الفقرة الثانية: حقوق الدائنين في استيفاء ديونهم

تأتي حقوق الدائنين في المرتبة الثانية بعد حق المريض نفسه في ماله وقبل حق الورثة بناء على قاعدة (لا تركة الا بعد سداد الديون) وحق الدائنين يتعلق بمالية التركة دون اعبائها أي ما فيها من المالية المقومة، من وقت إصابة المريض بمرض الموت، وبالتركة من وقت الوفاء إن لم يسبقها مرض الموت. (3)

فإذا كان المريض مدينا بدين مستغرق، منع من التبرعات، أو ما في حكمها كالهبة والوقف والوصية بشيء من ماله، والبيع والشراء بالمحابة، ويكون تصرفه موقوفاً على إجازة الدائنين بعد وفاة المريض، أما إذا تصرف مع غير الوارث ولم يكن في تصرفه غبن فاحش فيعتبر نافذاً، أما إذا كان التصرف مع وارث فله حكم الوصية ينفذ من الثلث بعد وفاء الديون، ويتوقف على إجازة الورثة فيما زاد عن الثلث. (4)

1- أبو عبد الله محمد الخزشي، المرجع السابق، ج 4، ص 216.

2- حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج 3، ص 308.

3- عبد السلام فيغو، المرجع السابق، ص 106.

4- وهبة الزحلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4، دار الفكر، سوريا، ط2، 1985، ص 136.

إن تعلق حق الدائنين بهذه الأموال من وقت المرض الأكثر من تعلق حق الورثة وهذا لكون ان حقوق الدائنين مقدمة على حقوق الموصى لهم والورثة، ولهذا فاذا كانت التركة مستغرقة بالديون فلا ينفذ في حق الدائنين أي تبرع او محاببات صدر في مرض الموت ولو اجازه الورثة.(1)

ومن حيث الإيفاء بالديون فإن ديون الصحة وما في حكمها مقدمة على ديون المرض عند الإيفاء، فإذا لم تف التركة بديون الصحة قسمت بين الدائنين بالحصص، وكذلك اذا كانت ديون المرض و ضاقت التركة عنها فإنها تقسم بين الدائنين بالحصص ومثلها في الحكم ما إذا وفيت ديون الصحة ولم يف ما بقى من التركة بديون المرض كلها أي الباقي يقسم بين الدائنين بالحصص،(2) وهذا ما يسمى بقسمة الغرماء.

فضلا عما تقدم فإن دائني التركة إذا حصل حال حياة المورث على تأمين عيني ويضمن الوفاء بحقه سواء كان ذلك التأمين رهنا أو اختصاصا أو امتيازاً، فإنه يكون في مأمن كل خطر يهدد هذا الحق، حيث يعطى له هذا الضمان الأولوية في استيفاء دينه من المقابل النقدي للمال المؤمن على غرار الدائنين العاديين للتركة وكذا الموالين له في الرتبة، كما يخول له تتبع هذا المال إذا حصل التصرف فيه في أي يد كان.(3)

أما الدائنون العاديون فهم الذين تظهر الحاجة الى حماية حقوقهم من خطرين:

1-مزاخمة دائني الوارث لهم في استيفاء حقوقهم من أموال التركة.

2-تصرف الوارث في أموال التركة.

وسوف نتطرق في بحثنا هذا لحقوق الدائنين لاحقا، بأكثر تفصيلا وهذا في المبحث الثالث من هذا الفصل.

الفقرة الثالثة: حقوق الورثة في استيفاء الباقي من التركة:

إن حقوق الورثة بمال المريض مرض الموت بعد وفاته، لا تتعلق بالمال كله، وإنما بثلثي ماله الباقي بعد تسديد ديونه إن وجدت، وتنفيذ الوصايا، حيث جعل الشارع حقا للمريض من ثلث ماله في أن يتصرف فيه في وجوه الخير كي يتدارك ما فاتته بسبب تقصيره في حياته، فقد ينفقه كله أو جزء منه وما تبقى كان للورثة، فإن لم يكن هناك ديون ولا وصايا استحقوا التركة كلها،

1 -عبد السلام فيغو، المرجع السابق، ص 108.

2 -عزت كامل، الوجير في تصرفات المريض مرض الموت، دار الفكر القانوني للنشر والتوزيع، طنطا، 2007، ص 55.

3 -عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 751.

وبناء على هذا فإن كل تصرف ليس فيه ضرر بحقوق الورثة، يكون صحيحا وناظا وليس لهم الحق في الاعتراض عليه، أما إذا كان فيه ضرر بحقوقهم كان لهم منع نفاذه حال الحياة بعد موت المورث إن كان هذا التصرف مما يقبل الفسخ كالتبرعات.(1)

ويرى أبوزهرة أنّ إعطاء الوارث حال حياة المريض حقا، بل هو فرض وامر اعتباري ليستقيم منطق الاحكام ونسق المبادئ الفقهية، إذ ثبت شرعا أن للوارث إبطال بعض التصرفات التي صدرت من المريض مرض الموت حال حياته، فلا تنفذ تلك التصرفات إلا باجازة من له الأهلية الكاملة والولاية التامة في حياتهم. ويكمل أبو زهرة رأيه بقوله: (وإذا كان ذلك ثابتا للورثة قبل تقرير ميراثه، فلا بد أن نفرض له حقا آخر في حياة مورثه، حتى يمكن أن يكون له حق نقض بعض التصرفات، ويجب أن يقدر ذلك الحق باقل الصور التي يتصور معها ثبوت حق الاجازة والمنع بعد الموت، فيكفي في ذلك بفرض حق الإرث أو حق الخلافة له في حياة الوارث).(2)

هذا وقد اختلف الفقهاء في تكييف الحقوق لتعلق حق الورثة بأموال المورث، وهو في مرض الموت فمنه من يرى أنّ حق الورثة هو حق ملكية كامل يثبت من وقت مرض الموت، وذهب رأي آخر إلى أن حق الورثة في أموال المورث حق ملكية يكون عند موت المورث، ولكنه يستند إلى وقت بدء المرض، أما الرأي الثالث فيعتبر أن حق الورثة في أموال المورث من وقت مرض الموت هو استحقاق سببه الإرث وليس حق ملكية.(3)

كما أنّ القوانين الوضعية لم تتغافل على ما عساه أن يصدر عن المريض من تصرفات التي قد تمس بحقوق الورثة على التركة خاصة في فترات صعبة من حياة المريض مرض الموت، ولوضع حد للتحايل على القانون، وحماية للوارث من كل ذلك قيدت تصرفاته فربطت صحة هذه التصرفات بإجازة الورثة، وهذا لأسباب ذكرت سابقا.(4)

1- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج4، ص 137.

2- محمد أبو زهرة، احكام التركات و الموارث، دار الفكر العربي، دمشق، (ب،س،ن) ص 12-13.

3- علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج3، دار الكتاب العربي، بيروت، ط2، 1982، ص 218 وما بعدها.

4- انظر، ص 87 من هذا البحث.

حيث قرر المشرع الجزائري أنّ كل تبرع في مرض الموت يعتبر وصية تتوقف على إجازة الورثة أن تجاوزت الثلث، وهذا ما جاءت به نص المادة 776 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى: (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 تعطي إلى هذا التصرف).

وعليه فإنه من الثابت أنّ حق الورثة يقيد تصرفات المورث في حالة مرض الموت، فإذا تبرع وهو في هذا الحال أو تصرف في المعاوضات التي فيها محاباة بئمن اقل من قيمة المبيع بالنسبة الى الفرق الذي يكون محل التبرع، مهما كانت التسمية التي تعطى لأي تصرف فإن التصرف يعتبر على سبيل التبرع وبالتالي يأخذ حكم الوصية ما لم يثبت العكس، وتتحقق بذلك هذه القرينة سواء كان التصرف لوarith أو لغير وارث.⁽¹⁾

المبحث الثالث:

آثار وصية المريض مرض الموت

لقد سبق أن تطرقنا إلى الحقوق المقدمة على تنفيذ الوصية في الاستيفاء من تركة الموصي، وهي حق الموصي في تجهيزه، ودفنه بالقدر المشروع، ثم حق دائني الموصي في استيفاء ديونهم الثابتة في ذمته، كما تكلمنا على مرحلة انعقاد الوصية والتي تستوجب أن تتوفر على أركان وشروط صحة معينة وخلوها من جميع المبطلات، وبعد التحقق من انعقادها بصفة صحيحة، تأتي مرحلة تنفيذها والتي تهدف إلى تحقيق إرادة الموصي في زمن لاحق لوفاته من خلال تسليم الموصى به. ونفاذ الوصية يعني لزومها ومن ثم انتقال ملكية المال الموصى به إلى الخلف مثقلة بما كان يشغل ذمة سلف من ديون بحيث لا يكون حق ماليتها خالصا لهم إلا بعد الوفاء بما عليها من الالتزامات، حتى يتمكن الخلف من حيازتهم لأموال التركة.

وبما أن تنفيذ الوصية متوقف على إجازة باقي الورثة للوارث ولغير الوارث بما زاد عن ثلث المال، ولا تنفذ إلا بعد سداد الديون أو بعد إجازة الدائنين إذا كانت التركة مستغرقة بالديون، لذا طبقت أحكام الوصية مبدئيا على تصرفات المريض مرض الموت التبرعية، وهذا من باب

1- انظر، ص 76 من هذا البحث.

القياس بسبب وحدة العلة، وهي المحافظة على حقوق الورثة والدائنين، وسد الذريعة أو منع الاحتيال على القانون.⁽¹⁾

وتتعلق حق الورثة والدائنين بأموال المريض مرض الموت منذ إصابته بالمرض، ولأن التبرع في مرض الموت يعد وصية، وعليه يتحدد موقف الورثة والدائنين منذ تنفيذ الوصية لو ارث أو لغير وارث من احتماليين لذا سنعالج في هذا المبحث آثار وصية المريض مرض الموت على النحو التالي:

المطلب الأول: وصية المريض غير المدين (التركة الميسرة).

