



جامعة عمار طنجي الأوغاط
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم : الحقوق

تصرفات المريض مرض الموت

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق
التخصص : عقود ومسؤولية

تحت إشراف الأستاذ
د . يخلف عبد القادر

من إعداد الطلبة :
ويس أحمد
حجاج إبراهيم

لجنة المناقشة

الأستاذة : د تركي محمد السعيدرئيسا
الأستاذ: د. غريبي علي مشرفا و مقرا
الأستاذ د يخلف عبد القادرمناقشا

السنة الجامعية : 2023/2022

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

سُبْحَانَكَ يَا رَبِّ

قال تعالى : ﴿رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ
وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ﴾

[النمل : الآية 19]

فالحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات حمدا يليق بجلاله وعظيم سلطانه، والصلاة والسلام على
سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

وعملا بقول سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم: " من لا يشكر الناس لا يشكر الله " رواه أبو
داود .

فإني أتوجه بالشكر الجزيل لكل من كانت له يد العون والتوجيه والنصح في مشوار البحث،
من قريب أو بعيد، وأخص بالذكر الأستاذ المشرف " **د/ يخلف عبد القادر** " حفظه الله
ورعاه.

إهداء

إلى من قال فيهما عز وجل "" وأخض لهما جناح الذل من الرحمة وقل ربني

ارحمهما كما ربباني صغيرا ""

إلى الوالد العزيز و إلى روح أمي

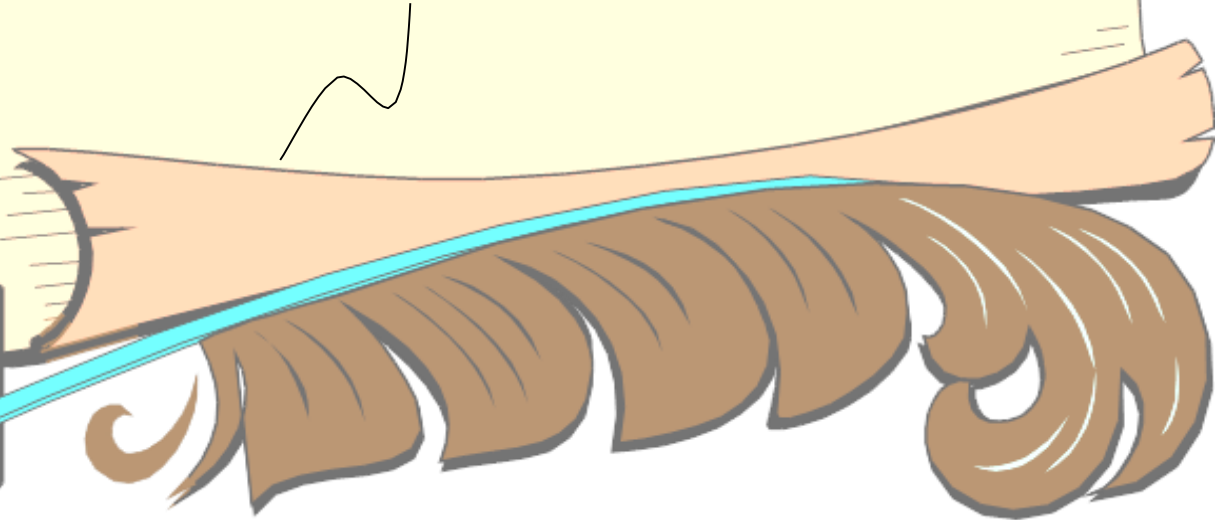
إلى إخوتي وأسرتي حفظهما الله

وإلى كل الأصدقاء والأحباب دون إستثناء

وإلى كل أساتذتي الكرام .

وفي الأخير أرجو من الله أن أكون قد وفقت في إتمام هذا العمل .

وبس أحمد



إهداء

إلى من قال فيهما عز وجل "" وأخض

لهما جناح الذل من الرحمة وقل ربي

أرحمهما كما ربياني صغيرا ""

إلى الوالدين العزيزين أدامهما الله

إلى إخوتي وأسرتي حفظهما الله

وإلى كل الأصدقاء والأحباب دون

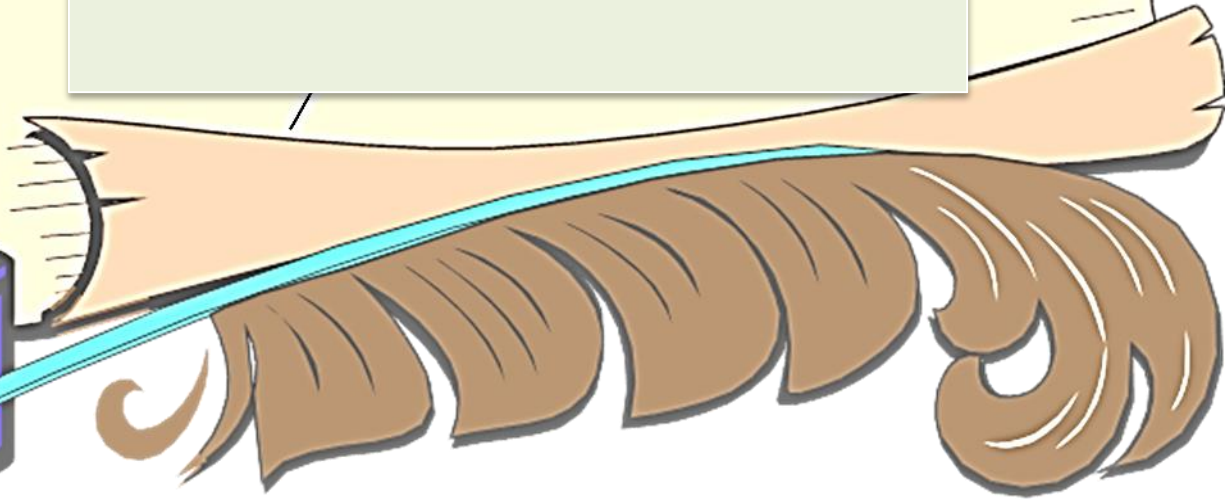
إستثناء

وإلى كل أساتذتي الكرام .

وفي الأخير أرجو من الله أن أكون قد وفقت في إتمام

هذا العمل

إبراهيم حجاج



الكلمات المفتاح

الكلمات المفتاح:

_مرض الموت

_مريض مرض الموت

_ تصرفات المريض مرض الموت

مقدمة

مرض الموت هو المرض الذي يعجز فيه الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة، ويغلب فيه الهلاك، ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة ، فإن امتد مرضه وهو على حالة واحدة دون ازدياد سنة أو أكثر، تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح. ويُعد في حكم مرض الموت الحالات التي يحيط الإنسان فيها خطر الموت، ويغلب في أمثالها الهلاك، ولو لم يكن مريضاً كحالات الحريق والغرق والمحاصرة في حرب وغيرها. وبالنظر إلى خطورة هذه التصرفات الواقعة أثناء المرض خوفاً من مظنة الإضرار فقد حظي هذا النوع من التصرفات بجانب كبير من الاهتمام من قبل الفقهاء وشراح القانون، خاصة أنه من الوسائل التي تحمي الورثة من التصرفات التي وقعت من مورثهم أثناء حياته ولقد كان لهذه التصرفات مكانة كبيرة في الفقه الإسلامي، وقد حذت التشريعات العربية حذو الفقه الإسلامي، مقننة تلك الأحكام في تشريعاتها الوضعية الغربية.

كما يعد الإثبات من أهم النظريات القانونية، لكونه يهدف إلى الحفاظ على حقوق الناس واستقرار المعاملات. كما أنه من أكثر النظريات تطبيقاً في الحياة العملية، إذ لا تنقطع المحاكم عن تطبيقها كل يوم.

ان تصرفات المريض مرض الموت تعتبر من المسائل المهمة على الصعيد القانوني في هذا العصر نظراً لكثرة تطبيقاتها العملية، لكن بالرغم من ذلك نجد أن هذا الموضوع لم تعطه الكتابات الفقهية القانونية ما يستحق من البيان فهي درجت على معالجته من الناحية

الشرعية أو الناحية القانونية، لكن المشرع الجزائري اعتبر هذه التصرفات من أهم التطبيقات العلمية لنظرية تحول العقد التي نصت عليها المادة 105 من القانون المدني التي جاء فيها: " اذا كان العقد باطلا أو قابلا وتوافرت فيه أركان عقد اخر، فان العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت أركانه اذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تتصرف الى ابرام هذا العقد"، والتي استمدها المشرع من نص المادة 144 القانون المدني الألماني التي نصت على الاتي: «اذا كان التصرف القانوني الباطل يشمل على شروط تصرف قانوني آخر، كان هذا التصرف الأخير"، وقد استقى المشرع الجزائري حكم تصرفات المريض مرض الموت من الشريعة الإسلامية التي تقرر مبدأ عام " أنه ال ضرر وال ضرار في الإسلام ". وعليه هدفت هذه الدراسة الى تسليط الضوء على أحكام تصرفات المريض مرض الموت، من خلال عرض تعريف تحول التصرف القانوني، وتعريف مرض الموت دون اهمال شروط التحول، وحكم تصرفات المريض مرض الموت سواء العقدية أو التصرفات بالإرادة المنفردة، وموقف المشرع الجزائري والقضاء من هذه التصرفات،

دراسة سابقة :

1- لبيع في مرض الموت : للطالبة سارة خضر ارشيدات رسالة تحت إشراف الدكتور مهند أبو مغلي ، قدمت هذه الرسالة إستكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص كلية الحقوق ، جامعة الشرق الأوسط 2014، حيث تم دراسة تصرفات

المريض مرض الموت من ناحية البيع فقط ، وسأحاول دراسة الموضوع من جميع النواحي إن أمكن.

2- تصرفات المريض مرض الموت للطالب دويذة فيصل مذكرة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص قانون الأحوال الشخصية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق الموسم الجامعي : 2014/2015 .

في نذكر أن تلك الدراسات تناولت من جانب من القوانين فقط أو بعض العناصر فقط هذا الموضوع أو بعض الأحكام ، وستكون دراستي لهذا الموضوع دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي وسأتطرق فيها لمفهوم مرض الموت وشروطه وإثباته من جهة ومن جهة ثانية بعض الأحكام وبعض التصرفات الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي وكيف عالجه المشرع الجزائري في كل من قانون الأسرة والقانون المدني

إشكالية البحث :

ومنه نطرح الإشكالية الآتية: هل عالج المشرع الجزائري تصرفات المريض مرض الموت كفاية؟ وما موقف القضاء الجزائري تجاه هذه المسألة؟،

أهمية موضوع البحث :

تكمن أهمية هذا البحث إلى عدد من الأغراض المهمة التي كانت وراء اختياري لموضوعه كما يسعى إلى تقديم أجوبة عن بعض الأسئلة المثارة وبيان حلول لبعض المشكلات التي تواجهها المجتمعات اليوم . والحقيقة إن بعض الأغراض منبثقة من أهمية موضوع البحث

الناعبة من الغموض الذي يكتنفه والاختلاف في شأنه وحاجة الناس المرضى بمرض الموت وغير المرضى إلى معرفة ما لهم وما عليهم من أحكامه , هذا فضلا عن أن الكتابات الفقهية القانونية لم تعطه ما يستحق من البيان فهي درجت على معالجته من الناحية الشرعية أو الناحية القانونية ولم تحاول الجمع بين الاثنتين أو أغناء الجانب القانوني بما يتحصل من الفقه الإسلامي الذي برع فيه إلى حد بعيد , وان الأحكام القضائية لم تستقر على أحكام واحدة فيه وذلك لعدم تبلوره بصورة وافية مفهوما وأحكاما

خطة البحث ومنهجه:

لأجل الوصول الى مقتضيات البحث العلمي والرغبة في الاقتصار في البحث على أكثر جوانب الموضوع أهمية ومراعاة لطبيعة هذا الموضوع فقد أثرنا بحثه في فصلين ونقسم هذا الفصل الى مبحثين نعالج في المبحث الاول : مفهوم وشروط مرض الموت و معاييره والمبحث الثاني إثبات مرض الموت و أهليته و الغاية من حصر تصرفات المريض مرض الموت وكرسنا الثاني لأحكام تصرفات المريض مرض الموت من خلال التطرق الى اثر مرض الموت على تصرفات الشخص المختلفة فإذا فرغنا من هذين الفصلين وصلناهما بخاتمة

الفصل الأول: ماهية

مرض الموت واثباته

تمهيد :

إن مرض الموت هو من القضايا والمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية ، و قد حاول الكثير لإعطاء شروحات تتعلق بتفسير هذه الحالة حرصا منهم على جعل الأشخاص يحافظون على الحقوق حسب ما جاءت به الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية إلا أن التصرفات التي يقوم بها الأشخاص في مرض الموت ، و لا تنقص من أهلية الأشخاص و بالتالي معرفة و فهم هذه الحالة مرض الموت أولا ، ثم تكليفها الشرعي و القانوني و عليه سنتناول في هذا الفصل إلى مفهوم مرض الموت في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي في المبحث الأول منه ، وفي المبحث الثاني بعنوان اثبات مرض الموت و أثره على تصرفات المريض.

المبحث الأول : مفهوم وشروط مرض الموت و معاييره

إن مفهوم مرض الموت يكون أساسا من الفقه الإسلامي باعتباره المنهج الذي وضع تعاريف مختلفة تختلف من مذهب لآخر على أن نخرج على مفهومه في إطار التشريع الجزائري.

المطلب الأول : تعريف مرض الموت فقها و قانونيا

سنتطرق من خلال هذا المطلب الى تعريف مرض الموت في الشريعة الإسلامية في مختلف المذاهب و تعريفه أيضا قانونيا من خلال النصوص القانونية .

الفرع الأول : تعريف الفقه الإسلامي لمرض الموت

لقد تم تحديد مفاهيم مختلفة من طرف فقهاء الشريعة الإسلامية ، فعرف الفقه الحنفي مرض الموت أنه المرض الغالب منه الموت الذي يعجز المريض فيه عن رؤية مصالحه ، سواء أكان صاحب فراش أم لم يكن " ، أو هو المرض الذي يغلب فيه الهلاك ، ويعجز صاحبه عن إقامة مصالحه خارج البيت إن كان رجلا ، وداخل البيت إن كان امرأة ، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة ، سواء كان المريض ملازما لفراشه أو لم يكن¹.

وتطرق اليه الفقه المالكي فرأى " أنه المرض الذي ينشأ عنه الموت عادة ، وإن لم يغلب . أما عن المذهب الشافعي هو المرض المخوف الذي لا تتناول بصاحبه معه الحياة " ، وذكر الشافعية أن المرض نوعان ، مرض مخوف أي يخاف منه الموت ، ومرض غير

¹ أحمد محمد علي داود : أحكام العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 439-2011 ، الجزء الأول ، ص 242 243.

مخوف أي لا يخاف منه الموت أما بالنسبة للحنابلة في تعريف مرض الموت فهو المرض الذي يكثر حصول الموت منه ، ويعتبر في المريض الذي يعلق به أحكام المريض مرض الموت شرطان: أحدهما أن يتصل بمرضه الموت¹، الثاني أن يكون مخوفا انطلاقا من هذه التعاريف الفقهية فإن جمهور الفقه الإسلامي يرى أن مرض الموت هو المرض الذي مات فيه المقرر أو الموصي مطلقا ، وبالتالي لا يمكن أن ندلي بأن المرض هو مرض الموت إلا إذا تحققت واقعة الوفاة فعلا

الفرع الثاني : التعريف القانوني لمرض الموت

ولقد عرج اليه القانون فعرفه مصطفى أحمد الزرقا مرض الموت أنه " المرض الذي يعجز الرجل عن أعماله المعتادة وقضاء حاجاته خارج المنزل ، كالحرفة والوظيفة والمهنة ، وتعجز المرأة عن القيام بأعمالها المعتادة داخل المنزل، من طبخ وتنظيف وترتيب، ويغلب فيه الهلاك كمرض السرطان، الإيدز ونزيف الدماغ ويتصل بالموت دون أن يستمر سنة كاملة على حال من غير ازدياد. اختصر البعض الآخر منهم إياد محمد جاد الحق تعريف مرض الموت في أنه ما لا يتعجب من صدور الموت منه ولو لم يكن غالبا² ، تناوله البعض الآخر أنه المرض الذي يكون من شأنه خلق الشعور باليأس من الحياة ودنو الأجل ويموت المريض على تلك الحال بسبب المرض أو غيره من الأسباب يراد بمرض الموت كذلك عند عزت كمال " هو الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز معه المريض عن رؤية

¹أحمد محمد علي داود، المرجع السابق ، ص 244

² مصطفى أحمد الزرقاء : المدخل الفقهي العام (الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد) الطبعة السادسة ، دار الفكر، الجزء الثاني ، 1992، ص 804 ، ذكر في مرجع ، د : حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد : مرض الموت وأثره على عقد البيع، دار الفكر الجامعي 2011، ص 100.

مصالحه خارجا عن داره إن كان من الذكور وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث ، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء كان صاحب فراش أو لم يكن وإن امتد مرضه ومضت سنة و هو على حال واحدة كان في حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه ، ويتغير حاله ولكن إذا اشتد مرضه وتغير حاله ومات قبل مضي سنة يعد حالة اعتبارا من وقت التغير ، إلى الوفاة مرض موت يراد بمرض الموت كذلك " أن يكون الشخص في حال يغلب فيها الهلاك ويتوقعه هو ، وتكون تصرفاته لخوف الموت المترقب المرصود ، تناولت كذلك الأستاذة حنيفي لويضة تعريف مرض الموت بأنه الحالة التي يكون فيها المريض ميئوس منها وليس هناك أمل في الشفاء والتي تنتهي بالوفاة .

