

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق



## تصرفات المريض مرض الموت

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون أحوال شخصية

تحت إشراف:  
د. أمال رواق

إعداد الطالب:  
عادل بروي

### لجنة المناقشة

الأستاذة: كريمة سيليني ..... رئيسا.  
الدكتورة: أمال رواق ..... مشرفا ومقررا.  
الأستاذة: نظيرة عتيق ..... مناقشا.

دورة: جوان 2017



## إهداء

إلى أرق وأحن وأجمل... امرأة في الكون أُمي - أطال الله في عمرها  
وأدام عافيتها، ووفقني إلى رد اليسير اليسير من جزيل فضلها، آمين -

إلى روح أبي الزكية الطاهرة - رحمه الله وأسكنه فسيح جنانه وجمعنا  
به في جناته بإذنه تعالى آمين-

إلى صديقتي ورفيقة دربي زوجتي الكريمة

إلى إخوتي: محمد، فؤاد وزوجته وأولاده

إلى كل من ساعد ولو ببسمة على إنجاز هذه المذكرة

إلى كل الزملاء والزميلات بالدفعة

عادل بروي

## شكر و عرفان:

أشكر ربي أولاً وأخراً ظاهراً وباطناً على توفيقه إياي لإكمال هذا العمل، ومن تمام شكر الله عز وجل، شكر من أسهم في هذا العمل من الفضلاء، فأتقدّم بالشكر الجزيل إلى الدكتورة أمل رواق، أستاذتي والمشرفة على مذكرتي التي أكن لها احتراماً فائقاً وأدين لها بالعرفان لما قدمته لي من نصائح وتوجيهات لإعداد هذه المذكرة.

كما أشكر كل أساتذة كلية الحقوق بجامعة 20 أوت 1955 الذين سهروا على تكويننا منذ التحاقنا بمقاعد الجامعة وخاصة أستاذنا الفاضل الدكتور الضيف كيفاجي.

والشكر موصول كذلك إلى أخي نبيل بلهي على ما تفضلّ به من مراجعة مذكرتي وتصويب ما كان فيها من أخطاء. – فجزاه الله عني خير الجزاء-

عادل بروي

## قائمة المختصرات.

1. ط: الطبعة.
2. ج: الجزء.
3. ص: الصفحة.
4. د.ت: دون تاريخ.
5. د.ط: دون طبعة.
6. غ.أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية والمواريث.
7. ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.
8. ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.
9. م.ع: المحكمة العليا.
10. م.ق: المجلة القضائية.



# مقدمة

## مقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد المرسلين المبعوث رحمة للعالمين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:

استقر الفقه والقضاء على اعتبار الأهلية من الخصائص المميزة في صفة الإنسان، حيث يتوقف على توافرها فيه معرفة إمكانية تمتعه بالحقوق، وتحمله الالتزامات، فالأصل في الشخص البالغ العاقل المتمتع بالأهلية الكاملة، التي تمكنه من التصرف في أمواله حال حياته بأي نوع من أنواع التصرفات العوضية أو غير العوضية، ولو أدى ذلك إلى ضياع ماله كله، دون أن يناقشه أحد في ذلك أو يمنعه باعتباره أهلاً لذلك.

والإنسان في هذه الحياة يتقلب بين أمر وآخر؛ بين السعادة والحزن، والصحة، والمرض... إلخ، ولكل حالة تأثيرها في تصرفاته والتزاماته، فقد يصاب بمرض يؤثر في قواه البدنية لكن لا ينفي أهليته، فيقعه عن قضاء حاجاته ومتابعة أعماله وإدارة ممتلكاته، فتوشك ذمته المالية على الانتهاء، وقد يقع تحت تأثير شعوره نفسي؛ فيتولاه اليأس الذي يجعله يتصرف تبعاً لمؤثرات المرض، فلا يؤمن معه على أمواله وحقوق دائنيه وورثته، وتبدأ الأنظار تتجه إلى ثروته، ويبدأ تعلق حق الغير بهذه الثروة؛ سواء كان هذا الغير دائناً أم وارثاً.

ومع شعور الإنسان بدنو أجله، يقدم على التوبة، وتترين أمامه طرق الإحسان والبر، فيتصرف بأمواله هبة، أو تبرعاً، أو وصية بطريقة لا يقدم فيها على هذا التصرف لو لم يكن مريضاً، مما يجعل تبرعاته المنجزة حال حياته وسيلة لستر الوصية والخروج على أحكامها بمحابة بعض ورثته، أو تفضيل بعضهم على بعض، أو الإيصال لأجنبي بما يفوق الحد الجائز شرعاً، وقد يسرف في ذلك، فيضار من تصرفه من تعلق حقه بهذه الأموال، لذلك جاءت المبادئ المقررة في الفقه الإسلامي لتضع حدوداً لتصرفات الإنسان في هذه الحالة، ولتحقق العدالة بين الجميع بحيث لا يضر أحد ولا تنتقص حقوق أحد، فأتاحت للمرء أن يوصي بثالث ماله، وعدت أن كل تبرع يقدم عليه ويضيفه إلى ما بعد الموت، وكل تبرع يقوم به وهو في مرض الموت

في حكم الوصية يجب أن يتقيد بحدود الثلث من التركة، ولو لم يسمه وصية. فإذا زاد تصرفه على الثلث كان تصرفه صحيحاً وناظراً في حدود الثلث فقط، وما زاد عنه يعتبر في حكم الباطل؛ ولا تكون الزيادة نافذة إلا إذا وافق عليها الورثة وأجازوها.

## الإشكالية.

إن لتصرفات الإنسان في مرض موته بالغ الأهمية بالنسبة له ولورثته ولدائنيه وعليه سنحاول الإجابة عن الإشكالية التي تتمحور حول تحديد طبيعة مرض الموت وانعكاسات التصرفات القانونية للمبتلى به في مجال الأحوال الشخصية، والتصرفات الإرادية.

ويمكن معالجة هذه الإشكالية من خلال الإجابة على الأسئلة الآتية:

- ما المقصود بمرض الموت؟
- وما هو حكم تصرفات القانونية المبرمة لهذا المريض؟
- وما هي الآثار، والانعكاسات المترتبة عليها؟

## أسباب اختيار الموضوع:

يرجع اختياري لهذا الموضوع لأهميته من جهة، ولعدة أسباب أخرى يمكن إجمالها فيما يأتي:

- صلة مرض الموت بحياة الفرد فأى شخص قد يعتريه هذا المرض.
- جهل العديد من الناس لمختلف الأحكام المتعلقة بمرض الموت.
- عدم اقتصار آثار تصرفات المريض على المريض نفسه، إنما تتعداه إلى الغير.

## أهداف البحث:

يمكن تلخيص الأهداف المتوخاة من هذه الدراسة في النقاط الآتية:

- تحديد الاطار المفاهيمي لمرض الموت، مستعينين بما ورد في الفقه الإسلامي أساساً، ثم في القانون.

- تبين أحكام تصرفات المريض مرض الموت سواء من الناحية الشرعية، أو القانونية من خلال التطرق لبعض تصرفاته المتعلقة بمسائل الأسرة، وكذلك التصرفات الإرادية التي يجريها، سواء كان منشأها العقد، أو كانت صادرة بإرادته المنفردة.
- المساهمة في إثراء المكتبة القانونية -ولو بشيء القليل- في هذا المجال، ذلك أنه تقل الدراسات المقارنة مع القانون الجزائري مقارنة بالتشريعات العربية

### الدراسات السابقة:

بالنسبة للدراسات الأكاديمية السابقة المرتبطة بموضوع البحث نجدنا قليلة جدا، وإن درست بعض عناصره عرضا في بعض الجزئيات المتعلقة بالأهلية في القانون المدني، أما ما يتعلق بالكتب التي تحمل هذا العنوان تصرفات المريض مرض الموت فدراسة الموضوع وفقها؛ كانت تتسم بالعموم، وتكاد تكون نقل حرفي عن بعضها البعض لما ورد من أحكام في الفقه الإسلامي، كما أنها لا تركز على الدراسة المقارنة مع أحكام القانون، في حين هذه الدراسة سأحاول فيها الإلمام بجوانب الموضوع بالمقارنة مع نصوص القانون من جهة، وما استطعت جمعه من أحكام قضائية من جهة ثانية.

### الصعوبات: من أهم الصعوبات التي واجهتني في إعداد هذا البحث:

- نقص المراجع القانونية، وخاصة في القانون الجزائري والتي وإن وجدت فهي لا تعالج موضوع تصرفات المريض مرض الموت من جوانبه المختلفة؛ وإنما تقتصر على جزئيات بسيطة، أو تعيد ما جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية.
- انعدام النصوص القانونية لبعض المسائل المتعلقة بمسائل موضوع الدراسة، كالزواج، والطلاق، والخلع بالنسبة للشخص المريض مرض الموت.

## المنهج المتبع.

لإجابة على التساؤلات المطروحة في موضوع البحث، والوصول إلى النتائج المرجوة فقد اتبعت في هذا الموضوع المنهج الاستقرائي بمساعدة المنهج المقارن، فتطرت إلى ناحيتين:

- الناحية الفقهية الشرعية: عن طريق تتبع آراء الفقهاء وتقصي النصوص، والأحكام المتعلقة بمرض الموت.
- الناحية القانونية، عن طريق تحصيل النصوص القانونية، والاجتهادات القضائية المتعلقة بمرض الموت.

### المنهجية التي اتبعتها في إعداد البحث:

اعتمدت في إعداد بحثي على المنهجية الآتية:

- المراجع والمصادر اعتدت في تهميشها على ذكر اسم المؤلف، فعنوان الكتاب، دار النشر والتوزيع، بلد النشر، رقم الطبعة، سنة النشر، رقم الجزء، ثم رقم الصفحة.
- قرارات المحكمة العليا تعاملت معها من خلال ذكر تاريخ صدور القرار، ثم ما جاء فيه في متن البحث، ثم أقوم في الهامش بذكر رقم الملف، الجهة المصدرة للقرار، ثم أذكر المعلومات المتعلقة بالمرجع الذي أخذت منه القرار.
- الآيات القرآنية اعتمدت في تهميشها على ذكر السورة التي وردت فيها، ثم أذكر رقم الآية، كما قمت بتهميش الآيات كلما تكررت.
- المذكرات الجامعية اعتمدت في تهميشها على ذكر اسم الطالب، عنوان المذكرة، اسم الكلية والجامعة، البلد، السنة، ثم رقم الصفحة المأخوذ منها.
- فهرس المراجع: حيث قمت بإعدادها بدأ بالقرآن الكريم وكتب اللغة والمعاجم، ثم كتب الحديث وشروحه، ثم كتب علوم القرآن، ثم كتب الفقه، ثم كتب القانون، ثم القوانين والأوامر، ثم المجالات القضائية، ثم المذكرات الجامعية، ثم المواقع الإلكترونية.
- ذيلت البحث بإعداد فهرس الموضوعات والمحتويات.

## خطة البحث.

أما الخطة المعتمدة لدراسة موضوع البحث فقد قسمت الموضوع إلى فصلين حيث خصص الفصل الأول للإطار المفاهيمي لمرض الموت، أين تطرقنا فيه إلى مفهوم مرض الموت وشروط تحققه في المبحث الأول والذي يندرج تحته مطلبين، إذ يتناول المطلب الأول مفهوم مرض الموت والمطلب الثاني خصص للتفصيل في شروط تحقق مرض الموت، بينما الملحقون بالمريض مرض الموت، وإثبات تحققه وكذا أهلية المريض فقد تناولها المبحث الثاني ضمن مطلبين.

أما الفصل الثاني فقد تم فيه التطرق إلى تطبيقات تصرفات المريض مرض الموت في مسائل الأسرة والتصرفات الإرادية، إذ تطرقنا إلى أحكام تصرفات المريض مرض الموت في مسائل الأسرة في المبحث الأول، إلى جانب أحكام تصرفات المريض مرض الموت في التصرفات الإرادية في المبحث الثاني.

## الفصل الأول:

الإطار المفاهيمي لمرض الموت.

## الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لمرض الموت.

لمعرفة المقصود بمرض الموت يلزم تحديد مفهوم مرض الموت، وتناول شروط تحققه، والتعرض لحالات تصرفات الأصحاء التي تأخذ حكم التصرفات في مرض الموت، ثم التعرّيج على أساس ذلك كله وهو كيفية إثبات هذا المرض، وسبب تقييد تصرفات المريض.

وتبعاً لما سبق سنعالج هذا الفصل من خلال مبحثين؛ حيث نخصص أولهما لتحديد مفهوم مرض الموت، وشروط تحققه، والثاني لحالات تصرفات الأصحاء التي لها حكم التصرفات في مرض الموت، ثم مسألة إثبات مرض الموت.

## المبحث الأول: مفهوم مرض الموت وشروط تحققه.

تبعاً لعنوان هذا المبحث يتم التطرق لمفهوم مرض الموت من خلال التعريف به وبيان شروط تحققه، وكذا الأشخاص الذين يأخذون الحكم نفسه لمريض مرض الموت مع إثبات تحقق هذا الأخير، لذلك كان تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين: المطلب الأول بعنوان: تعريف مرض الموت وشروط تحققه، أما المطلب الثاني فيتناول الأشخاص الملحقين بالمريض مرض الموت وكيفية إثبات مدى تحققه.

### المطلب الأول: تعريف مرض الموت

لم يشر المشرع الجزائري إلى تحديد المقصود بمصطلح مرض الموت، بل اقتصر على بيان بعض أحكام تصرفات المريض تاركاً مهمة التعريف للفقهاء، وهذا ما استوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في بيان المقصود من مرض الموت، كونه يعد من مسائل الأحوال الشخصية، فضلاً على أن المادة الأولى من القانون المدني الجزائري<sup>(1)</sup>، والمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري<sup>(2)</sup>، يحيلان على أحكام الشريعة الإسلامية كمصدر ثاني للقانون في حالة عدم وجود نص، لذلك يتم تفريع هذا المطلب إلى فرعين: التعريف الفقهي لمرض الموت في فرع أول، ثم التعريف القانوني في الفرع ثاني.

<sup>(1)</sup> تنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من الأمر 75-58 المؤرخ في: 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، على أنه: "وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف".

<sup>(2)</sup> تنص المادة 222 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في: 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، على أنه: "كل مالم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

## الفرع الأول: التعريف الفقهي لمرض الموت

نتناول في هذا الفرع التعريف بمرض الموت من خلال الوقوف على المعنى اللغوي والاصطلاحي وذلك من خلال التطرق لمختلف التعريفات الفقهية، وكذا التطبيقات القضائية.

### أولاً: لغة:

مرض الموت "Final illness" هو العلة المقعدة المتصلة بالموت<sup>(1)</sup>. ومرض الموت مركب من كلمتين: مرض وموت، مما يستوجب تعريف المرض أولاً، ثم تعريف الموت ثانياً باعتبارهما مركباً إضافياً، وبعدها نعرف مرض الموت باعتباره علماً.

### أ- المرض: هو حالة خارجة عن الطبع ضارة بالفعل<sup>(2)</sup>.

و هو كل ما خرج بالكائن الحي عن حد الصحة والاعتدال من علة، أو نفاق، أو تقصير في أمر<sup>(3)</sup>، أو فتور عن تقبل الحق<sup>(4)</sup>.

وعرفه البعض الآخر بأنه: إظلام الطبيعة واضطرابها بعد صفائها واعتدالها، والمرض الظلمة، وقيل: المرض: السقم وهو نقيض الصحة<sup>(5)</sup>

(1) محمد رواسي قلعجي، حامد صادق قنيب، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، ط2، 1988م، ص422.

(2) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، طبع الوزارة، الكويت، ط2، من 1404-1427هـ، ج7، ص163.

(3) ابن فارس، مجمل اللغة لابن فارس، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1986م، ج2، ص827.

(4) مجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط، دار الدعوة، ج2، ص863.

(5) مرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الهداية، ج19، ص53.

والمرض في القلب فتور عن الحق، وفي الأبدان فتور الأعضاء، وفي العين فتور النظر، ومنه قوله تعالى: ﴿فَيَطْمَعُ الَّذِي فِي قَلْبِهِ مَرَضٌ﴾<sup>(1)</sup>، أي فتور عما أمر به ونهي عنه<sup>(2)</sup>.

وعرفه البعض بأنه السقم، وقد مرض فلان وأمرضه الله، يقال أمرض الرجل، إذا وقع في ماله العاهة، والممرض: الرجل المسقام، ومرضته تمريرضا، إذا قمت عليه في مرضه، والتمريرض في الأمر: التضجيع فيه، والتمارض: أن يري من نفسه المرض وليس به، وشمس مريضة، إذا لم تكن صافية، وعين مريضة: فيها فتور<sup>(3)</sup>.  
والمرض في الحاجة: قصر ولم يصح عزمه فيها<sup>(4)</sup>.

وأصل المرض الضعف، وكل ما ضعف فقد مرض، ومنه قولهم: امرأة مريضة النظر، أي ضعيفة النظر. ومرض الرجل في كلامه، إذا ضعفه.  
ومرض في الأمر، إذا لم يبالغ فيه، وريح مريضة، إذا ضعف هبوبها، وقد جمعوا مريضا مرضى ومرضى، كما جمعوا جريحا جرحى وجراحي، وقد قالوا: مريض، في معنى مريض<sup>(5)</sup>.

(1) سورة الأحزاب، الآية 32.

(2) ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط3، 1414هـ، ج7، ص232.

(3) أبو نصر الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، دار العلم للملايين، بيروت، ط4، 1987م، ج3، ص1106.

(4) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، 1979م، ج5، ص311.

(5) ابن دريد الأزدي، جمهرة اللغة، دار العلم للملايين، بيروت، ط1، 1987م، ج2، ص752.

والمرض مرضان: مرض جسمي، ومرض قلبي.

الأول: (1) وهو المذكور في قوله تعالى: ﴿وَلَا عَلَى الْمَرِيضِ حَرَجٌ﴾ (2)، وقوله

سبحانه: ﴿وَلَا عَلَى الْمَرْضَى﴾ (3).

والثاني: عبارة عن الرذائل كالجهل، والجبن، والبخل، والنفاق، وغيرها من الرذائل

الخلقية (4).

نحو قوله: ﴿فِي قُلُوبِهِمْ مَّرَضٌ فَزَادَهُمُ اللَّهُ مَرَضًا﴾ (5)، ﴿أَفِي قُلُوبِهِمْ مَرَضٌ﴾ (6)،

﴿وَأَمَّا الَّذِينَ فِي قُلُوبِهِمْ مَرَضٌ فَزَادَهُمُ رَجَسًا إِلَىٰ رَجْسِهِمْ﴾ (7)، وذلك

نحو قوله: ﴿وَلَيَزِيدَنَّ كَثِيرًا مِّنْهُمْ مَا أُنزِلَ إِلَيْكَ مِنْ رَبِّكَ طُغْيَانًا وَكُفْرًا﴾ (8)،

ويشبهه النفاق والكفر ونحوهما من الرذائل بالمرض، إما لكونها مانعة عن إدراك

الفضائل كالمرض المانع للبدن عن التصرف الكامل، وإما لكونها مانعة عن تحصيل

الحياة الأخروية المذكورة في قوله: ﴿وَإِنَّ الدَّارَ الْآخِرَةَ لَهِيَ الْحَيَوَانُ لَوْ كَانُوا

يَعْلَمُونَ﴾ (9)، وإما لميل النفس بها إلى الاعتقادات الرديئة ميل البدن المريض إلى

الأشياء المضرة.

(1) جعفر شرف الدين، الموسوعة القرآنية، خصائص السور، دار التقريب بين المذاهب الإسلامية، بيروت، ط1،

1420هـ، ج8، ص527.

(2) سورة النور، الآية 61.

(3) سورة التوبة، الآية 91.

(4) الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، دار القلم الدار الشامية، دمشق بيروت، ط1، 1412هـ،

ص765.

(5) سورة البقرة، الآية 10.

(6) سورة النور، الآية 50.

(7) سورة التوبة، الآية 125.

(8) سورة المائدة، الآية 64.

(9) سورة العنكبوت، الآية 64.

ب- الموت: (1) الميم والواو والتاء أصل صحيح يدل على ذهاب القوة من الشيء ومنه الموت خلاف الحياة (2)، وضد الحياة (3).

وجاء تعريف الموت بأنها: « مفارقة الروح الجسد » (4)، وقد مات الإنسان يموت ويمات (5) بفتح الياء وتخفيف الميم فهو ميت، وميت بإسكان الياء وقوم موتى وأموات وميتون بتشديد الياء وتخفيفها قال الجوهري ويستوي في قولك ميت وميت المذكر والمؤنث قال الله تعالى: ﴿ لِنُحْيِيَ بِهِ بَلَدَةً مَّيْتًا ﴾ (6)، ولم يقل ميتة والميتة ما لم تلحقه الذكاة، والموات بالضم الموت، والموات بالفتح ما لا روح فيه، والموات أيضا بالفتح الأرض التي لا مالك لها ولا ينتفع بها أحد، والموتان بفتحيتين ضد الحيوان يقال: أماته الله وموته أيضا، والمتماوت من صفة الناسك المراني (7)، ويقال أيضا: ميتة كما قال تعالى: ﴿ وَآيَةٌ لَهُمْ أَنَّ الْأَرْضَ أَلْمِيَّتُ ﴾ (8)، وأماته الله وموته (9).

والموت في كلام العرب يطلق على السكون، يقال: ماتت الريح أي سكنت (10).  
ويقع على أنواع بحسب أنواع الحياة، فمنها: (11)

(1) ومن أسماء الموت: الحنق والمنون وشعوب والسام والحمام والردي والحين والثكل والوفاة والهلاك؛ انظر: ابن

مالك الطائي، الألفاظ المختلفة في المعاني المؤتلفة، دار الجيل، بيروت، ط1، 1411هـ، ص232.

(2) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، المرجع السابق، ج5، ص283.

(3) أبو البقاء الحنفي، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ص857.

(4) شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، 1984م، ج2، ص433.

(5) أبو نصر الجوهري، المرجع السابق، ج1، ص266.

(6) سورة الفرقان، الآية 49.

(7) أبو بكر الرازي، مختار الصحاح، المكتبة العصرية الدار النموذجية، بيروت، صيدا، ط5، 1999، ص301.

(8) سورة يس، الآية 33.

(9) محيي الدين النووي، المجموع شرح المذهب، دار الفكر، ج5، ص105.

(10) ابن منظور، المرجع السابق، ج2، ص92.

(11) أبو السعادات ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، المكتبة العلمية، بيروت، 1979م، ج4، ص369.