المطلب الثاني: وصية المريض المدين (التركة المعسرة).

المطلب الأول: وصية المريض غير المدين (التركة الميسرة)

إنّ التركة الموسرة هي التي تساوي أموالها قيمة ما عليها من ديون أو تزيد عليها في القيمة⁽²⁾ ولأنّ الوصية الصادرة في مرض الموت لها نفس أحكام الوصية الصادرة في حالة الصحة ولا فرق بينهما⁽³⁾، لذا يجوز للمريض مرض الموت أن يتعاطى عقود التبرع التي فيها تملك للعين، إذا كان له ورثة أو لا يوجد له ورثة، وكان لا يوجد عليه ديون أو كانت موجوداته تفوق على الديون الفعلية، فلو أوصى في مرض موته شيئاً فوصيته صحيحة والسبب في ذلك أنّه لا يوجد ضرر من تصرفه على أحد أو ما يعد تهريباً من حقوق الدائنين أو من قواعد الميراث.⁽⁴⁾ فالمريض مرض الموت له أن يتبرع بجزء من ماله أو كله حال حياته وينفذ التبرع في حقه، فإذا إنتهى به المرض إلى الموت تسري على تبرعه أحكام الوصية بمعنى أن هذا التبرع ينفذ في حق الورثة في حدود ثلث المال، أما إذا زاد على الثلث أو كان التبرع لو ارث فلا تنفذ إلا بإجازة الورثة.⁽⁵⁾

1- صبحي الحمصاني، المبادئ الشرعية والقانونية في -الحجر والنفقات والمواريث والوصية-، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط8، 1997، ص 131-132.

2- محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد - حق الملكية - مج12، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، (ب.س.ن)، ص 71.

3- محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص 263.

4- صبحي الحمصاني، المرجع السابق، ص 132.

5- عبد السلام فيغو، المرجع السابق، ص 165.

وبهذا الشأن، اختلف الفقهاء في تحديد وقت ملكية الموصى به، وما هو المقدار الذي يجوز الايحاء به، وكذا الوقت المعتبر للإجازة.

وعليه نقسم هذا المطلب الى فرعين: (الفرع الأول): الموصي غير مدين وكان له ورثة، (الفرع الثاني): الموصي غير مدين وليس له ورثة.

الفرع الأول: الموصي غير مدين وكان له ورثة

بوفاة الموصي المريض مصرا على وصيته، تصبح الوصية المستوفية لشروطها الموضوعية والشكلية والتي سبق لنا أن بينها أنفا نافذة وواجبة التنفيذ، ونفذ الوصية يعني لزومها فيترتب عليها إنتقال ملكية المال الموصى به للموصى له سواء كان مشاعا أو معيناً⁽¹⁾ ولأن الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت، ولتحديد مقدار الوصية وقت تنفيذها يثار التساؤل حول متى وكيف يقدر الموصى به؟ وهذا ما سوف نتناوله فيما يلي:

الفقرة الأولى: مقدار الوصية

1- أجمع فقهاء الشريعة في تحديد طبيعة شرط كون الموصى به في حدود الثلث شرط لنفاذ الوصية، ومن غير حاجة إلى إجازة الورثة عند وفاة الموصي، فإن كانت أكثر من الثلث فهي صحيحة، ولكن موقوفة على إجازة الورثة، فإذا أجازوها وهم أهل الاجازة جميعا نفذت في الزيادة على الثلث، بأثر رجعي، وإن رفضوها جميعا بطلت في الزائد بأثر رجعي⁽²⁾. وإن أجازوها بعضهم وامتنع البعض الآخر عن الاجازة، نفذت الوصية في الزيادة في حق المجيز، وبطلت الوصية في الزيادة في حق غير المجيز⁽³⁾.

وحجتهم في ذلك أن المنع من الوصية بأكثر من الثلث جاء لرعاية حق الورثة، فإن أجازوا الزيادة فهم بذلك أسقطوا حقهم برضاهم وهم أهل التبرع فبذلك تصبح الوصية في الزائد نافذة.⁽⁴⁾

2- وذهب الظاهرية في تحديد طبيعة شرط كون الموصى به في حدود الثلث شرط صحة، فإن زاد مقدار الوصية على الثلث تكون باطلة في الزائد، سواء أجازها الورثة أم لم يجيزوها، وسواء أكان

1- بن مدور جميلة، المرجع السابق.

2- مصطفى إبراهيم الزملي، المرجع السابق، ص 214.

3- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 191

4- مصطفى إبراهيم الزملي، نفس المرجع، ص 214.

للموصى وارث أم لا، وذلك لنهي⁽¹⁾.

الفقرة الثانية: وقت تقدير الوصية

إنّ تنفيذ الوصية يتوقف على تقويم التركة وبعدها تقدير الثلث ليخرج منها، إلا أنّ تقدير الثلث قد يختلف من وقت لآخر، ويرجع ذلك إلى وقت التقدير، لذا يجب تحديد الوقت المعتبر لتقدير الوصية، وبهذا اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في وقت تقويم التركة لتحديد ثلثها الذي تنفذ به الوصية الى أربعة اقوال:

1- القول الأول: وقت الوصية

اعتبر أن وقت تقدير الوصية يكون يوم إنشاء الوصية، وهو قول مرجوح عند الشافعية وقالوا: أن ما يحدث بعد هذا الوقت من زيادة أو نقصان في المال فلا يعتد به، ولا ينفذ إلا في المقدار الموصى به عند إنشاء الوصية⁽²⁾.

ويرد على أصحاب هذا الرأي بأن الأخذ بوقت إنشاء الوصية تكون نتائجه سلبية، بحيث قد يصدر التصرف من الموصى في حالة غنى، ثم ينقص ماله مع مرور السنين إلى غاية وفاته، ولا يبقى إلا ثلثها فيأخذ الموصى له ويحرم الورثة من الميراث⁽³⁾.

2- القول الثاني: يوم التنفيذ (القسمة)

يرى الحنفية والمالكية، بأن يقدر ثلث التركة الذي تخرج منه الوصية يوم التنفيذ حيث تفرز الأنصباء ويعطى كل ذي حق حقه، لأنّه وقت استقرارها وتعلق حق الموصى له بالموصى به فكل نقص في القيمة أو هلاك في الأعيان يتحملة الموصى له والورثة معاً، وكذلك كل إنماء أو زيادة، أو غلة تكون لهم جميعاً، فالعبرة إذن بيوم التوزيع والتنفيذ⁽⁴⁾.

ويرى مؤيدوا هذا الرأي بأنه يحقق العدالة والمساواة بين الورثة والموصى له في الغرم والغنم يوم القسمة، وهو أسهل طريقة عملية في التنفيذ⁽⁵⁾.

1- مصطفى إبراهيم الزملي، نفس المرجع، ص 214.

2- مغني المحتاج، المرجع السابق، ج 3، ص 47.

3- محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص 538.

4- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 246.

5- محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص 239.

3- القول الثالث: بوقت الوفاة

وهو ما أقره الجمهور بأنه يتفق مع حقيقة الوصية فالعبرة بالوفاة، فوجه الاعتبار عندهم بقيمة التركة والموصى به وخروجه من الثلث في حالة الموت، هو أنها وقت لزوم وتعلق الوصية بالتركة.⁽¹⁾ وفي هذا قال الحنابلة⁽²⁾ (إنّ الاعتبار في قيمة الموصى به وخروجها عن الثلث أو عدم خروجها بحالة الموت، لأنها حالة لزوم الوصية ويعتبر قيمة المال فيها وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي ولا أعلم فيه خلفاً).⁽²⁾

وفي هذا من يرى من الواجب الإسراع بنقل ملكية الموصى به بعد الموت مباشرة إلى الموصى له وله زوائده وأن تنفذ الوصية وتوزع التركة بعد الموت وهذا لتجنب المشاكل والمصاعب التي قد تحدث بين الورثة أنفسهم وبيت الموصى له بسبب التأخير.⁽³⁾

4- القول الرابع: وقت القبول

يعتبر تقييم تقدير ثلث قيمة الموصى به بالنسبة للتركة بمجرد تحقق القبول تثبت الملك للموصى له من حينه، ولا تثبت قبله، وعليه يتم تقدير الثلث عنده، ولا يمكن أن يتم قبله.⁽⁴⁾ وفي هذا يقول الزحيلي نسب هذا القول الشيخ أبو زهرة إلى بعض الحنابلة، إلا أنه لا يتفق بما اعتبروه في قول ابن قدامة المذكور أعلاه.⁽⁵⁾

الفقرة الثالثة: موقف المشرع الجزائري من انتقال ملكية الشيء الموصى به للموصى له

لقد فصل المشرع الجزائري في مقدار الوصية، وكما سبق لنا ذكره ومن خلال ما جاء به نص المادة 185 من قانون الأسرة فقد حدد مقدار الوصية بثلث التركة وما زاد عن هذا المقدار فإنه يتوقف على إجازة الورثة، إلا أنه أغفل في حالة إجازة بعض الورثة ورفض الآخرين.

فقد جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 29/ 07/ 1997: (...من المقرر قانوناً

أنه تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة، ومتى تبين

1- مصطفى إبراهيم الزملي، المرجع السابق، ص 217.

2- المغني، المرجع السابق، ج 6، ص 154.

3- محمد أبو زهرة، نفس المرجع، ص 248.

4- محمد الزحيلي، نفس المرجع، ص 538.

5- محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص 538.

في قضية الحال - أن الوصية صدرت في حياة الموصية لأولاد ابنها (س) حال حياة هذا الأخير في ثلث التركة باعتبارهم غير وارثين، فإن قضاة المجلس بقضائهم بتأييد حكم المحكمة القاضي بحصر التركة وتقسيمها على الورثة وتحديد نصيب كل وارث وإلغاء الوصية على أساس أن الموصى لهم يعدون من ورثة الموصية، فانهم خالفوا القانون وأخطأوا في تطبيقه مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه⁽¹⁾.