من خلال التعاريف السابقة يمكننا اختصار شروط اعتبار المرض مرض موت في :

أ- أن يقعد المريض عن قضاء مصالحه أي حوائجه العادية المألوفة ، وهنا لا يشترط أن يلزم المريض الفراش¹

ب- أن يغلب فيه الموت أي يغلب على الظن فيه الهلاك أو أن لا يكون أي أمل في الشفاء ، كحالة المرض مرضا خطيرا والتي تعتبر من الأمراض التي تكون نهايتها الوفاة

ت- أن ينتهي بالموت فعلا أي أن يتصل المرض بالموت

د - أن يموت المريض قبل مرور سنة من إصابته بالمرض

¹ - عزت كمال : الوجيز في تصرفات المريض مرض الموت ، دراسة فقهية قضائية معلقا عليها بأراء الفقهاء وأحدث أحكام محكمة النقض ، دار الفكر القانوني ، ص 77

إن مرض الموت له من العلامات الواضحة و الموضوعية التي تؤكد قرب وفاة المريض مما يجعل شك في تصرفاته ، في حين يسيطر على الإنسان الشعور بقرب أجله وإن كان لا يفقده أهليته إلا أنه لا بد من تدخل المشرع لحماية الورثة يجعل التصرفات التي تصدر منه تبرعا وهو تحت تأثير هذا الاعتقاد تأخذ حكم الوصية سواء كان التبرع مكشوفاً أو مستترا

المطلب الثاني : شروط و معايير مرض الموت

ان كل تلك المؤشرات و التعريفات التي تطرقنا اليها و حتى يمكن القول أن المرض مرض الموت يستلزم توفر شرطين معا :

أن يغلب فيه الهالك عادة، ومرجع ذلك الأطباء وأهل الخبرة في تحديد طبيعة المرض الذي يغلب فيه الهالك، و يلزم الاعتبار المرض مرض موت أن يكون صاحبه طريح الفراش طوال مدة مرضه أو أن يعجز عن الخروج أو مباشرة أعماله العادية، فالعبرة بمرض الموت هي غلبة الهالك، ولذلك فان ذهاب المريض الى المحكمة أو الى عيادة الطبيب ال ينفي أن مرضه مرض موت طالما توافرت فيه غلبة الهالك،¹ وهو ما جاء في قرارات المحكمة العليا أن يعقب مرض الموت، الموت مباشرة سواء كان الموت بسببه أو بسبب آخر أفضى إليه كالقتل أو الغرق أو الحرق ونحوه. ومفاد ذلك أن الموت إذا اتصل بالمريض كان التصرف الذي أبرم قد تم في مرض الموت حتى لو نشأ الموت عن سبب آخر كالقتل أو الموت حرقا أو غرقا ومعنى هذا أن ال يشترط في مرض الموت أن يقعد صاحبه عن قضاء حاجته أو

¹عبد العزيز حممودي، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، التصرف بف مرض الموت والتصرف مع الاحتفاظ بالحياة والمنفعة مدعم بتطبيقات قضائية دار قصر الكتاب، البلدة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، 2006 ص38

أن يؤثر هذا المرض في قواه العقلية أو أهليته ، وعليه إن تصرفات الشخص تعتبر سليمة وسارية إذا تخلف أحد الشرطين المتقدمين الن المرض لم يكن بمرض الموت. وقد اعتبرت فكرة مرض الموت فكرة مرنة متطورة تختلف من زمان إلى آخر وفقا لتغيرات العصر وما يوكبه من اكتشافات طبية مختلفة، حيث توجد أمراض يغلب فيها الخوف من الموت، ولكنها ال تعجز المريض عن مزاوله أعماله المعتادة، ومثال ذلك الفشل تحول تصرفات المريض مرض الموت الى وصية 741 الكلوي المزمّن، ومرض الإيدز، وعليه فان المعيار في تحديد وجود مرض الموت من عدمه هو معيار شخصي يتمثل بنشأة الاعتقاد لدى المريض بدنو الأجل من عدمه وال يهم إن كان هذا الشخص شيخا أم شابا. و على هذا الأساس اعتبر المشرع الجزائري مرض الموت واقعة مادية تثبت بكافة طرق الإثبات بما في ذلك البينة وتنهض الشهادات الطبية دليلا قويا ال سيما تلك الموقعة في مصالح الطب الشرعي المؤهلة لذلك، وغالبا ما يركن قضاة الموضوع لهذه الوسيلة ويعتبرونها دليلا حاسما في الدعوى، ويقع عبء الإثبات طبعا على الورثة ان تصرف مورثهم قد صدر في مرض الموت عمال بنص المادة 776 الفقرة الثانية من القانون المدني¹

الفرع الاول :معايير مرض الموت

ان المريض مرض الموت تسيطر على تصرفاته عدة معايير و عدة مؤشرات حتى يتسنى لنا ان نقول عن هذا الشخص مريض مرض الموت وفي ما يلي سوف نتطرق الى أهمها :

¹محمد زهدور، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، دار المؤسسة الوطنية للكتاب، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، 1991 ص49

اولا : المعيار القديم (أو التقليدي) :

تكون لحظة الموت الطبيعي للإنسان بالموت التدريجي للقلب والدورة الدموية والجهاز التنفسي، فينتج عن ذلك موت خلايا تلك الاعضاء بشكل تدريجي واحدا تلو الآخر، فمثلا قرنية العين والجلد والعظام تبقى حية لبضعة ايام بعد الوفاة، اما الكلى فلا تبقى سوى خمسة عشر دقيقة¹.

اما الدماغ فلا تعدو مدة بقاءه بعد انقطاع وصول الدم اليه سوى أربع او خمس دقائق². ان الاعضاء التي ذكرتها كالقلب والدماغ تبقى حية خلال هذه الاوقات فقط وبعدها تموت ولكن تستأنف هذه الاجهزة او الاعضاء مزاوله وظائفها المعتادة عن طريق تدليك القلب او الصدمة الكهربائية او باستعمال جهاز الانعاش الصناعي³.

هذا المعيار القديم او التقليدي كما يسميه البشر القدامى ولا تزال جل الدول تعمل بهذا المعيار ، ولكن تعرضت لانتقادات كثير اذ ان الدماغ او الجهاز العصبي ككل قد يظل حيا حتى بعد توقف جهازي الدوران والتنفس ، ومن الانتقادات ايضا انه يمكن استبدال القلب البشري بقلب اما صناعي وإما بقلب بشري يؤخذ من شخص توفي عن قرب⁴.

1- امام محمد امام وسعد الفهيمي في حوار مع الدكتور محمد علي البار ، مأخوذ من الانترنت عبر الموقع التالي: www:ALsharaq
awsat.com

2- احمد شرف الدين ، الضوابط القانونية لمشروعية نقل الاعضاء البشرية ، بحث منشور في المجلة الجنائية القومية ، اصدار المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية ، مصر ن عدد1 ، مجلد 21، 1418م ، ص 124.

3- الدكتور حسام الدين الاهواني ، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الاعضاء ، مطبعة عين شمس ، مصر ، 1413، ص 112.

4- سعيد محمد الحفار ، البيولوجيا ومصير الانسان ،(سلسلة عالم المعرفة)، مطابع الرسالة ، الكويت، 1484، ص 154، وما بعدها.

ولكن اذا مات القلب الذي يؤخذ من جسد الميت فلا قيمة لهذه العملية .¹ ومن الانتقادات ايضا حالة الشخص المحكوم عليه بالإعدام، فانه يصار الى فحص القلب والنبض بعد مباشرة عملية اعدام المحكوم عليه به وقطع النخاع الشوكي بكسر الفقرات العنقية، وللتأكد من توقف الجهاز التنفسي يقوم رجل الدين في الكنيسة بتمرير شمعة موقدة قريبة من وجه الميت للثبوت او التأكد من موته ،² ويحضر تنفيذ الحكم بالاعدام في ساحة الاعدام طبيب او اكثر للتأكد من ان المحكوم عليه قد فارق الحياة بعد تنفيذ الحكم عليه فاذا ثبت انه لا يزال على قيد الحياة فانه يصار الى تنفيذ الحكم مرة اخرى حتى يفارق الحياة.

ولكن قد يحصل احياناً في حالات اخرى ان يتوقف القلب والدورة الدموية والجهاز التنفسي ثم تعود اليها الحياة مرة اخرى الامر الذي وقف امامه الأطباء حيارى لا يعرفون تفسيراً. ومن هنا فإن هذا المعيار لم يعد معياراً قاطعاً اكيراً على تحديد لحظة الموت، وتبين انه قد خالف مبدئين مهمين هما ليس كل من مات قلبه عد ميتاً ، ولا كل من بقي قلبه نابضاً اعتبر حياً ، اذ ان الانسان الذي يموت قلبه لا يعتبر ميتاً في بعض الأحيان لوجود جهاز الإنعاش الصناعي ولوجود الاجهزة الطبية المتطورة في عصرنا هذا، اما الشق الثاني والذي ينص على انه لا يعتبر حياً كل من بقي قلبه نابضاً ، اذ كم من البشر يموتون بسبب الايدز

1- لان النقل متوقف على موت المنقول منه وموت المنقول منه متوقف على موت قلبه فالعملية اذا ستكون نقلا لقلب ميت لاقية له ، الدكتور حسام الدين اللاهوني المرجع السابق ص 115.

2- الدكتور منذر الفضل، التصرف القانوني بالاعضاء البشرية ، بغداد 1483.

والسرطان وتشمع الكبد وغيرها من الامراض التي تسبب الوفاة.¹ ولذلك أوجد علماء الطب معياراً آخر هو معيار موت الدماغ او موت جذع الدماغ.

ثانياً : المعيار الحديث

معيار موت الدماغ كما يسميه البعض ، وموت الدماغ من الناحية الطبية هو تلف لا رجعة فيه للانسجة العصبية داخل تجويف الجمجمة ، وأول من عرف هذا المعيار ونادى به هي المدرسة الفرنسية في مجال الطب عام 9191 التي سمت هذا مرحلة ما بعد الاغماء ثم اعقت هذه المدرسة لجنة Adhoc في جامعة هارفرد الأمريكية عام 9191، وفي عام 9191 أقرت جمعية الطب العالمية بمصادقية هذا المعيار ابان الاجتماع الثاني والعشرين المنعقد في مدينة سدني الاسترالية.²³ وثمة اعلان مهم قد صدر في هذا المجال في عام 9199 عن المؤتمر المشترك للكليات الملكية البريطانية للأطباء B.M.J والحقيقة انه يعتبر تلخيصاً ومراجعة للدراسات التي سبقته، وانه لهذا السبب قد اصبح بعد عام من صدوره تعليمات قائمة في المملكة المتحدة للأطباء العاملين فيها تعيينهم على تشخيص الموت الدماغى ومعرفته، ومما جاء في هذا البيان ما يأتي: "ان موت الدماغ يمثل حالة

1- Guide Juridique /Dalloz 1986 che ziv mort P 357-.81

3- الدكتور حسن عودة زعال ، التصرف غير المشروع بالاعضاء البشرية في القانون الجنائي ، رسالة دكتوراه ، جامعة بغداد ، 1443 ص

يصبح الانسان فيها ميتاً بصورة حقيقة، لان جميع وظائف دماغه قد توقفت نهائياً وبدون رجعة".¹

وللاحالة التامة بمعيار الموت الدماغي يلزم التعرّيج بشكل مبسط على تركيب الدماغ وعلى موت الدماغ، فالدماغ يتكون من اجزاء ثلاثة هي:

1- المخ : وهو يتكون من فصي المخ، وهو مركز التفكير والذاكرة والاحساس والحركة والارادة .

2- المخيخ: وظيفته الاساسية توازن الجسم .

3- جذع الدماغ: وفيه المراكز الاساسية في الحياة مثل مراكز التنفس والتحكم في القلب والدورة الدموية".²

والواقع ان اهمية الموضوع قد حملت الجهات الرسمية على تكليف لجان خاصة ببحثه ووضع معيار ملائم للتحديد وهذا ما حدث في الولايات المتحدة الامريكية عام 9111 عندما كلف الرئيس الامريكي رونالد ريغان لجنة خاصة هي لجنة الرئيس لدراسة المشاكل الاخلاقية في الطب والبيولوجيا.

وقد شكلت هذه اللجنة من كبار الاطباء ورجال القانون ورجال الدين لدراسة موضوع موت الدماغ فأصدرت قرارا بذلك في حزيران من العام المذكور ووافقت 29 ولاية امريكية على

معيار موت الدماغ ثم ارتفع العدد الى 33

1- عوني محمد فخري ، موت الدماغ في منظور قانوني ، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، اصدار بيت الحكمة العدد الرابع ، السنة الثانية، 2111، ص 88.

2- الدكتور بكر عبد الله ابو زيد ، اجهزة الانعاش وحقيقة الوفاة بين الفقهاء والاطباء ، مجلة المجمع الفقهي ، ع 2، ج 2، 1481، ص 351.

ولاية عام 9112 بينما لم تأخذ الولايات الامريكية المتبقية الا بمعيار موت القلب. وهذا يعني ان الشخص يعد حيا طبقا لقوانين بعض الولايات الامريكية بينما يعد ميتا حسب قوانين ولايات امريكية اخرى.¹

وفي الواقع تختلف الفحوصات والاختبارات المقترحة للتيقن من حصول حالة موت الدماغ من بلد الى اخر، فعلى سبيل المثال ان جمعية الاطباء البريطانية تعتبر توقف احدى وظائف الدماغ لمدة اثنتي عشرة ساعة يكفي للحكم على الشخص بالموت دون الحاجة لفحصه بجهاز رسم المخ الكهربائي Electroencephalogram (المعروف اختصارا) (EEG) ، وفي بعض الدول كهولندا يتم تحديد لحظة الموت بتوقف جميع وظائف الدماغ لمدة ست ساعات متواصلة تحت المراقبة، وتتخللها ثلاثة اختبارات بجهاز (EEG) ، مدة كل اختبار نصف ساعة، اما جمعية الجراحين الالمانية فتستدل على حدوث الموت بتوقف وظائف معينة من الدماغ طوال اثنتي عشرة ساعة مع الاستعانة بجهاز (EEG) او بانقطاع وصول الدم الى الدماغ لمدة لا تقل عن ثلاثين دقيقة، ويتم التاكد من ذلك بطريقة وهي Angio graphical method، هذا وهناك من يرى بان الإثبات الطبي والشرعي والقانوني للموت يجب ان يعتمد على تشخيص الموت الدماغى الذي يحدث بعد الموت الإكلينيكي، وتجدر الإشارة إلى ان حالة موت الدماغ قد تختلط ببعض الحالات المرضية كمرض السكر الحاد وامراض الكبد المستفحلة والتسمم الشديد واصابات الدماغ فتستعصي حتى على الاطباء المتمرسين ، ففي الامراض المزمنة المذكورة انفا يكون الانسان في وضع صحي

1- الدكتور بكر عبد الله ابو زيد. مرجع سابق ص352

حرج ويصبح من حيث الأعراض شبيها بحالة موت الدماغ مع ان دماغه غير ميت وهذا يطلق عليه بالموت السطحي الكاذب. وهناك ظاهرة مهمة جدا قد تحصل عند موت الدماغ وهي احتمال حدوث حركات وتقلصات عضلية تلقائية في انحاء من جسم الميت دماغيا ليس لها علاقة مطلقا بنشاط الدماغ وانما منبعها انعكاسي من النخاع الشوكي وتسمى ظاهرة لازروف. بل ان الميت دماغياً قد يتحرك بكل جسمه، وهذا يشبه تقلصات الدجاجة وحركاتها الواضحة عند قطع رأسها، وأي حركة من هذا النوع لا تدل بتاتاً على وجود حياة في الدماغ،¹ وفي حقيقة الامر ان هذه الحركات الصادرة من الميت دماغياً تسبب الهلع للفريق الطبي الذي يقوم بعملية استئصال العضو من الجثة، مما حدا ببعض المستشفيات والمراكز الطبية الى حقن الموتى دماغياً بمخدرات العضلات قبل الشروع بأستئصال الاعضاء منها، وكذا تعيين اطباء نفسيين لتهدئة الفريق الطبي العامل. ويجدر بالإشارة انه في كثير من الحالات عندما توضع اجهزة الانعاش لا يكون الطبيب متيقناً من ان الدماغ قد مات، حيث تتميز تلك الحالات بالاغماء التام وتوقف التنفس التلقائي، وتحتاج الى سرعة كبيرة لمحاولة الانقاذ وبالتالي يبقى المصاب تحت المنفسة ولكي يشخص الطبيب موت الدماغ لا بد له من علامات يستدل بها وهي كالاتي: -

9- التأكد من ان المريض فاقد للوعي بصورة تامة مع انعدام القدرة على الاستجابة للمحفزات الخارجية.

1- الدكتور طارق الزعيم ، تعريف الموت ن بحث منشور في مجلة القضاء ، اصدار نقابة المحامين في العراق ، العدد 2، السنة 51 ،1481م ،ص 548.

2- انعدام وجود أي من منعكسات جذع الدماغ مثل البلع والسعال والتنهد والشهقة والقرنية .

3- انعدام القدرة على التنفس التلقائي، لذا فان ميت الدماغ يجب ان يرتبط بجهاز التنفس الاصطناعي .

4- اختبار استجابات جذع الدماغ للتحفيزات العصبية المركزية واهمها الفحص السعري الحراري للاذنين .

5- يجب ان تعاد هذه الفحوصات مرة اخرى بعد (9 ساعات للتأكد من حالة اللارجعة اما في حالة الموت الناجم عن التسمم او بسبب التعرض للانزيمات فيجب ان يعاد الفحص بعد (24) الى (39) ساعة .¹

ان هذه العلامات تعتبر من المؤشرات الطبية لموت الدماغ المعتمدة عالمياً في الوقت الحاضر ومن ثم فإن الطبيب يستدل بهذه العلامات ليحدد لحظة الوفاة، الا ان جانباً من الفقه الفرنسي اعترض على قرار وزير الشؤون الاجتماعية الفرنسي الصادر في 9191/4/29 ورفض الاعتماد على معيار انعدام رسام المخ الكهربائي كمعيار للموت، لان اغلب الدول كهولندا وألمانيا تستعين بجهاز رسام المخ الكهربائي كمعيار لتحديد لحظة الوفاة .

1- الملحق الخامس من دستور السلوك المهني الطبي الصادر في العراق عام 2112.

لذلك فان انصار هذا المعيار يذهبون الى ان اجتماع هذه العلامات او هذه المؤشرات دليل على ان المريض قد فارق الحياة وعندها يتحول (جذع الدماغ) بعد فترة الى مادة سائلة في الدماغ.

