



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



التصرفات الصادرة عن المريض مرض الموت في قانون الأسرة الجزائري

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق
تخصص قانون الأحوال الشخصية

إشراف الدكتور:

حاجة عبد العالي

إعداد الطالب:

صمامة كمال

المؤسسة	الصفة	الرتبة	الاسم واللقب
جامعة بسكرة	رئيساً	أستاذ محاضر أ	عاشور نصر الدين
جامعة بسكرة	مشرفاً ومقرراً	أستاذ محاضر أ	حاجة عبد العالي
جامعة بسكرة	ممتحناً	أستاذ محاضر أ	خلف الله ميلود
جامعة المسيلة	ممتحناً	أستاذ محاضر أ	دحية عبد اللطيف
جامعة المسيلة	ممتحناً	أستاذ محاضر أ	بقة عبد الحفيظ
جامعة الوادي	ممتحناً	أستاذ محاضر أ	حوية عبد القادر

السنة الجامعية: 1440 - 1441هـ / 2019 - 2020م



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



التصرفات الصادرة عن المريض مرض الموت في قانون الأسرة الجزائري

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق
تخصص قانون الأحوال الشخصية

إشراف الدكتور:

حاجة عبد العالي

إعداد الطالب:

صمامة كمال

المؤسسة	الصفة	الرتبة	الاسم واللقب
جامعة بسكرة	رئيساً	أستاذ محاضر أ	عاشور نصر الدين
جامعة بسكرة	مشرفاً ومقرراً	أستاذ محاضر أ	حاجة عبد العالي
جامعة بسكرة	ممتحناً	أستاذ محاضر أ	خلف الله ميلود
جامعة المسيلة	ممتحناً	أستاذ محاضر أ	دحية عبد اللطيف
جامعة المسيلة	ممتحناً	أستاذ محاضر أ	بقة عبد الحفيظ
جامعة الوادي	ممتحناً	أستاذ محاضر أ	حوية عبد القادر

السنة الجامعية: 1440 - 1441هـ / 2019 - 2020م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال الله تعالى:

﴿ وَأَيُّوبَ إِذِ نَادَى رَبَّهُ أَنِّي مَسَّنِيَ الضُّرُّ وَأَنْتَ
أَرْحَمُ الرَّاحِمِينَ * فَاسْتَجَبْنَا لَهُ فَكَشَفْنَا مَا بِهِ مِنْ ضُرٍّ
وَأَتَيْنَاهُ أَهْلَهُ وَمِثْلَهُمْ مَعَهُمْ رَحْمَةً مِنْ عِنْدِنَا وَذِكْرَى
لِلْعَابِدِينَ ﴾

(سورة الأنبياء، [الآية: 83-84])

الإهداء

أهدي ثمرة هذا الجهد المتواضع:

إلى روح والديا الطاهرتين رحمهما الله وأسكنهما فسيح
جناته

إلى أخواتي وإخوتي الأفاضل وكل أفراد عائلاتهم

إلى زوجاتي أدام الله عشرتهن

إلى أبنائي وفلذات كبدي حفظهم الله ورعاهم

إلى كافة الأصدقاء

وإلى كل أساتذتي الكرام عبر جميع مراحل دراستي

الشكر والتقدير

بمناسبة إنهاء هذا الجهد المتواضع، لا يسعني إلا أن أوجه جزيل شكري وعظيم امتناني

إلى كل من ساعدني في إنجازه بقليل أو بكثير، وأخص بالذكر:

أستاذي الفاضل الدكتور "حاجة عبد العالي" الذي أشرف على إنجاز هذا العمل

وتابع كل مراحل بصدر رحب ولم يبخل عليّ بنصائحه وتوجيهاته الهادفة ومعلوماته القيمة

التي أفادني بها، فله مني كل الشكر والتقدير.

كما أتوجه بالشكر إلى الأساتذة الكرام أعضاء اللجنة لقبولهم مناقشة هذه الأطروحة.

وإلى كل من ساهم من قريب أو من بعيد ولو بكلمة زادت من همتي في إنجاز هذا العمل.

كمال صمامة

قائمة المختصرات

I. باللغة العربية:

ق م ج	لقانون المدني الجزائري
ج	جزء
د.ت.ن	دون تاريخ نشر
د.ط	دون رقم طبعة
د.ب.ن	دون بلد نشر
مج	مجلد
تحق	تحقيق
ص	صفحة
ط	طبعة
ع	عدد
غ.أ.ش	غرفة الأحوال الشخصية
ق.أ.ج	قانون الأسرة الجزائري
م.ع.ج	المحكمة العليا الجزائرية
م.ق	المجلة القضائية
م.م.ع	مجلة المحكمة العليا
م	ميلادي
هـ	هجري

II. باللغة الأجنبية:

Op.cit	Ouvrage precité
P	Page

مقدمة

الأصل في الشخص البالغ العاقل أنه يملك الصلاحية التامة لممارسة جميع التصرفات القانونية، سواء كانت بعوض أو دون عوض، وغني عن البيان أن التصرف القانوني الذي يجريه الشخص لا بد له من أركان وشروط صحة يلتزم بها المتعاقدان، لكن الإنسان البالغ العاقل لا يبقى على حال واحدة، فقد يعتريه الضعف والمرض وتتعرض أحواله وقدراته العقلية للعجز والضعف وقد يبذر أمواله ويسرف في نفقاته فيحجر عليه.

ويرى العلماء أن حالة المرض هذه تدخل ضمن عوارض الأهلية التي تنقسم إلى قسمين: عوارض سماوية وعوارض مكتسبة، فالمرض من بين العوارض السماوية الذي لم يكن للشخص فيه أي دخل، مما يسبب الحد من أهلية صاحبه وخاصة إذا كان هذا المرض مرض موت، الذي يقوم فيه الشخص بإبرام عقود أو تصرفات شخصية تؤثر على الأشخاص الذين تعاقد معهم أو مع أفراد عائلته وأسرته بعد موته.

وتختلف تصرفات المريض مرض الموت، بين الأحوال الشخصية والمعاضات والتبرعات...، ونجد من بين هذه التصرفات ما يتعلق بالزواج والطلاق، التي تدخل ضمن مسائل الأحوال الشخصية التي أولتها الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري بنظام يحافظ على المصادر المالية للأسرة، وعقود التبرعات، والمتمثلة في الوصية والهبة لضمان الحقوق الأسرية، وذلك لإيجاد نوع من الحماية، وهذا لعدة أسباب في نفس المريض مرض الموت، منها إعانة المحتاجين أو التكفير عن بعض ذنوبه أو محاولة رد الجميل وغيرها، كما قد يقوم بهذه التصرفات بغرض إضرار الورثة وحرمانهم من حقوقهم التي شرعت لهم لأسباب في نفسه أيضا، وستتمحور دراستنا حول "تصرفات المريض مرض الموت في ما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية وكذا عقود التبرع" في ضوء قانون الأسرة الجزائري.

أولا: أهمية الموضوع: تظهر أهمية الموضوع في عدة جوانب نذكر منها:

- موضوع الدراسة يرتبط بأفضل العلوم وأشرفها ألا وهو علم الميراث.

مقدمة

- إن الناس المرضى بمرض الموت وغير المرضى يحتاجون إلى معرفة ما لهم وما عليهم من أحكامه الشرعية والقانونية.
- إن الشريعة الإسلامية حرصت في تحقيق حفظ المقاصد والتي من بينها مال الفرد والتي حرص عليها قانون الأسرة الجزائري في المحافظة وصيانة الحقوق والتي من بينها الحقوق الشخصية والعينية والعقدية.
- إن تصرفات المريض مرض الموت لها أثر على الذمة المالية لبعض الأشخاص اللذين لهم درجة من القرابة وغيرهم من الغرباء.

ثانيا: إشكالية البحث

ونظرا لأهمية هذا الموضوع نطرح الإشكالية التالية: ما مصير التصرفات التي يبرمها المريض مرض الموت في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بالشريعة الإسلامية؟
ويتفرع عن هذه الإشكالية عدة تساؤلات منها:

- ما مفهوم مرض الموت بين قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية؟
- فيما تتمثل أحكام تصرفات المريض مرض الموت في ما يتعلق بالزواج بين التشريع الجزائري والشريعة الإسلامية؟
- فيما تتمثل أحكام تصرفات المريض مرض الموت في ما يتعلق بالطلاق وآثاره بين التشريع الجزائري والشريعة الإسلامية؟
- ما هي أحكام تصرفات المريض مرض الموت في عقد الوصية بين التشريع الجزائري والشريعة الإسلامية؟
- ما هي أحكام تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة بين التشريع الجزائري والشريعة الإسلامية؟

ثالثا: أسباب اختيار الموضوع

هناك عدة أسباب لاختيار هذا الموضوع منها الذاتية وأخرى موضوعية:

1. الأسباب الذاتية

- شعوري بأهمية الموضوع في الوقت الحالي والمستقبل.
- الميل الذاتي والشخصي لدراسة موضوع تصرفات المريض مرض الموت، من وجهة نظر الفقه الإسلامي، وكذا في قانون الأسرة الجزائري، حتى أضع اليد على الجرح الذي ذهب ضحيته الكثير من أصحاب الحقوق.
- الإطلاع على ما جاء به قانون الأسرة الجزائري من أحكام متعلقة بتصرفات المريض مرض الموت ومدى توافقها مع ما جاءت به الشريعة الإسلامية.
- معرفة أوجه التشابه وأوجه الخلاف، بين الشريعة الإسلامية والمشرع الجزائري في معالجة مثل هذه المواضيع، والقضايا التي لها أهمية بالغة على الأسرة عموماً، وعلى أقارب المريض خصوصاً، لتوضيح الرؤية، والاستفادة من خلال النصوص القانونية ذات المرجعية المالكية.

2. الأسباب الموضوعية

- قلة الدراسات القانونية التي تناولت بعمق، موضوع تصرفات المريض مرض الموت والتي تعنى بحقوق الأقارب وغير الأقارب.
- إثراء مكتبة الجامعة بمثل هذه المواضيع.
- بيان الآثار المترتبة عن تصرفات المريض مرض الموت كونها ليست كتصرفات الإنسان الصحيح لأن إرادة المريض تكون في هذه الفترة ضعيفة.
- الضرر الذي يمكن أن يلحق بالورثة المفترضين والدائنين نتيجة التصرفات التي يقوم الشخص في مرض موته لأن حقوقهم تكون مرتبطة بذمته المالية.
- أن هذا الموضوع من المسائل العملية التي تخضع للاجتهد الفقهي والتطبيق القضائي في مختلف المحاكم التي تمس قطاعاً كبيراً من بيوت المسلمين.
- كثرة المشاكل الأسرية، في هذا العصر وخاصة حالات الطلاق، وما ينجم عنها من آثار سلبية على أفراد الأسرة خصوصاً وعلى المجتمع بصفة عامة.

رابعاً: أهداف الدراسة

- بيان مفهوم مرض الموت من خلال قانون الأسرة الجزائري والفقهاء الإسلامي.
- عرض النصوص القانونية الجزائرية والفقهيّة عموماً، وأهم القرارات القضائية، حول موضوع الدراسة، وكيف تمت معالجتها.
- التعرف على أهم أحكام تصرفات المريض مرض الموت في ما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية، من زواج وطلاق وكذا ما يتعلق بعقود التبرع من وصية وهبة.
- لفت انتباه الجهات المختصة، وكل المهتمين بمثل هذه المواضيع الحساسة، وتبيان أهمية تصرفات المريض مرض الموت ودورها في المحافظة على الحقوق المالية لمستحقيها.

خامساً: الدراسات السابقة

- كتاب تصرفات المريض مرض الموت: من تأليف الأستاذ نبيل صقر، حيث تم دراسة تصرفات المريض مرض الموت في عقود المعاوضات كالبيع والعقود التبرعية من هبة ووصية ووقف وكذا التصرفات الشخصية كالطلاق والخلع وكانت هذه الدراسة مختصرة ولم توضح وجهة نظر التشريع الجزائري في موضوع الدراسة وقد أغفلت تصرفات المريض المتعلقة بزواجه والإقرار بنسب المولود الذي يعتبر جزء مهم في دراستي هذه، مع تركيز الباحث على موضوع بيع المريض بشيء من التفصيل وهذا الجزء من الدراسة يعتبر خارج مجال بحثي لأنني قد ركزت في دراستي عم جاء به قانون الأسرة الجزائري تحديداً.

- أحكام المريض في الفقه الإسلامي: من تأليف أبو بكر إسماعيل محمد ميقا، حيث وضح من خلاله استحقاق الزوج المطلق للميراث، فكانت دراسته قاصرة على حقوق الزوج دونما بقية أفراد الأسرة وذلك بشيء مقتضب، مع الإشارة إلى أن دراسته كانت فقهية لا قانونية، بينما دراستي للموضوع هي دراسة مقارنة بين ما جاء في قانون الأسرة الجزائري فيما يتعلق بتصرفات مريض مرض الموت في عقدي الزواج والطلاق وعقدي الهبة والوصية.

مقدمة

- الوجيز في تصرفات المريض مرض الموت: دراسة فقهية قضائية معلقا عليها بآراء الفقهاء وأحدث احكام محكمة النقض للمؤلف عزت كامل، وقد ركز المؤلف على عقد البيع والاقرار والنسب والوصية في تشريعات أخرى بينما دراستي كانت دراسة مقارنة بين ما جاء في قانون الأسرة الجزائري والشرعية الاسلامية فيما يتعلق بتصرفات مريض مرض الموت في عقدي الزواج والطلاق وعقدي الهبة والوصية.
- كتاب تصرفات المريض الموت دراسة مقارنة، للمؤلف حبيب إدريس عيسى المزوري بكلية الحقوق جامعة الموصل، الصادر عن دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات في مصر سنة 2011 وهو دراسة في 224 صفحة، عالجت الموضوع في ثلاثة فصول تناولت في الأول ماهية مرض الموت وفي الثاني إثبات صدور التصرف في مرض الموت ومدى تقييد تصرفات المريض وفي الثالث أحكام تصرفات المريض مرض الموت، بينما دراستي سوف تكون بشكل أوسع في ما يتعلق بتصرفات المريض مرض الموت من جانب الأحوال الشخصية، وكذا ما يتعلق بعقود التبرع.
- الموسوعة الفقهية، الجزء السابع والثلاثون، مرض الموت- المصاهرة، تصدر عن وزارة الأوقاف والشؤون الدينية- الكويت، حيث تناولت الدراسة من الجانب شرعي ولم تتطرق لأي دراسة قانونية، بينما دراستي هي دراسة حسب ما جاء في قانون الأسرة الجزائري.
- التصرفات الصادرة من المريض مرض الموت، عبد السلام فيغو، حيث تناولت الدراسة من وجهة نظر المشرع المغربي مع بعض المقارنات الشرعية، بينما دراستي كانت مركزة على ما جاء به المشرع الجزائري وتحديدا نصوص قانون الأسرة الجزائري مع بعض المقارنات الشرعية والقانونية، بالإضافة إلى أن دراسة المؤلف كانت شاملة لجميع التصرفات الصادرة عن المريض مرض الموت بشيء من الاقتضاب، بينما دراستي كانت مركزة على عناصر معينة من تصرفات المريض وبشكل مفصل.

سادسا: منهج البحث

لإنجاز هذه الدراسة حول الموضوع المقترح، فإني أرى من الضرورة الاستعانة في استخدام المناهج العلمية التي تخدم بحثي هذا، وهي كالتالي:

1. المنهج التحليلي:

وذلك من خلال تحليل نصوص القانون الجزائري والأحكام والقرارات القضائية وأراء الفقهاء، بشأن موضوع تصرفات المريض مرض الموت في المسائل الشخصية وعقود التبرع، للتوصل إلى معرفة أهم الأحكام المتعلقة بها، من أجل صياغة الحلول والمعالجات المناسبة، للمشاكل الناجمة عن هذه التصرفات الخطيرة، وهذا في قانون الأسرة الجزائري وكذا في مختلف المذاهب الفقهية.

2. المنهج المقارن:

هذا المنهج مهم في دراستي هذه وهو المنهج الأساسي الذي اعتمدت عليه، وذلك للمقارنة بين تصرفات المريض حسب ما جاء في الشريعة الإسلامية مع قانون الأسرة الجزائري خصوصا، وبالتشريع الجزائري والقوانين المقارنة عموما، وتبيان مواقفهم من هذا الموضوع ومعرفة مواطن التداخل والخلاف بينهما، ومدى مسايرة المشرع للفقهاء الشرعي.

3. المنهج الوصفي:

وقد استعملت هذا المنهج والذي يتناسب مع جل الدراسات القانونية، وهذا من خلال توضيح بعض المفاهيم والتعريفات، موصفا الظاهرة الاجتماعية والمالية، والخاصة بتصرفات المريض مرض الموت، والتي يكون ضحيتها الأقارب وأحيانا حتى الغرباء، أو كلاهما، وهذا من خلال التشريعات الجزائرية، لنصل في الأخير إلى الحلول والنتائج التي تساعد في فهم الواقع الراهن، ليتم تطويره مستقبلا.

سابعا: منهجية البحث:

ولقد التزمت في كتابة هذا البحث منهجية معينة، نذكر في ما يأتي أهم عناصرها:

مقدمة

- تخريج الآيات القرآنية يكون في المتن بالطريقة الآتية: [اسم السورة: رقم الآية]، ونجعلها في ما بين الرمزین الآتیین ﴿﴾، مع تثخين الخط تمييزا لكلام الله تعالى على كلام البشر.
- أجعل الأحاديث النبوية في المتن بين مزدوجين بالشكل الآتي: "، مع تثخين الخط إذا كانت من قبيل الأقوال تمييزا لكلام المعصوم ﷺ عن كلام سائر الناس، على أن يكون تخريجها في الهامش بالطريقة الآتية: ذكر صاحب المصنف الحديثي وعنوانه، الكتاب والباب إن وجدا، رقم الحديث.
- إذا حذفنا كلاما من النصوص نضع ثلاث نقاط متعاقبة (...).
- إذا نقلت الكلام عن قائله حرفيا فإنني أهمل في آخر الكلام من دون جعله بين مزدوجين.
- عند استعمال الكتاب في موضعين متتاليين لا يفصل بينها استعمال كتاب آخر، فإنني أورد العبارة الآتية: المصدر أو المرجع نفسه، وهذا إذا كان الاستعمال في الصفحة نفسها، أما إذا كان الأول في صفحة والثاني في أخرى، فإننا نقول: المصدر أو المرجع السابق.
- نضع تهميش المعلومة في كل صفحة في أول استعمال بإيراد جميع المعلومات، وفي الاستعمال الثاني نقتصر على ذكر اسم المؤلف وذكر عبارة (المصدر أو المرجع نفسه أو السابق) والجزء إن وجد والصفحة.

ثامنا: صعوبات البحث:

- وخلال إنجازي لهذا البحث واجهتني بعض الصعوبات نذكر منها:
- أن القانون المدني الجزائري وقانون الأسرة لم يتناول موضوع بحثنا هذا بشكل كبير لا من ناحية المفاهيم ولا من ناحية الأحكام.
- أن المراجع القانونية الجزائرية كانت قليلة من ناحية العدد والكم المعلوماتي.
- أن أغلب الدراسات الموجودة كانت جملها عبارة عن مذكرات.

تاسعا: خطة البحث:

للإجابة على الإشكالية والتساؤلات المطروحة السابقة قسمت هذه الدراسة إلى فصل تمهيدي وبابين، حيث جاء الفصل التمهيدي معنونا بماهية مرض الموت بين التشريع الجزائري والشريعة الإسلامية.

وأما الباب الأول بعنوان: تصرفات المريض مرض الموت في المسائل الشخصية وهو بدوره قسمناه إلى فصلين، حيث تعرضنا في الفصل الأول إلى تصرفات المريض مرض الموت في الزواج، أما في الفصل الثاني منه فقد خصصته إلى تصرفات المريض مرض الموت في الطلاق، وكل فصل بدوره قد عالجناه من خلال مبحثين .

وأما الباب الثاني فقد كان عنوانه تصرفات المريض مرض الموت في عقود التبرع، حيث تطرقت في فصله الأول إلى تصرفات مريض مرض الموت في الوصية وأما الفصل الثاني فقد تناولت فيه إلى تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة وكل فصل بدوره قد عالجناه من خلال مبحثين.

وكل هذا قد تناولته من خلال ما جاء به التشريع الجزائري والشريعة الإسلامية وبعض التشريعات المقارنة.

عاشرا: حدود الدراسة: لقد ركزت في دراسة هذا الموضوع على التطرق إلى:

- تصرفات المريض مرض الموت في قانون الأسرة الجزائري فيما يتعلق بعقد الزواج وفك الرابطة الزوجية بالطلاق بالنسبة للأحوال لشخصية مع التطرق إلى بعض التشريعات المقارنة وكذا الفقه الإسلامي.
- تصرفات المريض مرض الموت في قانون الأسرة الجزائري فيما يتعلق بعقدي الوصية والهبة بالنسبة للعقود التبرع مع التطرق إلى بعض التشريعات المقارنة وكذا الفقه الإسلامي.

فصل تمهيدي

ماهية مرض الموت

في التشريع الجزائري والشريعة الإسلامية

يمنع التشريع الإسلامي وبعض التشريعات الوضعية الإنسان من بعض التصرفات وخاصة منها تلك التي تلحق إضرارا بالغير ومن بين تلك التصرفات التي تصدر من شخص مريض مرض الموت.

ونظرا لأهمية فهم مرض الموت حسب ما جاءت به التشريعات الوضعية ومنه التشريع الجزائري، وما جاءت به الشريعة الإسلامية باعتبارها المرجع الثاني بعد التشريع في ما لا يوجد فيه نص، هذا ما أكدت عليه المادة: 222 من قانون الأسرة الجزائري، كان من الأهمية بما كان معرفة عدة نقاط تتمثل في تعريف مرض الموت فقها وقضاء وبعض التعريفات في القوانين المقارنة، وكذا شروط اعتبار المرض مرض الموت وصوره، ثم التكييف القانوني والشرعي لهذا المرض الذي يفضي إلى الموت وكذا إثبات هذا المرض

ومن خلال هذا الفصل التمهيدي، سوف أتطرق لمبحثين نتناول فيهما:

المبحث الأول: مفهوم مرض الموت في التشريع الجزائري والشريعة الإسلامية.

المبحث الثاني: إثبات مرض الموت وتكييفه القانوني والشرعي.

المبحث الأول: مفهوم مرض الموت

حرصت الشريعة الإسلامية، وكذا القوانين الوضعية منها التشريع الجزائري، على توضيح المعاملات الصحيحة بين الأفراد، حيث تم توضيح الحالات التي يكون فيها الفرد بوضعية لا تسمح له بالقيام ببعض التصرفات القانونية والشرعية، والتي قد تلحق بالمريض أضراراً أو بورثته من بعده.

ومن تلك الحالات نجد مرض الموت الذي تطرقت له المذاهب الأربعة في الشريعة الإسلامية، وكذا التشريعات الوضعية، ومنها التشريع الجزائري، فيما يتعلق بالمعاملات الشخصية من زواج وطلاق وإقرار بنسب...، وعقود تبرعته من وصية وهبة... وهذه التصرفات قد عالجها قانون الأسرة ولو بالتلميح فيما يخص مرض الموت، لذلك يجدر بي أن أتناول في هذا المبحث، مفهوم مرض الموت في التشريع الجزائري والشريعة الإسلامية، وبعض التشريعات المقارنة، وأعرض أيضاً إلى شروط مرض الموت في التشريع الجزائري والشريعة الإسلامية، مع بيان صور هذا المرض في حالتي الموت الحقيقي، والموت الحكمي.

ومن خلال هذا المبحث سأنتقل إلى مطلبين أتناول في المطلب لأول: تعريف مرض الموت، وفي المطلب الثاني: شروط مرض الموت وصوره.

المطلب الأول: تعريف مرض الموت

ليبيان المقصود بمرض الموت فقها وقانونا، يستلزم الوقوف على مركبه اللغوي، ومن رحم المعنى اللغوي يولد المعنى الاصطلاحي، وهو تعريف مرض الموت في التشريع الجزائري، وبعض التشريعات المقارنة، وفي الشريعة الإسلامية بمذاهبها الأربعة، وهذا من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: تعريف مرض الموت لغة.

مرض الموت هو لفظ مركب من كلمتين: (المرض، الموت) وسوف نعرفه من خلال الآتي:

أولاً: تعريف المرض

الميم والراء والضاد أصلٌ صحيح يدل على ما يخرج به الإنسان عن حد الصحة في أي شيء كان ومنه العلة¹، والمرض الشك، من مرض مرضاً، أي فسدت صحته فهو مريض، فالمريض من به مرض أو نقص أو انحراف، ويقال قلب مريض أي ناقص الدين، ورأي المريض ضعيف أو به انحراف عن الصواب.²

ويعرف كذلك (مرض) إظلام الطبيعة واضطرابها بعد صفائها واعتدالها، ويعرف المرض أيضاً، أنه العلة التي تصيب الإنسان، فتغير صحته بعد اعتدالها.³ والمرض السقم نقيض الصحة ويكون للإنسان والبعير.⁴

1- أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، مقاييس اللغة، اتحاد الكتاب العرب، 1423 هـ / 2002م، د د ن، ج 6 ص 249.

2- إبراهيم مدكور وآخرون، المعجم الوسيط، ج 1، د د ن، القاهرة، مصر، 1392 هـ / 1972 م، ص 590.

3- محمد الحسيني أبو الفيض، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الهداية، د ط، د ت ن، ص 4730.

4- ابن منظور محمد، لسان العرب، تحقيق عبد الله على الكبير وآخرون، ط 1، ج 1، دار المعرف، د ت، القاهرة، مصر ص 4180.

وهو الشك ومنه قوله تعالى: ﴿فِي قُلُوبِهِمْ مَرَضٌ﴾ [البقرة:10] أي شك ونفاق وضعف يقين¹.

كما يعني حالة خارجة عن الطبع ضارة بالفعل، كما يعني أيضا كل ما خرج به الإنسان من حد الصحة، من علة واتفاق أو تقصير في أمر².

ويقال قلب مريض أي ناقص الدين ونفاق، لقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلْنَا أَصْحَابَ النَّارِ إِلَّا مَلَائِكَةً وَمَا جَعَلْنَا عِدَّتَهُمْ إِلَّا فِتْنَةً لِلَّذِينَ كَفَرُوا لِيَسْتَيَقِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ وَيَزْدَادَ الَّذِينَ آمَنُوا إِيمَانًا وَلَا يَرْتَابَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ وَالْمُؤْمِنُونَ وَلِيَقُولَ الَّذِينَ فِي قُلُوبِهِمْ مَرَضٌ وَالْكَافِرُونَ مَاذَا أَرَادَ اللَّهُ بِهَذَا مَثَلًا كَذَلِكَ يُضِلُّ اللَّهُ مَن يَشَاءُ وَيَهْدِي مَن يَشَاءُ وَمَا يَعْلَمُ جُنُودَ رَبِّكَ إِلَّا هُوَ وَمَا هِيَ إِلَّا ذِكْرَى لِلْبَشَرِ﴾ [المدثر:31]، فالمرض في الإنسان هو تحول الطبيعة، بعد صفائها واعتدالها بعد تغييرها واضطرابها، ما ينشأ عنه نقص في القوة وفتور في الأعضاء³.

ومن خلال ما سبق، فالمرض هو ما يعتري الأجسام الحية من خلل أو نقص، أو علة يخرج به عن حالة اعتدالها العادية، قليلا أو كثيرا وقد ينتهي بالمرء إلى الموت.

ثانيا: تعريف الموت

الميم والواو والتاء أصل صحيح يدل على ذهاب القوة من الشيء، منه الموت: خلاف الحياة⁴.

والموت هو زوال الحياة عن من كانت فيه بمفارقة الروح جسده⁵.

1- ابن منظور محمد، لسان العرب، ج7، المصدر السابق، ص237.

2- رجب عبد الجواد إبراهيم، معجم المصطلحات الإسلامية، ط1، دار الأفاق العربية، القاهرة، 1423هـ/2002م ص264.

3- ابن منظور محمد، لسان العرب، ج7، المصدر السابق، ص233.

4- أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، 1399هـ/1979م، د ن، ج5، ص283.

5- محمد ابن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ن، ص451-639.

كما يطلق الموت عن السكوت، يقال ماتت النار موتاً، إذا برد رمادها، فلم يبقى من الجمر شيء، وماتت الريح إذا ركبت وسكنت، ومات الماء إذا أنشفت الأرض¹.
والموت هو زوال الحياة عن كانت فيه، بمفارقة الروح جسده²، وبذلك يكون تعريف مرض الموت في اللغة، بأنه العلة التي تصيب الإنسان فتغير صحته بعد اعتدالها، وتؤدي إلى زوال حياته، لأنه لا علاج له³.

الفرع الثاني: تعريف مرض الموت اصطلاحاً

ومن خلال هذا الفرع سوف نعرف مرض الموت في التشريع الجزائري، وتحديدًا على مستوى الجهات القضائية، وكذا نعرفه على مستوى بعض التشريعات المقارنة، وفي الفقه الإسلامي، وهذا من خلال العناصر التالية:

أولاً: تعريف مرض الموت في القانون الجزائري

لم يتطرق القانون الجزائري في كثير من المسائل المتعلقة بمرض الموت إلى تعريفه ففيمًا يتعلق بموقف القضاء الجزائري من مفهوم مرض الموت، نجده ينص في أحد قراراته، ما يلي: «من المقرر شرعاً أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيراً، ويجر إلى الموت، وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه...»⁴.

غير أنه يؤخذ من هذا التعريف القضائي، أنه يخرج عن الإطار الذي رسمه فقهاء الشريعة الإسلامية لمرض الموت من حيث كونه، لا يؤثر على أهلية المريض وتمييزه.

1- ابن منظور محمد، لسان العرب، ج7، المصدر السابق، ص233.

2- محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ت ن، ص451-639.

3- محمد رافع يونس محمد، أحكام وقف المريض مرض الموت، كلية العلوم، جامعة الموصل، العراق، مجلة الرافدين للحقوق، مج 10 عدد 38 ن 2008، ص 84.

4- م ع ج، قرار رقم (33719)، صادر عن غ أش، بتاريخ 09 جويلية 1984، م ق، عدد 3، لسنة 1989، ص51.

وقد عرف الدكتور العربي بلحاج مرض الموت بأنه: المرض الذي اتصل به الموت وكان من الأمراض التي يغلب فيها الهلاك عادة ولا تزيد عن سنة، أو هو المرض الذي يعجز الإنسان عن القيام بمصالحه، خارج البيت، ويحول دون قيامه بواجباته¹.

وأما الدكتور نبيل صقر في هذا الشأن، بأن المريض من لا يقدر على أداء الصلاة قائماً، وقيل من لا يقدر أن يقوم إلا أن يقيمه غيره، وقيل من لا يقدر على المشي إلا أن يتهدى بين اثنين، وقيل من يزداد مرضه².

وقد أشارت المادة: 408 من القانون المدني الجزائري، عندما تعرضت إلى أحكام بيع المريض مرض الموت بقولها: (إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزاً إلا إذا أقره باقي الورثة، أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه، من أجل ذلك يكون قابلاً للإبطال).

ونصت المادة: 776 من ذات القانون بقولها: (كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع، يعتبر تبرعاً مضافاً إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف....).

وقد أشار المشرع الجزائري في قانون الأسرة ضمناً إلى المقصود من مرض الموت وذلك حسب نص المادة: 204 بقولها: (الهبية في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية).

وهذا ما نجده أيضاً في ذات القانون عندما تعرض إلى موضوع إثبات النسب في المادة: 44 منه، بقولها: (يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت التي صدقه العقل أو العادة).

1- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، ج1، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر، 2005، ص 244.

2- نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت (الوصية - البيع - الهبة - الوقف - الكفالة - الإبراء - الإقرار - الخلع - الطلاق)، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص5.

ثانيا: تعريف مرض الموت في التشريعات المقارنة:

نجد أن المشرع المصري قد عرف مرض الموت، وذلك بالرجوع فقهاء القانون حيث يرى الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري: أن مرض الموت هو الذي يخاف منه الموت ولا يرجئ برئه، سواء أُلزم صاحبه الفراش، أم كان يخرج من بيته، وسواء طال مدة المرض أم قصرت من غير نظر إلى إستلائه على القوى العقلية وعدمه¹.

ويرى الدكتور توفيق حسن فرج: أن مرض الموت، هو الذي يعجز فيه المريض عن إدارة أعماله، ويغلب فيه الموت، ويتصل المرض بالموت فعلا، ولو كان الموت بسبب آخر كالحرق والغرق².

وقضت محكمة النقض المصرية، على أن المقصود بمرض الموت، أنه المرض الشديد، الذي يغلب على الظن موت صاحبه عرفا أو بتقرير الأطباء، ويلزمه ذلك المرض حتى الموت، وإن لم يكن أمر المرض معروفا من الناس بأنه من العلل المهلكة فضابط شدته واعتباره مرض موت، أن يعجز المريض عن القيام بمصالحه الحقيقية خارج البيت، فيجمع فيه تحقق العجز وغلبة الهلاك، واتصال الموت به³.

وقد عرف المشرع الأردني في مادته 543 على أن: (مرض الموت هو المرض الذي يعجز فيه الإنسان من 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

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني(العقود التي تقع على ملكية البيع والمقايضة)، ج4 دار منشأة المعارف، مصر، 2004، ص 272.

2- توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، مؤسسة الثقافة الجامعية، د ط، القاهرة، مصر، ص 635.

3- عزت كامل، الوجيز في تصرفات المريض مرض الموت، ط1، دار النهضة، القاهرة، 1988، ص 28.