كما أنّ المشرع الجزائري لم يحدد في قانون الأسرة الوقت الذي يقدر فيه ثلث الجائز في الوصية، فمن الشراح من يذهب إلى القول بضرورة الرجوع إلى مذهب الامام مالك، استنادا للمادة 222 من قانون الأسرة، وبذلك يكون تقدير الثلث وقت تنفيذ الوصية وأخذ كل ذي حق حقه⁽²⁾. هذا ولم ينص المشرع الجزائري أيضا في قانون الأسرة على وقت تقدير الوصية، إلا أنه واستنادا بنص المادة 15 من الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن قانون المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري⁽³⁾ الذي استوجب الشهر لدى المحافظة العقارية من أجل انتقال المال العقاري الموصى به من الموصي إلى الموصى له حيث جاء فيها على أنه: (كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ إشهارهما في مجموع البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية). ومنه يستفاد أنّ نقل الملكية بسبب الوفاة يكون من يوم وفاة المورث، ولأنّ الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت فإنه بذلك يطبق عليها حكم هذه المادة.

الفقرة الرابعة: شروط صحة الاجازة لتنفيذ الوصية

إنّ الأصل في تنفيذ الوصية هو عدم تدخل أي شخص في إرادة الموصى، إلا أنه قد يشترط استثناء موافقة الورثة لتنفيذ الوصية وهي حالتها الزيادة على الثلث والوصية لو ارث الوارثة

1- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1997/07/29، من غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 166090 مجلة الاجتهاد القضائي، عدد خاص، لسنة 2001، ص 298.
2- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 299.
3- منشور في الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية، الصادرة في 12 نوفمبر 1975 العدد 2 سنة 1976.

في المواد 185 و189 من قانون الأسرة وهذا ليس خروجاً على مبدأ عدم تقييد التنفيذ بإرادة الورثة ما دام القيد مصدره نص شرعي وليس إرادة الورثة.⁽¹⁾

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد اعتمد رأي جمهور الفقهاء وحث على ضرورة إجازة ورثة الموصى للوصية لوارث بعد وفاة الموصي وعدم إجازتهم يعني الإبطال، إلا أنه لم يرد نصاً خاصاً في قانون الأسرة، يتعلق بشروط صحة إجازة الورثة، لكي تصح الوصية وتصبح نافذة، وبالاستناد إلى المادة 222 من هذا القانون التي أحالت إلى كل ما لم يرد فيه نص إلى أحكام الشريعة الإسلامية، حيث اشترط الفقهاء لصحة الإجازة شروط معينة وهي:

1- أن يكون المجيز من أهل التبرع، أي عاقلاً بالغاً راشداً، غير محجور عليه بسبب عارض من عوارض الأهلية كالجنون أو سفه أو عته أو غفلة. ولأن الإجازة تبرع، والتبرع تصرف ضار ضرراً محضاً، كذلك لا تجوز من وليه لأن الولاية للمصلحة والنظر له وليس من النظر له التبرع من ماله فهو إنقاص له، كما يجب أن يكون المجيز عالماً بما يجيزه،⁽²⁾ وعالماً بأن له الرد وبمقدار الوصية.

2- اعتبر جمهور الفقهاء أن وقت إجازة الورثة لما زاد عن الثلث هو ما بعد وفاة الموصى لا حال حياته.

ويعلل ذلك محمد أبو زهرة: بأن قبل الوفاة لا يعرف الورثة على التعيين فمنهم من يبقى على قيد الحياة في حياة الموصي ومنه من قد يتوفى قبله، ولعل أن يوجد من يحجب بعضهم، وقد يكون منهم ما يقتضي حرمانه.⁽³⁾

ولأن الوصية لا تنفذ ولا تلزم، ولا تنقل فيها الملكية إلا بعد الوت، ولا يثبت الحق للورثة في الرد أو الإجازة إلا بعد الموت، فإن أجازها الورثة قبل موت الموصي فإن إجازتهم في غير محلها، ومن غير مالکها، فلا تعتبر ملزمة لهم، فلهم الحق في الرجوع عنها متى شاءوا.⁽⁴⁾

1- بن نوي دلال، مرجع السابق، ص 21.

2- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 192.

3- محمد أبو زهرة، نفس المرجع، ص 192.

4- مصطفى إبراهيم الزملي، المرجع السابق، ص 219.

ولقد اكدت المحكمة العليا شرط إجازة الورثة لتنفيذ الوصية بحيث جاء في احدى حيثياتها ما يلي: (...وبما أنّ الطاعنة هي زوجة الهالك الواهب شرعا ولها حق الإرث منه واعتبار لأحكام الشريعة وما تنص عليه المادة الأولى من القانون المدني التي تحيل فيما يخص هذا النوع من التصرفات والعلاقات الى أحكام الشريعة الإسلامية وعليه أنّه ثبت شرعا فإنّ الوصية لو ارث لا تتم إلا إذا أجازها الورثة...).⁽¹⁾

هذا وأضاف المالكية أن تصح الوصية بإجازة الورثة قبل موت الموصي، أي في حالة حياته وهو في مرض الموت، فإن أجازوا الوصية صحت ولا يحق لهم بعد ذلك الرجوع بعد الموت، لأنّ حقهم يتعلق بالتركة بمرض الموت لمورثهم، وبذلك فهم بإجازتهم اسقطوا حقهم فيما يتعلق به ملكهم⁽²⁾ فهم بذلك فرقوا بين حالتي الصحة والمرض، على أن حق الوارث يتعلق بمال مورثهم في مرض موته، وبذلك اعتد بالإجازة في هذه الحالة، شرط أن تكون إرادة المميز خالية من عيوب الإرادة، ومن ثم فإن تبرعات المريض مرض الموت تسري عليها أحكام الوصية.⁽³⁾

كما اعتبر المشرع الجزائري التصرف الصادر من المورث في مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع يعتبر وصية. وعليه تسري عليه أحكام الوصية ولا ينفذ في حقهم ما زاد على ثلث التركة الا إذا أجازوها، وهذا هو حكم الوصية، فلا تنفذ الهبة ولا الإقرار بالدين ولا الإبراء من الدين والبيع وغير ذلك من التصرفات إلا في ثلث التركة، ما لم تجز الورثة ما يجاوز الثلث في ذلك.⁽⁴⁾

أما إعتراض الورثة على تنفيذ الوصية بسبب تخلف ركن من أركانها أو شرط من شروط الصحة أو بسبب وجود مبطل من مبطلاتها، فإن توقف تنفيذ الوصية يفصل فيه القضاء ولا دخل لإرادة ورثة الموصي في هذا التوقيف، بل السبب يكمن في وجود نزاع جدي يتعلق بحق الوصية، والفصل في صحة الوصية وتنفيذها بيد القضاء وحده طبقا للنصوص الشرعية والقانونية.⁽⁵⁾

1- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1990/03/05، عن غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 59240 مجلة قضائية، سنة 1992، عدد 3، ص 59.

2- حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج 4، ص 427.

3- مصطفى إبراهيم الزملي، نفس المرجع، ص 219.

4- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الاصلية المتفرعة

عن الملكية، ج 9، منشآت المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 210-211.

5- بن نوي نوال، المرجع السابق، ص 21.

ولقد جاء في احدى القرارات الصادرة عن المحكمة العليا، بحيث جاء في احدى حيثياتها ما يلي: (...وما دامت الوصية صحيحة وفق ما قرره قضاة الموضوع فإنه يجب تنفيذها بعد وفاة الموصي مباشرة سواء أراد الورثة ذلك أو لم يريدوا...⁽¹⁾).

الفرع الثاني: الموصي غير مدين وليس له ورثة

ومما تقدم بيانه وهي حالة وجود ورثة للموصى المريض مرض الموت، وأن لا يكون مدينا بمبلغ من المال، وأن الوصية التي تنفذ هي الوصية بثالث مال تركه المتوفي، وأما الزيادة فهي موقوفة على إجازة الورثة، إلا أنه يطرح السؤال عن ماهو حكم الوصية إذا زادت عن الثلث عند عدم وجود الورثة؟

وللإجابة على هذا السؤال سوف نتطرق إلى رأي فقهاء الشريعة وقانون الأسرة الجزائري فيما يأتي:

الفقرة الأولى: رأي الشريعة الإسلامية من الوصية الزائدة عن الثلث عند عدم وجود الورثة
لقد اختلف جمهور الفقهاء في حكم الوصية بأكثر من الثلث عند عدم وجود الورثة للموصى ونتج عن هذا الاختلاف رأيان:

1-الرأي الأول:

يرى الحنفية والحنابلة والشافعية في وجه والحنابلة في رواية:

الوصية بأكثر من ثلث التركة في حالة عدم وجود وارث وليس عليه دين تنفذ فيه ولو بجميع المال الباقي بعد التجهيز والدين، ولا تحتاج الى إجازة الامام والسلطان،⁽²⁾ واستدلوا بقوله تعالى: (... مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ...).⁽³⁾

ولأن الوصية جاءت في الآية مطلقة عن التحديد بقدر معين، ثم قيدتها السنة الشريفة بالثلث بمن له وارث، فبقى في حق من لا وارث له على إطلاقه، ولان الرسول صلى الله عليه وسلم علل حديث سعد بمنعه عن الزيادة في الثلث لكي يترك الموصي في هذا الحال وراثته أغنياء

1- قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 1991/02/24، ملف رقم 75598 المجلة القضائية، عدد 2 سنة 1993، ص 64
2- محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص 470.
3- الآية 12، من سورة النساء.

لا يخاف عليهم الفقر والعالة التي يتكفون بها الناس،⁽¹⁾ فبعدم وجود الورثة فقد ارتفعت العلة، وللموصي أن يوصي بما يشاء لأن ماله بعد وفاته كالمال الضائع الذي لا يعرف صاحبه، ولصاحبه أن يضعه حيث يشاء، وإلا آل هذا المال الى بيت المال واستحقه كافة المسلمين⁽²⁾ لا بطريق الإرث.