ويعتقدون انه يستحيل اعادة الحياة لشخص اجتمعت فيه هذه العلامات حتى وان بقي حيا بفعل اجهزة الانعاش الطبية المتطورة، كما انه من الناحية الطبية لا يصلح القلب الذي ماتت خلاياه للنقل والزرع في جسد انسان اخر كما ذكرنا ولا يمكن من الجانب القانوني الاجهاز على انسان وهو في سكرات الموت لاستئصال احد أعضائه او قلبه او كبده لان هذا يشكل جريمة قتل عمدية، اما المشرع العراقي فقد وضع لاول مرة عام 1919م قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية واخذ فيه بمعيار موت الدماغ اذ نص على : "اجازة اخذ الاعضاء من المصاب بموت الدماغ وحسب الادلة العلمية الحديثة المعمول بها بتعليمات..."¹ ولقد صدرت التعليمات رقم 3 لسنة 1991 فعرفت موت الدماغ بانه: "حالة فقدان اللاعائد للوعي المصحوب بالفقدان اللاعائد لقابلية التنفس التلقائي والانعدام التام للأفعال الانعكاسية لعرق الدماغ".

وتأسيساً على معيار موت الدماغ او جذع الدماغ - على رأي اطباء بريطانيا ، فان الحصول على الاعضاء البشرية يكون بعد توقف الدماغ وعدم القابلية على الحياة لموت

1-الفقرة ب من المادة الثانية من قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية ، رقم 83 لسنة 1481.

جذع المخ اذ ان الاخير هو المسؤول عن التحكم في المراكز العصبية للبدن والقلب والجهاز

التنفسي وايصال الأوكسجين للخلايا في الدماغ¹.

من جهة اخرى أعتقد بعض الباحثين، بوجود معيار ثالث غير المعيار التقليدي والمعيار

الحديث يسمى بالمعيار الشرعي وذلك بسبب عيوب كل من المعيارين (التقليدي والحديث

)، وغني عن البيان ان المعيار الشرعي هذا تبنته المؤتمرات الطبية في الدول الاسلامية

التي اقيمت حول موضوع موت المريض مرض الموت، وهذا ما سنتولى بحثه تباعاً.

ثالثاً : المعيار الشرعي:

ان تحديد لحظة الموت في كل من المعيارين السابقين لم يلق قبولاً تاماً وان هناك معارضة

لكل منهما فلا غنى لنا عن التوجه نحو المعيار الشرعي الذي يقضي بان لحظة الموت

تكون بتوقف القلب وموت جذع المخ، ونشطت بعض الجهود الاسلامية في بحث هذا

الموضوع واصدر قرار رقم (11) . عن هيئة كبار العلماء في الرياض اجيز بموجبه نقل

عضو من جسم الميت الى جسم الانسان الحي وفي عام 1991 انعقدت في الكويت ندوة

عن (بداية الحياة ونهايتها) بأشراف منظمة المؤتمر الاسلامي للعلوم الطبية وتطرفت

لموت الدماغ ، ثم انعقدت عام 1991 ايضاً الدورة الثامنة لمجمع الفقه الاسلامي بمكة

المكرمة لبحث الموضوع، وتنفيذا لتوصيات الدورة الثامنة المذكورة عقد مؤتمر خاص في

الاردن للفترة من 22-24 أكتوبر عام 1991 عن موت الدماغ²

1- الدكتور منذر الفضل ، المرجع السابق ، ص 184.

2- قرار مجمع الفقه الاسلامي حول انتفاع الانسان باعضاء انسان اخر حيا كان ام ميتا الصادر في عام 1483م مأخوذ من الانترنت عبر الموقع التالي: www.AL-jazeera.net، مجلة مجمع الفقه الاسلامي العدد الثالث، الرياض ، ص 151، 152.

وفي عام 1991 عقدت في جدة الدورة الثانية لمجمع الفقه الاسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الاسلامي ونوقش فيها الموضوع الا انه تأجل البت فيه الى عام 1991م في شهر صفر عام 1991 حين انعقد في عمان مجمع الفقه الاسلامي واصدر القرارات الآتية: منها انه - يعتبر شرعا ان الشخص قد مات وتترتب جميع الاحكام المقررة شرعا للوفاة عند ذلك، اذا تبينت فيه احدى العلامتين التاليتين:

- اذا توقف قلبه وتنفسه توقفاً تاماً وحكم الاطباء بأن هذا التوقف لا رجعة فيه.
- اذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلا كاملاً، وحكم الاطباء الاختصاصيون الخبراء بأن هذا التعطل لا رجعة فيه، وأخذ دماغه في التحلل .

وفي هذه الحالة يسوغ دفع اجهزة الإنعاش المركبة على الشخص وان كان بعض الأعضاء كالقلب مثلاً لا يزال يعمل اليا بفعل الاجهزة المركبة، كما جاء في قرارات الدورة الرابعة لمجلس مجمع الفقه الاسلامي المنعقد في جدة للفترة 91-23 جمادى الآخرة 1411هـ ، 9-99 شباط 1119م قراراً برقم) في شأن انتفاع الانسان بأعضاء جسم انسان اخر حيا كان او ميتاً وقد قيل في معيار الموت ما نصه : ويلاحظ ان الموت يشمل حالتين: الحالة الاولى:¹

- 1- موت الدماغ بتعطل جميع وظائفه تعطلا كاملاً لا رجعة فيه طبيياً. الحالة الثانية :- توقف القلب والتنفس توقفاً تاماً لا رجعة فيه طبيياً. فقد روعي في كلتا الحالتين قرار المجمع في دورته الثالثة، و ب الرغم من وجود من يأخذ بالمعيار الشرعي هو معيار مشترك فإن

¹قرار مجمع الفقه الاسلامي حول انتفاع الانسان باعضاء انسان مرجع سابق

الاختلاف الفقهي او الشرعي او الطبي ما زال قائماً في شأن استخدام أجهزة الانعاش المركزة التي أوجدت ما يسمى الان بـ الميت الحي او الموت المقنع.

ويجدر بالذكر هنا ان الاستاذ سافتيه قد ذكر في هذا الخصوص ان الامر يتعلق بحماية المريض الخاضع للتقنيات الجديدة أي للاحياء الصناعي وما ينجم عن ذلك من تسرع بعض الاطباء الى الاعلان عن الوفاة لاستعمال الجثة او نقل الاعضاء منها.¹

وإذا ظن البعض بأن هذه المؤتمرات قد قررت الاخذ بالمعيارين معاً : المعيار التقليدي بدعوى تعويلها على توقف القلب والتنفس توقفاً تاماً (والمعيار الحديث) بدعوى تعويلها على تعطل وظائف الدماغ تعطلا نهائياً، فجمعت بين المعيارين في معيار جديد شرعي

فأن الحقيقة غير ذلك، اذ ان الاخذ بالمعيارين معاً فضلاً عن استحالته لانه جمع بين متناقضين فهو مع ذلك لم يكن مقصوداً في التوصيات او الاراء الفقهية وان ما ذكر من فقرتين لتحديد الموت بشكل علامتين او دليلين على الموت الدماغي حيث رأينا ان توقف التنفس التلقائي والنبض اول الادلة التي يضعها اصحاب المعيار الحديث للدلالة على الموت الدماغي، ولذا يصر انصار المعيار الحديث على ايراد جملة توقف التنفس التلقائي وليس توقف التنفس، وذلك لكي يفهم انه حتى وان امكن اجراء التنفس الصناعي لمن مات دماغه فان ذلك لا يغير من حقيقة موته شيئاً. فهذا دليل لأصحاب المعيار الحديث لا للمعيار القديم .

1- الدكتور احمد شرف الدين ، الحدود الانسانية والشرعية القانونية للانعاش ، مجلة العدالة دولة الامارات المتحدة ، لعام 1485، ص 31 وما بعدها.

ولاختبار صحة هذه النتيجة يتبين لنا لدى مراجعة النصوص السابقة لمؤتمري عمان وجدة انه يشترط بعد ذكر توقف القلب والتنفس، ان يكون هذا التوقف لارجعة فيه أي تماما، نهائيا و هذا ينسجم كثيرا مع المعيار الحديث، اما المعيار القديم فالحكم بالموت جائز فيه على شخص مات قلبه وورثته حتى لو أمكن اعادته الى الحياة بطريقة ما كالإنعاش الصناعي واستعمال مضخة خاصة منفسة كما رأينا سابقا.

لقد توجه المذهب الإسلامي ، على خلاف هذين المعيارين ،الى ان الإنسان يموت في حالة ما اذا ظهرت عليه إمارات الموت والتي هي: -انقطاع نفسه، احداد بصره، انفراج شفثيه فلا ينطبقان ، انخلاع كفيه من ذراعيه أي انفصال زنديه،تمدد جلدة وجهه، تقلص خصيتيه الى فوق مع تدلي الجلدة، اعوجاج أنفه وميله، انخساف صدغيه، استرخاء قدميه وسقوطهما فلا ينتصبان .¹ وعليه فان الموت هو من الغيبات لان الروح والنفس لا يعلم حقيقتها الا الله جل جلاله- استنادا الى قوله تعالى : "ويسألونك عن الروح قل الروح من أمر ربي وما أوتيتم من العلم الا قليلا".²

لذا ان رجوعهما الى خالقهما من المغيبات التي لا تخضع للعلم التجريبي ونستدل على ذلك من قوله تعالى : "الله يتوفى الأنفس حين موتها والتي لم تمت في منامها فيمسك التي قضى عليها الموت ويرسل الأخرى إلى أجل مسمى".³ ويقول عليه الصلاة والسلام :

"ان الروح اذا قبض تبعة البصر".¹

1- المغني ، لابن قدامة ، ج2 ، ط1 ، مطبعة المفار ، بدون تاريخ ، مصر ، ص 432.

2سورة الاسراء ، الاية 83.

3- سورة الزمر ، الاية 42.

المبحث الثاني : إثبات مرض الموت و أهليته

ان اثبات مريض مرض الموت من القضايا التي شغلت مختلف الدول فقها و قانونيا و اهليته أيضا تعد من أهم هذه القضايا

المطلب الأول : إثبات مرض الموت في الفقه الإسلامي

إذا ما تحققت شروط مرض الموت الثلاثة التي سبق لنا بحثها أعتبر واقعة مادية يجوز إثباتها بطرق الإثبات كافة ومنها البيئة والقرائن وأكثر ما يثبت ذلك بالبيئة الشخصية (أي الشهود) الدالة على حالة المريض في أواخر أيامه، وبتقص حياة المريض في أيامه الأخيرة وإذا طعن الورثة في تصرفات مورثهم بدعوى صدورها عنه في مرض موته، كأن ادعوا أنه وهب أحد دائنيه أو ورثته ماله أو ابرأ ذمته من مال له عليه، أو أقر بمال معين وهو مريض وما أشبه ذلك، ولم يجيزوها، وإدعى الشخص المتصرف له أن هذه التصرفات وقعت من مورثهم في صحته، فإنه ينبغي التفريق هنا بين ما إذا خلت دعوى كل من الطرفين من البيئة وبين ما إذا اقترنت بالبيئة، وبين ما إذا اقترنت دعوى أحدهما بالبيئة دون الآخر وذلك كما يلي:

الفرع الأول: إثبات مرض الموت في الفقه الإسلامي :

يعتبر فقهاء الشريعة الإسلامية مرض الموت واقعة مادية يجوز إثباتها بطرق الإثبات كافة ومنها البيئة والقرائن وأكثر ما يثبت ذلك بالبيئة الشخصية (أي الشهود) الدالة على حالة المريض في أواخر أيامه.

وإذا طعن الورثة في تصرفات مورثهم بدعوى صدورها عنه في مرض موته كأن ادعوا أنه وهب أحد دائنيه أو ورثته ماله أو أبرأ نذمه من مال له عليه، أو أقر له بمال معين وهو مريض وما أشبه بذلك، ولم يجيزها، وادعى الشخص المتصرف له أن هذه التصرفات وقعت من مورثهم في صحته، فإنه ينبغي التفريق هنا بين ما إذا خلت دعوى كل الطرفين من البيئة، وما إذا اقترنت بالبيئة، وبين ما اقترنت دعوى أحدهما دون الآخر.¹

أولاً: إذا خلت دعوى كل منهما من البيئة

ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية بأن القول قول المدعي صدورها في المرض، لأن حال المرض أقرب من حال الصحة يحمل على الأقرب، ولأن هذه التصرفات من الصفات العارضة فهي حادثة والحادث يضاف إلى أقرب وقت من الحكم الذي يترتب عليه والأقرب هنا هو المرض المتأخر زمانه عن زمن الصحة، فكان القول قول من يدعي حدوثها في المرض إذ هو الأصل فإذا أراد المدعي الصحة استحلاف مدعي المرض كان له ذلك، وقيل

¹ - عائشة محمد إسماعيل الأمين إثبات تصرفات المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، المجلة القانونية (مجلة مختصة في الدراسات والبحوث القانونية، كلية إدارة الأعمال جامعة الأمير سطام، المملكة العربية السعودية، المج ، ع 4، 2021 ص58.

بأنه: "وإذا مات الرجل فقالت إمراته : قد كان طلقني ثلاث في مرض موته ومات وأنا في العدة، ولي ميراث، وقال الورثة طلقك في صحته ولا ميراث لك فالقول لها."

ثانيا : إذا اقترنت دعوى كل منهما بالبينة

ذهب الأحناف إلى أنه إذا اقترنت دعوى الطرفين بالبينة ترجع بيئة وقوعها في حال الصحة على بيئة وقوعها في المرض، إذ أن الأصل لديهم في الأدلة اعتبار حال المرض، أي افتراض أن سبب الوفاة هو المرض والمرض حادث والأصل إضافة الحادث إلى أقرب وإن لم يكن له بيئة فله أن يحلف الورثة.¹

وقت من الحكم الذي يترتب عليه. ومن هنا قالوا إذا أقر لوارثه ثم مات واختلف المقر له مع الورثة فقال: كان في الصحة وصح، : والورثة قالوا: كان في المرض، فالقول لورثته وإن برهنا فبينة المقر له الأولى

وقالت الشافعية: ترجع بيئة وقوعها في مرضه على بيئة وقوعها في صحته .

ثالثا : إذا اقترنت دعوى أحدهما بالبينة دون الآخر

إذا اقترنت دعوى الطرفين بالبينة دون الآخر لا يوجد اختلاف بين الفقهاء في تقديم قول المدعي صاحب البيئة على قول الآخر الذي خلت دعواه عن البيئة سواء أقام صاحب البيئة ببنيته على صدور التصرف في الصحة أو في المرض.

¹كمال صمامة ، تصرفات المريض مرض الموت في الوصية بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر المجلد 10 ، ع 01 2019، ص 410

الفرع الثاني: إثبات مرض الموت في القوانين الوضعية المعاصرة

سننظر في هذا الفرع إلى كيفية إثبات مرض الموت في القوانين الوضعية المعاصرة

وهذا ما سوف نتعرض له من خلال النقاط التالية:

أولاً : إثبات مرض الموت في القانون الجزائري

تنص المادة 20 من القانون المدني الجزائري على أنه : "وعلى ورثة المتصرف أن

يثبته أن التصرف القانوني قد صدر من مورثهم وهو مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع

الطرق ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إلا إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً". فإذا توفرت شروط

تحقق مرض الموت اعتبر واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات، ويقع على الورثة

عبء إثبات التصرف القانوني من مورثهم أثناء مرض الموت، ولهم في ذلك كافة الطرق

للإثبات منها البيئة والقرائن ولا يجوز الاحتجاج على الورثة بالعقد الصادر من مورثهم، إلا

إذا كان للعقد تاريخ ثابت والعلّة في ذلك ترجع إلى اعتبار الوارث في حكم الغير بالنسبة

للتصرف الصادر من مورثه المريض في مرض الموت، إضرار بحقه المستمد من القانون

ومن بين أهم أدلة إثبات مرض الموت نذكر:

أ- الشهادات الطبية

حيث تعتبر دليلاً قوياً لاسيما الموقعة لدى مصالح الطب الشرعي المؤهلة، وذلك على أساس

أن الطبيب المختص هو الشخص المؤهل قانوناً للقول في مثل حالات المرض هذه، وغالباً

¹ما يكون قضاة الموضوع إلى هذه الوسيلة ويعتبرونها دليلا حاسما في الدعوى وتدعم في مثل هذه الحالات إذا ما التمس المدعي إجراءات تحقيق وغالبا ما يتم هذا بشهادة الشهود، وهم الأشخاص الذين عايشوا المتوفي في آخر أيامه، وتعتبر الشهادات الطبية . هي الدليل الأكثر حجية لإثبات مثل هذه الحالات المرضية.

ب القرائن:

يقصد بالقرينة استنباط أمر غير ثابت مجهول من أمر ثابت معلوم، على أساس أنه غالبا ما يتحقق الأمر الأول إذا ما تحقق الأمر الثاني من الناحية العلمية، وبعبارة أخرى تعد القرينة دليلا استنتاجيا لا يرد على الإثبات بها على ذات الواقعة المراد إثباتها مباشرة، وإنما ينصب على واقعة أخرى بها اتصالا وثيقا، إذ لو ثبتت لتمكن القاضي بواسطتها استنباط الواقعة المطلوب إثباتها وهذا ما يسمى بنظرية تحول الإثبات. ²

ومن أمثلة القرائن أي يستخلص بها صدور التصرف في مرض الموت أن خروج المريض عن كل ما يملك وقت اشتداد المرض عليه هو أكبر مظهر من مظاهر مرض الموت وأماراته، كما يعتبر صدور عقد في مرض الموت أن يكون قد حرر قبل الوفاة بأيام قليلة، إلا إذا وجد في دعوى ما يدل على أن المتوفي مات فجأة، كما أن مجرد قرب التاريخ البيع من تاريخ الوفاة لا يثبت أن البائع كان مريضا وقت البيع خصوصا إذا لم يبين الطاعن في

¹المادة 776 من القانون المدني الجزائري. 2 خليل أحمد حسن قداة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج4، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000. 247.