- ما هو بإزاء القوة النامية الموجودة في الحيوان والنبات، كقوله تعالى: ﴿فَأَنْظُرْ إِلَىٰ آثَرِ رَحْمَتِ اللَّهِ كَيْفَ تُحْيِي الْأَرْضَ بَعْدَ مَوْتِهَا﴾<sup>(1)</sup>.
- ومنها زوال القوة الحسية، كقوله تعالى: ﴿يَلِيَّتَنِي مِثُّ قَبَلِ هَذَا وَكُنْتُ نَسِيًّا مَّنْسِيًّا﴾<sup>(2)</sup>.
- ومنها زوال القوة العاقلة، وهي الجهالة، كقوله تعالى: ﴿إِنَّكَ لَا تَسْمَعُ الْمَوْتَىٰ﴾<sup>(3)</sup>.
- ومنها الحزن والخوف المكدر للحياة، كقوله تعالى: ﴿وَيَأْتِيهِ الْمَوْتُ مِنْ كُلِّ مَكَانٍ وَمَا هُوَ بِمَيِّتٍ﴾<sup>(4)</sup>.
- ومنها المنام كقوله تعالى: ﴿اللَّهُ يَتَوَفَّى الْأَنْفُسَ حِينَ مَوْتِهَا وَالَّتِي لَمْ تَمُتْ فِي مَنَامِهَا﴾<sup>(5)</sup>.
- ومنها ما يقابل العقل والإيمان، كقوله تعالى: ﴿أَوْ مَنْ كَانَ مَيِّتًا فَأَحْيَيْنَاهُ وَجَعَلْنَا لَهُ نُورًا يَمْشِي بِهِ فِي النَّاسِ﴾<sup>(6)</sup> و ﴿فَإِنَّكَ لَا تَسْمَعُ الْمَوْتَىٰ﴾<sup>(7)</sup>.
- وقد يستعار الموت للأحوال الشاقة، كالفقر، والذل، والسؤال، والهرم، والمعصية، وغير ذلك<sup>(8)</sup>.

(1) سورة الروم، الآية 50.

(2) سورة مريم، الآية 23.

(3) سورة النمل، الآية 80.

(4) سورة إبراهيم، الآية 17.

(5) سورة الزمر، الآية 42.

(6) سورة الأنعام، الآية 122.

(7) سورة الروم، الآية 52.

(8) مجمع اللغة العربية بالقاهرة، المرجع السابق، ج2، ص 891.

## ثانياً: اصطلاحاً:

اختلف الفقهاء في التعريف الاصطلاحي لمرض الموت ، ولكنهم متفقون على أن يكون المرض مخوفاً: أي يغلب الهلاك منه عادة أو أكثر، وأن يتصل المرض بالموت، سواء وقع الموت بسببه أم بسبب آخر خارجي عن المرض كقتل، أو غرق، أو حريق، أو غير ذلك.

كما جاء تعريفه بأنه: « من كان غالب حاله الهلاك رجلاً كان أو امرأة، كمرريض عجز عن إقامة مصالحه خارج البيت أي عن الذهاب إلى حوائجه خارج البيت وهو الصحيح »<sup>(1)</sup>.

وقد تعرضت المذاهب الفقهية لتعريف مرض الموت وهذا ما سيأتي بيانه فيما يأتي:

### تعريف الحنفية:

حدّ مرض الموت الذي يصير الزوج بالطلاق فيه فاراً ولا يصحّ من المريض تبرعاً به: أن يكون صاحب فراش قد أضناه المرض، فأما الذي يجيء ويذهب في حوائجه فليس بمرريض ولا فار<sup>(2)</sup>.

لأن مرض الموت هو الذي يخاف منه الهلاك غالباً فكانا في المعنى سواء، وفسر المرض الذي يخاف منه الهلاك غالباً أن يكون صاحب فراش، وفسره بمن يكون بحال لا يقوم بحوائجه كالأصحاء<sup>(3)</sup>.

(1) محمد بن علي التهانوي، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، ط1، 1996، ج2، ص1515.

(2) برهان الدين البخاري الحنفي، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ط1، 2004، ج3، ص412.

(3) أبو عبد الله الجابرتي، العناية شرح الهداية، دار الفكر، د.ط، د.ت، ج4، ص151.

### تعريف المالكية:

المرض المخوف، وهو الذي حكم الطب بكثرة الموت به أي بسببه أو منه ولو لم يغلب، فالمدار على كثرة الموت من ذلك المرض بحيث يكون الموت منه شهيرا لا يتعجب منه، ولا يلزم من كثرة الموت منه غلبة الموت به<sup>(1)</sup>.

### تعريف الشافعية:

وهو كل مرض مخوف يستعد الإنسان بسببه لما بعد الموت كالطاعون، وقيام الدم والسيل في انتهائه، والحمى المطبقة... وغيرها، لأن هذه الأمراض يظهر معها خوف الموت<sup>(2)</sup>.

### تعريف الحنابلة:

ما يكثر حصول الموت منه واتصل به الموت<sup>(3)</sup>.  
وقد عرفت مجلة الأحكام العدلية مرض الموت في المادة 1595 - وهي تقنين للفقهاء الحنفي- على أنه: «المرض الذي يعجز المريض فيه عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره إن كان من الذكور ويعجز عن رؤية المصالح الداخلة في داره إن كان من الإناث، والذي يكون فيه خوف الموت في الأكثر الغالب يموت، وهو على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء كان ملازما للفرش، أو لم يكن، وإذا امتد مرضه، وكان دائما على حال واحد ومضى عليه سنة يكون في حكم الصحيح، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يمتد مرضه ويتغير حاله أما إذا اشتد مرضه، وتغير حاله وتوفي قبل مضي سنة فيعد مرضه اعتبارا من وقت التغيير إلى الوفاة مرض موت»<sup>(4)</sup>.

(1) محمد الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، د.ط، د.ت، ج3، ص306.

(2) أبو حامد الغزالي، الوسيط في المذهب، دار السلام، القاهرة، ط1، 1417، ج4، ص421.

(3) مصطفى بن سعد السيوطي، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، ط2، 1415هـ/1994م، ج4، ص417.

(4) مجموعة من العلماء، مجلة الأحكام العدلية، نور محمد، كارخانه تجارتي كتب، آرام باغ، كراتشي، د.ت،

## الفرع الثاني: التعريف القانوني لمرض الموت.

لم يتضمن التقنين الجزائري المقصود من مرض الموت، بل اقتصر على بيان بعض أحكام تصرفات المريض، كما سبق ذكره في مدخل المطلب الأول، ولكن فيما يتعلق بموقف القضاء الجزائري من مفهوم مرض الموت، نجده نص في قراره الصادر بتاريخ 09 جويلية 1984 على ما يأتي: «من المقرر شرعا أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا، ويجر الى الموت، وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقواعد الفقهية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية، والاجتهاد القضائي السائد بشأن هذا الخصوص»<sup>(1)</sup>.

وعرفته محكمة النقض المصرية بأنه المرض الشديد الذي يغلب على الظن موت صاحبه بتقدير الأطباء، ويلزمه ذلك المرض حتى الموت، وإن لم يكن أمر المرض معروف من الناس بأنه من العلل المهلكة، فضابط شدته واعتباره مرض موت أن يعجز غير العاجز عن القيام بمصالحه الحقيقية خارج البيت، فيجمع فيه تحقق العجز وغلبة الهلاك، واتصال الموت به، وقضت محكمة النقض المصرية أيضا أنه يشترط لاعتبار المرض مرض موت أن يؤثر على سلامة الإدراك للمريض أو ينقص من أهليته للتصرف<sup>(2)</sup>.

(1) قرار رقم: 33719، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 09 جويلية 1984، المجلة القضائية، عدد3، 1989، ص51.

(2) طعن رقم 15، الأحوال الشخصية، جلسة 1976/01/07، مجموعة المكتب الفني، لسنة 1940، ص146.

## المطلب الثاني: شروط تحقق مرض الموت.

من خلال التعريفات السابقة نستنتج بأنه لكي يكون المرض مرض موت لأبد من توافر شروط وعلامات من شأنها أن تقيم في نفس المريض حالة نفسية هي إقباله وإشرافه على الموت، وتتمثل هذه الشروط فيما يأتي بيانه من فروع:

### الفرع الأول: أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه.

فيجب أن يجعل المرض المريض عاجزاً عن قضاء مصالحه العادية المألوفة التي يستطيع الأصحاء عادة مباشرتها، كالذهاب إلى السوق، وممارسة أعمال المهنة إذا لم تكن شاقة وقضاء الحوائج المنزلية إذا كان المريض من الإناث<sup>(1)</sup>. وليس واجباً، ليكون المريض مرض الموت، أن يلزم المريض الفراش، فقد لا يلزمه ويبقى مع ذلك عاجزاً عن قضاء مصالحه.

وعلى العكس من ذلك قد يكون الإنسان عاجزاً عن قضاء مصالحه، ولكن لا بسبب المرض، فلا يعتبر في مرض الموت، فقد يصل الإنسان إلى سن كبيرة تخور معها قواه كالشيخوخة والتي تجعله بحاجة إلى من يمد له يد العون للقيام بأعماله المألوفة، أما مرض الموت فهو المرض الذي يعتري الإنسان شيخاً كان أم شاباً، وينتهي بالموت، بحيث يشعر المصاب معه بقرب انتهاء أجله فهذا لا يكون مريضاً مرض الموت، ويكون لتصرفاته حكم تصرفات الأصحاء، أو يكون عاجزاً عن مباشرة الشاق من أعمال مهنته بسبب المرض، كما إذا كان محترفاً حرفة شاقة لا يستطيع مباشرتها إلا وهو في كامل عافيته، فيقعده مرضه عن ذلك دون أن يعجزه عن مباشرة المألوف من الأعمال بين الناس، فلا يكون في هذه الحالة مريضاً مرض الموت<sup>(2)</sup>.

(1) عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة،

مطابع دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ج4، ص188.

(2) عبد الرازق السنهوري، المرجع السابق، ج 4، ص188.

## الفرع الثاني: أن يغلب فيه الموت.

إن عدم قدرة المريض عن قضاء مصالحه لا تكفي لوحدها، وإنما يشترط إلى جانب ذلك أن يغلب فيه خوف الموت، فيكون مرضاً مخوفاً ينتهي عادة بالموت، أو يكون مرضاً بدأ بسيطاً ثم اشتد حتى أصبحت حالة المريض حرجة يخشى عليه فيها الموت.

و تقدير غلبة الهلاك ترجع إلى رأي الأطباء، ويكفي أن يكون المرض من الأمراض التي تسبب الموت عادة، كالسرطان و الايدز... إلخ، لكي نكون بصدد مرض الموت، ولا يكون لازماً أن يعجز المريض عن قضاء مصالحه، سواء داخل المنزل أو خارجه، بل يكفي أن يعلم المريض، بأنه ميت لا محالة لأن ما يبعثه المرض في نفس الشخص من شعور بدنو الأجل، هو الذي يجعله يبرم تصرفات ما كان ليبرمها لولا هذا الشعور الذي سيطر عليه<sup>(1)</sup>.

أما إذا كان المرض لم يصل إلى هذا الحد من الخطورة، فإنه لا يعتبر مرض موت ولو أعجز المريض عن قضاء مصالحه ومثال ذلك أن يصاب الإنسان برمد في عينيه فيعجزه عن الرؤية، أو كسر في الساق فيعجزه عن المشي، فتكون تصرفات المريض في هذه الحالة حكمها حكم تصرفات الأصحاء، وكذلك الأمراض المزمنة، إذا طالت بحيث يطمئن المريض إلى ابتعاد خطر الموت العاجل، فلا تكون في هذا الوقت مرض موت<sup>(2)</sup>.

(1) سليمان مرقس، شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد البيع، عالم الكتب، ط4، مصر، 1980، ص563.

(2) التفصيل في هذا العنصر سيأتي بيانه لاحقاً .

### الفرع الثالث: أن ينتهي بالموت فعلاً.

وهو شرط أساس إذا أصيب شخص بمرض أقعده عن قضاء مصالحه، وغلب فيه خوف الموت ولكنه شفي فيأخذ تصرفه أثناء هذا المرض حكم تصرف الأصحاء ويقع صحيحاً ولا يجوز للورثة الاعتراض عليه ما دام المريض حياً، فإذا انتهى المرض بالموت، تبين عند ذلك أن التصرف وقع في مرض الموت، وجاز الطعن فيه على هذا الأساس.

وإذا شفي المريض، تبين أن التصرف الذي صدر منه لم يقع في مرض الموت، فلا يجوز الطعن فيه بذلك من الورثة ولكن يجوز لمن صدر منه التصرف نفسه أن يطعن في تصرفه بالغلط في الباعث، بأن يثبت أنه إنما تصرف وهو معتقد أنه في مرض الموت ولو اعتقد أنه سيتعافى ما كان ليتصرف، ففي هذه الحالة يكون التصرف قابلاً للإبطال للغلط ويجوز للمتصرف أن يبطله لهذا العيب<sup>(1)</sup>.

وقد تطول مدة مرض الشخص لعدة سنوات بأن يكون يعاني من مرض مزمن كالشلل، أو السل، ثم ينتهي الأمر به إلى الموت، والقاعدة في هذه الأمراض المزمنة أنها لا تعتبر للوهلة الأولى مرض موت إذا طالت دون أن تشتد، بحيث يطمئن المريض إلى أن المرض قد وقف سيره، ولم يعد يشكل خطر داهم، وهذا حتى لو كان المرض قد أقعد المريض عن قضاء مصالحه وألزمه الفراش، بما أنه لم يعد يغلب فيه خطر الموت العاجل، لكن إذا اشتد المرض بعد ذلك وساءت حالة المريض حتى أصبحت تنذر بدنو الأجل، واستمر المرض في الاشتداد حتى انتهى بالموت فعلاً فإنه يعتبر مرض موت من الوقت الذي اشتد فيه وقبل مرور سنة من اشتداده<sup>(2)</sup>.

(1) نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت (الوصية، لبيع، الهبة، الوقف، الكفالة، الإبراء، الإقرار، الخلع، الطلاق)، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ص15.

(2) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 4، ص318.

ولقد قضت المحكمة العليا الجزائرية في قرارها الصادر بتاريخ 09 جويلية 1984 أنه: "متى كان من المقرر فقها وقضاء أن مرض الموت الذي يبطل التصرف فيه هو المرض الأخير إذا كان خطيرا ويجر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه فإن القضاء بما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي السائد بشأن هذا الخصوص، وكان الثابت أن الطاعنين لم يستطيعوا إثبات أن البائع لم يكن يملك تمييزه ولا صحة إدراكه وقت تصرفه وأن المرض الأخير الذي اعتراه أدى إلى تصرف باطل فإن قضاة الموضوع اقتنعوا بما لهم من أدلة يكون المرض الأخير؛ لم يكن مرض من شأنه أن يفقد المتصرف مراقبة أمواله وقد وفقوا فيما قضوا به في النزاع المطروح أمامهم، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن المؤسس على مخالفة أحكام هذا المبدأ"<sup>(1)</sup>.

<sup>(1)</sup> قرار رقم: 33719، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 09 جويلية 1984، المجلة القضائية، عدد3، 1989، ص51.

## **المبحث الثاني: الملحقون بالمريض مرض الموت وإثبات تحققه.**

بعد التعرض إلى تعريف مرض الموت، وبيان شروط تحققه، سيتم في هذا المبحث معالجة أصناف أو فئات من الناس يلحقون بالمرضى مرض الموت، على الرغم من عدم توافر جميع الشروط المذكورة آنفاً في شخصهم في المطلب الأول، كما يتم التطرق للإثبات مرض الموت، وهذا لما يكتسبه من أهمية بالغة تمس بالورثة والدائنين، فهو الذي يحفظ حقوقهم من تصرفات مورثهم المريض بمرض الموت في المطلب الثاني.

## المطلب الأول: الملحقون بالمريض مرض الموت.

من خلال هذا المطلب يتم التطرق لحالات تطراً على أشخاص تجعلهم يوقنون باقتراب نهاية أجلهم مع كونهم في صحة جيدة، ولا يعانون من أي مرض، وتكون لتصرفاتهم حكم تصرفات المريض مرض الموت هذا في فرع أول، ثم يتم التعرّيج بعدها في الفرع الثاني للتفصيل في التعريف بأصحاب الأمراض المزمنة والمعدية، وبيان حكم تصرفاتهم، هل تلحق بالمرضى أم لا تلحق.

## الفرع الأول: الأصحاء الذين يترقبون الموت.

ألقى جمهور الفقهاء بالمريض مرض الموت في الحكم حالات مختلفة وعديدة<sup>(1)</sup>، ليس فيها مرض أو اعتلال صحة مطلقاً، وإنما تحل بهم حالة نفسية تجعلهم يترقبون الموت<sup>(2)</sup>، فأية حالة مادية تجعل الإنسان يعتقد بدنو أجله يكون من شأنها أن تثير في نفسه هذه الحالة بالذات، وتكون لتصرفاته حكم تصرفات المريض مرض الموت ولو أنه لم يكن مريضاً أصلاً، فالمحكوم عليه بالإعدام وينتظر التنفيذ، ومن كان في سفينة على وشك الغرق ولم تنهياً له وسائل الإنقاذ ومن داهمه حريق لا سبيل للنجاة منه، ومن حوصر في حرب وأيقن أنه مقتول، ومن عقد نيته على الانتحار، كل هؤلاء أصحاء ليس بهم مرض، ولكنهم يعتبرون في حكم المرضى، ويكون لتصرفاتهم وهم في هذه الحالة حكم التصرفات الصادرة في مرض الموت<sup>(3)</sup>.

(1) انظر: وهبة بن مصطفى الزحيلي، *الفقه الإسلامي وأدلته*، دار الفكر، سوربة، دمشق، ط4، ج4، ص2978.

(2) جاء في *الموسوعة الفقهية الكويتية*، المرجع السابق، ج37 ص37: "إذا كان الشخص في الحرب والتحمت المعركة واختلطت الطائفتان في القتال. وإذا ركب البحر، فإن كان ساكناً فليس بمخوف، وإن تموج واضطرب وهبت الرياح العاصف وخيف الغرق فهو مخوف وكذا إذا انكسرت السفينة وبقي على لوح وخيف الغرق. إذا قدم للقتل سواء أكان قصاصاً أو غيره. الأسير والمحبوس إذا كان من العادة أن يقتل. المرأة الحامل إذا أتاها الطلق."

(3) عبد الرازق السنهوري، المرجع السابق، ج4، ص321.

وقد ذكر فقهاء الشريعة الإسلامية عدة أصناف تقوم مقام المرض: (1)  
الأول: من كان بين صفوف المحاربين وكل من الطائفتين مكافئ، أو كان من  
المقهورة.

الثاني: من كان في عرض البحر وقت الهيجان بسبب هبوب الريح العاصف،  
لأن الله تعالى وصف من في هذه الحالة بشدة الخوف، قال تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي  
يُسِيرُكُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ حَتَّىٰ إِذَا كُنْتُمْ فِي الْفُلِّ وَجَرَيْنَ بِهِم بِرِيحٍ طَيِّبَةٍ وَفَرِحُوا  
بِهَا جَاءَتْهَا رِيحٌ عَاصِفٌ وَجَاءَهُمُ الْمَوْجُ مِنْ كُلِّ مَكَانٍ وَظَنُّوا أَنَّهُمْ أُحِيطَ بِهِمْ  
دَعَوْا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ لَئِنِ أَخْيَتَنَا مِنْ هَذِهِ لَنَكُونَنَّ مِنَ الشَّاكِرِينَ﴾ (2).

الثالث: من وقع الطاعون، قال أبو السعادات (3): هو المرض العام والوباء الذي  
يفسد له الهواء، فتفسد به الأمزجة والأبدان. وقال عياض (4): هو قروح تخرج من  
المغابن وغيرها، لا يلبث صاحبها، وتعم إذا ظهرت. وفي شرح مسلم: وأما الطاعون  
فوباء معروف، وهو بثر وورم مؤلم جدا يخرج مع لهاب، ويسود ما حوله، ويخضر  
ويحمر حمرة بنفسجية ويحصل معه خفقان القلب ببلد المعطي.

الرابع: من قدم للقتل، سواء أريد قتله لقصاص أو غيره، لأن التهديد بالقتل جعل  
إكراها يمنع وقوع الطلاق، وصحة البيع. ولولا الخوف لم تثبت هذه الأحكام.  
الخامس: من حبس للقتل، قال في الإنصاف: حكم من حبس للقتل حكم من قدم  
ليقتص منه.

(1) عبد القادر بن عمر الشيباني، نيل المآرب بشرح دليل الطالب، مكتبة الفلاح، الكويت، ط1، 1983 م، ج2،  
ص36-37.

(2) سورة يونس، الآية 22.

(3) هو: المبارك بن محمد بن محمد الشيباني الجزري، أبو السعادات، مجد الدين، عالم محدث، ولد سنة (544هـ)،  
وتوفي سنة (606هـ)؛ انظر: خير الدين الزركلي، الأعلام، دار العلم للملايين، ط15، 2002، ج5، ص272.

(4) هو: عياض بن موسى بن عياض بن عمرو اليحصبي أبو الفضل السبتي، إمام أهل الحديث في المغرب، ولد  
سنة (476هـ)، وتوفي سنة (544هـ)؛ انظر: خير الدين الزركلي، المرجع نفسه، ج5، ص99.

**السادس:** من جرح جرحاً موحياً، أي مهلكاً، مع ثبات عقله، لأنه مع عدم ثبات عقله لا حكم لعطيته، بل ولا لكلامه. وحيث كان عقله ثابتاً كان حكمه حكم المريض.

**والسابع:** من أسر عند من عادته القتل.

**والثامن:** <sup>(1)</sup> الحامل عند الطلق مع ألم حتى تتجو من نفاسها.

ويشترط في هذه الحالات المذكورة وما أشبهها أن يتصل حال خوف الهلاك الغالب أو الكثير بالموت، حتى تلحق بمرض الموت في الحكم.

وعلى هذا قالوا في الواقف في صف القتال ومن وجب عليه القتل في حد أو قصاص فحبس ليقتل أنه كالصحيح، لأنه ليس الغالب من هذه الأحوال الموت فإن الإنسان يتخلص منها غالباً لكثرة أسباب الخلاص ولو قدم ليقتل أو بارز قرنه وخرج من الصف فهو كالمريض إذ الغالب من هذه الحالة الهلاك فترتب عليه أحكام المريض إذا مات في ذلك الوجه، ولو كان في السفينة فهو كالصحيح إلا إذا هاجت الأمواج فيصير في حكم المريض في تلك الحالة؛ لأنه يخشى عليه منها الموت غالباً ولو أعيد المخرج إلى القتل أو إلى الحبس أو إذا رجع المبارز بعد المبارزة إلى الصف أو سكن الموج صار في حكم الصحيح. ومثال ذلك المريض إذا برئ من مرضه والمرأة إذا ما أخذها الطلق فهي في حكم المريض إذا ماتت من ذلك؛ لأن الغالب منه خوف الهلاك وإذا سلمت من ذلك فهي في حكم الصحيح كما إذا كانت مريضة ثم صحت <sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> ذهب جمهور الفقهاء: (الحنفية والشافعية، وهو المذهب عند الحنابلة) إلى أن الحامل لها أهلية تامة ولا تحد تصرفاتها بسبب الحمل، ولا تعتبر مريضة مرض الموت إلا إذا جاءها الطلق؛ لأنه ألم شديد يخاف منه التلف، فأشبهت صاحب سائر الأمراض المخوفة. وأما قبل ذلك فلا ألم بها، واحتمال وجوده خلاف العادة، فلا يثبت الحكم باحتماله البعيد، كما لا يعتبر احتمال الإسقاط في كل ساعة. وذهب المالكية، وهو قول آخر عند الحنابلة: إلى أن الحامل بعد ستة أشهر تعتبر مريضة مرض الموت؛ لأنها تتوقع الولادة كل ساعة. انظر: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، المرجع السابق، ج 16 ص 276.

<sup>(2)</sup> علاء الدين الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ط 2، 1406 هـ - 1986 م، ج 3، ص 224.