الرأي الثاني:

ويرى المالكية والشافعية والظاهرية: أنّ الوصية بما زاد عن الثلث عند عدم وجود الوارث وهو عدم النفاذ فهم يجعلون بيت المال من الورثة، وأن استحقاق التركة -إذا ما استحقها- إنما هو بطريق الوراثة، وبناء على ذلك إذا كان مال الموصي بيت مال المسلمين، وكل المسلمين لهم الحق فيها ولا مجيز عنهم، ولا يمكن جمع إجازتهم، وأنّ القيم على بيت المال ليس له حق الاجازة باعتباره قيما، أو ناظرا عليه، ولأن في الاجازة ضرر بمصلحة بيت المال فلا تنفذ عليه.⁽³⁾

الفقرة الثانية: موقف المشرع الجزائري من الوصية الزائدة عن الثلث عند عدم وجود الورثة
فأما قانون الأسرة الجزائري فقد أغفل على هذه الحالة و لم ينص عليها، وفي هذا يقول الأستاذ بلحاج العربي إذا لم يكن للموصي من وارث فالزيادة عن الثلث باطلة وتقول الى الخزينة العامة.⁽⁴⁾ وهو القول عند المالكية ببطلان الزيادة عن الثلث بكونها حق لبيت مال المسلمين في حالة عدم وجود وارث.

ولكن بالرجوع للقواعد العامة في الميراث الواردة في قانون الأسرة فان الفقر 4 من المادة 184 تنص على أنه في حالة عدم وجود وارث فان التركة تكون من حق الخزينة العامة.

المطلب الثاني: وصية المريض المدين⁽⁵⁾ (التركة معسرة)

لقد تطرقنا سابقا، أنّ الوصية الصادرة في مرض الموت لها نفس أحكام الوصية في حالة الصحة، ولا فرق بينهما، وأنّ الوصية التي تنفذ تكون من ثلث مال تركة المتوفي غير المدين،

1- السيد سابق، المرجع السابق، ص 601.

2- محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص 470.

3- علي الخفيف، المرجع السابق، ص 210.

4- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 271.

5- المدين: هو كل من شغلت ذمته بحق للغير نشأ وفقا لما قرره القانون ويستوجب حمايته، محمد كمال الدين امام، الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص 56.

ويكون تقديرها بعد الوفاة، وما زاد في الموصى به عن ثلث التركة يتوقف على إجازة الورثة، ويتعلق حق الورثة بالتركة المريض منذ بداية مرض الموت الذي يصيب مورثهم أو من في حكمه.

ولهذا فقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أنّ حق الموصى له في الوصية يلي حقوق الدائنين المتعلقة بتركة المتوفي وذلك للمنطوق الصريح للقرآن الكريم، فيستحق الموصى له الوصية إذا توافرت أركانها و شروطها.(1)

وهذا في حالة ما إذا كانت التركة ميسورة أي غير مدينة، إلا أنّ المريض قد يتصرف في تركته حال حياته تصرفات مالية تبرعية أو بمعاوضة مع محاباة أو استدانة بأموال من شخص أو عدة اشخاص تجعل التركة مثقلة بالديون إلى أن تصبح معسرة(2) وهذا لأن التركة مستغرقة بالديون(3) وبذلك يصبح الموصى له لا يستطيع تنفيذها.

وعليه يثار السؤال، عن ما هو مال الوصية من التركة المستغرقة بالدين؟ وللإجابة عن هذا السؤال فإننا نضع احتمالين وهما: أن تكون التركة مستغرقة بالدين كلياً أو جزئياً، وهذا ما سوف نعالجه في الفرعين المواليين على النحو التالي:

الفرع الأول: تركة الموصي مستغرقة بالديون.

الفرع الثاني: دين المريض غير مستغرق للتركة.

الفرع الأول: تركة الموصي مستغرقة بالديون

هناك قاعدة شرعية في الفقه الإسلامي تقضي ب: (لا تركة إلا بعد سداد الديون)(4) فالتركة المستغرقة بالديون لا تنتقل إلى ذمة الوارث إلا بعد تسديد ديون المورث وغيرها من التكاليف،

1- مصطفى إبراهيم الزلمي، المرجع السابق، ص 39.

2- التركة المعسرة: هي التي تكون أموالها لا تفي بكل ديونها. محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 18.

3- الدين: " هو ما وجب من الذمة. والذمة تبدأ بالولادة وتنتهي بالوفاة، وللفقهاء ثلاثة آراء في انتهاء الذمة وهي:

- الراي الأول: للحنابلة وهو ان الذمة تنتهي بمجرد الموت لان الذمة من خصائص الشخصية والموت يعصف بالشخص وذمته والديون تتعلق بالتركة.

- الراي الثاني: للمالكية والشافعية وبعض الحنابلة، بقاء الذمة بعد الوت حتى ايفاء الديون وتصفية الحقوق المتعلقة بالتركة.

- الراي الثالث: للحنفية: ضعف الذمة، أي ان الموت لا يهدم الذمة لكن يضعفها فتبقى بقدر الضرورة، لتصفية الحقوق المتعلقة بالتركة التي لها سبب في حال الحياة. فيكتسب الميت بعد موته ملكية جديدة ويلتزم بالديون التي تسبب بها الشخص قبل موته"، وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 1921 وما بعدها.

4- يقول الدكتور احمد خطيب: " في هذه القاعدة قول غير دقيق في اطلاقه، وفهم خطأ لا يستقيم في عمومه على مذهب أكثر الفقهاء المسلمين، وذلك لأننا لو فسرنا هذه الجملة تفسير، حرفياً كما يفهمه بعض القانونيين، معنى انه لا يملك للورثة الا بعد سداد الدين، فنجدها تنطبق انطباقاً حرفياً على التركة المستغرقة بالدين على نظر الحنفية " موجز احكام الميراث، مطبعة المعارف، بغداد، ط2، 1968، ص 29 - 30.

أي أنّ التركة في هذه الحالة تبقى في ذمة المورث مؤقتاً وتنتقل إلى الوارث في حال تسديد ديون المورث كلها.

(فالتركة تنشغل بمجرد الوفاة بحق عيني لدائني المتوفي يخول لهم تتبعها واستقاء ديونهم منها تحت يد أي وارث، أو من يكون الوارث قد تصرف إليهم ما دام الدين قائم، ولا تنتقل التزامات المورث الى ذمة الوارث كونه وارث إلا في حدود ما يؤول إليه من أموال التركة).⁽¹⁾

وبذلك يحجر جزئياً على المريض مرض الموت المديون بدين مستغرق بكل ماله ويمنع من التصرفات التبرعية وما في حكمها كالهبة والوقف وكذلك التي بعوض وكان فيها محاباة وهذا حماية لحقوق الدائنين التي تعلقت بماله بعد أن كانت معلقة بذمته فقط والسبب في ذلك أنّها ضارة بمصلحة الدائنين بعد وفاته.⁽²⁾

ولأن تقديم الدين عن الوصية وتأخير الميراث يعني أنه يقضى الدين أولاً وما تبقى من التركة شيء من المال فإنه يصرف إلى الوصية والميراث، وإلا فلا تنفذ ولا توزع التركة رغم صحة الوصية المستوفية لشروطها، ولا يكون للدين أثر إلا عند تنفيذها.⁽³⁾

ويمنع نفاذها إذا لم يبرأ الدائنين ذمة مدينهم، إبراء مسقط للدين كله أو بعضه، كما يمكن من الورثة أو غيرهم بتسديد الدين كله أو بعضه، وليست لديهم نية الرجوع على بقية الورثة فإن التركة تكون في هذا الحال خالية من دين بمقدار ما حصلت فيه البراءة أو التسديد، وتكون نافذة من ثلثها،⁽⁴⁾ أما إذا تجاوزت الوصية الثلث الباقي فلا تنفذ إلا بإجازة الورثة.

ومما يجب التنبيه إليه أن الوصية لا تبرأ بإجازة المدينين، وإنما بإبرائهم المدين المتوفي من ديونه، ومفاد ذلك أن ذمة الميت لا تبرأ بإجازة الوصية وإنما بالإبراء، حيث جاء في التاج المذهب: (ومن مات عن ديون تستغرق ماله وأوصى وصيته وأجازها أهل الدين، فلا حكم لإجازتهم، لأن الميت لا يبرأ بالإجازة بل بالإبراء ومع إبرائهم له من الوصية الثلث فقط، لأن

1- محمد عزمي البكري، نفس المرجع، ص 18.

2- وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ص 1982.

3- وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ص 7493.

4- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 241.

الحق للورثة مع إبراء ولأن تنفيذ الوصية يكون في حدود ثلث التركة الخالية من حق الدائنين، أما الثلثين الباقيين فهم حق الورثة).⁽¹⁾

أما موقف المشرع الجزائري من وصية الموصى وتركته مستغرقة بالديون، لم يشترط في قانون الأسرة ما يدل على أن لا يكون الموصى به مستغرقا بالدين، إلا أنه يستنتج من المادة 180 من قانون الأسرة والتي يؤخذ منها أنه لكي تنفذ الوصية فإن التركة تقسم بعد وفاة الموصي بالترتيب على النحو التالي: أن يؤخذ من التركة ابتداء مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع كحق للموصى المتوفي ثم يليها الديون الثابتة التي في ذمته، إن وجدت فإن استغرقت هذه الديون جميع مال التركة يوقف تنفيذ الوصية.

ومما تقدم فإن استغراق التركة بالديون عند الوفاة يجعلها مبطللة للوصية وهذا لزوال محلها واستحالة تنفيذها، فهو شرط لنفاذ الوصية لا لصحتها فهي صحيحة متوقفة على ابراء الدائنين، فإن أبرأوا ذمة المدين نفذت الوصية في حدود الثلث أما الزائد متوقفا على إجازة الورثة وإلا بطلت في الزائد إن لم يجيزوه الورثة.