²عبد العزيز محمودي، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، د طا قصر الكتاب، الجزائر، د س ن، ص 61

البيع بحصوله في حالة المرض أية قرينة على وجوده أو بيان نوعه.3 ومن الحثيات التي جاء بها قرار مجلس البليدة النص التالي: ... وحيث أن مرض الموت واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة الطرق، حيث تبين من الملف الطبي أن الواهبة كانت

المطلب الثاني: أهلية مريض مرض الموت.

الإنسان دون غيره من سائر المخلوقات هو الذي كلفه الله بما يترتب عليه صلاح حاله وحال المجتمع في الدنيا، وينال بطاعته فيما كلف به الثواب في الآخرة والله سبحانه وتعالى لا يكلف الناس إلا بما فيه صلاح حالهم في الدارين، ودل على ذلك في كثير من الآيات التي وردت في كتابه العزيز، ومن ذلك قوله: (لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ۗ لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ (...)¹.

كما أنه لا يكلف إلا من كان أهلاً للتكليف بأن يكون قادراً على فهم أدلة التكليف قادراً على الإتيان بما كلف به، فأما قدرته على فهم أدلة التكليف فإنما تتحقق إذا كان عاقلاً، لأن العقل أداة فهم وإدراك ما يريده الله، لأن تكليف من لا عقل له مثل تكليف البهائم، وقد ورد في الشريعة الإسلامية ما يؤكد أن الله تعالى قد كلف العاقل دون غيره قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم: (رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ وَعَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَخْتَلِمَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَعْقِلَ).²

وأهلية التكليف إنما يراد بها صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه،

¹سورة البقرة الآية 286

²- لأحمد بن حنبل، المسند، دار الحديث مصر 2012، حديث رقم 24575، ج13، ص 492

ولصدور الأفعال منه على وجه يعتد به شرعا، وهذه الأهلية ليست على درجة واحدة في كل مراحل حياة الإنسان بل تنقص وتكمل حسب نموه عقلا وبدنا، ومن هنا قسمت الأهلية إلى قسمين هما: أهلية، وجوب، وأهلية أداء.

فأما أهلية الوجوب فهي صلاحية الفرد لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه، ويتمتع بها الإنسان بمجرد ميلاده حيا، وهناك من أعطاهها حتى للجنين في بطن أمه وأما أهلية الأداء فهي صلاحية الإنسان لمباشرة التصرفات القانونية، ويكتسبها الشخص ببلوغه سن الرشد القانوني خاليا من عوارض الأهلية كالجنون والعتة والسفه والغفلة¹

إن تقييد التصرف الصادر من المريض مرض الموت لا يرجع إلى أهلية المريض، ولا إلى عيب في إرادته، فالمريض مرض الموت لا يفقد أهليته بل ولا تنقص، فما دام حيا محافظا على قواه العقلية فإنه يبقى متمتعا بأهليته الكاملة إلى آخر لحظة من حياته، ولو وقع أن المرض أفقده التمييز، فإن التصرف الذي يصدر منه وهو في هذه الحال يكون باطلا لانعدام التمييز ولا يقتصر الأمر فيه على أن يكون تصرفا غير نافذ في حق الورثة لصدوره في مرض الموت، وإنما يرجع تقييد التصرف في مرض الموت إلى تعلق حق الورثة بأموال المريض من وقت المرض. وهذا يبين أن حق الورثة يتعلق بأموال مورثهم لا من وقت موته فحسب بل من وقت مرض الموت الذي مات فيه، فإذا صدرت منه تصرفات تحتوي على تبرع منذ هذا المرض كان لها حكم الوصية وهذا لأن المريض وهو يعتقد بدنو أجله إذا تبرع

¹رشا السيد إبراهيم عامر، تصرفات المريض مرض الموت في القانون الجزائري مقارنا بالشرعية الإسلامية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر ، 1989 ، ص 53

بماله فهو يفعل ذلك ليأسه من الحياة، فيبادر إلى الأعمال التي تزيد من أجره وثوابه، وذلك بصرف أكبر قدر من الأموال في طرق البر والإحسان قد يصل إلى حد الإسراف مما يلحق ضررا بحقوق الورثة أو الدائنين فالمشرع قيد تصرفات مريض الموت ليحافظ على هذه الحقوق أضف إلى ذلك أن هذه القيود لا تؤثر لها مادام المريض على قيد الحياة، فالمريض تبقى تصرفاته صحيحة محدثة بذلك آثارها ولا يمكن لأي كان الطعن فيها إلا بعد وفاة المريض.

الفرع الأول: أساس تقييد تصرفات المريض مرض الموت.

وبناء على ما سبق فأهلية المريض مرض الموت هي أهلية كاملة كأهلية الصحيح تماما، لأن القول بأن أهليته ناقصة هو قول خاطئ وذلك للأسباب التالية:

أولاً:

لو كان المريض مرض الموت ناقص الأهلية لكان تصرفه بالوصية باطل بطلانا مطلقا، لأنه تصرف ضار به ضررا، محضاً، حيث هناك إجماع على أن تصرف المريض في حدود الثلث صحيح.

ثانياً:

لو كان المريض ناقص الأهلية وكان تصرفه تبرعاً، فإن هذا التصرف باطل بطلانا مطلقاً ولا يستطيع ورثته إجازته لان الباطل لا يمكن إجازته¹.

ثالثاً:

¹محمد كامل مرسي الوصية وتصرفات المريض مرض الموت، المطبعة العالمية، مصر، 1950، ص257

لو كان مريض الموت ناقص الأهلية لكان تصرفه تبرعا باطل بطلانا مطلقا إذا لم يكن له وارث، وهناك إجماع على أن تبرعه في كل ماله . صحيح إذا لم يكن له وارث

رابعاً:

إن نقص الأهلية لدى مريض الموت لا يرجع إلى عارض من عوارض الأهلية (الجنون والعتة والسفه والغفلة ولا إلى عيب من عيوب الرضا الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال) فمريض الموت غير مصاب بعوارض الأهلية كما أن إرادته غير معيبة بعيوب الإرادة.

خامساً:

إذا افترضنا أن التصرفات الدائرة بين النفع والضرر قابلة للإبطال فإن الحق في طلب إبطال هذه التصرفات يكون لمن شرع الإبطال لمصلحته، وإذا مات انتهى بموته هذا الحق وصار التصرف صحيحاً¹.

سادساً:

إذا كان للورثة حق إبطال تصرف المريض فإن حقهم هذا حق شخصي والحقوق الشخصية لا تورث بل إنهم يستعملونه للدفاع عن حقوقهم هم لا عن حق مورثهم

الفرع الثاني: الحالات التي تأخذ حكم المريض مرض الموت

ألق الفقهاء حالات مختلفة بالمريض مرض الموت ليس فيها مرض وإنما تم الإلحاق على أساس توفر شروط أهمها غلبة الموت والخوف منه، فقد ألق بالمريض مرض الموت كل

¹رشا السيد مرجع سابق، ص 38

الأصحاء الذين يكونون في أحوال تجعلهم يتربقون الموت ويغلب فيها اليأس على الرجاء والموت على الحياة والهلاك على النجاة.

إن المعيار في إلحاق هذه الحالات بمريض الموت هو الحالة النفسية المشابهة لحالة المريض مرض الموت رغم أنهم أصحاء وأقوياء ولا يعانون من أي مرض أو علة جسدية، وقد ذكر فقهاء الشريعة الإسلامية عدة أحوال تقوم مقام مرض الموت واجتهد كل فقيه في إلحاق حالة من الأحوال بمريض الموت فاعتبروا كل شخص يوجد في حالة يأس من الحياة وإحساسه بدنو أجله بسبب الخطر المحيط به فإن هذا الشخص يأخذ حكم المريض مرض الموت حتى ولو لم يكن مريضا، ومن هذه الأحوال ما يلي:

أولا: حالة الحرب والقتال

إذا التحمت الجيوش في القتال وتكافأت القوة أو كان الجيش الذي ينتمي إليه المقاتل في حالة قرب هزيمته وفشله ففي هاتين الحالتين يكون المقاتل في هذا الجيش في حكم مريض الموت، وهذا نظرا لتشابه الحالة النفسية للمقاتل مع حالة المريض مرض الموت في الخوف من الموت الذي يهدده، أما إذا كان الجيش هو المسيطر والغالب فلا يكون في حالة مرض الموت، كما يعتبر في مرض الموت المقاتل الذي وقع أسيرا في يد أعداء مشهور عنهم أنهم يقتلون الأسرى¹

¹محمد كامل مرسي مرجع سابق ص258

ثانيا : حالة من قدم ليقتل.

ويدخل ضمن هذه الحالة كل شخص حكم عليه بالقتل سواء كان عن طريق الإعدام أو الرجم، وخاصة عند تقديمه لينفذ فيه الحكم.

ثالثا: حالة المرأة الحامل إذا أثقلت.

صرح المالكية أن كل امرأة بلغت ستة أشهر ودخلت السابع ولو بيوم، لأنها تتوقع الولادة كل يوم وفي حالتها هذه فالمرأة تتوقع الموت كل لحظة فتكون بين الخوف والرجاء فحكمها مثل حكم مريض الموت، غير أن بعض الفقهاء رفضوا أن يلحقوها بحكم مريض الموت إلا عندما يأتيها ألم المخاض.

وهناك حالات أخرى اختلف الفقهاء في إلحاقها بمرض الموت وهي حالة من ركبوا السفينة فتموج بهم البحر، وتضررت سفينتهم وأحاطت بهم الأمواج العاتية، وحالة المسافرين في طائرة مدنية أو مركبة فضائية أو غواصة فهم في حالة الصحيح فإذا أصيبت الوسيلة التي تقلهم بعتل أو انفجر أحد محركاتها فكل الأشخاص الموجودون على متنها في حكم مريض الموت¹.

أما في القوانين الوضعية فقد أشارت مجلة الأحكام العدلية في المادة (1595) على أنه من بارز رجلا أو قدم ليقتل في قصاص أو رجم أو بقي على لوح سفينة أو افترسه سبع وبقي في فيه فهو كمريض الموت . كما نصت المادة (505/2) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على أنه يعد في حكم مرض الموت الحالات التي يحيط بها خطر الموت، ويغلب

¹محمد كامل مرسي مرجع سابق ص259

في أمثالها الهلاك ولو لم يكن مريضاً . وأضاف بعض الفقهاء الشخص الذي يحاول الانتحار بقولهم: فالمحكوم عليه بالإعدام وينتظر التنفيذ، ومن كان في سفينة على وشك الغرق، ولم تنتهياً له وسائل الإنقاذ ومن داهمه حريق ولا سبيل للنجاة منه ومن حوصر في حرب وأيقن أنه مقتول ومن عقد نيته على الانتحار.

ومنه فكل حالة أخرى مادية غير المرض تجعل الإنسان يعتقد بدنو أجله يكون من شأنها أن تثير في نفسه هذه الحالة بالذات تكون لتصرفاته حكم تصرفات المريض مرض الموت ولو لم يكن مريضاً.



الفصل الثاني: احكام
تصرفات المريض مرض
الموت

تمهيد:

يقوم الفرد بعدة تصرفات قانونية في حياته وقد يعتريه المرض الذي يؤدي به إلى الموت وفي تلك الفترة من حياته ، وضعت الشريعة الإسلامية وكذا القانون الوضعي أحكاما لبيان مدى صحتها أو بطلانها نظرا لما يترتب عنها من آثار تمس الأطراف المتعاقدة وورثتهم وغيرهم ، سوف أتطرق إلى بيان الأحكام فيما يتعلق بالزواج والطلاق والإقرار وكذا بعض التصرفات الإنشائية كالهبة والوقف ، و عليه سأقوم في هذا الفصل المعنون بأحكام تصرفات المريض مرض الموت بتخصيص مبحثين للدراسة هذه الأحكام حيث المبحث الأول يكون متضمن الأحكام الخاصة بمريض مرض الموت في الأحوال الشخصية ، و أما المبحث الثاني يكون متضمن أحكام تصرفات المريض مرض الموت في البيوع و المعاوضات و التبرعات.

المبحث الأول :احكام تصرفات المريض مرض الموت في مسائل الاحوال الشخصية

بعد بيان مفهوم مرض الموت في الفقه والقانون وموقف القضاء منه سوف نتطرق في هذا المبحث حكمه في الفقه الإسلامي وهل يقع هذا النوع من الزواج أو الطلاق أم لا ، كما أعرض لحكمه في قوانين الأحوال الشخصية المختلفة وموقفها .

المطلب الأول: حكم زواج المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول صحة زواج المريض مرض الموت فبين قائل بجواز انعقاده ومانع له، كما اختلفوا في مسألة الصداق والميراث بالنسبة للزوجة، وعليه أعرض لآراء فقهاء المذاهب المعتمدة في هذا الخصوص¹.

أولاً : حكم زواج المريض مرض الموت في الفقه الحنفي

ذهب فقهاء الحنفية إلى جواز زواج المريض مرض الموت حاله حال زواجه في الصحة فعقده صحيح ويثبت التوارث بينه وبين زوجته ، شريطة تحقق الدخول وأن لا يزيد المهر عن مهر المثل وما زاد عنه يتوقف على إجازة الورثة، لكن وقع الخلاف داخل المذهب الحنفي حول الآثار المترتبة عن هذا الزواج كالمهر وما يثبت للزوجة منه. وانفرد فقهاء الحنفية بتفصيل ثبوت مهر الزوجة من المريض في حالتي العسر واليسر، فإن كان مدينا تعطى مهر المثل

¹ المرغيناني، شرح فتح القدير، تحقيق: عبد الرزاق المهدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، سنة 2003م، الجزء 4 ص 129

الفصل الثاني: احكام تصرفات المريض مرض الموت.

ولا يزداد عنه حتى يقضي ديونه في حال الصحة، أما إذا كان موسرا غير مدين فيعطيها مهر المثل من رأس ماله على اعتباره من الحوائج الأصلية يقدم فيها على الورثة.

ثانيا : حكم زواج المريض مرض الموت في الفقه المالكي

اشتهر عن فقهاء المالكية القول بعدم جواز زواج المريض مرض الموت خلافا لباقي المذاهب الفقهية الأخرى، سواء كان المريض في حاجة لهذا الزواج أم لا، وشهر هذا القول للخمي من متقدمي المالكية فقال: "الإقرار بالزواج في المرض لا يجوز ولا مهر ولا ميراث وعلل اللخمي سبب عدم جواز زواج المريض بقوله: إذا تزوج بإذن ورثته لا يجوز لإمكان فوات الإذن وانتقال الميراث لغيره، خشية إدخال وارث¹.

وعد محمد بن الحارث الخشني زواج المريض مرض الموت من قبيل الأنكحة المحرمة التي لا تجوز، وأسقط التوارث بينهما وأثبت للزوجة صداقها من الثلث إن دخل بها.

وهو القول الذي اشتهر أيضا عن ابن شاس المالكي في عقد الجواهر الثمينة

حيث ذكره في الجنس الخامس من موانع الزواج فقال رحمه الله: "فلا يجوز زواج المريض المخوف عليه في الغالب، الذي لا يحتاج إلى استمتاع وقد انتهى إلى حالة يحجر عليه في ماله، ويفسخ إن وقع، وكذلك زواج المريضة."

¹القرافي الذخيرة تحقيق محمد بوخيزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، سنة 1994م، الجزء4، ص211

الفصل الثاني: احكام تصرفات المريض مرض الموت.

ونقل ابن رشد الحفيد عدم جواز زواج المريض في مرض موته في بداية المجتهد ونص على أنه المشهور من مذهب الإمام مالك رحمه الله ، وانتصر لهذا القول الدسوقي في حاشيته المشهورة فقال رحمه الله: "ومذهبنا أنه فاسد يفسخ قبل الدخول وبعده إلا أن يصح المريض منهما فلا يفسخ."¹ يقصد أن زواج المريض أو المريضة في مرض الموت يفسخ وعلل الشيخ عليش في تقريراته على هذه الحاشية على سبب فساد زواج المريض وهو إدخال وارث جديد على التركة وقاسه على زواج الخيار.

وفي المذهب المالكي قول ثان يقضي بجواز زواج المريض في مرض موته إذا كان بحاجة إلى ذلك، وقد نقل القرافي عن مالك في الذخيرة قوله هذا الزواج إن كان محتاجاً إليه للإصابة والقيام به.

وممن انتصر لهذا القول من فقهاء المالكية المتأخرين الخطاب الرعيني في المواهب والدسوقي في الحاشية والدردير في الشرح الصغير.¹

ثالثاً : حكم زواج المريض مرض الموت في الفقه الشافعي

ذهب فقهاء الشافعية إلى صحة زواج المريض مرض الموت ورتبوا عليه آثاره من صداق وتوارث بين الزوجين واعتبروه كزواج الصحيح ولا فرق بينهما، فهو من الحوائج الأصلية على اعتبار أن الزواج من مصالح المعيشة ومن لوازمها ، وفي هذا المقام نص الإمام الشافعي بقوله: يجوز للمريض أن ينكح جميع ما أحله الله أربعاً وما دونهن فإذا أصدق منهن صداق

¹، الدسوقي، الحاشية على الشرح الكبير، مطبعة عيسى البابي الحلبي، مصر، 2 القرافي الذخيرة الجزء 4، ص 208

الفصل الثاني: احكام تصرفات المريض مرض الموت.

مثلا جاز لها من جميع المال الزيادة محاباة، فإن صح قبل موته جاز لها من جميع المال، وإن مات بطلت عنها الزيادة¹

المطلب الثاني: حكم زواج المريض مرض الموت في القانون الوضعي.

تباينت مواقف قوانين الأحوال الشخصية حول وقوع الزواج في مرض الموت بين مجيز ومانع له، وكذا اجتهادات وقرارات غرفة الأسرة، وعليه أبين في هذا المطلب حكمه في القانون والقضاء الجزائري وذلك في الفرع الأول، أما الفرع الثاني فأخصصه لموقف مختلف التشريعات الأسرية العربية من هذا الزواج.

الفرع الأول: موقف قانون الأسرة والقضاء الجزائري من زواج المريض مرض الموت.