## الفرع الثاني: حكم أصحاب الأمراض المزمنة والمعدية. أولاً: أصحاب الأمراض المزمنة.

والأمراض المزمنة عبارة عن أمراض غير معدية، حيث إنه لا علاقة لها بالفيروسات أو البكتيريا، وهي بطيئة الحدوث بحيث إنها لا تظهر على المريض أي أعراض في بادئ الأمر قبل ظهور المضاعفات، وهي مرتبطة بشكل كبير بمستوى الفرد الغذائي والحركي، وممارسته لبعض العادات السيئة كالتدخين، وهي ليست كغيرها من الأمراض من الناحية العلاجية حيث إنها تحتاج إلى وقت طويل ليتم معالجتها وقد تمتد إلى مدى الحياة، وعلاجها مكلف، وبعضها يعتبر مزعجاً ومتعباً.

وهي أنواع كثيرة منها:

✓ أمراض القلب، كالسكتات القلبية، وارتفاع ضغط الدم، وهذه الأمراض تسبب أضراراً بالغة على القلب وقد تؤدي إلى تعطيله عن القيام بوظائفه بالشكل السليم.

✓ أمراض السرطان المختلفة.

✓ أمراض تصيب الجهاز التنفسي، كالربو والأزمات التنفسية، والانسداد الرئوي.

✓ السكري، وهو المرض الناجم عن الخلل في كمية الانسولين في الدم<sup>(1)</sup>.

وحسب منظمة الصحة العالمية، فإن هذه الأمراض المزمنة السابق ذكرها تأتي في مقدمة الأسباب الرئيسية للوفاة في شتى أنحاء العالم، إذ تقف وراء 63% من مجموع الوفيات. ومن أصل مجموع أولئك الذين قضوا نحبتهم بسبب الأمراض المزمنة في عام 2008 والبالغ عددهم 36 مليون نسمة، كان 29% ينتمون إلى فئة الأشخاص الذين تقل أعمارهم عن 70 عاماً وكان النصف ينتمي إلى فئة النساء<sup>(2)</sup>.

(1) أنواع الأمراض المزمنة \_ <http://mawdoo3.com/> ، اطلع عليه بتاريخ 2017/05/14، الساعة العاشرة والنصف ليلاً.

(2) موقع منظمة الصحة العالمية، [http://www.who.int/topics/chronic\\_diseases/ar](http://www.who.int/topics/chronic_diseases/ar) ، اطلع عليه بتاريخ 2017/05/14، الساعة العاشرة ليلاً.

## ثانياً: أصحاب الأمراض المعدية

هي عبارة عن أمراض تضعف الجهاز المناعي في الجسم بشكل قوي، وتؤثر على الجسم وتهدم طاقاته، وسميت بالمعدية لأنها تنتقل من جسم لآخر عبر التنفس وغيرها من طرق الانتقال والتي تسهل استقرارها في جسم المصاب حيث تقوم بتطوير نفسها في داخل جسم المصاب مهما كان قوي البنية، إذ تقوم بتغيير أشكالها وتنتشر في الجسم على شكل خلايا صغيرة لا ترى بالعين المجردة وجراثيم<sup>(1)</sup>، وغالبا ما يتخطاها الجهاز المناعي ويقاومها بشكل سريع وفعال، ولكن عندما تتمكن تلك الجراثيم والميكروبات من تطوير نفسها تصبح قوية جدا حيث إن الجهاز المناعي لا يكون قادرا على محاربتها بنفس القوة، وهي أنواع كثيرة منها: الزكام، الإنفلونزا، النكاف، جدري الماء، الحصبة، شلل الأطفال، الإسهال الفيروسي، داء الكلب أي السعير، الثالوث، الحمى الروماتيزمية الحادة، الجمره الخبيثة، إنفلونزا الطيور، البايبيزيا، الدامل والالتهابات الجلدية، الحمى المالطية، داء العطائف، قرحة لينة، الجدري، الكلاميديا، كوليبرا، مرض كروتزفيلد جاكوب، الكساح، فيروس الروتا، الحصبة الألمانية، السالمونيلا، السارس، العصبوي، القوباء المنطقية، مرض الزهري، الكزاز، السل، داء التلريات، حمى التيفوئيد.

وتنتشر هذه الأمراض عن طريق الرذاذ المتطاير عبر الهواء أو الفيروسات الموجودة في الماء أو بواسطة الحشرات مثل الذباب أو من خلال التواجد في الأماكن غير نظيفة والتي تحتوي على الفيروسات والكائنات الحية الدقيقة<sup>(2)</sup>.

(1) هناك أربعة أنواع من الجراثيم: البكتيريا، الفيروسات، الفطريات، البروتوزوا.

البكتيريا: وهي وحيدة الخلية، تتكاثر بسرعة وقد تفرز مواد كيميائية تسبب المرض.

الفيروسات: هي كبسولات بروتينية تحتوي على مادة وراثية، تستخدم الخلايا للتكاثر، فلذلك تعتبر غير حية خارج الخلية.

الفطريات: هي نباتات بدائية، مثل الفطر والعفن.

البروتوزوا أو الطفيليات: وهي حيوانات وحيدة الخلية تستخدم الكائنات الحية الأخرى للأغذية ومكانا للعيش.

(2) الأمراض المعدية وطريقة الوقاية منها، <http://mawdoo3.com/>، اطلع عليه بتاريخ 2017/05/14،

الساعة العاشرة ليلاً.

وفي هذا السياق جاء في فتاوى عليش: "قال ابن سلمون<sup>(1)</sup>: ولا يعتبر في المرض العلل المزمه التي لا يخاف على المريض منها كالجذام والهرم، وأفعال أصحاب ذلك أفعال الأصحاء بلا خلاف. وقال عبد الباقي<sup>(2)</sup>: وفي المدونة، كون المفلوج، والأبرص، والأجذم، وذي القروح من الخفيف مالم يقعه ويضنه، فإن أقعده وأضناه وبلغ به حد الخوف عليه، فله حكم المرض المخوف"<sup>(3)</sup>.

مما تقدم يتبين لنا أن أصحاب الأمراض المزمنة، والأمراض المعدية، ونحوهما، تعتبر تصرفاتهم في حكم تصرفات الصحيح، فلا يعتبرون مرضى مرض الموت، إلا إذا تغير حال المريض واشتد وخيف منه الهلاك، فيكون حال التغير مرض الموت إن اتصل بالموت.

وكما يتضح أن تقدير خطر الموت عائد لظروف تقدم الطب في كل عصر، فبعدما كانت بعض الأمراض خطيرة في الماضي، فقد أصبحت في عصرنا الحالي غير خطيرة، بعد اكتشاف علاج لها كمرض السل مثلاً، وأمراض أخرى، ومن ثم وجب الرجوع لأهل الخبرة وهم الأطباء.

(1) هو: سلمون بن علي بن عبد الله بن سلمون الكناني، قاضي غرناطة، عالم مالكي له دراية بالعقود والوثائق، ولد سنة (685هـ)، وتوفي سنة (767هـ)؛ انظر: ابن فرحون، برهان الدين اليعمرى، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة، د.ت، ج1، ص397-398.

(2) هو: عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني: الفقيه المالكي، صاحب شرح الموطأ ومختصر خليل، ولد سنة (1020هـ)، وتوفي سنة (1099هـ)؛ انظر: خير الدين الزركلي، المرجع السابق، ج3، ص272.

(3) محمد عليش، فتاوى عليش، مطبعة مصطفى محمد، القاهرة، 1355هـ، ج1، ص363.

## المطلب الثاني: إثبات مرض الموت وتأثيره على الأهلية.

الإثبات، بمعناه القانوني، هو إقامة الدليل أمام القضاء، بالطرق التي حددها القانون، على وجود واقعة قانونية تترتب آثارها<sup>(1)</sup>.

و"الإثبات في لغة القضاء هو تأكيد مزاعم الخصم أو دفاعه بالدليل الذي يبيحه القانون بهدف إقناع القاضي بوجاهتها وصحتها حتى يقضى له بها"<sup>(2)</sup>.

وسنقوم بمعالجة إثبات مرض الموت، من ناحيتان، الناحية الفقهية كفرع أول، والناحية القانونية كفرع ثان.

## الفرع الأول: إثبات مرض الموت في الفقه الإسلامي.

إذا طعن الورثة مثلاً في تصرفات مورثهم بدعوى صدورها عنه في مرض موته بما يمس حقوقهم وادعى المنتفع أن هذه التصرفات وقعت من مورثهم في صحته، يفرق بين حالات ثلاث:

## الحالة الأولى: إذا خلت دعوى كل منهما عن البينة<sup>(3)</sup>.

فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

أحدهما للحنفية والحنابلة: وهو أن القول قول مدعي صدورها في المرض، لأن حال المرض أدنى من حال الصحة، فما لم يتيقن حال الصحة يحمل على الأدنى، ولأن هذه التصرفات من الصفات العارضة، فهي حادثة، والحادث يضاف إلى أقرب وقت من الحكم الذي يترتب عليه، والأقرب هاهنا المرض المتأخر زمانه عن زمان الصحة، فكان القول قول من يدعي حدوثها في المرض، إذ هو الأصل، ولو أراد مدعي الصحة استحلاف مدعي المرض لكان له ذلك.

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام،

دار القلم، بيروت، لبنان، ج2، ص14.

(2) عبد الوهاب العشاوي، إجراءات الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر، ط2، ص25.

(3) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المرجع السابق، ج37، ص8.

والثاني للشافعية<sup>(1)</sup>: وهو أن القول قول مدعي صدورها في الصحة، لأن الأصل في التصرف السابق من المتوفى أن يعتبر صادرا في حال صحته، وعلى من يتمسك بصدوره في مرض الموت يقع عبئ الإثبات.

### الحالة الثانية: وهي ما إذا اقترنت دعوى كل منهما بالبينة.

وقد اختلف الفقهاء في هذه الحالة على قولين:

أحدهما للحنفية: وهو أنه ترجح بينة وقوعها في حال الصحة على بينة وقوعها في المرض، لأن الأصل اعتبار حالة المرض، لأنه حادث، والأصل إضافة الحادث إلى أقرب وقت من الحكم الذي يترتب عليه، والأقرب هو المرض المتأخر زمانه عن الصحة، فلهذا كانت البينة الراجعة بينة من يدعي حدوثها في زمان الصحة، إذ البينات شرعت لإثبات خلاف الأصل<sup>(2)</sup>.

وقد جاء في مجلة الأحكام العدلية: ترجح بينة الصحة على بينة المرض، مثلا إذا وهب أحد مالا لأحد ورثته ثم مات، وادعى باقي الورثة أنه وهبه في مرض موته، وادعى الموهوب له أنه وهبه في حال صحته، ترجح بينة الموهوب له<sup>(3)</sup>.  
والثاني للشافعية<sup>(4)</sup>: وهو أنه ترجح بينة وقوعها في مرضه على بينة وقوعها في صحته.

### الحالة الثالثة: وهي ما إذا اقترنت دعوى أحدهما بالبينة دون الآخر.

في 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.

(1) شهاب الدين الرملي، المرجع السابق، ج5، ص414.

(2) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، المرجع السابق، ج37، ص9.

(3) مجموعة من العلماء، المرجع السابق، المادة: 1766، ص359.

(4) شهاب الدين الرملي، المرجع نفسه، ج6، ص55.

## الفرع الثاني: إثبات مرض الموت في القانون.

يعد مرض الموت بالشروط المتقدمة الذكر واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات<sup>(1)</sup>، ومنها البينة أي شهادة الشهود والقرائن، فيثبت بالشهادات الطبية الدالة على حالة المريض وبشهادة الشهود، وبتقصي حياة المريض في أيامه الأخيرة، وبالخبرة الفنية، وعلى الورثة الذين يطعنون في تصرف مورثهم بأنه صدر في مرض الموت يقع عبئ إثبات المرض.

ولا يجوز الاحتجاج على الورثة بالعقد الصادر من مورثهم إلا اذا كان للعقد تاريخا ثابتا، والعلة في ذلك، ترجع الى اعتبار الوارث في حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من مورثه في مرض الموت اضرازا بحقه المستمد من القانون وهذا ما أقرته المادة 776 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية والتي تنص على ما يلي: « وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم اثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد اذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا »<sup>(2)</sup>.

ومن القرائن على صدور التصرف في مرض الموت أن خروج المريض عن كل ما يملك وقت اشتداد المرض عليه هو أكبر مظهر من مظاهر مرض الموت وإماراته ومبلغ أثره فيه وأنه لا بد أن يلحق الموت به.

وبأن من القرائن القوية على صدور عقد في مرض الموت أن يكون قد حرر قبل الوفاة بأيام قليلة، إلا إذا وجد في الدعوى ما يدل على أن المتوفى مات فجأة. كما أن مجرد قرب تاريخ البيع من تاريخ الوفاة لا يثبت أن البائع كان مريضا وقت البيع، خصوصا إذا لم يبين الطاعن في البيع بحصوله في حالة المرض أية قرينة على وجوده أو بيان نوعه.

(1) وسائل الإثبات في القانون المدني الجزائري: (الكتابة المواد 323 وما يليها، المادة 333 وما يليها، القرائن المادة 337 وما يليها، الإقرار المادة 341 وما يليها، اليمين المادة 343 وما يليها).

(2) خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية، ط3، 2003، ج4، ص247.

ولقد قضت المحكمة العليا الجزائرية في قرارها الصادر بتاريخ 14 ديسمبر 1994 على أن: « مرض القلب مصنف طبيا في خانة الأمراض الخطيرة المؤدية للموت في كل ساعة بل في كل لحظة وأن الموت المفاجئ حتى وان كانت الأعمار بيد الله فصاحب هذا المرض مقتنع هو نفسه بدنو أجله وقرب موته وهذا يشكل اضطرابا نفسيا واضطرابا جسديا يتعدى مقاومة المصاب به ويخلق شرخا في جميع أعماله وتصرفاته وهذا التضارب والاضطراب مستفاد من قول الشاهد الثالث الذي صرح بأن الهالكة ندمت عن بيع المسكن موضوع الخصام ولو أنه سمع من غير أداء اليمين فان شهادته تقرب الأقصى بغير موجز لا ينبغي أن يعالج موضوع له خصوصية قانونية وشرعية وطبية أيضا بمثل هذه المناقشة المقتضبة بل ينبغي التروي والتحليل وهذا مفقود في القرار المنتقد»<sup>(1)</sup>.

إن لإثبات مرض الموت أهمية استثنائية فهو الذي يحفظ حقوق الورثة والدائنين من تصرفات مورثهم المريض بمرض الموت وأن التقنيات العربية قد نصت على طرق معينة في الإثبات وهي الكتابة والشهادة وغيرها هذا فضلا عن مقتضيات المعاصرة والتطور الواسع في مجال العلم التي جعلت من التكنولوجيا عنصرا مهما في الإثبات، ولا جدال إن الدليل الكتابي لم يعد موضع شك من أحد في الوقت الحاضر، ولكن التطور الهائل الذي وصل إليه التقدم العلمي كشف لنا عن أدلة جديدة تصلح لإثبات مختلف التصرفات القانونية والوقائع المادية.

(1) ملف رقم: 111721، قرار بتاريخ: 14 ديسمبر 1994، نقلا عن: نبيل صقر، المرجع السابق، ص18.

### الفرع الثالث: تأثير مرض الموت على أهلية المريض.

اعتبر القانون المدني الجزائري أحكام الأهلية من قواعد النظام العام التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على خلافها، فكل اتفاق مخالف لأحكامها باطل، كما تنص المادة 45 من ق.م.ج على أنه "لا يجوز للشخص التنازل عن أهليته ولا التعديل في أحكامها".

ويقصد بالأهلية صلاح الشخص، لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات، ومباشرة التصرفات القانونية، التي يكون من شأنها أن ترتب له هذا الأمر أو ذلك<sup>(1)</sup>.

والذي يهمننا هو أهلية المريض مرض الموت وسبب تقييد تصرفاته خلاله.

فإذا كان التصرف الذي يصدر في مرض الموت مقيداً، فسبب التقييد لا يرجع إلى أهلية المريض ولا إلى عيب في إرادته. فالمريض مرض الموت لا يفقد أهليته، بل ولا تنتقص هذه الأهلية، فما دام حياً حافظاً لقواه العقلية فإنه يبقى متمتعاً بأهليته الكاملة إلى آخر لحظة من حياته. وهذا ما تنص عليه المادة 40 من ق.م.ج بنصها: « كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية»، ولو وقع أن المرض أفقده التمييز، فإن التصرف الذي يصدر منه وهو في هذه الحالة يكون باطلاً كونه أصبح غير أهل للتعاقد، وفي هذا تنص المادة 78 من ق.م.ج على أن: « كل شخص أهل للتعاقد مالم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون»، وقد تم الإشارة إلى بعض العوارض التي تؤثر في أهلية الشخص في قانون الأسرة، فجدد المادة 81 منه تقضي بأنه: « من كان فاقداً للأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانوناً ولي أو وصي أو مقدم...». أما المادة 85 من القانون نفسه فتبين حكم القانون من تصرفات بعض المصابين بالعوارض المؤثرة في أهلية الشخص، إذ تنص على: « تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة، إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه».

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط4، 2011، ص152.

ولا يقتصر الأمر فيه على أن يكون تصرفاً غير نفاذ في حق الورثة لصدوره في مرض الموت، وإنما يرجع تقييد التصرف في مرض الموت إلى تعلق حق الورثة بأموال المريض من وقت المرض، فإنه من المقرر في الفقه الإسلامي أن حق الورثة يتعلق بأموال مورثهم، لا من وقت موته فحسب، بل من وقت المرض الذي يموت فيه، فإذا صدرت منه تصرفات تتطوي على تبرع منذ هذا المرض، كان لهذه التصرفات حكم الوصية<sup>(1)</sup>، ذلك أن المريض وهو على شفا الموت إذا تبرع بماله، فإنما يقصد أن ينقل هذا المال إلى غيره بعد موته، لا في المدة المحدودة القصيرة التي تقدر له الحياة فيها. ولا يستطيع إنسان أن ينقل ماله بعد موته بتصرف إرادي، وإلا كان ذلك عن طريق الوصية بقيودها المعروفة. فكل تبرع يصدر في مرض الموت يتقيد إذن بقيود الوصية، وحتى المعاوضات إذا انطوت على تبرع، مالم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك<sup>(2)</sup>.

وقد اختلف فقهاء الإسلام في تكييف حق الورثة الذي يتعلق بأموال مورثهم وقت مرض الموت. فذهب بعضهم إلى أنه حق ملكية كامل يثبت بمجرد المرض، وذهب آخرون إلى أن حق الملكية إنما يكون عند الموت ولكنه يستند إلى وقت بدء المرض، وذهب فريق ثالث إلى أن حق الورثة وقت المرض ليس حق ملكية بل هو حق خلافة أو إرث. وأياً كانت طبيعة حق الورثة، فإنه حق يقيد من تصرف المريض على النحو الذي أسلفناه<sup>(3)</sup>.

(1) جاء في نص المادة 776 فقرة 01 ق.م.ج على أنه: "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى إلى هذا المتصرف".

(2) عبد الرازق السنهوري، المرجع السابق، ج4، ص323-324.

(3) عبد الرازق السنهوري، المرجع نفسه، ص323-324.

## الفصل الثاني:

تطبيقات تصرفات المريض مرض  
الموت في مسائل الأحوال الأسرة  
والتصرفات الإرادية.

## **الفصل الثاني: تطبيقات تصرفات المريض مرض الموت في مسائل الأسرة والتصرفات الإرادية.**

بعد تطرقنا في الفصل الأول لمفهوم مرض الموت وشروط تحققه، وبيان الحالات التي يأخذ الشخص فيها حكم المريض، وكيفية إثبات تحقق المرض ومدى تأثيره على أهلية المريض، سنتناول في هذا الفصل تطبيقات تصرفات المريض مرض الموت في مسائل الأسرة والتصرفات الإرادية، وسنخصص لذلك مبحثين، الأول لتصرفات المريض في مسائل الأسرة، والمبحث الثاني لتصرفاته الإرادية.

### **المبحث الأول: أحكام تصرفات المريض مرض الموت في مسائل الأسرة.**

استخلف الله الانسان في الأرض بقوله سبحانه: ﴿وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلٰٓئِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً﴾<sup>(1)</sup>، وجعل منه الذكر والأنثى، وأودع في كل منهما ما يجعله يميل للآخر ليتم الازدواج بينهما، كما في قوله تعالى: ﴿وَمِنْ ءَايٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾<sup>(2)</sup>، فبالزواج يحصل السكون النفسي، وتطمئن الروح، ويزول اضطراب العقل والقلب ويكون من ثمراته التناسل ليبقى النوع الإنساني يعمر الأرض حتى يبلغ الكتاب أجله.

غير أن هذه العلاقة والتي أولاها الإسلام عناية خاصة، قد يطرأ عليها ما يعكر صفوها ويحول دون استمرارها وبقائها، فيلجأ أحد الزوجين أو كلاهما لحل الرابطة التي تجمعهما. ومن خلال مبحثنا هذا سنتطرق لأحكام تصرفات المريض مرض الموت في مسائل الأسرة، مقتصرين فيه على معالجة زواج المريض مرض الموت وبيان حكمه فقها وقانونا وكذلك انحلال الرابطة الزوجية، من خلال التطرق لطلاق المريض والذي يطلق عليه عند بعض الفقهاء طلاق الفار، وكذلك الخلع الصادر في مرض الموت.

---

(1) سورة البقرة، الآية 30

(2) سورة الروم، الآية 21

## المطلب الأول: الزواج في مرض الموت.

لم يتطرق قانون الأسرة الجزائري، لزواج المريض مرض الموت، وبما أن المادة 222 من قانون الأسرة تحيلنا الى أحكام الشريعة الإسلامية، في كل مالم يرد النص عليه، فيتوجب علينا الرجوع الى آراء الفقهاء لتبيين أحكام هذا زواج.

### الفرع الأول: حكم زواج المريض مرض الموت عند الفقهاء.

من خلال الاضطلاع على أقوال الفقهاء فيما يخص صحة زواج المريض مرض الموت من عدمه، نجد هناك اختلاف بينهم، وانقسموا في ذلك إلى فريقين، وكذا في ثبوت المهر والإرث وهذا ما سوف نبينه فيما يلي:

### الرأي الأول: وهم جمهور الفقهاء إلا مالك.

ذهب الحنفية، والشافعية، والحنابلة إلى أن حكم الزواج في حال مرض الموت والصحة سواء، من حيث صحة العقد وتوريث كل واحد من الزوجين صاحبه، واستدلوا بعموم قوله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾<sup>(1)</sup>، وبما ورد عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال: «لَوْ لَمْ يَبْقَ مِنْ أَجْلِي إِلَّا عَشْرَةُ أَيَّامٍ، وَأَعْلَمُ أَنِّي أَمُوتُ فِي آخِرِهَا يَوْمًا، لِي فِيهِنَّ طَوْلُ النِّكَاحِ، لَتَزَوَّجْتُ مَخَافَةَ الْفِتْنَةِ»<sup>(2)</sup>، وبما روى ابن أبي شيبة عن معاذ بن جبل رضي الله عنه أنه قال في مرضه الذي مات فيه: «رَوَّجُونِي، إِنِّي أَكْرَهُ أَنْ أَلْقَى اللَّهَ أَعْزَبًا»<sup>(3)</sup>.