الفرع الثاني: دين المريض غير مستغرق للتركة

إن الوصية تبرع مضاف إلى ما بعد الموت، فلا نفاذ لها إلا بعد موت الموصى مصرا عليها، فهي تعتبر صحيحة متى استوفت شروطها وأركانها، ولا تنفذ إلا في ثلثها، لكن السؤال الذي يطرح هو متى وكيف يقدر ثلثها إذا كانت التركة مدينة بدين غير مستغرق للتركة؟

فالمشرع الإسلامي جعل حق الدائنين مقدما على الوصية لأن حق الدائنين يتعلق بأعيان التركة بعد وفاة المدين من غير سداد الديون، فبوفاته تضعف ذمته على تحمل الدين، فتعلق بتركته، وتصبح تركته المسؤولة عن هذه الديون إلى أن تسدد، وبعدها تنفذ الوصايا ومن ثم تنعدم ذمته.⁽²⁾

ومن اجتهادات المحكمة العليا في احدى قراراتها عن المحكمة المدنية حيث جاء في حيثياتها: (...حيث أنه من المعلوم بالضرورة أنّ شخصية الوارث مستقلة عن مورثه وتركته منفصلة عن أشخاص الورثة وعن أموالهم الخاصة، ولذلك تتعلق ديون المورث بتركته، ومن ثم

1- التاج المذهب، ج 4، ص 365، نقلا عن مصطفى إبراهيم الزملي، المرجع السابق، ص 201.

2- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 242.

فإن المورث إذا أبرم قبل موته تصرفات قانونية أو وقعت منه وقائع قانونية ورتبت في ذمته حقا للغيراء قبل الوفاء بهذا الحق لصاحبه فإنه يكون دائئا به للمورث وتصبح تركته وحدها مسؤولة عن هذا الدين...⁽¹⁾ ولأن المدين بوصيته قد تصرف في ماله بالقدر المشروع، غير أنه تعلق به حق للغير وهو الدائن، وهذا الحق مقدم على الوصية بإجماع فقهاء المسلمين.⁽²⁾ ولا يكون للدين أثر إلا عند تنفيذ الوصية.⁽³⁾

وبناء على ما جاء في المادة 180 من قانون الأسرة الجزائري المتعلق بقسمة التركة، فإنه أول ما ينفذ من تركة المتوفي هو مصاريف تجهيزه من دفن وهذا بالقدر المشروع. ثم تسدد الديون الثابتة في ذمته، وبعدها تنفذ الوصية من ثلث التركة المتبقى، إلا أنه قد لا يفي هذا الباقي لتنفيذ التركة فإننا نكون أمام ثلاث خيارات هي كالآتي:

أولاً: تنفيذ وصية المدين عند إبراء⁽⁴⁾ دائنيه من ديونه

إن إبراء الموصى من ديونه من طرف دائنيه يجعل تركته خالصة من الديون، فإن بقي شيء من التركة فإن الوصايا تنفذ من ثلثها الخالص من الدين.⁽⁵⁾

لذا فإنه يعتبر تصرف المريض مرض الموت المدين بدين غير مستغرق للتركة لغير وارث فهو نافذ اذا لم يشمل على غبن فاحش⁽⁶⁾، أما إذا تصرف مع وارث فله حكم الوصية أي يتوقف عن إجازة الورثة، وينفذ من الثلث بعد وفاء الديون وفي كلتا الحالتين يتوقف على إجازة الورثة اذا زاد عن الثلث⁽⁷⁾ أو إبراء الدائنين، وهذا كله ينفذ مما يتبقى من التركة بعد سداد الديون او إبراء الدائنين لمدينهم، إذا لم تستوف باقي التركة الثلث.

ثانياً: تنفيذ وصية المدين عند إجازة دائنيه بتقديم وصيته على الوفاء بديونهم.

قد يعمد الدائنون بالسماح بتقديم وصية مدينهم عن ديونهم مستحقة الوفاء، "رغم أن الدين

1- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 22 / 06 / 2005، عن الغرفة المدنية، رقم 295913، المجلة القضائية العدد 3. ص 69
2- محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص 530.
3- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 7493.
4- الإبراء: اسقاط الدائن ماله في ذمة المدين من الدين كئمن مبيع او دين قرض، ويترتب عليه انتهاء التزام الدين كله او بعضه بحسب الإبراء، وتفرغ منه ذمته. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 1983.
5- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 242.
6- تصرف المريض مرض الموت: إذا باع او اشترى بغير يسيير جاز للدائنين او للورثة بعد الموت طلب فسخ التصرف الا إذا رضى المتعاقد الآخر برفع الغبن وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ص 1983.
7- وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ص 1983.

مقدم على الوصية، ولأن وفاء الدين واجب أما الوصية فامر منتدب اليه الشارع، فإن نفاذها إنفاذ لأمر مندوب، فكان أداء الواجب مقدم عليه. وهذا بإجماع الفقهاء المسلمين، وقد روى عن علي رضي الله عنه أنه قال: انكم تقرأون الوصية قبل الدين، يشير إلى قوله تعالى: (... مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ۗ...⁽¹⁾) وقد شهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم يبدأ بالدين قبل الوصية أي في التنفيذ،⁽²⁾ وبإجازة الدائنين فهم بذلك يؤخرون الوفاء بديونهم لتنفيذ الوصية، لا يعني إبراء ذمة المدين من الديون.⁽³⁾

ثالثا: تنفيذ وصية المدين عند تبرع بعض الأشخاص بسداد ديونه.

إن الأصل في تسديد ديون الموصى تكون من تركته، إلا أنه قد يتدخل أشخاص بسداد ديونه عن بعض ماله أو كله سواء من ورثته أو الغير تبرعا له، ففي هذه الصورة يكون الجزء الخالص هو التركة التي تورث وتنفذ منها الوصايا.⁽⁴⁾

1- الآية 11 من سورة النساء.
2- علي الخفيف، المرجع السابق، ص243.
3- بن نوي دلال، المرجع السابق، ص64.
4- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص241.

الخاتمة

مرض الموت هو المرض الذي يقعد المريض عن قضاء مصالحه ويغلب فيه الهلاك ويتصل به الموت فعلا، فالمشرع الجزائري لم يعرفه، إنما استند في تعريفه وأحكامه إلى ما توصل إليه فقهاء الشريعة الإسلامية، الذين أحاطوا مرض الموت ومن في حكمه بمجموعة من الضوابط لا يتحقق إلا بها، فتصرفات المريض مرض الموت ومن في حكمه ألحقت بالوصية في أحكامها. ولأن للمريض مرض الموت ومن في حكمه كامل الحرية في تصرفاته المالية سواء أكانت تبرعية أو بعوض، دون أن يكون لخلفه العام والخاص من اعتراض طالما أن التصرف صدر في حياته فهو صحيح ونافذ في حقهم، إلا أنه واستثناء - وليس بسبب عارض من عوارض الأهلية - قيدت تصرفاته بسبب تعلق أمواله منذ بداية المرض بحقوق الورثة والدائنين وبذلك وجب توفير حماية قانونية لحقوقهم.

ولغرض الوقوف على أوجه التحايل على القانون أوجد المشرع الجزائري قرينة قانونية لصالحهم وهو اعتبار أن التصرف المالي الذي قام به المريض مرض الموت إنما يقصد به التبرع إلى ما بعد الموت، وبذلك أعطى لجميع تصرفاته المالية في تلك الحالة ومهما كانت التسمية التي تعطى لها، حكم الوصية أي تطبق عليها أحكام الوصية كما جاء في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري وفقا لما جاء في أحكام المواد 776 و 777 من القانون المدني والمادة 204 من قانون الأسرة.

ولكي يستفيد الورثة والدائنين من الحماية القانونية التي وضعها المشرع لصالحهم عند طعنهم في تصرفات مورثهم، فما عليهم إلا إثبات أن التصرف القانوني الصادر عنه إنما وقع في مرض الموت، وباعتبار هذا الأخير واقعة مادية يمكن اثباته بكافة طرق الإثبات المقررة قانونا، فهو بذلك اعفائهم مؤقت من عبء اثبات (قصد التبرع) لأنه مسألة داخلية في نفس الإنسان يصعب اثباتها، وفي نفس الوقت نقل محله إلى الشخص الذي تصرف له المريض، أي أنه المتصرف له أن يثبت بأن المتصرف لم يكن يعاني من مرض الموت.

ولأن حقوق الورثة و الدائنين تتعلق بمالية مريض مرض الموت منذ إصابته بالمرض، فإنه لا يكون لها أثر إلا بعد موته وبأثر رجعي، كما أن تصرفاته لها حكم الوصية، فإن الوصية عند جمهور الفقهاء لا تختلف في أحكامها بين ما إذا صدرت في حالة الصحة أو صدرت في مرض الموت، فللورثة بعد وفاة مورثهم حق إجازة وصيته لغير وارث فيما زاد عن الثلث أو إبطاله، كما لهم حق إجازة تنفيذ الوصية لو ارث من عدما، وللدائنين كذلك الحق في إستيفاء ديونهم قبل توزيع التركة على الموصى له والورثة، فلهم إما ابراء ذمة مدينهم المتوفي بمرض الموت جزئيا أو كليا أو تقديم الوصية على ديونهم وهذا إذا كانت التركة مستغرقة بالديون، وهو أثر يترتب على تنفيذ الوصية من عدما.