أولاً: موقف قانون الأسرة الجزائري من زواج المريض. لم ينص المشرع الجزائري على الزواج في مرض الموت صراحة، لكن المنتبغ لنص المادة 7 مكرر التي استحدثتها آخر تعديل لقانون الأسرة سنة 2005م تلزم طرفي عقد الزواج بتقديم شهادة طبية تثبت حالتها الصحية وقت إبرام العقد أو قبله بتاريخ لا يزيد عن ثلاثة أشهر وصيغت المادة على النحو الآتي: "يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطراً يتعارض مع الزواج. كما اشترطت المادة في الفقرة الثانية أن يؤشر موثق أو ضابط الحالة المدنية على ما تسفر عنه التحاليل الطبية للزوجين أو

¹الدسوقي، مرجع سابق ص209

الفصل الثاني: احكام تصرفات المريض مرض الموت.

لأحدهما بما يشكل خطرا يتنافى مع الزواج بعد التأكد من صحة إجراء طرفي العقد للفحوصات الطبية اللازمة قبل إبرام العقد حفاظا على سلامة الطرفين.

وبالنظر لمضمون المادة 7 مكرر يمكن القول بأن إدراج هذه المادة في التشريع الجزائري جاء نتيجة انتشار الأمراض والأوبئة المتعددة بين الأزواج في العصر الحاضر مما ليس له نظير في وقت مضى في المجتمع الجزائري، أضف إلى ذلك كثرة العاهات والأمراض التي تصيب الأطفال جراء زواج الأقارب. كما يمكن حمل نص المادة 7 مكرر أيضا على بطلان زواج المريض مرض الموت من تحققه في أحد الزوجين أو كليهما حفاظا على مقاصد الزواج، وأخذا بالمذهب المالكي في منع هذا الزواج وعدم ترتيب آثار تنجر عنه كالصداق والميراث باعتباره المرجعية الفقهية في الجزائر، وتطبيقا لنظرية الباعث غير المشروع في إبطال هذا الزواج وهو إدخال وارث جديد على الورثة قصد الإضرار بهم، فمنع حفاظا لحقوقهم في التركة. يلاحظ أن المشرع الجزائري قد تأثر بما جاء في قانون الأحوال الشخصية العراقي في نص المادة 10 الفقرة الثانية من اشتراط الفحص الطبي للزوجين وإثبات وضعيتهما الصحية بشهادات طبية، فجاء ف الفصل الرابع المتضمن تسجيل عقد الزواج وإثباته ما يلي: "... يرفق البيان بتقرير طبي يؤيد سلامة الزوجين من الأمراض السارية والموانع الصحية وبالوثائق الأخرى التي يشترطها القانون¹

1 1 الأمر رقم 05/02 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم للقانون 84/11، الجريدة الرسمية، العدد 15 سنة 2005م

أولاً : موقف القضاء الجزائري من زواج المريض مرض الموت

باستقراء الاجتهادات القضائية وقرارات المحكمة العليا وفتت على قرارين يتعلقان بوقوع الزواج في مرض الموت، وأول هذه القرارات ما جاء في حيثياته: "ومن المستقر عليه قانونا وفقها أن عقد الزواج يعتبر صحيحا متى تم برضا الزوجين وحضور ولي الزوجة وشاهدين وصادق وأبرم أمام موثق أو موظف مؤهل قانونا. ومن ثم لم يتطرق القانون لصحة الزوجين فلا يعتبر مرض أحدهما عيبا في إبرام عقد الزواج ومن ثم فإن احتجاج الطاعنة بعد وفاة مورثها سنة 1988م على عقد الزواج الذي تم مع المطعون ضده سنة 1977م يعتبر غير مؤسس وينجر عنه رفض الطعن."

وجاء أيضا في حيثيات القضية الثانية المتعلقة بإيقاع زواج في مرض الموت حيث جاء في حيثياتها : "حيث جاء في القرار المنتقد بأنه لا يوجد أي نص في الشريعة يبطل عقد زواج المريض مرض الموت، ومعنى هذا أنه قد ثبت لقضاة الموضوع أن الزواج موضوع النزاع قد وقع فعلا في مرض الموت، حيث جاء في مختصر خليل في باب أحكام الزواج عند الحديث عن الأنكحة الفاسدة التي فيها الإرث فقال: إلا زواج المريض زوجا أو زوجة فلا إرث فيه. وعليه بالوجه مؤسس الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه.¹

يستنتج من مضمون القرارين أن الاجتهاد القضائي في الجزائر يقضي ببطلان زواج المريض مرض الموت وعدم ترتيب أي أثر ينجم عنه كالصداق والميراث تماشيا مع أصول مذهب

¹قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 8885 بتاريخ 1993م، المجلة القضائية، العدد الثاني 1996م، ص 69.

الفصل الثاني: احكام تصرفات المريض مرض الموت.

الإمام مالك وعلى ما قرره الشيخ خليل في مختصره المشهور في الفقه المالكي، وتطبيقاً لمبدأ سد الذرائع ونظرية الباعث غير المشروع معاملة للزوج بنقيض نيته ومقصوده وحماية لحقوق الورثة في التركة لتعلقهم بها.

الفرع الثاني: حكم طلاق المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي

لم يختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في وقوع طلاق المريض مرض الموت على اعتبار كمال أهلية أدائه، لكنهم اختلفوا في مسألة ميراث مطلقة منه، وعليه أقسم هذا المطلب إلى فرعين أخصص الفرع الأول. منه لبيان الحكم المتفق. عليه في ميراث المطلقة، أما الفرع الثاني فلبين الحكم المختلف فيه في ذات المسألة

أولاً : الحكم المتفق عليه في ميراث المطلقة في مرض الموت

اتفق الفقهاء على أن الرجل المريض إذا طلق امرأته، فطلاقه نافذ كالصحيح، فإن مات ذلك المريض ورثته المطلقة مادامت في بما ترثه في طلاقها في حال الصحة، لأن الرجعية زوجة يلحقها طلاق الزوج وظهاره وإبلاؤه، ويمك إمساکها بالمرجعة ولو بغير رضاها ولا ولي ولا شهود ولا صداق جديد، أي أن المطلقة مادامت لم تنته عدتها في طلاق رجعي ترثه . " العدة طلاق من رجعي.¹

¹ زهدور محمد الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ط (1991م)، ص 131

ثانياً:

أما إذا طلقها في حال الصحة طلاقاً بالناً أو رجعيّاً، فبانت منه بانقضاء عدتها فلم يتوارثا إجماعاً. ثالثاً: واتفق الفقهاء أيضاً على أن الرجل إذا طلق إمرأته في مرض الموت ثم ماتت لم يرثها وإن ماتت في العدة. أي أنه إذا طلقها هو ثم ماتت هي قبله فهنا لا يرثها ولو كانت في عدة.¹

الفرع الثالث: الحكم المختلف فيه في ميراث المطلقة في مرض الموت

أولاً: اختلف الفقهاء في إرث الزوجة المطلقة طلاقاً بالناً إذا مات الزوج في أثناء العدة من هذا الطلاق وأعرض الخلاف الفقهي على النحو الآتي:

ذهب جمهور الحنفية والمالكية والحنابلة وهو قول للشافعي في القديم إلى القول بأنها ترثه، واختار هذا القول شيخ الإسلام ابن تيمية، وقال ابن حزم: "طلاق" المريض كطلاق الصحيح ولا فرق، فإذا مات أو ماتت فلا توارث بينهما بعد الطلاق الثلاثة، ولا بعد قيام العدة الطلاق الرجعي. "استدل الشافعي على أن المرأة المطلقة في عدة طلاق بائن لا ترث من زوجها الذي طلقها بإنقطاع آثار الزوجية بالطلاق البائن، والميراث لا يثبت إلا بعد زوال سببه، بخلاف المطلقة في عدة طلاق رجعي، فإنها ترث بالاتفاق لبقاء آثار الزوجية، فاستدل الجمهور لأثر المعقول

عبد الرحمان الخلاشة، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، عقد البيع دراسة متقابلة مع الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط 1 (2005م)، ص 570¹

الفصل الثاني: احكام تصرفات المريض مرض الموت.

فمن الأثر: "أن عثمان رضي الله عنه ورت تماضر بنت الأصبع الكلبية من عبد الرحمان بن عوف الذي كان قد طلقها في مرضه، فبثها ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة، فلم ينكر عليه أحد، فكان إجماعاً منهم. وأما من المعقول: فهو أن تطليقها بغير اختيارها يدل على قصده حرمانها من الإرث، فيعاقب بنقيض قصده، كما يرة قصد القائل إذا قتل مورثه بحرمانه من الإرث، فترث المرأة حينئذ بسبب الزوجية دفعاً للضرر عنها. ب. اختلف جمهور الفقهاء في وقت الإرث، فقال الحنفية: إنها ترث إذا مات وهي في العدة من هذا الطلاق البائن، لبقاء بعض أحكام الزواج، فيبقى حق إرثها منها، فإن مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها، لأنه لم يبق بينهما علاقة، وصارت كالأجنبية، ففي أثناء العدة ترث بسبب الإمكان وهو بقاء الأحكام الزوجية، وبعد انقضاء العدة، لا ترث لعدم الإمكان وانقطاع آثار الزوجية السابقة.¹

وقال المالكية: إنما ترث وإن انقضت عدتها وتزوجت لما روى أبو سلمة بن عبد الرحمان " أن أباه طلق أمه، وهو مريض فمات، فورنته بعد إنقضاء العدة "، وكان سبب توريثها قراره من ميراثها، وهذا المعنى لا يزول بعد انقضاء العدة.

الفرع الرابع : حكم طلاق المريض مرض الموت في القانون الوضعي

أعرض في هذا المطلب الحكم طلاق المريض مرض الموت في القانون الجزائري وكذا موقف القوانين العربية منه، وعليه يشتمل هذا المطلب على فرعين يخصص الفرع الأول منه لبيان

¹المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ط1 (1419هـ) (7) ص 265. الكاساني، بدائع

الفصل الثاني: احكام تصرفات المريض مرض الموت.

حكم طلاق المريض مرض الموت في القانون الجزائري، أما الفرع الثاني فليبيان موقف القوانين العربية منه

أولاً : حكم طلاق المريض مرض الموت في القانون الجزائري

لم ينص المشرع الجزائري على طلاق المريض مرض الموت، مما يوحي بوجود فراغ قانوني يفصل في هذه المسألة، خصوصاً نصوص قانون الأسرة الجزائري باعتباره التشريع الأقرب لبيان الأحكام المتعلقة بطلاق المريض مرض الموت خصوصاً وببقية تصرفات المريض الأخرى عموماً، مما يستوجب العودة إلى تطبيق أحكام المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تحيلنا بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة لم يرد النص عليه في هذا القانون. فبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أنها قد فصلت في طلاق المريض مرض الموت كما سبق تفصيله آنفاً، حيث نجد المشرع الجزائري قد أخذ بها من خلال الاجتهادات القضائية من قبيل ذلك نجد القرار رقم 101444. الصادر بتاريخ 21/12/1993م والذي جاء في منطوق القرار: " إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق وكانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث." وهذا هو رأي فقهاء الشريعة الإسلامية، حيث أجمعوا على أن المريض مرض الموت إذا طلق امرأته، فطلاقه نافذ كالصحيح، فإن مات من ذلك المرض ورثته المطلقة مادامت في العدة من طلاق رجعي، واتفقوا أيضاً إذا طلق امرأته ثم ماتت لم يرثها وإن ماتت في العدة.¹

¹ ابن جزى الغرناطي، القوانين الفقهية، تح محمد مولاي، دار النفائس، بيروت، ط1 (1425هـ)، ص 152

الفصل الثاني: احكام تصرفات المريض مرض الموت.

في حين الزوجة المطلقة طلاقاً بائناً، إذا مات الزوج أثناء العدة من هذا الطلاق وهو حكم طلاق الفار، فقد أجمع الفقهاء أنها ترثه وقد استدلوا بالأثر والمعقول.

الفرع الخامس: حكم طلاق المريض مرض الموت في التشريعات العربية

في القوانين العربية اختلفت نظرة القوانين العربية لطلاق المريض، وأعرض لموقف كل قانون على النحو الآتي:¹

أولاً: موقف المشرع الأردني :

نجد المشرع الأردني هذا حذو مثل المشرع الجزائري إذ لم ينص على طلاق المريض مرض الموت على أساس العمل بالقول الراجح من مذهب الإمام أبي حنيفة، وفقاً لما جاء في المادة 325 من قانون الأحوال الشخصية الأردني حيث نصت على أن: "مالا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة، فإذا لم يوجد حكمت المحكمة

بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون"

وقد اعتبر المشرع الأردني وقوع طلاق المريض مرض الموت ما دام المنصرف واعياً غير فاقد لعقله، ولا مدهوش ولا مكره وقاصدا فيكون طلاقه واقعا ما دام مكلفاً شرعاً.

¹ابن جزى الغرناطي مرجع سابق ص153

ثانيا: موقف المشرع العراقي

ذهب المشرع العراقي إلى القول بعدم وقوع طلاق المريض مرض الموت وإلى أن الزوجة لا ترته إذا مات من مرضه، حيث نص في المادة 35/2 من قانون الأحوال الشخصية العراقي: " لا يقع طلاق الأشخاص الآتي بيانهم، وذكر في فقرته الثانية المريض مرض الموت، أو في حالة يغلب مثلها الهلاك إذا مات في ذلك المرض أو تلك الحالة، وترته زوجته." وقد انتقد المشرع العراقي على خلطه بين عدم وقوع الطلاق وبين توريث الزوجة، إلا أنه حفظ لها ميراثه منه، فقد جاء مخالفا لما أجمع عليه فقهاء الشريعة الإسلامية وما انفقت عليه القوانين العربية، وقد جاء في قرار محكمة التمييز العراقية رقم 86/شرعية 66 في 15/03/1967 ما يلي: "التأكد من مرض الموت في دعوى التفريق أن الثابت في آراء الفقهاء أن الزوج إذا طلق زوجته في مرض الموت ثم توفي فإن طلاقه يقع شرعاً، ولكن زوجته ترثه، إذ يعتبر الزوج فاراً من توريثها فيرد عليها قصده".

ثالثا: موقف المشرع المصري

اعتبر المشرع المصري طلاق المريض المرض مرض الموت واقعاً، وأثبت ميراث الزوجة في هذه الحالة إذا طلقها بغير رضاها ومات وهو في عدتها، فقد جاء في المادة 11 من قانون المواريث المصري: "وتعتبر المطلقة بائناً في مرض الموت في حكم الزوجة إذا لم ترض بالطلاق ومات المطلق في ذلك المرض وهي في عدتها." 2 قرر المشرع المصري في هذه المادة في فقرته الثالثة أخذاً بالمذهب بأن من كان مريضاً مرض الموت وطلق زوجته بغير

الفصل الثاني: احكام تصرفات المريض مرض الموت.

رضاهما ومات حال مرضه والزوجة لا تزال في العدة فإن الطلاق البائن يقع على زوجته ويثبت منه من حين صدوره، أهل لإيقاعه إلا أنها ترثه، مع ذلك بشرط أن تكون أهلاً لإرثه من وقت إبانته إلى وقت موته بالرغم من أن المطلقة طلاقاً بائناً لا ترث لانقطاع العصمة بمجرد الطلاق، استناداً إلى أنه لما أبانها حال مرضه عُد احتياطاً فاراً هارباً فيرد قصده لها ويثبت لها الإرث.

إن المشرع المصري أخذ بمذهب الإمام أحمد بن حنبل في توريث المطلقة طلاقاً بائناً في مرض الموت من مطلقها، وخالف المذهب الحنفي ونص القضاء المصري في إحدى قراراته في هذا الباب على أن المريض مرض الموت إذا طلق زوجته ثم مات مطلقته في العدة يعتبر متى توافرت الشروط بطلاقه فاراً من الميراث وتقدم المظنة على أنه طلق زوجته طلاقاً بائناً في مرض الموت قاصداً حرمانها من حقها الذي تعلق بماله منذ حلول المرض به معنى أن الطلاق البائن يبني بذاته من غير دليل آخر على القصد، فرد المشرع عليه قصده، وذلك دون حاجة للبحث في حبايا نفس المريض واستكناه ما يضمرة¹

¹ابن جزى الغرناطي مرجع سابق ص 154

المبحث الثاني : احكام تصرفات المريض مرض الموت في أمواله.

ان أي شخص يمكن له أن يتصرف في ماله لمن يريد حال صحته دون قيد على حريته في ذلك ولا يحق لأحد مراجعته أو مجرد الاعتراض عليه، ولكن هذا نجده مختلف مع المريض مرض الموت الذي قيد الشرع ثم القانون تصرفاته في ماله، لذا كان لازما أن نوضح حكم تصرفات المريض مرض الموت سواء كان معاوضة أو تبرعا وفقا للقانون، وهذا ما سنبينه كالآتي: ¹

المطلب الأول : حكم بيع المريض مرض الموت:

لقد وضع المشرع الجزائري تنظيما خاصا لحكم بيع المريض مرض الموت، فنصت المادة 408 من القانون المدني الجزائري على الآتي: " إذا باع المريض مرض الموت لوارث، فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة. أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال". تجدر الإشارة أن المشرع عندما نظم المواد المتعلقة بالبيع في مرض الموت و الآثار التي تترتب على ذلك إنما قصد بيع المريض الذي فيه التبرع لأنه يفترض أن البيع حقيقته هبة مستترة وأن المريض لم يقبض ثمننا من المشتري، وأن الثمن المذكور في العقد إنما هو ثمن صوري أي البيع بغير ثمن أصلا ولكن هذه القرينة البسيطة أو الفرض قابل لإثبات العكس، وقد علق الأستاذ عبد الرزاق أحمد

¹عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط ي شرح القانون املدين الجديد، الجزء الأولى، مصادر الالتزام، اجملد الأولى، نظرية الالتزام بوجه عام، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، جمهورية مصر العربية، ص329 2011

الفصل الثاني: احكام تصرفات المريض مرض الموت.