فإذا ثبتت صحة الزواج في مرض الموت ثبت التوارث بين الزوجين لعموم آية الميراث بين الأزواج، ثم اختلفوا بعد ذلك فيما يثبت للزوجة التي عقد عليها المريض من المهر<sup>(4)</sup>.

فقال أبو حنيفة في المريض يتزوج، أو المرأة تتزوج ثم يموت المريض، يصح فالنكاح جائز وهما يتوارثان ولها الصداق الذي سمي لها إلا أن يكون زوجها في

(1) سورة النساء، الآية 3

(2) أخرجه سعيد ابن منصور، في سننه برقم (493).

(3) أخرجه ابن أبي شيبة، في المصنف برقم (15909).

(4) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، المرجع السابق، ج37، ص22.

مرضه قد أمهرها بأكثر من مهر مثلها ثم يموت في مرضه ذلك، فيبطل من ذلك ما زاد على صداق مثلها، وإن صح جاز ذلك كله والنكاح جائز على كل حال ويتوارثان<sup>(1)</sup>.

وقال الشافعي: ويجوز للمريض أن ينكح جميع ما أحل الله تعالى أربعا وما دونهن كما يجوز له أن يشتري، فإذا أصدق كل واحدة منهن صداق مثلها جاز لها من جميع المال ومن زاد صداقها على صداق مثلها فالزيادة محاباة فإن صح قبل أن يموت جاز لها من جميع المال، وإن مات قبل أن يصح بطلت عنها الزيادة على صداق مثلها وثبت النكاح وكان لها الميراث<sup>(2)</sup>.

### الرأي الثاني: المذهب المالكي.

لا يجوز نكاح المريض، ولا المريضة إن تزوجا أو تزوج أحدهما<sup>(3)</sup>، ومن فعل ذلك مريضا فسخ نكاحه قبل الدخول وبعده ولا يرث الصحيح منهما المريض إن مات من مرضه ذلك دخلا أو لم يدخل، فإن فسخ نكاحهما قبل البناء فلا صداق للمرأة ولا ميراث، فإن بنى بها وهي مريضة ثم ماتت فلها الصداق المسمى عند مالك، وعند ابن القاسم لها مهر مثلها ولا ميراث، وإن دخل المريض فالصداق في ثلثه مبدأ على الوصايا إلا المدبر في الصحة فإن سمى لها أكثر من صداق مثلها سقط ما زاد على صداق المثل وإن صحا قبل الفسخ ثبت النكاح دخلا أو لم يدخل وهو المشهور في المذهب.

(1) محمد بن الحسن الشيباني، الحجة على أهل المدينة، عالم الكتب، بيروت، ط3، 1403هـ، ج3، ص495.

(2) محمد بن إدريس الشافعي الأم، دار المعرفة، بيروت، د.ط، 1410هـ/1990م، ج4، ص108.

(3) المريض المخوف عليه لا يجوز له أن يتزوج خلافاً لأبي حنيفة والشافعي لأنه محجور عليه في ماله أن يخرج على غير عوض فيما لا حاجة به إليه لحق الورثة والنكاح يتضمن هذا المعنى لأنه يوجب المهر والنفقة ولا حاجة به إلى الوطء فيجب منعه منه، ويدل على ثبوت الحجر أنه ممنوع من الهبة والصدقة وما يفعله من ذلك يوقف على الثلث، ولأن طلاقه غير مانع من الميراث لأن فيه إخراج الوارث عن الميراث وفي تزويجه هذا المعنى؛ انظر: القاضي عبد الوهاب البغدادي، المعونة على مذهب عالم المدينة، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز، مكة المكرمة، د.ط، ج1، ص787.

وقد روي عن مالك أنه لا يثبت نكاح المريض وإن صح قبل الفسخ. وإذا نكح المريض فلم يفرق بينه وبين امرأته حتى صح صحة بينة ثم مرض بعد ذلك وهي عنده فمات وهي زوجته ترثه كسائر الأزواج. وإذا تزوجت المريضة فرق بينهما فإن لم يدخل بها فلا صداق لها وإن كان دخل بها فلها صداقها كاملاً ولا ميراث لزوجها منها إن ماتت من ذلك المرض. وإذا تزوج المريض صحيحة فصح المريض وماتت الزوجة كان له الميراث من مالها، وكذلك إذا تزوجت المريضة صحيحاً فلم يفسخ نكاحها حتى صحت المريضة ومرض الزوج ومات كان لها صداقها وميراثها من ماله. والمريض الذي لا يجوز نكاحه هو الذي لا ينفذ له في ماله إلا ثلثه، ومن أهل العلم بالمدينة وغيرها جماعة يجعلون نكاح المريض والصحيح سواء ويجيزون ذلك ولا يفسخونه<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: حكم زواج المريض مرض الموت في قانون الأسرة.

بالرجوع لقانون الأسرة الجزائري، نجده لم يفرق بين زواج الصحيح، وزواج المريض مرض الموت، فجعله ينعقد بتبادل رضا الزوجين<sup>(2)</sup>، وتوافر شروطه<sup>(3)</sup>، وكذا انعدام الموانع الشرعية للزواج بنوعيتها المؤبدة<sup>(4)</sup> والمؤقتة<sup>(5)</sup>. إلا أنه أورد في نص المادة 7 مكرر<sup>(6)</sup> أنه: "يجب على طالبي الزواج أن يقدموا

(1) ابن عبد البر القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط2، 1400هـ/1980م، ج2، ص548-549.

(2) تنص المادة 9 من ق.أ، المعدلة بالأمر رقم 02/05، المؤرخ في: 27 فبراير 2005 "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".

(3) تنص المادة 9 مكرر من ق.أ، المضافة بالأمر رقم: 02/05، المؤرخ في: 27 فبراير 2005 "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزوج، الصداق، الولي بالنسبة للقصر، شاهدان، انتفاء الموانع الشرعية".

(4) تنص المادة 24 من ق.أ: "موانع النكاح المؤبدة هي: القرابة، المصاهرة، الرضاع"  
(5) تنص المادة 30 من ق.أ: "يحرم من النساء مؤقتاً: المحصنة. المعتدة من طلاق أو وفاة. المطلقة ثلاثاً.

كما يحرم مؤقتاً: الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها، سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من الرضاع؛ زواج المسلمة مع غير المسلم.

(6) مضافة بموجب الأمر رقم: 02/05، المؤرخ في: 27 فبراير 2005.

وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن (03) أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج.

يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج، ويؤشر بذلك في عقد الزواج. تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم".

وتطبيقا لنص المادة أعلاه صدر المرسوم التنفيذي رقم 154/06 مؤرخ في: 11 مايو 2006، الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من ق.أ، والذي جاء في نص مادته 7 فقرة 2 أنه: "لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة الطرفين".

ومن خلال ما تقدم يتضح لنا أن الزواج في مرض الموت من أبرز المسائل الخلافية في الفقه الإسلامي، ونرى من جانبنا صواب القول بصحة الزواج وثبوت التوارث بين الزوجين في مرض الموت، على خلاف قول مالك<sup>(1)</sup>، ودون التفرقة بين أن يكون الزوج هو المريض أو الزوجة هي المريضة ودون التفريق بين ما اذا كان قد دخل بها أو لم يدخل بها، مادام الزواج صدر من أهله ووقع في محله بشرطه فصح كحال الصحة.

---

(1) «وممن قال لا يجوز نكاح المريض: عطاء بن أبي رباح، إلا أنه قال: إن صح من مرضه جاز ذلك النكاح، ويحيى بن سعيد الأنصاري قال: صداق التي تنزوج المريض في ثلثه». انظر: أبو محمد ابن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت، ج9، ص153.

## المطلب الثاني: انحلال الرابطة الزوجية في مرض الموت.

يحل عقد الزوج بعدة طرق، فمنها الطلاق الذي يتم بإرادة الزوج، أو بالتراضي بين الزوجين، أو بطلب من الزوجة إذا توافرت بعض الأسباب والتي جاء بيانها في نص المادة 53 من قانون الأسرة، كما يتم أيضا عن طريق الخلع، وسنقتصر في مطلبنا هذا إلى التطرق إلى طريقتين تتحل بهما الرابطة الزوجية وهما: الطلاق والخلع، الواقعان في مرض الموت، مع بيان ما يرتبانه من آثار.

### الفرع الأول: الطلاق في مرض الموت.

لقد نظرت الشريعة الإسلامية إلى مصالح الناس فراعتها وأسست أحكامها بناء على تلك المصالح ومن بينها ما نراه من تشريع الطلاق في كتاب الله وسنة نبيه وإجماع الصحابة. أما في الكتاب: قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾<sup>(1)</sup>، وقوله تعالى: ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾<sup>(2)</sup>.

أما في السنة: فقد وردت أحاديث وآثار كثيرة منها ما أورده البخاري ومسلم عن ابن عمر رضي الله عنهما، أنه طلق امرأته وهي حائض فسأل عمر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال له رسول الله ﷺ "مره فليراجعها ثم ليتركها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك وإن شاء طلق فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق بها النساء".<sup>(3)</sup>

وأما الاجماع: فقد أجمع المسلمون من عصر رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا على مشروعية الطلاق وجوازه وأنه من حق الرجل أن يطلق زوجته ولم ينكر أحد على هذا الفعل.

هذا بالنسبة لطلاق الرجل الصحيح المعافى، فهل تنطبق الأحكام نفسها بالنسبة للطلاق الصادر في مرض الموت أو ما يطلق عليه طلاق الفارّ أو الفرار، لفراره من إرث زوجته.

(1) سورة البقرة، الآية 227

(2) سورة البقرة، الآية 229

(3) أخرجه مسلم في صحيحه (3725).

أما قانون الأسرة الجزائري فلم يتعرض لطلاق المريض مرض الموت، وإنما نص في مادته 132 على أنه: "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق، استحق الحي منهما الإرث"، والملاحظ على هذه المادة اغفالها حالة طلاق المريض مرض الموت، وعليه يتوجب علينا إعمال نص المادة 222 من قانون الأسرة، وذلك بالرجوع الى أحكام الشريعة الإسلامية.

ويكون المطلق فارقاً إذا تحققت فيه الشروط الأربع الآتية<sup>(1)</sup>:

الشرط الأول: أن يطلق زوجته طلاقاً بائناً.

الشرط الثاني: أن يطلقها طائعاً لا مكرهاً.

الشرط الثالث: أن لا يكون الطلاق بناء على طلبها.

الشرط الرابع: أن تكون مستحقة للميراث من وقت الطلاق إلى وقت الوفاة من ذلك المرض.

قال الشيخ محمد أبو زهرة شارحاً هذه الشروط: "إذا طلقها طلاقاً بائناً، وكان طائعاً، بغير رضاها، وكانت مستحقة للميراث من وقت الطلاق إلى وقت الوفاة من ذلك المرض، فإنه يعتبر فارقاً بطلاقه البائن من الميراث. فلو كان مكرهاً على الطلاق، على فرض أن طلاق المكره يجوز، كما هو مذهب الحنيفة<sup>(2)</sup>، فإنه يعتبر فارقاً. وإن كان بطلبها وثبت الطلب، أو كان الطلاق على مال، فإنه لا يعتبر فارقاً، لأن طلبها أزال مظنة الفرار. وإن كانت غير مستحقة للميراث وقت الطلاق، وصارت مستحقة له وقت الوفاة لا يعتبر فارقاً، كأن كانت غير مسلمة وقت الطلاق ثم أسلمت بعد الطلاق، فإنها لا تكون مستحقة للميراث، لأنه لا يثبت التوريث بين المسلم وغيره، وإنما زالت في هذه الصورة مظنة الفرار، لأنها عند الطلاق لا يتصور ميراثها منه، فلا يتصور فرار من أمر غير متوقع، ولا بد من صلاحية استحقاقها للميراث إلى وقت الوفاة، فلو كانت

---

(1) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، ط2، 1405هـ/1985م، ج7، ص454؛ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط2، ص320.

(2) يرى الحنفية أن طلاق المكره يقع، لأنه قصد إيقاع الطلاق وإن لم يرص به، أما جمهور الفقهاء فلا يرون أن طلاق المكره يقع، لقوله ﷺ: "لا طلاق في إغلاق". انظر: عبد الغني الغنيمي الميداني، اللباب في شرح الكتاب، دار الكتاب العربي، ط3، 1418هـ-1997م، بيروت، لبنان، ج2، ص174.

مسلمة ثم ارتدت عن الإسلام، لا يعتبر الزوج فاراً، لأنها بارتدادها أسقطت حقها في الميراث، وأزالت عقد الزواج بسبب من جانبها، فصارت كما لو ارتضت الفراق، فلا تستحق ميراثاً، ولأنَّ ارتدادها أزال الزوجية التي هي سبب ميراثها<sup>(1)</sup>.

وقد اتفق الفقهاء على أن الرجل المريض مرض الموت، إذا طلق امرأته فطلاقه نافذ كالصحيح، فإن مات من ذلك المرض ورثته المطلقة ما دامت في العدة من طلاق رجعي، كما ترثه في طلاقها في حال الصحة. لأن الطلاق الرجعي لا ينهي العلاقة الزوجية، إذ يستطيع الزوج أن يراجعها ولو بغير رضاها وبدون ولي، أو شهود، أو صديق جديد؛ كما اتفق الفقهاء على أن الرجل إذا طلق امرأته في مرض الموت ثم ماتت، لم يرثها، وإن ماتت في العدة.

واختلفوا في إرث الزوجة المطلقة طلاقاً بائناً، إذا مات الزوج في أثناء العدة من هذا الطلاق. فذهب جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية إلى أنها ترث<sup>(2)</sup>، وذهب الشافعي إلى أنها لا ترث<sup>(3)</sup>. وقال ابن حزم طلاق المريض كطلاق الصحيح لا فرق، فإذا مات أو ماتت فلا توارث بينهما بعد الطلاق الثلاث، ولا بعد تمام العدة في الطلاق الرجعي<sup>(4)</sup>، وأيد كل فريق رأيه بأدلة مختلفة، وهي:

استدل الشافعي على أن المرأة المطلقة في عدة طلاق بائن لا ترث من زوجها الذي طلقها، "لأن الزوجية قد ارتفعت بالطلاق البائن قبل الموت، وهي سبب التوارث بين الزوجين، فإذا ارتفعت قبل الموت، فقد زال سبب الميراث فلا يثبت، ولا عبرة بمظنة الفرار، لأنَّ أحكام الشريعة لا تتناط بالنيات الخفية، بل تتناط بالأسباب الظاهرة، والسبب الظاهر للميراث قد زال بعمل من يملك إزالته، فلا عبرة بنيته"<sup>(5)</sup>.

---

(1) محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص320.

(2) عبد الغني الغنيمي الميداني، المرجع السابق، ج 2، ص179.

(3) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج7، ص453.

(4) ابن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت، ج 9، ص486. مسألة رقم 1972.

(5) محمد أبو زهرة، المرجع نفسه، ص321.

واستدل جمهور الفقهاء على رأيهم بالأثر والمعقول.

فمن الأثر: ما قضى به عثمان بن عفان رضي الله عنه، حيث ورثت ثَمَاضِر بنت الأصبغ الكلبية من عبد الرحمن بن عوف، الذي كان قد طلقها ثلاثاً في مرضه الذي مات فيه، ثم مات وهي في عدتها. فورثها عثمان، وكان ذلك بمحض من الصحابة، فلم ينكر عليه أحد، فاعتبر ذلك إجماعاً منهم<sup>(1)</sup>.

أما المعقول: فإن الزوجية وهي سبب الإرث قد أزالها بقصد إبطال حقها في الميراث، فيرد عليه قصده ما بقيت العدة، لبقاء آثار الزوجية، فجعلت آثار الزوجية قائمة مقامها، ولو انتهت العدة، تكون آثار الزوجية قد زالت، فلا يكون ثمة سبب شرعي لوجوب الميراث<sup>(2)</sup>.

وسبب الخلاف: اختلافهم في وجوب العمل بسد الذرائع، وذلك أنه لما كان المريض يتهم في أن يكون إنما طلق في مرضه زوجته ليقطع حظها من الميراث، فمن قال بسدّ الذرائع أوجب ميراثها، ومن لم يقل بسدّ الذرائع ولاحظ وجوب الطلاق لم يوجب له ميراثاً، وذلك أنّ هذه الطائفة تقول: إنّ كان الطلاق قد وقع فيجب أن يقع بجميع أحكامه لأنهم قالوا: إنه لا يرثها إن ماتت، وإن كان لم يقع فالزوجية باقية بجميع أحكامها؛ ولا بد لخصومهم من أحد الجوابين، لأنه يعسر أن يقال إنّ في الشرع نوعاً من الطلاق توجد له بعض أحكام الطلاق وبعض أحكام الزوجية، وأعسر من ذلك القول بالفرق بين أن يصح أو لا يصح، لأن هذا يكون طلاقاً موقوف الحكم إلى أن يصح أو لا يصح، وهذا كله مما يعسر القول به في الشرع<sup>(3)</sup>.

واختلف جمهور الفقهاء في وقت الإرث<sup>(4)</sup> : فقال الحنفية إنها ترث إذا مات زوجها وهي في العدة من هذا الطلاق البائن، لبقاء بعض أحكام الزواج فيبقى حق إرثها منه. فإن مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها؛ لأنه لم يبق بينهما علاقة

(1) ابن قدامة، المغني، مكتبة القاهرة، د.ط، 1388هـ-1968م، ج6، ص395.

(2) محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص321.

(3) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، د.ط، 1425هـ-2004م، ج3، ص103.

(4) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج7، ص454.

وصارت كالأجنبية، فأثناء العدة ترث بسبب بقاء بعض أحكام الزوجية، وبعد انقضاء العدة لا ترث لانقطاع آثار الزوجية<sup>(1)</sup>.

وقال المالكية إنها ترث وإن انقطعت عدتها وتزوجت، لأنه ما طلقها إلا ليحرمها من الميراث فيعامل بنقيض مقصوده، ولأنَّ سبب توريثها فراره من توريثها، وهذا المعنى لا يزول بعد انقضاء العدة<sup>(2)</sup>.

وقال الحنابلة: إن زوجة المطلق في مرض موته الذي قصد بطلاقه الفرار من الميراث يكون لها حق الإرث، ولا ينقطع حقها في الإرث إلا إذا تزوجت من غيره قبل موته، وذلك لأنه "قصد قصدا فاسدا في الميراث فعورض بنقيض قصده، كالفاتل القاصد استعجال الميراث يعاقب بحرمانه"؛ ولأنها بتزوجها من غيره لا يمكن تصور قيام الزوجية، إذ لا يتصور أن تكون زوجة لرجلين، على هذا الرأي أيضا ابن أبي ليلى من فقهاء العراق والشافعي في القديم<sup>(3)</sup>.

وقد رجح الشيخ محمد أبو زهرة رأي الحنفية، واعتبره الرأي الوسط الذي يتفق من كل الوجوه مع القياس الفقهي<sup>(4)</sup>، ويلاحظ أن طلاق المريض مرض الموت - وهو تصرف صادر من جانب واحد- لما كان سببه غير مشروع، لم يفض إلى بطلانه بالكلية، بدليل أن الزوجة ترث من زوجها، أما الزوج فلا يرث من زوجته إذا ماتت قبله، فالزواج يعتبر قائما في حق الإرث، وأن هذا القيام للزواج وحيد الجانب بالنسبة للزوجة فقط وفي حق الإرث فقط.

وخلاصة أقوال المذاهب في طلاق المريض مرض الموت، أن المذهب الشافعي يحرم المطلقة، من الميراث، ولا يعتد بعدم مشروعية السبب الذي دفع المريض إلى طلاق زوجته ما دام لم يتضمن الطلاق شرطا صريحا يفسده. أما المذهب الحنفي فيورث مطلقة، إعمالا للسبب غير المشروع الذي دفعه لطلاق زوجته، وهكذا يردّ

(1) عبد الغني الغنيمي الميداني، المرجع السابق، ج3 ص52.

(2) القرافي، الذخيرة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994م، ج 13، ص14.

(3) ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج6، ص395.

(4) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص321.

طلاق الفارّ برّد قصده إلى تمام عدّتها عند الحنفية، ولو بعد انقضاء العدة عند المالكية، وما لم تتزوج عند الحنابلة.

ولقد قضت المحكمة العليا الجزائرية في قراره الصادر بتاريخ 1998/03/17 أن: "المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق وعليه فالطلاق المحكوم به صحيح شرعا وقانونا بخلاف الميراث، فان حق الطاعة فيه ثابت شرعا إذا طلقت في مرض الموت، لأنه لا يوجد أي تلازم بين العدة والحق في الميراث حتى ولو وقعت بعد مدة طويلة من انقضاء عدتها لاحتمال أن طلاقه كان بنية حرمانها من الميراث، عملا بقاعدة المعاملة بنقيض المقصود. وعليه فالوجه غير مؤسس الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن"<sup>(1)</sup>.

ومن خلال منطوق القرار يتجلى لنا بأن الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا استقر على أن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من استعمال حقه في الطلاق، فطلاقه واقع ومرتب لجميع آثاره في جميع الأحوال، باستثناء حالة تعمد الزوج المريض مرض الموت إيقاعه على زوجته بقصد حرمانها من الميراث، فالطلاق هنا لا يمنع الزوجة من الميراث.

ومنه يتبين أن المريض مرض الموت ومن في حكمه، إذا طلق زوجته طلاقا بائنا ومات قبل أن تنتهي عدتها، أو بعد انتهائها ورثته، لأن طلاقه في هذه الحالة يعد فرار وهروبا من إرثها، ويؤدي إلى الإضرار بها وحرمانها من الميراث، وبالتالي يعامل بنقيض مقصوده.

---

(1) قرار رقم: 179696، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1998/03/17، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001،

## الفرع الثاني: الخلع في مرض الموت.

قد تريد المرأة أن تقدم لزوجها شيئاً من المال تقتدي به نفسها، وتتخلص به من الرابطة الزوجية، وتعوض على الزوج ما أنفقه في سبيل زواجه بها، وهو المسمى عند الفقهاء بالخلع، وقد ورد ذكره في القرآن الكريم في قوله عز وجل: ﴿وَلَا تَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾<sup>(1)</sup>.

ولتحديد مفهوم الخلع سنتطرق لتعريفه من الناحيتين اللغوية والاصطلاحية

### أولاً: تعريف الخلع.

#### 1- لغة:

الْخُلْعُ: أن يفارق امرأته على عوض تبذله له<sup>(2)</sup>، وفائدته: تخلصها من الزوج على وجه لا رجعة له عليها، إلا برضاها وعقد جديد<sup>(3)</sup>، وهو مأخوذ من خلع الثوب وغيره، فإذا فارقها فقد خلعها منه ونزع اللباس وفارق بدنه يقال خلعها وخالعهما واختلعت نفسها اختلاعا<sup>(4)</sup>.

#### 2- اصطلاحاً:

عرفه الحنفية بأنه: "أخذ مال من المرأة بإزاء ملك النكاح بلفظ الخلع. وشرطه شرط الطلاق. وحكمه وقوع الطلاق البائن"<sup>(5)</sup>، وعرفه المالكية بأنه: "إزالة العصمة بعوض من الزوجة أو غيرها هكذا قال بعضهم"<sup>(6)</sup>، وجاء تعريف الشافعية بأنه: "فرقة بين الزوجين بعوض مقصود راجع لجهة الزوج بلفظ طلاق، أو خلع كقوله: طلقتك، أو

(1) سورة البقرة، الآية 229

(2) انظر: أبو منصور الأزهري، تهذيب اللغة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 2001م، ج1، ص114.