• النتائج:

وفي ختام هذه الدراسة، ومن خلال استعراضها لأحكام تصرفات المريض في الوصية ذات الطابع المالي، توصلنا إلى مجموعة من النتائج التالية:

- أن مرض الموت لا يتعلق فقط بحالة المرض الحقيقي والخطير الذي يؤدي بصاحبه في النهاية إلى الموت، بل هناك من الأصحاء من ألحقوا بالمريض مرض الموت حكما، بسبب علة مشتركة بينهم، وهي غلبة الهلاك على النجاة وكذلك بسبب الحالة النفسية واتصال ذلك بالموت.
- اعتبر المشرع الجزائري التصرفات التي تصدر عن الشخص في مرض الموت وانتهى به الموت فعلا، على أنها تبرع مضاف إلى ما بعد الموت، أي كانت التسمية التي تعطى إليه، وتسري عليه أحكام الوصية، وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.
- تنظيم تصرفات المريض مرض الموت الضارة بالورثة والدائنين، تعطي لهم الحق في الاعتراض على تصرفات المريض بعد وفاته لتعلق حقهم بالتركة منذ إصابته بمرض الموت، ويتوقف تنفيذ الوصية على إجازة باقي الورثة إذا كان الموصى له وارث، وبالزيادة عن الثلث لغير وارث، وللدائنين كذلك الحق باستفاء ديونهم من التركة المستغرقة بالديون

أو الإبراء منهم لذمة مدينهم جزئياً أو كلياً لتنفيذ وصيته.

توصيات:

وفي ظل التقدم المستمر الذي تعرفه المنظومة القانونية مع تطورات الحديثة للمجتمع أصبح من الضروري ما يلي:

- وضع تعريف جامع مانع لمرض الموت لتجنيب القضاء الخوض في مسائل الفقهية المختلفة.

- وضع أحكام خاصة في قانون الأسرة تنظم تصرفات المريض مرض الموت، وهذا لما لها من علاقة وطيدة بالأحوال الشخصية، وهذا وفقاً للتشريع الإسلامي، لوضع حد للتحايل على الغاية التي شرع لأجلها هذا النوع من التصرفات.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: المصادر

- القرآن الكريم برواية ورش.

ثانياً: المراجع

أ- الكتب:

- ابن الجوزي؛ عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي القرشي البغدادي، أبو الفرج، نزهة العيون النواظر في الوجوه والنظائر، المحقق محمد عبد الكريم كاظم الراضي، مؤسسة الرسالة، ط3، سنة 1987.
- ابن رشد القرطبي (الحفيد)، أبو الوليد احمد بن محمد بن احمد بن محمد، شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج4، دار السلام، مصر، 1995.
- أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الوسيط في المذهب، ج4، تحقيق، أبو عمر والحسني بي عمر بن عمر عبد الرحيم دار الكتب العلمية، ط1، (ب،س،ن).
- أبو عبد الله القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي)، ج9، المحقق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة ، 2006.
- أبو عبد الله محمد الخرخشي، شرح الخرخشي عن مختصر سيد خليل و معه حاشية الشيخ علي العدوي الصعيدي، ج5، المطبعة الاميرية، بولاق، مصر، ط2، 1317هـ.
- ابي المظفر محي الدين اورنك، الفتاوى الهندية، المكتبة الإسلامية، مصر، 1310 هـ.
- احمد إبراهيم، الهيئة والوصية وتصرفات المريض - مطبعة العلوم، القاهرة، 1939.
- احمد إبراهيم بك، انتقال ما كان يملكه الانسان حال حياته الى غيره بعد موته - التركة والحقوق المتعلقة بها الموارث علما وعملا الوصية وتصرفات المريض مرض الموت، ج2، المكتبة الازهرية للتراث، (ب.ب.ن)، (ب.س.ن).
- احمد بن عبد الحليم بن تيمية، الاختبارات الفقهية في فتاوى ابن تيمية، تحقيق عبد الرحمان قاسم، مكتبة ابن تيمية، (ب.ب.ن)، (ب.س.ن).

- احمد بن محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج(3،4)، دار الكتب العلمية بيروت، ط1، 1996.
- بدران او العينين بدران، الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر (ب،س،ن).
- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، الميراث والوصية، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 3، 2004.
- حافظ إبراهيم محمود، علم الامراض العامة، (ب.د.ن)، الموصل، 1981.
- حافظ الدين محمد بن محمد بن شهاب المعروف بابن البزاز الكردي، الفتاوى البزازية المسماة بالجامع الوجيز، ج5، مطبوع بهامش الفتاوى الهندية، مج5، دار احياء التراث العربي، بيروت، ط3، 1400هـ.
- حبيب ادريس عيسى مزوري، تصرفات المريض مرض الموت -دراسة مقارنة- دار الكتب القانونية - دار شتات للنشر والبرمجيات، مص، 2001.
- حسين الجواهري، بحوث في الفقه المعاصر، دار الذخائر، ط 1، (ب.س.ن).
- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات (الهبة-الوصية-الوقف)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
- الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج، ج1، المحقق محمد خليل عيتاني، دار المعرفة، 1970.
- خليل احمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج4، عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2005.
- دواس أمين، دردين محمود، عقد البيع في مجلة الأحكام العدلية - دراسة مقارنة - (ب،ب،ن)، 2013.
- رفع عبد الرحمان النجدي، طرق الاثبات الشرعية - مع بيات اختلاف المذاهب الفقهية وسوق الأدلة والمولزنة بينها ثم مقارنة بالقانون - ط4، المكتبة الازهرية للتراث، 2003.

- سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (نصا- شرحا- تعليقا- تطبيقا)، ج1، دار الهدى، عين مليلة، (ب،س،ن).
- سليمان بن خلف بن سعد الباجي الاندلسي، المنتقى بشرح الموطأ، ج4، مطبعة السعادة، القاهرة، 1332.
- سليمان بن عمر جمل، حاشية الجمل على المنهج شيخ الإسلام زكريا الانصاري، مطبعة التقدم العلمية، (ب.ب.ن)، (ب.س.ن).
- سليمان مرقس، شرح القانون المدني -العقود المسماة- (عقد البيع)، دار الهناء للطباعة عالم الكتب-، القاهرة، ط8، 1980.
- سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، دار احياء التراث العربي، بيروت، (ب،س،ن).
- شمس الدين محمد بن احمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي الشافعي الصغير، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، ج4، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، 1357هـ.
- شيخ نسيمة، احكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري الهبة، الوصية، الوقف، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
- صبحي المحمصاني، المبادئ الشرعية والقانونية في -الحجر والنفقات والمواريث والوصية-، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط8، 1997.
- عباس العبودي، شرح احكام قانون الاثبات العراقي، كلية القانون، جامعة الموصل، ط2، 1997.
- عبد الحكيم فودة، النظام القانوني لحماية الورثة من الوصايا المستترة، مرض الموت، الاحتفاظ على الحياة، دار المطبوعات الجامعية، مصر 2006.
- عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج3، قسم المعاملات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (ب،س،ن).
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - العقود التي تقع على الملكية - البيع والمقايضة، ج4، منشأ المعارف، الإسكندرية، 2004.

- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الاصلية المتفرقة عن الملكية، ج9، منشأ المعارف، الإسكندرية، 2004.
- عبد السلام احمد فيغو، التصرفات الصادرة من المريض مرض الموت، دراسة فقهية قانونية مقارنة، دار المعارف المغربية للنشر والتوزيع، الرباط، ط2، 2010.
- عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الاصلية، دار النهضة العربية، بيروت، (ب.س.ن).
- عزت كامل، الوجير في تصرفات المريض مرض الموت، دار الفكر القانوني للنشر والتوزيع، طنطا، 2007.
- علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب، ج3، الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، ط2، 1982.
- علي بن ابي بكر المرغيباني برهان الدين أبو الحسن، الهداية شرح بداية المبتدى، مج4، من منشورات إدارة القآن وعلوم الإسلامية باكستان، ط1، 1417 هـ.
- علي محمد علي احمد، معيان تحقق الوفاة وما يتعلق بها من قضايا حديثة في الفقه الإسلامي (الموت الرحيم)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
- العيدري محمد بن يوسف القاسم، التاج والاكلیل لمختصر خليل، ج6، دار الكتب العلمية، ط1، 1994.
- غسان رباح، عقوبة الإعدام حل ام مشكلة؟، ط1، مؤسسة نوفل، بيروت، 1987.
- مالك بن انس، الموطأ، تحقيق يحيى بن يحيى الكثير الليثي الاندلسي القرطبي، كتاب الوصية، باب الامر بالوصية، حديث رقم 1496.
- مالك بن انس الاصبجي، المدونة الكبرى برواية سحنون سعيد التنوخي، ج6، دار الفكر - بيروت - 1406 هـ.
- مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية جورج عوض، الإسكندرية، 2009.

- محمد إبراهيم الزملي، ط 1 احكام المواريث والوصية وحق الانتقال في الفقه الإسلامي المقارن والقانون - دار نشر احسان للنشر والتوزيع، إيران - طهران، 2014.
- محمد ابن احمد أبو بكر السرخسي، المبسوط، ج6، بدون طبعة، دار العون، استانبول، 1982.
- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، (ب.د.ن)، 1976.
- محمد أبو زهرة، احكام التركات والمواريث، دار الفكر العربي، دمشق، (ب.س.ن).
- محمد الزحيلي، الفرائض والمواريث والوصايا، دار الكلم الطيب، دمشق، بيروت، ط1، 2001.
- محمد المنجي، دعوى عدم نفاذ التصرفات التي يعقدها المورث لمحايات بعض الورثة على بعض، مج 12، ميسافا المعارف، الاسكندرية، ط1، 2003.
- محمد امين بن عمر المعروف بابن العابدين، حاشية عابدين المسماة برد المختار على الدر المختار، ج(5،2،3)، دار احياء التراث العربي، بيروت (ب.س.ن).
- محمد بن ادريس الشافعي، كتاب الام، ج(3،4،6)، مطبعة الاميرية، بولاق، القاهرة، ط 1، 1332هـ.
- محمد حسن منصور، الاثبات التقليدي والالكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006.
- محمد خالد الاتاسي، مجلة الاحكام العدلية وشرحها، ج 4، مطبعة حمص، 1930.
- محمد زهدود، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، 1991.
- محمد سعيد رمضان البوطي، قضايا فقهية معاصرة، بداية ونهاية الحياة من الناحية الشرعية والطبية والقانونية، ج1، (ب.د.ن) (ب.س.ن).
- محمد شلال العاني، علي حسن طوالة، علم الاجرام والعقاب، دار الميسرة، عمان - الأردن، ط1، 1998.
- محمد صبري السعدي، سلسلة الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر، عين مليلة، الجزائر، 2009.

- محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد - حق الملكية - مج 12، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، (ب.س.ن).
- محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، ج 6، المطبعة العالمية، القاهرة، 1955.
- محمد كامل مرسي، عقدي البيع ومقايضة، ج 6، المطبعة العالمية، القاهرة، 1953.
- محمد كامل المرسي، الوصية وتصرفات مريض مرض الموت، في المطبعة العالمية، القاهرة 1950.
- محمد مصطفى الشلبي، احكام الوصايا والأوقاف، دار الجامعة للطباعة والنشر، لبنان، ط4، 1982.
- محمد يوسف الزغبى، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني الأردني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2004.
- محمود إسماعيل مشعل، احكام المريض في فقه الاسرة، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، ط1، 2013.
- محمود بن إسماعيل المعروف بابن قاضي سماوة، جامع الفصولين، ج2، مطبعة الاميرية، بولاق، القاهرة، ط1، 1300 هـ.
- محمود عبد العزيز، رد التحايل على احكام الميراث في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، الجزائر، 2008.
- محي الدين طالو العلبي، تطور الجنين وصحة الحامل، الطبعة الأولى، دار الهدى الطاعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 1986.
- مصطفى إبراهيم الزلمي، احكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الإسلامي المقارن والقانون، ج13، دار النشر احسان للنشر والتوزيع، إيران، طهران، ط1، 2014.
- مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، مطابع ألف باء، الباديبي، دمشق، سوريا، 1967.
- منصور ابن يونس ادريس البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، ج4، مطبعة الحكومة، مكة المكرمة، (د.س.ن).
- منير القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج4، مطبعة العاني، بغداد، 1948.

- الموسوعة العربية العالمية، مج22، مؤسسة اعمال الموسوعة للنشر والتوزيع، الرياض، ط2، 1999.
- موفق الدين بن ابي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة الحنبلي، المغني، ج(3،6)، مطبعة الامام، مصر، (د.س.ن).
- نبيل صقر، تصرفات مريض مرض الموت، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008.
- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، ج37، مطابع دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت، ط1، 1997.
- وهبة الزحلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، احكام الاسرة، ج(4،8،9)، دار الفكر العربي. دمشق، ط4، 1997.
- يوسف بن عبد الله بن محمد ابن عبد البر النمري القرطبي، لاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الامصار وعلماء الأقطار فما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار، ج7، علق عليه، ورفع حواشيه سالم محمد عطا ومحمد علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 2002.

ب- الرسائل والمذكرات الجامعية

ب-1- الرسائل:

- عبد المنعم خليل إبراهيم الهيثي، احكام المريض في فقه العبادات وقضايا الاسرة، أطروحة الدكتوراه مقدمة مجلس كلية العلوم الإسلامية، جامعة بغداد، 1996.
- هدى محمد حسن هلال، نظرية أهلية -دراسة تحليلية مقارنة بين الفقه وعلم النفس العالمي للفكر الإسلامي-، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه قسم الفقه واصوله، اكااديمية الدراسات الإسلامية، جامعة مالايا، كوالالمبو، 2008.

ب-2-المذكرات:

- اندرو ميشيل يوسف حفييري، التصرفات القانونية الصادرة في مرض الموت وفق مجلة الاحكام العدلية -دراسة مقارنة - رسالة ماجستير، جامعة القدس، 2018.
- بن نوي نوال، تنفيذ الوصية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر1، السنة الجامعية 2012/ 2013.
- دالي فتيحة، تصرفات المريض مرض الموت في القانون الجزائري، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر، جامعة البويرة، 2013.

- رشاد السيد إبراهيم عامر، تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري مقارنا بالشريعة الإسلامية والقوانين الأخرى، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص كلية الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، 1989.

ج- مقالات ومحاضرات:

- بن عبد الله عادل، محاضرات في مقياس إجراءات التقاضي في الأحوال الشخصية، مقدم لطلبة أولى ماستر - قانون الأسرة - كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة الموسم الجامعي 2018-2019.

- بن مدور جميلة، محاضرات في مقياس عقود التبرعات، ملقاة على طلبة الثانية ماستر تخصص أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الموسم الجامعي 2019 - 2020.

- بوسطة شهرزاد-محاضرات في مقياس القواعد الفقهية، ألقيت على طلبة أولى ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة محمد خيضر، الموسم الجامعي 2018-2019.

د- قرارات قضائية:

- قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 9 جويلية 1984، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 33719، المجلة القضائية، العدد الثالث 1989.

- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 05/03/1990، عن غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 59240 مجلة قضائية، سنة 1992، عدد 3.

- قرار المحكمة العليا، الصادر صادر في 24/02/1991، ملف رقم 75598 المجلة القضائية، عدد 2 سنة 1993.

- قرار المحكمة العليا، مؤرخ في 05 / 01 / 1994 ملف رقم 106193 غير منشور.

- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية الصادر بتاريخ 23 نوفمبر 1993، ملف رقم 96675، المجلة القضائية، عدد خاص 2001.

- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 29/07/1997، من غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 166090 - مجلة الاجتهاد القضائي، عدد خاص، لسنة 2001.

- قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 13 مارس 1998 عن غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 179724 عدد خاص، 2001، ص 277.

- قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 160350، الصادر بتاريخ 23/12/1997، مجلة قضائية، عدد خاص، 2001.

- قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 13 مارس 1998 عن غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 179724 عدد خاص، 2001، ص 277.
- قرار المحكمة العليا عن غرفة الأحوال الشخصية رقم 197335 بتاريخ 16/06/1998، منشور بالمجلة القضائية - عدد خاص، سنة 2001.
- قرار المحكمة العليا عن غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ 16/03/1999 تحت رقم 219901، منشور في المجلة القضائية، عدد خاص سنة 2001.
- قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 21 فيفري 2001 عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 256869، المجلة القضائية، عدد ثاني، 2002، ص 428.
- قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 260066 بتاريخ 18/04/2001 فهرس رقم 257 بتاريخ 22/02/2000 غير منشور.
- قرار صادر عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، الصادر تاريخ 21/07/2004، ملف رقم 283817.
- قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، الصادر بتاريخ 02/02/2005، ملف رقم 284738، فهرس رقم 1.
- قرار المحكمة العليا الصادر غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، بتاريخ 14/06/2005 ملف رقم 327856 فهرس رقم 414 غير منشور.
- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 22/06/2005، عن الغرفة المدنية، رقم 295913، المجلة القضائية العدد 3.
- قرار مجلس قضاء البلدية، الغرفة المدنية، بتاريخ 11/04/2000 رقم 99/1100، ص 121-124.

هـ- النصوص القانونية:

- قانون رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جويلية 2005.
- قانون رقم 84 / 11 مؤرخ في 09 جويلية 1984 والمتضمن قانون الاسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 / 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.
- قانون رقم 05 / 04 مؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق ل 06 فبراير سنة 2005 يتضمن قانون تنظم السجون وإعادة الادماج الاجتماعي للمحبوسين.
- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر، عام 1429 هـ، الموافق ل 25 فبراير سنة 2008 م، المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية.

- الامر 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن قانون المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري منشور في الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية، الصادرة في 12 نوفمبر 1975 العدد 2 سنة 1976.
- القانون المدني الأردني، رقم 43 لسنة 1976.

ن- المعاجم:

- أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، دار صاد، بيروت، (ب.س.ن)، مج 7.
- احمد بن فارس بن زكريا أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة المحقق عبد السلام هارون، مج5، دار الفكر، (ب.ب.ن)، 1979 .
- سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي - لغة واصطلاحا، ط1، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1982، ص 381.
- و-المجلات العلمية المتخصصة:
- احمد إبراهيم، الاهلية و عوارضها في الشرع الإسلامي، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الثالث، السنة الأولى، عام 1931.
- اياد محمد جاد الحق، هبة المريض مرض الموت في مجلة الاحكام العدلية، مجلة الجامعة الإسلامية، المجلد التاسع عشر، العدد 2 جويلية 2011.

ي- المواقع الإلكترونية:

- موقع منظمة الصحة العالمية
<http://www.al.sehha.net/>
- موقع جامعة الموصل، كلية الحقوق:
<http://www.uomosul-eud-iq>
- <http://www.qawaneen.blogspot.c>
- الانترنت على الموقع الآتي:
<http://arabicpost.net>
- موقع الموسوعة العربية /الموسوعة القانونية المختصة
http://www.tparab_ancy.com/law/detai

فهرس المواضبع:

الصفحة	الموضوع
1	مقدمة.....
5	الفصل الأول: ماهية مرض الموت والوصية
5	المبحث الأول: مفهوم مرض الموت
6	المطلب الأول: تعريف المرض والموت لغة واصطلاحا.....
6	الفرع الأول: تعريف المرض والموت في الاصطلاح اللغوي
6	الفقرة الأولى: تعريف المرض
6	الفقرة الثانية: تعريف الموت
8	الفرع الثاني: تعريف مرض الموت في الفقه الإسلامي.....
11	الفرع الثالث: تعريف مرض الموت في الاصطلاح الطبي والقانوني.....
12	الفقرة الأولى: تعريف مرض الموت في الاصطلاح الطبي.....
13	الفقرة الثانية: تعريف مرض الموت في الاصطلاح القانوني.....
15	المطلب الثاني: شروط مرض الموت.....
15	الفرع الأول: ان يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه
17	الفرع الثاني: ان يغلب في المرض خوف الموت
20	الفرع الثالث: انتهاء المرض بالموت فعلا
23	المبحث الثاني: صور مرض الموت.....
24	المطلب الأول: حالات مرض الموت الحقيقي و معايير تقسيم الامراض...
24	الفرع الأول: معايير تقسيم الامراض.....