السنهوري على هذا قائلًا: " ولا يقال أن البيع يكون باطلا ويتحول إلى هبة صحيحة، بل العقد هبة مكشوفة رأسا "

ومن القرائن القوية على الصورية أن يكون عجز المشتري عن دفع الثمن واضحا كل الوضوح بحيث لا يعقل أن يكون البائع قد أخذ الأمر على محمل الجد، وأن الثمن المذكور في العقد ليس إلا ثمنا صوريا والعقد ليس إلا تبرعا وعلى المشتري لينقض هذه القرينة أن يثبت أنه فعلا دفع ثمن المبيع لا يقل عن قيمته فان لم يستطع أن يثبت أنه دفع ثمنا ما للمريض اعتبر هذا البيع هبة بغير ثمن وكان لها حكم الوصية لا البيع الجدي إذا كان مشتملا على عناصر الوصية، أما إذا كان التصرف الأصلي وهو البيع لا يشتمل على العناصر اللازمة لصحة ونفاذ الوصية فانه يظل باطلا ولا يتحول إلى وصية وعلى هذا الأساس فالبيع في مرض الموت إما أن يكون بثمن لا يقل عن قيمة المبيع وفي هذه الحالة يعتبر البيع صحيحا نافذا في حق الورثة دون حاجة إلى إجازتهم سواء كان البيع لوارث أو لغير وارث ، أو بثمن يقل بما لا يجاوز ثلث التركة فإذا أثبت المشتري أنه دفع ثمنا للمبيع وأثبت مقدار ما دفع، وكان هذا المقدار يقل عن قيمة المبيع وقت الموت بما لا يجاوز ثلث التركة، فان البيع هنا أيضا يكون صحيحا نافذا في حق الورثة، ويستوي في ذلك أن يكون البيع لوارث أو لغير وارث ، وذلك حسب التفصيل الآتي: ¹

¹علي كاظم الشباين، حول العقد في نطاق القانون املدين، منشورات الحليب الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان. 2015 ص456

حكم بيع المريض مرض الموت لوارثه وفقا للفقرة الأولى من المادة 408 من القانون المدني فان بيع المريض مرض الموت لوارثه يكون صحيحا بين العاقدين، ولكنه غير نافذ في حق باقي الورثة إلا إذا أقره، فان أقره أصبح نافذا في حقهم من وقت إبرام التصرف، وان رفضه يكون غير صحيح ويترتب عليه بطلان العقد وبهذا قضت المحكمة العليا التي جاء في قرارها من المقرر أنه إذا باع المريض مرض الموت لوارث فان البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة، ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد إساءة في تطبيق القانون"، لكن قد يحدث أن يقر بعض الورثة التصرف ولا يقره آخرون وفي حال أقر بعض الورثة البيع وبعضهم لم يقره وكان البيع يقبل التجزئة ينفذ البيع في حصص من أقره من الورثة، ولا ينفذ في حصص من لم يقر البيع بالنسبة إلى أنصبتهم، ويترتب على ذلك أن يلتزم المشتري بأن يرد إلى التركة ذلك القدر كله أو بعضه الذي يخص الورثة الذين لم يقروا البيع أو قيمته¹

الفرع الأول : حكم بيع المريض مرض الموت لغير وارثه

نصت الفقرة الثانية من المادة 408 من القانون المدني على ما يلي: أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف، فانه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك قابلا للإبطال".

الأصل أنه يجوز بيع المريض في مرض موته لغير وارثه بثمن المثل أو بغبن يسير، ولا يعد الغبن اليسير محاباة عند عدم استغراق الدين فإذا باع المريض في مرض موته لغير الوارث بغبن فاحش نقصا في الثمن، فهو محاباة تعتبر من ثلث ماله، فان خرجت من ثلث ماله بعد

¹علي كاظم الشباين، مرجع سابق ص457

الفصل الثاني: احكام تصرفات المريض مرض الموت.

الدين بأن كان الثلث يفي بها لزم البيع، وان كان الثلث لا يفي بها بأن زادت عليه يكون محلا للطعن و يخير المشتري بين أن يدفع للورثة الزائد لإكمال ما نقص من الثلثين أو يفسخ البيع وواضح من المادة 776 من القانون المدني الجزائري أن جميع تصرفات المريض مرض الموت تعتبر وصية، وقد أدرج المشرع الجزائري الوصية في قانون الأسرة فقد نصت المادة 184 منه على الآتي: الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، ثم جاءت المادة 185 من نفس القانون محددة الجزء الموصى به من التركة ووضعت حكما لما بقي من التركة. فالمشرع الجزائري عمم فأعطى حكم الوصية لكل عمل قانوني يصدر في مرض الموت سواء كانت معاوضة أو تبرعا فاعتبره وصية مستترة وان كان هذا الفرض قابلا لإثبات العكس، فالعبرة إذن بالقصد أي بالنية وليس بظاهر العقد أو شكله والمعروف أن هذه المسألة خاضعة لسلطة وتقدير قاضي الموضوع، لان التصرف إذا انطوى صراحة على معنى التبرع فلا صعوبة في الأمر إذ تسري عليه أحكام الوصية ومثال ذلك الهبة، أما إذا كان التصرف في ظاهره معاوضة وادعى أحد الورثة أنه تبرع، وأثبت ذلك بالطرق المخولة قانونا سرت أحكام الوصية ولا تسري أحكام المعاوضات التي تبرم في مرض الموت¹

¹سعاد إبراهيم ساحل، أحكام الميراث والوصية في الشريعة الإسلامية، دار الضياء، جمهورية مصر العربية. 1991 ص180

الفرع الثاني : حكم هبة المريض مرض الموت:

عقد الهبة هو عقد تملك الإنسان ماله لغيره في الحياة بلا عوض في الحال كما يطلق عليه لفظ الصدقة على الهبة التي يراد بها وجه الله وهبة التودد التي يراد بها التودد والمحبة أي يقصد بها وجه المخلوق وهبة الثواب على هبة العوض، واعتبرها المشرع الجزائري في المادة 202 من قانون الأسرة بأنها :

الهبة تملك بلا عوض، ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف على انجاز الشرط". الأصل إذا كان الواهب صحيحا وكان أهلا للتبرع جاز له أن يهب ماله كله أو بعضه لمن يشاء سواء كان أصلا له، أم فرعا أم قريبا أو أجنبيا ولو كان مخالفا لدينه، وله إمكانية أن يفصل بين الحق العيني وحق الانتفاع والدين لدى الغير، فالمبدأ هو إطلاق الهبة وهو ما نصت عليه المادة 205 من قانون الأسرة التي جاء فيها : يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا أو منفعة أو دينا لدى الغير.¹

غير أن الجدل قائما حول نصاب الهبة، حيث يرى بعض الفقه أن الهبة لا تصح

أن تتجاوز حد النصاب الذي يحق للواهب أن يتصرف فيه قياسا على الوصية، ويرى البعض الآخر من الفقه أنه يجوز التصرف بطريق الهبة خارج مرض الموت دون تقييد التصرف، ولو ترتب عليها حرمان الورثة كلهم أو بعضهم من الميراث أو المساس بأنصبتهم فيه، بمعنى أنه

¹فاطمة أسعد، نظرية العقد الموقوف الفقه السالمي وتطبيقاتها في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في العلوم كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2015، ص413

الفصل الثاني: احكام تصرفات المريض مرض الموت.

لا تقيد حرية التصرف بالهبة إلا في مرض الموت وعلى ذلك فالشخص كامل الأهلية صاحب المال له أن يهب من المال ما شاء حتى ولو جرد أولاده من احتمال استحقاقهم للميراث، إذ الثابت أنه لا ميراث إلا بعد واقعة الوفاة لكن رغم ذلك لا تصل حرية الشخص إلى تقسيم تركته حال حياته ويبدو أن الرأي الثاني هو الأقرب إلى الصواب كونه وضع رغم إطلاق حرية التصرف في الهبة استثناء بتقييدها إذا كان الشخص في مرض الموت، فهو قيد من حرية هذا الأخير قصد حماية حق الورثة وعدم الإضرار بهم¹.

لكن إذا كان الواهب مريض مرض الموت فتسري أحكام الوصية على هبته، ونصت على هذا الحكم المادة 204 من قانون الأسرة التي جاء فيها: "الهبة في مرض الموت، والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية نلاحظ أن المشرع الجزائري أضاف حالة لم يتطرق لها الفقه الإسلامي ألحقها بمرض الموت فيما سماها بالحالات المخيفة، ولعل هذا الوصف هو حكم غريب يحتاج إلى تفسير من قبل القضاء من خلال الاجتهاد

الفرع الثالث: هبة المريض مرض الموت الذي له وارث من رأس ماله

أولا : حكم هبة المريض مرض الموت لوارث

قبل بيان هذا الحكم لابد من توضيح من هو الوارث في الهبة، إن المعتبر في الشخص الوارث هو من كان حيا وقت موت مورثه لا وقت الهبة، أما إجازة الورثة فهي فرع لمسألة هبة المريض لثلاث تركته، ولعل السبب في ذلك أنه لكي يتحقق الإرث و حاصلا لابد من التأكد

¹فاطمة أسعد، نظرية العقد مرجع سابق ص114

الفصل الثاني: احكام تصرفات المريض مرض الموت.

المورث حقيقة أم حكما حتى يستحق الوارث أن يرثه، وفي حال حصول الهبة من من وفاة المريض للوارث هناك حالتان¹

الحالة الأولى:

إن كان للواهب المريض مرض الموت وارث واحد فقط فإن الواهب لو أعطاه كلما له فلا شيء في ذلك، لأنه هو من سيرته في حال وفاته، فيكون قد أخذ عن طريق الهبة معجلاً إذ سيحصل على ما وهب له مؤجلاً في حال وفاة مورثه.

الحالة الثانية:

إذا كان المريض له أكثر من وارث، فإن للورثة الحق في إجازة الهبة أو عدم ذلك، فإن لم يجز الورثة الهبة للوارث بطلت ولم تنفذ وهذا ما ذهب إليه الحنفية و الشافعية والحنابلة ، يتضح مما سبق أن الفقهاء في هذه الحالة يعتبرون أنه في حالة قيام المريض بهبة الوارث شيئاً من ماله فإن هذه الهبة تنزل منزلة الوصية وتأخذ حكمها فلا تصح مهما قلت أم كثرت إلا في حالة إجازتها من الورثة.

الفرع الرابع: هبة المريض مرض الموت الذي ليس له و من رأس ماله:

مما من ماله كما سبق يكون للواهب الذي له وارث الحق في التصرف في حدود الثلث ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء، أما في حالة ألا يكون للمريض وارث فإنه يحق له أن يهب من رأس

¹محمود بن إسرائيل الشهور بابن قاضي مساوونو، جامع الفصولين وبهامشه حواشي خت الدين الرملي، ، مصر، 59 الطبعة الثانية ، الطبعة 1 1300 هـ، الجزء 2 ، ص 18.

الفصل الثاني: احكام تصرفات المريض مرض الموت.

ماله، بل لو وهب كل ماله وسلمه للموهوب له صح ذلك، وليس البيت المال الاعتراض على ذلك التصرف كما ذهب إلى ذلك الحنفية، أما فقهاء المذهب المالكي والشافعي يرون أن هبة المريض الذي لا وارث له إنما تكون فقط في حدود الثلث، وذلك لأن الزائد على الثلث إنما هو ميراث للمسلمين ولا مجيز له منهم، وحتى إن الإمام ليس له الحق في أن يجيز أكثر من الثلث، وذلك لما يلحق ذلك من أضرار ببيت مال المسلمين تلاحظ أن مذهب الحنفية هو الأولى بالقبول، وذلك لأن من يملك شيئاً وليس هناك حق لأحد فيما يملكه فإن له الحق في التصرف في ذلك المال كيفما شاء ولو أنه وهبه كاملاً - أي ما يملكه من مال - الشخص فإن تصرفه يكون صحيحاً نافذاً، أما تحديد الهبة بالثلث فإن هذا لا يطبق على المريض الواهب الذي لا وارث له، فإن الحكمة من التقييد بالثلث هو وجود حق متعلق بالمال ألا وهو حق الورثة، فلما لم يوجد وارث متعلق بالمال فلا داعي لأن يقيد بالثلث، وأما تعليق المالكية والشافعية للتصرف في تصرف المريض.. حدود الثلث ولا تجوز الزيادة عليه إلا بإجازة المسلمين فهو أمر غير مسلم به وذلك لأن الإجازة تكون من مالك حقيقي فعلي والمسلمون ليسوا بمالكين لمال ذلك المريض الواهب الذي لا وارث له ملكاً حقيقياً فلا يتوقف تصرف صاحب المال على إجازة من لا يملك حق الإجازة¹

¹محمود بن أحمد بن جزي الكليب، القوانين الفقهية، الجزء 1، الدار العربية للكتاب، ص 242/ سليمان 62 بن عمر البقمي، ص 279.

الفصل الثاني: احكام تصرفات المريض مرض الموت.

المطلب الثاني: وصية مريض مرض الموت

إن حكم وصية المريض عند جمهور الفقهاء، لا تختلف بين ما إذا صدرت في حالة الصحة أو في مرض الموت، هذا إذا كان المريض ثابت العقل كامل الإدراك والشعور ،¹ وجوازها للأجنبي شريطة أن لا يتجاوز مقدار الثلث كما يتوقف نفاذها في ما زاد عن ذلك على إجازة الورثة، كما اختلفوا في جواز الوصية لوارث، وهذا ما سوف نبينه في ما يأتي:

الفرع الأول: وصية المريض لغير الوارث

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

استدلوا على ذلك لما روي عن سعد بن أبي وقاص قال: جاءني رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني عام حجة الوداع من وجع فقلت يا رسول الله قد بلغ بي من الوجع ما ترى، وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي فأصدق بثلثي مالي قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لا،

¹حافظ الدين الشفي كشف الاسرار، ج1، ص275، الطبعة الأولى الأميرية 1316هـ منقولاً عن عبد السلام فيغو، المرجع السابق، ص 179.

الفصل الثاني: احكام تصرفات المريض مرض الموت.

فقلت فالشطر ، قال لا ، ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الثلث والثلث كثير، إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكفون الناس قال ابن العباس: لو غض الناس من الثلث لكان أحب إلي، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (الثلث والثلث كثير). فإذا أسقط الورثة حقهم كان ذلك جائز.

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

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

أولاً: حالة زيادة الوصية عن الثلث

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

1- تنفذ وصيته في حدود الثلث حكماً بالشرع، ولا تحتاج الى موافقة الورثة أو غيرهم¹.

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

الجمهور، وإن رفضوها بطلت في الزائد وتصح كالحالة الأولى.

¹حافظ الدين الشفي مرجع سابق ص180

الفصل الثاني: احكام تصرفات المريض مرض الموت.

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

ثانيا: حالة زيادة الوصية عن الثلث مع عدم وجود وارث

أما إذا لم يكن للموصي ورثة، فإن الزيادة على الثلث، لا يتوقف على إجازة أحد، فهي تنفذ، فقول ابن مسعود جواز الزيادة على الثلث لأن الموصي لا يترك في هذه الحال من يخشى عليه الفقر، لأن الوصية جاءت في الآية مطلقة، وقيدتها السنة بمن له وارث فبقي من لا وارث له على إطلاقه¹.

الفرع الثاني: وصية المريض لو ارث

قد يتسبب المريض بإيصاله لبعض الورثة وإيثاره على الباقيين إلى إيذائهم ويخلق بينهم العداوة والبغضاء والخلاف والشقاق، وقد يصل إلى قطع الرحم وهو حرام، فلا يصح لسد الذرائع، لأن الوصية لبعض الورثة حيف وضرر على الباقيين والاضرار في الوصية من أكبر الكبائر كما جاء في الحديث وفسره بعض العلماء بالوصية لو ارث أو بالزيادة على الثلث ولقد اختلف جمهور الفقهاء على اشتراط أن يكون الموصى له غير وارث، إلا أن اختلافهم جاء في تحديد نوع هذا الشرط على رأيين والمفهوم حديث (الأوصية لو ارث وتفسيره خاصة في روايته المختلفتين وقد تلقوه على ثلاثة آراء..

¹بدران او العينين بدران، الشريعة الإسلامية تاريخها و نظرية الملكية و العقود، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، ب،س،ص، 451.

الرأي الأول:

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

الهبة في مرض الموت تعتبر الهبة عقد من عقود التبرع اليه أبحاثها الشريعة الإسلامية ورغبت فيها ، وسنت لها التشريعات الوضعية قواعد وقوانين تحكمها ، فالواهب يمكن أن يكون صحيحا، كما يمكن أن يكون مريضا مرض الموت وسوف نعرض الهبة في مرض الموت في هذا المبحث

أولا : اعتبار الهبة وصية

قد ألحق المشرع الجزائري التصرفات التي تصدر من المريض مرض الموت بالوصية ابتداء من نص المادة 776/1 كل " تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت،¹

¹القانون المدني الصادر بموجب الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر، 1975 الجريدة الرسمية رقم 78 48 المؤرخة يف-30 سبتمبر 1975 رقم، 07-05 المؤرخة في 13 ماي 2007 الجريدة الرسمية رقم 31 المؤرخة في 13 ماي 2007.

الفصل الثاني: احكام تصرفات المريض مرض الموت.

وتسري عليه احكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف وعليه تعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت وتحكمه احكام الوصية مهما كانت التسمية التي يطلقها المتعاقدان على التصرف، فغاية رد التحايل على احكام الوصية بأن يعمد المورث إلى ستر هبته في شكل تصرف منجز كبيع أو الوصية، أي أنه يخلع على تصرفه وصفا قانونيا غير صحيح، فحسم المشرع التكييف القانوني له باعتباره وصية واعتبار سلطة تكيفه لقاضي الموضوع الذي يطبق القواعد القانونية المقررة للتصرف بعد القيام بتكيفه، حيث نصت المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري على أن: "الهبه في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية"، ويستفاد هذه المادة أن الواهب إذا تصرف في أمواله بأن وهب جزءا منها أو كلها وهو في مرض موته أو تصرف بذلك وهو في حالة من الحالات المخيفة فإن تصرفه هذا يأخذ حكم الوصية¹، وأن الهبة لما بعد الموت تكون باطلة لأنها لا تنفذ إلا بموت الواهب، وتأخذ حكم الوصية ، كما أن الشيء الموهوب الذي لا تزيد قيمته على ثلث التركة، إذا كان التصرف صادرا في مرض الموت ولم تتجاوز قيمته حدود ثلث التركة تصح هبته، حكما خاصا فلا بنص ولا تتوقف على إقرار الورثة ، إلا أن الهبة في مرض الموت لصالح المنفعة العامة تأخذ حكما خاصا فلا رجوع فيها المادة 212 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص: "الهبه بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها، وقد أخذ أن المشرع الجزائري بقول المالكية والشافعية ورواية الإمام أحمد، و الحد الأقصى لتصرفات المريض مرض الموت التبرعية وما زاد عن ذلك يعتبر

¹ إقرار رقم 186058 صادر في 17/03/1998، المجلة القضائية ، 1999، العدد 1، ص 119، عن جمال 49 سايس ، ، ص 919.