(3) شمس الدين البعلبي، المطلع على ألفاظ المقنع، مكتبة السوادى للتوزيع، ط1، 1423هـ/2003م، ص403.

(4) محيي الدين النووي، تحرير ألفاظ التنبيه، دار القلم، دمشق، ط1، 1408، ص260.

(5) أكمل الدين البابرتي، العناية شرح الهداية، دار الفكر، د.ط. د.ت، ج4، ص211.

(6) شهاب الدين النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، د.ط، 1415هـ/1995م،

ج2، ص34؛ أبو الحسن العدوي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، دار الفكر، بيروت، د.ط،

1414هـ/1994م، ج2، ص85.

خالعتك على كذا فتقبل"<sup>(1)</sup>، كما عرفه الحنابلة بأنه: "فراق الزوج امرأته بعوض"<sup>(2)</sup>، يأخذ الزوج من امرأته أو من غيرها بألفاظ مخصوصة"<sup>(3)</sup>.

من خلال تعاريف الفقهاء للخلع، يتبين لنا أن جليها يشترك في معنى واحد وهو وقوع الفرقة بين الزوجين بتراضيهما في مقابل عوض تدفعه الزوجة لزوجها هذا في حالة ما إذا كانت الزوجة صحيحة، لكن الإستفسار يثور عن تكييف الخلع، وطبيعة حكمه، والآثار الناتجة عنه عند فقهاء الشريعة الإسلامية، إذا خالعت الزوجة زوجها وهي مريضة مرض الموت على عوض معين وتمت المخالعة.

**فالمذهب الحنفي:** يذهب إلى أنه إذا خالعت المريضة مرض الموت زوجها ومات في عدتها وهي بهذا المرض، فإن لزوجها الأقل من ميراثه منها ومن بدل الخلع ومن ثلث تركتها، فلو كان إرثه منه خمسين ديناراً، وبديل الخلع ستين ديناراً، وثلث تركتها مائة دينار، لكان للزوج خمسون ديناراً، لأنه هو الأقل.

وإذا كان موتها بعد أن خالعت بعد انتهاء العدة أو قبل الدخول، فيعطى للزوج الأقل من بدل الخلع وثلث تركتها، ولا ينظر إلى ميراثه منها، لعدم إرثه منها لموته بعد العدة، ولبيئونها بلا عدة عند وقوع الخلع قبل الدخول. فيكون للزوج في مثالنا بدل الخلع وهو ستون ديناراً، لأنه أقل من ثلث تركتها وهو مائة دينار<sup>(4)</sup>.

**أما المذهب المالكي:** فيحرم على المريضة مرض الموت أن تخلع زوجها أو أن يخالعه، أما إن وقع فينفذ ويقع به الطلاق ولا توارث بينهما لو ماتت قبله في عدتها. ومحل المنع من الخلع إن زاد بدل الخلع على إرثه منها لو ماتت قبله قبل الخلع، كما

---

(1) شمس الدين الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، ط1، 1415هـ/1994م، ج4، ص430

(2) ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، ط1، 1414هـ/1994م، ج3، ص95.

(3) إسحاق بن منصور الكوسج، مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه، ط1، 1425هـ/2002م، ج4، ص1601.

(4) عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1413هـ/1003م، ج8، ص162.

لو كان إرثه منها مائة دينار وخالعتة على مائتين. فإن خالعتة بقدر إرثه فأقل، جاز الخلع وعرف الزائد على إرثه منها يوم موتها لا يوم خلعها، وعندها يوقف جميع بدل الخلع، فإن كان بقدر إرثه منها أو أقل أخذه الزوج، لأنه حقه، وإن كان أكثر من إرثه منها رد الزائد إلى ورثتها<sup>(1)</sup>.

وقال أصحاب المذهب الشافعي: يصح اختلاع المريضة مرض الموت، لأن لها صرف مالها في أغراضها وملاذها بخلاف السفينة كما للمريض أن ينكح بكرا بمهر مثلها من غير حاجته، ولا يجب بدل الخلع من ثلث تركتها إلا قدر الزائد على مهر مثلها، بخلاف مهر المثل أو أقل منه، ولا يكون كالوصية لخروجه بالخلع عن الإرث إلا أن يكون وارثا بجهة أخرى غير الزوجية كابن العم<sup>(2)</sup>.

كما أن المذهب الحنابلي يقول: بصحة خلع المريضة لزوجها في مرض موتها، وله ما خالعتة عليه إن كان قدر ميراثه منها فما دون. وإن كان بزيادة فله الأقل من المسمى في الخلع أو ميراثه منها، لأن ذلك لا تهمة فيه بخلاف الأكثر منهما، فإن الخلع إن وقع بأكثر من الميراث تطرقت إليه التهمة من قصد إيصالها إليه شيئا من مالها بغير عوض على وجه لم تكن قادرة عليه أشبه ما لو أوصت أو أقرت له. وإن كان بدل الخلع أقل من الميراث، فإنه يستحق هذا البديل، لأنه رضي به فيتعين استحقاق الزوج للأقل منهما<sup>(3)</sup>.

من خلال ما تقدم من آراء الفقهاء يتبين لنا جليا أن هناك إتفاق بوقوع الفرقة بين الزوجين في حالة صدور الخلع، ولا خلاف بين المخالعة في مرض الموت والصحيحة، سواء كان المريض الزوج أو الزوجة أو هما جميعا، لأنه معاوضة.

---

(1) عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ج8، ص163.

(2) عبد الكريم زيدان، المرجع نفسه، ج8، ص163-164.

(3) عبد الكريم زيدان، المرجع نفسه، ج8، ص163.

وإذا صحت الزوجة بعد صدور الخلع، فيستحق الزوج كل بدل الخلع وإن ماتت في العدة. إلا أن هناك اختلاف عند الجمهور في مدى استحقاق الزوج بدل الخلع. وإن ماتت الزوجة قبل انقضاء العدة استحق الزوج الأقل من بدل الخلع، وثالث التركة، وميراثه منها لو كان ممن يرثها، لأن بدل الخلع فيه معنى التبرع، فيأخذ في مرض الموت حكم الوصية، لتعلق حق الدائنين والورثة بالتركة من وقت حلول المرض الذي كان سببا في الوفاة، وقد يكون المقصود من هذا الخلع محاباة الزوج بأن تجعل في مقابل الخلع مقدارا كبيرا يزيد عما يستحقه بالميراث، ومحابات الوارث في مرض الموت بأي مقدار لا تجوز، لأنها في معنى الوصية، والوصية للوارث لا تجوز عند جمهور الفقهاء<sup>(1)</sup>.

---

(1) بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن لأحوال الشخصية، الزواج والطلاق، دار النهضة العربية، د.ت، ج1، ص404.

## **المبحث الثاني: أحكام تصرفات المريض مرض الموت في التصرفات الإرادية.**

سنسعى من خلال هذا المبحث إلى دراسة أحكام تصرفات المريض مرض الموت في التصرفات الإرادية وسنتناوله من خلال تقسيمه إلى مطلبين، نخصص المطلب الأول لأحكام تصرفات المريض مرض الموت في التصرفات التي تنشأ بالعقد، والمطلب الثاني لأحكام تصرفات المريض مرض الموت في التصرفات التي تنشأ بإرادة منفردة.

### **المطلب الأول: أحكام تصرفات المريض مرض الموت في التصرفات التي تنشأ بالعقد.**

العقد هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، ويشمل كل الاتفاقات المتعلقة بالمعاملات المالية، كما يشمل أيضا الاتفاقات الخاصة بالأحوال الشخصية وعلاقات القانون العام، وإن اتسم في هذا المجال بطبيعة خاصة، وما يهمنا في مطلبنا هذا هي المعاملات المالية التي يجريها المريض مرض الموت، أتنطبق عليها الأحكام نفسها للصحيح المعافى أم لها أحكام خاصة تحكمها، ولتبيين ذلك ارتأينا التطرق لبعض هذه التصرفات والمتمثلة في: البيع، والهبة، والكفالة.

## الفرع الأول: البيع في مرض الموت.

عرف القانون المدني الجزائري البيع بنص المادة 351 بنصه: "البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر مقابل ثمن نقدي"، وهو تعريف جعل نقل ملكية المبيع إلى المشتري التزاماً يقع على عاتق البائع يجب أن يقوم به، فالبيع عقد من عقود نقل ملكية الأشياء والحقوق المالية إلى المشتري، وهو من عقود المعاوضة، فكل من المتعاقدين يتلقى عوضاً عن الشيء الذي يعطيه للآخر، فالبايع يتلقى الثمن من المشتري، والمشتري يتلقى عوضاً عن الثمن.

وقد راعى المشرع الجزائري الحالة النفسية التي يكون فيها الإنسان متى كان مريضاً مرض الموت فقرر تبديل الوصف والأثر القانوني لتصرفاته، والتي نجد من بينها البيع في مرض الموت، حيث فرض عليه قيوداً لافتراض شبهة التحايل في الثمن لاسيما إذا تم لوارث، وفرق بين البيع لوارث والبيع لغير وارث، حيث تنص المادة 408 ق.م.ج على أنه: "إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزاً إلا إذا أقره باقي الورثة.

أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلاً للإبطال"<sup>(1)</sup>.

كما أورد استثناء في نص المادة 409 من ق.م.ج يتعلق بحماية الغير حسن النية، وهذا ما سيأتي تفصيله في مطلبنا هذا من خلال هذه النقاط الثلاث:

(1) هناك ملاحظات بخصوص نص المادة 408 ق.م.ج:

- أن النص في النسخة الفرنسية للتقنين المدني الجزائري أورد شرطاً لم يتضمنه النص العربي، فاشتراط أن يتم البيع في فترة حدة واشتداد المرض، في حين أن هذا الشرط لم يقل به أحد من فقهاء الشريعة الإسلامية، وهي مصدر حكم البيع في مرض الموت.
- أضافت النسخة الفرنسية عبارة لم ترد في النص العربي إذ تنص: "يعتبر العقد قد حدث دون رضا صحيح".  
"Est présumé avoir faire sans consentement valable"
- فرق النص في الحكم بين البيع لوارث، والبيع لأجنبي، فجعل صحته في الحالة الأولى متوقفاً على إقرار بقية الورثة، أما في الحالة الثانية فجعله قابلاً للإبطال إما لأنه غير مصادق عليه، كما جاء في النص العربي وإما لغييب قي الرضا كما في جاء في النص الفرنسي. انظر: محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012، ص 487-488.

- أولاً: البيع في مرض الموت لوارث  
ثانياً: البيع في مرض الموت لغير وارث  
ثالثاً: حماية الغير حسن النية في البيع في مرض الموت

### أولاً: البيع في مرض الموت لوارث.

يستخلص من الفقرة الأولى للمادة 408 من القانون المدني أن قيام الشخص ببيع شيء من أمواله لأحد ورثته في مرض الموت لا ينفذ بحق باقي الورثة إلا إذا أقره<sup>(1)</sup>. وفي هذا نجد قرار للمحكمة العليا مؤرخ في: 1990/07/09، يقر بأنه: "من المقرر أنه إذا باع المريض في مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزاً إلا إذا أقره باقي الورثة ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد إساءة في تطبيق القانون. ولما كان ثابتاً من قضية الحال أن قضاة الموضوع لما ذكروا أن المستأنف عليهم لم يشيروا أن البيع وقع أثناء مرض موت البائع بالرغم من كون المستأنف عليهم أشاروا في مذكرة جوابية إلى أن مورثهم كان مصاب بمرض الموت وقت البيع ومن ثم فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا أسأوا تطبيق القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"<sup>(2)</sup>.

ومصطلح "لا يكون ناجزاً" الوارد بالمادة يدل على أن البيع يكون صحيحاً وليس باطلاً، غير أنه موقوف النفاذ على إجازة الورثة له، فبعد وفاة البائع (المورث) ينشأ لورثته الخيار بين إجازة هذا التصرف أو رفضه، فإن أجازوه أصبح نافذاً في حقهم من وقت إبرامه، وإن رفضوه يكون باطلاً من الوقت ذاته أيضاً<sup>(3)</sup>.

(1) يشترط لصحة الإقرار ما يشترط في أي تصرف تبرعي آخر، فيجب أن يكون الوارث المقر بالغاً، عاقلاً، غير محجور عليه، أو يكون هو نفسه مريضاً بمرض الموت، كما يجب أن يكون المجيز عالماً بالعيب وراغباً في تصحيحه، وذلك تحت طائلة بطلان إقراره بطلاناً مطلقاً؛ انظر: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج4، ص331، هامش(1).

(2) قرار رقم: 62156، الغرفة المدنية، مؤرخ في: 1990/07/09، المجلة القضائية، العدد4، 1991، ص68.

(3) عباس العبودي، شرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني، البيع والايجار، دار الثقافة، 1430هـ/2009م، ط1، ص212.

وما يلاحظ هنا أن المشرع طبق على البيع لوارث في مرض الموت أحكام الوصية<sup>(1)</sup>، بحيث جعل نفاذ التصرف متوقفاً على قبول باقي الورثة أي أنه ألحق البيع بأحكام الوصية بطريقة غير مباشرة.

كما نجد قرار للمحكمة العليا، مؤرخ بتاريخ: 1996/07/09 يقر بأنه: "من المقرر أن عقد البيع المنجز أثناء مرض الموت، لفائدة الوارث لا يكون نافذاً إلا إذا أقره باقي الورثة.

ولما تبين -من قضية الحال- أن زوجة المورث قد استغلت مرضه في إبرام عقد البيع قبل وفاته بثلاثة عشر يوماً، وأن القرار المطعون فيه قد استثنى العقد المذكور من التركة أثناء القسمة دون أن يبين في حيثياته حالة المرض الذي أثاره الطاعنون. فإنه استوجب النقص"<sup>(2)</sup>.

---

(1) المراد بالوارث، في جميع أحكام بيع المريض مرض الموت، هو من يكون وارثاً وقت موت المورث، ولو لم يكن وارثاً وقت البيع. أما من كان وارثاً وقت البيع وأصبح غير وارث وقت موته المورث، فلا يعتبر وارثاً في هذه الأحكام. فلو لم يكن للمورث وقت البيع من الورثة غير بنت وزوجة وأخت، ثم رزق بعد البيع مولوداً ذكراً، اعتبر الابن وارثاً ولو أنه لم يكن موجوداً وقت البيع، ولم تعتبر الأخت وارثة لأنها لا تترث وقت الموت وإن كانت تعتبر وارثة وقت المبيع؛ انظر: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج4، ص329.

(2) قرار رقم: 139123، غرفة الأحوال الشخصية، مؤرخ في: 1996/07/09، المجلة القضائية، العدد2، 1996، ص80.

## ثانياً: البيع في مرض الموت لغير وارث.

جاء في الفقرة الثانية للمادة 408 من القانون المدني أن البيع لغير وارث في مرض الموت غير مصادق عليه، و من أجل ذلك يكون قابلاً للإبطال.

وما يلاحظ على هذا النص أنه لم يبين من له الحق في الإبطال، كما لم يصرح عن سبب قابلية العقد للإبطال. بالرغم من أن الثابت قانوناً أن الإبطال يكون إما لنقص الأهلية أو لغلط، أو إكراه، أو تدليس، أو استغلال، فالنص الفرنسي يعتبر أن الأساس هو عيب شاب الرضا، فلا بد أن يكون ذلك لأحد عيوب الرضا. وهو ما لا يتوافر عند المريض مرض الموت، حيث يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن تصرفات المريض غير مشوبة بعيب في رضاه، وإنما العلة هي مساسها بحقوق الورثة التي تعلق بثلثي التركة. ولا يجوز أن يمس التصرف هذه الحقوق، واعتبرهم القانون من الغير بالنسبة لمورثهم في هذه الحالة وأجاز لهم الطعن في هذا التصرف، ولم يقل أحد من العلماء في الشريعة الإسلامية أن للورثة الحق في إجازة عيوب الرضا<sup>(1)</sup>.

وبالرجوع إلى الأحكام العامة للقانون المدني فإن طلب الإبطال يكون لصالح من شاب رضاه عيب من عيوب الرضا، فإذا سلمنا بأن رضا المريض مرض الموت مشوب بعيب من العيوب حسب الفقرة الثانية فيكون له وحده الحق في طلب الإبطال، وبما أن المريض قد مات، فيكون لورثته حق الإبطال.

ولما كان من المعروف أن من له حق الإبطال له أيضاً إجازة التصرف، أو يتنازل عن حقه في الإبطال، فيكون بذلك تصرف المريض مرض الموت معلقاً على إجازة الورثة، ومنه يتبين أن التصرف لو ارث أو للغير سيات، وليس هناك ما يدعو إلى التفرقة بين التصرفين<sup>(2)</sup>.

ويرى الدكتور محمد صبري السعدي تعديل نص المادة 408 ق.م، لتصبح كما يلي: "إذا باع المريض مرض الموت لو ارث أو لغير وارث، فلا يكون البيع نافذاً في حق الورثة إلا إذا أقره".

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 489.

(2) محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص 489.

### **ثالثا: حماية الغير حسن النية في البيع في مرض الموت.**

قد يقوم المشتري من المريض مرض الموت ببيع العين المبيعة إلى آخر أو بترتيب حق عيني آخر عليها بمقابل لصالح الغير، كالرهن، أو الانتفاع، أو الارتفاق، فباستعمال الورثة المتضررين من البيع في مرض الموت حقهم المبين في المادة 408 ق.م يتهدد مركز الغير، ويمكن أن يلحق به بالغ الضرر، ومن ثمّ يمس ذلك باستقرار التعامل، وعليه فإن العدالة استلزمت حماية هذا الغير من الضرر الذي يصيبه من ذلك؛ ف جاء المشرع بالمادة 409 من القانون نفسه والتي تنص على ما يلي: "لا تسري أحكام المادة 408 على الغير الحسن النية إذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع". وعليه فإن هذه المادة تلزم توافر شرطين أساسيين هما<sup>(1)</sup>:

**الشرط الأول:** حتى يستفيد الغير من الحماية المقررة بهذه المادة يجب أن يكون اكتسابه لملكية المبيع أو للحق العيني عليه بعوض، وإلا كان الورثة أولى بالحماية إذا انتقل الحق إليه تبرعا، بحيث يجوز للورثة أن يتتبعوا العين في يد المتبرع له، وأن يستوفوا منها حقهم غير مثقل بالحق الذي كسبه الغير عليها، وذلك ما لم تكن العين منقولا وحازه المتبرع له بحسن نية، إذ يصبح مالكا بمقتضى الحياة في هذه الحالة. وإذا كان المبيع عقارا فحتى يستفيد الغير من أحكام المادة 409 ق.م، يجب أن يكون التصرف الذي اكتسب به الحق العيني على العقار في سند رسمي مشهر، فورثه البائع يعتبرون من الغير بالنسبة للتصرفات التي يبرمها المشتري وعليه لا يكون لها أثر بالنسبة لهم إلا من تاريخ شهرها في مجموعة البطاقات العقارية.

**الشرط الثاني:** بالرجوع إلى المادة 409 ق.م فإنها تشترط أيضا أن يكون الغير حسن النية لا يعلم وقت تعامله مع المشتري أن للورثة حقا فيها وأن التصرف السابق كان فيه البائع في مرض الموت، أما إذا علم بذلك بعد التصرف الذي أكسبه الحق العيني فإن ذلك لا يؤثر في حسن نيته.

أما إذا كان هذا الغير سيء النية بأن أخبره الورثة قبل أن يقدم على ذلك بعدم

---

(1) عبد الرؤوف زروق، محمد حموش، حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، دفعة 14، السنة الدراسية 2005-2006، ص38-39.

إجازتهم لتصرف مورثهم الذي تم في مرض موته، فلا يجوز له عندئذ الاستفادة من هذه الحماية، ويجوز للورثة تتبع العين تحت يده أو استرجاع العين غير مثقلة بالحق العيني الذي كسبه عليها<sup>(1)</sup>.

ولا يعتبر الغير قد كسب حقا إذا كان المبيع عقارا، إلا إذا قام بتسجيل السند المنشئ لحقه متى كان هذا الحق عينيا أصليا، أو يقيد حقه إذا كان من الحقوق العينية التبعية كالرهن والاختصاص<sup>(2)</sup>.

يظهر في الأخير أن الفقرة الثانية من نص المادة 408 ق.م، قد خالفت ما أجمع عليه فقهاء الشريعة الإسلامية<sup>(3)</sup>، من أن للشخص حرية التصرف بالوصية في ثلث أمواله دون أن يتوقف تصرفه في الثلث على إجازة الورثة، وأن الغير الذي تعامل مع المريض مرض الموت، إذا كان حسن النية وقد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع، فلا يجوز للورثة نزعها منه، ويبقى محتفظا بها، وله أن يدفع دعوى الورثة الذين يطالبون باسترداد المبيع، وإن كان قد ترتب له حق عيني تبعي على المبيع كحق الرهن، أو الانتفاع، أو الارتفاق استرد الورثة الملكية من المشتري مثقلة بهذا الحق الأخير لمصلحة الغير.

---

(1) عبد الرؤوف زروق، محمد حموش، المرجع السابق، ص39.

(2) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص495.

(3) إذا باع المريض مرض الموت، اعتبر بيعه في حكم الوصية، كما اعتبر البيع لأحد الورثة بالمحاباة خاضعا لأحكام الوصية. فلا يجوز بيع المريض مرض الموت محاباة إلا إذا أجازته الورثة إذا كان مقدار المحاباة يجاوز ثلث التركة، وإذا كان مدينا بدين مستغرق كان بيعه المشتمل على الغبن الفاحش موقوفاً على إجازة الدائنين. فإن لم يكن مدينا، وكان البيع بالمحاباة لغير الوارث أي بأقل من ثمن المثل نفذ بيعه من ثلث التركة. وإن لم يشتمل البيع على المحاباة بأن كان بثمن المثل صح البيع ونفذ. أما البيع لو ارث ولو بثمن المثل أي بدون غبن فهو موقوف عند أي حنيفة وفي المجلة على إجازة الورثة لتعلق حقهم بعين التركة. انظر: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج4، ص3264.

## **الفرع الثاني: الهبة في مرض الموت.**

سننظر لموضوع الهبة، من خلال التعريف بها، ثم الوقوف على موقف كل من الفقهاء والمشرع الجزائري من الهبة الصادرة من المريض مرض الموت.

### **أولاً: تعريف الهبة.**

**لغة:** من وهب، والهبة: العطية الخالية عن الأعواض، والأغراض، فإذا كثرت سمي صاحبها وهاباً، والوهاب من صفات الله تعالى، المنعم على العباد<sup>(1)</sup>.  
**اصطلاحاً:** "هي تمليك العين بلا عوض"<sup>(2)</sup>.

### **ثانياً: حكم هبة المريض مرض الموت عند الفقهاء.**

جعل جمهور الفقهاء لهبة المريض أحكاماً تختلف عن أحكام هبة الصحيح، وفرّقوا بين ما إذا قبضها الموهوب له قبل موت المريض الوهاب، وبين ما إذا لم يقبضها قبله.

#### **1. هبة المريض غير المدين المقبوضة:**

إذا وهب المريض غير المدين شيئاً من ماله، فإما أن يكون الموهوب له أجنبياً عنه (غير وارث)، وإما أن يكون وارثاً له:

إذا لم يكن للمريض وارث فقد قال الحنفية: إنّ هذه الهبة صحيحة نافذة، ولو استغرقت كلّ ماله، ولا تتوقف على إجازة أحد.