تصرفاته كتصرف الصحيح¹، وهو ما ذهبت إليه المادة: 505 ف 1 من مشروع القانون المدني الفلسطيني².

وقد جاء في نص المادة: 1595 من مجلة الأحكام العدلية، أن مرض الموت هو الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز معه المريض عن رؤية 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 ومرت عليه سنة وهو على حالة واحدة كان في حكم الصحيح، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح، ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله، ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ومات قبل مضي سنة، يعد مرضه اعتبارا من وقت التغير إلى الوفاة؛ مرض موت³.

وذهبت محكمة التمييز العراقية في قرارها، إلى أن مرض الموت هو الذي يقعد فيه المريض ويعجز عن إدارة أعماله المعتادة التي لا يستطيع الأصحاء مباشرتها، ويغلب فيه الموت، وينتهي بالمريض إلى الموت فعلا⁴.

ثالثا: تعريف مرض الموت في الشريعة الإسلامية:

لم تتفق كلمة جمهور الفقهاء على تعريف مرض الموت وتفسيره، فقد جاء في الفتاوى الهندية: أن المريض مرض الموت، من لا يخرج لحوائج نفسه⁵. وسوف أعرض أهم التعريفات الفقهية على النحو التالي:

1- المادة 543 من القانون المدني الأردني رقم 43، لسنة 1976، والمعمول به في: 1977/01/01.

2- إباد محمد جاد الحق، هبة المريض مرض الموت، مجلة الأحكام العدلية، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإسلامية)، مجلد 19، العدد 2، جوان 2011، ص 517.

3- حبيب إدريس عيسى المزوري، تصرفات المريض مرض الموت -دراسة مقارنة-، ط1، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر، 2015، ص 26.

4- محكمة التمييز العراقية، قرار رقم: 91، الصادر بتاريخ: 1976/07/10، مجلة العلوم القانونية والسياسية، تصدرها كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، م 2، ع 1، 1978، ص 332.

5- أبي المظفر، محي الدين أورنك، الفتاوى الهندية، ج 4، المكتبة الإسلامية، مصر، 1310 هـ، ص 76.

1- الحنفية: مرض الموت هو الذي أضناه المرض وصار صاحب فراش فأما إذا كان يذهب ويجيء وهو مع ذلك يحم فهو بمنزلة الصحيح، مرض الموت هو الذي يخاف منه الموت غالباً، وهو الذي يقعد الإنسان عن عمله المعتاد في حال الصحة، فيقعد الرجل عن عمله خارج البيت، ويقعد المرأة عن عملها في البيت¹.

مرض الموت هو الذي يخاف منه الهلاك غالباً أن يكون صاحب فراش، وفسره بمن يكون بحال لا يقوم بحوائجه كالأصحاء وكلامه واضح².

2- المالكية: وهو المرض الذي يعقبه الموت ولو خفيفاً، ويبطل ولو حمله الثلث لأنه كالوصية ولا وصية لو ارث، ومحل البطلان فيما يبطل فيه الوقف حيث لم يجزه الوارث غير الموقوف عليه فإن أجازه مضى، ولذا كان دخول الأم والزوجة فيما للأولاد حيث لم يجيزا، فإن أجازا لم يدخلوا كذا في الحاشية³.

3- الشافعية: وهو كل مرض مخوف يستعد الإنسان بسببه لما بعد الموت كالطاعون والقولنج وذات الجنب والرعاف الدائم والإسهال المتواتر وقيام الدم والسل في انتهائه والفالج الحادث في ابتدائه والحمى المطبقة لأن هذه الأمراض يظهر معها خوف الموت⁴.

1- أبو بكر بن مسعود الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج8، مطبعة الجمالية، القاهرة، مصر، 1328هـ/1910م، ص2.

2- محمد بن محمد بن محمود، العناية شرح الهداية، ج5، د ط، دار الفكر، د ت ن، دمشق، سوريا، ص386.

3- الصاوي المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف ب ط ب ت، 110/4.

4- أبو حامد الغزالي، الوسيط في المذهب، ج4، دار السلام، القاهرة، مصر، 1417هـ، ص421.

وهو المرض المخوف ويعني كل مرض لا يؤمن ترقيته إلى الموت كثيرًا، كالحمى الحادة والسل والقولنج وذات الجنب والإسهال المتواتر مع قيام الدم، وشبه ذلك مما يقضي أهل صناعة الطب بأن الهلاك يسببه كثير¹.

4-**الحنابلة**: مرض الموت المخوف ومن هو في خوف كالمريض كالواقف بين الصفيين عند التقاء القتال ومن قُدِّم لِيُقْتَل، وراكب البحر حال هيجانه، ومن وقع الطاعون ببلده إذا اتصل بهم الموت².

ويمكن القول بأن جمهور الفقه الإسلامي، يرون أن مرض الموت، هو المرض الذي مات فيه المقر أو الموصي مطلقًا، ولا يتعين المرض إذا كان مرض موت أو مرض شفاء إلا بعد الوفاة، ولذلك تبقى عقود المريض وإقراراته صحيحة ومعتبرة مادام حيا، فلا يجوز الاحتجاج بالمرض لإبطال تصرفاته إلا بعد وفاته³.

ولو تأملنا في هذه النصوص والأقوال، لتكشف لنا أن اختلاف الفقهاء، لم ينصب على حقيقة مرض الموت ومفهومه وإنما انصب على أماراته وعلاماته، ومن هنا فإنه لا يمكن الجزم بأن المرض مرض موت أو مرض شفاء، إلا إذا تحقق الموت فعلا.

وأما مرض الموت حسب ما يراه الأطباء من خلال الواقع الميداني، فيصنف هذا المرض إلى صنفين: أولهما: أن مرض الموت هو تدهور الصحة، ويتميز بأعراض تتطور تدريجيا، حتى تؤدي إلى الموت، وثانيهما: فيتمثل في المرض المؤدي إلى موت الفجأة، ونجده خاصة

1- أبو محمد جلال الدين السعدي المالكي، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، 1423 هـ / 2003 م، ط1، 1220/3.

2- عبد الرحمن بن إبراهيم، العدة شرح العمدة، دار الحديث، القاهرة، مصر، 1424 هـ / 2003 م ص 266، ينظر: ابن قدامة المقدسي، عمدة الفقه، المكتبة العصرية، 1425 هـ - 2004 م، ص 70.

3- حسين المؤمن، نظرية الإثبات من المحررات أو الأدلة الكتابية، ج3، مكتبة النهضة، بيروت، لبنان، 1975م، ص 148.

عند المواليد حديثي الولادة، وهذا المرض يتمثل في مجموعة من الأعراض ذات تصنيف طبي غامض¹.

ومن خلال ما سبق، نجد أن لتحقق مرض الموت لابد من توفر شروطه، ومعرفة صورته وهذا ما سوف نتعرض له في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: شروط مرض الموت وصوره

هناك شروط متفق عليها شرعا وقانونا وأخرى مختلف فيها حتى نكون أمام تصرف ينطبق عليه تصرف لمريض مرض الموت وبالتالي يترتب آثاره وله أحكامه بالإضافة إلى أن نعرف في هذا المطلب أغلب الصور للمرض المخوف التي اعتمدها الشريعة الإسلامية وحذا حذوها التشريع الجزائري، وذلك في حالة الموت الطبيعي أو الحكمي وهذا ما سوف أتعرض له من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: شروط مرض الموت.

لقد اتفق التشريع الوضعي مع الشريعة الإسلامية في شروط مرض الموت تقريبا إلا أن الشريعة الإسلامية زادت شرط واحد لم يتطرق إليه التشريع الوضعي.

أولا: المرض يقعد المريض عن قضاء مصالحه.

يجب أن يجعل المرض المريض عاجزا عن قضاء مصالحه العادية والمألوفة التي يستطيع الأصحاء عادة مباشرتها، كالذهاب إلى السوق وممارسة أعمال المهنة إذا لم تكن شاقة وقضاء الحوائج المنزلية إذا كان المريض من الإناث، وليس واجبا ليكون مرض الموت أن يلزم المريض الفراش فقد لا يلزمه ويبقى مع ذلك عاجزا عن قضاء مصالحه، وعلى العكس من ذلك قد يكون الإنسان عاجزا عن قضاء مصالحه ولكن لا بسبب المرض فلا

1-DORMONT Jean, BLETRY Olivier, DELFRAISSY Jean François, Les 365 nouvelles maladies, médecine-sciences Flammarion, paris, 1989, p 434.

يعتبر في مرض الموت فقد يصل الإنسان إلى سن عالية من الشيخوخة تجعله غير قادر على مباشرة الأعمال المألوفة ويكون في حاجة إلى من يعاونه عليها¹.

ثانياً: يغلب في المرض خوف الموت (الهلاك).

لا يكفي أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه، بل يجب أيضاً أن يغلب فيه خوف الموت فيكون مرضاً خطيراً من الأمراض التي تنتهي عادة بالموت، أو يكون مرضاً بدأ بسيطاً ثم تطور حتى أصبحت حالة المريض سيئة يخشى عليه فيها الموت، أما إذا كان المرض لم يصل إلى هذا الحد من الخطورة فإنه لا يعتبر مرض موت ولو أعجز المرض عن قضاء مصالحه مثل ذلك أن يصاب الإنسان برمد في عينيه فيعجزه عن الرؤية، أو بمرض في قدميه فيعجزه عن المشي فلا يستطيع قضاء مصالحه وهنا المرض يكون من الأمراض التي يشفى منها المريض عادة ولا يغلب فيها الموت².

ثالثاً: انتهاء المرض بالموت فعلاً.

يجب أخيراً أن ينتهي المرض بالموت فعلاً فإذا أصيب شخص بمرض أقعده عن قضاء مصالحه وغلب فيه خوف الموت ولكنه مع ذلك برئ منه وكان قد تصرف في ماله أثناء المرض كان حكم تصرفه هذا هو حكم تصرف الأصحاء ونرى من ذلك أن المريض بمرض يقعد عن قضاء المصالح ويغلب فيه خوف الموت إذا تصرف في ماله أثناء هذا المرض كان تصرفه معهداً به حال حياته ولا يجوز للورثة الاعتراض عليه ما دام المريض حياً، فإذا انتهى المرض بالموت تبين عند ذلك أن التصرف وقع في مرض الموت وجاز الطعن فيه على هذا الأساس³.

1- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة، م1، ج4 دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، ص314-315.

2- المرجع نفسه، ص315.

3- عبد الرزاق السنهوري، مج1، ج4، المرجع السابق، ص317-318.

وأضافت الشريعة الإسلامية شرطاً رابعاً وهو: أن يموت المريض مرض الموت قبل مرور سنة.

رابعاً: أن يموت المريض مرض الموت قبل مرور سنة.

اشترط فقهاء الحنفية لاعتبار المرض مرض الموت أن يموت المريض قبل مرور سنة من إصابته بالمرض، لأن الإنسان لا يخلو في أكبر أوقاته من المرض، لأنه إذا تطاول المرض سنة ولم يحصل فيه ازدياد صار المريض قديماً وصاحبه صحيحاً وهذا فيما إذا بقي المريض على حالة واحدة فصاحبه صحيح، أما إذا زاد مرضه يوماً بعد يوم وحاله تغير فيكون مريضاً مرض الموت وتحسب السنة من وقت زيادة المرض أي وقت تغير الحالة¹.

وقد فرق فقهاء الشريعة الإسلامية، بين الأمراض المزمنة والأمراض غير المزمنة فالأمراض غير المزمنة هي الأمراض التي لا تستمر طويلاً، لأن المريض بها إما أن يبرأ وإما أن يشفى مثل مرض السرطان ومرض الطاعون ومرض الكوليرا، فإذا تصرف المريض بها، وأعقب المرض الشفاء، سرت عليه أحكام الأصحاء، أما الأمراض المزمنة، وهي التي تستمر طويلاً، كمرض السل والفالج².

والرأي الراجح عند فقهاء الشريعة أنه إذا كان بالمريض مرض الموت من علة أخذت بالازدياد، أما إن قدمت العلة عند حد معين فهي مرض صحة، والمعول عليه أن تقادم المرض يكون بمضي سنة وإن فوضى بعض الفقهاء الرأي للطبيب الثقة.

فإن تطاول إلى سنة أو أكثر ولم يحصل فيه ازدياد ولا تغيير في حالة المريض اعتبرت تصرفاته بعد السنة كتصرفات الصحيح، وكذلك يجب اعتبار المريض مرض الموت، عندما تطول المدة فوق السنة، مع ازدياد وتدهور الحالة والتي تؤدي وتصل بالموت³.

1- عبد الحكيم فودة، الوصايا المستترة - مرض الموت - الاحتفاظ بالحياة والمنفعة، د ط، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية بألمانيا، د ت ن، ص 30.

2- المرجع نفسه، ص 30-31

3- عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص 31.

وقال الدكتور حسني محمود عبد الدائم: أنه في حالة ما زاد مرض الموت يوماً فيوماً فتغير حاله فيكون مريض مرض موثق وتحسب السنة من وقت ازدياد المرض وتغير الحال، أما إذا ما بقي المريض في حالة واحدة، فلا يعتبر مرض موت.¹

الفرع الثاني: صور مرض الموت.

لما كان سبب شرح الأحكام المتعلقة بالمريض هو خوفه الموت ألحق بالمريض كل الذين يكونون في أحوال تجعلهم يتربصون الموت ويغلب عليهم فيها اليأس على الرجاء والموت على الحياة والهلاك على النجاة فإنه حينئذ يأخذ حكم المريض في كل تصرف يحدث منه كما لو حدث من المريض فكل سبب يكون الهلاك فيه غالباً يكون في حكم مرض الموت وسماها القانون الجزائري الحالات المخيفة في المادة: 204(من،ق،أ،ج) موافقين بذلك الفقه الإسلامي لانطباق نفس العلة عليها وينقسم إلى نوعين وهما:

أولاً: الموت الحقيقي.

ما يثبت بالمشاهدة أو السماع أو البيئة، ومن أهم الأمراض التي تؤدي إلى الموت الحقيقي نذكر:

1- السرطان: قضت محكمة الاستئناف المصرية أن السرطان من الأمراض التي تظل لأكثر من سنة قبل أن يؤدي بحياة صاحبه إلى الموت وعلى الوارث الذي يريد الطعن في تصرف مورثه المصاب به أن يثبت أن مرضه لم يدم أكثر من سنة حتى يعد مرض الموت وعلى الرغم من صحة قرار محكمة النقض بأن السرطان من الأمراض المميتة والتي قد تمتد لأكثر من سنة فإنه كان محل نظر لأن السرطان من الأمراض المزمنة الذي يستثنى من مدة السنة فيعد مرض الموت من لحظة اشتداد المرض وتدهور حالة المريض إلى حين الوفاة ولو امتد لأكثر من سنة.²

1- حسني محمد عبد الدائم، مرض الموت وأثره على عقد البيع، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007 ص 118-119.

2- حبيب إدريس عيسى المزوري، تصرفات المريض مرض الموت-دراسة مقارنة- المرجع السابق، ص 56 ص 57.

2- **الربو:** وهو من الأمراض الصدرية المعروفة في عصرنا الحالي، وهو من الأمراض المزمنة، ولم يتطرق المشرع الجزائري ولا القضاء إلى تعريف هذا المرض ومدى اعتباره من الأمراض المخوفة، عكس ما جاءت به التشريعات المقارنة في شقها القضائي، حيث قضت محكمة الاستئناف المصرية بقولها: "إذا توفي شخص فجأة وهو في سن ينذر في الجيل الحاضر تجاوزها ولو كان مصابا بربو صدري بنزلة شعبية فلا يعتبر أنه كان مريضا مرض الموت لأن هذا المرض ذاته قابل للشفاء وغير مانع للمريض من مباشرة أعماله في الفترات التي تتخلل النوبات"¹. ومن خلال هذا القرار يتبين أن مرض الربو لا يعتبر في العادة من الأمراض التي تقضي إلى الموت.

3- **داء الكلى:** قضى مجلس القضاء البليدة في قرار له الصادر بتاريخ 2000/04/01 بما يلي: "حيث يتبين من ملف الدعوى والوثائق المرفقة به لاسيما الملف الطبي وأن الواهبة كانت تعاني من داء الكلى وأن مرضها هذا كان في مرحلته الأخيرة حيث أن الواهبة ماتت بعد مرور أقل من عشرة أشهر"². حيث أنه عملا بالمادة: 204 من (ق،أ،ج) فإن الهبة في مرض الموت والأمراض المخيفة تعتبر وصية..."³.

4- **ضغط الدم والسكري وعجز في القلب والكليتين:** جاء في قرار لمحكمة العراق أن تقرير الخبراء الذين انتخبهم المحكمة وهم من الأطباء ذوي الاختصاص يتضمن أن المتوفى (هـ) كان مريضا مرض الموت بعد الاطلاع على طبلاته... وكان يعاني من ارتفاع ضغط الدم وداء السكر وعجز القلب وعجز الكليتين وأن الأمراض المصاب بها المذكورة غير مسيطر عليها وتؤدي إلى الوفاة يستنتج من قرار محكمة التمييز أمرين: الأول، أن

1- رشاد السيد إبراهيم عامر، تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري مقارنا بالشريعة الإسلامية والقوانين الأخرى، العقود والمسؤولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1989 ص 47.

2- محمودي عبد العزيز، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، البليدة، الجزائر، 2006 ص 37-38.

3- المرجع نفسه، ص 38.

المريض المذكور قد مات خلال مدة تقل عن السنة وذلك لاشتداد المرض عليه إلى حين الوفاة، والثاني، أن مجموعة من الأمراض المزمنة إذا اجتمعت في شخص معين فإنه يكون مريضاً مرض الموت لسيطرة الأمراض المذكورة على أعضاء جسده¹.

5-تصلب الشرايين: قضت محكمة الإسكندرية الابتدائية بأن تصلب الشرايين وإصابة القلب والكلى بالتلف من الأمراض المزمنة التي لا يصح اعتبارها في الأصل مرض موت لبطء سيرها وعدم إحساس المريض بخطورتها ولكن إذا اشتدت هذه الأمراض فجأة وشعر المريض بتفاقم خطورتها ومات بها وجب اعتبارها مرض موت².

6-الايذز: يقصد بالايذز المرض الذي يؤدي إلى حد ما بعلّة في المناعة الخلوية ويصيب الإنسان من دون سبب معروف نتيجة المقاومة الضعيفة للمرض نفسه...وبعد الايذز من الأمراض المميتة الخطيرة والمصاب بهذا المرض لا يرجى شفاؤه في الغالب فإذا اشتد المرض لدى صاحبه وصارت غلبة الموت فيه أكيدة واقترب أجله وأدى بحياته إلى الموت فعلاً فإنه يعد مريضاً مرض موت، وقد أصدر مجمع الفقه الإسلامي في دورة المؤتمر التاسع المنعقدة في دولة الإمارات العربية المتحدة في أبو ظبي قراراً يقتضي بأن مرض نقص المناعة المكتسب (الايذز) يعد مرض موت شرعاً إذا اكتملت أعراضه وأقعد المريض عن ممارسة الحياة العادية واتصل به الموت³.

7-السل: قضت محكمة الإسكندرية الابتدائية بأن مرض السل وإن كان من الأمراض التي تطول مدتها فإن دخول المرض في دور جديد واشتداد وطأته يجعل تصرفات المريض في ذلك الوقت قابلة للبطلان⁴.

1- حبيب إدريس عيسى المزوري، تصرفات المريض مرض الموت - دراسة مقارنة - المرجع السابق، ص59.

2- رشاد السيد عامر إبراهيم، المرجع السابق، ص 47- 49.

3- حبيب إدريس المزوري، تصرفات المريض مرض الموت - دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص60-61.

4- رشاد السيد عامر إبراهيم، المرجع السابق، ص49.

ثانيا: الموت الحكمي.

الموت الحكمي ما يكون بحكم القاضي، كحكمه بموت المفقود بعد توفر الشروط والأدلة المبررة لهذا الحكم، وفي هذه الحالات يكون الشخص في حكم المريض مرض الموت، ومن أهم الحالات التي تؤدي إلى الموت الحكمي نذكر:

1-الحرب والقتال: إذا التحمت الطائفتان ولم يعرف بعد الطائفة المنتصرة من الطائفة المنهزمة أو في حالة تكافؤ الطائفتين ففي هذه الحال يكون الشخص في حكم المريض مرض الموت لأنه يتربق الموت من حين لآخر ولا يدري أيقع على الموت أم يقع الموت عليه، أما إذا كانت إحداهما منتصرة فهي ليست خائفة وكذلك إذا لم يختلطا بل كانت كل واحدة منها متميزة فليست حالة خوف وبه قال مالك والأوزاعي وللشافعي قولان: أحدهما كقول الجماعة والثاني ليس بمخوف لأنه ليس بمريض.

2-من قدم ليقتل: سواء أكان بسيف الجراد قودا أم قصاصا أم حدا أم بسيف ظالم عدوانا فهو في حالة خوف ويتربق التلف والهلاك قد غلب اليأس، فهو كالمريض وإن لم يكنه وللشافعي فيه قولان: أحدهما أنه مخوف والثاني إن جرح فهو مخوف وإلا فلا لأنه صحيح البدن والظاهر العفو عنه¹.

3-ركوب البحر المضطرب: إذا وجد الشخص في وسط البحر ثم هاج البحر وثار وهبت الرياح العاصفة بقوة فقد قال بعض الفقهاء أنه كالمريض مرض الموت لأن هذا الشخص يصيبه خوف شديد ويكون في حالة يغلب فيها هلاكه وقد قال سبحانه وتعالى: ﴿هُوَ الَّذِي يُسَيِّرُكُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ حَتَّى إِذَا كُنْتُمْ فِي الْفُلِكِ وَجَرِينَكُمْ بِهِمْ بِرِيحٍ طَيِّبَةٍ وَفَرِحُوا بِهَا جَاءَتْهَا رِيحٌ عَاصِفٌ وَجَاءَهُمُ الْمَوْجُ مِنْ كُلِّ مَكَانٍ وَظَنُّوا أَنَّهُمْ أُحِيطَ بِهِمْ دَعَوُا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ لَئِنْ أَنْجَيْتَنَا مِنْ هَذِهِ لَنَكُونَنَّ مِنَ الشَّاكِرِينَ﴾ [يونس:22].

1- المرجع نفسه، ص 39.

أما بعض الفقهاء الآخرين فقالوا بأن ركوب البحر ليس مخوفا عندهم إلا إذا انكسرت السفينة وبقي على لوح فعندئذ يتحقق الخوف فيلحق صاحبه بالمرضى¹.

4-المحبوس أو الأسير إذا عرف الحابس الظالم بقتل المحبوسين: وكذلك إذا جرى العرف بين الأسيرين بقتل الأسرى فلا منا بعد ولا فداء بل قط للرقاب وحصر للأرواح ففي هذه الحال أيضا يكون المحبوس والأسير كالمريض مرض الموت وهذا رأي أبي حنيفة وابن أبي ليلى وأحمد وأحد أقوال الشافعي، ويروى أن الحسن البصري كان يرى المحبوسين في حبس الحجاج بن يوسف الثقفي يسري عليهم ذلك²، كذلك من قدم لساحة الإعدام ليعدم أو ليقتص منه فيكون هالكا لا محالة ويتم اليأس من سلامته ونجاته ويكون موته محققا بعد فترة يسيرة ولهذا اعتبره العلماء كالمريض مرض الموت فتكون تبرعاته من الثلث وهذا ما ذهب إليه المالكية والشافعية والحنابلة³.

5-الحامل إذا ثقلت: إذا صار لها ستة أشهر فإنها إذا وصلت إلى هذا الحد صارت تتوقع الولادة بين عشية وضحاها والمرأة في الولادة تكون بين الخوف والرجاء وبين الحياة والموت فربما كانت المرأة تخشى الموت فيها فتتصرف تصرفات يكون فيها ضرر ورثتها أو دائئنها وقد أخذ بهذا سعيد بن المسيب وعطاء وقتادة ومالك، وخالفهم النخعي ويحي الأنصاري والأوزاعي والثوري وأبو حنيفة والشافعي وقالوا أنها تتصرف تصرف الصحيح حتى تكون في المخاض ففي هذه الحال تكون كالمريض وذلك لأنها قبل ذلك لا تتوقع الموت ترقبه لسبب الحمل بل المعتاد والغالب والمعروف أن الحامل تغلب الأمل على الخوف...وأنها تخاف الموت إذا أخذ بها الطلق وأصابها آلامه⁴.

1- عبد القادر داودي، مرض الموت وأثاره في التصرفات عند المالكية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية بقسنطينة، الجزائر، 1995، ص 65.

2- رشاد السيد إبراهيم عامر، المرجع السابق، ص 40.

3- عبد القادر داودي، المرجع السابق ص 63.

4- رشاد السيد إبراهيم عامر، المرجع السابق، ص 40، 41.

6- إذا افترس السبع شخصا: فحكم هذا الشخص كحكم المريض مرض الموت، واشترط الحنفية لذلك أن يفترسه السبع ويبقى في فمه فلو تركه فهو الصحيح ما لم يجرحه جرحا يخاف منه الهلاك غالبا، وقال الشافعية: من اعترضه الأسد فلم يجد مهريا فإن كانوا جماعة لم تكن حالهم مخوفة لأن الأسد لا يفترس في الحال إلا أحدهم فلم يكن الأغلب من حال كل واحد التلف وإن جاز أن يكون الهالك وإن كان واحد فإن باشره الأسد بالأخذ فحاله مخوف¹.

7- المبارز إذا تقدم للقاء مع القرن: ففي هذه الحال يكون في حال يخاف منها الهلاك غالبا فيكون كالمريض وتكون تصرفاته التي تمس الوارث أو الدائن مظنة الإضرار بها فتتوقف على إجازتها².

1- حسني محمود عبد الدائم، المرجع السابق، ص 141.

2- رشاد السيد إبراهيم عامر، المرجع السابق، ص 40.

المبحث الثاني: إثبات مرض الموت وتكييفه القانوني والشرعي

الإثبات يأتي من الدليل، وهو متعلق بالعديد من الملابس التي قد يستدل منها القاضي على حقيقة الواقعة، التي هي موضع الجدل، حيث نجد أن قانون الإثبات يعتمد تماما على إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون، وبالقيود التي رسمها على وجود واقعة قانونية متنازع عليها.

ومن خلال هذا المبحث سوف أتطرق إلى إثبات مرض الموت في التشريع الجزائري وبعض التشريعات المقارنة، ثم نوضح وجهة نظر الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الاحتياطي لأول لتشريع وذلك من خلال التعرض إلى أدلة إثبات مرض الموت وكذا على من يقع عبء الإثبات في حالة قيام المريض بتصرفات قد تمس بمصلحة الورثة والدائنين. ثم سوف أعرج على التكييف القانوني والشرعي لمرض الموت من خلال اعتبار أهلية المريض عارضا من عوارض الأهلية أو أن نعتبر تصرفات المريض نافذة وصحيحة وهذا ما سوف نعرفه من خلال موقف المشرع الجزائري وبعض التشريعات المقارنة وكذا موقف الشريعة الإسلامية بمختلف مذاهبها الأربعة. وهذا ما سوف نعالجه في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: إثبات صدور التصرف في مرض الموت.

المطلب الثاني: التكييف القانوني والشرعي لمرض الموت.

المطلب الأول: إثبات صدور التصرف في مرض الموت

شرعت أدلة الإثبات لحماية الحقوق بصفة عامة، وإثبات مرض الموت من أكثر الموضوعات القانونية تطبيقاً، فالوارث أو الدائن هو الذي يتضرر غالباً من تصرفات المريض مرض الموت، لذلك فإن المكلف بإثبات المرض هو الوارث أو صاحب المصلحة، الذي يدعي أن حصول التصرف كان في حالة مرض الموت، وبالتالي يطلب عدم نفاذ هذا التصرف، ومن المعلوم أن مرض الموت يعتبر واقعة مادية، يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات، وهذا ما سوف نعرفه من خلال: إثبات مرض الموت في التشريع الجزائري (الفرع الأول)، ثم إثباته في الشريعة الإسلامية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إثبات صدور التصرف في مرض الموت في القانون الجزائري

سننتقل في هذا الفرع إلى كيفية إثبات مرض الموت وذلك من خلال بيان أدلة إثبات مرض الموت وكذا على من يقع عبء الإثبات وهذا ما سوف نتعرض له من خلال النقاط التالية:

أولاً: أدلة إثبات مرض الموت في القانون الجزائري:

وهو ما سوف نتعرض له من خلال ما جاء به القانون الجزائري وبعض التشريعات المقارنة، فمرض الموت كما عرفناه سابقاً بالشروط المتقدمة الذكر، هو واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات منها البينة (شهادة الشهود)، والقرائن وكذلك بالشهادات الطبية من الأطباء المختصين، تدل على حالة المريض في أواخر أيامه، وعلى الورثة الذين يطعنون في تصرف مورثهم بأنه صدر في مرض الموت عبء إثبات المرض¹.

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

1- عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 321-322.

يعتبر مرض الموت حسب الشروط والضوابط السابقة، واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات القانونية، وأن عبء الإثبات يقع على ورثة الميت وكل ذي مصلحة، وهذا ما سوف نوضحه من خلال الآتي:

أ. **الشهادات الطبية:** حيث تعتبر دليلاً قوياً لاسيما تلك الموقعة لدى مصالح الطب الشرعي المؤهلة، وذلك على أساس أن الطبيب المختص هو الشخص المؤهل قانوناً للقول في مثل حالات المرض هذه، وغالباً ما يركن قضاة الموضوع لهذه الوسيلة ويعتبرونها دليلاً حاسماً في الدعوى وتدعم في مثل هذه الحالات إذا ما التمس المدعي إجراء تحقيق، وغالباً ما يتم هذا بشهادة الشهود، وهم الأشخاص الذين عايشوا المتوفى في آخر أيامه، وتعتبر الشهادات الطبية هي الدليل الأكثر حجية لإثبات مثل هذه الحالات المرضية¹. وجاء في التشريعات المقارنة، أن الخبرة الطبية هي عبارة عن إجراء يقصد به الحصول على المعلومات الفنية والعلمية، التي قد تعرض على القاضي، ولا يستطيع العلم بها². وقد أجاز المشرع العراقي للقاضي أن يستعين برأي الخبير إذا تطلب موضوع الدعوى ذلك³، والخبير الذي يثبت واقعة مرض الموت هو الطبيب المختص المحلف، وفي هذا الشأن قد قضت محكمة تمييز العراق، بأن الخبراء المختصين، قد بينوا في تقريرهم بأنه يمكن أن يعيش المريض المصاب بارتفاع ضغط الدم مع وجود الجلطة الدماغية لسنوات طويلة، كما يمكن أن يموت من جرائها خلال مدة قصيرة، وبناء على ذلك لا يعد المريض مصاباً بمرض الموت⁴.

1- محمود عبد العزيز، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، الجزائر، د س ن، ص 61

2- المادة 132-133 من قانون الإثبات العراقي النافذ، رقم: 107 لسنة 1979.

3- حبيب إدريس عيسى ومن معه، إثبات تصرفات المريض مرض الموت - دراسة مقارنة-، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، مجلة الرافدين للحقوق، مج 16، ع 59، سنة 2018، ص 283.

4- محكمة التمييز العراقية قرار رقم 389/م - 82/4، قرار صادر بتاريخ: 1982/07/07 .

ب. قرائن أخرى تثبت صدور التصرف في مرض الموت:

ومن القرائن على صدور التصرف في مرض الموت نذكر أهمها¹:

- تنازل المريض عن كل ما يملك وقت اشتداد المرض عليه هو أكبر مظهر من مظاهر مرض الموت وأمارته.
- ومن القرائن القوية على صدور العقد في مرض الموت أن يكون قد تم تحريره قبل وفاة المورث بأيام قليلة إلا إذا وجدت دلائل تثبت أن هذا المورث مات فجأة، أو بسبب آخر. وقضت محكمة النقض المصرية، بأنه من القرائن التي يعتمد عليها أن العقد حرر في مرض الموت، تسجيل هذا العقد بتسجيل تاريخ قبل الوفاة بمدة قليلة ثم إعادة تسجيله تسجيلًا تامًا بعد ذلك ببضعة أيام، لأن تكرير التسجيل بهذه الكيفية يدل على أن العقد سجل بتسجيل تاريخ عقب صدوره مباشرة، ثم سجل بعد ذلك تسجيلًا تامًا، خصوصًا إذا أضيف إلى ذلك أن العقد المذكور به وجود ساقية في الأطيان المبيعة، مع أن هذه الساقية لم توجد فيها إلا في تاريخ قريب من يوم تسجيل التاريخ².
- وقد قضت محكمة تمييز العراق: (أنه إذا كان الشخص مصابًا بمرض الموت منذ مدة طويلة، واقترب ذلك قبل وفاته بارتفاع ضغط الدم والإصابة بالغيبوبة لفترات متقطعة وكانت المدة بين التصرف والوفاة، قصيرة تقل عن شهرين، فإنه يكون مصابًا بمرض الموت)³.
- كذلك قرب تاريخ البيع من تاريخ الوفاة لا يثبت أن البائع كان مريضًا وقت البيع، إذ يجب على الطاعن في هذه الحالة أن يثبت بجميع طرق الإثبات أن البيع قد تم في مرض الموت.

1- نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت- الوصية، البيع، الهبة، الوقف، الكفالة، الإبراء، الإقرار، الخلع الطلاق-، دار الهدى لطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص 17-19.

2- محكمة النقض المصرية، مجموعة أحكام محكمة النقض، صادرة بتاريخ: 1973/12/20، ص 1382.

3- محكمة التمييز العراقي، قرار رقم: 235 موسوعة أولى /81، والصادر بتاريخ: 1982/12/18.