الفصل الثاني: احكام تصرفات المريض مرض الموت.

محابة، وينطبق عليها القيود الواردة على تصرفات واعتبر الثلث هو المريض مرض الموت. الفرع الثاني: الاختلاف في هبة المريض مرض الموت: إذا وقع خلاف بين ورثة الواهب الذي توفي والموهوب له بحيث يدعي ! الورثة أن التصرف الذي صدر من مورثهم إنما صدر في مرض موته وهذا فيه مساس بحقوقهم في تركته وفي الوقت نفسه ادعى المنتفع بأن الهبة صدرت في صحة الواهب، فهناك حالات ثلاث:

1- الحالة الأولى: إذا لم يتم أي واحد منهما البينة على دعواه، أي لم يأت الورثة ببينة تدعم قولهم ولا المنتفع أتى بتلك البينة ليدعم قوله فللفقهاء في هذه الحالة على دعواه أنني لم يأت الورثة مذهبان

- ذهب الحنفية والحنابلة إلى القول بقبول قول من يدعي صدور الهبة في حال مرض الواهب وذلك لقرب حال المرض من حال الصحة ولم يتيقن حال الصحة فيحمل التصرف على حال المرض، وذلك لأن هذا التصرف وهو الهبة تصرف حادث فيضاف إلى أقرب وقت من الحكم الذي يترتب عليه، ولما كان الأقرب هنا المرض المتأخر فيضاف التصرف إليه، وبالتالي يقبل قول المدعي بصدور هذا التصرف في وقت المرض، ولو أراد مدعي الصحة استخلاف مدعي المرض فله ذلك - ذهب الشافعية إلى القول بأن قول مدعي صدور التصرف في صحة الواهب هو المقبول، ذلك لأن آخر تصرف قام به الواهب قبل موته يحمل على صدوره عنه في من يدعي خلاف ذلك أن يثبت ما يدعيه حال صح¹

¹سليمان بن عمر ، فتح ادلعت شرح قرن العين ، زين الدين بن عبد العزيز 52 الملاي ، دار الفكر ، الجزء 9، ص 152.

الحالة الثانية :

إذا كان عند كل من الطرفين بينة يدعم بها قوله فلفقهاء في هذه المسألة مذهبان ذهب الحنفية إلى القول بترجيح البيئة الدالة على وقوع وصدور التصرف وقت وحال صحة الواهب على بينة التصرف وقت وحال المرض، وذلك لأن الأصل اعتبار حالة المرض أمر حادث والأصل أن يضاف الحادث إلى أقرب وقت من الحكم المترتب عليه لما كان المرض المتأخر هو زمانه عن الصحة فهذا كانت بينة صدور التصرف حال الصحة مقدمة وراجعة على بينة صدوره حال المرض وذلك لأن البيئات إنما شرعت لإثبات خلاف الأصل ذهب الشافعية إلى القول بترجيح صدور الهبة في وقت على بينة صدورها حال الصحة¹

الحالة الثالثة:

إذا كان لأحدهما بينة على ما يدعيه ولم يستطع الآخر إقامة بينته على دعواه ففي هذه الحالة لا خلاف بين الفقهاء في تقديم قول صاحب البينة على قول الآخر وتقبل الدعوى المقترنة ببينته سواء أكانت لإثبات أن التصرف صدر في حال الصحة أم في حال المرض

الفرع الثالث: أحكام الوقف المريض مرض الموت

إذا كان الواقف أهلاً للتبرع، ووقف في أثناء مرضه مرض الموت، فإن وقفه يكون صحيحاً نافذاً حال حياته، لأنه مادام حياً لا يمكن الحكم بأنه مريض مرض الموت إذ الإنسان لا يعتبر

¹سليمان بن عمر مرجع سابق ص153

الفصل الثاني: احكام تصرفات المريض مرض الموت.

مريضاً بمرض الموت إلا إذا مات فعلاً، فإذا تبين أن المرض الذي اتصل به موته هو مرض الموت حقيقة

أولاً : وقف المريض مرض الموت المدين.

كأصل عام فإن الوقف في مرض الموت لأزم بعده إلا أنه يعتبر من ثلث مال الواقف، كالوصية سواء نجز الوقف قبل موته أو أوصى به بعده ، أما في حالة وجود دين لدى المريض مرض الموت الواقف، فإننا نفرق بين حالتين:

أولاً: إذا كان الدين مستغرقاً لمال الواقف المريض مرض الموت: نفرق في هذه الحالة بين أن يكون المدين محجوراً عليه، أو غير محجور عليه فالقاعدة العامة إذا كان المدين غير محجور عليه، وكان في حال صحته فإن وقفه نافذ صحيح، وليس لدائنين حق طلب نقضه ولو كان الدين مستغرقاً لماله، ولو قصد الفرار من الدين لأن حقهم متعلق بذمته لا بماله وليس لهم طلب نقض الوقف أو الاعتراض عليه ، أما إذا حجر عليه بطالب دائنيه فإنه لا يجوز له بعد الحجر أن يتصرف بماله أي تصرف يضر بدائنيه، وبالتالي فإن وقفه صحيح لكن نفاذه يتوقف على إجازة دائنيه وهو رأي جمهور الفقهاء، أما المالكية فإنهم يرون الوقف باطلاً متى تقدم الدين على الوقف"¹

أما إذا وقف المدين، وهو في مرض الموت قبل الحجر عليه، فهو يتوقف أيضاً على إجازة دائنيه وتكون الإجازة بعد موته لا من يوم إنشاء الوقف أما إذا كان محجوراً عليه فيتوقف على

¹محمد عبيد عبد الله الكبيسي أحكام الوقف الجزء : 01 مطبعة الإرشاد، بغداد، 1977م. ص: 337

إجازة دائنيه من يوم إنشاء الوقف ما دام الوقف مستغرقا للدين ثانيا: إذا كان الدين غير مستغرق لمال الواقف المريض مرض الموت إذا كان الدين غير محيط بالمال كله فنخرج الدين أولاً، ثم يُنظر إلى الموقوف مما بقي بعد تسديد الديون، وهنا نفرق بالنظر إلى الموقوف عليهم على النحو الآتي بيانه:

1- أن يكون الموقوف عليه غير وارث إذا كان الموقوف عليه أجنبياً، أو غير وارث وكان مقدار الوقف لا يزيد عن الثلث لزم ويأخذ حكم الوصية، أما إذا تعدى الثلث توقف على إجازة الورثة فإذا أجازوه نفذ، وإذا لم يجيزوه نفذ في حدود الثلث، أما إذا أجازه البعض دون البعض الآخر فإنه نافذ في حق من أجازوه في ما زاد عن الثلث .

2- أن يكون الموقوف عليه وارثاً إذا وقف المريض مرض الموت على جميع ورثته لزم، أما إذا وقف على البعض دون الآخر، فهنا نفرق بين حالتين: أن يخرج في ثلث المال وهنا يكون الوقف لازماً، ولا يتوقف على إجازة أي أحد من الورثة.

3- أن يتجاوز الوقف ثلث المال فإن الزيادة تتوقف على إجازة الورثة، فإذا لم يجيزوه 48 تأخذ الزيادة حكم الفريضة وتقسم على الورثة كلهم، وإذا أجازها البعض دون الآخرين

تتخذ في حقهم في ما زاد عن الثلث" أما إذا أبطل الوقف في ما زاد عن الثلث، ثم ظهر للواقف مال يخرج به كل الموقوف من الثلث، فإذا كان قائماً في يد الورثة صار وقفاً كله وإذا لم يكن قائماً كان بيع من أحد الورثة فإنه لا يبطل بيعه، ولكن يأخذ منه قدر ما باع ويشترى به أرض لتوقف مكان التي بيعت. و إن باع الورثة دون البعض الآخر، فما لم يبيع يعود وقفاً، وما بيع

الفصل الثاني: احكام تصرفات المريض مرض الموت.

يشترى¹ بقيمته عقارا ويوقف و ما تجدر الإشارة إليه أن الوقف الخاص ألغي بموجب القانون 02/10 ، وبالتحديد المادة 06 الفقرة الثانية و بالتالي لا حديث عن الوقف لوارث في ظل قانون الأوقاف الجزائري.

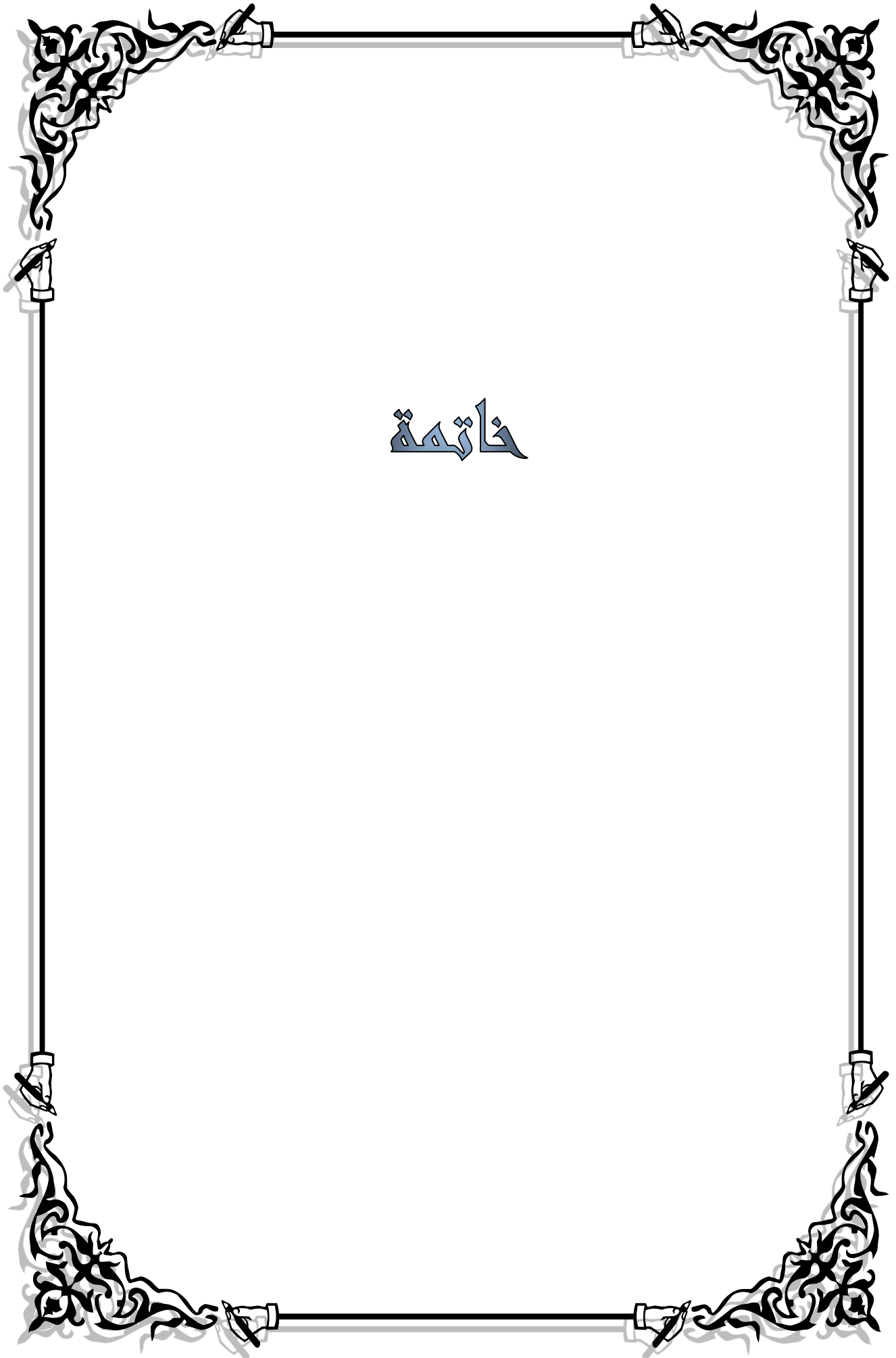
ويظهر مما تقدم أن الفرق جلي بين الوصية لوارث، والوقف لوارث، فالوصية تتوقف على إجازة الورثة سواء تجاوز المال الثلث أم لم يتجاوز، على عكس الوقف الذي يتوقف على إجازة الورثة فيما زاد عن الثلث، أما دون ذلك فلا محل لإجازة الورثة . الفرع الثاني: وقف المريض مرض الموت غير المدين إذا كانت تركة المريض مرض الموت غير مدينة بأي دين فإن الثلثين من حق الورثة إذا لم يجيزوا الوقف الذي تجاوز الثلث، وما بقي يكون وقفاً وهذا المتفق عليه بين الفقهاء الذين فيدوا تصرفات المريض مرض الموت " أما إذا لم يكن له ورثة نفذ وقفه ولم يتوقف على إجازة أي أحد، سواء كان الوقف لكل المال، أو لبعضه، لعدم تعلق حق لأحد بالمال الموقوف " والجدير بالذكر أنه يجب التفرقة بين الوقف المنجز في مرض الموت، والوصية بالوقف أو الوقف المضاف إلى ما بعد الموت، وكذلك الوقف المعلق بالموت. فالوقف المنجز هو الوقف الذي يقفه الواقف في أثناء مرضه مرض الموت بدون تعليق، أو إضافة إلى ما بعد الموت، ويكون لازماً لا يجوز فيه للواقف الرجوع، و يأخذ حكم الوصية وينفذ في الثلث عند عدم إجازة الزيادة فيه أما الوصية بالوقف، أو المضاف إلى

¹زهدى يكن أحكام الوقف مرجع سابق ، ص: 82-

الفصل الثاني: احكام تصرفات المريض مرض الموت.

ما بعد الموت ، وكذلك المعلق بالموت فكلهم غير لازمين بالنظر إلى الواقف فيجوز لو الرجوع فيه، وأن يتصرف في الموقوف كيفما شاء، و لكن إن مات مصراً عليه لزم في حدود الثلث و بالرجوع إلى قانون الأسرة فإن المادة 215 تنص على أنه (يشترط في الواقف و الموقوف ما يشترط في الواهب والموهوب طبقاً للمادة 204-25 من هذا القانون و بالرجوع إلى المادة 204 من القانون ذاته، فإن الوقف في مرض الموت ينفذ في ثلث المال. وما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة إن وجدوا وذلك وفقاً للقواعد المقررة في القانون المدني، وبالخصوص المادة 776 الفقرة الأولى السالفة الذكر. و انطلاقاً من هاته المعطيات يتضح لنا أن القانون الجزائري جاء مسائراً لأحكام الفقه الإسلامي، بخصوص وقف المريض مرض الموت فهو ينزل منزلة الوصية، ويأخذ نفس أحكامها كان الوقف لوارث، أو لغير وارث طبقاً للمادتين 185-1899 من قانون الأسرة، و هو ما أكده القرار الصادر عن المحكمة العليا والذي جاء في مبدئه { من المقرر قانوناً أنه يبطل الحبس في مرض الموت ويعتبر وصية ومتى كان ثابتاً في قضية الحال أن المحبس الذي أقام الحبس كان في حال مرض خطير لازمه إلى يوم الوفاة، وعليه فإن القرار المنتقد لما قضى بإلغاء حكم المحكمة القاضي ببطلان الحبس و القضاء من جديد برفض الدعوى يكون قد أخطأ في تطبيق التشريع و القانون)¹

¹ زهدي يكن أحكام الوقف مرجع سابق ، ص: 83-



خاتمة

خاتمة:

من خلال هذا الموضوع نرى أن الشريعة الإسلامية كانت هي من المرجع الأولى التي تتكفل بتنظيم أحكام تصرفات المريض مرض الموت ومن خلالها استتبط المشرع الجزائري والمصري وغيرهم من المشرعين العرب أحكام مرض الموت وفضلا عن ذلك فقد كانت الشريعة الإسلامية أكثر توسعا من التشريعات العربية الحديثة في تنظيم أحكام تصرفات المريض مرض الموت، لذلك كان لابد من الرجوع إليها في كثير من الأحيان فيما لم يتناوله المشرع بنص، هذا اعتراف للشريعة الإسلامية بفضلها الكبير ذلك بكونها من المصادر الرسمية للقانون كما ورد ذلك في نص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري الذي يحيل لمبادئ الشريعة الإسلامية فيما لا يوجد فيه نص.

ومما يمكن أن نقوله كخلاصة لهذا البحث أنه طالما حل بالشخص مرض كانت

أوصافه تنبئ بدنو الأجل فيؤدي إلى عجزه عن قيام بمصالحه المعتادة جزئيا أو كليا سواء ألزمه البيت أم لم يلزمه وتأكد له من خلال شهادة الأطباء والأعراف أنه من الأمراض الخطيرة لا محالة، ويموت بالفعل موتا متصلا به فإن جميع تصرفاته التي يبرمها في فترة المرض تأخذ أحكاما تختلف عن أحكام الأصحاء والسبب في ذلك يرجع إلى تعلق حق الغير وهو الورثة والدائنين بأموال المريض بحلول المرض به.

في نهاية مطافنا في بحث مرض الموت وأحكامه لابد لنا من تسجيل أهم النتائج:

أن أي تصرف تبرعي يقوم به الشخص في مرض الموت، وبالأخص الوقف يخضع المجموعة من الأحكام الصارمة والتفاصيل الدقيقة التي أولتها أحكام الفقه الإسلامي قبل القانون الجزائري أهمية بالغة. مرض الموت واقعة مادية يجوز لكل ذي مصلحة إثباتها بالطرق القانونية، ولعل الراجح في إثباته هو شهادة الطبية من الطبيب المختص.