24	الفقرة الأولى: اقسام الامراض في الفقه الإسلامي.....
25	الفقرة الثانية: تقسيم الامراض عند الأطباء.....
26	الفرع الثاني: حالات مرض الموت الحقيقي.....
26	الفقرة الأولى: الامراض القلبية الوعائية.....
27	الفقرة الثانية: السرطان.....
29	الفقرة الثالثة: داء السكري.....
30	الفقرة الرابعة: الامراض المعدية (العدوى الفيروسية)
31	الفقرة الخامسة: الانسداد الرئوي المزمن
32	الفقرة السادسة: ألتهاب الكبد C
34	المطلب الثاني: ما يلحق بمرض الموت في الحكم وضوابطه.....
35	الفرع الأول: ضوابط الحاق الاصحاء بالمريض مرض الموت.....
35	الفقرة الأولى: خوف الهلاك غالبا
36	الفقرة الثانية: خوف التلف.....
36	الفقرة الثالثة: الحالة النفسية.....
36	الفرع الثاني: حالات ما يلحق بمريض مرض الموت
36	الفقرة الأولى: راكب السفينة والطائرة.....
37	الفقرة الثانية: المحكوم عليه بعقوبة الإعدام.....
39	الفقرة الثالثة: المرأة الحامل
40	الفقرة الرابعة: المقاتل في الحرب والمحبوس والأسير.....
42	الفقرة الخامسة: انتشار مرض او وباء فتاك.....
43	المبحث الثالث: مفهوم الوصية.....
44	المطلب الأول: مفهوم الوصية في الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري...

45	الفرع الأول: تعريف الوصية
45	الفقرة الأولى: تعريف الوصية لغة واصطلاحا.....
46	الفرع الثاني: ما يلحق بالوصية.....
46	الفقرة الأولى: تصرفات المريض مرض الموت.....
47	الفقرة الثانية: التصرف لو ارث مع الاحتفاظ بالحياة.....
47	المطلب الثاني: اركان الوصية وتثبيتها.....
47	الفرع الأول: اركان الوصية.....
47	الفقرة الأولى: الموصي (الرضا).....
48	الفقرة الثانية: الموصى له.....
49	الفقرة الثالثة: الموصى به (محل الوصية او موضوع الوصية)
50	الفقرة الرابعة: الصيغة
52	الفرع الثاني: اثبات الوصية ومبطلاتها.....
52	الفقرة الأولى: شكلية الوصية في الشريعة الإسلامية
53	الفقرة الثانية: اثبات الوصية في القانون الجزائري
55	الفقرة الثالثة: مبطلات الوصية
59	الفصل الثاني: وصية مريض مرض الموت.....
60	المبحث الأول: اثبات صدور التصرف في مرض الموت
61	المطلب الأول: اثبات مرض الموت في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.
61	الفرع الأول: اثبات مرض الموت في الفقه الإسلامي

63	الفرع الثاني: اثبات مرض الموت في القانون الجزائري
64	الفقرة الأولى: الخبرة الطبية.....
66	الفقرة الثانية: القرائن
68	الفقرة الثالثة: الشهادة.....
70	المطلب الثاني: عبء إثبات صدور التصرف في مرض الموت.....
72	الفرع الأول: إثبات تصرف المريض في مرض موته
74	الفرع الثاني: اثبات قصد الضرر
76	المبحث الثاني: مشروعية وصية مريض مرض الموت بين الشريعة والتشريع والقيود الواردة على تصرفاته.....
77	المطلب الأول: مشروعية وصية مريض مرض الموت في الشريعة الإسلامية
77	الفرع الأول: وصية المريض لغير الوارث
78	الفرع الثاني: وصية المريض لوارث.....
81	المطلب الثاني: مشروعية وصية مريض مرض الموت في التشريع الجزائري
83	الفرع الأول: وصية المريض لغير وارث في التشريع الجزائري.....
83	الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من الوصية لوارث
83	الفقرة الأولى: تصرفات المريض مرض الموت لوارث.....
84	الفقرة الثانية: التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحياة
84	الفرع الثالث: وقت اعتبار إجازة ورثة الموصي كشرط لتنفيذ الوصية لوارث..
85	المطلب الثالث: القيود الواردة على تصرفات المريض مرض الموت والحقوق المتعلقة بماله.....
85	الفرع الأول: سبب تقييد التصرف في مرض الموت.....

87	الفرع الثاني: الحقوق المتعلقة بمال المريض.....
88	الفقرة الأولى: حق المريض في النفقات الضرورية.....
89	الفقرة الثانية: حقوق الدائنين في استيفاء ديونهم
90	الفقرة الثالثة: حقوق الورثة في استيفاء الباقي من التركة.....
92	المبحث الثالث: آثار وصية المريض مرض الموت
92	المطلب الأول: وصية المريض الغير مدين (التركة الميسرة)
93	الفرع الأول: الموصي غير مدين وكان له ورثة.....
94	الفقرة الأولى: مقدار الوصية.....
94	الفقرة الثانية: وقت تقدير الوصية
96	الفقرة الثالثة: موقف المشرع الجزائري من انتقال ملكية الشيء الموصى به للموصى له.....
97	الفقرة الرابعة: شروط صحة الاجازة لتنفيذ الوصية
99	الفرع الثاني: الموصي غير مدين وليس له ورثة.....
100	الفقرة الأولى: أي الشريعة الإسلامية من الوصية الزائدة عن الثلث عند عدم وجود الورثة
101	الفقرة الثانية: موقف المشرع الجزائري من الوصية الزائدة عن الثلث عندهم عدم وجود الورثة
101	المطلب الثاني: وصية المريض المدين (التركة معسرة)
102	الفرع الأول: تركة الموصي مستغرقة بالديون
104	الفرع الثاني: دين المريض غير مستغرق للتركة.....
106	الخاتمة
109	قائمة المصادر والمراجع.....
119	فهرس.....

المخلص:

تناولت من خلال هذه الدراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري لأحكام تصرفات المريض مرض الموت في الوصية ذات الطابع المالي وما ترتبه من آثاره. وهذا من خلال توضيح ماهية مرض الموت، والتوصل إلى تعريفه بأنه المرض الذي يغلب فيه الهلاك عادة ويتصل به الموت فعلا. وكذلك لحالة الأصحاء الذين الحقوا بمريض مرض الموت لاشتراكهم في العلة ومن ثم الضوابط التي يمكن بها تحديد مريض مرض الموت ومن في حكمه، وتحديد لحظة وفاته، لتعلق بماله حق الدائنين وحق الورثة، ولأجل تقييد تصرفاته بما لا يضرهم، وإن زالت عنه العلة التي قيد بسببها عادت له حرية التصرف كاملة وبطل حق الورثة والدائنين أما إذا اتصل بمرضه الموت فعلا ومات بسبب المرض أو غيره أصبح للدائنين والورثة حق الاعتراض على تصرفاته التي تضر بحقوقهم فلم بذلك اثبات وقوع التصرف من سلفهم في مرض الموت بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والشهود، والقرائن لأنهم يثبتون واقعة مادية، هذا إذا لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك.

ولقد شرع للإنسان أن يوصي بماله في حالتي الصحة والمرض ما دام هذا الأخير كامل العقل والادراك بالغاً راشداً غير محجور عليه لعارض من عوارض الأهلية فليس هناك اختلاف في الحكم، فالوصية التي تصدر عن الشخص الذي يكون في مرض الموت وانتهى به إلى الموت فعلا، أو من في حكمه فهي جائزة في حدود الثلث لأجنبي، وأما إن زادت على ذلك، تتوقف على إجازة الورثة، وكذلك إذا كان الموصى له وارث فإن تنفيذ الوصية متوقف على إجازة باقي الورثة.

كما تقرر أن كل تصرف قانوني صدر من المريض في مرض الموت أعتبر تبرع مضاف إلى ما بعد الموت، وأي كانت التسمية التي تعطى له، فيعد وصية ويأخذ حكمها.

ولوصية المريض مرض الموت فرضين أولهما؛ أن يكون المريض غير مدين وهذا إما أن لا يكون له ورثة يكون له ورثة، أما ثانيهما؛ وهو أن تكون تركة المريض مستغرقة بالديون كلياً أو جزئياً ولكل ذلك أحكام تحكمها في حق الورثة والدائنين.

Abstract:

Through this study, I dealt with a comparison between Islamic jurisprudence and the Algerian law of the provisions of the behavior who has death sickness in the will of a financial nature and its consequences. This is through clarifying the nature of death disease, and reaching its definition as the disease in which bane Who holds the patient from spending his interests death usually predominates and death is actually related to it. Likewise, for the case of healthy people who have joined a dying patient of their participation in the relationship, and then the controls by which the death sickness patient and those in his judgment can be identified, and moment is determined, so that his money is related to the creditors and the heirs right in order to restrict his actions in a way that does not harm them, even if the illness in which he was restricted is disappeared the full discretion has returned to him and the right of the heirs and creditors has nullified, if he actually contacted his illness death and died due to illness or other, creditors and heirs have the right to object to his actions that harm their rights, so they have the right to prove the behavior occurrence of their predecessors in the death disease by all methods of proof, including evidence, witnesses, and turbin ates because they prove a material fact that, if it is not proven by his source that he acted otherwise. For this reason, person has started to recommend in his money in dotn cases of the health and illness as long as the latter is full mind and perception an adult matare who is not restricted for symptom of eligibility, so there is no difference in the ruling. that is issued by the person who ended up with death, due to illness or another, is permissible in The limits of the third for a foreigner, and if it increases than that it, depends on the heirs' permission, also if the deiisee in an heir, the will implementation depends on the rest of the heirs, as it was decided that every Legal action issued in illness of death was considered donation added after death is considred as will, names it was the name that is guren to him, so he takes the will ruling whether it was Issued in the stait of health or sickness. The patient's will of death has two hipotheses, the first of is the patient is not in debt, and here either he does not have any heirs or that he has heirs, while the second assumption is that the patient's estate is totally or partially indebted, and all of that is governed by the right of the heirs and creditors.