وقال الشافعية والمالكية: تبطل الهبة فيما زاد على ثلث مال المريض، لأنّ ماله ميراث للمسلمين، ولا مجيز له منهم، فبطلت.

أما إذا كان للمريض ورثة، فقد اتفق الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة على نفاذ هبة المريض في هذه الصورة إن حملها ثلث ماله، أما إذا زادت على الثلث، فيتوقف القدر الزائد منها على إجازة الورثة، فإن أجازوه نفذ، وإن رده بطل<sup>(3)</sup>.

(1) ابن منظور، المرجع السابق، مادة وهب، ج1، ص803.

(2) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط2، د.ت، ج7، ص284.

(3) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، المرجع السابق، ج37، ص9-11.

## 2. هبة المريض المدين المقبوضة:

إذا كان المريض الواهب مديناً، فإما أن يكون دينه مستغرقاً لماله، وإما أن يكون غير مستغرق.

فإن كان المريض مديناً بدين مستغرق، ووهب شيئاً من ماله، وقبضه الموهوب له، فلا تنفذ هبته، سواء أكانت الهبة أقل من الثلث أم أكثر منه، وسواء أكان الموهوب له أجنبياً عن الواهب أو وارثاً له، بل تتوقف على إجازة الدائنين، فإن أجازوها نفذت، وإن ردوها بطلت، وقد جاء في مجلة الأحكام العدلية: "إذا وهب من استغرقت تركته بالديون أمواله لوارثه أو لغيره، وسلمها، ثم توفي، فلأصحاب الديون إلغاء الهبة، وإدخال أمواله في قسمة الغرماء"<sup>(1)</sup>.

أما إذا كان المريض الواهب مديناً بدين غير مستغرق، وقبض الموهوب له المال الموهوب، ففي هذه الحالة يخرج مقدار الديون من التركة، ويحكم على الهبة في المبلغ الزائد بالحكم نفسه عليها في حالة ما إذا كانت التركة خالية عن الدين<sup>(2)</sup>.

## 3. هبة المريض غير المقبوضة:

إذا وهب المريض شيئاً من ماله، ولم يقبض الموهوب له العين الموهوبة حتى مات الواهب، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:  
أحدهما للحنفية والشافعية: وهو أن الهبة تبطل في هذه الحالة لموت الواهب قبل القبض، كما تبطل أيضاً لو كان الواهب صحيحاً وقت الهبة، قالوا: ولا تنقلب هبة المريض في هذه الحالة وصية، لأنها صلة، والصلات يبطلها الموت كالنفقات، ولأن الواهب أراد التملك في الحال لا بعد الموت، إذ الهبة من العقود التي تقتضي التملك المنجز في الحياة.

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

وجاء في الفتاوي الهندية: ولا تجوز هبة المريض ولا صدقته إلا مقبوضة، فإذا

(1) مجموعة من العلماء، المرجع السابق، ص 169.

(2) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، المرجع السابق، ج 37، ص 11.

قبضت جازت من الثلث، وإذا مات الوهاب قبل التسليم بطلت.  
والثاني للمالكية وابن أبي ليلى: وهو أن الهبة في هذه الحالة صحيحة، وتأخذ حكم الوصية، ولو أنّ الموهوب له لم يقبضها قبل موت الوهاب المريض<sup>(1)</sup>.

### **ثالثاً: حكم هبة المريض مرض الموت في قانون الأسرة.**

عرف المشرع الجزائري الهبة في المادة 202 ق.أ بنصه: "الهبة تملك بلا عوض، ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشرط".

ويستفاد من هذا النص أن الهبة نقل للملكية على وجه التبرع اعتباراً لشخص الموهوب له، وإذا كانت الهبة بعوض كأن يشترط الوهاب على الموهوب له القيام بالتزام معين فإن ذلك جائز، ونكون بصدد عقد معاوضة، ويجب أن يقبل الموهوب له ذلك الشرط، وفي حالة رفضه له لا تتعد الهبة لانعدام تطابق الإرادتين، ويجب أن يكون ذلك الالتزام مشروعاً وإلا بطلت الهبة برمتها، ولصحة الهبة يجب أن يكون الالتزام محددًا بدقة في عقد الهبة، وللواهب أن يستعمل حق الحبس للمال الموهوب لغاية تنفيذ الموهوب له لالتزامه<sup>(2)</sup>.

وبذلك فإن الهبة بوصفها تملكاً بلا عوض كانت من أشد التبرعات الضارة بالمتصرف ضرراً محضاً، لذا أحاطها المشرع بضوابط هامة، لا سيما تلك المتعلقة بأهلية المتبرع، فإذا كان الوهاب أهلاً للتبرع من غير المرض جاز له أن يهب شرعاً وقانوناً كل ماله لمن يشاء، وارثاً كان أم أجنبياً طبقاً للمادة 205 ق.أ<sup>(3)</sup>.

<sup>(1)</sup> وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، المرجع السابق، ج37، ص11-12.

<sup>(2)</sup> لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة، نصاً وشرحاً، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2014، ص160.

<sup>(3)</sup> المادة 205 ق.أ: "يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءاً منها عينا أو منفعة، أو ديناً لدى الغير.

الهبة في غير مرض الموت ليست كالوصية، وبالتالي يجوز للواهب أن يهب كل ما يملكه من منقولات وعقارات وحقوق دائنيه أو المنافع أيضاً، وبالمقابل باستطاعته أن يهب جزءاً منها يتولى تحديده بإرادته المنفردة في عقد الهبة، وقد تؤدي هبة كل المال إلى حرمان الورثة أو بعضهم من الميراث إذا كان الموهوب له أجنبياً أو أحداً من الورثة".

إلا أن حرية الشخص في الهبة تقتيد ابتداءً من مرض الموت، ويحق لصاحب المصلحة الطعن فيها بعد الوفاة، وذلك طبقاً لنص المادة 204 من ق.أ التي تقضي على أن: "الهبة في مرض الموت، والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية"، إضافة إلى نص المادة 776 ق.م<sup>(1)</sup>، والتي تنطبق على الهبة أيضاً، وغرض المشرع الجزائي هو حماية الورثة من الهبات والتصرفات التي تصدر من المورث في مرض الموت، والتي تنطوي في الحقيقة على اعتداء على حق الورثة في الإرث.

ويلاحظ على نص المادة 204 ق.أ أنه أضاف حالة لم تتطرق لها جل التشريعات ولا الفقه الإسلامي وألحقها بمرض الموت وذلك فيما سماه بالحالات المخيفة، فهذا المصطلح يحتاج إلى تفسير من خلال الاجتهاد القضائي<sup>(2)</sup>.

وعليه فإن الهبة في مرض الموت، أي المرض الذي ينتهي بوفاة الواهب، وكذا في حالة الأمراض المخيفة، تأخذ حكم الوصية، أي أنها لا تنفذ إلا في حدود ثلث المال، ولا تصح للوارث إلا بإجازة الورثة، فإن قبضها الموهوب له قبل وفاة الواهب، وثبت بأنها حصلت في مرض الموت، فإنه باستطاعة الورثة المطالبة باسترداد ما زاد عن ثلث التركة وللقاضي اللجوء إلى الخبرة الطبية لتحديد ما إذا كان المرض مخيفاً وأدى إلى وفاة الواهب<sup>(3)</sup>، وهذا ما بينته المادة 185 ق.أ والتي جاء فيها: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة"<sup>(4)</sup>، وما زاد عن ذلك توقف على إجازة الورثة<sup>(1)</sup>.

---

(1) المادة 776 ق.م: "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أي كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف..."

(2) صدر قرار عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث أشار إلى الحالات المخيفة إلا أنه يستشف منه أنه لم يفرق بينها وبين مرض الموت واعتبرهما شيئاً واحداً؛ انظر: قرار رقم: 197335، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1998/06/16، الاجتهاد القضائي، عدد خاص، 2001، ص 281.

(3) لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 161.

(4) إذا لم ترد قيمة الموهوب وقت الموت على ثلث التركة، صحت الهبة، سواء كان الموهوب له وارثاً أو غير وارث، فإن الوصية أصبحت تجوز للوارث في الثلث، كما تجوز لغير الوارث، ولا حاجة إلى إجازة الورثة. انظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، دار النهضة العربية، القاهرة، 1962، ج 5، ص 127.

ومن القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا والمتعلقة بالهبة في مرض الموت والتي اعتبرت هذه الأخيرة وصية منها القرار المؤرخ بتاريخ 16/03/1999، والذي جاء فيه: "... حيث أثبت الطاعن بأن الهبة موضوع النزاع وقعت في مرض الموت، سواء من ملاحظة الموثق نفسه في عقد الهبة أو من التقرير الطبي المؤرخ في 12/04/1997.

حيث كان على قضاة الموضوع تطبيق المادة 185 من قانون الأسرة، وعليه فالوجه مؤسس الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه..."<sup>(2)</sup>.

والقرار الصادر عن الغرفة نفسها بتاريخ 15 يونيو 2005، والذي جاء فيه: "حيث اتضح من مراجعة القرار المنتقد ومن الأوراق التي تأسس عليها، أن الواهب كان مريضا مرض الموت، وأن مرضه يدخل ضمن الأمراض الخطيرة والمخيفة طبقا للمادة 204 من قانون الأسرة؛ حيث أن المادة 204 من قانون الأسرة صريحة للغاية، إذ تنص على أن الهبة في مرض الموت والأمراض المخيفة تعتبر وصية.

حيث نظرا لما سلف ذكره، كان على قضاة الموضوع أن يعتبروا عقد الهبة الباطل على أنه عقد وصية"<sup>(3)</sup>.

وهذا ما أكد عليه القضاء الجزائري في قراره الصادر في: 17/03/1998، بما يلي: "من المقرر أن الهبة لما بعد الموت تكون باطلة لأنها لا تنفذ إلا بموت الواهب، وتأخذ حكم الوصية"<sup>(4)</sup>، وما قرره أيضا في قرار لاحق بتاريخ: 19/10/2005، والذي أكدت فيه بأن: "التصرف على أساس الهبة، المنفذ بعد وفاة المورث في تركته،

---

(1) إذا كانت قيمة الموهوب تزيد على ثلث التركة، فلا تصح الهبة فيه إلا بإجازة الورثة، فإن لم يقروها وجب على الموهوب له أن يرد إلى التركة ما جاوز الثلث، وإذا تصرف الموهوب له في الموهوب الزائد على الثلث، لم ينفذ التصرف في حق الورثة بغير إجازتهم. انظر: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج5، ص128.

(2) قرار رقم: 219901، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، الصادر بتاريخ 16/03/1999، عدد خاص، 2001، ص288.

(3) قرار رقم: 318410، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، الصادر بتاريخ 15 يونيو 2005، المجلة القضائية، العدد 59، 2006، ص234.

(4) قرار رقم: 186058، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ 17/03/1998، مجلة القضائية، العدد 1، 1999، ص119، نقلا عن نسيم شيخ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة، الوصية، الوقف)، دار هومة، الجزائر، 2012، ص18-19.

يأخذ حكم الوصية<sup>(1)</sup>.

وأكدت المحكمة العليا على أن القضاء بإبطال الهبة في مرض الموت دون مراعاة المبدأ القانوني الذي يعتبرها وصية ويستفيد منها الموهوب له في حدود ما يسمح بذلك موضوع الوصية يعد مخالفة للقانون.

وذهبت في قرارها الصادر بتاريخ 1998/03/13 إلى اعتبار الهبة وصية استنادا إلى قرينة يستخلص من خلالها إضافة الهبة إلى ما بعد الموت حيث جاء فيه : "... ومن المقرر قانونا أن الهبة تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية. ومتى تبين - في قضية الحال - أن الهبة موضوع النزاع أقامها المرحوم لزوجته ذاكرا بأنه في حالة ما إذا وجد بعد وفاته ورثة آخرون وشرعيون تحدد الهبة حسب القانون وهو ما يجعلها في شكل وصية مضافة إلى ما بعد الموت في حين أن الشريعة الإسلامية لا تسمح بالوصية للوارث..." مؤسسة قرارها على أحكام الشريعة الإسلامية.<sup>(2)</sup>

---

(1) قرار رقم: 307934، المحكمة العليا، غرفة المدنية، الصادر بتاريخ: 2005/10/19، مجلة القضائية، العدد2، 2005، ص195، نقلا عن نسيمة شيخ، المرجع السابق، ص19.

(2) قرار رقم: 179724، المحكمة العليا، الصادر بتاريخ: 1998/03/13، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص277.

### الفرع الثالث: الكفالة في مرض الموت.

بغية التعرف على الكفالة في مرض الموت، لابد أولاً التعريف بالكفالة لغة واصطلاحاً، وثانياً التطرق إلى حكم كفالة المريض مرض الموت فقهاً، وثالثاً وأخيراً بيان حكم كفالة المريض مرض الموت قانوناً.

#### أولاً: تعريف الكفالة.

الكفالة: وهي في اللغة مصدر كفل به كَفُلاً، وكَفُلاً، وكفالة، وكفلت عنه تحملت<sup>(1)</sup>، وهي: الضم، قال الله تعالى: ﴿ وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا ﴾<sup>(2)</sup>، أي: ضمها إلى نفسه، وقال النبي ﷺ: "أنا وكافل اليتيم في الجنة كهاتين"<sup>(3)</sup>، أي: ضام اليتيم إلى نفسه كذا في الكفاية. وفي المغرب: الكفيل: الضامن، والكفالة ضم ذمة إلى ذمة في حق المطالبة<sup>(4)</sup>.

واصطلاحاً في الأصح عند الحنفية: هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة مطلقاً أي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين في المطالبة بنفس أو بدين أو عين كمغصوب ونحوه، فلا يثبت الدين في ذمة الكفيل، ولا يسقط عن الأصيل.

وقال المالكية والشافعية والحنابلة: الكفالة: هي ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق أي في الدين، فيثبت الدين في ذمتها جميعاً، كما جاء في المغني لابن قدامة<sup>(5)</sup>.

---

(1) شمس الدين البعلبي، المرجع السابق، ص298.

(2) سورة آل عمران، الآية 37.

(3) محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح المختصر، مكتبة الإيمان، مصر، 2003، حديث رقم 6005، ص1240؛ أبو عيسى الترمذي، سنن الترمذي، دار الكتب العلمية، 1994، ج6، حديث رقم 19922، ص45.

(4) قاسم بن عبد الله القونوي، انيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، دار الكتب العلمية، د.ط، 1424هـ/2004م، ص81.

(5) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج6، ص4143.

## ثانياً: حكم كفالة المريض مرض الموت عند الفقهاء.

إذا كفل المريض غيره بماله، فإما أن يكون غير مدين، وإما أن يكون مديناً.

### 1. كفالة المريض غير المدين.

قال المالكية والشافعية والحنابلة: كفالة المريض بماله ديناً لشخص على آخر تعتبر تبرعاً بالتزام مال لا يلزمه، ولم يأخذ عنه عوضاً، وهي استهلاك لمال المريض، فتأخذ حكم الوصية.

وقال الحنفية: يفرق في حكم كفالة المريض غير المدين بين ما إذا كان كل من المكفول له، وهو الدائن، والمكفول عنه، وهو المدين، أجنبياً عن المريض، وبين ما إذا كان أحدهما وارثاً له:

أ - فإذا كفل المريض ديناً لشخص على آخر، وكان كل من المكفول له وعنه أجنبياً عن المريض، نفذت الكفالة من كل مال المريض إذا لم يكن له وارث، وللدائن الحق في أخذ الدين المضمون به من تركته، ولو استغرق ذلك الدين كل التركة، وليس لأحد حق في معارضته.

أما إذا كان للمريض ورثة، فينظر: فإن كان المال المضمون به لا يتجاوز ثلث ماله، نفذ وإن لم يجزه الورثة، وإن تجاوز الثلث توقف القدر الزائد على إجازتهم، فإن ردوه بطل، وإن أجازوه نفذ، لأن المنع كان لحقهم وقد أسقطوه، فيزول المنع.

ب - أما إذا كان المكفول له أو عنه وارثاً، ولم يكن للمريض الضامن وارث سواه، فإن الكفالة تنفذ من كل مال المريض، ولا اعتراض لأحد عليه.

أما إذا كان له ورثة غيره، فلا تنفذ هذه الكفالة إلا إذا أجازها الورثة وكانوا من أهل التبرع، سواء أكان الدين المكفول به قليلاً أم كثيراً، فإن أجازت الورثة ثبت للمكفول له أخذ الدين من التركة، وإن لم يجيزوها فلا حق له في أخذ شيء منها، بل يأخذ دينه من المدين الأصلي، وهو المكفول عنه<sup>(1)</sup>.

(1) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، المرجع السابق، ج37، ص13-14.

## 2. كفالة المريض المدين.

يفرق في كفالة المريض المدين بماله بين ما إذا كان دينه مستغرقا لتركته، وبين ما إذا كان غير مستغرق.

أ - فإن كان دينه مستغرقا لتركته، فلا تنفذ كفالته، ولو قل الدين المكفول به، إلا إذا أبرأه الدائنون الذين تعلق حقهم بأمواله قبل هذه الكفالة من المال المكفول به، لأن الحق لهم، ولهم أن يسقطوه برضاهم.

ب - أما إذا كان دينه غير مستغرق لتركته، ففي هذه الحالة يخرج من التركة مقدار الديون الثابتة على المريض، ويحكم على الكفالة بالمبلغ الزائد على الدين بنفس الحكم على الكفالة في حالة خلو التركة عن الديون.

وقال الكاساني: ولو كفّل في صحته، وأضاف ذلك إلى ما يستقبل، بأن قال للمكفول له: كفلت بما يذوب لك على فلان، ثم وجب له على فلان دين في حال مرض الكفيل، فحكم هذا الدين وحكم دين الصحة سواء، حتى يضرب المكفول له بجميع ما يضرب به غريم الصحة، لأن الكفالة وجدت في حال الصحة<sup>(1)</sup>.

وجاء في فتاوى قاضيخان<sup>(2)</sup>: وإن أقر المريض أن الكفالة بذلك كانت في صحته، لزمه جميع ذلك في ماله إذا لم تكن الكفالة لو ارث ولا عن وارث، لأن إقرار المريض بأن الكفالة كانت في صحته إقرار منه بماله كان سببه في الصحة، فيكون بمنزلة الإقرار بالدين، فصح إذا كان المكفول له أجنبيا ولم يكن عليه دين محيط بماله.

وجاء في المادة 1605 من مجلة الأحكام العدلية: "إذا أقر في مرض موته بكونه قد كفّل في حال صحته، فيعتبر إقراره من مجموع ماله، ولكن تقدم ديون الصحة إن وجدت"<sup>(3)</sup>.

(1) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، المرجع السابق، ج37، ص14.

(2) هو: حسن بن منصور بن أبي القاسم محمود بن عبد العزيز، فخر الدين، المعروف بقاضي خان الأوزجندی الفرغاني، الفقيه الحنفي، صاحب الفتاوى المشهورة، توفي سنة (592هـ)؛ انظر: خير الدين الزركلي، المرجع السابق، ج2، ص224.

(3) مجموعة من العلماء، المرجع السابق، ص317.

### ثالثاً: حكم كفالة المريض مرض الموت في التشريع الجزائري.

تنص المادة 644 ق.م.ج على ما يلي: « الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه». من هذا التعريف يتبين أن الكفالة هي عقد بين الكفيل والدائن. أما المدين الأصلي فليس طرفاً في عقد الكفالة، بل أن كفالة المدين تجوز بغير علم المدين، وتجاوز أيضاً رغم معارضته، (المادة 647 ق.م.ج).

فالكفالة إذن تفترض وجود التزام مكفول، وهذا الالتزام يفترض وجود مدين أصلي به ودائن، كما تفترض الكفالة وجود عقد بين الكفيل والدائن بالالتزام الأصلي المكفول بموجبه يفي الكفيل بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين الأصلي<sup>(1)</sup>.

ويمكن أن نحدد خصائص الكفالة من التعريف السابق إيراده، فهي أولاً عقد ضمان، وهو ضمان شخصي بمعنى أنه ينصب على ذمة الكفيل، فلا يتمثل في تخصيص عين لكفالة حق الدائن. وهي ثانياً اتفاق تبعي، فيقوم على أساس وجود دين أصلي تتعد الكفالة لزمانه، ويكون التزام الكفيل بالكفالة التزاماً تبعياً فيرتبط بالدين الأصلي في وجوده وفي زواله.

كما يؤخذ من التعريف أيضاً أن الكفالة، عقد ملزم لجانب واحد، هو جانب الكفيل، كما أنها من عقود التبرع إذ تتم بلا مقابل على الدائن<sup>(2)</sup>.

وعلى ذلك يشترط في الكفيل عادة أهلية التبرع، كما يجوز الطعن في الكفالة بالدعوى البولصية دون أن يشترط تواطؤ الكفيل لا مع الدائن ولا مع المدين<sup>(3)</sup>، وفي هذا المجال تطبق القواعد العامة إذ تنص المادة 192 ق.م.ج على أنه: "إذا كان تصرف المدين بعوض، فإنه لا يكون حجة على الدائن إلا إذا كان هناك غش صدر من المدين وإذا كان الطرف الآخر قد علم بذلك الغش يكفي لاعتبار التصرف منطوي

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970، ج10، ص20.

(2) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011، ص14.

(3) عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، ج10، ص27.

على الغش أن يكون قد صدر من المدين، وهو عالم بعسره".  
فإذا تمت الكفالة في مرض الموت، ولم يكن للكفيل ورثة نفذت الكفالة، وللدائن الحق في أخذ الدين المكفول به من تركته ولو استغرق الدين كل التركة، فإن لم يستغرقها كان الباقي للخبزينة العامة. أما إذا كان للكفيل ورثة، وسواء كان المكفول عنه أو المكفول له وارثاً أو لا، فلا تنفذ الكفالة إلا في الثلث، وما زاد على الثلث فلا ينفذ إلا بإجازة الورثة.

تطبق هذه الأحكام كلها إذا لم يكن الكفيل مديناً، أما إذا كان مديناً بدين مستغرق تركته، فلا تنفذ الكفالة إلا إذا أبرأه الدائنون قبل الكفالة لأن الحق لهم، أما إذا كان دينه غير مستغرق لكل تركته فيخرج من التركة أولاً مقدار الديون الثابتة<sup>(1)</sup>.

تنص المادة 776 فقرة 1 ق.م.ج على: "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أي كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف".

فإذا قام المريض مرض الموت بكفالة شخص أو وهب ما لا له، فإن تصرفه هذا تسري عليه أحكام الوصية الواردة في نص المادة 185 ق.أ.ج، فلا تنفذ الكفالة إلا في حدود ثلث التركة، ما لم يجز الورثة ما يجاوز ثلث التركة. فهي قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس، فيجوز للمتصرف إليه أن يثبت أن التصرف قد صدر معاوضة، بأن يثبت أنه دفع مقابلاً لما أعطاه المريض فيكون التصرف نافذاً في حق الورثة بشرط أن يكون المقابل مساوياً لقيمة ما قدمه المريض مرض الموت للمتصرف إليه.