وضع الفقه الإسلامي و القانوني قواعد خاصة توصل لمرض الموت من حيث المقصود منه، وتضبط الشروط الواجب توافرها في المريض مرض الموت.

وقف المريض مرض الموت يأخذ حكم الوصية، وينفذ في حدود الثلث، ويتوقف على إجازة الورثة.

وقف المريض مرض الموت يأخذ أحوال عديدة من حيث تكييفه، فقد يكون المريض مدينا، وقد يكون غير مدين، كما قد يكون الدين مستغرقا لكل ماله.

وقد لا يكون، وقد يكون الوقف لوarith، أو لغير وارث وفي الأخير فإن الفقه الإسلامي فصل في موضوع وقف المريض مرض الموت التفصيل الشافي الكافي، وحسم أحكامه الحكم الجامع المانع لكل تأويل، أو تحريف. أما موقف المشرع الجزائري فإنه جاء موافقا لما جاءت به أحكام الفقه الإسلامي جملة وتفصيلاً، وذلك يتضح من خلال المادة 776 وما يليها من القانون المدني إضافة إلى المادة 215 من قانون الأسرة التي أحالتنا إلى المادتين 204 و 205 من نفس القانون، و التي تنزل الوقف منزلة الوصية تاركا المسائل التفصيلية من اختصاص الفقه الإسلامي طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة



قائمة المصادر
والمراجع

أولاً: الكتب

- 1-المغني ، لابن قدامة ، ج2 ، ط1 ، مطبعة المفار ، بدون تاريخ ، مصر ،
- 2-مصطفى أحمد الزرقاء : المدخل الفقهي العام (الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد) الطبعة السادسة ، دار الفكر، الجزء الثاني ، 1992، ص 804 ، ذكر في مرجع ، د : حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد : مرض الموت وأثره على عقد البيع، دار الفكر الجامعي ،2011،
- 3-المرغيناني، شرح فتح القدير، تحقيق: عبد الرزاق المهدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، سنة 2003م، الجزء 4
- 4-المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ط1 (1419هـ)
- 5-محمود بن إسرائيل الشهور بابن قاضي مساونو، جامع الفصولين وبهامشه حواشي خت الدين الرملي، ، مصر، 59 الطبعة الثانية ، الطبعة 1 1300 هـ، الجزء 2 ،
- 6-محمود بن أحمد بن جزي الكليب ، القوانين الفقهية، الجزء 1، الدار العربية للكتاب، ص 242/ سليمان 62 بن عمر البقمي،
- 7-محمد كامل مرسي الوصية وتصرفات المريض مرض الموت، المطبعة العالمية، مصر، 1950،

- 8- محمد عبيد عبد الله الكبيسي أحكام الوقف الجزء : 01 مطبعة الإرشاد، بغداد، 1977م.
- 9- كمال صمامة ، تصرفات المريض مرض الموت في الوصية بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر المجلد 10 ، ع 01 2019،
- 10- القرافي الذخيرة تحقيق محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، سنة 1994م، الجزء4،
- 11- عوني محمد فخري ، موت الدماغ في منظور قانوني ، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، اصدار بيت الحكمة العدد الرابع ، السنة الثانية، 2011،
- 12- علي كاظم الشباين، حول العقد في نطاق القانون املدين، منشورات الحليب الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان. 2015.
- 13- عزت كمال : الوجيز في تصرفات المريض مرض الموت ، دراسة فقهية قضائية معلقا عليها بآراء الفقهاء وأحدث أحكام محكمة النقض ، دار الفكر القانوني ،
- 14- عبد العزيز محمودي ، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، د طا قصر الكتاب، الجزائر، د س ن،

- 15- عبد العزيز حممودي، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، التصرف في مرض الموت والتصرف مع الاحتفاظ بالحيازة والمنفعة مدعم بتطبيقات قضائية دار قصر الكتاب، البليدة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، 2006.
- 16- عبد الرزاق أمحد السنهوري، الوسيط ي شرح القانون املدين الجديد، الجزء الأولى، مصادر الالتزام، اجملد الأولى، نظرية الالتزام بوجه عام، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، جمهورية مصر العربية، . 2011
- 17- عبد الرحمان الخلاشة، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، عقد البيع دراسة متقابلة مع الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط 1 (2005م)،
- 18- عائشة محمد إسماعيل الأمين إثبات تصرفات المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، المجلة القانونية (مجلة مختصة في الدراسات والبحوث القانونية، كلية إدارة الأعمال جامعة الأمير سطات، المملكة العربية السعودية، المجلد 4، ع 4، 2021
- 19- طارق الزعيم ، تعريف الموت ن بحث منشور في مجلة القضاء ، اصدار نقابة المحامين في العراق ، العدد 2، السنة 51، 1481م ،
- 20- سورة الزمر ، الاية 42.
- 21- سورة البقرة الآية 286

- 22- سورة الاسراء ، الاية 83.
- 23- سليمان بن عمر ، فتح ادلعت شرح قرن العين ، زين الدين بن عبد العزيز 52
الملاي ، دار الفكر ، الجزء ،9
- 24- سعاد إبراهيم ساحل، أحكام الميراث والوصية في الشريعة الإسلامية، دار الضياء،
جمهورية مصر العربية.1991
- 25- زهدور محمد الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة
الوطنية للكتاب، الجزائر، ط (1991م)،
- 26- حمد زهدور، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، دار
المؤسسة الوطنية للكتاب، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ،1991
- 27- حسام الدين الاهواني ، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الاعضاء ،
مطبعة عين شمس ، مصر ، 1413،
- 28- حافظ الدين الشفي كشف الاسرار، ج1، ص275، الطبعة الأولى الأميرية
1316هـ منقولاً عن عبد السلام فيغو، ¹
- 29- بكر عبد الله ابو زيد ، اجهزة الانعاش وحقيقة الوفاة بين الفقهاء والاطباء ، مجلة
المجمع الفقهي
- 30- بدران او العينين بدران، الشريعة الإسلامية تاريخها و نظرية الملكية و العقود،
مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، ب،س،

- 31- امام محمد امام وسعد الفهيمي في حوار مع الدكتور محمد علي البار ، مأخوذ من الانترنت غير الموقع التالي: [www :ALsharaq awsat .com](http://www.ALsharaq awsat .com)
- 32- أحمد محمد علي داود : أحكام العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011439- ، الجزء الأول .
- 33- احمد شرف الدين ، الضوابط القانونية لمشروعية نقل الاعضاء البشرية ، بحث منشور في المجلة الجنائية القومية ، اصدار المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية ، مصر ن عدد 1 ، مجلد 21 ، 1418م ،
- 34- احمد شرف الدين ، الحدود الانسانية والشرعية القانونية للانعاش ، مجلة العدالة دولة الامارات المتحدة ، لعام 1485،
- 35- أحمد بن حنبل، المسند، دار الحديث مصر 2012، حديث رقم 24575، ج13،
- 36- ابن جزى الغرناطي، القوانين الفقهية، تح محمد مولاي، دار النفائس، بيروت، ط1 (1425هـ)،
- 37- ،الدسوقي، الحاشية على الشرح الكبير، مطبعة عيسى البابي الحلبي، مصر، 2 القرافي الذخيرة الجزء 4،
- 38- . منذر الفضل، التصرف القانوني بالاعضاء البشرية ، بغداد 1483.
- 39- . سعيد محمد الحفار ، البيولوجيا ومصير الانسان ،(سلسلة عالم المعرفة)، مطابع الرسالة ، الكويت، 1484، 1. لان النقل متوقف على موت المنقول منه وموت المنقول

منه متوقف على موت قبله فالعملية اذا ستكون نقلا لقلب ميت لاقيمة له ، الدكتور

حسام الدين اللاهوني

ثانيا : رسائل و أطروحات تخرج

1-حسن عودة زعال ، التصرف غير المشروع بالاعضاء البشرية في القانون الجنائي ،

رسالة دكتوراه ، جامعة بغداد ،

2-رشا السيد إبراهيم عامر ، تصرفات المريض مرض الموت في القانون الجزائري مقارنا

بالشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر ، 1989 ،

3-فاطمة أسعد، نظرية العقد الموقوف الفقه السالمي وتطبيقاتها في القانون الجزائري،

دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه ي في العلوم كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، الجزائر،

2015.

ثالثا : المواد و القوانين

1-القانون المدني الصادر بموجب الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر

1975، الجريدة الرسمية رقم 78 48 المؤرخة يف 30 سبتمبر 1975 رقم، 05-07

المؤرخة في 13 ماي 2007 الجريدة الرسمية رقم 31 المؤرخة في 13 ماي

2007.

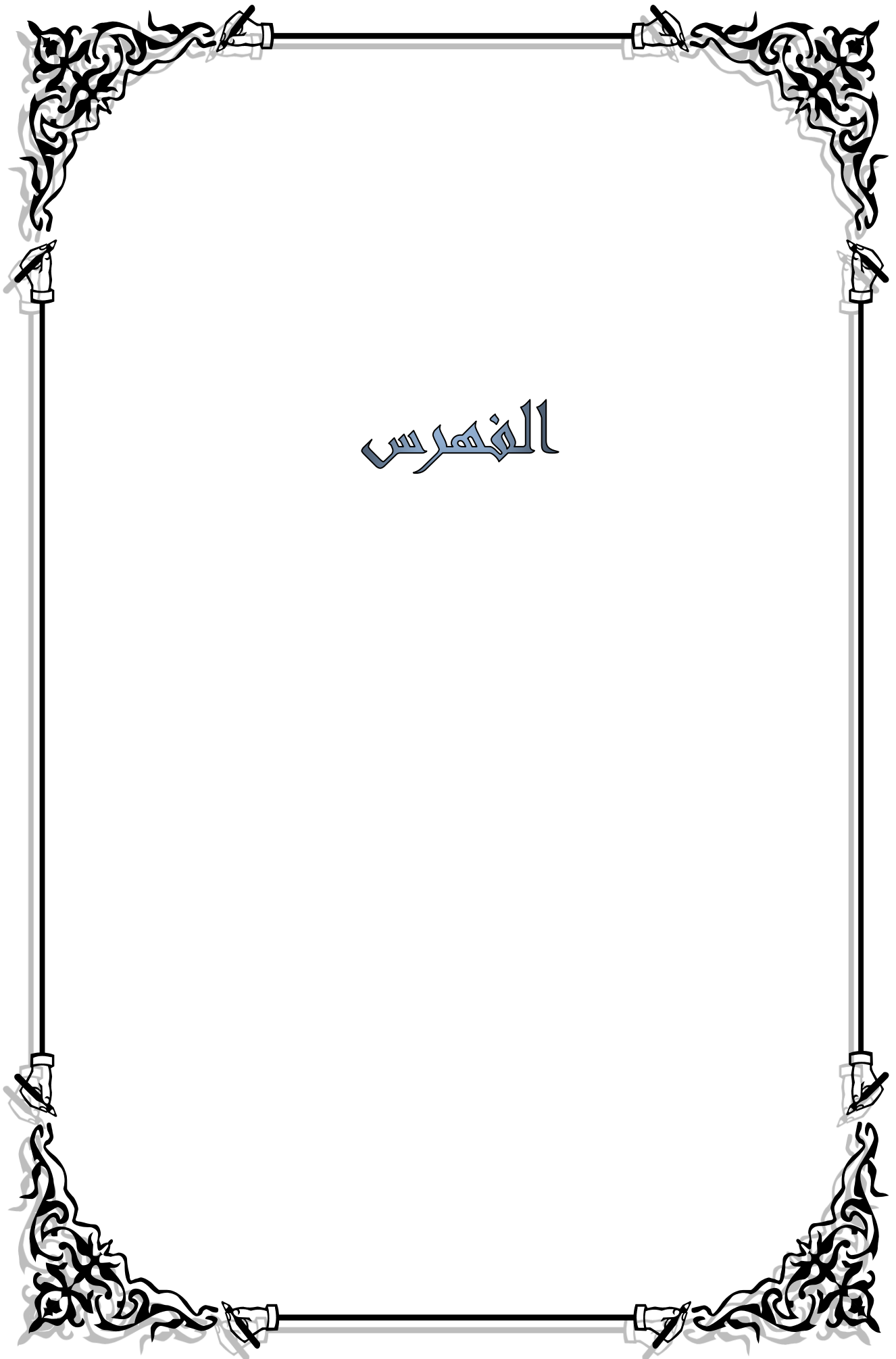
2-قرار رقم 186058 صادر في ، 17/03/1998 المجلة القضائية ، ، 1999 العدد ، 1

ص ، 119 عن جمال 49 سايس

- 3-الأمر رقم 05/02 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم للقانون 84/11،
الجريدة الرسمية، العدد 15 سنة 2005م
- 4-قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 8885 بتاريخ 1993م، المجلة
القضائية، العدد الثاني 1996م،
- 5-المادة 776 من القانون المدني الجزائري. 2 خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح
القانون المدني الجزائري، ج4، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000 .
- 6-قرار مجمع الفقه الاسلامي حول انتفاع الانسان باعضاء انسان اخر حيا كان ام ميتا
الصادر في عام 1483م مأخوذ من النترنيت عبر الموقع التالي: www.AL-jazeera
.net، مجلة مجمع الفقه الاسلامي العدد الثالث، الرياض
- 7-الملحق الخامس من دستور السلوك المهني الطبي الصادر في العراق عام 2012.
الفقرة ب من المادة الثانية من قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية ، رقم 83 لسنة
1481 .
- 8

مراجع باللغة الفرنسية

1- Guide Juridique /Daloz 1986 che ziv mort P 35.



المفهرس

الصفحة	فهرس المحتويات
	كلمة شكر وتقدير
أ-د	المقدمة
32-07	الفصل الأول: ماهية مرض الموت و اثباته
07	المبحث الأول : مفهوم وشروط مرض الموت و معايير
07	المطلب الأول : تعريف مرض الموت فقها و قانونيا
07	الفرع الأول : تعريف الفقه الإسلامي لمرض الموت
08	الفرع الثاني : التعريف القانوني لمرض الموت
10	المطلب الثاني : شروط و معايير مرض الموت
11	الفرع الاول :معايير مرض الموت
24	المبحث الثاني : إثبات مرض الموت و أهليته
24	المطلب الأول : إثبات مرض الموت في الفقه الإسلامي
25	الفرع الأول: إثبات مرض الموت في الفقه الإسلامي :
27	الفرع الثاني: إثبات مرض الموت في القوانين الوضعية المعاصرة
29	المطلب الثاني: أهلية مريض مرض الموت.
31	الفرع الأول: أساس تقييد تصرفات المريض مرض الموت.
32	الفرع الثاني: الحالات التي تأخذ حكم المريض مرض الموت
-38. 65	الفصل الثاني: احكام تصرفات المريض مرض الموت.

38	المبحث الأول :احكام تصرفات المريض مرض الموت في مسائل الاحوال الشخصية
41	المطلب الأول: حكم زواج المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي
41	المطلب الثاني: حكم زواج المريض مرض الموت في القانون الوضعي.
41	الفرع الأول: موقف قانون الأسرة والقضاء الجزائري من زواج المريض مرض الموت.
44	الفرع الثاني: حكم طلاق المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي
45	الفرع الثالث: الحكم المختلف فيه في ميراث المطلقة في مرض الموت
46	الفرع الرابع : حكم طلاق المريض مرض الموت في القانون الوضعي
48	الفرع الخامس: حكم طلاق المريض مرض الموت في التشريعات العربية
51	المبحث الثاني : : احكام تصرفات المريض مرض الموت في أمواله.
51	المطلب الأول : حكم بيع المريض مرض الموت:
53	الفرع الأول : حكم بيع المريض مرض الموت لغير وارثه
55	الفرع الثاني : حكم هبة المريض مرض الموت:
56	الفرع الثالث: هبة المريض مرض الموت الذي له وارث من رأس ماله
57	الفرع الرابع: هبة المريض مرض الموت الذي ليس له و من رأس ماله:
59	المطلب الثاني: وصية مريض مرض الموت
59	الفرع الأول: وصية المريض لغير الوارث

61	الفرع الثاني: وصية المريض لوarith
65	الفرع الثالث: أحكام الوقف المريض مرض الموت
80	خاتمة :
83	قائمة المصادر والمراجع
91	فهرس المحتويات

الملخص:

تناولت من خلال هذا الموضوع أحكام تصرفات المريض مرض الموت وما يترتب به من آثاره. وهذا من خلال توضيح ماهية مرض الموت، والتوصل إلى تعريفه بأنه المرض الذي يغلب فيه الهلاك عادة ويتصل به الموت فعلا. وكذلك لحالة الأصحاء الذين الحقوا بمريض مرض الموت لاشتراكهم في العلة ومن ثم الضوابط التي يمكن بها تحديد مريض مرض الموت ومن في حكمه، وتحديد لحظة وفاته، لتعلق بماله حق الدائنين وحق الورثة، ولأجل تقييد تصرفاته بما لا يضرهم، وإن أزيلت عنه العلة التي قيد بسببها عادت له حرية التصرف كاملة وبطل حق الورثة والدائنين أما إذا اتصل بمرضه الموت فعلا ومات بسبب المرض أو غيره أصبح للدائنين والورثة حق على تصرفاته.

Abstract :

Through this topic, I dealt with the provisions of the patient's behavior, death disease, and its consequences. This is by clarifying what death disease is, and defining it as the disease in which death usually predominates and death is actually related to it. The same applies to the case of healthy people who joined a terminally ill patient because of their participation in the relationship, and then the controls by which a terminally ill patient and those in his category can be identified, and the moment of his death, in order to attach to his money the rights of creditors and the rights of heirs, and in order to restrict his actions in a way that does not harm them, even if the disease is removed from him As a result of which he was registered, he regained his complete freedom of action, and the right of the heirs and creditors was nullified. However, if his illness actually connected with death and he died due to illness or something else, then the creditors and heirs have a right over his actions