- من القرائن التي يعتمد عليها القاضي، كون العقد حرر في مرض الموت وتم تسجيل تاريخه قبل الوفاة بمدة قليلة، ثم إعادة تسجيله تسجيلًا تامًا بعد ذلك ببضعة أيام لأن تكرير التسجيل بهذه الكيفية يدل على أن العقد سجل تاريخه عقب صدوره مباشرة ثم سجل بعد ذلك تسجيلًا تامًا.

ومن الحيثيات التي جاء بها قرار مجلس البلديّة النص التالي: "...وحيث أن مرض الموت واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة الطرق، وحيث تبين من الملف الطبي أن الواهبة كانت تعاني من داء الكلى، وأن مرضها هذا كان في مرحلتها الأخيرة وأن الواهبة ماتت بعد مرور أقل من عشرة أشهر مما يتعين إبطال الهبة عملاً بالمادة: 204 من قانون الأسرة"¹.

- ومن القرائن الدالة على مرض الموت أيضاً، اجتماع مجموعة من الأمراض في شخص معين، ويؤدي القاضي دوراً أساسياً في استنباط القرائن في الدعاوى المرفوعة أمامه، ولا سيما في الحالات التي يثار فيها الغموض والملابسات للقضايا المتنازع فيها².

ثانياً: عبء إثبات صدور التصرف في مرض الموت:

يقصد بعبء الإثبات: قيام الطرف المكلف بالإثبات، بإثبات الواقعة المتنازع عليها أمام القضاء، وبالوسائل المقررة قانوناً بغية الحصول على الحماية القانونية التي تضمن له المحافظة على حقه، ولتحديد الطرف الذي يقع عليه عبء الإثبات أهمية كبيرة في القضاء على وجه الخصوص فغالبا ما تتوقف نتيجة الدعوى عليه³.

وقد نص القانون المدني الجزائري في المادة: 776 في الفقرة الثانية: "وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً". ومنه يقع عبء إثبات مرض الموت على من يدعي وجوده فالورثة الذين يزعمون بأن مورثهم تصرف

1- قرار مجلس قضاء البلديّة، الغرفة المدنية، قرار رقم: 99/1100 والصادر بتاريخ: 2000/04/01.

2- حبيب إدريس عيسى ومن معه، إثبات تصرفات المريض مرض الموت - دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 288.

3- حبيب إدريس المزوري، تصرفات المريض مرض الموت - دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 89.

في أعيانه، وهو مريض مرض الموت عليهم إثبات ذلك، ولما كان من المستقر عليه قانونا أن الوارث خلف عام لمورثه، فإنه يتقيد في إثبات التصرف المطعون فيه بما تم بين مورثه والمتصرف إليه، فإذا كان التصرف مكتوبا وجب أن يثبت مزاعمه بالكتابة غير أن إثبات الواقعة المادية لمرض الموت فقط دون تاريخ التصرف قرر لمصلحة الوارث الذي يستعمل كافة أدلة الإثبات وله أن يثبتها بشهادة الشهود¹.

وقد جاء في الفقرة الثالثة من المادة السالفة الذكر أنه "إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه".

وعليه فإن عبء إثبات أن التصرف الصادر من المورث في مرض الموت قد قصد به التبرع إذ لا يقع على الورثة كما يقع العبء عليهم في إثبات أن التصرف صدر في مرض الموت وإنما يقع هنا على من صدر له التصرف ذلك أنه متى أثبت الورثة أن التصرف قد صدر في مرض الموت، فقد أقام القانون قرينة قانونية على أن هذا التصرف إنما قصد به التبرع فالإنسان لا يتصرف في مرض موته عادة إلا على سبيل التبرع ويندر أن يكون في تصرفه والموت ماثل بين عينيه قد قصد المعاوضة على أن هذه القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس، فيجوز لمن صدر له التصرف أن يدحضها بأن يثبت أنه دفع عوضا للمورث².

كما قضت المحكمة العليا بقولها: (إذا كان الثابت أن الطاعنين لم يستطيعوا إثبات أن البائع لم يكن يملك تمييزه، ولا صحة إدراكه وقت تصرفه وأن المرض الأخير لم يكن مرضا

1- محمودي عبد العزيز، المرجع السابق، ص40.

2- خالد سماحي، النظرية العامة لعقود التبرعات -دراسة مقارنة-، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 1013/2012، ص91.

من شأنه أن يفقد التصرف مراقبة أمواله، وقد وفقوا فيما قضوا به في النزاع المطروح أمامهم، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن المؤسس على مخالفة أحكام هذا المبدأ¹.

- وفي التشريعات المقارنة نجد:

أن القانون المصري قد نص في مادته: 916 بقولها: (كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت، ويكون مقصودا به التبرع، يعتبر مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف، وعلى الورثة من تصرف، أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم هذا وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق).

وبالتالي يفهم من هذا النص أن المشرع المصري قد ألقى عبء إثبات صدور التصرف في مرض الموت على عاتق الورثة بصفتهم مدعين².

وقد نصت المادة: 07 من قانون الإثبات العراقي على أن: (البينة على من ادعى واليمين على من أنكر)³.

ونجد أيضا القانون المدني الأردني، حيث نص في المادة: 1128 بأنه: (...وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا بجميع الطرق أن التصرف قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت، ولا يحتج على الورثة بسند التصرف، إلا إذا كان ثابت التاريخ ثبوتا رسميا)⁴.

ومن خلال هذه المادة نجد أن المشرع الأردني قد قصد من ذلك حماية حقوق الدائنين أو الورثة أو من له مصلحة في ذلك من التصرفات الضارة بحقهم، من مثل الموصي لهم

1- م ع ج، غ أ ش، رقم الملف: 111721، الصادر بتاريخ: 1994/12/14.

2- حبيب إدريس عيسى ومن معه، إثبات تصرفات المريض مرض الموت، مرجع سابق، ص 290 - 291.

3- المادة 07 من قانون الإثبات العراقي النافذ، رقم: 107، لسنة 1979.

4- المادة 1128 من القانون المدني الأردني رقم: 43 لسنة 1976.

بحصة شائعة أو بحق محدد في التركة، وبذلك فإنه نص على أن التصرف في مرض الموت، يعد قرينة على أنه صدر على سبيل التبرع¹.

وقد نصت المادة الثانية من قانون البيانات الفلسطيني، والتي تقضي بأن عبء الإثبات على المدعي، حيث نصت بأنه: (على الدائن إثبات الالتزام، وعلى المدين إثبات التخلص منه)².

الفرع الثاني: إثبات مرض الموت في الشريعة الإسلامية

اعتمد فقهاء الشريعة الإسلامية على غرار المشرع الجزائري وباقي التشريعات المقارنة، على أدلة الإثبات لمعرفة الحالة التي عليها المريض، وهل أن هذا التصرف صادر من مريض مرض موت أو صحيح ومن أهم الوسائل التي اعتمدها فقهاء الشريعة شهادة الشهود (البينة)، والقرائن الدالة على صحة التصرف من عدمه، والخبرة الطبية والتي تعتبر من أهم هذه الوسائل للكشف عن حالة المريض هذا من جهة ومن جهة أخرى سوف نتطرق إلى معرفة موقف الشارع الحكيم من الأشخاص الذين يقع عليهم عبء الإثبات سواء كانوا ورثة المريض أو الدائنين له أو من لهم مصلحة، وهذا من خلال النقاط التالية:

أولاً: أدلة إثبات مرض الموت في الشريعة الإسلامية:

تظهر أهمية إثبات مرض الموت من خلال حماية دائني وورثة المريض مرض الموت وفي حماية حق الموصى له وإثبات مرض الموت من أكثر الموضوعات الفقهية تطبيقاً وأكثرها حيوية ولذلك سوف نبين إثبات مرض الموت في الشريعة الإسلامية وعلى ماذا اعتمدوا لإثبات هذا المرض، من خلال الآتي:

1- الخبرة الطبية: اعتمد فقهاء الشريعة على الخبرة الطبية للطبيب الذي سوف يأخذ برأيه

واختلفوا فيها وكذلك نبين اختلافهم في الطبيب بحد ذاته وتكون أقوال الفقهاء كالآتي:

1- مفلح عودة القضاة، البيانات في المواد المدنية والتجارية - دراسة مقارنة-، ط1، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع عمان، الأردن، 1990، ص 196.

2- المادة 02 من قانون البيانات الفلسطيني في المواد المدنية والتجارية، رقم: 04، لسنة 2001.

- يرى الفقه الحنفي: أنه يجب أن يكون الطبيب مسلماً غير فاسق، وعادلاً¹.
 - ويرى الفقه الإمامي: إلى أنه يجب أن يكون الطبيب مختصاً، سواء أكان صبياً أم فاسقاً أم غير مسلم بشرط عدم التهمة في الدين²، وأضاف فقهاء المذهب الإمامي بأن يكون الطبيب مختصاً³.
 - ويرى جمهور الفقهاء: بأنه ما أشكل أمره من الأمراض يرجع فيه إلى قول أهل المعرفة، وهم الأطباء، لأنهم أهل الخبرة بذلك والتجربة والمعرفة، ولا يقبل إلا قول طبيبين مسلمين ثقتين بالغين، لأن ذلك يتعلق بحق الوارث وأهل العطايا، فلم يقبل فيه إلا ذلك، وقياس لقول الخرقى: أنه يقبل قول الطبيب العدل إذا لم يقدر على طبيبين⁴.
- "ويستدل مما تقدم، أن الفقهاء قد اختلفوا في أمور ثلاثة فيما يجب توافره في الطبيب ويمكن تمكن توضيح هذه الأمور من خلال الفقرات الآتية⁵:
- أ- شرط الذكورة⁶:

- فقد اشترط فقهاء الحنفية والإمامية المذكورة آنفاً بأن يكون الطبيب من الذكور، فلا يثبت عندهم طبيعة المرض بقول النسوة.
- اشترط الفقه الشافعي في الأصل لمعرفة طبيعة المرض بأن يكون الطبيب من الذكور واستثناء منه لا يقبل إلا قول النسوة، إذا كان المرض مما يختص به النساء لا غير وللتوفيق بين الرأيين، يمكن القول أن الأصل هو الأخذ بقول الطبيب المختص، سواء

1 - كمال الدين بن الهمام، فتح القدير، ج2، مطبعة الأميرية بولاق، القاهرة، مصر، 1315 هـ، ص272.

2- المصدر نفسه، الصفحة نفسها.

3- محمد حسين باقر الحنفي، جواهر الكلام في شرائع الأعلام، ج5، ط6، مطبعة سهر اشرام، قم، إيران، 1392 هـ ص110.

4- نخبة من العلماء، الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، ج37 ط1، دار الصفوة، الكويت، 1418هـ/1997م، ص5-6.

5- المصدر نفسه، الصفحة نفسها.

6- حبيب إدريس عيسى المزوري، تصرفات المريض مرض الموت دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص80-81.

كان من الذكور أم من الإناث لقوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: 282].

أما ما يتعلق بالأمراض الخاصة بالنساء والتي لا يطلع عليها الرجال غالباً، ففي هذه الحالة يترك الأمر للطبيبات الماهرات، حفاظاً على كرامتهن ما لم تقتضي الضرورة غير ذلك.

ب- صفات الطبيب:

"إن فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة السابق بالذکر يشترطون أن يكون الطبيب مسلماً مختصاً، عدلاً، بينما أجاز الفقه الإمامي بأن يكون الطبيب غير مسلم بشرط مراعاة مبادئ الشريعة الإسلامية إذا كان المريض مسلماً، والرأي الراجح من وجهة نظرنا هو أن يكون الطبيب مختصاً وذا خبرة، سواء كان مسلماً أم غير مسلم بشرط مراعاة مبادئ الشريعة الإسلامية¹.

ج- عدد الأطباء:

وقد اشترط فيها الفقه الشافعي والحنبلي ما يلي: "بأن يكون عدد الأطباء اثنين والصحيح أن يكون عددهم وتراً، لكي يستطيع الطبيب المحايد أن ينظم إلى أحد الطرفين في حالة اختلافهما بشأن المرض، وعندئذ يكون الترجيح الحل السليم لحسم مسألة الاختلاف في الآراء"².

ويرى جمهور الفقهاء، أنه ما أشكل أمره من الأمراض، يرجع فيه إلى أقوال أهل المعرفة وهم الأطباء، لأنهم أهل الخبرة بذلك والتجربة والمعرفة، ولا يقبل إلا قول طبيبين مسلمين تقيين، بالغين، لأن ذلك يتعلق بحق الوارث وأهل العطايا، فلم يقبل فيه إلا ذلك وقياساً لقول

1 - حبيب إدريس عيسى المزوري، تصرفات المريض مرض الموت دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 81.

2- المصدر نفسه، ص 81، 82.

الخرقي (وهو: عمر بن الحسين خرقي من فقهاء الحنابلة له كتاب مشهور يسمى مختصر الخرقي) أنه يقبل قول الطبيب العدل، إذ الم يقدر على طبيبين¹.

2-القرائن: المقصود 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 العملية².

ثانيا: عبئ إثبات تصرفات مريض مرض الموت في الشريعة الإسلامية

بما أن الوارث أو الدائن هو الذي يتضرر غالبا من تصرفات المريض مرض الموت لذلك فإن المكلف بإثبات المرض هو الوارث أو صاحب المصلحة الذي يدعي حصول التصرف في مرض الموت ويطلب عدم نفاذه في حقه، وسوف نبين ذلك من خلال الحالات الثلاثة التالية وفق ما جاء به الفقه الإسلامي.

أ- إذا خلت دعوى كل منهما عن دليل الإثبات:

قالت الحنفية والحنابلة: القول قول المدعي صدورها في المرض؛ لأن حال المرض أقرب من حال الصحة فما لم يتيقن 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 مدعي الصحة استحلاف مدعي المرض كان له ذلك³.

وقيل بأنه: "وإذا مات الرجل فقالت امرأته: قد كان طلقني ثلاثا في مرض موته ومات وأنا في العدة، ولي ميراث، وقال الورثة طلقك في صحته ولا ميراث لكي فالقول لها..."⁴.

1- نخبة من العلماء، الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، ج37، المرجع السابق، ص5-6.

2- محمد يحيى مطر، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1987، ص167.

3- حبيب إدريس عيسى المزوري، تصرفات المريض مرض الموت دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 96.

4- الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج4، ص464.

وجاء في قول ثاني لأحد فقهاء الحنفية، أنه لو أقر شخص لوارثه بشيء ثم مات، فقال المقر له: اقر في صحته، وقال بقية الورثة لا بل أقر في مرضه، فالقول للورثة والبينة للمقر له، ولولا بيينة له فله تحليف الورثة¹.

وذهب الشافعية والزيدية وجمع من الإمامية²: "القول قول مدعي صدورها في الصحة لأن الأصل في التصرف السابق من المتوفى أن يعد صادرا في حال صحته وعلى من يتمسك بصدوره في مرض الموت يقع عبء الإثبات"³.

ب- إذا اقترنت دعوى كل منهما بدليل الإثبات:

وقد اختلف الفقهاء في هذه الحالة إلى قولين:

الأول للحنفية: وهو أنه ترجح بيينة وقوعها في حال الصحة على بيينة وقوعها في المرض لأن الأصل اعتبار حالة المرض لأنه حادث والأصل إضافة الحادث إلى أقرب وقت من الحكم الذي يترتب عليه، والأقرب هو المرض المتأخر زمانه عن الصحة فلهذا كانت البيينة الراجحة بيينة من يدعي حدوثا في زمن الصحة إذ البيئات شرعت لإثبات خلاف الأصل⁴.
ومن هنا قالوا إذا "أقر لوارثه ثم مات واختلف المقر له مع الورثة فقال: كان في الصحة وصح، والورثة قالوا: كان في المرض، فالقول للورثة وإن برهننا فبيينة المقر له الأولى وإن لم يكن له بيينة فله أن يحلف الورثة.

1- محمود إسماعيل القاضي سماوة، جامع الفصولين، ج2، ط1، مطبعة الأميرية بولاق، القاهرة، مصر، 1300 هـ ص183.

2- شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج، ج5، المصدر السابق، ص 96.

3- حبيب إدريس عيسى المزوري، تصرفات المريض مرض الموت دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 96 - 97.

4- حافظ الدين محمد بن محمد بن شهاب المعروف بابن البزاز الكردي، الفتاوى البزازية المسماة بالجامع الوجيز مطبوع بهامش الفتاوى الهندية، م 5، ج5، ط3، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1400هـ/1980م، ص453.

وقد بين بعض الفقهاء بالقول: "ادعت امرأة أن زوجها طلقها في مرض موته ومات وهي في العدة ولها الميراث، وادعى الورثة أن الطلاق كان في الصحة، فالقول لها، وإن برهنا ووقتا وقتا واحدا فبينة الورثة على طلاقها في الصحة أولى"¹.

الثاني للشافعية: "ترجح بينة من يقول بصدور التصرف في حال المرض على بينة من يقول بصدوره في حالة صحته"².

ج- إذا اقترنت دعوى أحدهما بالدليل دون الآخر:

في هذه الحالة لا خلاف بين الفقهاء في تقديم قول المدعي صاحب البينة على قول الآخر الذي خلت دعواه عن البينة، سواء أقام صاحب البينة بينته، على صدور التصرف في الصحة أو في المرض، وبالتالي إن استطاع الورثة أن يثبتوا أن تصرف مورثهم قد صدر في مرض الموت، وعجز الطرف المقابل لهم عن إثبات عكس ما ادعاه الورثة فإن القاضي يأخذ بقول الورثة لا محال³.

المطلب الثاني: التكيف القانوني والشرعي لمرض الموت

يقصد بالتكيف: إعطاء الوصف القانوني والشرعي الصحيح للشيء، لمعرفة طبيعته القانونية والشرعية، وتصنيفه مع أمثاله، لبيان الآثار التي تترتب عليه من الناحيتين: القانونية والشرعية وهذا ما سوف نعرفه من خلال دراسة أهلية المريض مرض الموت ومدى صحة أفعاله وتصرفاته، وهل أن المريض مؤهل قانونا وشرعا لمباشرة هذه التصرفات، وهذا ما سوف نعرفه من خلال النقاط التالية:

1- حافظ الدين محمد بن محمد، المرجع السابق، ص .

2- شمس الدين محمد بن أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي الشافعي الصغير، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ج6، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، مصر، 1357هـ-1938م، ص 55 - 56 .

3- حبيب إدريس عيسى المزوري، تصرفات المريض مرض الموت دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 99-101.

الفرع الأول: تكيف مرض الموت في التشريع الجزائري

وهذا ما سوف نعرفه من خلال أهلية المريض مرض الموت عندما يبرم التصرفات القانونية سواء في المادة الشخصية، أو في عقود التبرع، وهل أن هذه التصرفات تعتبر نافذة ولو شابه عارض من عوارض الأهلية؟

فالأهلية هي صلاحية الشخص سواء كان مريضا أو صحيحا لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات، وهذا ما أكدت عليه المادة: 40 من (ق، م، ج) بقولها: (كل شخص بلغ سن الرشد، متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية، لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد تسعة عشر - 19 - كاملة)¹.

وجاء المشرع الجزائري بأحكام قانونية خاصة بتصرفات المريض مرض الموت والتي كان أن أغلبها مستتبطة من مبادئ الشريعة الإسلامية، غير أنه ترك غموضاً في ما يخص أهلية المريض بالمرض المخوف، وهل هذا المرض يؤثر فيها بانعدامها أو بنقصانها، وبالتالي يصبح المريض مرض الموت غير مؤهل لمباشرة التصرفات التي يبرمها في فترة لمرض الذي يفضي إلى الموت.

حيث أكدت المادة: 408 من القانون المدني الجزائري بأن مرض الموت هو عيب من عيوب الرضا ويعتبر التصرف بالبيع في حالة مرض الموت قابلة للإبطال، وهذا بقولها: «إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزاً إلا إذا أقره باقي الورثة أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه، ومن أجل ذلك يكون قابل للإبطال»².

وفي نفس السياق جاء في قرار للمحكمة العليا والذي يؤكد بأن تصرفات المريض تفقد المريض أهليته وتمييزه وبالتالي تعتبر أفعاله وتصرفاته باطلة والآتي قولها: «من المقرر فقها وقضاء أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيراً، ويجر إلى

1- المادة 40 من ق م ج، رقم 05-07 المؤرخ في: 2007/05/13، المعدل والمتمم.

2- المادة 408 من ق م ج، رقم 05-07 المؤرخ في: 2007/05/13، المعدل والمتمم.

الموت وبه يفقد المريض وعيه وتمييزه، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقواعد الفقهية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي السائد»¹.

إن القانون المدني الجزائري جاء مسائراً للفقهاء الشرعيين في تكييفه القانوني لمرض الموت، وذلك بأن جعل تبرعات المريض مرض الموت تسري عليه أحكام الوصية.

وقد أكد القانون المدني الجزائري على غرار قانون الأسرة هذا الوصف لجميع تصرفات المريض مرض الموت وفقاً للمادة: 776 والأتي نصها: (كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت، بقصد التبرع، يعتبر تبرعاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية، أي كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف).

وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً.

إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادر على سبيل التبرع، ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه)².

وفي نفس السياق جاءت المادة: 204 من قانون الأسرة بقولها: «الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية»³.

وخالف الفقهاء الإسلامي في أنه لم يجعل مرض الموت من عوارض الأهلية، وذلك حسب المادة: 42 من القانون المدني الجزائري بقولها: «لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من

1- م ع ج، غ أ ش، قرار مؤرخ في 1984/07/09، تحت رقم 33719، م ق، ع 3، سنة 1989.

2- المادة 776 من م ق ج، رقم 05/07 المؤرخ في: 2007/05/13، المعدل والمتمم.

3- المادة 204 من م ق أ ج، الصادر بالأمر 02/05، المؤرخ في: 2005/02/26.

كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون، يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشرة سنة»¹.

وكذا المادة: 43 من ذات القانون بقولها: «كل من بلغ سن التمييز، ولم يبلغ سن الرشد، كل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون»².

وهذا ما أكدته المادة: 81 وما يليها من قانون الأسرة الجزائري حسب النصوص التالية: المادة: 81 من قانون الأسرة: «من كان فاقد الأهلية أو ناقصها، لصغر سن أو جنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون»³.

المادة: 82 من قانون الأسرة: «من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه، طبقا للمادة: 42 من القانون المدني، تعتبر جميع تصرفاته باطلة»⁴.

المادة: 83 من قانون الأسرة: «من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، طبقا للمادة: 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة له وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء»⁵.

فعوارض الأهلية محصورة حسب القانون المدني وقانون الأسرة الجزائري في أربعة عوارض، وهي الجنون والعتة والسفه والغفلة، وليس من بين هذه العوارض المرض المخوف، حسب كل هذه النصوص القانونية.

1- المادة 42 من ق م ج، رقم 05/07 المؤرخ في: 2007/05/13، المعدل والمتمم.

2- المادة 43 من ق م ج، رقم 05/07 المؤرخ في: 2007/05/13، المعدل والمتمم.

3- المادة 81 من ق أ ج، الصادر بالأمر 02/05، المؤرخ في: 2005/02/26.

4- المادة 82 من ق أ ج، الصادر بالأمر 02/05، المؤرخ في: 2005/02/26.

5- المادة 83 من ق أ ج، الصادر بالأمر 02/05، المؤرخ في: 2005/02/26.

فإن اعتبرنا التصرفات الصادرة من المريض مرض الموت في حكم ناقص الأهلية لكان تصرفه تبرعا، وبالنتيجة يعتبر باطلا بطلانا مطلقا إذا لم يكن له وراث، وهناك إجماع على أن تصرف المريض مرض الموت في كل ماله صحيح إذا لم يكن له وارث¹. والملاحظ من خلال ما تقدم أن المشرع الجزائري من خلال القانون المدني وقانون الأسرة في التكييف القانوني لمرض الموت قد أخذ بالرأي الفقهي الشرعي السائد إلا أن القانون وافق الشريعة من ناحية وخالفها من ناحية أخرى، فوافق في أنه جعل تبرعات المريض مرض الموت تسري عليها أحكام الوصية.

وقد أكد القانون المدني وقانون الأسرة الجزائري هذا الوصف، لجميع تصرفات المريض مرض الموت في المادة: 776 من القانون المدني والمادة: 204 من قانون الأسرة، وخالف المشرع الجزائري مذهب الجمهور، وبالتالي يكون قد وافق مذهب المالكية وهو المعمول به في البلاد المغاربية عموما وفي الجزائر خصوصا، في أنه لم يجعل مرض الموت عارضا من عوارض الأهلية، وإنما جعل المرض مؤثرا في التصرفات حماية لحقوق الورثة والغير².
- وأما في التشريعات المقارنة نجد:

أن القانون المدني المصري جاء مسائرا للفقهاء الحنفي والحنبلي في تكييفه القانوني لمرض الموت، وذلك بأن جعل تبرعات المريض مرض الموت تسري عليه أحكام الوصية³. وقد أكد القانون المدني المصري هذا الوصف لجميع تصرفات المريض مرض الموت وفقا للمادة: 916 ف1 والأتي نصها: (كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت، ويكون مقصودا به التبرع، يعتبر مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية، أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف⁴).

1- محمودي عبد العزيز، مرجع سابق، ص 43.

2- حسني محمود عبد الدايم، مرض الموت وأثره على عقد البيع، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007م، ص 172، 173.

3- حسني عبد الدايم، المرجع السابق، ص 172.

4- المادة 916 ف 1 من القانون المدني المصري رقم: 131 لسنة 1948، بتاريخ: 1948/07/29.

وخالف الفقه الإسلامي في أنه لم يجعل مرض الموت من عوارض الأهلية، وذلك حسب المادة: 113 من القانون المدني، في عوارض الأهلية فذكرت أن: (المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليه المحكمة، وترفع الحجر عنهم وفقا للقواعد والإجراءات المقررة في القانون)¹.

فعوارض الأهلية محصورة حسب القانون المدني المصري في أربعة عوارض، وهي الجنون والعتة والسفه والغفلة، وهو نفس الأمر بالنسبة لما جاء به التشريع الجزائري وليس من بين هذه العوارض المرض².

أما القانون الفرنسي، فنجد أنه قد خالف القانون المصري في مسألة التكييف القانوني لمرض الموت، فقد افترض المشرع الفرنسي، أن العلة في مرض الموت تكمن في ضعف القوى العقلية للمريض التي تؤدي إلى نقص أهليته، وأن عدم الأهلية الواردة بالمادة: 909 من القانون المدني الفرنسي، أساسه حماية المرضى أنفسهم من استغلال من يقومون بعلاجهم طبيا وروحيا، ومنح العطايا لهم، وهم على هذه الحالة.

ويتضح من ذلك أن المشرع الفرنسي قد جعل مرض الموت عارضا من عوارض الأهلية، وليس مؤثرا في التصرفات، حماية لحقوق الورثة والغير³.

الفرع الثاني: تكييف مرض الموت في الشريعة الإسلامية

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول التكييف الشرعي لمرض الموت، وهل يعتبر عارضا من عوارض الأهلية التي يتمتع بها الإنسان البالغ العاقل الصحيح؟ أو أنه لا يعتبر عارضا من عوارض الأهلية؟

وهنا نجد فقهاء الشريعة قد انقسموا إلى فريقين:

1- المادة 113 من القانون المدني المصري رقم: 131 لسنة 1948، بتاريخ: 1948/07/29.

2- حسني عبد الدايم، المرجع السابق، ص 174.

3- عبد الحكيم فودة، مرجع سابق، ص 50.

الفريق الأول: وهو ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة وهو رأي للمالكية عند التهمة، بأن قالوا: أن مرض الموت يعتبر عارضا من عوارض الأهلية، وأنه ينقص من أهلية الأداء لضعف ذمة المريض مرض الموت، وتعلق حق الغرماء بأمواله، وقرب انتقال ملكيته إلى الورثة وبذلك تحد تصرفاته، ويصبح كالمحجور عليه، واستدلوا على قولهم بالأدلة التالية:

1- ما رواه الدار قطني عن رسول الله ﷺ أنه قال: " لا وصية لوارث ولا إقرار بالدين"¹.

2- ما روي عن عمر بن الخطاب وابنه عبد الله رضي الله عنهما -أنهما قالوا: "إذا أقر المريض لوارثه لم يجز، وإذا أقر لأجنبي جاز"².

وهذا ما لا يدرك بالاجتهاد والعقل، فيثبت له حكم مرفوع، وإن لم يثبت فهو قول صحابي، وهو يقدم على القياس، ولم يعلم له مخالفا من الصحابة، وأن المريض مرض الموت أشرف على الهلاك، لذلك يتعلق حق الورثة بالتركة ابتداء من مرض الموت، وبعد الموت تصبح التركة حقا خالصا لجميع الورثة كل بحسب نصيبه في التركة، فلا يصح تفضيل أحد الورثة بالإقرار له، أو التبرع المنجز في المرض لما فيه من التهمة الكبيرة بالتفضيل والإيثار، وأن الوصية لا تصح لوارث، فيقاس عليها الإقرار وسائر التبرعات بجامع الحد من التصرف في ماله، وإثار بعض الورثة على البعض الآخر³.

الفريق الثاني: ذهب المالكية والشافعية وقول عند الحنابلة والظاهرية⁴، إلى أن مرض الموت لا يعتبر عارضا من عوارض الأهلية، وأن تصرفات المريض بشكل عام صحيحة ونافذة لازمة، لأن المرض لا يؤثر في أهلية المريض، ولا تضعف ذمته، وقد استدلوا على قولهم: أنه يجب عدم التفرقة بين المريض والصحيح، لأن مرض الموت كبقية الأمراض الأخرى

1- أخرجه ابن ماجة في سننه، كتاب الدراية في تخريج أحاديث الهداية، لأبو الفضل حجر العسقلاني، ج2، حديث رقم:

846، تح عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة، بيروت، د ت ن، ص 906.

2- أخرجه أحمد، كتاب التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، لوهبة الزحيلي، ج3، ط2، الحديث رقم: 12253 دار الفكر المعاصر، دمشق، سوريا، 1418هـ، ص 167.

3- حسني عبد الدايم، مرجع سابق، ص 169، 170.

4- ابن قدامة، ج3، المصدر السابق، ص 50 .

التي تؤثر على الأهلية والتصرفات الصادرة من المريض، ونجد أن علماء المالكية استثنوا بعض الحالات التي توافرت فيها التهمة في المريض كالإقرار للصديق الملائم والإقرار لوارث¹.

مما سبق نصل إلى نتيجة مفادها أن المريض بالمرض المخوف هو فرد عاقل كامل في رشده، تتوفر فيه الأهلية بنوعيتها: من أهلية الوجوب والأداء، ولذلك فهو أهل للقيام بجميع التصرفات القانونية والشرعية، ولذلك فإن القانون الجزائري والشريعة الإسلامية لم يحدا من العقود المبرمة من قبل المريض مرض الموت وكذا تصرفاته لانعدام أهليته أو نقصها، وإنما للحفاظ على حق الوارث والدائنين ولكل من له مصلحة، ليتمكن الدائنون من استقاء ديونهم، ولكي لا يتمكن هو من تضييع حق الورثة في تركته سيرا ورغبة دافعة لإثارة بعض الورثة، مخالفاً بذلك أحكام الإرث، أو اندفاع وراء محبة أو شهوة بإعطاء من لا يستحق أكثر من ما له هو بحكم الوصية، أو تدفعه مغاضبة بعض الورثة بمحاولة حرمانه من ميراثه بعد موته².

1- حسني عبد الدايم، مرجع سابق، ص 172.

2- محمد أبو زهرة، أحكام التركات والموارث، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، د.ت، ص 371، 372.

خلاصة الفصل التمهيدي

لم يقدّم المشرع الجزائري بتعريف مرض الموت وتبيان ماهيته، حيث اكتفى بإيراد أحكام التصرفات الصادرة خلاله في كل من القانون المدني وقانون الأسرة، وبالرجوع لنص المادة الأولى من القانون المدني نجد أن الشريعة الإسلامية هي المرجع الثاني بعد التشريع في ما لا يوجد فيه نص، ونفس الشيء أكدت عليه المادة: 222 من قانون الأسرة الجزائري.

ومن هنا يمكن تعريف مرض الموت فقها (الشريعة الإسلامية) وقضاء، مع التذكير ببعض التعريفات في القوانين المقارنة.

ونكون أمام حالة مرض الموت إذا تحققت فيه شروطه المتفق عليها في الشريعة والقانون.

وهذا المرض له عدة صور وهي إجمالاً تكون محققة في حالة الموت الحقيقي الطبيعي، أو تتحقق مع الموت الحكمي.

ويثبت هذا المرض وينتج آثاره باعتباره واقعة مادية، بجميع طرق الإثبات، ويقع عبء الإثبات على الدائنين ومن لهم مصلحة، من تصرفات هذا الأخير.

وأما التكييف القانوني والشرعي لهذا المرض الذي يفضي إلى الموت فقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول التكييف الشرعي لمرض الموت، فمنهم من اعتبروه عارضا من عوارض الأهلية ومنهم من يرى خلاف ذلك.

الباب الأول

تصرفات مريض مرض الموت في مسائل

الأحوال الشخصية (الزواج - الطلاق)

الفصل الأول

تصرفات المريض مرض الموت في عقد

الزواج

الفصل الأول: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الزواج

لقد اعتنت كل القوانين الوضعية، بما فيها التشريع الجزائري وكذا الشريعة الإسلامية بأحكام الزواج، عناية فائقة ووضعت له نظاما كاملا محكما، تنشأ فيه الأسرة على وجه يحقق الاستخلاف في الأرض ووسيلة تنظيم الفطرة والغريزة وحفظ نوعه، وذكره بالتوالد والتناسل إلى أن يرث الله لأرض ومن عليها.