أما إذا كانت محاباة للمتصرف إليه، فإن القدر المحابي به يأخذ حكم الوصية. غير أنه، يشترط أن يكون التصرف قد صدر في مرض الموت، وعلى الورثة عبئ إثبات صدور التصرف من مورثهم، بأنه في مرض الموت<sup>(2)</sup>، ويعتبر حكماً عاماً في تصرفات المريض مرض الموت كما سبق بيانه.

(1) عبد الكريم زيدان، الكفالة والحوالة في الفقه المقارن، المكتب الإسلامي، 1975، ص155.

(2) وهو ما قضت به المادة 776 فقرة 2 ق.م.ج: "وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً".

## المطلب الثاني: أحكام تصرفات المريض مرض الموت في التصرفات التي تنشأ بإرادة منفردة.

تحت هذا المطلب سنقوم بمعالجة التصرفات الصادرة من المريض مرض الموت بإرادته المنفردة، والتي تعد عمل قانوني صادر من جانب واحد تنتج آثارا قانونية مختلفة، فقد تكون سبباً لكسب الحقوق العينية كالوصية، وسبباً لسقوطها كالنزول عن حق ارتفاق أو حق رهن، وقد تثبت حقاً شخصياً ناشئاً عن عقد قابل للإبطال كالإجازة، وقد تجعل عقدا يسري على الغير كالإقرار، وقد تنهي رابطة عقدية كعزل الوكيل أو نزوله عن الوكالة. وقد تسقط حقاً شخصياً كالإبراء، وسنكتفي في مطلبنا هذا لتطرق لثلاث تصرفات وهم: الوصية، والهبة، والكفالة.

### الفرع الأول: الوصية في مرض الموت.

سنعالج في هذا الفرع الوصية الصادرة في مرض الموت، من خلال التعريف بها، والتطرق لما يلحق بها ويأخذ حكمها.

#### أولاً: التعريف بالوصية

الوصية لغة مأخوذة من وصيت الشيء أو وصيه إذا وصلته وسميت الوصية وصية لأن الميت لما أوصى بها وصل ما كان فيه من أمر حياته بما بعده من أمر مماته<sup>(1)</sup>. أما فقها فلها تعريفات متعددة، فعرفها الحنفية على أنها: "تبرع مضاف إلى ما بعد الموت"<sup>(2)</sup>، ويعرفها المالكية بأنها: "عقد يوجب حقاً في ثلث عاقده يلزم بموته أو يوجب نيابة عنه بعده"<sup>(3)</sup>، ويعرفها الشافعية بأنها: "تبرع بحق مضاف ولو تقديراً لما بعد

(1) أبو منصور الأزهرى، الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، دار الطلائع، د.ت، ص181.

(2) محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، د.ط، 1414هـ/1993م، ج12، ص47؛ علاء الدين الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ج3، ص205.

(3) أبو عبد الله المواق المالكي، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، ط1، 1416هـ-1994م، ج8، ص513.

الموت<sup>(1)</sup>، ويعرفها الحنابلة بأنها: "التبرع بالمال بعد الموت"<sup>(2)</sup>.

كما أن المشرع الجزائري عرف الوصية بنص المادة 184 ق.أ على أنها: "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"<sup>(3)</sup>، وهو ما اعتمده القضاء الجزائري، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 1995/05/02، أنه: "من المقرر قانوناً أن الوصية هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"<sup>(4)</sup>.

والملاحظ أن التعريف الذي جاء به المشرع وأيده القضاء يتسم بالقصور حين حصر الوصية في كل ما يعتبر تمليكا فقط، ذلك أن الوصية تشمل التمليك بالمال أو المنفعة وتشمل الإسقاطات لتكاليف معينة، كما الإبراء من الدين أو تأجيله أو الكفالة، كما تشمل جهة من الجهات، كالوصية للمساجد والمستشفيات والملاجئ ونحوها، وليس الوصية للأشخاص المعيّنين بالاسم أو الوصف فقط. وعليه يمكن تعريف الوصية كالتالي: "الوصية تصرف في التركة يضاف إلى ما بعد الموت"، وبهذا يكون التعريف جامعاً مانعاً، يشمل ما إذا كان الموصى به مالا أو منفعة أو إسقاطاً فيه، ويشمل ما إذا كان الموصى له من أهل التملك أو من غير أهل التملك، فضلا عن كونه يخرج التبرعات التي تتم حال الحياة<sup>(5)</sup>.

---

(1) زكريا الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي، د.ط، د.ت، ج3، ص29.  
(2) عبد الرحمن بن قاسم النجدي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، د.ن، ط1، 1397هـ، ج6، ص40.  
(3) الوصية هي تصرف في المال لا ينفذ إلا بعد موت الموصي، وهي تصرف دون معاوضة كمبدأ عام، فهي من التبرعات، وعلى ذلك فإن المال الموصى به يبقى تحت حيازة الموصي والذي ينتفع به لغاية وفاته، وتبعاً لذلك يجوز للموصي الرجوع في وصيته، والوصية تعد من الحقوق المتعلقة بالتركة، وبالتالي فإنها تستوفي منها قبل القسمة. انظر: لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص150.  
(4) قرار رقم: 116375، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، الصادر بتاريخ: 1995/05/02، مجلة قضائية، عدد1، 1996، ص108.  
(5) نسيمه شيخ، المرجع السابق، ص181-182.

## ثانيا: التصرفات الملحقة بالوصية.

أحق القانون المدني الجزائري بالوصية تصرفين أعطاها حكمها وهما: تصرفات المريض مرض الموت والتصرف لوأرث مع الاحتفاظ بالحياة، وسأقتصر على عرض تصرفات المريض مرض الموت، من خلال تبين شروط إعمال المادة 776 ق.م<sup>(1)</sup>.

### أ - شروط تطبيق المادة 776 من القانون المدني وحكمها

إن التصرف الصادر عن المورث في مرض الموت ويكون القصد منه التبرع يعتبره القانون وصية مستترة، وتسري عليه أحكام الوصية حماية للورثة، وهذا بتوفر الشرطين التاليين:

### 1 - صدور التصرف في مرض الموت.

فيشترط أن يبرم التصرف خلال مرض الموت وعلى الورثة أن يثبتوا ذلك، فعبي الإثبات يقع عليهم وذلك طبقا للفقرة الثانية من المادة 776 ق.م، والتي تضيف أن لهم إثبات ذلك بكل الطرق أي بما فيها البينة والقرائن باعتبار أنهم بصدد إثبات واقعة مادية، وبذلك يكون المشرع قد خفف عليهم عبئ الإثبات إذ لم يوجب عليهم إثبات أن التصرف صدر على سبيل التبرع، وإنما يكفي عليهم إقامة الدليل على صدور التصرف في مرض الموت، ومتى تمكنوا من ذلك قامت قرينة بسيطة لفائدتهم مفادها صدور التصرف على سبيل التبرع<sup>(2)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> تنص المادة 776 ق.م: "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف. وعلى 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. 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 أحكام خاصة تخالفه".

<sup>(2)</sup> مريم دريبين، أحكام الوصية في تقنين الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، السنة الجامعية 2012-2013، ص 61-62.

## 2 - أن يكون التصرف بقصد التبرع

ويلاحظ في هذا الشأن أن المشرع قد أقام قرينة على أنه إذا صدر التصرف من المورث في مرض الموت فإنه يعد قد صدر تبرعا، لذلك أعفى المشرع الورثة من إثبات تبرعية التصرف ولكن يقع عبئ إثبات التصرف غير التبرعي على عاتق المتصرف إليه، فيجوز لمن صدر له التصرف أن يدحض هذه القرينة القانونية بأن يثبت أنه دفع عوضا للمورث، فإذا أثبت ذلك نفذ التصرف في حق الورثة، أما إذا أثبت العوض وكان في العوض محاباة له، فإن هذا القدر المحابي به هو الذي تسري عليه أحكام الوصية<sup>(1)</sup>. وفي هذا الشأن نجد قرار صادر عن المحكمة العليا، المؤرخ في: 1999/06/16م، والذي جاء في حيثياته: "...حيث أن المادة 204 ق.أ قد نصت على أن الهبة في مرض الموت والأمراض المخيفة تعتبر وصية، إضافة إلى أن الواهب هو في حالة مادية ظاهرة لا يمكن إخفاؤها ويجوز إثباتها بشهادة الشهود، زيادة على الشهادات الطبية المحتج بها، وعليه فالوجه مؤسس، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالة نفسه للمجلس"<sup>(2)</sup>.

---

(1) فيصل دويذة، تصرفات المريض مرض الموت، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: أحوال شخصية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، السنة الجامعية 2014-2015، ص73.

(2) قرار رقم: 197335، غرفة الأحوال الشخصية، مؤرخ في 1999/06/16م، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001.

## الفرع الثاني: الوقف في مرض الموت.

الوقف نظام شرعي قائم بذاته، وباب من أبواب الفقه الإسلامي، يهدف إلى حبس العين على حكم الله سبحانه وتعالى، والتصدق بثمارها على جهة من جهات البر، فهو نوع من الصدقات الجارية، التي تنفع صاحبها بعد موته، ولقد تعرض فقهاء الشريعة الإسلامية إلى المقصود بالوقف وإلى فكرة خروج المال من ذمة الواقف ودخوله في ذمة الموقوف عليهم أو بقاءه بلا مالك، والذي يهمنا في هذا الفرع، هو الوقف الذي يصدر من الشخص المريض مرض الموت، ولبيان ذلك يجدر بنا التعريف بالوقف، ومعرفة موقف الفقهاء بشأن الوقف الصادر في مرض الموت، وكذا موقف المشرع الجزائري منه.

### أولاً: تعريف الوقف.

**لغة:** هو الحبس، ووقف الضيعة هو حبسها عن تملك الواقف وغير الواقف واستغلالها للصرف إلى ما سمي من المصارف ولذا سمي حبساً<sup>(1)</sup>، وهو المال يوقف ويحبس مؤبد الوجه من وجوه الخير أو على قوم معينين<sup>(2)</sup>.

**وفي الشرع:** عبارة عن حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنافع على الفقراء مع بقاء العين<sup>(3)</sup>.

**وجاء تعريفه بأنه:** حبس مالك ماله المنتفع به مع بقاء عينه عن التصرفات برقبته، و تسبيل منفعته على شيء من أنواع القرب ابتغاء وجه الله تعالى<sup>(4)</sup>.

(1) نجم الدين النسفي، طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، المطبعة العامرة، مكتبة المثني ببغداد، د.ط، 1311هـ، ص105.

(2) القاضي عياض اليحصبي، مشارق الأنوار على صحاح الآثار، المكتبة العتيقة ودار التراث، ج2، ص293.

(3) قاسم بن عبد الله القونوي، المرجع السابق، ص70.

(4) عبد الله آل بسام، تيسير العلام شرح عمدة الأحكام، دار السلام للنشر والتوزيع، الرياض، ط1، 2009، ج2، ص245.

وأما في الاصطلاح القانوني فنجد المشرع الجزائري عرفه بموجب نص المادة 213 من قانون الأسرة<sup>(1)</sup> بأن: "الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصديق"، وكان هذا أول التعريف للوقف في القانون الوضعي الجزائري، ليأتي بعد ذلك تعريف الوقف من خلال القانون رقم 90-25 المتضمن قانون التوجيه العقاري<sup>(2)</sup>، من خلال المادة 31 بقوله: "الأملك الوقفية هي العقارية التي حبسها مالكها بمحض ارادته ليجعل التمتع بها دائما تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة، سواء كان هذا التمتع فوريا أو عند وفاة الموصين الوستاء الذين يعينهم المالك المذكور".

ثم جاء قانون 91-10 المتعلق بالأوقاف<sup>(3)</sup>، ينص في المادة 03 منه أن: "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصديق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير"، ويبدو أن التعريف قد ركز على الجمع بين ثلاث خصائص أساسية للوقف وهما، خاصية التأييد والدوام، وخاصية إسقاط الملكية عن العين الموقوفة، والخاصية الثالثة هي خاصية نية التصديق، غير أن التعريف الوارد في قانون 91-10 كان أكثر وضوحا من سابقه ذلك أنه ركز على تبيان أن التصديق يكون بالمنفعة وليس على العين الموقوفة<sup>(4)</sup>.

---

(1) قانون رقم: 84-11، المؤرخ في: 09 رمضان 1404هـ، الموافق: 09 يونيو 1984م، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 05-02، المؤرخ في: 18 محرم 1426هـ، الموافق: 27 فيفري 2005م.

(2) قانون رقم: 90-25، المؤرخ في: أول جمادى الأولى 1411هـ، الموافق: 18 نوفمبر سنة 1990م، المتضمن قانون التوجيه العقاري، المعدل والمتمم بالأمر رقم: 95-26، المؤرخ في: 30 ربيع الثاني 1416هـ، الموافق: 25 سبتمبر سنة 1995م.

(3) قانون رقم: 91-10، المؤرخ في: 12 شوال 1411هـ، الموافق: 27 أبريل 1991م، المتعلق بالأوقاف.

(4) محمد كنانة، الوقف العام في التشريع الجزائري، دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والقرارات القضائية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006، ص11.

## **ثانياً: حكم وقف المريض مرض الموت عند الفقهاء .**

يفرق في الوقف بين ما إذا كان المريض الواقف غير مدين وبين ما إذا كان

مديناً:

### **أ - وقف المريض غير المدين**

إذا وقف المريض غير المدين ماله أو شيئاً منه: فإما أن يكون وقفه على أجنبي،

وإما أن يكون على وارث:

#### **1 - وقف المريض غير المدين على أجنبي:**

ذهب الفقهاء إلى أن وقف المريض غير المدين شيئاً من ماله على أجنبي عنه أو

على جهة من جهات البر صحيح نافذ لا يتوقف على إجازة أحد إن كان مقدار الوقف

لا يزيد على ثلث التركة عند موت الواقف.

أما إذا كان مقدار الموقوف زائداً على الثلث، فينفذ الوقف في قدر الثلث، ويتوقف

في القدر الزائد على إجازة الورثة<sup>(1)</sup>.

#### **2 - وقف المريض غير المدين على الوارث**

إن كان وقفه على جميع الورثة، ثم على أولادهم، ثم على جهة بر لا تنقطع،

فينظر إن أجاز الورثة جميعاً هذا الوقف نفذ، سواء كان الموقوف يخرج من ثلث تركته

أم كان أكثر منه. وإن لم يجزوه نفذ وقف ما يخرج من الثلث.

وإن أجاز بعض الورثة دون بعض، كانت حصة المجيز وقفاً مع الثلث<sup>(2)</sup>.

وإن كان وقف المريض غير المدين على بعض ورثته، فقد اختلف الفقهاء في

وقفه على مذاهب، فقد ذهب الشافعي وأحمد في إحدى الروايتين عنه إلى أنه لا يجوز

الوقف على بعض الورثة أثناء المرض.

وذهب غير الشافعي وأحمد في الرواية الأخرى إلى جواز وقف الثلث على الورثة

في المرض مثل الاجانب.

ولما قيل للإمام أحمد: أليس تذهب إلى أنه لا وصية لو ارث؟ فقال: نعم.

(1) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، المرجع السابق، ج37، ص15

(2) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، المرجع نفسه، ج37، ص15-16.

والوقف غير الوصية لأنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولا يصير ملكا للورثة ينتفعون بغلته<sup>(1)</sup>.

### ب - وقف المريض المدين

إذا وقف المريض ماله أو شيئاً منه، ومات وهو مدين بدين مستغرق لتركته، فإنه يتوقف وقفه كله على إجازة الدائنين، سواء أكان الموقوف عليه وارثاً أم غير وارث، وسواء أكان الموقوف أقل من الثلث أم مساوياً له أم أكثر منه، فإن أجازوه نفذ، وإن لم يجيزوه بطل الوقف، وبيعت الأعيان الموقوفة لوفاء ما عليه من الديون<sup>(2)</sup>.  
وأما إذا وقف المريض شيئاً من ماله، وكان مديناً بدين غير مستغرق لتركته، فيخرج مقدار الدين من التركة، ويحكم على الوقف في الباقي من التركة بعد الإخراج بالحكم على الوقف عندما تكون التركة خالية من الديون.

### ثالثاً: حكم وقف المريض مرض الموت في التشريع الجزائري.

نصت المادة 32 من القانون رقم 10/91 السابق ذكره، على أنه: «يحق للدائنين طلب إبطال وقف الواقف في مرض الموت، وكأن الدين يستغرق جميع أملاكه»، ولكنه لم يتضمن أي حكم يتعلق بالورثة، وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد المادة 215 منه تنص: "يشترط في الواقف والموقوف له ما يشترط في الواهب والموهوب له طبقاً للمادتين 204 و205 من هذا القانون."<sup>(3)</sup>

وعلى هذا الأساس نجد المشرع الجزائري قد صنف الوقف ضمن عقود التبرعات،

---

(1) سيد سابق، فقه السنة، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط3، 1397هـ - 1977م، ج3، ص526-527.

(2) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، المرجع السابق، ص15-16.

(3) المادتين 204 و205 من ق.أ.ج، يتكلمان عن الهبة، وتطبيق نص المادة 215 ق.أ.ج، تصبح المادة 204 تنص على أن: "الوقف في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية". وتنص المادة 205 على أنه: "يجوز للواقف أن يوقف كل ممتلكاته أو جزء منها عينا، أو منفعة، أو ديناً لدى الغير".

حيث جاء في نص المادة 4 من القانون 91-10 المتعلق بالأوقاف على أن: "الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة"، فهو تصرف تبرعي تنتقل بموجبه منفعة المال الموقوف من الواقف الى الموقوف عليه دون مقابل أو عوض، لأن الغاية منه هي التقرب إلى الله تعالى، وعليه يأخذ الوقف في مرض الموت حكم الهبة في مرض الموت وتسري عليه أحكام الوصية<sup>(1)</sup>، وهذا تطبيقا لنص المادة 776 فقرة 01 من القانون المدني التي تعتبر الأصل العام في تصرفات المريض مرض الموت<sup>(2)</sup>، والتسمية هنا هي الوقف، لذلك يجب اعتبار الوقف الصادر من المريض مرض الموت وصية، و تجري عليه الأحكام المنصوص عليها في قانون الأسرة.

ومفاد ذلك أن الوقف لا ينفذ إلا في ثلث المال، وإن كان لوارث فلا بد من إجازة الورثة له، ويجوز حبس كل ممتلكات المحبس أو جزء منها فقط بشرط أن لا يكون ذلك في مرض الموت<sup>(3)</sup>.

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها مؤرخ في 23 نوفمبر 1993: "حيث أن المادتين 215 و204 من قانون الأسرة تنص على بطلان الحبس في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة وأن حالة المحبس (ع. م) الذي أقام الحبس موضوع النزاع في أوث 1987 كان يعاني منذ سنة 1985 من مرض خطير لازمه الى يوم وفاته في 3 نوفمبر 1987..."<sup>(4)</sup>.

### الفرع الثالث: الإبراء في مرض الموت.

---

(1) فتية دالي، تصرفات المريض مرض الموت في القانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة ألكلي محند أولحاج، البويرة، 2013، ص83.

(2) تنص المادة 776 فقرة 01 على أن: "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت يقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا الى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى الى هذا التصرف".

(3) لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص165.

(4) قرار رقم: 96675، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مؤرخ في: 23 نوفمبر 1993، اجتهاد قضائي، عدد خاص، 2001، ص303-304.

الإبراء هو نزول الدائن عن حقه قبل المدين دون مقابل، فالإبراء تصرف تبرعي حتماً، فإذا استوفى الدائن عين حقه كان وفاءً، وإذا استوفى مقابلاً كان هذا بمقابل، فإذا لم يستوف حقه عيناً ولا بمقابل كان هذا هو الإبراء<sup>(1)</sup>.

### أولاً: تعريف الإبراء.

وللإبراء تعاريف متعددة لدى الفقهاء، وقد جمعها القاموس الفقهي<sup>(2)</sup>، حيث جاء تعريف المالكية للإبراء بأنه: "نقل للملك وإسقاط للحق"، وعرفه الحنفية بأنه: "إسقاط الحق عن الذمة"، وعرفه الشافعية بأنه: "تمليك المدين ما في ذمته"، وعرفه الإباضية بأنه: "إزالة شغل الذمة في الحكم".

وجاء تعريفه بأنه: "إقرار من الدائن بحصوله على كافة ديونه من المدين وخلو ذمة المدين لدى الدائن والمريض إما أن يكون مديناً أو غير مديناً، ومدينه إما أن يكون وارث أو غير وارث"<sup>(3)</sup>، وسنتطرق في فرعنا هذا إلى الإبراء في مرض الموت، من الناحيتين الشرعية والقانونية.

### ثانياً: حكم إبراء المريض مرض الموت عند الفقهاء.

إذا أبرأ المريض مرض الموت غير المدين مديناً له مما له عليه من دين، فنفرق بين حالتين وهما: إما أن يكون المبرأ أجنبياً وإما أن يكون وارثاً:<sup>(4)</sup>

أ - فإن كان أجنبياً، فقد قال الحنفية والشافعية والحنابلة: إذا أبرأ المريض مدينه الأجنبي من دين له عليه لا يتجاوز ثلث مال المريض، فإن الإبراء صحيح نافذ، أما إذا كان أكثر من الثلث، فإن الزائد على الثلث يكون موقوفاً على إجازة الورثة فإن أجازوه نفذ، وإن رده بطل.

---

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص380.

(2) سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، دار الفكر، دمشق، سورية، ط2، 1408هـ/1988م، ص35.

(3) نبيل صقر، المرجع السابق، ص144.

(4) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، المرجع السابق، ج37، ص22-23.

أما إذا لم يكن للمريض وارث، فقد قال الحنفية: ينفذ إبرأه للأجنبي، ولو استغرق كل ماله، ولا حق لأحد في المعارضة.

ب - أما إذا كان وارثا، فقد قال الحنفية: إذا أبرأ المريض وارثه من دينه، وكان المريض غير مدين، فإن إبرأه يتوقف على إجازة سائر الورثة، سواء أكان الدين الذي أبرأه منه قليلا أم كثيرا، فإن أجازوه نفذ، وإن رده بطل.

أما إذا لم يكن للمريض وارث سوى المبرأ من الدين، فإن الإبراء ينفذ ولو استغرق جميع المال، لأن المنع كان لحق الورثة، ولم يوجدوا، فينفذ.

- وإن كان المريض مدينا بدين مستغرق لتركته، فقد قال الحنفية: يتوقف إبراء المريض مدينه في هذه الحالة على إجازة الدائنين، سواء أكان الدين الذي أبرأ منه قليلا أم كثيرا، لأنهم أصحاب الحقوق في ماله، فإن أجازوه نفذ، وإن رده بطل، ولا فرق بين أن يكون المبرأ وارثا للمريض أو غير وارث.

أما إذا أبرأ المريض مدينه، وكان المبرأ مدينا بدين غير مستغرق لتركته، فيخرج من التركة مقدار ما عليه من الدين، ويحكم على الإبراء في القدر الباقي بعد الدين بالحكم على الإبراء حيث لا يكون المريض مدينا أصلا<sup>(1)</sup>.

### **ثالثا: حكم إبراء المريض مرض الموت في التشريع الجزائري.**

نظم القانون المدني الجزائري الإبراء بصفة عامة في القسم الأول من الفصل الثالث تحت عنوان انقضاء الالتزام دون الوفاء به، وهو تصرف قانوني يتم بإرادة منفردة، حيث تنص المادة 305 على أنه: "ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه اختياريا ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ولكن يصبح باطلا إذا رفضه المدين".