لذا جاءت أهمية عقد الزواج لاعتباره من العقود التي ينتج عنها عدة آثار في حياة الإنسان أو بعد موته، حيث يجب على الزوجين بمجرد عقد النكاح الصحيح المحافظة على الحقوق والواجبات بينهما، كما أن العلاقة الزوجية بين الرجل والمرأة قد تنتهي نهاية طبيعة بالطلاق أو وفاة أحد الزوجين إلا أن هناك تصرفات تصدر من المريض مرض الموت أثناء الحياة الزوجية .

وعليه سأعالج من خلال هذا الفصل زواج المريض مرض الموت ومدى صحته وبيان حكمه اثناء هذا المرض، كما أبين أيضا مدى أحقية الزوجين في الميراث بعضهم لبعض وكذا مدى أحقية الزوجة للمهر أو الدين في حالة المرض المخوف وهذا من وجهة نظر التشريع الجزائري وبعض التشريعات المقارنة من جهة، ورأي فقهاء الشريعة في هذا الموضوع من وجهة نظر أخرى، من خلال هذا الفصل سأطرق الى مبحثين:

المبحث الأول الإطار المفاهيمي للزواج.

المبحث الثاني أحكام الزواج في مرض الموت.

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للزواج

لقد عظم الله سبحانه وتعالى من شأن الزواج وجعله من أسمى العقود حيث سمي الزواج في القرآن الكريم بالميثاق الغليظ بين الرجل والمرأة لما له من الأهمية بما كان، كونه يعتبر لبنة لبناء علاقة شرعية ومنتينة تهدف إلى تحقيق الغاية منه بالنسبة للطرفين وتكوين أسرة داخل المجتمع يسودها الاحترام المتبادل وتكوين نشأ صالح يساهم في خدمة المجتمع والمحافظة عليه، ولذلك فقد وضعت الشريعة الإسلامية وكذا التشريعات الوضعية بما فيها قانون الأسرة الجزائري الإطار الصحيح الذي يقوم عليه الزواج.

ولدراسة الإطار المفاهيمي للزواج بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري توجب أن نعرف مفهوم الزواج من الناحية اللغوية، وأيضاً من الناحية الشرعية والقانونية ومدى مشروعيته، ثم علينا أن نعرف أركان الزواج وشروطه من منظور التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية المقارنة، وكذا الشريعة الإسلامية، وعليه سأتناول هذا المبحث في مطلبين.

المطلب الأول: مفهوم الزواج ودليل مشروعيته من الناحية القانونية والشرعية.

المطلب الثاني أركان الزواج وشروطه في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية.

المطلب الأول: مفهوم الزواج ودليل مشروعيته

جاء في الشريعة الإسلامية انه لا يحل استباحة فرج الا بنكاح كما أقرت القوانين الوضعية قيام العلاقة الزوجية الصحيحة بوجود عقد الزواج، ولمعرفة مفهوم الزواج توجب علينا أولاً تعريفه وهو ما اشتمل عليه الفرع الأول، وتبيين مشروعيته في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف الزواج

لوصول إلى التعريف الجامع للزواج، سأقوم من خلال هذا الفرع بتعريف الزواج من الناحية اللغوية، وكذا في الاصطلاح القانوني والشرعي، على النحو التالي:

أولاً: تعريف الزواج لغة

هو اقتران لأحد الشئيين بالآخر وازدواجهما بعد أن كان كل واحد منهما منفردا عن الآخر ومنها أخذ اقتران الرجل بالمرأة بعد أن كانا منفصلين صارا يكونان أسرة واحدة وهو اقتران الذكر بالأنثى¹، لقوله تعالى: ﴿كَذَلِكَ وَزَوَّجْنَاهُمْ بِحُورٍ عِينٍ﴾ [الدخان:54]، أي قرناهم بهن.

وقوله أيضا: ﴿وَإِذَا النُّفُوسُ زُوِّجَتْ﴾ [التكوير:7] أي قرناهم بهن، والزواج مرادف للنكاح، فيقال تناكحت الأشجار إذا تمايلت وأنظمت بعضها إلى بعض، ويعني الوطاء والعقد جميعا، فإذا قال العرب نكح فلانة أو بنت فلان أرادوا تزويجها والعقد عليها، وإذا قالوا: نكح امرأته لم يريدوا إلا المجامعة، لأن بذكر امرأته وزوجته يستغنى عن العقد².

1- محمد بن مكرم بن منظور الإفرقي المصري، مادة زواج، دار صادر، بيروت، لبنان، ج29، ص2.

2- الفيروز آبادي، تحقق: محمد نعيم العرقسوسي، القاموس المحيط، ج1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1426هـ/2005م، ص502.

ثانيا: تعريف عقد الزواج اصطلاحا

بعدها تم تعريف الزواج من الناحية اللغوية لآبد من تعريف عقد الزواج اصطلاحا وذلك من وجهة نظر التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية، وكذا من وجهة نظر الفقه الإسلامي على النحو التالي:

1- تعريف عقد الزواج في التشريع الجزائري وبعض التشريعات المقارنة:

أ. عرف المشرع الجزائري عقد الزواج:

حسب نص المادة 04 من ق أ ج على أن "الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب"¹.

وبلاظ في هذا التعريف القانوني أن المشرع صرح بالطرفين المتعاقدين في عقد الزواج وهما الرجل والمرأة، كما صرح بعنصر الرضا في المادة المعدلة، كما نص على ضرورة احترام الشريعة وذكر الغاية من عقد الزواج وآثاره القانونية².

ب. تعريف الزواج في التشريعات المقارنة:

- عرفت المادة 04 من مدونة الأسرة المغربية الزواج بأنه "الزواج ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام غايته الإحسان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجين طبقا لأحكام هذه المدونة"³.

1- المادة 04 من ق أ ج، القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة المؤرخ في: 09/06/1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27/02/2005.

2- عقد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له (الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27/02/2005)، دار الخلدونية، القبة القديمة، الجزائر، 1428هـ/2007م ص 26.

3- المادة 04، مدونة الأسرة المغربية والصادرة بتاريخ 05/02/2004.

- وعرفت المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية السوري الزواج بأنه "عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا، غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل" ¹.

والملاحظ على هذه التعريفات القانونية أنها تصرح بالأطراف المتعاقدة أي الرجل والمرأة، كما نصت على احترام الشروط الشرعية، وقد ذكرت التشريعات المقارنة الغاية من عقد الزواج ولهذه الأسباب فإن عقد الزواج ذو خطورة وأهمية بالغة رعاها المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة على منهاج الشرع الإسلامي بإحاطة هذا العقد بجملة من القواعد والمبادئ المطروحة التي لا يجوز للطرفين الاتفاق على مخالفتها ².

2-تعريف عقد الزواج في الشريعة الإسلامية:

عرف فقهاء الشريعة الإسلامية الزواج بتعريفات كثيرة ومتقاربة وهي تدور حول نفس المعنى وذلك من حيث أن عقد الزواج يفيد حل استمتاع كل من العاقدین بالآخر وسنورد هذه التعريفات على النحو التالي:

أ- تعريف الزواج عند الحنفية:

عرفه ابن الهمام بأنه "عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصدا" ³، وعرفه ابن عابدين بأنه "عقد يفيد ملك المتعة من امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي" ⁴، أي حل استمتاع الرجل من امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي بالقصد المباشر ⁵.

1- المادة 01، قانون الأحوال الشخصية السوري، والصادر بالمرسوم التشريعي رقم 95 لعام 1953، والمعدل والمتمم بالقانون رقم 34، والصادر بتاريخ 12/31/1975.

2- نسرين شريقي وكمال بوفرورة، قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار بلقيس، الدار البيضاء، الجزائر، 2013م، ص 11-10.

3- ابن همام كمال الدين، م3، مصدر سابق، ص177.

4- ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار على متن تنوير الأبصار، ج3، كتاب النكاح، دار الطباعة، مصر، د ت ن ص 3-4.

5- وهبة الزجيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، ج7، ط2، دار الفكر، سوريا، 1989، ص 29.

ب- تعريف الزواج عند المالكية:

عرفه الدردير بأنه: "عقد لحل تمتع بأنثى غير محرم ومجوسية وأمة كتابية بصيغة"¹.
والمقصود به هنا ارتباط كلام الزوج بكلام ولي الزوجة على وجه يسمى باعتباره عقدا
شرعيا، وقوله: عقد جنس في التعريف يشمل النكاح وغيره من العقود، وقوله لحل تمتع: علة
باعثة على العقد وهو فصل مخرج لكل عقد ليس لذلك، وخرج بقوله: غير محرم ومجوسية
وأمة كتابية، المحرم بالنسب أو الرضاع أو مصاهرة والمجوسيات والإيماء الكتابيات، فلا
يصح العقد على واحدة منهن، وقوله: بصيغة متعلق بعقد وهو من تمام التعريف لأن الصيغ
أحد أركان النكاح².

ج- تعريف الزواج عند الشافعية:

عرفه الرملي بأنه: "النكاح عقد إباحة أو تملك"³.
وعرفه القليوبي بأنه: "عقد يتضمن إباحة الوطاء بلفظ نكاح، أو تزويج فهو ملك انتفاع لا
ملك منفعة"⁴.

1- الدردير، أحمد بن محمد أحمد، أقرب المسالك لمذهب المالك الإمام مالك، باب نذب النكاح، مكتبة أيوب كانو، نيجيريا
1420هـ، ص58.

2- محفوظ بن الصغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل 05-02، دار الوعي روية
الجزائر، 1434هـ، 2013م، ص27.

3- الرملي، ابن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج6، ط13، دار الكتابة العلمية، بيروت، لبنان
1424هـ، ص179.

4- القليوبي، شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة، حاشية القليوبي على منهاج الطالبين، كتاب النكاح، ج3، ط3
مصطفى البابلي الحلبي وأولاده، د ب ن، 1956م، ص165.

د- تعريف الزواج عند الحنابلة:

عرفه ابن قدامة بأنه: "عقد التزويج، فعند إطلاق لفظه ينصرف إليه ما لم يصرفه عنه دليل"¹.

ومن التعاريف المعاصر لهذا العقد، نجد تعريف لأبو زهرة، بأنه: عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما، ويحدد ما لكيهما من حقوق وما عليه من واجبات².
وقد عرفه مصطفى شلبي بأنه: "عقد وضعه الشارع ليفيد بطريق الأصالة اختصاص الرجل بالتمتع بامرأة لم يمنع مانع شرعي من العقد عليها، وحل استمتاع المرأة به"³.
وما نخلص من هذه التعريفات، أن الزواج هو امتلاك المتعة ومن أهدافه التناسل والتكاثر وحفظ النوع الإنساني، وأن يجد كل من العاقدين في صاحبه الأُنس الروحي الذي يؤلف الله تعالى به بينهما⁴.

الفرع الثاني: دليل مشروعية الزواج (النكاح)

الزواج مشروع بالكتاب والسنة والإجماع وهذا ما هو معمول به في كل الدول العربية والإسلامية، وذلك عن طريق سن قوانين تبيح النكاح وتحرم السفاح.

1- من الكتاب:

قوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾ [النساء:3]، وقوله أيضاً: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾ [النور:32].

1- ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، ج9، دار علم الكتب، الرياض، السعودية، ص339.

2- أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2008، ص17.

3- مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط4، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1402هـ/ 1983م، ص46.

4- عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، كتاب النكاح، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان 1424هـ/ 2003م، ص1-4.

وفي هذه الآية خطاب للأولياء بأن يزوجوا من لا زوج له من الرجال والنساء، لأن الأيامي جمع أيم، وهو من لا زوج له من النساء والرجال¹، فالإسلام يلفت النظر إلى أن الله تعالى جعل الزواج سبيلا إلى الغنى، وأنه سيحمل عنه هذه الأعباء ويمده بالقوة التي تجعله قادرا على التغلب على أساس الفقر².

وقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ [الروم: 21]، فالله تعالى خلق سائر الأزواج من أمثالهم من الرجال والنساء، ليستأنسوا إليها لأنه جعل بين الزوجين من الأنس ما لم يجعل من غيرهما³.

2- من السنة:

وردت أحاديث كثيرة حثت على الزواج ورغبت فيه، ومن ذلك قوله ﷺ: "تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة"⁴.
وقوله أيضا ﷺ: "يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج"⁵، وقوله ﷺ أيضا: "النكاح سنتي فمن رغب عن سنتي فليس مني"⁶.

1- محفوظ بن الصغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص42.

2- السيد سابق، فقه السنة، ج2، د ط، دار الفتح للإعلام العربي، القاهرة، مصر، د ت ن، ص07 .

3- الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد، الحاوي الكبير، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1419هـ / 1999م ص3.

4- أخرجه النسائي، كتاب النكاح، مج5، باب النهي عن تزويج المرأة التي لا تلد، حديث رقم 5323، السنن الكبرى ص160، 162.

5- أرجه البخاري، كتاب النكاح، ج3، ط1، باب من استطاع الباءة فليتزوج، حديث رقم 5065، الجامع الصحيح تصحيح وتحقيق: محب الدين الخطيب، المطبعة السلفية، القاهرة، مصر، 1979، ص 354 - 355.

6- المصدر نفسه، الصفحة نفسها.

هذا ومن يتبع نصوص التشريع في القرآن والسنة يجد هذا العقد قد ظفر بعدد كبير منها، حيث سماه الشارع الحكيم بالميثاق الغليظ، وجعله النبي صلى الله عليه وسلم سنة من سننه والتي يقتدى بها إلى يوم الدين¹.

3- من الإجماع: أجمعت الأمة على جواز النكاح ومشروعيته².

4- المعقول: الإنسان كائن اجتماعي، لا يستطيع أن يعيش معزولا عن أخيه الإنسان والرجل يكمل المرأة، والمرأة تكمل الرجل والعلاقة بينهما علاقة تعاون وتناسق وتكامل والحاجة إليها أمر فطري والإسلام جاء لتنظيم هذه العلاقة بعقد الزواج³.

المطلب الثاني: أركان الزواج وشروطه

يقوم عقد الزواج الصحيح والمنتج لأثاره على أركان وشروط لا بد من توافرها ومن خلال هذا المطلب سأتطرق إلى أركان وشروط عقد الزواج، والمتمثل في ركن الرضا المتفق عليه شرعا وقانونا، وكذا سوف نعرض على بقية الشروط المختلف فيها والمتمثلة في الأهلية والولي، والصداق وأيضا الشهود، مع عدم وجود الموانع الشرعية وهذا ما سوف نبينه من الناحية القانونية والشرعية، على النحو التالي:

الفرع الأول: أركان الزواج

إن ركن الرضا من الناحية الفقهية هو الركن الوحيد المتفق عليه، فإذا انعدم الرضا فلا ينعقد عقد الزواج، أما الأركان الأخرى من ولي وصداق ومحل العقد فنجد فيها اختلافات كبيرة بين الفقهاء، وأما قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل، فقد جعل الأركان التي يقوم عليها عقد الزواج أربعة حسب المادة التاسعة.

1- محفوظ بن الصغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص44.

2- يحي بن أبي الخير بن سالم العمراني، أبو حسين الشافعي اليمني، البيان، شرح كتاب المهذب، تحقق: قاسم محمد النوري، ج9، دار المنهاج، جدة، السعودية، 1412هـ- 2000م، ص109.

3- محمد بن أحمد بن رشد القرطبي أبو الوليد، تحقق: محمد حجي، المقدمات والممهدات، ج9، ط1، 1408هـ/1998م ص2909.

أما في التعديل الأخير لسنة 2005، فقد تغير الوضع، فلم يبق من تلك الأركان إلا ركن واحد وهو الرضا.

أولاً: ركن الرضا في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة

جاء في المادة التاسعة المعدلة: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"¹، ومن خلال هذه المادة يتبين لنا أن عقد الزواج يقوم على ركن واحد ووحيد وهو ركن الرضا، فإذا اختل ركن الرضا يكون عقد الزواج باطلاً، وهذا ما أكدته المادة 33 ف 1 من ذات القانون بقولها: "يبطل عقد الزواج إذا اختل ركن الرضا"²، وأكدت المادة 10 ف 1 من نفس القانون: " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً"³.

ومن خلال ما تقدم يتبين لنا أن ركن الرضا في عقد الزواج يتحقق في شقين هما: الإيجاب والقبول، فإن تطابق الإيجاب والقبول ينعقد عقد الزواج⁴.

والتعبير عن الإرادة حسب المادة 10 سالف الذكر وما هو منصوص عليه في القانون المدني يكون التعبير عن الإرادة بالعبرة والكتابة والإشارة أو بأي طريقة تفيد معنى النكاح

1- المادة 09 من ق أ ج، القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة المؤرخ في: 1984/06/09، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27.

2- المادة 33 من ق أ ج، القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة المؤرخ في: 1984/06/09، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27.

3- المادة 10 من ق أ ج، القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة المؤرخ في: 1984/06/09، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27.

4- محمد محدة، سلسلة الفقه الإسلامي، الخطبة والزواج، دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية، ط2، دار النشر الشهاب، الجزائر، 2000، ص128.

شرعا، ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة¹.

ونفس المسار بالنسبة للقوانين العربية، حيث نجد مدونة الأسرة المغربية في مادتها العاشرة، قد نصت على أنه: "ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول الآخر بألفاظ تفيد معنى الزواج لغة أو عرفا، يصح الإيجاب والقبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتب وإلا بالإشارة المفهومة من طرف الآخر ومن الشاهدين"².

وفي نفس السياق نصت المادة الخامسة من قانون الأحوال الشخصية السوري بقولها: "ينعقد الزواج بإيجاب من أحد العاقدين وقبول من الآخر"³.

وفي نفس السياق أيضا نصت المادة الثالثة من القانون التونسي والآتي نصها: "الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا غايته إنشاء رابطة الحياة المشتركة والنسل، إذا تحقق انعقاد الزوجية لزم الطرفين أحكامها المترتبة عليه حين انعقاده"⁴.

ثانيا: ركن الرضا في الشريعة الإسلامية

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن ركن الرضا هو الركن الأساسي الذي يقوم عليه الزواج ويتوقف عليه وجوده، واختلفوا في تسميته فهناك من يطلق عليه تسمية الإيجاب والقبول وهناك من يسميه الصيغة، وهذا إختلاف لفظي فقط أما المعنى فهو واحد⁵.

1- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية، القبة القديمة، الجزائر، ص57.

2- المادة 10 من مدونة الأسرة المغربية، الصادرة بتاريخ 2004/02/05.

3- المادة 05 من قانون الأحوال الشخصية السوري، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 95 لعام 1953، المعدل بالقانون رقم 34 لسنة 1975.

4- المادة 03 في مجلة الأحوال الشخصية التونسي، والصادرة بتاريخ 1656/08/13.

5- محفوظ بن الصغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص108.

1- تعريف ركن الرضا:

عرف الرضا السيد سابق بقوله: " أنه توافق إرادة الطرفين في الارتباط بواسطة التعبير الدال على التصميم على إنشاء الارتباط وإيجاده، وأنه ما صدر من الأول يعتبر إيجاباً وما صدر من الثاني يعتبر قبولا"¹.

وقد عرفه أبو العينين بدران بأنه: "الإيجاب والقبول الصادرين من المتعاقدين الذين يرتبط أحدهما بالآخر فيفيدان تحقق المراد من صدورهما"².

وبما أن الرضا أو الصيغة هو عبارة عن إيجاب وقبول وبالتالي لا بد من أن نعرف المقصود بكلاهما: فالإيجاب عند جمهور الفقهاء، هو اللفظ الصادر من قبل الولي أو من يقوم مقامه كالوكيل، لأن القبول إنما يكون للإيجاب، فإذا وجد قبله لم يكن قبولا لعدم وضوح معناه، أما القبول فهو اللفظ الدال على الرضا بالزواج الصادر من الزوج³.

وقد خالفهم الحنفية في أن الإيجاب هو ما صدر من أحد المتعاقدين، سواء كان الزوج أو الزوجة، والقبول هو ما صدر ثانيا من الطرف الآخر⁴ وبهذا الرأي أخذ المشرع الجزائري⁵.

2- صور الرضا (الصيغة) في الشريعة الإسلامية:

وهذا ما سوف أتطرق له من خلال الصيغة اللفظية وغير اللفظية في عقد الزواج وذلك في الآتي:

أ. **الصيغة اللفظية:** لم يحدد المشرع الجزائري ألفاظا معينة للتعبير عن رضا الطرفين على عكس ما قالت به الشريعة الإسلامية والتي فصلت في هذه الجزئية على النحو التالي:

1- السيد سابق، فقه السنة، ج1، مرجع سابق، ص2.

2- بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام (بحث تحليلي ودراسة مقارنة)، ط2، مطبعة دار التأليف، مصر، 1961، ص41.

3- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، ج7، مرجع سابق، ص37.

4- بدران أبو العينين، المرجع السابق، ص41.

5- محمد محدة، المرجع السابق، ص 141.

- الألفاظ المعبرة عن الزواج (النكاح): اتفق الفقهاء بأن الزواج ينعقد بألفاظ الزواج أو النكاح لورودها في نص القرآن في عدة آيات وأحاديث نبوية جاءت بهذين اللفظين¹.
- منها قوله تعالى: ﴿فَلَمَّا قُضِيَ زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا﴾ [الأحزاب:37]. وقوله تعالى: ﴿فَاتَّخِذُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِثْنَى وَثَلَاثَ وَرُبَاعَ﴾ [النساء:3].
- الألفاظ المتفق على عدم صحة العقد بها: اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية أن الزواج لا ينعقد بالألفاظ التالية: الإباحة، الإحلال، الإيداع، الإعارة، الرهن، الوصية، الإجارة وذلك بسبب أنها لا تؤدي مفهوم الزواج حقا، ولا تقتضي البقاء مدى الحياة².
- الألفاظ المختلف فيها لانعقاد الزواج: ذهب الحنفية بأنه يجوز ويصح أن يكون الإيجاب والقبول بالألفاظ التالية: الهبة، والصدقة، والعطية، والتملك، شريطة أن تدل هذه الألفاظ على بقاء الحياة الزوجية مدى الحياة³.
- في حين ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الزواج لا ينعقد إلا بلفظ التزويج والنكاح فقط اقتصارا على المذكور في القرآن⁴.
- وعند المالكية ينعقد الزواج بلفظ التزويج والتملك وما يجرى مجراهما كالهبة والصدقة والعطية، بشرط ذكر الصداق ليكون قرينة على الزواج⁵.
- ب. الصيغة غير اللفظية: حسب نص المادة 10 من ق أ ج أن المشرع اقتصر في النص عند عجز الشخص عن الكلام فينعقد الزواج بالإشارة والكتابة، ولم يتطرق إلى انعقاد الزواج عن طريق الرسالة بوسائل الاتصال الحديثة الأخرى وهذا ما سوف نبينه من خلال رأي الفقه الإسلامي:

1- محفوظ بن الصغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص113.

2- عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ج6، ص81.

3- الكساني، ج2، المصدر السابق، ص292.

4- وهبة الزجيلي، المرجع السابق، ص38.

5- الصاوي، ج1، المرجع السابق، ص376.

- انعقاد الزواج بالإشارة والكتابة: قد يعتري أحد المتعاقدين أو كلاهما عجز في النطق أو إعاقة كالأبكم والأصم، مع القدرة على الكتابة ففي هذه الحالة يكون عقد الزواج صحيحا، فهنا ينعقد النكاح بالإشارة المفهومة المعبرة عن نية وإرادة الزوج، لأن إشارته قائمة مقام عبارة النطق في جميع العقود، ولأن اشتراط اللفظ في حقه غير ممكن¹.

وقد ذهب جمهور الفقهاء بعدم جواز استعمال الإشارة، إذا كان العاقد بإمكانه الكتابة وذهب الحنفية بأنه يجوز أن يعقد الأخرس بالإشارة حتى ولو كان قادرا على الكتابة، لأن كل من الكتابة أو الإشارة تصلح كوسيلة لتحقيق الغاية والمقصود، وهما جميعا في منزلة واحدة².

- انعقاد الزواج بالمراسلة: أغفل المشرع الجزائري هذا النوع في التعبير عن الإرادة إلا أن فقهاء الشريعة قد تعرضوا لهذا الأمر وأجازوا التعبير عن الإرادة عن طريق المراسلة لانعقاد الزواج.

فإذا كان عقد الزواج بين غائبين، كأن يكون أحد الزوجين في مدينة بسكرة والثاني في مدينة وادي سوف، فالأمر جائز إذا كتب الرجل لخطيبته رسالة فحواها أن زوجيني نفسك فإذا بلغت الرسالة بحضور شاهدين وقرأت عليهما ما كتب في الرسالة أو أعلمتهم بما فيها³.

أما في حالة عدم علم الشهود بما في الرسالة وقالت المرأة: زوجت نفسي لفلان، فالعقد غير صحيح ولا ينعقد الزواج، ونفس الشيء في حالة أن أرسل الرجل رسولا إلى خطيبته يقول: لها تزوجتك أو زوجيني نفسك مع حضور الشهود وقبول المرأة بالرجل فهنا يصح عقد الزواج لتطابق الإيجاب والقبول في مجلس واحد⁴.

1- أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، المطبوعات الجامعية، مصر، 1997م، ص 86.

2- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1957م، ص 44.

3- محفوظ بن الصغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 120.

4- أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 88.

- انعقاد الزواج بوسائل الاتصال الحديثة: أغفل المشرع الجزائري هذا النوع من أجل التعبير عن إرادة الزوجين عن طريق وسائل الاتصال الحديثة، إلا أن الفقه الإسلامي قد ذكر ذلك، وهذا في حالة إن تم عقد الزواج بين غائبين عن مجلس العقد فيقول بدران أبو العينين بأنه: "الزواج بالهاتف جائز وتعتبر المحادثة مجلس العقد مادام الكلام من المتعاقدين في شأن الزواج، فإذا انتقل من حديث الزواج إلى حديث في موضوع آخر انتهى مجلس العقد ويبطل الإيجاب"¹.

وحتى يكون الاتصال بهذه الوسائل الحديثة من هاتف وغيره لا بد أن يكون بحضرة شهود عدول، وهاهنا يقول الدكتور شلبي: "حضور الشهود وسماعهم، ممكن في حالة اجتماع العاقدين في مكان واحد، وفي حالة إرسال الرسول أو الكتاب، لأن السماع ممكن فيها، أما في التكلم في الهاتف فإن الشاهدين يسمعان كلام احد العاقدين فقط، وسماعهم الإيجاب وحده أو القبول وحده غير كاف لصحة العقد.

وكذلك لو شهد اثنان على كلام أحدهما وآخران على كلام الآخر، لأن الشهادة لم توجد على العقد.

وأما عند من لم يشترط الشهادة، فيمكن أن يقال أنه ينعقد العقد، متى تأكد كل من الطرفين من شخصية الآخر ووضوح عباراته، والتأكد من ذلك عسير لاشتباها الأصوات وإمكان تقليدها"².

الفرع الثاني: شروط عقد الزواج

سوف نتعرض من خلال هذا الفرع إلى شروط عقد الزواج في التشريع الجزائري والشريعة الإسلامية وهذه الشروط تتمثل في: الأهلية والصداق، والولي والشاهدان وعدم وجود الموانع الشرعية وسوف نوضح ذلك في الآتي:

1- بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 41.

2- مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 107-108.

أولاً: شروط عقد الزواج في القانون الجزائري

وهذا ما سوف نعرفه من خلال نص المادة "9 مكرر" من التعديل الأخير لقانون الأسرة والصادر بالأمر: 05-02 والآتي نصها: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية: الأهلية، الصداق، الولي، الشاهدان، انعدام الموانع الشرعية في الزواج"¹.

1. الأهلية في عقد الزواج: نصت المادة 07 من ق أ ج على أنه "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج-يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات"².

ف نجد أن المشرع الجزائري بنص المادة 07 قد حدد سن الزواج لكلي الزوجين 19 سنة وهو سن الرشد، وقد منح المشرع للقاضي بأن يرخص للزوج القاصر بأقل من هذا السن، لاعتبارات تتعلق بالبلوغ الجسدي والنفسي لهذا الأخير³.

ويكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج.

وفي التشريعات المقارنة نجد أن القانون المغربي لم يوحد سن الزواج بين الجنسين فالذكر 18 سنة والأنثى 15 سنة⁴.

وأما في مجلة الأحوال الشخصية التونسية فلم توحد سن الزواج بين طرفي عقد النكاح

1- المادة 09 مكرر من ق أ ج، القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة المؤرخ في: 09/06/1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27/02/2005.

2- المادة 07 من ق أ ج، القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة المؤرخ في: 09/06/1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27/02/2005.

3- بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 61.

4- المادة 13 من مدونة الأسرة المغربية والصادرة بتاريخ 03/02/2004 والآتي نصها: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية: 1/أهلية الزوج والزوجة.....".

وجعلت للزوج أن تكتمل أهليته ببلوغ سن 20 سنة والمرأة 17 سنة، مع إمكانية الترخيص بإذن خاص من القاضي، في سن أقل من ذلك لضرورة يراها القاضي جدية¹.

2. شرط الولي في عقد الزواج:

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف الولي ولكنه اعتبر الولي قبل التعديل القانوني (ق أ ج 84-11) بأنه ركن في العقد وهذا حسب المادة 09 من ق أ ج بقولها: "يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصادق".

وبالتالي لا يجوز للمرأة أن تزوج نفسها بدون ولي، والولي هو أبوها أو أحد أقاربها وهذا ما أكدت عليه المادة 11 من ق أ ج 84-11 بأنه: "يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولون والقاضي ولي من لا ولي له" ولكن بصدور الأمر 05-02 الذي عدل القانون 84-11، جاءت المادة 09 مكرر المعدلة وأصبح الولي شرط من شروط عقد الزواج وليس ركن فيه.

وقد أكدت المادة 11 ف1، من ق أ ج على أنه: من حق المرأة الراشدة عقد زواجها بنفسها وما على الولي إلا أن يحضر مجلس العقد²، فأصبح دوره شرفي، أما القاصر فيتولى وليها عقد زواجها طبقا لنص المادة 11 ف2 من ق أ ج "... يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له"³.

وبالتالي حسب نص المادة 11 سالف الذكر أن المرأة الراشدة هي من تختار وليها ولا يهم الترتيب، أما بالنسبة للقاصر فالأب هو صاحب المرتبة الأولى، ثم أحد الأقارب الأولين.

1- الفصل 5 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، لسنة 1956 المعدلة، والآتي نصها: "تتحقق الأهلية في عقد الزواج بتوفر الشروط القانونية والشرعية في العاقدين أو من يقوم مقامهما".

2- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص322.

3- المادة 11 من ق أ ج، القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة المؤرخ في: 09/06/1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27/02/2005.

ولا يوجد ولاية إجبار في القانون المعدل (05-02 ق أ ج)، وهذا ما أكدت عليه المادة 13 من ذات القانون بقولها: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها"¹.

3. شرط الصداق في عقد الزواج:

نصت المادة 9 مكرر من ق أ ج المعدل بالأمر رقم 05-02 على أن الصداق (المهر) يعتبر شرطا في عقد الزواج، وقد تناول المشرع الجزائري هذا الشرط في المواد 9 مكرر و 14 و 15 و 16 و 17 من ذات القانون حيث عرف المشرع الصداق حسب نص المادة 14 من ق أ ج بأنه "هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء"².

ولم يحدد المشرع الجزائري حدا أدنى ولا أعلى للصداق³، حسب ما قالت به المادة 14، وأما عن تحديد الصداق فقد أكدت عليه المادة 15 من ق أ ج بقولها: "يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل"⁴.

ويكون الصداق مستحقا كاملا بالدخول أو بالوفاة، طبقا لنص المادة 16 من ق أ ج وتستحق المرأة نصف المهر (الصداق) في حالة الطلاق قبل الدخول⁵.
وتستحق المرأة مهر المثل عند عدم تحديده بعد الدخول.

1- المادة 13 من ق أ ج، القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة المؤرخ في: 09/06/1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27/02/2005.

2- المادة 14 من ق أ ج، القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة المؤرخ في: 09/06/1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27/02/2005.

3- محفوظ بن الصغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 148.

4- المادة 15 من ق أ ج، القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة المؤرخ في: 09/06/1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27/02/2005.

5- محفوظ بن الصغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 160.

وفي حالة النزاع في الصداق فقد فصلت المادة 17 من ق أ ج بقولها: "في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين، وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين"¹.

4. شرط الشاهدان في عقد الزواج:

وحسب نص المادة 9 مكرر سالف الذكر أن الشهود أصبحوا من شروط الصحة لا ركنا في العقد، كما كانوا قبل تعديل ق أ ج، وبالتالي لا يتم العقد ولا ينعقد الزواج إلا بحضور شاهدين، ويشترط فيهم العقل والبلوغ والحرية، فلا يصح الزواج بحضور المجانين والأطفال والصغار ونحو ذلك ممن تكون إرادتهم ناقصة، لكون الشهادة من باب الولاية ولا ولاية لهؤلاء على أنفسهم، فمن باب أولى لا تثبت لهم الشهادة على غيرهم².

ولابد أن يكون الشهود متعددين، وأما شرط الذكورة فلم يتكلم فيه المشرع الجزائري وترك ذلك للفقهاء الشرعي، مع أن العرف لا يسمح بشهادة النساء في عقود الزواج³.

وأما في التشريعات المقارنة نجد أن المشرع السوري حسب نص المادة 12 من قانون الأحوال الشخصية حيث نصت على أنه " يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين رجلين أو رجل وامرأتين مسلمين عاقلين بالغين سامعين الإيجاب والقبول فاهمين المقصود بهما"⁴.

1- المادة 17 من ق أ ج، القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة المؤرخ في: 09/06/1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27/02/2005.

2- بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 81.

3- بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 82.

4- المادة 13 من قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 95 لعام 1953، المعدل بالقانون رقم 34 لسنة 1975.

5. انعدام الموانع الشرعية للزواج:

وهذا ما جاء به ق أ ج في المواد من 23 إلى 31، والتي تتمثل في المحرمات من النساء المؤبدة والمحرمات المؤقتة، وهذا ما أكدت عليه المادة 23 من ق أ ج بقولها: "يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة".

وأكدت المواد من 24 إلى 27 على الموانع المؤبدة والمتمثلة في: القرابة (الأمهات والبنات والأخوات..)، والمصاهرة (أصول الزوجة وفروعها..)، والرضاع (فيحرم من الرضاع ما يحرم من النسب..)، وأما المحرمات المؤقتة من النساء فهذا ما أكدت عليه المادة 30 من ق أ ج بقولها: "يحرم من النساء مؤقتا، المحصنة، المعتدة من طلاق أو وفاة المطلقة ثلاثا، كما يحرم مؤقتا: الجمع بين الأختين، أو وبين المرأة وعمتها أو خالتها سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من الرضاع، زواج المسلمة من غير المسلم"¹.

ثانيا: شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية

وعلى غرار ما ذكرنا في القانون الجزائري سوف أتعرض إلى هذه الشروط والتي يعتبرها جمهور الفقهاء بأنها أركان وهذا وفقا لما جاءت به الشريعة الإسلامية في النقاط التالية:

1. الأهلية في الشريعة الإسلامية:

ونقصد بالأهلية صلاحية الشخص بالالتزام، بمعنى أن يكون الشخص صالحا لأن تلزمه حقوق لغيره، وتثبت له حقوق من قبل غيره، فإذا كان الشخص أهلا لثبوت الحقوق المشروعة له ويثبتت له حقوق المشروعة عليه، وأهلا لأن يلتزم بحقوق تنشأ أسبابها القولية، كانت عنده الأهلية بجزئها أو كانت عنده ما يسمى في عرف الفقه الإسلامي أهلية الأداء².

1- المادة 30 من ق أ ج، القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة المؤرخ في: 1984/06/09، المعدل والمتمم بالأمر

رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27.

2- محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص198.

ولا يشترط جمهور الفقهاء لانعقاد الزواج البلوغ والعقل، وأكدوا صحة زواج الصغير والمجنون، وقد كانت آراء الفقهاء واضحة فلم يعينوا للرشد سنا خاصة، ولم يعينوا للبلوغ سنا، إذ جعل أبو حنيفة نهاية لسن الحجر ونقص الأهلية فحددها بخمسة وعشرون سنة¹. والأهلية تنقسم إلى قسمين: أهلية وجوب والمتمثلة في صلاحية الشخص للإلزام والالتزام²، والقسم الثاني للأهلية هو أهلية الأداء وهي صلاحية الإنسان لأن يطالب بالأداء، ولأن تعتبر أقواله وأفعاله، وتترتب عليها آثارها الشرعية³.

2. شرط الولي في عقد الزواج من وجهة نظر الشريعة الإسلامية:

الولاية في المصطلح الشرعي نقصد بها: السلطة الشرعية التي تمكن الشخص من القدرة على إنشاء العقود والتصرفات صحيحة نافذة، سواء كان ينشئها لنفسه أو لغيره⁴ وولاية التزويج تنقسم إلى نوعين ولاية قاصرة وهي ولاية الشخص على نفسه مادام أهلا للتعاقد، وولاية متعدية وهي ولاية الشخص على الغير فتكون ولاية على المال أو على النفس أو عليها معا⁵. والولاية على النفس بدورها تنقسم إلى قسمين: ولاية إجبار وولاية اختيار.

أما عن ولاية الإجبار التي أصبح المشرع الجزائري في تعديله الأخير، لا يتقيد بها إلا أن جمهور الفقهاء فصلوا فيها وقالوا: بأن البكر الصغيرة من حق أبيها أن يجبرها على الزواج وليس عليه أن يستأذنها وأما الثيب البالغ فانفق أهل العلم أن لا تنكح إلا بإذنها ولا تتزوج إلا برضاها وبالتالي فنكون هاهنا أمام ولاية الاختيار، أما الثيب الصغيرة فقد اختلف فيها فقهاء

1- وهبة الزجيلي، ج9، المرجع السابق، ص198.

2- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، ط1، دار القلم، دمشق، سوريا، 1998م، ص183.

3- زيدان عبد الكريم، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة قرطبة، بغداد، العراق، ب ط، ب ت ن، ص33.

4- محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص135.

5- محفوظ بن الصغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص178.

الشريعة بين أحقية الولاية على إجبارها أو أن تكون مختارة ونفس الأمر بالنسبة للبكر البالغة¹.

وقد اتفق جمهور الفقهاء بأن الولي ركن في عقد الزواج، وخالفهم في ذلك الأحناف على اعتباره شرط صحة وبهذا أخذ المشرع الجزائري.

3. شرط الصداق في عقد الزواج من وجهة نظر الشريعة الإسلامية:

وهو اسم للمال الذي تستحقه الزوجة على زوجها، بالعقد عليها أو بالدخول بها دخولا حقيقيا².

وجاء في آيات وأحاديث كثيرة تأكدت مشروعية الصداق لقوله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾ [النساء:24].

وقوله أيضا: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء:04].

والمهر على نوعين مسمى وغير مسمى، أما المهر المسمى وهو ما اتفق عليه في العقد الصحيح أو فرض بعده بالتراضي، أما مهر المثل: وهو مهر امرأة من قوم أبيها كأختها أو من تماثلها فيما يعتد به من صفات النساء من السن والجمال والمال، ونحو ذلك من الصفات، وأن يكون المهر في كل الحالات مباحا³.

وأما عن مقدار الصداق فلا حد لأكثره باتفاق الفقهاء، ومن المستحسن عدم المبالغة فيه وقد اختلف الفقهاء في تحديد أقله، ويجوز أن يكون المهر معجلا كما يجوز أن يكون مؤجلا كله أو بعضه بحسب الاتفاق، ومن حق الزوجة أن تمنح المهر كله، وذلك حين الدخول

1- عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 57-65.

2- بدران أبو العينين بدران، ج 1، مرجع سابق، ص 181.

3- بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 75-76.

عليها أوفي حالة وفاة أحد الزوجين، ولكنها تستحق أحيانا نصف المهر في حالة الطلاق قبل الدخول هذا إن كان الطلاق من الزوج¹.

4. شرط الإشهاد في عقد الزواج من وجهة نظر الشريعة الإسلامية

الإشهاد هو إخبار صادق لإثبات حق بلفظ الشهادة، وصدق الخبر هو مطابقته للواقع وبه يخرج الإخبار الكاذب²، وهو أن يحضر في عقد الزواج عند إجرائه عدد معين من الناس للتأكيد على وقوعه³، وشرعت الشهادة لإثبات عقد الزواج في حالة جحود أحد الزوجين وإنكاره للعلاقة الزوجية الصحيحة⁴، وأكدت الشريعة على ضرورة الإشهاد لقوله ﷺ "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"⁵.

وأما عن شروط الشهود في الشريعة الإسلامية فتتمثل في:⁶

- شروط متفق عليها: العقل والبلوغ، الإسلام، والتعدد، وأن يسمع الشاهدان صيغة العقد في وقت واحد.
- شروط مختلف فيها: عدالة الشهود، الذكورة.

1- المرجع نفسه، ص 77-78.

2- أحمد الشامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، الدار الجامعية الجديدة مصر، 2010، ص 351.

3- حسن حسن منصور، المحيط في شرح الأحوال الشخصية، (أحكام عقد الزواج)، بين آراء الفقه وأحكام القضاء مطبوعة سامي، ج1، مصر، د ت ن، ص 173.

4- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 127.

5- البيهقي، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بشاهدين عدل، (أبو بكر أحمد ابن الحسين ابن علي البيهقي)، السنن الكبرى تح: محمد عبد القادر عطا، ج7، ط3، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص 202.

6- محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 55-56.

5. شرط انعدام الموانع الشرعية للزواج من وجهة نظر الشريعة الإسلامية

الموانع الشرعية: تتمثل في المحرمات من النساء على الرجال وهم على قسمين: محرمات مؤبدة (من النسب والمصاهرة والرضاع) ومحرمات مؤقتة (زوجة الغير، المرأة المعتدة، المطلقة ثلاثا، الجمع بين محرمين، زواج المسلمة بغير مسلم). وكل هذا قد تعرضنا له عندما درسنا هذا الشرط في التشريع الجزائري بحكم أن هذا الشرط أخذه المشرع الجزائري من الفقه الإسلامي وهو من المسائل المعلومة من الدين بضرورة والمتفق عليها عند علماء السنة وبالتالي لا داعي لإعادة ذكرها من جديد.

المبحث الثاني: أحكام الزواج في مرض الموت

إذا كان الإسلام قد رغب في الزواج وحث عليه من خلال الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة، إلا أن الوصف الشرعي الذي يناسب كل مكلف يختلف عن الآخر باختلاف مقدراته المالية والجسدية والخلقية، حيث يكون الزواج لبعض الناس واجبا وللبعض الآخر حراما وللبعض الآخر مستحبا أو مكروها وهذا من جانب مراعاة الحقوق والواجبات الزوجية بين الطرفين وعدم اضرار أحدهما بالآخر عما ينتج عن ابرام عقد الزواج في حالات كثيرة منها مرض الموت.

ولقد بينت الشريعة الإسلامية الأحكام التي يكون عليها الزواج كما شددت التشريعات الوضعية على بعض الشروط التي يجب القيام بها قبل الزواج ومنها التشريع الجزائري في قانون الأسرة.

ومن خلال هذا المبحث سأطرق إلى أحكام الزواج في مرض الموت من الناحية الشرعية والقانونية، حيث سأعرض في المطلب الأول إلى أحكام زواج المريض مرض الموت من وجهة نظر التشريع الجزائري وبعض التشريعات المقارنة، وفي المطلب الثاني سأعرض إلى أحكام زواج المريض مرض الموت في الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول: زواج المرض مرض الموت في ظل القانون الجزائري والتشريعات المقارنة
يعتبر الزواج عقد ذو طبيعة خاصة بين رجل وامرأة تحل له شرعاً لتكوين أسرة يسودها
المودة والرحمة وإنجاب ذرية بينهما، وقد تناولت بعض التشريعات العربية موضوع زواج
المريض مرض الموت، تماشياً مع أحكام الشريعة الإسلامية وغفلت تشريعات أخرى مثل هذا
النوع من التصرفات، منها القانون الجزائري الذي لم يصرح في نصوصه القانونية ولكنه
لمح لذلك ولو من بعيد، مع تعرضه لهذا الموضوع في اجتهاداته القضائية، أما التشريعات
الغربية فلها وجهة نظر مختلفة، وهذا ما سوف نتعرض له من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري

أفرد المشرع باباً خاصاً في قانون الأسرة الجزائري، يتضمن ماهية الزواج وبيان أحكامه،
وذلك في المواد من: 04 إلى غاية المادة 46، وأما عن أحكام الزواج الخاصة بتصرفات
المريض مرض الموت، فقد أغفلها المشرع الجزائري، ولم يخصص لها مواد قانونية تنظمها
بشكل واضح، لا في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة، ولا في قانون الأسرة، ولكن
نجد له لمح لذلك ولو من بعيد، وهذا ما نجده من خلال نص المادة 07 مكرر من ق أ ج.

حيث أن المشرع الجزائري بالإضافة إلى الشروط التي يجب توفرها في عقد الزواج حتى
يكون صحيحاً، فلا بد من إرفاق ملف طالبي الزواج بشهادة طبية تثبت خلو الأطراف، من
أي مرض قد يؤثر على مقاصد الزواج الشرعية والقانونية، ومن هذه الأمراض نجد مرض
الموت سواء كان لزوج أو لزوجة،

وقد نصت المادة 07 مكرر من ق أ ج: بقولها: ((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. يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل

تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج ويؤثر بذلك في عقد الزواج)).¹

والفحص الطبي هو بحث وإسقاط حالة الشخص من المرض وأعراضه لديه عن طريق الكشف عليه وسؤاله عما يجد من أعراض ونحو ذلك.²

وأما الفحص الطبي قبل الزواج فيعني دراسة الحالة الصحية العامة لدى كل من الزوجين، والكشف عن وجود أمراض مزمنة أو معدية أو وبائية أو نحو ذلك.³

وعليه فإنه يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية الامتناع عن تحرير عقد الزواج، عند عدم تقديم الشهادة الطبية، من أحدهما أو كليهما والتي تثبت فحصهما وخلوهما من أي مرض يشكل خطرا على الزواج.⁴

وأما عن أثر تخلف إجراء الفحص الطبي لإتمام إجراءات عقد الزواج فلم أجد نص يقول بذلك، لأنه طبقا للمادة 06 من المرسوم رقم: 154/06⁵، التي تؤكد على عدم تسجيل عقد الزواج في حالة عدم تقديم الشهادة الطبية للزوجين، وهذا نصها: ((لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية تحرير عقد الزواج، إلا بعدما يقدم طلبا لزواج الشهادة الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم)).

1- المادة 07 مكرر من ق أ ج، القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة المؤرخ في: 09/06/1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27.

2- محفوظ بن الصغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 293.

3- كمال طه مسلم، الضوابط الشرعية لاستنباط الأحكام الفقهية للنوازل المعاصرة، أطروحة دكتوراه، كلية دار العلوم جامعة القاهرة، مصر، 2006، ص 557.

4- محفوظ بن الصغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 294.

5- المرسوم التنفيذي رقم: 154/06 المؤرخ في: 2006/05/11.

وبالرجوع إلى نص المادة 222 من ق أ ج¹ والتي تحيلنا إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية والآتي نصها: ((كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية))، وهنا نلاحظ أن المشرع لم يقيد القاضي بمذهب معين، في حالة عدم وجود النص، فيستطيع القاضي أن يأخذ من الفقه المالكي، كما يستطيع أن يأخذ برأي أي مذهب آخر.

ونفس الأمر نجده في التقنيين المدني الجزائري، حيث أكد على أنه في حالة عدم وجود نص يرجع القاضي إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، والتي هي المصدر الثاني للتشريع في الجزائر، ثم إن لم نجد فيحكم القاضي بمقتضى العرف... إلخ، وهذا حسب نص المادة الأولى ف2 والآتي نصها: ((...وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة))².

وفي ظل هذا الفراغ التشريعي نجد أن القضاء الجزائري قد تعرض لمثل هذه المسائل والخاصة بزواج المريض مرض الموت، وهذا ما نجده من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا، حيث قضت في مسألة متعلقة بزواج المريض مرض موت وهذا حسب الوقائع التالية: ((من المقرر أن النكاح الواقع في مرض الموت سواء للزوجة أو للزوج لا يرث فيه من ثم فإن القضاء يرفض دعوى الطاعنة للزواج الواقع في مرض الموت بحجة انعدام النص في الشريعة هو مخالفة لشرع.

ولما كان من الثابت في قضية الحال - أن المسماة (و.س.ف) بنت (ع) قد طلب نقض وإبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء البلدية بتاريخ: 1994/12/03، القاضي بتأييد الحكم المستأنف الصادر عن محكمة القليعة يوم: 1994/02/09، القاضي برفض دعوى

1- المادة 222 من ق أ ج، القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة المؤرخ في: 1984/06/09، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27.

2- المادة 01 من ق م ج، الصادرة بالأمر: 05/07 المؤرخ في: 2007/05/13، المعدل والمتمم .

الطاعنة، حيث أن دعوى الطاعنة تهدف إلى عدم أحقية والدها المطعون ضده في الميراث، وأمها التي طلقت بحكم سنة 1967 والذي عقد عليها ثانية أمام الموثق تحت عنوان الصلح في: 1977/07/24 وهي في مرض الموت بعد أن دخلت المستشفى في شهر جوان من نفس السنة بسبب العجز الكامل لكليتيها وقضت مدة في غيبوبة إلى أن توفيت في: 1977/11/15

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

حيث استندت الطاعنة في طلبها على الوجه الوحيد لنقض: المأخوذ من قصور الأسباب ومخالفة الشريعة بدعوى أن قضاة الموضوع قد اعتبروا أن عقد الزواج في مرض الموت هو عقد صحيح، لأن الشريعة لا تمنع ذلك رغم أن الزوجة كانت على فراش الموت، فلا يوجد أي نص يبطل عقد الزواج.

وجاء في مختصر خليل في باب النكاح عقد الحديث عن الأنكحة الفاسدة التي فيها الإرث، فقال أن نكاح المريض زوجا كان أو زوجة فلا يرث فيه وعليه فالوجه مؤسس الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالته إلى نفس المجلس، فقررت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، بقبول الطعن شكلا وموضوعا، ونقض القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء البلدة، وإحالة القضية والأطراف إلى نفس المجلس شكلا عن هيئة أخرى للفصل فيها من جديد طبقا للقانون مع إلزام المطعون ضده بالمصاريف القضائية¹.

ومن خلال هذا القرار نجد أن المحكمة العليا قد أقرت بصحة الزواج لمريض مرض الموت لاكتمال شروطه وأركانه، وأن المرأة المتوفاة كانت تنطبق عليها بالفعل حالة المريضة

1- م ع ج، غ أش م، قرار رقم: 251656، مؤرخ في: 2001/05/23، م ق، العدد الأول، 2002، ص 305-307.

بمرض الموت، ومع ذلك فقد قضت المحكمة العليا بعدم التوارث بين الزوجين في مثل هذه الحالات، متأثرة بأقوال فقهاء المالكية.

وقد قررت المحكمة العليا في قرار آخر لها: ((..... ومن المستقر عليه قانونا وقضاء أن عقد الزواج يعتبر صحيحا متى تم برضاء الزوجين وحضور ولي الزوجة وشاهدين وصداق، وإبرام أمام الموثق أو موظف مؤهل قانونا، المواد(4، 9، 18من قانون الأسرة)).

ومتى لم يتطرق القانون لصحة الزواج فلا يعتبر مرض أحدهما عيبا في إبرام عقد الزواج، ومن ثم فإن احتجاج الطاعنة بعد وفاة مورثها سنة 1988 على عقد الزواج التي تم مع المطعون ضده سنة 1977 يعتبر غير مؤسس وينجر عنه رفض الطعن¹.

وبالتالي قرار المحكمة العليا اعتبر أن زواج المريض مرض الموت صحيحا ومنتج لأثاره ولا غبار عليه، بل ولم يفرق القضاء بين زواج الصحيح وزواج المريض مادام الزواج مكتمل الأركان والشروط.

الفرع الثاني: موقف التشريعات المقارنة

لم تخرج التشريعات العربية المقارنة من الآراء الفقهية الشرعية وفق المبادئ الإسلامية، وقد تعرضت لهذا الموضوع إن بالنص المباشر أو عن طريق الاجتهادات القضائية، ولكن هناك تشريعات أخرى أغفلت التنصيص عن زواج المريض مرض الموت وآثاره، بل تركت باب الاجتهاد مفتوح للقاضي ليجد المخرج والدليل، وفق ما جاء به الشارع الحكيم، وهذا ما سوف نتطرق إليه من خلال:

1- م ع ج، غ أش م، قرار رقم: 88856، مؤرخ في: 1993/02/23، م ق، العدد 02، 1996، ص 69.

أولاً: موقف المشرع الأردني

لقد عد المشرع الأردني الزواج صحيحاً في مرض الموت إذا كان المهر هو مهر المثل إذ نص على ذلك صراحة في المادة (60) من قانون الأحوال الشخصية الأردني: ((إذا تزوج أحد في مرض موته ينتظر فإن كان المهر المسمى مساوياً لمهر مثل الزوجة تأخذه الزوجة من تركة الزوج وإن كان زائداً عليه يجري في الزيادة حكم الوصية)). ويتبين من هذا النص أن المشرع الأردني قد اخذ بالرأي الراجح في المذهب الحنفي وقرر صحة زواج المريض فله أن يتزوج ولكن بشرط أن لا يزيد المهر على مهر المثل وإلا كانت الزيادة تبرعاً منه للزوجة فتأخذ حكم التبرع فإذا مات عن هذه الزوجة كان حكم الزيادة حكم الوصية على وفق الحكم العام لتصرفات المريض مرض الموت¹ الوارد في المادة (1/1128) من التقنين المدني الأردني².

فليس للزوج المريض أن يحابي إلا بقدر الثلث وما زاد على الثلث فلا ينفذ إلا بإقرار الورثة وكذلك المريضة فشأنها كذلك حسب القواعد المقرر قانوناً، ولكن يثار سؤال هنا وهو هل تعد غرفة النوم من التركة؟. فلو توفى الزوج المريض مرض الموت وكان قد أوصى نجاراً بصناعة غرفة نوم لزوجته ومات قبل الدخول فهل تعد الغرفة جزء من التركة؛ وتصبح من حق الورثة أم تعد جزءاً من المهر؟

أم تعد هبة وهبها الزوج لزوجته غير المدخول بها ومن ثم يستحيل عليه الرجوع في هذه الهبة؟. في الواقع أن هذا السؤال يحتوي على شقين أو حالتين؛ الحالة لأولى هل تعد غرفة النوم من التركة؟

1- جليلي ابتسام، تصرفات المريض مرض الموت، رسالة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، الجزائر 1 2018/2017، ص 68.

2- المادة 1109 ف1، من القانون المدني الأردني رقم 43 لعام 1976 المعدل والمتمم، والمعمول به بتاريخ: 1977/01/01.

والجواب عن ذلك أنها تعد من التركة على اعتبار أن غرفة النوم من الأعيان ومن ثم فإنها تنتقل إلى الورثة بمجرد وفاة المريض (المورث أو الزوج) ومن ثم تخضع لأحكام الوصية فيما يتعلق بثالث التركة¹.

مع ملاحظة أن الزوجة غير المدخول بها تعتبر من الورثة على وفق أحكام المادة (60) من قانون الأحوال الشخصية الأردنية والذي أشير إليه قبل قليل والذي جاء مطلقاً (فيما يتعلق بالدخول وعدمه)².

أما بالنسبة إلى الحالة الثانية³، وهي هل تعد غرفة النوم هبة وهبها الزوج لزوجته غير المدخول بها؟.. والجواب عن ذلك أنه إذا كانت غرفة النوم هي هبة وهبها الزوج لزوجته في حال صحته فانه لا يجوز الرجوع فيها على وفق أحكام المادة (579 ف 1) من التقنين المدني الأردني التي تنص: ((يعتبر مانعاً من الرجوع في الهبة ما يلي:

- إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للأخر أو لذي رحم محرم ما لم يترتب عليها مفاضلة بين هؤلاء بلا مبرر.....)).⁴

أما إذا كان الزوج مريضاً مرض الموت فان الهبة تخضع لأحكام الوصية استناداً على نص المادة (1128 ف1) من التقنين المدني الأردني التي تنص: ((كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أياً ما كانت التسمية التي تعطى له)).⁵

1- جليلي ابتسام، مرجع سابق، ص 68 .

4- حسين علي الأعظمي، أحكام الزواج، مطبعة المعارف، بغداد، العراق، 1948، ص 350.

3- محمد يوسف موسى، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، القاهرة، 1987م، ص344.

4- المادة 579 ف1 من القانون المدني الأردني رقم 43 لعام 1976 المعدل والمتمم، والمعمول به بتاريخ: 1977/01/01

5- المادة 1128 ف1، من القانون المدني الأردني رقم 43 لعام 1976 المعدل والمتمم، والمعمول به بتاريخ: 1977/01/01.

ويخلص إلينا من هذا¹:

1- إن نص المادة (1/579) من التقنين المدني الأردني تمنح للزوجة حق بالاحتفاظ بغرفة النوم كاملة في حالة صحة كل من الزوج والزوجة.

2- أما نص المادة (1/1128) من التقنين المدني الأردني نجد فيها أنها تمنح للزوجة حق الاحتفاظ بثلاث التركة فقط (غرفة النوم) لأن تصرفات الزوج المريض مرض الموت حسب هذه المادة تخضع لأحكام الوصية.

ثانياً: موقف المشرع العراقي

أما في العراق، فإن المشرع العراقي قد عدّ الزواج الحاصل في مرض الموت صحيحاً لا يخل بصحة عقد الزواج المستوفي لشرائطه الشرعية استناداً إلى القواعد العامة الواردة في قانون الأحوال الشخصية العراقي²، وتطبيقاً لذلك نجد أن محكمة التمييز العراقية قد قررت: ((أن الزواج الحاصل في مرض الموت لا يخل بصحة عقد الزواج المستوفي لشرائطه الشرعية))، كما قررت أن: ((طلب الزوج أثناء حياته زيادة مهر زوجته المؤجل بحجة وجود خطأ في عقد الزواج ويعتبر إقرار تملك ويخرج مخرج الثلث من تركته إذا وقع أثناء مرض موته.....)).

ولعل قرار محكمة التمييز العراقية هذا هو عين الصواب لما فيه من دقة ووضوح³.

ثالثاً: موقف المشرع المصري

وفي مصر، أخذ المشرع بالرأي الراجح في المذهب الحنفي كما أخذ به المشرع الأردني، وقرر صحة زواج المريض فله أن يتزوج ولكن على أن لا يزيد المهر عن مهر المثل وإلا كانت الزيادة تبرعاً منه للزوجة فتأخذ حكم التبرع حتى إذا مات عن هذه الزوجة كان حكم الزيادة حكم الوصية على وفق الحكم العام لتصرفات المريض مرض الموت الوارد في المادة

1- جليلي ابتسام، مرجع سابق، ص 68-69.

2- المرجع نفسه، ص 69.

3- حسين علي الأعظمي، مرجع سابق، ص 126.

(916 ف1) ¹ من التقنين المدني المصري، والآتي نصها: ((كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع، يعتبر مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف...))².
 إلا أن الزوج المريض مرض الموت لا يضمن ذلك الضرر على اعتبار أن الزواج من حقه وبالتالي فإنه لا يضمن هذا الضرر على وفق التقنين المدني العراقي الذي جاء فيه أن: ((الجواز الشرعي ينافي الضمان، فمن أستعمل حقه استعمالاً جائزاً لم يضمن ما ينشأ عن ذلك الضرر))³.

المطلب الثاني: زواج المريض مرض الموت في ظل الفقه الإسلامي

سوف نعرف من خلال هذا المطلب أحكام صحة زواج المريض مرض الموت، وأحقية الزوجين في التوارث، وذلك في مختلف المذاهب الفقهية، ثم أتطرق إلى مدى أحقية الزوجة من الانتفاع بمهرها في حالة المرض المخوف وهذا ما سوف نتعرض له في الفروع التالية:

الفرع الأول: دليل مشروعية زواج المريض مرض الموت

سوف نورد أدلة فقهاء الشريعة، من الكتاب والسنة والمعقول وذلك على جواز صحة عقد الزواج وأحقية الزوجين في التوارث بينهما.

قد يتزوج الرجل والمرأة على حد سواء، فيكون زواجهما صحيحاً، إذا اكتملت جميع أركانه وشروطه، دون أن نميز إن كان أحد الزوجين أو كلاهما مريضاً أو هما من الأصحاء، وهو الرأي الذي أخذ به جمهور الفقهاء، وقالوا بتوارث الزوجين بعضهما لبعض، وهذا الكلام فيه شيء من التفصيل، وقد ثبت صحة زواج المريض والحق في التوارث بين الزوجين بالأدلة الشرعية التالية:

1- من القرآن الكريم: فقد أستدل جمهور الفقهاء بعموم النص القرآني:

1- المادة 916 من القانون المدني المصري، رقم 131 لسنة 1948 المعدل والمنتم، والصادر بتاريخ: 1948/07/29

2- محمد يوسف موسى، مرجع سابق، ص 344.

3- المادة 6 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951، والمعمول به بتاريخ: 1974/04/02.

في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ آدَنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾ [النساء:03].

وقوله أيضا: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ﴾ [النور:32].

وقوله أيضا: ﴿وَلَا تَتَّخِذُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُوْمِنَ وَلَّامَةً مُؤْمِنَةً خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ﴾ [البقرة:221].

وقوله أيضا: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عِلْمَ اللَّهِ أَنْكُمْ سَتَذَكَّرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا وَلَا تَعْرَمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنْفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ﴾ [البقرة:235].

2- من السنة النبوية:

أ- أخرج أبو عوانة بسنده عن ابن مسعود انه قال: ((لو لم يبق من أجلي إلا عشرة أيام أعلم أن أموت في آخرها يوماً، لي فيهن طول النكاح لتزوجت مخافة الفتنة))¹، وبه استدلال الظاهرية،² والزيدية.³

ب- روى أن معاذاً ماتت له امرأتان في الطاعون وكان هو أيضا مطعوناً فقال: ((زوجوني إنني أكره أن ألقى الله - عز وجل - عزياً))⁴.

1- أخرجه سعيد بن منصور في سننه، ج1، ط1، دار الصميعي للنشر والتوزيع، 1414هـ/1992م، الرياض السعودية ص 122.

2- أبو محمد علي بن أحمد بن حزم الظاهري، المحلى، ج10، المصدر السابق، ص27.

3- محمد بن يحيى بهراق الصعدي، جواهر الأخبار، ج5، مطبوع بهامش البحر الزخار، ص318.

4- رواه البيهقي من حديث الحسن عنه مرسلاً، وذكره الشافعي بلاغاً، انظر جواهر الاخبار، المصدر السابق، ص318.

وبه استدل الظاهرية، والزيدية، والشافعي.¹

ج- عَنْ عَائِشَةَ قَالَتْ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((النَّكَاحُ مِنْ سُنَّتِي، فَمَنْ لَمْ يَعْمَلْ بِسُنَّتِي فَلَيْسَ مِنِّي، وَتَزَوَّجُوا فَإِنِّي مُكَاتِّرٌ بِكُمْ الْأُمَّمَ، وَمَنْ كَانَ ذَا طَوْلٍ فَلْيُنْكِحْ، وَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَعَلَيْهِ بِالصَّيَّامِ فَإِنَّ الصَّوْمَ لَهُ وَجَاءٌ)).²

د- عن عبد الله قال قال رسول الله رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: ((يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء)).³

هـ- كما أن رسول الله ﷺ قال: ((النكاح سنتي فمن رغب عن سنتي فليس مني)).⁴

وجاء في المحلى: ((أباح الله تعالى ورسوله ﷺ النكاح، ولم يخص في القرآن ولا في السنة صحيحاً وصحيحاً من مريض ومريضة، وما كان ريكُ نسياً، وما نعلم للمخالف حجة أصلاً لا في قرآن ولا سنة ولا قول صاحب ولا من رأي يعقل)).⁵

1- الشافعي، لأبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج4، ط1، المطبعة الأميرية، مصر، 1322هـ، ص32.

2- رواه ابن ماجة في سننه، كتاب النكاح، باب ما جاء في فضل النكاح، ج2، ص217.

3- رواه البخاري، ج9، مصدر سابق، ص14.

4- ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج9، دار المعرفة، بيروت، بدون تاريخ، ص111.

5- أبي محمد علي بن أحمد بن حزم الظاهري، المحلى، ج10، المصدر السابق، ص27.

3- المعقول:

وهو إن النكاح من الحوائج الأصلية للإنسان، والمريض غير محجور ولا ممنوع عن حوائجه الأصلية ولا عن صرف ماله إليها كالمأكل والملبس وثمان الأدوية وأجرة الطبيب والمسكن، وهو ما استدل به أيضا الحنابلة¹.

الفرع الثاني: حكم زواج المريض مرض الموت

إذا ثبتت صحة الزواج في المرض المخوف، ثبت التوارث بين الزوجين لعموم آية الميراث بين الأزواج².

وإذا كان هذا الذي ذكرناه هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء فإن فريقاً آخر من الفقهاء قد ذهب إلى خلاف ذلك فالمالكية لها قولان في حكم زواج المريض مرضاً مخوفاً:

أحدهما: أنه يجوز له التزوج إذا كان محتاجاً إلى الزواج، ولا يجوز مع عدم الحاجة³.

والثاني: أنه لا يجوز له أن يتزوج سواء أكان محتاجاً إلى الزواج أو غير محتاج، ولو أذن له الوارث الرشيد في الحالتين، لاحتمال موت الأذن أو صيرورته غير وارث وكون الوارث غيره⁴، وهو القول الراجح في المذهب على ما ذكره الدسوقي. ويعد الزواج في مرض

1- المغني، لابن قدامة، المصدر السابق، ص504، فإن قيل: ((لو تزوج وهو شيخ كبير لا يولد له عادة أو امرأة آيسة وكان لا يحتاج إليها بسبب أن له نساء غيرها أو كان مستغنياً بامرأة له فتزوج أخرى في مرض موته، فإن زواجه هذا ليس من حاجته الأصلية!

قلنا: ((النكاح في أصل الوضع من الحاجات الأصلية والعبارة للأصل لا للعارض وهذه العوارض مما لا يوقف عليها ليبني الأمر عليها)). أنظر: شرح المجلة، للاتاسي، المصدر السابق، ص679

2- المغني، لابن قدامة، ج2، ط1، مطبعة المفار، مصر، بدون تاريخ، ص213، أما آية الميراث بين الأزواج فهي قوله تعالى: ((ولكم نصف ما ترك أزواجكم، من بعد وصية توصون بها أو دين....)) انظر سورة النساء، الآية (12).