ويتضح من هذه المادة أن الإبراء عمل قانوني يتم بإرادة واحدة وإرادة الدائن، ويتم إذا اتصلت إرادة الدائن بعلم المدين ومن وقت علمه دون حاجة إلى قبول المدين، غير

---

(1) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، المرجع السابق، ج37، ص23

أنه الدائن لا يمكنه فرض الإبراء على المدين بالرغم منه، ولذلك أجاز القانون المدني الجزائري رد الإبراء<sup>(1)</sup>.

ونصت المادة 306 من القانون المدني على أنه: "تسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع. ولا يشترط فيه شكل خاص ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان".

ومما سبق يتضح لنا أن الإبراء في مرض الموت يأخذ حكم التصرفات التبرعية في مرض الموت، باعتبار أن نية التبرع في الإبراء تكون صريحة، فإن نزول المريض مرض الموت عن دينه يأخذ حكم الوصية تطبيقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، إضافة إلى تطبيق الحكم العام للتصرفات القانونية التي تصدر عن الشخص في مرض الموت بقصد التبرع الوارد بالمادة 776 من القانون المدني<sup>(2)</sup>.

وكخلاصة لما تقدم، فإنه إذا أبرأ المريض وارثاً، توقف الإبراء على إجازة الورثة، ولو كان الدين أقل من الثلث. وإن أبرأ أجنبياً، والدين يجاوز ثلث التركة، توقف الإبراء في الزائد عن الثلث على إجازة الورثة؛ لأن الإبراء تبرع له حكم الوصية. وإن أبرأ المريض أحد المدينين، وكانت التركة مستغرقة بالديون، لم ينفذ إبرأؤه، لتعلق حق الغرماء<sup>(3)</sup>.

---

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 381.

(2) تنص الفقرة 01 من المادة 776 ق.م على أن: "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أي كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف".

(3) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ط4، ج6، ص4375.



# الخاتمة

## الخاتمة.

في نهاية هذا البحث ومن خلال كل ما سبق يمكن تسجيل أهم النتائج المتوصل إليها، والمتمثلة فيما يأتي بيانه:

- لكي يكون المرض مرض موت لا بد من توافر شروط وعلامات من شأنها أن تقيم في نفس المريض حالة نفسية وهي إقباله، وإشرافه على الموت، وتتمثل هذه الشروط بعدم قدرة المريض على قضاء مصالحه بمفرده، وأن يغلب لديه الشعور بالخوف من الموت، وأن ينتهي بالموت فعلاً،
- المشرع الجزائري لم يضع تعريفاً لمرض الموت وترك ذلك للقضاء الذي عرفه كما يلي: "مرض الموت الذي يبطل التصرف هو: المرض الأخير إذا كان خطيراً، ويجر إلى الموت، وبه يفقد المتصرف وعيه، وتمييزه".
- هناك حالات عديدة لا يشتكي أصحابها من أي مرض غير أن تصرفاتهم تأخذ حكم تصرفات المريض مرض الموت، ويكون ذلك عندما يغلب الهلاك عليهم وينتهي بهم الحال إلى الموت مباشرة فضلاً عن قيام حالة نفسية بداخلهم تجعلهم يعتقدون بدنو أجلهم، كالمحكوم عليه بالإعدام الذين ينتظرون تنفيذ الحكم، ومن كان في سفينة على وشك الغرق، ولم تنهياً له وسائل الإنقاذ، ومن داهمه حريق لا سبيل للنجاة منه، ومن حوَّص في حرب وأيقن أنه مقتول، ومن عقد نيته على الانتحار...
- تصرفات أصحاب الأمراض المزمنة، والأمراض المعدية، ونحوهما، تعد كتصرفات الأصحاء، فلا يعتبرون مرضى مرض الموت، إلا إذا تغير حالهم واشتد، وخيف منه الهلاك، واتصل بالموت، ويرجع تقدير مرض الموت لأهل الاختصاص من الأطباء ولظروف تقدم الطب في كل عصر.
- إثبات مرض الموت له أهمية استثنائية فهو الذي يحفظ حقوق الورثة، والدائنين من تصرفات مورثهم المريض، وذلك بتقييد تصرفاته التي تتطوي على تبرع بقيود الوصية، أي أنها لا تنفذ إلا في حدود ثلث المال، ولا تصح للوارث إلا بإجازة الورثة، مالم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك، ويجوز إثبات التصرف بجميع طرق الإثبات بما في ذلك البينة، والقرائن، والشهادات الطبية الدالة على

حالة المريض باعتباره واقعة مادية، مع الإشارة أن تقييد تصرفات المريض مرض الموت لا يرجع إلى انعدام، أو نقص في أهليته إنما يرجع إلى حماية حقوق الورثة والدائنين.

• قانون الأسرة الجزائري لم يتطرق لتصرفات المريض مرض الموت في مسائل الأسرة، غير أن إحالة المادة 222 من قانون الأسرة إلى أحكام الشريعة الإسلامية، في كل مالم يرد النص عليه، يوجب الرجوع إلى آراء الفقهاء لتبيين أحكام الزواج، والطلاق والخلع في مرض الموت والتي تعد من أبرز المسائل الخلافية في الفقه الإسلامي، والتي خلص إليه البحث في هذا المجال هو صحة هذه التصرفات مع ترتب بعض الآثار:

– بالنسبة للزواج يثبت التوارث بين الزوجين في مرض الموت، ودون التفرقة بين أن يكون الزوج هو المريض، أو الزوجة هي المريضة، ودون التفريق بين ما إذا كان قد دخل بها أو لم يدخل بها.

– بالنسبة للطلاق فإذا طلق زوجته طلاقاً بائناً ومات قبل أن تنتهي عدتها، أو بعد انتهائها ورثته، لأن طلاقه في هذه الحالة يعد فراراً، وهروباً من إرثها، ويؤدي إلى الإضرار بها وحرمانها من الميراث، وبالتالي يعامل بنقيض مقصوده.

– بخصوص الخلع فإذا صحت الزوجة بعد صدور الخلع فيستحق الزوج كل بدل الخلع وإن ماتت في العدة؛ وإن ماتت الزوجة قبل انقضاء العدة استحق الزوج الأقل من بدل الخلع، وثالث التركة، وميراثه منها لو كان ممن يرثها، لأن بدل الخلع فيه معنى التبرع، فيأخذ في مرض الموت حكم الوصية.

• جعل المشرع الجزائري لتصرفات المريض مرض الموت، سواء الناشئة بالعقد كالبيع، والهبة، والكفالة، أو الناشئة بالإرادة المنفردة كالوقف والإبراء، حكماً عاماً وهو خضوعها لأحكام الوصية، وهذا طبقاً لنص المادة 776 من القانون المدني.

ومما سبق يمكن في الأخير من خلال دراستي لهذا البحث خلصت إلى بعض التوصيات، والاقتراحات التي أرى ضرورة أخذها بعين الاعتبار، وهي كالآتي:

## التوصيات والاقتراحات:

- ضرورة صياغة نصوص قانونية تتناول تصرفات المريض مرض الموت خاصة ما يتعلق بتحديد طبيعته، وبيان شروط تحققه، وكيفية إثباته، مع مراعاة التقدم العلمي في هذا الموضوع، وصولاً إلى أحكام تصرفات المريض التي لم يتم تنظيمها خاصة ما تعلق بمسائل الأسرة.
- ضرورة إعادة النظر في صياغة بعض المواد القانونية، من أجل تقادي اللبس والغموض الذي يكتنفها، وتكريس التطبيق الصحيح للقانون ونذكر منها:
  - ✓ نص المادة 408 من القانون المدني الجزائري، والذي عرف تناقض بين النسخة العربية والفرنسية، حيث أورد شرطاً في النسخة الفرنسية لم يتضمنه النص العربي، فاشتراط أن يتم البيع في فترة حدة واشتداد المرض، في حين أن هذا الشرط لم يقل به أحد من فقهاء الشريعة الإسلامية، وهي مصدر حكم البيع في مرض الموت، كما فرق النص في الحكم بين البيع لوارث، والبيع لأجنبي، فجعل صحته في الحالة الأولى متوقفاً على إقرار بقية الورثة، أما في الحالة الثانية فجعله قابلاً للإبطال إما لأنه غير مصادق عليه، كما جاء في النص العربي وإما لعيب في الرضاء كما في جاء في النص الفرنسي.
  - ✓ نص المادة 204 من قانون الأسرة الذي أضاف حالة لم تتطرق لها جل التشريعات ولا الفقه الإسلامي وألحقها بمرض الموت وذلك فيما سماه بالحالات المخيفة، فهذا المصطلح يحتاج إلى تفسير من خلال الاجتهاد القضائي.
  - ✓ نص المادة 184 من قانون الأسرة التي عرف الوصية بأنها: "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"، والذي أيده القضاء، يتسم بالقصور حين حصر الوصية في كل ما يعتبر تمليكا فقط، ذلك أن الوصية تشمل التمليك بالمال أو المنفعة وتشمل الإسقاطات لتكاليف معينة، مثل الإبراء من الدين أو تأجيله أو الكفالة، كما تشمل جهة من الجهات، كالوصية للمساجد والمستشفيات والملاجئ ونحوها، وليس الوصية للأشخاص المعينين بالاسم أو الوصف فقط.

# قائمة المراجع.

قائمة المراجع:

- القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.
- كتب اللغة والمعاجم:
- 1. أبو البقاء الحنفي، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، مؤسسة الرسالة، بيروت.
- 2. أبو بكر الرازي، مختار الصحاح، المكتبة العصرية الدار النموذجية، بيروت، صيدا، ط5، 1999.
- 3. أبو حبيب سعدي، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، دار الفكر، دمشق، سورية، ط2، 1408هـ-1988م.
- 4. ابن دريد الأزدي، جمهرة اللغة، دار العلم للملايين، بيروت، ط1، 1987م.
- 5. أبو السعادات ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، المكتبة العلمية، بيروت، 1979م.
- 6. شمس الدين البعلي، المطلع على ألفاظ المقنع، مكتبة السوادى للتوزيع، ط1، 1423هـ - 2003.
- 7. ابن فارس، مجمل اللغة لابن فارس، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1986م.
- 8. ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، 1399هـ - 1979م.
- 9. القاضي عياض اليعصبى، مشارق الأنوار على صحاح الآثار، المكتبة العتيقة ودار التراث.
- 10. قاسم بن عبد الله القونوي، انيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، دار الكتب العلمية، دط، 1424هـ-2004م.
- 11. ابن مالك الطائي، الألفاظ المختلفة في المعاني المؤتلفة، دار الجيل، بيروت، ط1، 1411هـ.
- 12. محمد رواسي قلعجي، حامد صادق قنيب، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، ط2، 1988م.
- 13. محمد بن علي التهانوي، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، ط1، 1996م.
- 14. مجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط، دار الدعوة.
- 15. محيي الدين النووي، تحرير ألفاظ التنبيه، دار القلم، دمشق، ط1، 1408هـ.
- 16. مرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الهداية.

17. ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط3، 1414هـ.
18. أبو منصور الأزهري، الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، دار الطلائع، د.ت.
19. أبو منصور الأزهري، تهذيب اللغة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 2001م.
20. نجم الدين النسفي، طلبه الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، المطبعة العامرة، مكتبة المثني ببغداد، د.ط، 1311هـ.
21. أبو نصر الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، دار العلم للملايين، بيروت، ط4، 1987م.

• كتب الحديث وشروحه

1. أبو بكر ابن أبي شيبة، المصنف في الأحاديث والآثار، تحقيق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1409هـ.
2. سعيد ابن منصور، السنن، تحقيق: سعد ابن عبد الله آل حميد، دار الصميعي، ط1، 1997م.
3. عبد الله آل بسام، تيسير العلام شرح عمدة الأحكام، دار السلام للنشر والتوزيع، الرياض، ط1، 2009م.
4. أبو عيسى الترمذي، سنن الترمذي، دار الكتب العلمية، 1994.
5. محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح المختصر، مكتبة الإيمان، مصر، 2003.
6. مسلم ابن الحجاج، الصحيح، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

• كتب علوم القرآن:

1. جعفر شرف الدين، الموسوعة القرآنية، خصائص السور، دار التقريب بين المذاهب الإسلامية، بيروت، ط1، 1420هـ.
2. الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، دار القلم الدار الشامية، دمشق بيروت، ط1، 1412هـ.

• كتب الفقه:

أ- فقه حنفي:

1. برهان الدين البخاري الحنفي، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ط1، 2004.

2. عبد الغني الغنيمي الميداني، اللباب في شرح الكتاب، دار الكتاب العربي، ط3، 1418هـ-1997م، بيروت، لبنان.
3. أبو عبد الله البابرتي، العناية شرح الهداية، دار الفكر، د.ط، د.ت.
4. علاء الدين الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ط2، 1406هـ-1986م.
5. محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، د.ط، 1414هـ/1993م.
6. محمد بن الحسن الشيباني، الحجة على أهل المدينة، عالم الكتب، بيروت، ط3، 1403هـ.
7. ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط2، د.ت.

#### ب- فقه مالكي:

1. أبو الحسن العدوي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، دار الفكر، بيروت، د.ط، 1414هـ-1994م.
2. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، د.ط، 1425هـ-2004م.
3. شهاب الدين النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، ب.ط، 1415هـ - 1995م.
4. ابن عبد البر القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط2، 1400هـ-1980م.
5. أبو عبد الله المواق المالكي، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، ط1، 1416هـ-1994م.
6. القاضي عبد الوهاب البغدادي، المعونة على مذهب عالم المدينة، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز، مكة المكرمة، د.ط، د.ت.
7. القرافي، الذخيرة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994م.
8. محمد الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، د.ط، د.ت.

#### ت- فقه شافعي:

1. أبو حامد الغزالي، الوسيط في المذهب، دار السلام، القاهرة، ط1، 1417.
2. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي، د.ط، د.ت.

3. شمس الدين الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، دار الكتب العلمية، ط1، 1415هـ-1994م.
  4. شهاب الدين الرملي، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، دار الفكر، بيروت، 1984م.
  5. محمد بن إدريس الشافعي، **الأم**، دار المعرفة، بيروت، د.ط، 1410هـ/1990م.
  6. محيي الدين النووي، **المجموع شرح المذهب**، دار الفكر.
- ث- **فقه حنبلي:**
1. إسحاق بن منصور الكوسج، **مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه**، ط1، 1425هـ - 2002م.
  2. أكمل الدين البابرتي، **العناية شرح الهداية**، دار الفكر، د.ط، د.ت.
  3. عبد الرحمن بن قاسم النجدي، **حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع**، ط1، 1397هـ.
  4. عبد القادر بن عمر الشيباني، **نيل المآرب بشرح دليل الطالب**، مكتبة الفلاح، الكويت، ط1، 1983 م.
  5. ابن قدامة المقدسي، **الكافي في فقه الإمام أحمد**، دار الكتب العلمية، ط1، 1414هـ - 1994م.
  6. ابن قدامة المقدسي، **المغني**، مكتبة القاهرة، د.ط، 1388هـ - 1968م.
  7. مصطفى بن سعد السيوطي، **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى**، المكتب الإسلامي، ط2، 1415هـ - 1994م.
- ج- **فقه الظاهري:**
1. ابن حزم الظاهري، **المحلى بالآثار**، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت.
- ح- **فقه عام:**
1. سيد سابق، **فقه السنة**، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط3، 1397هـ - 1977م.
  2. محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية**، دار الفكر العربي، ط2.
  3. محمد عليش، **فتاوى عليش**، مطبعة مصطفى محمد، القاهرة، 1355هـ.
  4. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، **الموسوعة الفقهية الكويتية**، طبع الوزارة، الكويت، ط2، من 1404-1427هـ.
  5. وهبة بن مصطفى الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، دار الفكر، دمشق، سورية، ط4.
- **التراجم والطبقات:**
1. خير الدين الزركلي، **الأعلام**، دار العلم للملايين، ط15، 2002.
  2. ابن فرحون، **برهان الدين اليعمري**، **الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب**، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة، د.ت.

## • كتب القانون

1. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن لأحوال الشخصية، الزواج والطلاق، دار النهضة العربية، د.ت.
2. خليل أحمد حسن قعادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية، ط3، 2003.
3. سليمان مرقس، شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد البيع، عالم الكتب، ط4، مصر، 1980.
4. عباس العبودي، شرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني، البيع والإيجار، دار الثقافة، 1430هـ-2009م، ط1.
5. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970.
6. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة.
7. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، دار النهضة العربية، القاهرة، 1962.
8. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام، دار القلم، بيروت، لبنان.
9. عبد الكريم زيدان، الكفالة والحوالة في الفقه المقارن، المكتب الإسلامي، 1975.
10. عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1413هـ-1993م.
11. عبد الوهاب العشماوي، إجراءات الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر، ط2.
12. لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة، نصا وشرحا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2014، ص160.
13. مجموعة من العلماء، مجلة الأحكام العدلية، نور محمد، كارخانه تجارتي كتب، آرام باغ، كراتشي، ب.ت.
14. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.
15. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط4، 2011.
16. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية،

- عقد الكفالة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011.
17. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012.
18. محمد كنانة، الوقف العام في التشريع الجزائري، دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والقرارات القضائية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006.
19. نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت (الوصية، لبيع، الهبة، الوقف، الكفالة، الإبراء، الإقرار، الخلع، الطلاق)، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر.
20. نسيمة شيخ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة، الوصية، الوقف)، دار هومة، الجزائر، 2012.

#### • القوانين والأوامر

1. الأمر: 75-58، المؤرخ في: 20 رمضان عام 1395، الموافق: 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.
2. قانون رقم: 84-11، المؤرخ في: 09 رمضان 1404هـ، الموافق: 09 يونيو 1984م، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 05-09 المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق: 04 ماي 2005م.
3. قانون رقم: 90-25، المؤرخ في: أول جمادى الأولى 1411هـ، الموافق: 18 نوفمبر 1990م، المتضمن قانون التوجيه العقاري، المعدل والمتمم بالأمر رقم: 95-26 المؤرخ في: 30 ربيع الثاني 1416هـ، الموافق: 25 سبتمبر سنة 1995م.
4. قانون رقم: 91-10، المؤرخ في: 12 شوال 1411هـ الموافق: 27 أبريل 1991م، المتعلق بالأوقاف.

#### • المجلات القضائية

1. المجلة القضائية، العدد 3، 1989.
2. المجلة القضائية، العدد 4، 1991.
3. المجلة القضائية، عدد 1، 1996.
4. المجلة القضائية، العدد 2، 1996.
5. المجلة القضائية، العدد 1، 1999.
6. المجلة القضائية، عدد خاص، 2001.
7. المجلة القضائية، العدد 2، 2005.

8. المجلة القضائية، العدد 59، 2006.
9. مجموعة المكتب الفني، لسنة 1940.

• المذكرات الجامعية

1. عبد الرؤوف زروق، محمد حموش، حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، دفعة 14، السنة الدراسية 2005-2006.
2. فتيحة دالي، تصرفات المريض مرض الموت في القانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2013.
3. فيصل دويده، تصرفات المريض مرض الموت، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: أحوال شخصية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، السنة الجامعية 2014-2015.
4. مريم دريبين، أحكام الوصية في تقنين الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، السنة الجامعية 2012-2013.

• مواقع الانترنت:

1. <http://mawdoo3.com/>
2. [./http://www.who.int/topics/chronic\\_diseases/ar](http://www.who.int/topics/chronic_diseases/ar)
3. <http://mawdoo3.com/>



# فهرس المحتويات

## فهرس المحتويات

الصفحة	الموضوع
	شكر وتقدير
	إهداء
أ - هـ	مقدمة
<b>الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لمرض الموت.</b>	
8	المبحث الأول: مفهوم مرض الموت وشروط تحققه.
8	المطلب الأول: تعريف مرض الموت
9	الفرع الأول: التعريف الفقهي لمرض الموت
16	الفرع الثاني: التعريف القانوني لمرض الموت
17	المطلب الثاني: شروط تحقق مرض الموت
17	الفرع الأول: أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه
18	الفرع الثاني: أن يغلب فيه الموت
19	الفرع الثالث: أن ينتهي بالموت فعلا
21	المبحث الثاني: الملحقون بالمريض مرض الموت وإثبات تحققه.
22	المطلب الأول: الملحقون بالمريض مرض الموت
22	الفرع الأول: الأصحاء الذين يترقبون الموت
25	الفرع الثاني: حكم أصحاب الأمراض المزمنة والمعدية
25	أولا: أصحاب الأمراض المزمنة
26	ثانيا: أصحاب الأمراض المعدية
28	المطلب الثاني: إثبات مرض الموت وتأثيره على الأهلية
28	الفرع الأول: إثبات مرض الموت في الفقه الإسلامي
30	الفرع الثاني: إثبات مرض الموت في القانون
32	الفرع الثالث: تأثير مرض الموت على أهلية المريض

<p><b>الفصل الثاني: تطبيقات تصرفات المريض مرض الموت في مسائل الأسرة والتصرفات الإرادية.</b></p>	
35	المبحث الأول: أحكام تصرفات المريض مرض الموت في مسائل الأسرة
36	المطلب الأول: الزواج في مرض الموت
36	الفرع الأول: حكم زواج المريض مرض الموت عند الفقهاء.
38	الفرع الثاني: حكم زواج المريض مرض الموت في قانون الأسرة.
40	المطلب الثاني: انحلال الرابطة الزوجية في مرض الموت
40	الفرع الأول: الطلاق في مرض الموت
46	الفرع الثاني: الخلع في مرض الموت
50	المبحث الثاني: أحكام تصرفات المريض مرض الموت في التصرفات الإرادية
50	المطلب الأول: أحكام تصرفات المريض مرض الموت في التصرفات التي تنشأ بالعقد.
51	الفرع الأول: البيع في مرض الموت
52	أولاً: البيع في مرض الموت لو ارث
54	ثانياً: البيع في مرض الموت لغير وارث
55	ثالثاً: حماية الغير حسن النية في البيع في مرض الموت
57	الفرع الثاني: الهبة في مرض الموت
57	أولاً: تعريف الهبة
57	ثانياً: حكم هبة المريض مرض الموت عند الفقهاء
59	ثالثاً: حكم هبة المريض مرض الموت في قانون الأسرة.
63	الفرع الثالث: الكفالة في مرض الموت
63	أولاً: تعريف الكفالة.
64	ثانياً: حكم كفالة المريض مرض الموت عند الفقهاء
66	ثالثاً: حكم كفالة المريض مرض الموت في التشريع الجزائري

68	المطلب الثاني: أحكام تصرفات المريض مرض الموت في التصرفات التي تنشأ بإرادة منفردة
68	الفرع الأول: الوصية في مرض الموت
68	أولاً: التعريف بالوصية
70	ثانياً: التصرفات الملحقة بالوصية.
72	الفرع الثاني: الوقف في مرض الموت
72	أولاً: تعريف الوقف.
74	ثانياً: حكم وقف المريض مرض الموت عند الفقهاء
75	ثالثاً: حكم وقف المريض مرض الموت في التشريع الجزائري
77	الفرع الثالث: الإبراء في مرض الموت
77	أولاً: تعريف الإبراء.
77	ثانياً: حكم إبراء المريض مرض الموت عند الفقهاء.
78	ثالثاً: حكم إبراء المريض مرض الموت في التشريع الجزائري.
81	الخاتمة.
	قائمة المراجع