3- فتاوى عليش، لمحمد عليش، ج1، مطبعة مصطفى محمد، القاهرة، 1355هـ، ص361.

4- شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل ومعه حاشية الشيخ علي العدوي الصعيدي، لأبو عبد الله محمد الخرشي ج5، ط2، المطبعة الأميرية، بولاق، مصر، 1317هـ، ص234.

الموت لدى المالكية فاسداً على الأرجح وذلك لأن في هذا الزواج إدخالاً لوارث جديد على الورثة¹.

الأمر الذي يحتم معاملة المتزوج وهو المريض مرض الموت بنقيض قصده ويحكم بفساد فعله، وإن اعترض عليهم في استدلالهم هذا بعدم منعهم المريض من الوطء مع أنه سبب في إدخال وارث فإنهم قد ردوا على ذلك بأن في الزواج إدخال وارث محقق.

وليس في كل وطء حمل،² وهذا كله إذا تزوج بمن ترثه. أما إذا تزوج المريض بمن لا ترثه كأمة وكتابية، فلهم في حكم زواجه قولان:

أحدهما: أنه غير جائز، وهو القول الأصح المعتمد في المذهب، لأن في نكاح المريض لأي منهما إدخال وارث، لجواز إسلام النصرانية وعتق الأمة قبل موته حيث يصيران من أهل الميراث³.

والثاني: أن هذا الزواج جائز لأن كلا من العتق والإسلام طارئ ومجرد احتمال، فلا يلتفت إليه، والأصل عدم مراعاة الطوارئ⁴.

أما الإمامية فإنهم يفرقون في حكم الزواج في مرض الموت بين زواج المريض وزواج المريضة.

ففي زواج المريض لدى الإمامية: ((يجوز للرجل أن يتزوج في مرضه، فإن تزوج ودخل فجائز، وإن مات قبل الدخول فباطل))⁵.

1- فتاوى عليش، المصدر السابق، ص361، وأنظر: الخرشي، المصدر السابق، ص234.

2- المصدرين ذاتهما، والصفحات نفسها.

3- قاسم بن عيسى بن ناجي التنوخي، شرح ابن ناجي على الرسالة، ج2، المطبعة الجمالية، د س ن، ص52.

4- المصدر نفسه، الصفحة نفسها.

5- مفتاح الكرامة، (الفرائض والمواريث)، للعلامة الإمام محمد جواد بن محمد الحسيني العاملي، مطبعة الشورى، مصر

1326 هـ، ص186 وما بعدها، وقد نقل فيه الإجماع على هذا القول عند الإمامية.

أما في زواج المريضة: ((يجوز للمريضة أن تتزوج، وحكم زواجها حكم زواج الصحيحة بلا فرق. لان الأصل كون المريض كالصحيح لعموم الأدلة، وقد خرج زواج الرجل المريض عن حكم الأصل لدليل خارج وبقيت الزوجة على الأصل مندرجة تحت العموم))¹.
ولئن كان هذا هو رأي كل من جمهور الفقهاء والمالكية والإمامية حول الزواج في مرض الموت من حيث صحة العقد وتوريث كل واحد من الزوجين صاحبه، فإن أولئك الفقهاء قد اختلفوا كما أسلفنا فيما يثبت للزوجة من مهر في الزواج في مرض الموت وفيما يلي تفصيل هذا الاختلاف:

مذهب الحنفية: فرق الحنفية بين ما إذا كان الشخص الذي يتزوج في مرض الموت مديناً أو غير مدين:

1- إذا كان المريض مديناً: فإن تزوج بمهر المثل جاز ذلك وحاصت الزوجة غمماً الصحة بمهرها بعد موته إن لم يكن قد نقدها ذلك المهر في حياته أو بمعنى آخر انه يصار إلى تقسيم المال عليها وعليهم على قدر حصصهم².

وذلك لان مهرها دين لها على زوجها، فيكون مساوياً لديون الصحة لوجوبه بأسباب معلومة لا مرد لها، إذ أن جواز الزواج في مرض الموت، وهو لا يجوز إلا بوجوب المهر، يجعل هذا المهر كدين الصحة وان ظهور وجوب المهر ومعلوميته بناء على ظهور سبب وجوبه وهو الزواج الذي هو غير محتمل الوجوب، إنما يحتم تعلق المهر بحال هذا المتزوج ضرورة، ولكن حيث إن هذا المهر قد يزيد على مهر المثل، فقد قال في الزيادات- من كتب ظاهر الرواية- ((يقدم دين الصحة على الزيادة على مهر مثلها))³.

1- الإمام محمد جواد، المصدر السابق، ص188.

2- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، ج7، ط1، مطبعة الجمالية، القاهرة 1328هـ/1910م، ص225، وما بعدها.

3- جامع الفصوليين، وبهامشه حواشي خير الدين الرملي، لمحمود بن إسرائيل المشهور بابن قاضي سماونة، ج2، ط1 المطبعة الأميرية ببولاق، مصر، 1300هـ، ص171.

2- إذا لم يكن المريض مديناً: فقد اعتبروا التزويج في هذه الحالة جائزاً من رأس المال إذا كان بمهر المثل وذلك لأن التزويج بمهر المثل هو إنفاق لمال المتزوج في حوائجه الأصلية، فيقدم بذلك على وارثه، وإنما يُفد التزويج بمهر المثل لان الزيادة عليه محاباة وهي باطلة إلا أن تجيزها الورثة، لأن حكمها حكم الوصية للزوجة الوارثة والوصية لا تجوز لوأرث إلا أن يجيزها الورثة وان كان النكاح صحيحاً.

مذهب المالكية: فرق المالكية في هذه المسألة بين ما إذا تزوج المريض صحيحة

وبين ما إذا تزوج الصحيح مريضة وبين ما إذا تزوج المريض مريضة مثله.

لذا نبين ذلك في ثلاث حالات:

الحالة الأولى: إذا تزوج المريض صحيحة، فقد فرق المالكية بين موته قبل الفسخ وبين

موته بعده:

أ. فإن مات قبل فسخه، فلها الأقل من الصداق المسمى وصداق المثل من ثلث ماله، سواء دخل بها أو لم يدخل.¹

ب. أما إذا مات بعد فسخه، فينظر: إن كان الفسخ قبل موته وقبل الدخول، فلا شيء لها من المهر وأن كان الفسخ قبل موته وبعد الدخول، كان لها المسمى تأخذه من ثلثه إن مات، ومن رأس ماله إن صح.

الحالة الثانية: إذا تزوجت المريضة صحيحاً، فلها مهرها المسمى من رأس المال، زاد

على صداق المثل أم لا إن كان مدخولاً بها، ومثل الدخول موته أو موتها قبل الفسخ والدخول.²

1- الشرح الكبير على مختصر خليل ومعه حاشية الشيخ محمد عرفة الدسوقي، لأحمد الدردير المالكي، مطبعة مصطفى

الباب الحلبي، مصر، 1373هـ، ص276.

2- الدردير أحمد، وحاشية الدسوقي، المصدر السابق، ص276.

الحالة الثالثة: إذا تزوج المريض مريضه مثله، في هذه الحالة يغلب جانب الزوج ويكون حكم المهر فيها حكم ما لو أفرد الزوج بالمريض¹.

حيث جاء في مواهب الجليل: ((والظاهر أنه إن كان الزوج مريضاً والزوجة مريضة يكون الحكم فيها كالحكم فيما إذا كان الزوج فقط هو المريض)). ويلاحظ أن المالكية قد حكمت بثبوت الصداق في الصور المذكورة مع فساد النكاح ووجوب فسخه، لأن النكاح في المرض غير متفق على فساده بين الفقهاء، وإنما هو مختلف فيه.

وقد أجازوا في النكاح الفاسد المختلف في فساده ثبوت المهر. ولأن الفساد هنا إنما كان لعقده في المرض ولم يؤثر خلافاً في الصداق، وإنما فرق فيما يثبت لها من الصداق بين مرضه ومرضاها لأن الزوج عندما يكون صحيحاً والزوجة هي المريضة، يكون تبرعه معتبراً بخلاف العكس².

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

1- إذا ماتت الزوجة كان لها جميع ما أصدقها، إذ أن لها صداق مثلها من رأس المال والزيادة عليه من ثلث التركة، كما إذا وهب لأجنبية (نمية أو أمة المدخول بها بوطء شبهة الزواج) فقبضته فإنما يكون هذا من الثلث³.

2- أما إذا مات الزوج فينبغي التفريق بين ما إذا كانت الزوجة من أهل الميراث، عند موته (فلها الربع عند عدم وجود الولد ولها الثمن في حال وجوده)، وبين ما إذا لم تكن من أهل الميراث.

1- كفاية الطالب الرباني، شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني لأبي الحسن المالكي، وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي

الصعيدي عليه، ج2، المطبعة التجارية الكبرى، القاهرة، 1356هـ، ص70.

2- الدردير أحمد، وحاشية الدسوقي، المصدر السابق، ص276.

3- الإمام الشافعي، المصدر السابق، ص31.

الوجه الأول: فإن كانت من أهل الميراث عند موته فينظر إن كان أصدقها بصدق المثل، وجاز لها من جميع المال، وإن زاد على صدق المثل، فالزيادة محابة¹.
فإن صح قبل أن يموت جاز لها مع الزيادة من جميع المال لأنه لما صح قبل موته كان ابتداءً نكاحاً وهو صحيح، وإن مات قبل أن يصح بطلت الزيادة على صدق مثلها وثبت النكاح وكان لها الميراث².

الوجه الثاني: أما إذا كانت ممن لا يرث كذمية وأمة، ثم مات وهي عنده، جاز لها جميع الصداق، صداق مثلها من جميع المال والزيادة عليه من الثلث، لأنها غير وارث ولو أسلمت قبل موته أو أعتقت فصارت وارثاً، بطل عنها ما زاد على صدق المثل³.
وهذا الحكم يعلل الوجه السمع للشريعة الغراء إذ أعطت للذمية ما دامت لم تسلم ولأمة ما دامت لم تعتق ما لم تُعطه للزوجة المسلمة أو الزوجة الحرة.

مذهب الحنابلة: قال الحنابلة: يجوز للمريض إن يتزوج في مرض موته، وينفذ المهر من رأس ماله إن كان مهر المثل، لأنه صرف لماله في حاجة نفسه فيقدم بذلك على وارثه أما إذا تزوج بمهر يزيد على مهر مثلها فلها مهر المثل، والمحابة صحيحة إن ماتت قبله⁴.
أما إذا مات المريض قبلها فيفرق بين حالتين:

الحالة الأولى: أن تكون ممن يرثه (أي لا يتوافر فيها مانع من الإرث كالعبودية واعتناق غير الإسلام ديناً). وفي هذه الحالة روايتان عن الإمام أحمد في حكم المحابة:
1- أنها موقوفة على إجازة الورثة، لأنها عطية لوارث، فإن اجتازها الورثة نفذت وإن لم يجيزوها بطلت، وهذا هو القول الصحيح في المذهب⁵.

1- الشافعي، الأم، المصدر السابق، ص31.

2- المصدر نفسه، الصفحة نفسها.

3- المصدر نفسه، ص31 وما بعدها.

4- المغني، المصدر السابق، ص504.

5- الإنصاف، لعلاء بن سليمان المرادوي الحنبلي، ج7، المطبعة الأميرية، الأزهر، بدون تاريخ، ص176.

2- أنها تنفذ من الثلث¹.

الحالة الثانية: أن تكون ممن لا يرثه كذمية وأمة، فلها مهر المثل، وتنفذ المحاباة من الثلث².

مذهب الإمامية:فأنهم يرون بان المريض مرض الموت إذا تزوج ودخل، وكان زواجه بمهر المثل أو اقل أعتبر من صلب المال كما لو اشترى شيئاً بثمن مثله. وإن كان بأكثر من مهر المثل كان الزائد محاباة، فيحتسب من الثلث، أما إذا مات قبل الدخول فلا مهر لها، أما بالنسبة لزواج المريضة مرض الموت فقط قال الإمامية بأنه يجوز للمريضة أن تتزوج، وحكم زواجها كحكم الصحيحة بلا فرق³.

لأن الأصل كون المريض كالصحيح لعموم الأدلة، وقد خرج زواج الرجل المريض عن حكم الأصل لدليل خارج، وبقيت الزوجة على الأصل مندرجة تحت العموم، لهذا لم يشترط لصحة زواجها في مرضها الدخول، بل يصح ويثبت بدونه، ويترتب عليه ميراث زوجها منها واستحقاقها مهرها المسمى إن لم ينقص عن مهر المثل.

1- القواعد، لابن رجب، المصدر السابق، ص103.

2- المغنى، المصدر السابق، ص518.

3- وهذا يدل على إن الشريعة الإسلامية لم تحدث التمييز بين الرجل والمرأة وإنما عاملتهما بمعيار واقعي فهي (أي الشريعة) لم تضعف دور المرأة في الصلاة عند الحيض وغيرها وذلك نتيجة عدم تحملها أعباء الزواج والنفقة على الأولاد واثبت لها الشارع حقا آخر تنفرد به من مثل صحة زواجها ولو كانت في مرض الموت وإذا شك البعض في أن دورها ينقص في الصلاة عندما تكون حائضاً فإن الشارع قد منحها حق عدم جواز طلاق زوجها في طهر عاشرها فيه ديانة لا قضاء. ومن ثم لو رجعنا إلى مقدمة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها المرقم 180/34 والمؤرخ في 1979/12/18 التي تقول: ((وإذ تدرك أن تحقيق المساواة الكاملة بين الرجل والمرأة يتطلب إحداث تغيير في الدور التقليدي للرجل وكذلك في دور المرأة في المجتمع والأسرة. وقد عقدت العزم على تنفيذ المبادئ الواردة في إعلان القضاء على التمييز بجميع أشكاله ومظاهره...)). ومن ثم نجد أن هذه المقدمة تتفق فهي لا تخالف نصا في كتاب ولا حديثا صحيحا ولا تعارض إجماعا ولا تشذ عن قياس صحيح يجوز القياس فيه.

وجاء في الروضة البهية: ((ولو كانت المريضة هي الزوجة، توارثا وان لم يدخل بها على الأقرب كالصحيحة عملا بالأصل وتخلفه في الزواج لدليل خارج لا يوجب إلحاقها به لأنه قياس))¹.

مذهب الزيدية: قال الزيدية: يصح زواج المريض بأكثر من مهر المثل إن لم يتمكن من الزواج بدون هذه الزيادة على مهر المثل، وينفذ من رأس المال، ولا تعتبر الزيادة على مهر المثل إذا لم يتمكن من الزواج بدونها (أي الزيادة على مهر المثل) محاباة، أما إذا تمكن من الزواج منها بمهر مثلها، لم يُجز له الزيادة عليه إلا من الثلث لان له وارثاً إذ تعتبر الزيادة تبرعاً².

مذهب الظاهرية:

- قال ابن حزم: ((وتزويج المريض الموقن بالموقن أو غير الموقن مرضية كذلك أو صحيحة جائز ويرثها وترثه، مات من ذلك المرض أو صح ثم مات وكذلك للمريضة الموقنة وغير الموقنة إن تتزوج صحيحاً أو مريضاً ولها في كل ذلك الصداق المسمى كالصحيحين ولا فرق))³.

ويتبين مما عرضنا له فيما تقدم أن الأمر يمثل احد ابرز المسائل الخلافية في الفقه الإسلامي، ونرى من جانبنا صواب القول بصحة الزواج في مرض الموت وثبوت التوارث بين الزوجين دون تفريق بين أن يكون الزوج هو المريض أو تكون الزوجة هي المريضة ودون تفريق بين ما إذ كان قد دخل بها أو لم يدخل وكذلك دون إيلاء نظر إلى كونها وارثة أو غير وارثة لمانع من موانع الإرث من مثل أن تكون ذمية أو أمة إذ أن هذه الأمور أجمعها تحتم المساواة ولا تقدم تبريراً كافياً للاختلاف وإذا كان جمهور فقهاء المسلمين قد قال

1- الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية، المصدر السابق، ص326.

2- التاج المذهب، ج2، المصدر السابق، ص52.

3- المحلى، لابن حزم، ج10، المصدر السابق، ص25.

بمثل ذلك كلاً أو جزءاً وذلك لأنه اعتمد على الكتاب وما ورد في الأثر وما رجح بالقياس أو العقل.

إذا أقر المريض لزوجته بمهر في مرض موته، هنا نجد أن الفقهاء قد اختلفوا وانقسموا إلى ثلاث فرق:

• **القول الأول:** هو قول الجمهور من حنفية¹ وشافعية² وحنابلة³، وبه قال النخعي وشريح والحسن بن صالح⁴، حيث اعتبروا أن إقرار المريض لزوجته بدين المهر يعتبر صحيحاً إذا كان بمهر المثل أو أقل من ذلك ولا يصدق في الزيادة عليه لأنه إقرار بما تحقق بسببه، وعلم وجوده ولم يقدّم دليل على براءة الزوج منه، فأشبه ما لو كان عليه دين ببينة فأقره بأنه لم يوفه صاحبه.

• **القول الثاني:** قال به المالكية⁵، حيث قالوا بصحة إقرار المريض لزوجته بدين المهر ما لم يتهم، فإن اتهم بمودته وانقطاعه إليها، كما لو كان له زوجة غيرها وله ولد منها، وكان الذي بينه وبين ولده متفاقماً، فلا يجوز إقراره لها.

1- الرملي، نهاية المحتاج، ج6، مصدر سابق، ص 61.

2- ابن قدامي، المغني، ج5، مصدر سابق، ص344

3- ابن حجر العسقلاني، الإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، مج5، المكتبة العصرية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 2001، ص376.

4- الدردير أحمد، الشرح الصغير، مج2، مصدر سابق، ص 177.

5- ابن قدامي، المغني، ج5، مصدر سابق، ص344.

- القول الثالث: وهو ما قال به مسروق والشعبي¹، حيث قالوا بعدم صحة إقرار المريض لزوجته بدين المهر، لأنه إقرار لوارث، فقد سئل مسروق عن الرجل يقر لامرأته بصداقها في مرضه، قال لا يجوز ذلك².
- والرأي الراجح هو قول الجمهور، وذلك بصحة إقرار المريض لزوجته بدين المهر إذا كان بمهر المثل أو دونه، وذلك للأسباب التالية³:
- 1- أن إقرار الزوج المريض لزوجته بمهر المثل أو دونه لا تهمة فيه، بخلاف إقراره لها بزيادة على ذلك فالتهمة عندئذ تكون موجودة في ذلك .
- 2- المهر حق ثابت للزوجة على زوجها، ولم توجد بنية تثبت إستفائه أو إسقاطه بخلاف الإقرار لسائر الورثة، فإن التهمة في الإقرار لهم موجودة ما لم يكن للوارث المقر له بينة أو دليل يثبت صحة ما أقر له به المريض.
- أما إذا أقرت الزوجة المريضة مرض الموت بإستفائه دينها أو قبض مهرها من زوجها، فهنا نجد الفقهاء قد انقسموا إلى فريقين:

1- الإمام الحافظ أبي بكر عبد الله بن محمد بن إبراهيم ابن أبي شيبة، مصنف ابن أبي شيبة، ج4، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض، السعودية، 2004، ص 36.

2- الكساني، بدائع الصنائع، مج7، مصدر سابق، ص 224- أنظر أيضا: السرخسي، المبسوط، ج18، مصدر سابق ص24.

3- سري زيد الكيلاني، مقال بعنوان: حجية إقرار المريض مرض الموت بالحق المالي في الفقه الإسلامي والقانون الأردني، منشور في دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 37، العدد 01، 2010، ص 37.

- القول الأول: ذهب الحنفية¹ والشافعية² إلى صحة إقرارها، لكن الحنفية اشترطوا لصحة إقرارها أن تموت وهي ليست زوجته، وأما إذا أقرت بقبض مهرها فماتت وهي زوجته قبل أن يطلقها، أو كانت معتدة منه لم يجز إقرارها، لأنه إقرار لوarith فلم يصح.³
- القول الثاني: ذهب المالكية⁴ والحنابلة⁵ إلى عدم صحة قرار الزوجة المريضة مرض الموت، وحثهم أنها متهمة في هذا الإقرار.
- ولو أقرت الزوجة في مرضها لزوجها أنه لا مهر لها عليه، صح عند الحنفية⁶، وقال الحنابلة⁷ لا يصح، إلا أن يقدم بينة بأخذه أو إسقاطه.
- وما ذهب إليه الحنفية والشافعية من القول بصحة إقرار الزوجة المريضة بقبض المهر والدين من زوجها أولى بالترجيح، لأن الزوجة غير متهمة في هذا الإقرار فالمهر حقها وقد أقرت بقبضه، وترجيح جانب الصدق في مثل هذه المواطن هو الأحرى والأولى⁸.

1- الموصلي، أبو الفضل عبد الله بن محمد بن محمود الحنفي، الإخبار لتعليق المختار، ج1، ط4، مطبعة محمد علي صبيح، القاهرة، مصر، 1384هـ/1964م، ص 540.

2- ابن حجر العسقلاني، ج5، المصدر السابق، ص 376.

3- الإمام مالك بن أنس الأصبحي، رواية الإمام سحنون، المدونة الكبرى، ج2، ط1، مكتبة الباز، مكة المكرمة السعودية، 1999، ص1012 .

4- المرادوي، الإمام علاء الدين أبو الحسن علي، بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، مصر، 1374 هـ/1955م، ص139.

5- ابن نجيم، زين الدين إبراهيم بن محمد بن حسين بن علي الطوري القادري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق المطبوعة العلمية، القاهرة، مصرن 1311هـ، ص255.

6- ابن مفلح، شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي، الفروع، ج4، ط2، دار مصر لطباعة، القاهرة، مصر، 1379هـ/1960م، ص 609.

7- ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري، فتح القدير شرح الهداية، ج8، ط1، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، مصر، 1389هـ/1970م، ص381.

8- سري زيد الكيلاني، المرجع السابق، ص 37.

خلاصة الفصل الأول

أولت الشريعة الإسلامية وكذا التشريع الجزائري إهتماما وعناية فائقة بالزواج وأحكامه أين وضع له نظاما كاملا محكما سواء من حيث مفهوم الزواج ودليل مشروعيته من الناحية القانونية والشرعية وكذا من حيث أركان الزواج وشروطه في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية أين اتفق المشرع الجزائري مع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن ركن الرضا هو الركن الأساسي الذي يقوم عليه الزواج ويتوقف عليه وجوده، ثم بقية الشروط السالفة الذكر وقد أغفل المشرع الجزائري أحكام الزواج الخاصة بتصرفات المريض مرض الموت ولم يخصص لها مواد قانونية تنظمها بشكل واضح، ولكن نجده لمح لذلك ولو من بعيد من خلال نص المادة 07 مكرر من ق أ ج. (فلا بد من إرفاق ملف طالبي الزواج بشهادة طبية تثبت خلو الأطراف من أي مرض قد يؤثر على مقاصد الزواج الشرعية والقانونية) وبالرجوع إلى نص المادة نص المادة الأولى ف2 من التقنيين المدني الجزائري وكذا نص المادة 222 من ق أ ج في حالة عدم وجود نص قانوني تتم الإحالة الى أحكام الشريعة الإسلامية حيث يمكن للقاضي الأخذ بأي مذهب من المذاهب الفقهية الأربعة.

وقد تعرض القضاء الجزائري لمثل هذه المسائل والخاصة بزواج المريض مرض الموت في عدة قرارات للمحكمة العليا هذه الأخيرة أقرت بصحة الزواج لمريض مرض الموت لاكتمال شروطه وأركانه ومنتج لأثاره ولا غبار عليه، بل ولم يفرق القضاء بين زواج الصحيح وزواج المريض ما دام الزواج مكتمل الأركان والشروط.

ومع ذلك فقد قضت المحكمة العليا بعدم التوارث بين الزوجين في مثل هذه الحالات متأثرة بأقوال فقهاء المالكية، وكذلك فعلت التشريعات المقارنة حيث تركت بالاجتهاد مفتوح للقاضي ليجد المخرج والدليل، وفق ما جاء به الشارع الحكيم.

أما الشريعة الإسلامية فقد ثبت صحة زواج المريض والحق في التوارث بين الزوجين وقد يتزوج الرجل والمرأة على حد سواء، فيكون زواجهما صحيحا، إذا اكتملت جميع أركانه

وشروطه، دون أن نميز إن كان أحد الزوجين أو كلاهما مريضا أو هما من الأصحاء، وهو الرأي الذي أخذ به جمهور الفقهاء، وقالوا بتوارث الزوجين بعضهما لبعضن وقد تم الكلام فيه بشيء من التفصيل وبالأدلة الشرعية في المطلب الثاني للمبحث الثاني من هذا الفصل.

الفصل الثاني

طلاق المريض مرض الموت

الفصل الثاني: طلاق المريض مرض الموت

إن بناء الأسرة المتماسكة لا بد لها من توفر القواعد والأسس السليمة والمتمثلة في الوالدين، فمن رابطة الوالدين تنشئ لنا أفراد جديدة للمجتمع، فبهذه الرابطة تقوى الأسرة وتشتد وتتجاوز هذه العائلة كل المشاكل أما إذا فشلت هذه الرابطة القائمة بين الوالدين يؤدي ذلك إلى انهيار الأسرة وتنفك الرابطة الأسرية، وينتج عن فكها العديد من الآثار ومن أبرزها فك الرابطة الزوجية وخاصة إذا كان الطلاق في حالة المرض المخيف، ومن خلال هذا الفصل سوف نعالج طلاق المريض مرض الموت بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، بحيث تكون دراسة تحليلية مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري وبعض التشريعات المقارنة، وذلك كما يلي:

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للطلاق في ظل القانون الجزائري والشريعة الإسلامية.

المبحث الثاني: الآثار الناجمة عن طلاق المريض مرض الموت في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية.

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للطلاق في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية

تتفك الرابطة الزوجية بعدة طرق فتكون إما بالطلاق من طرف الزوج أو بالتطليق وذلك بطلب من الزوجة جراء ضرر لحق بها أو عن طريق الخلع الذي تطلبه الزوجة في حالة كرهها الشديد لزوجها وعدم رغبتها في استمرار الزواج معه.

هذا ولقد وصف الله تعالى الطلاق بأبغض الحلال عند الله، لما ينتج عنه من حالة حرجة في نفس كل طرف، وهز لكيان الأسرة وتفرقتها وحدوث اضطراب لأفرادها وخاصة عند وجود أولاد، رغم وجوده كحل جاءت به الشريعة الإسلامية ونصت عليه التشريعات الوضعية المختلفة.

ولدراسة الإطار المفاهيمي للطلاق بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري توجب علينا أن نعرف مفهوم الطلاق من الناحية اللغوية، وأيضا من الناحية الشرعية والقانونية ومدى مشروعيته، ثم علينا أن نعرف أنواع الطلاق من منظور التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية المقارنة، وكذا الشريعة الإسلامية، وهذا ما تم تقسيمه وتحديده في مطلبين.

المطلب الأول: تعريف ومشروعية الطلاق من الناحية القانونية والشرعية.

المطلب الثاني أنواع الطلاق في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية.

المطلب الأول: تعريف ومشروعية الطلاق

يقع الطلاق بين الزوجين لعدة أسباب، منها الجهل بالحياة الزوجية، أو تدخل الأهل في شؤون الحياة الزوجية، أو لوجود الشك أو الغيرة بين الزوجين، أو لأسباب اجتماعية أو ثقافية أو غيرها، ومع ذلك لا بد ان يتم الطلاق على الوجه الشرعي والقانوني الذي رسم له عند المضي فيه، لفك الرابطة الزوجية.

ولمعرفة مفهوم الطلاق توجب علينا أولاً تعريفه وهو ما اشتمل عليه الفرع الأول وتبيين مشروعيته في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف الطلاق

سوف أتطرق في هذا الفرع، إلى تعريف الطلاق من الناحية اللغوية، وفي الاصطلاح القانوني والشرعي، على النحو التالي:

أولاً: تعريف الطلاق لغة

جاء في المقدمات الممهديات بأن اشتقاق لفظ الطلاق مأخوذ من قولك أطلقت الناقة فطلقت إذا أرسلتها من عقال وقيد، فكأن ذات الزوجة موثقة عند زوجها فإذا فارقتها أطلقها من وثاق، والطلاق حل العصمة المنعقدة بين الزوجين¹.

والطلاق مأخوذ من طلق الرجل زوجته تطليقا، أو يقال طلقها بالضم طلاقا، فهي طالق ومطلقة، وطلقت الأسير أي خليته، وحبس فلان في السجن طلقا، أي بغير قيد².

1- أبي الوليد محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي، المقدمات الممهديات، تحقق: محمد حُجي، ج1، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1408هـ/1988م، ص497.

2- الفيروز أبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، مج4، ط3، دار مصطفى البابي الحلبي، مصر 1381 هـ/1952م، ص98.

وفي التعريفات الفقهية هو إزالة القيد والتخليّة،¹ وفي المعجم الوسيط بأنه التّطليق.² وجاء أيضاً في تاج العروس من جواهر القاموس بأنه بمعنيين: أحدهما حلُّ عُقْدَةِ النِّكَاحِ، والآخر بمعنى التّركِ والإرسال.³ ويعني بالطلاق أيضاً، حل الوثاق وهو مشتق من الإطلاق وهو الإرسال والتّرك والتخليّة.⁴

ثانياً: التّعريف الاصطلاحي للطلاق

لقد عرف فقهاء المذاهب الأربعة الطلاق ولقد تطرق إليه القانون الجزائري بشيء من التفصيل، وسوف نوضح تعريف الطلاق عند كل منهما كالآتي:

1- تعريف الطلاق في القانون الجزائري

لقد نصت عليه المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري: (يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة)⁵. وتعني هذه المادة أنه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج، بإرادة الزوج لها اعتبار في حل عقد الزواج بالطلاق، فإذا كان وجود الطلاق لينتج أثره المترتب عليه لا يكون إلا بحكم يصدر من القاضي.⁶

1- محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، التّعريفات الفقهية، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1424هـ/2003م ص136.

2- إبراهيم مدكور وإبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط، ج1، ط1، د ب ن، القاهرة، مصر، 1392هـ/1972م ص590.

3- محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، تح: عبد الكريم الغرابوي، ج26، ط2، د ب ن الكويت، 1410هـ/1990م، ص93.

4- ابن منظور، ج10، المصدر السابق، ص226.

5- المادة 48 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984 المعدل بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 والمتضمن: قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

6- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2014م، ص102.

وجاءت المادة 49 من ذات القانون في بيانها للطلاق في قولها: (لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح، يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين....)¹.

ما يفهم من هذه المادة أن الطلاق بالإرادة المنفردة المذكور في نص المادة 48 الآنفه الذكر لا وجود له من الناحية القانونية، لأن الطلاق حسب المادة 49 لا يقع إلا عن طريق استصدار حكم قضائي.

وهنا يقول الدكتور بن شويخ، (بأن حكم القاضي يكون منشأ للطلاق، لأن النص أشار إلى ضرورة الصلح قبل الحكم، وخلال ثلاثة أشهر قبل الحكم، واستعمال الصلح يكون خلال سير دعوى الطلاق وخلال الخصام بين الزوجين، كما دلت على ذلك النصوص الشرعية)². ويرى الدكتور بن شويخ الرشيد أيضا في تعريفه للطلاق: أنه يعني إنهاء الرابطة الزوجية بين الزوجين بلفظ يفيد الطلاق صراحة أو ضمنا³.

وقد عرف الطلاق الدكتور العربي بلحاج، بأنه الفرقة وهي من الافتراق، ويراد بها انتهاء عقد الزواج بسبب من الأسباب التي توجب انتهاءه. أو هي ما يترفع به عقد الزواج وتتحل به الرابطة الزوجية، وانقطاع بين الزوجين من علاقة⁴.

والفرقة تنقسم إلى قسمين: فرقة فسخ وفرقة طلاق، فالطلاق هو إنهاء الرابطة الزوجية وهو إما أن يكون رجعيا أو بائنا بينونة صغرى، أو بائنا بينونة كبرى، أما الفسخ هو إزالة ما

1- المادة 49 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984 المعدل بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 والمتضمن: قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

2- بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 180.

3- المرجع نفسه، ص 172.

4- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 205.

يترتب على العقد من أحكام، وقد يكون الفسخ لخلل صاحب نشوء العقد، كما لو نشأ العقد غير لازم، وقد يكون الفسخ لخلل طراً على العقد بعد نشوئه تاماً صحيحاً¹.

وقد عرف القضاء الجزائري الطلاق وفق ما جاءت به المحكمة العليا، بقولها: (من المقرر شرعاً أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة، وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره، أما التطليق فهو حق للمرأة المتضررة، وترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية)².

رأينا من خلال تعريف الطلاق في القانون الجزائري حسب ما ورد في المادة 48 والمادة 49 من قانون الأسرة الجزائري أنه قد توافق مع المذاهب الأربعة لفقهاء الشريعة الإسلامية في عبارة "حل قيد" وإنهاء العلاقة الزوجية وهذا لا يتأتى إلا عن طريق حكم قضائي.

2- تعريف الطلاق في الشريعة الإسلامية: وهذا ما سوف نبينه من خلال تعاريف الفقهاء الأربعة، وكذا بعض تعريفات الفقهاء المعاصرين على النحو التالي:

أ. عند الحنفية: هو رفع قيد النكاح، ومعنى رفع قيد، أي حل العقدة وهي بفك رابطة النكاح والمراد برفع العقد رفع أحكامه، لأن العقود كلمات لا تبقى بعد التكلم بها وأما بيان ما يرفع حكم النكاح فالطلاق³.

ب. عند المالكية: هو رفع قيد النكاح المنعقد بين الزوجين بألفاظ مخصوصة⁴.

1- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 206.

2- م ع ج، غ أ ش، ملف رقم: 35026، بتاريخ: 1984/12/03، م ق، ع4، لسنة 1989، ص 86.

3- محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار. تحقق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، ج4، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 1423هـ/2003م، ص424-425.

4- الصادق عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج2، ط1، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، 1422هـ/2002م، ص663.

وجاء في الهداية الكافية الشافية لابن عرفة بأنه صفة حكيمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته، موجباً تكرُّرها مرتين للحرِّ ومرةً لذي رِقِ حِرْمَتِها عليه قبل زوجٍ، ولقد قال بأن هذا التعريف يقصد على معنى الطلاق لا على ما يوجب الطلاق¹.

ج. عند الشافعية: هو حل قيد النكاح أو بعضه، وكلمة بعضه معطوفة على أي شيء؟ معطوفة على قيد فيكون على بعض قيده؛ وذلك لأن الطلاق قد يكون بائناً تبين به المرأة ولا تحل إلا بعد زوج، وقد تكون غير بائن، يعني: طلاقها يكون دون الثلاث فهذا حل لبعض القيد وليس حلاً للقيد، وذلك لأن الزوج في هذه الحال يمكنه أن يراجع حكم الطلاق².

د. عند الحنابلة: هو حل قيد النكاح أو بعضه، إن كان بائناً فهو حل لقيد النكاح كله، وإن كان رجعيًّا فهو حل لبعضه، ولهذا إذا طلق مرة نقص فيبقى له طلقتان، وإذا طلق اثنتين بقي له واحدة.

وإذا تأملت وجدت أن الزوج هو الذي بيده الأمر، وأن المرأة عنده كالناقاة المعقولة؛ ولهذا أمر النبي عليه الصلاة والسلام أن نتقي الله في النساء³.

حدثني أبي أنه شهد حجة الوداع مع رسول الله ﷺ فقال: "ألا واستَوْصُوا بالنِّسَاءِ خَيْرًا فَإِنَّمَا هُنَّ عَوَانٌ عِنْدَكُمْ"⁴ والعاني هو الأسير، وبه يظهر ما فضل الله به الرجل على المرأة، ونعرف أن الذين ينادون بتسوية الرجل والمرأة قد ضادوا الله تعالى في حكمه الكوني

1- أبي عبد الله محمد الأنصاري الرضاع، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق ابن عرفة الوافية. تح: محمد أبو الأجنان والظاهر المعموري، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1993م، ص271-273.

2- محمد بن صالح العثيمين، فتح ذي الجلال والإكرام بشرح بلوغ المرام، تحق: صبحي بن محمد رمضان وأم إسراء بنت عرفة بيومي، ج5، ط1، المكتبة الإسلامية، د ب ن، 1427هـ/2006م، ص3.

3- المرجع نفسه، ص5-6.

4- أخرجه: محمد بن عيسى الترمذي، الجامع الكبير. تحق: بشار عواد معروف، ج2، ط1، دار الغرب الإسلامي بيروت، لبنان، 1996م، كتاب الرضاع، باب ما جاء في حق المرأة على زوجها، حديث رقم 1163، ص 455.

والشرعي؛ لأن المرأة لا تساوي الرجل لا من حيث الخِلق ولا من حيث الخُلق، ولا من حيث العقل فلا تساوي بأي حال من الأحوال.

وأن الطلاق لا يكون إلا بعد نكاح؛ لأنه حل قيد النكاح، فقبل النكاح لا طلاق فلو قال رجل لامرأة: إن تزوجتك فأنت طالق فتزوجها، ما تطلق¹.

هـ. هو أما تعريف الطلاق عند الفقهاء المعاصرين، فسوف نورد بعض تعريفاتهم على النحو التالي:

- عرف بدران أبو العينين بدران الطلاق، بأنه: رفع قيد الزواج في الحال، أو في المآل، بلفظ يفيد ذلك صراحة، أو كناية أو ما يقوم مقام الكناية والإشارة².

- وعرفه البغدادي بأنه رفع قيد النكاح، في الحال والاستقبال، بعبارة وألفاظ تفيد الطلاق صراحة أو معنى³.

وجميع هذه التعريفات تؤدي معنى واحد، مؤداه أن الطلاق يرفع حلية الاستمتاع والاستمرار في العلاقة الزوجية، غير أنه أفضل تعريف للطلاق، من حيث كونه جامعاً مانعاً مفصلاً، وذلك بطريقة سهلة بسيطة، هو تعريف الحنفية، بقولهم أن الطلاق هو رفع قيد النكاح الصحيح حالاً أو مآلاً بلفظ مخصوص.

الفرع الثاني: مشروعية الطلاق

الطَّلَاقُ مشروعُ بآيات قرآنية وأحاديث من السنة النبوية وشُرِعَ بالإجماع أيضاً.

أولاً: دليل مشروعية الطلاق من القرآن الكريم

يوجد في كتاب الله عز وجل آيات كثيرة عن الطلاق وسنذكر بعضها منها:

1- قال الله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَاِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: 229].

1- محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع. مرجع سابق، ج13، ص6-7.

2- بدران أبو العينين بدران، ج1، المرجع السابق، ص302.

3- مولاي ملياني بغدادي، حقوق المرأة في الشريعة والقانون، قصر الكتاب، الجزائر، 1997، ص194.

لقد كان تفسير هذه الآية في كتاب ابن كثير كما يلي: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ﴾ [البقرة:229]: أن الله عز وجل أباح الرجعة في المرة والثنتين، وأبانها بالكلية في الثالثة، أما ﴿فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة:229]: أي إذا طلقها واحدة أو اثنتين، فأنت مخير ما دامت عدتها باقية، بين ان تردها إليك ناوياً بالإصلاح بها والإحسان إليها، وبين أن تتركها حتى تنقضي عدتها، فتبين منك وتطلق سراحها محسناً إليها، لا تظلمها من حقها شيئاً، ولا تضار بها¹.

2- وقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ [الطلاق:1].

لقد فسرت في كتاب ابن كثير أيضاً كالاتي: خوطب النبي صلى الله عليه وسلم أولاً تشريفاً وتكريماً، ثم خاطب الأمة تبعاً، وقول الله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ﴾ [الطلاق:1]؛ أي لا يطلقها وهي حائض ولا في طهر قد جامعها فيه، وأن يحفظوا ويعرفوا ابتداء وانتهاء العدة، وأن يتقوا الله في هذا الأمر.

وقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ﴾ [الطلاق:1]؛ أي: في مدة العدة لها حق السكنى على الزوج ما دامت معتدة منه فليس للرجل أن يخرجها.

ولا يجوز لها أيضاً الخروج، وقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ﴾ [الطلاق:1] أي: لا يخرجن إلا أن ترتكب المرأة فاحشة مبينة، فتخرج من المنزل والفاحشة المبينة تشمل الزنا، وقوله تعالى: ﴿وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾ [الطلاق:1] أي: شرائع ومحارم الله، وإن تعدى حدود الله أي يخرج عنها ويتجاوزها إلى

1- الإمام الجليل الحافظ عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير الدمشقي، تفسير القرآن الكريم. تح: مصطفى السيد وآخرون، ج2، ط1، دار الفاروق الحديثة، القاهرة، مصر، 1421هـ/2003م، ص 340-341.

غيرها فقد ظلم نفسه بفعل ذلك، وقوله تعالى: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ [الطلاق:1].

أي: إنما أبقينا المطلقة في منزل الزوج في مدة العدة لعل الزوج يندم على طلاقها ويخلق الله في قلبه رجعتها فيكون ذلك أيسر وأسهل.¹

3- قول الله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لَتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوعًا وَادْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ [البقرة:231].

لقد فسرت هذه الآية كالاتي: وإذا طلقتم النساء طلاقاً رجعيّاً مرة أو مرتين، فقاربن انقضاء عدتهن فراجعوهن قبل انتهاء العدة من غير قصد الإضرار وعاملوهن بالحسنى أو اتركوهن حتى تنقضي عدتهن من غير مراجعة ضرراً، ولا تراجعوهن إضراراً وإيذاءً بتطويل العدة لتعتدوا عليهن حتى يلتجأن إلى الفداء بالمال (الخلع) ومن يفعل ذلك فقد عرض نفسه في الآخرة للعذاب، ولا تتخذوا أحكام الطلاق والرجعة طريقاً للهزء واللعب بمخالفتها، وأذكروا نعمة الإسلام وشرائعه بعد أن كنتم في الجاهلية، وأذكروا ما أنزل الله من القرآن والسنة يذكركم ويعلمكم بما أنزل عليكم لتعملوا به، وخافوا الله في جميع أموركم وأعلموا أن الله عالم بكل أعمالكم ومجازيكم عليها.²

ثانياً: دليل مشروعية الطلاق من السنة النبوية

لقد وجدنا أحاديث بكثرة عن الطلاق، ونذكر بعض منها:

1- الحديث الأول: حدثنا إسماعيل بن عبد الله قال: حدثني مالك عن نافع عن عبيد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله ﷺ، فسأل عمر بن الخطاب رسول الله ﷺ عن ذلك فقال رسول الله ﷺ: "مُرَهُ فَلْيُرَاجِعْهَا ثُمَّ لِيُمْسِكْهَا حَتَّى

1- الإمام الجليل الحافظ عماد الدين، مرجع سابق، ج14، ص 26-27-28.

2- وهبة الزحيلي وآخرون، الموسوعة القرآنية الميسرة، ط2، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1436هـ/ 2015م، ص38.

تَطَهَّرَ ثُمَّ تَحِيضَ ثُمَّ تَطَهَّرَ ثُمَّ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ بَعْدُ وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أَنْ يَمَسَّ فِتْلِكَ
الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ أَنْ تُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ¹.

2- الحديث الثاني: عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ، أَنَّ امْرَأَةً ثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ أَنْتَ النَّبِيِّ ﷺ، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ
اللَّهِ! ثَابِتُ بْنُ قَيْسٍ؛ أَمَا إِنِّي مَا أَعِيبُ عَلَيْهِ فِي خُلُقٍ وَلَا دِينٍ، وَلَكِنِّي أَكْرَهُ الْكُفْرَ فِي
الْإِسْلَامِ! فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: "أَتُرِيدِينَ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ؟" قَالَتْ: نَعَمْ، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ
ﷺ: "اقْبِلِ الْحَدِيثَ، وَطَلِّفِيهَا تَطْلِيفَةً"².

3- الحديث الثالث: عن أبي الزبير، أنه سمع عبد الرحمن بن أيمن -مولى عروة-، يسأل ابن
عمر، وأبو الزبير يسمع، قال: كَيْفَ تَرَى فِي رَجُلٍ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ حَائِضًا؟ قَالَ: طَلَّقَ عَبْدُ
اللَّهِ بْنُ عُمَرَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَسَأَلَ عُمَرُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ
فَقَالَ: إِنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ، قَالَ عَبْدُ اللَّهِ: فَرَدَّهَا عَلَيَّ، وَلَمْ يَرَهَا
شَيْئًا، وَقَالَ: "إِذَا طَهَّرْتَ فَلْيُطَلَّقْ أَوْ لِيُؤْمَسِكَ"، قَالَ ابْنُ عُمَرَ: وَقَرَأَ النَّبِيُّ ﷺ: ﴿يَا أَيُّهَا
النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ﴾ [الطلاق: 01]؛ فِي قَبْلِ عِدَّتِهِنَّ³.

ثالثاً: دليل مشروعية الطلاق من الإجماع

يرى عبدالله بن أحمد في كتابه أنه قد أجمع الناس على جواز الطلاق، والعبرة دالة على
جوازه، فإنه ربما فسدت الحال بين الزوجين، فيصير بقاء النكاح مفسدة محضة وضرراً

1- أخرجه: محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع صحيح. تح: محب الدين الخطيب. ج3، ط1، المكتبة السلفية، القاهرة
مصرن 1400هـ، كتاب الطلاق، باب قوله تعالى: (بأيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن، وأحصوا العدة) حديث
رقم 5251، ص 400.

2- أخرجه: محمد ناصر الدين، صحيح سنن النسائي. ج2، ط1، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، 1419هـ/1998م
كتاب الطلاق، باب ما جاء في الخلع، حديث رقم 3463، ص 489.

3- أخرجه: أبي داود سليمان، السنن. ج2، ط1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1418هـ/1997م، كتاب الطلاق، باب في
طلاق السنة، حديث رقم 2185، ص 441-442.

مجردًا بإلزام الزوج النفقة والسكنى وحبس المرأة مع سوء العشرة والخصومة الدائمة من غير فائدة، فاقتضى ذلك شرع ما يزيل النكاح، لتزول المفسدة الحاصلة منه¹.

ويقول القرطبي أنه قد أجمع العلماء، أن من طلق امرأته في طهر لم يمسه فيها، أنه مطلق للسنة، وللعدة التي أمر الله تعالى بها، فدل الكتاب والسنة وإجماع الأمة على أن الطلاق مباح غير محذور².

وقال ابن القطان: وكل قد أجمع على أن الطلاق يحل العقد³.

المطلب الثاني: أنواع الطلاق

سننتظر إلى نوعين من أنواع الطلاق المعروفين شرعا وقانونا وهما: أولاً الطلاق من حيث الرجعة والطلاق البائن، ثانياً: سوف نتطرق أيضاً إلى الطلاق من حيث الإرادة وفيهما قسمان: الطلاق عن طريق إرادة الزوج، والطلاق عن طريق القاضي وفي هذا الأخير نكون أمام نوعان من الطلاق وهما: التطليق والخلع.

الفرع الأول: الطلاق من حيث الرجعة والطلاق البائن

وهذا ما سوف نتعرض له من خلال موقف المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة وكذا موقف الشريعة الإسلامية من هذا النوع من الطلاق.

أولاً: الطلاق الرجعي في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية

أتطرق في هذا العنصر إلى النصوص القانونية التي تعرضت إلى هذا النوع من الطلاق وذلك في التشريع الجزائري وبعض القوانين العربية، ثم أبين موقف الشريعة الإسلامية من الطلاق الرجعي، على النحو التالي:

1- محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني، تح: عبد الله بن عبد المحن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، ج10، ط3 دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 1417هـ/1997م، ص 323.

2- الإمام القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تح: عبد الله التركي ومحمد رضوان وعرقسوسي، ج4، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2006، ص 56-57.

3- ابن القطان الفاسي، الإقناع في مسائل الإجماع، تحق: حسن الصعيدي، ج2، ط1، دار الفاروق الحديثة، القاهرة مصر، 2004م، ص 31.

1- الطلاق الرجعي في القانون الجزائري وبعض التشريعات المقارنة:

أ- الطلاق الرجعي في القانون الجزائري: نصت المادة 50 من ق.أ.ج على الرجعة بأن: (من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد...).

ب- الطلاق الرجعي في التشريعات المقارنة:

ب-1- الطلاق الرجعي في القانون المغربي: وقد سار القانون المغربي بنفس الأحكام التي أوردها المشرع الجزائري في هذا النوع من الطلاق، وهذا ما نجده في نصوص المواد التالية: حيث تنص المادة 123 من مدونة الأسرة المغربية: (كل طلاق أوقعه الزوج فهو رجعي، إلا المكمل لثلاث والطلاق قبل البناء، والطلاق بالاتفاق والخلع والمملك)¹.

وفي نفس السياق تنص المادة 124 من ذات القانون على أن: (إذا رغب الزوج في إرجاع زوجته المطلقة طلاقا رجعيا أشهد على ذلك عدلين ويقومان بإخبار القاضي فوراً...)².

ب-2- الطلاق الرجعي في القانون المصري: تنص المادة 05 من قانون الأحوال الشخصية على أن: (كل الطلاق يقع رجعيا إلا المكمل لثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال وما نص على كونه بائنا في هذا القانون)³.

وتنص المادة 05 مكرر من ذات القانون على أن: (على المطلق أن يوثق إشهاد طلاقه لدى الموثق المختص خلال ثلاثون يوما من إيقاع الطلاق...)⁴.

1- المادة 123 من مدونة الأسرة المغربية، رقم: 70/03 والصادر بتاريخ: 2004/02/05.

2- المادة 124 من مدونة الأسرة المغربية، رقم: 70/03 والصادر بتاريخ: 2004/02/05.

3- المادة 05 من قانون الأحوال الشخصية المصري رقم: 1920/25، المعدل والمتمم بالقانون: رقم: 1925/25، والمعدل والمتمم بالقانون رقم: 2000/01 والصادر بتاريخ: 2000/01/29.

4- المادة 05 مكرر من قانون الأحوال الشخصية المصري رقم: 1920/25، المعدل والمتمم بالقانون: رقم: 1925/25 والمعدل والمتمم بالقانون رقم: 2000/01 والصادر بتاريخ: 2000/01/29.

وفي هذا الطلاق يملك الزوج، حق مراجعة زوجته إلى عصمته، دون الحاجة إلى عقد جديد ولا مهر جديد ولا رضا الزوجة في فترة العدة¹، وهذا ما نصت عليه أغلب التشريعات العربية، إلا أن المشرع المصري قد خالف المشرعين العرب، وذلك بنصه على الإشهاد على الطلاق عند الموثق، وهذا في جميع أنواع الطلاق، وذلك في غضون ثلاثون يوماً من تلفظ الزوج بالطلاق، حتى يعتبر دليل إثبات في حالة التقاضي.

2- الطلاق الرجعي في الشريعة الإسلامية:

أ- المقصود بالطلاق الرجعي: يرى محمد رأفت أنه هو الذي يكون من حق الزوج بعد أن يعيد المطلقة إلى عصمته من غير احتياج في ذلك إلى عقد جديد، ما دامت المرأة لم تنته من العدة، أي لم تنته من المدة التي فرضها الشرع لانتظار المرأة قبل أن تتزوج رجلاً آخر، ولا تتوقف إعادة المطلق للمطلقة الرجعية إلى الزوجية على رضاها أو رضا وليها، فمن حق الزوج أن يعيدها إلى الزوجية بدون عقد جديد بشرط أن يكون ذلك في أيام العدة.²

يرى محمد رأفت أنه هو الذي يكون من حق الزوج بعده أن يعيد المطلقة إلى عصمته من غير احتياج في ذلك إلى عقد جديد، ما دامت المرأة لم تنته من العدة، أي لم تنته من المدة التي فرضها الشرع لانتظار المرأة قبل أن تتزوج رجلاً آخر، ولا تتوقف إعادة المطلق للمطلقة الرجعية إلى الزوجية على رضاها أو رضا وليها، فمن حق الزوج أن يعيدها إلى الزوجية بدون عقد جديد بشرط أن يكون ذلك في أيام العدة.³

ب- أحكام الطلاق الرجعي:

سنذكر خمس أحكام للطلاق الرجعي وهي كالاتي:

1- منى سعودي، الوسيط في أحكام دعاوى التطليق، آل طلال للنشر والتوزيع، ط1، الإسكندرية، مصر، 2015م، ص9

2- محمد رأفت عثمان، فقه النساء في الخطبة والزواج، دار الاعتصام، القاهرة، مصر، د.ت، ص 18.

3- المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

- المطلقة طلاقاً رجعياً زوجة ما دامت في العدة، لها ما للزوجات من نفقة وكسوة ومسكن وعليها ما عليهن من لزوم المسكن، ولها أن تنزّلين له، ويخلو بها ووطأها ويرث كل منهما صاحبه.
- لا يشترط في الرجعة رضا المرأة أو وليها، لقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾ [البقرة:228].
- ينتهي وقت الرجعة بانتهاء العدة، وتعدّ بثلاث حيض، فإذا طهرت الرجعية من الحيضة الثالثة ولم يرتجعها زوجها، بانّت منه بينونة صغرى فلم تحل له إلا بعقد جديد بشروطه: من ولي وشاهدي عدل.
- تعود الرجعية، والبائن التي تزوجها زوجها، على ما بقي لها من عدد الطلاق.
- فإذا استوفى ما يملك من عدد الطلاق فطلقها ثلاثاً، حرمت عليه وبانت منه بينونة كبرى، فلا تحل له حتى يطأها زوج غيره بنكاح صحيح¹.

ثانياً: الطلاق البائن

وهذا ما سوف نبينه من خلال الشريعة الإسلامية والتشريعات المقارنة، وهو على قسمين:

1- الطلاق البائن في القانون الجزائري والتشريعات المقارنة

- الطلاق البائن في التشريع الجزائري وفي بعض التشريعات العربية مقارنة، على نوعين: طلاق بائن بينونة صغرى وطلاق بائن بينونة كبرى، وهذا وفق ما جاء به الفقه الإسلامي.
- أ- الطلاق البائن في التشريع الجزائري: وهو على قسمين:

أ-1- الطلاق البائن بينونة صغرى: لقد نصت المادة 50 من قانون الأسرة على هذا النوع من الطلاق بقولها: (.....ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد)²

1- نخبة من العلماء، الفقه الميسر في ضوء الكتاب والسنة، مجمع الملك فهد، 1424هـ، المدينة المنورة، السعودية، ص317.

2- المادة 50 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 والمتضمن: قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

فالطلاق البائن بينونة صغرى هو الطلاق الذي يمكن فيه استئناف الحياة الزوجية بين المطلق والمطلقة، بعقد وصدق جديدين، وهو الطلاق الذي مضت فيه العدة ولم يراجع الزوج زوجته، ما لم يكن مكمل لثلاث¹.

فالطلاق البائن بينونة صغرى، يزيل الملك ولكن لا يزيل الحل، أي أن للزوج أن يعقد على زوجته من جديد في أي وقت، في العدة أو بعدها².

أ-2- الطلاق البائن بينونة كبرى: نصت المادة 51 على هذا النوع من الطلاق بأن: (لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء)³.

وما ذكر في المادة 51 يقصد به أن لا يجوز للرجل أن يراجع زوجته الذي طلقها ثلاث متتالية وإنما يتطلب الأمر زواج المرأة برجل آخر زواجا شرعيا، فإذا طلقها أو مات عنها بعد الدخول الحقيقي جاز لزوجها الأول أن يتزوجها من جديد⁴.

ب- الطلاق البائن في التشريعات المقارنة

ب-1- الطلاق البائن في القانون المغربي: قد ساير المشرع المغربي المشرع الجزائري في مدونة الأسرة المغربية، واعتبر الطلاق البائن على صنفين: بائن بينونة صغرى وبائن بينونة كبرى، حيث نص في المادة 125 من مدونة الأسرة على أن: (تبين المرأة بانقضاء عدة الطلاق الرجعي)⁵.

1- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، مرجع سابق، ص 328.

2- المرجع نفسه، الصفحة نفسها .

3- المادة 51 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 والمتضمن: قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

4- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 1429هـ/2008م، ص 182-186.

5- المادة 125 من مدونة الأسرة المغربية، رقم: 70/03 والصادر بتاريخ: 2004/02/05.

حيث نص في المادة 126 من ذات القانون على الطلاق البائن بينونة صغرى بقولها: (الطلاق البائن دون الثلاث يزيل الزوجية حالاً، ولا يمنع من تجديد عقد الزواج)¹. ونصت المادة 127 من ذات القانون على النوع الثاني من الطلاق البائن، وهو البائن بينونة كبرى، وذلك بقولها: (الطلاق المكمل لثلاث يزيل الزوجية حالاً ويمنع من تجديد العقد مع المطلقة إلا بعد انقضاء عدتها من زوج آخر بنى بها فعلاً بناءً شرعياً)².

ب-2- الطلاق البائن في القانون المصري، فقد سائر المشرع المصري باقي التشريعات العربية، وهذا تماشياً مع أحكام الشريعة الإسلامية.

الطلاق البائن، فهو الطلاق الذي يلغي الزوجية بمجرد صدوره؛ فلا يستطيع المطلق مراجعة مطلّقه، ولا تعود الحياة الزوجية بعده إلا بعقد ومهر جديدين ورضاء جديد وينقسم الطلاق البائن إلى: طلاق بائن بينونة صغرى، وطلاق بائن بينونة كبرى

الطلاق البائن بينونة صغرى هو طلاق لا تثبت به حرمة مؤقتة؛ لأنه يزيل عقد الزواج ولا يزيل حلّ المرأة؛ فلو طلق الزوج زوجته طليقة بائنة واحدة أو اثنتين، فله أن يعود إليها، سواء في العدة أو بعد نهايتها، بشرط كتابة عقد جديد ودفع مهر جديد³.

وتعتبر المطلقة بائناً أجنبية عن المطلق؛ لهذا ليس لهما الخلوة ولو في العدة، كما يمتنع التوارث بينهما لو مات أحدهما في العدة (إلا لو تم الطلاق في مرض الموت)، ويحلّ بهذا الطلاق مؤخر الصداق⁴.

أما الطلاق البائن بينونة كبرى، فهو الطلاق المكمل للثلاث، وتثبت به حرمة مؤقتة لأنه يزيل عقد الزواج وحلّ المرأة معاً؛ فلا يجوز أن يتزوج بعده الرجل والمرأة من جديد إلا بعد

1- المادة 126 من مدونة الأسرة المغربية، رقم: 70/03 والصادر بتاريخ: 2004/02/05.

2- المادة 127 من مدونة الأسرة المغربية، رقم: 70/03 والصادر بتاريخ: 2004/02/05.

3- جابر عبد الهادي سالم، محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة، مطابع السعدني، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 328 وهذا ما نصت عليه المواد 55، 56، 57 من قانون الأحوال الشخصية المصري، رقم: 1920/25 المعدل والمتمم بالقانون: رقم: 1925/25، والمعدل والمتمم بالقانون رقم: 2000/01 والصادر بتاريخ: 2000/01/29.

4- منى سعودي، المرجع السابق، ص 10 .

أن تتزوج المرأة زواجاً صحيحاً من زوج جديد يدخل بها دخولاً، والقانون المصري يعتبر أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد لا يقع إلا طلاقاً واحدة¹.

2- الطلاق البائن في الشريعة الإسلامية

أ- المقصود بالطلاق البائن

الطلاق البائن قسمه فقهاء الشريعة الإسلامية على نوعان، طلاق بائن بينونة صغرى وطلاق بائن بينونة كبرى .

1- الطلاق البائن بينونة صغرى: هو الذي لا يستطيع الرجل بعده أن يعيد المطلقة إلى الحياة الزوجية المعتادة إلا بعقد جديد ومهر جديد² .

ويكون بالطلاق البائنة الواحدة، وبالطالقتين البائنتين، فإذا طلق زوجته طلاقاً بائنة واحدة أو اثنتين، جاز له العود إليها في العدة وبعدها، ولكن ليس بالرجعة وإنما بعقد جديد³.

2- الطلاق البائن بينونة كبرى: هو الذي لا يستطيع الرجل بعده أن يعيد المطلقة إلى الزوجية إلا بعد أن تتزوج بزواج آخر، زواجا صحيحا ويدخل بها دخولاً حقيقياً ثم يفارقها أو يموت عنها وتتقضي عدتها منه، وذلك بعد طلاق الثلاث، حيث لا يملك الزوج أن يعيد زوجته إليه إلا إذا تزوجت بزواج آخر⁴، وهذا مصداقاً لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾ [البقرة:230]، والبينونة عند إطلاقها تتصرف للصغرى ولا تكون كبرى، إلا إذا كانت ثلاثاً⁵.

1- منى سعودي، المرجع السابق، ص 10، وهذا ما نصت عليه المواد 55، 56، 57 من قانون الأحوال الشخصية المصري، رقم: 1920/25، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 1925/25، والمعدل والمتمم بالقانون رقم: 2000/01 والصادر بتاريخ: 2000/01/29.

2- بن حرز الله عبد القادر، المرجع السابق، ص 237.

3- الموسوعة الفقهية، المرجع السابق، ص 28 - 29 .

4- بن حرز الله عبد القادر، المرجع السابق، ص 237 - 238.

5- الموسوعة الفقهية، المرجع السابق، ص 29 - 30 .

ب- أحكام الطلاق البائن:

ب-1- أحكام الطلاق البائن بينونة صغرى: زوال الملك لا الحل بمجرد الطلاق، فيحرم الاستمتاع والخلو بمجرد الطلاق، ولا تجوز المراجعة إلا بعقد جديد، وينقص به عدد الطلاقات التي يملكها الزوج كالطلاق الرجعي، ويحل الصداق المؤجل بمجرد الطلاق، ويمنع التوارث بين الزوجين، إلا إذا كان الطلاق في مرض الموت، وقامت قرينة على أن الزوج يقصد حرمان الزوجة من الميراث، فإنها عند الجمهور غير الشافعية ترث منه إن مات في العدة، وكذا بعد العدة عند المالكية، معاملة له بنقيض مقصوده، وهذا هو طلاق الفار¹.

ب-2- أحكام الطلاق البائن بينونة كبرى: إزالة الملك والحل معا، ولا يبقى للزوجة أثر سوى العدة، فيحل به الصداق المؤجل، ويمنع التوارث بين الزوجين، إلا إذا كان طلاق فرار عند الجمهور غير الشافعية، كالبائن بينونة صغرى، وتحرم به المطلقة على الزوج تحريما مؤقتا، ولا تحل له حتى تتزوج بزواج آخر، ويدخل بها دخولا حقيقيا، ثم يطلقها أو يموت عنها، وتتقضي عدتها منه، وهذا هو الفارق الجوهرى بين نوعي البينونة².

الفرع الثاني: الطلاق من حيث الإرادة وبحكم القاضي

وهذا ما سوف نبين فيه نوعي الطلاق من حيث إرادة الزوج، والطلاق بطلب من الزوجة، سواء التطلق أو الخلع وهذا ما سوف نبينه من خلال القانون الجزائري والشريعة الإسلامية.

أولاً: الطلاق بإرادة الزوج

وهذا ما سوف نبينه من خلال وجهة نظر بعض القوانين العربية والفقهاء الإسلاميين.

1- الطلاق بإرادة الزوج في القانون الجزائري والتشريعات المقارنة: وهذا ما سوف نتعرض

له من خلال موقف المشرع الجزائري وبعض التشريعات العربية المقارنة.

1- بن حرز الله عبد القادر، المرجع السابق، ص 238.

2- المرجع نفسه، الصفحة نفسها .

أ- الطلاق بإرادة الزوج في القانون الجزائري: قد يجد الزوج في سلوك زوجته ما لا يستطيع البقاء معها على معاشرتها، ولذلك أبيح له الطلاق إذا كان السبيل الوحيد لحل المشكلة التي وقع فيها، وهذا بعد استنفاد جميع الوسائل التي تسبق الطلاق عادة وهي الموعظة الحسنة والهجر في المضجع، والضرب بغرض التأديب، ومحاولات الصلح، فإذا تعثرت هذه الأمور ولم يفلح الزوج فيها جميعاً أمكن له استعمال حقه في الطلاق¹.

وهذا ما تعرض له المشرع الجزائري من خلال المادة 48 من قانون الأسرة إلى الطلاق بإرادة المنفردة، حيث اعتبره حل لعقد الزواج بإرادته فهو بهذا أخذ من فقهاء الشريعة الإسلامية ومنه أن المشرع أوكل مصير العشرة الزوجية إلى الزوج طبقاً لأحكام التي جاء بها القرآن الكريم وبمقتضى السنة، وذلك ليس إنكاراً لحق المرأة، ووضع الشارع الحكيم الطلاق من حق الزوج لأنه أكثر إدراكاً وتقديراً لعواقب الأمور².

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها: (من المقرر قانوناً أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة....)³.

وما جاء أيضاً في قرار آخر للمحكمة العليا: (يعد الطلاق من الحقوق الشخصية للصيقة بشخص الزوج، تتقضي الخصومة بوفاة أحد الزوجين)⁴.

ب- الطلاق بإرادة الزوج في التشريعات المقارنة:

ب-1- الطلاق بإرادة الزوج في القانون التونسي: قد ساير المشرع التونسي نظيره الجزائري في إعطاء الحق للرجل أن يطلق زوجته بإرادته المنفردة، وتجدر الإشارة إلى أن صور

1- بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 175-176.

2- عبد الفتاح تقيّة، قانون الأسرة مدعماً بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، ط1، دار الكتاب الحديث، القاهرة مصر، 1433هـ/2012م، ص 215.

3- م ع ج، غ أش، قرار صادر بتاريخ: 15/06/1999، غير منشور.

4- م ع ج، خ أش، قرار رقم 0740083، م ق، الجزائر، ع02، 2013، ص280.

الطلاق متعددة ومتنوعة في القانون التونسي سواء في طبيعتها أو في نظامها القانوني، وقد تطرق إليها المشرع في الفصول 31 و39 و40 من مجلة الأحوال الشخصية.

من هذه الأنواع نجد الطلاق بالإرادة المنفردة والذي يقع إما إنشاء من الزوج أو بطلب من الزوجة، كما هو منصوص عليه في القرة الثالثة من الفصل 31 من ذات القانون والآتي نصها: (... بناء على رغبة الزوج إنشاء الطلاق...)¹.

ب-2- الطلاق بإرادة الزوج في القانون السوري: على نفس النهج الذي اعتمده المشرعين العرب، وذلك في الأخذ بهذا النوع من الطلاق من قبل التشريع السوري.

فقد أعطى المشرع السوري، عدة أنواع من الطلاق بالإرادة المنفردة أو الطلاق الإرادي، فإنه يمكن للزوج من خلال تقديم استدعاء للمحكمة أن يطلق زوجته بعد أن يبرز عقد الزواج والبيان العائلي، فيتم الطلاق بعد شهر المصالحة، وتعلم الزوجة بذلك، وهذا طبقاً لنص المادة 180 من قانون الأحوال الشخصية السوري، بقولها: (إذا طلق الرجل زوجته، وتبين للقاضي أن الزوج متعسفا في طلاقها دون ما سبب معقول...)².

2- الطلاق بإرادة الزوج في الشريعة الإسلامية: يرى محمد كمال الدين بأن الطلاق هو الفرقة التي يملكها الزوج وحده، وعبارته فيها هي المعتمدة بإرادة المنفردة ولا يسأل الرجل لأسباب اجتماعية تتعلق بأسرار الأسرة، وخصوصيات الزوجة وقد أكد الرسول ﷺ ذلك في الحديث المروي عنه³:

1- الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، قانون عدد 1981/07 المؤرخ في: 1981/02/18.

2- المادة 180 من قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم: 1953/95، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 1975 /37، المؤرخ في: 1975/12/31.

3- محمد كمال الدين، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007م، ص36.

"إنما الطلاق لمن أخذ بالساق"¹، وهذا الحديث يفيد عن طريق الحصر الموجود فيه بالألا طلاق لغير الزوج.

وبهذا الحديث يثبت أن الطلاق حق الزوج فلا يملكه أحد غيره.²

ثانياً: الطلاق من القاضي

إن الطلاق من القاضي يدخل فيه أمران إما أن يكون فيه تطليق أو خلع بإرادة الزوجة ويكونا من طرف القاضي ونوضح كل منهما كالآتي:

1- **التطليق**: وهذا ما سوف نتعرض له من خلال موقف المشرع الجزائري وبعض التشريعات العربية المقارنة، مع بيان موقف الفقه الإسلامي من التطليق.

أ- التطليق في القانون الجزائري والتشريعات المقارنة:

أ-1- **التطليق في القانون الجزائري**: إن سلطة القاضي التقديرية هي السلطة الوحيدة، في هذا المجال والتي تبين وتظهر وتكشف تعسف الزوج من حيث التعويض ومقداره والضرر اللاحق.³

وما جاء في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لعشرة أسباب يمكن الرجوع إليها في القانون، منها كل ضرر معتبر شرعاً.⁴

1- أخرجه: محمد بن يزيد بن ماجه، السنن. تح: بشار عواد معروف، ج3، ط1، دار الجيل، بيروت، لبنان، 1418هـ/1998م، كتاب الطلاق، باب طلاق العبد، حديث رقم 2081، ص469.

2- محمد كمال الدين، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء مرجع سابق، ص36.

3- عبد الفتاح تقيّة، قانون الأسرة مدعماً بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، مرجع سابق، ص 219.

4- المادة 53 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 والمتضمن: قانون الأسرة، المعدل والمتمم

والمادة 53 مكرر من نفس القانون أن: (يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها)¹.

ومن حق الزوجة وحدها طلب الطلاق، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بقولها: (...ترفع دعوى الطلاق أو التطليق قبل البناء من طرف لزوجـة..)².

وجاء قرار آخر من المحكمة العليا يؤكد حق الزوجة في طلب التطليق بسبب عدم الإنفاق وهو من الأسباب العشرة لطلب التطليق من قبل الزوجة، وذلك بقولها: (متى كان من المقرر فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد على شهرين متتابعين يكون مبررا لطلبها التطليق عن زوجها وذلك وفق ما نص عليه الفقيه ابن عاصم بقوله: الزوج إن عجز عن الإنفاق لأجل شهرين ذو استحقاق بعدهما الطلاق لا من فعله وعاجز عن كسوة كمثلـه، فغن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد فقهية مستمدة من الشريعة الإسلامية. إذا كان الثابت أن المطعون ضده أدين جزائيا من محكمة الجنح بتهمة الإهمال العائلي، وحكم عليه غيابيا بسنة حبسا منقذا، فإن قضاة الاستئناف برفضهم طلب الطاعة المتعلقة بالتطليق خرقوا أحكام هذا المبدأ الشرعي)³.

أ-2- **التطليق في القانون المغربي:** إن المقنن المغربي قد خصص لموضوع التطليق حيزا وافرا من التنظيم المحكم في مدونة الأسرة المغربية، ولا يخلو هذا التنظيم القانوني المغربي، على غرار التشريع الجزائري وباقي التشريعات العربية الأخرى، بأن يعطي للزوجة الحق في الفرقة، جزاء إضرار زوجها بها، وهذا ما نصت عليه المواد القانونية التالية:

تنص المادة 98 من مدونة الأسرة المغربية على أن: (للزوجة طلب التطليق بناء على أحد

الأسباب التالية:

1- المادة 53 مكرر من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 والمتضمن: قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

2- م ع ج، غ أش، ملف رقم: 369494، قرار صادر بتاريخ: 2006/10/11، م ق، ع 2، 2007، ص 2.

3- م ع ج، غ أش، ملف رقم: 34791، الصادر بتاريخ: 1984/11/19، م ق، ع 3، سنة 1989، ص 76.

- إخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج- الضرر-عدم الإنفاق.....¹.
- ويتأكد هذا الحق في حالة عدم إنفاق الزوج على زوجته، وهذا ما نصت عليه المادة 102 من ذات القانون على أنه:(للزوجة طلب التطليق بسبب إخلال الزوج بالنفقة الحالة الواجبة عليه وفق الحالات والأحكام الآتية :
- إذا كان للزوج مال يمكن أخذ النفقة منه، قررت المحكمة طريقة تنفيذ نفقة الزوجة عليه ولا تستجيب لطلب التطليق.
- في حالة ثبوت العجز، تحدد المحكمة حسب الظروف، أجلا للزوج لا يتعدى ثلاثين يوما لينفق خلاله وإلا طلقت عليه، إلا في حالة ظرف قاهر أو استثنائي.
- تطلق المحكمة الزوجة حالا، إذا امتنع الزوج عن الإنفاق ولم يثبت العجز².
- وتنص المادة 113 من ذات القانون مؤكدة على حق الزوجة في طلب التطليق، على أن: (يبت في دعوى التطليق على أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة 98 أعلاه بعد القيام بمحاولة الصلح باستثناء حالة الغيبة، وفي أجل أقصاه ستة أشهر ما لم توجد ظروف خاصة....)³.
- أ-3- **التطليق في القانون المصري:** التطليق للضرر وسوء العشرة في القانون المصري تطلبه الزوجة المصرية المسلمة من القضاء إذا ادّعت وجود أضرار من الزواج لا تستطيع معها دوام العشرة بالمعروف بين أمثالها، وبعد ذلك، يحاول القاضي أولاً أن يصلح بينهما محاولاً إزالة الخلاف، فإن فشل، فإنه ينظر الدعوى مراعيّاً ظروف الزوجين وحالتهم الاجتماعية والثقافية، فلو تحقق القاضي من وجود ضرر يستحيل معه استمرار المعاشرة الزوجية، قام بتطليقهما طليقة بائنة⁴.

1- المادة 98 من مدونة الأسرة المغربية، رقم: 70/03 والصادر بتاريخ: 2004/02/05.

2- المادة 102 من مدونة الأسرة المغربية، رقم: 70/03 والصادر بتاريخ: 2004/02/05.

3- المادة 113 من مدونة الأسرة المغربية، رقم: 70/03 والصادر بتاريخ: 2004/02/05.

4- منى سعودي، مرجع سابق، ص 65.

وهذا ما أكدت عليه المادة 06 من قانون الأحوال الشخصية المصري بقولها: «إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يُستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها، يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق، وحينئذ يطلقها القاضي طلاقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما....»¹.

ب- التطلاق في الشريعة الإسلامية: يكون بوجود ضرر ويكون هذا الضرر إما من الزوجة تارة ومن الزوج أخرى، فإن كان الضرر من الزوجة يكون بتأديبها والصلح وإن كان نشوز منها فيكون الطلاق بيد الزوج، وإن كان من الزوج والمرأة لا تملك الطلاق فتبقى المرأة ضحية ولهذا جعل الشرع الحكيم للمرأة الحق في أن ترفع أمرها إلى القضاء إذا وقع عليها الضرر من الزوج وجعل للقاضي الحق في أن يطلق على الزوج على الرغم منه إذا ثبت له الضرر، وهذا المعنى الذي يكون به التطلاق².

2- الخلع في الشريعة الإسلامية والتشريعات المقارنة: وهذا ما سوف نعرفه من خلال التعرف على هذا النوع من الطلاق المسمى الخلع في التشريع الجزائري وبعض لتشريعات المقارنة، وكذا في الشريعة الإسلامية.

أ. الخلع في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة

1.1- الخلع في القانون الجزائري

وجاء في قانون الأسرة الجزائري في المادة 54: (يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي).

1- المادة 06 من قانون الأحوال الشخصية المصري، رقم: 1920/25، المعدل والمتمم بالقانون: رقم: 1925/25 والمعدل والمتمم بالقانون رقم: 2000/01 والصادر بتاريخ: 2000/01/29.

2- الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته. ج3، مرجع سابق، ص 12.

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم¹.

الخلع في هذه المادة هو اتفاق الزوجين على الطلاق نظير عوض تدفعه الزوجة لزوجها إذا كرهت العشرة والعيش مع زوجها².

أ.2- **الخلع في القانون المغربي**: نص المشرع المغربي على أحكام الخلع في المواد من: 115 إلى 120 من مدونة الأحوال الشخصية.

حيث تنص المادة 115 من ذات القانون على أنه: (للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع طبقاً لأحكام المادة 114 أعلاه)³.

وتنص المادة 120 من ذات القانون: (إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع، واختلفا في المقابل، رفع الأمر إلى المحكمة لمحاولة الصلح بينهما، وإذا تعذر الصلح، حكمت المحكمة بنفاذ الخلع بعد تقدير مقابله، مراعية في ذلك مبلغ الصداق، وفترة الزواج وأسباب طلب الخلع، والحالة المادية للزوجة).

إذا أصرت الزوجة على طلب الخلع، ولم يستجب لها الزوج، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق⁴.

الخلع في القانون المغربي لا يقع بالإرادة المنفردة للزوجة كما في التشريع الجزائري بل لابد من الاتفاق عليه حسب التشريع المغربي، والأصل فيه موافقة الزوج وفي حالة عدم الاتفاق تلجأ الزوجة إلى القضاء، أما المشرع الجزائري فلا يتطلب موافقته حتى يقع هذا النوع من الطلاق⁵.

1- المادة 54 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 والمتضمن: قانون الأسرة، المعدل والمتمم، ص 13.

2- بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 208.

3- المادة 115 من مدونة الأسرة المغربية، رقم: 70/03 والصادر بتاريخ: 2004/02/05.

4- المادة 120 من مدونة الأسرة المغربية، رقم: 70/03 والصادر بتاريخ: 2004/02/05.

5- بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 213 - 214 .

أ.3- الخلع في القانون المصري الخلع هي دعوى ترفعها الزوجة المسلمة، في حالة عدم التراضي بينها وبين زوجها على الطلاق، وتتنازل بمقتضاها عن جميع حقوقها المالية الشرعية، وتشمل: مؤخر الصداق، ونفقة العدة والمتعة، كما ترد لزوجها مقدم الصداق وذلك كي تقوم المحكمة بمخالعة زوجها وتطليقها منه¹.

ولا تستطيع المحكمة أن تحكم بالتطليق للخلع إلا بعد أن تحاول الصلح بين الزوجين وذلك بنداب حكيم لهذا الغرض، خلال مدة لا تزيد عن ثلاثة أشهر، فإذا عجزت المحكمة عن الصلح، فإنها تحكم بالتطليق، ويكون الحكم بالتطليق للخلع غير قابل للطعن، كما يجوز للزوجة المسيحية أن ترفع دعوى خلع على زوجها إذا كانت مختلفة مع زوجها في الدين أو في المذهب أو الطائفة².

وهذا وفق ما جاءت به المادة 20 من قانون الأحوال الشخصية المصري بنصها: (للزوجين ان يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فان لم يتراضيا عليه واقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها.....)³.

ب. الخلع في الشريعة الإسلامية

يقصد بالخلع عند فقهاء الشريعة، وذلك حسب المذاهب الأربعة، كما يلي:

ب.1- **عند الحنفية:** قالوا: بأنه إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ الخلع أو ما في معناه⁴.

1- عصام أنور سليم، مبادئ النظرية العامة للأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين، مطبعة نور الإسلام الإسكندرية، 2009م، ص 214-216 .

2- المرجع نفسه، ص 215-218.

3- المادة 20 من قانون الأحوال الشخصية المصري، رقم: 1920/25، المعدل والمتمم بالقانون: رقم: 1925/25، والمعدل والمتمم بالقانون رقم: 2000/01 والصادر بتاريخ: 2000/01/29.

4- زين الدين بن إبراهيم بن محمد، مصدر سابق، ج 10، ص 300.

- ب.2- **عند المالكية:** قالوا: هو الطلاق بعوض، وقد عرفه بعضهم بأنه عقد معاوضة على البضع تملك به الزوجة نفسها ويملك به الزوج العوض¹.
- ولا يقع الطلاق بلفظ الفسخ إلا إذا نواه، فإن كان على عوض ونوى بالفسخ الطلاق فهو الخلع².
- ب.3- **عند الشافعية:** قالوا: هو اللفظ الدال على الفراق بين الزوجين بعوض، ويكون بكل لفظ يدل على الطلاق، صريحا أو كناية، يكون خلعا يقع به الطلاق³.
- ب.4- **عند الحنابلة:** قالوا: الخلع هو فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه الزوج من امرأته أو غيرها بألفاظ مخصوصة⁴.

1- خليل ابن إسحاق الجندي المالكي، تح: أحمد جاد، مختصر العلامة خليل، دار الحديث، القاهرة، مصر 1426هـ/2005م، ص 330.

2- محمد البشير شقفة، الفقه المالكي في ثوبه الجديد، ج4، دار القلم، دمشق، سوريا، 1428 هـ/2009 م، ص 264.

3- شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب، مغني المحتاج، ج4، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1415هـ/1995م، ص 439.

4- عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج4، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1424هـ/2003م، ص 343-346.

المبحث الثاني: الآثار الناجمة عن طلاق المريض مرض الموت في القانون

الجزائري والشريعة الإسلامية.

طلاق المريض مرض الموت أو ما يسمى بطلاق الفار كما أطلق عليه من قبل بعض الفقهاء الشريعة الإسلامية، وهو طلاق الزوج زوجته بآثنا في حالة مرض موته. حيث ذهب الفقهاء إلى صحة طلاق الزوج زوجته إذا كان مريضا مرض الموت، كصحته من الزوج غير المريض ما دام كامل الأهلية.

وبهذا أخذ المشرعون العرب على غرار التشريع الجزائري بحكم أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الثاني لتشريع عند معظم هذه البلدان، وقالوا بأن: يقع طلاق المريض مرض الموت كما يقع طلاق الشخص السليم مادام أن المرض لم يؤثر في عقله ومادام أهلا لإيقاعه.

فما موقف فقهاء الشريعة والقانون من توريث المطلقة في حالة مرض الموت، وهل يرث الرجل من الزوجة التي خلعت نفسها منه؟

وعليه سوف يتمحور هذا المبحث، حول الآثار الناجمة عن طلاق المريض مرض الموت؛ الذي سوف أبين فيه أثر استحقاق المطلقة وكذا المطلق للميراث، من وجهة نظر القانون الجزائري والتشريعات المقارنة وكذا الشريعة الإسلامية من خلال المطالب الآتية: المطالب الأول، أثر طلاق المريض مرض الموت على استحقاق الميراث في القانون الجزائري والتشريعات المقارنة.

المطلب الثاني، أثر طلاق المريض مرض الموت على استحقاق الميراث في الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول: أثر طلاق المريض مرض الموت على استحقاق الميراث في**التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة**

ومن خلال هذا المطلب سوف أبين أثر طلاق المريض مرض الموت على استحقاق المطلق للميراث كون المطلق زوج أو زوجة، فقد قسمت هذا المطلب إلى فرعين حيث جعلت في الفرع الأول استحقاق المطلق للميراث في التشريع الجزائري والفرع الثاني استحقاق المطلق للميراث في التشريعات المقارنة، وهي كالآتي:

الفرع الأول: أثر طلاق المريض مرض الموت على استحقاق الميراث في التشريع الجزائري

ومن خلال هذا الفرع سأوضح مدى استحقاق كلا الزوجين للميراث في حالات الطلاق وهذا عندما يكون المطلق أو المطلقة، تتوفر فيهما شروط المريض مرض الموت.

أولاً: موقف المشرع الجزائري في استحقاق المطلقة للميراث

حيث أن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق، وهذا ما أكدته قرار المحكمة العليا المذكور أدناه: "من المقرّر شرعاً وقانوناً بأن مرض الموت مهما كانت خطورته ولا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق عدا إذا كان القصد منه حرمان الزوجة من الميراث، ومن ثم قضاة الموضوع بقضائهم بطلان الطاعة، طبقوا صحيح القانون"¹.

ومن خلال هذا القرار ننظر ماذا قال المشرع عن ميراث الزوجة المطلقة من هذا الطلاق

وكان كما يلي:

فإذا طلق الزوج زوجته وهو مريض مرضاً انتهى به إلى الموت، أو كان في حالة يغلب فيها الهلاك، ثم اتصل بالهلاك من غير رضا الزوجة، فإن كانت المرأة لاتزال في عدتها من طلاقه ترث منه ولو كان الطلاق بائناً، لأنه أراد إبطال حقها في الميراث فيرد عليه قصده مادامت العدة قائمة لبقاء آثار الزوجية، وإذا قام الدليل على أنه لم يرد من طلاقها حرمانها

1- م ع ج، غ أش، قرار رقم 179696، مؤرخ في: 1998/03/17، عدد خاص، ص 98.

من الإرث لم يكن فارقاً فترث منه مادامت في العدة من الطلاق الرجعي، ولا ترث في العدة من الطلاق البائن.

ومن أمارات عدم الفرار في طلاقه أن يكون الطلاق برضاها، أو أن تخالعه على الطلاق، أو أن تكون غير مستحقة للإرث منه عند الطلاق، كأن تكون كتابية، فإن اختلاف الدين مانع الإرث كما هو معلوم¹.

من خلال هذه الآراء نرى أن المشرع الجزائري قد أخذ برأي الحنفية في استحقاق المطلقة للميراث.

ثانياً: موقف المشرع الجزائري في استحقاق الزوج المطلق للميراث

المشرع الجزائري لم يتطرق إلى مسألة الخلع في مرض الموت، ولم يُشير إليه ولو إشارة ضمنية، حيث سكت على هذا الأمر، لذا يجب علينا الرجوع إلى الشريعة الإسلامية استناداً إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، والآتي نصها: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"² التي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية فيما لم يرد فيه نص في القانون، ولاسيما ما يتعلق بصحة الطلاق وإمكانية التوارث بعد وفاة الزوج أو الزوجة.

الفرع الثاني: أثر طلاق المريض مرض الموت على استحقاق الميراث في التشريعات

المقارنة

سوف نتطرق في هذا الفرع إلى مدى استحقاق المطلق للميراث، كون المطلق هو أحد الزوجين المتضرر من الطلاق، وذلك في حالة توفر شروط مرض الموت، وهذا ما سوف نبينه من خلال بعض التشريعات العربية المقارنة.

1- محفوظ بن الصّغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، ط2، دار الوعي، الجزائر 1436هـ/2015م، ص98، 99.

2- المادة 222 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 والمتضمن: قانون الأسرة، المعدل والمتمم، ص37.

أولاً: موقف المشرع السوري في استحقاق الميراث

تطرق القانون السوري في مادة الأحوال الشخصية إلى طلاق المريض مرض الموت وهذا ما نصت عليه المادة 116 من قانون الأحوال الشخصية في نصها: (من باشر سبباً من أسباب البيوننة في مرض موته أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك طائعا بلا رضا زوجته ومات في ذلك المرض أو في تلك الحالة والمرأة في العدة فإنها ترث منه بشرط أن تستمر أهليتها للإرث من وقت الإبانة إلى الموت)¹.

والملاحظ على هذا النص أنه قد أخذ بالشروط التي وضعها ابن تيمية في توريث المطلقة طلاق بائن، وهذا في حالة وقوع الطلاق في مرض الموت، بالإضافة إلى عدم رضا الزوجة المبتوتة بهذا الطلاق².

والسبب في تقرير الإرث، على الرغم من الطلاق: هو معاملة الزوج بنقيض مقصوده فإنه أراد إبطال حق الزوجة في الميراث، فيرد عليه قصده، ما دامت العدة باقية، لبقاء آثار الزوجية³.

فإن دلت القرائن على أنه لم يرد حرمانها من الإرث، كأن يكون الطلاق بطلبها أو عن طريق المخالعة، فلا ترث في عدة الطلاق البائن، وترث في عدة الطلاق الرجعي. ويشترط لإرث المرأة في طلاق الفار: أن تكون مستحقة للإرث منذ الطلاق حتى وفاة الزوج، فإن كانت غير مستحقة للإرث وقت الطلاق كأن كانت كتابية، أو غير مستحقة للإرث وقت وفاة الزوج، كأن كانت مسلمة عند الطلاق، ثم ارتدت عند الوفاة، فلا ترث⁴.

1- المادة 116 من قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم: 1953/95، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 1975/37، المؤرخ في: 1975/12/31.

2- إياد عايد فتحي السمحان، منتهى داود حجازي، مجلة دراسات الشريعة والقانون، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية المجلد 41، ملحق 03، 2014، ص 1070.

3- المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

4- ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج3، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1987م، ص322.

وقد تطرق القضاء السوري أيضا لمثل هذه القضايا، وهذا حسب ما جاء في قرار محكمة النقض السورية بقولها: (إذا كان الزوج الذي طلق زوجته طلاقاً بائناً صحيح الجسم حين إيقاعه الطلاق ترثه زوجته إن مات وهي في عدة الطلاق، ولا اعتبار الطلاق تعسفاً يشترط هنا توفر شرطين:

1- الطلاق بلا سبب مشروع .

2- إصابة الزوجة ببؤس وفاقه ولا تعويض مادام الطلاق رجعيًا، والمطالبة بالتعويض عن الطلاق التعسفي لا تكون إلا بعد انقضاء العدة الشرعية للمطلقة.

فتعويض الطلاق التعسفي لا يستحق إلا عند البيونة وانتهاء العدة ووجود معيل للزوجة، قادر على الإنفاق عليها، لا يسمح لها بطلب التعويض عن الطلاق، وإن قصر مدة الزواج أو طوله، لا علاقة له بادعاء التعسف)¹.

ثانياً: موقف المشرع العراقي في استحقاق الميراث

إن المشرع العراقي قد ذهب إلى عدم وقوع طلاق المريض مرض الموت، وإلى أن الزوجة ترثه إذا مات من مرضه².

وقد نصت المادة 35 ف3 من قانون الأحوال الشخصية: (لا يقع طلاق الأشخاص الآتي بيانهم: - 2: المريض مرض الموت أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك إذا مات في ذلك المرض أو تلك الحالة، وترثه زوجته)³، وهذا على خلاف المادة 116 من قانون الأحوال الشخصية السوري، الذي ينص على وقوع طلاق المريض مرض الموت، مع توريث الزوجة من هذا الأخير، والذي يشترط أن تستمر أهلية المرأة المطلقة للإرث من وقت الإبانة إلى وقت الموت.

1- مجموعة أحكام النقض السورية، مكتبة الحلبي، المبدأ 125، ص 95، أنظر: نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص 150.

2- أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة الإسلامية، دار المعارف، مصر، 1976، ص 47.

3- المادة 35 ف 2 من قانون الأحوال الشخصية العراقي، رقم 188، والصادر بتاريخ: 1959/12/30.

فالمشعر العراقي لم يوفق في صياغة هذا النص، حيث أخط بين عدم وقوع الطلاق وبين توريث الزوجة، وهذا لا يستقيم وغير متفق مع الفقه الإسلامي، وهو مخالف أيضا لما اتفقت عليه قوانين البلاد العربية والإسلامية، بالإضافة إلى أن حقوق الزوجة في الميراث مضمونة مع وقوع الطلاق وهو في مرض الموت¹.

أما القضاء العراقي، فله في ذلك أحكام كثيرة منها ما قضت به محكمة التمييز العراقية بقرارها: (أن الطلاق ملك للزوجة فليس للقاضي منعه من إيقاعه، إن أصر على ذلك وكان أهلا له)².

وفي هذا إشارة صريحة إلى أن المشعر العراقي قد غاب عليه أن الطلاق من حق الزوج، وإلى أن الفقه الإسلامي كان دقيقا في هذا الموضوع، فكان الأجدر عليه أن يدرس هذا الموضوع وفق أحكام الشريعة الإسلامية.

وقد عززت محكمة التمييز العراقية في قرار آخر جاء فيه: (ولأن الطلاق حق شرعي للزوج يستطيع استعماله متى شاء وإن كان أبغض الحلال عند الله)³.
والجدير بالذكر أن محكمة التمييز العراقية قد اشترطت لتحقيق طلاق الفار، أن يكون الزوج مريضا مرض الموت، وأن يموت والزوجة في العدة⁴.

وقد ورد لمحكمة التمييز العراقية قرار آخر وذلك بقولها: (التأكد من مرض الموت في دعوى التفريق، أن الثابت في آراء الفقهاء، إن الزوج إذا طلق زوجته في مرض الموت ثم

1- مصطفى إبراهيم الزلمي، موانع المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية، مطبعة أسعد، بغداد، 1981، ص 74.

2- محكمة التمييز العراقية، قرار رقم: 2024/شريعة/70، والصادر بتاريخ: 1976/03/03، النشرة القضائية، العدد الأول، السنة الثانية، ص 79.

3- محكمة التمييز العراقية، قرار رقم: 1856/شخصية/78، والصادر بتاريخ: 1978/10/17، مجموعة الأحكام العدلية العدد الأول، السنة العاشرة، ص 55.

4- محكمة التمييز العراقية، قرار رقم: 86/شريعة/66، والصادر بتاريخ: 1967/03/15، انظر في كتاب: إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، مطبعة أسعد، بغداد، العراق، 1989، ص 170.

توفي فإن طلاقه يقع شرعا، ولكن زوجته ترثه إذ يعتبر الزوج فارا من توريثها، فيرد عليه قصده¹.

ثالثا: موقف المشرع المصري في استحقاق الميراث

اعتبر المشرع المصري أن طلاق المريض مرض الموت واقعا، كما هو الحال عند طلاق الصحيح، إلا أن زوجته ترثه، وهذا في حالة تحقق الشرطين:

- الشرط الأول: إذا طلقت المرأة بغير رضاها.

- الشرط الثاني: إذا مات الزوج المطلق في أثناء عدتها .

وهذا ما أكدته المادة 11 من قانون المواريث المصري، والأتي نصها: (...وتعتبر المطلقة بائنا في مرض الموت في حكم الزوجة، إذا لم ترض بالطلاق ومات المطلق في ذلك المرض وهي في عدته)²، وهذه المادة تقول بوقوع الطلاق وتوريث الزوجة، وهذا النص متطابق والمادة 116 من قانون الأحوال الشخصية السوري، ويختلف ونص المادة 35 من قانون الأحوال الشخصية الجاري به العمل في العراق.

وفي هذا إتباع لمذهب الإمام أحمد ابن حنبل في توريث المطلقة طلاقا بائنا، في مرض الموت من مطلقها، ومخالفة لما جرى عليه الحكم عند الأحناف³.

وللاجتهد القضائي المصري أحكام كثيرة، وفقا لما قضت به محكمة النقض المصرية وذلك بقولها: (مؤدى نص المادة 11 ف 3 من قانون المواريث رقم: 77 لسنة 1943، أن المشرع الوضعي قرر أخذا بالمذهب الحنفي، أن من كان مريضا مرض الموت وطلق امرأته بائنا بغير رضاها ومات حال مرضه، والزوجة لا تزال في العدة، فإن الطلاق البائن يقع

1- محكمة التمييز العراقية، قرار رقم: 255/ موسعة أولى / 1966، والصادر بتاريخ: 1967/01/22، مجموعة، غير منشور.

2- المادة: 11 من قانون الميراث المصري، رقم: 77 / 1943، والمعدل بالقانون رقم: 219، والصادر بتاريخ: 2017/12/30.

3- جليلي ابتسام، مرجع سابق، ص 72.

على زوجته، ويثبت منه من حين صدوره لأنه أهلا لإيقاعهن إلا أنها ترثه مع ذلك بشرط أن تكون أهلا لإرثه، من وقت إبانته إلى وقت موته، رغم أن المطلقة طلاق بائنا لا ترث لانقطاع العصمة بمجرد الطلاق، استنادا إلى أنه لما أبانها حال مرضه، اعتبر احتياطا فارا هاربا، فيرد عليه قصده لها ويثبت لها الإرث)¹.

كما قضت أيضا بقولها: (بأن المريض مرض الموت، إذا طلق زوجته ثم مات ومطلقاته في العدة يعتبر - متى توافرت الشروط- بطلاقه فارا من الميراث وتقدم المظنة على أنه طلق زوجته طلاقا بائنا في مرض الموت قاصدا حرمانها من حقها الذي تعلق بماله، منذ حلول المرض به، بمعنى أن الطلاق البائن ينبيئ بذاته من غير دليل آخر على القصد، فرد المشرع عليه قصده، وذلك دون حاجة للبحث عن خبايا نفس المريض واستكنا ما يضره)².

المطلب الثاني: أثر طلاق المريض مرض الموت على استحقاق الميراث في الشريعة

الإسلامية

من خلال هذا المطلب أحاول توضيح أثر طلاق المريض مرض الموت على استحقاق المطلقة للميراث في الفرع الأول وفي الفرع الثاني استحقاق الزوج المطلق للميراث كآلاتي:

الفرع الأول: أثر طلاق المريض مرض الموت على استحقاق المطلقة للميراث في الشريعة الإسلامية

إذا طلق المريض مرض الموت امرأته، وكان طائعا مختارا في طلاقها، وكان الطلاق بغير رضاها، وكانت مستحقة للميراث من وقت الطلاق إلى وقت الوفاة، فإنه يعتبر فارا من

1- محكمة النقض المصرية، قرار رقم: 27 والصادر بتاريخ: 1976/01/07، نقلا عن الدكتور عبد الودود يحيى

الموسوعة العلمية لأحكام محكمة النقض، ج2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1984، ص 139-140.

2- محكمة النقض المصرية، قرار رقم: 146 والصادر بتاريخ: 1976/01/07، نقلا عن الدكتور عبد الودود يحيى

الموسوعة العلمية لأحكام محكمة النقض، ج2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1984، ص 139-140.

الميراث بهذا الطلاق البائن في مرض الموت¹، ومن خلال هذا ننظر إلى: رأي فقهاء الشريعة الإسلامية في استحقاق المطلقة للميراث.

أولاً: قول الحنفية

إذا كان الطلاق بطلبها، وثبت الطلب، أو كان الطلاق على مال، فإنه لا يعتبر فاراً، لأن طلبها أزال مظنة الفرار، وإن كانت غير مستحقة للميراث وقت الطلاق وصارت مستحقة له وقت الوفاة لا يعتبر فاراً أيضاً، كأن كانت غير مسلمة وقت الطلاق، ثم أسلمت بعد الطلاق، فإنها لا تكون مستحقة للميراث وإنما زالت مظنة الفرار في هذه الحال؛ لأنها عند الطلاق لا يتصور ميراثها منه لاختلاف الدين، فلا يتصور فاراً من أمر غير متوقع.

ثم لا بد من استمرار الصلاحية للميراث إلى وقت الوفاة، فلو كانت مسلمة عند الطلاق ثم ارتدت، ثم عادت إلى الإسلام لا يعتبر الزواج فاراً؛ لأنها بارتدادها أسقطت حقها من الميراث، والساقط لا يعود، وإذا توافرت الشروط لتحقيق مظنة الفرار، ومات وهي في العدة، فهي ترثه².

ثانياً: قول المالكية

توريثها منه مطلقاً، أي سواء كان بطلبها كالمخيرة والمملوكة والمخالعة، أو بغير طلبها، حتى لو مات بعد عدتها وزواجها من غيره³.

ثالثاً: قول الشافعية: وفيه قولان:

القول الأول: لا ترثه، سواء كان في العدة أو بعدها، سألته الطلاق أو لم تسأله، وبه قال عبد الله بن الزبير وربما أضيف إلى عبد الرحمن بن عوف، وهو قول أبي مليكة وكثير من

1- محمد أبو زهرة، أحكام التركات والموارث، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، د.ت، ص 110.

2- المرجع نفسه، ص 111.

3- الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية. ج 29، مرجع سابق، ص 50.

أهل الآثار، وقال به المزني وداود، وهذا أقيس القولين ودليله: ما رواه سعيد المكي عن النبي ﷺ أنه قال: "لا ترث المبتوتة"¹.

القول الثاني: ينسب إلى القديم أنها ترثه، مالم تختار طلاق نفسها، وبه قال عدد من الصحابة: عمر وعثمان وعلي، ومن الفقهاء ربيعة والليث بن سعد والأوزاعي وسفيان الثوري وأبو حنيفة وأصحابه وأحمد بن حنبل، فإن اختارت طلاق نفسها لا ترثه خلافاً لمالك، فإنه قال: (ترث وإن اختارت الطلاق)، واختيارها للطلاق يكون بأشياء، منها أن تسأله الطلاق فيطلقها، أو يعلقه بمشيئتها فتشاء، أو يعلقه بفعل لها تجد منه بدلاً، كقوله: إن دخلت الدار أو كلمت زيدا، أو لبست هذا الثوب، فأنت طالق، فتفعل شيئاً من ذلك، فيدل على اختيارها للطلاق، لأنها تجد من ذلك بدلاً، فلا تدخل الدار ولا تكلم زيدا ولا تلبس الثوب².

رابعاً: قول الحنابلة

إن المطلقة طلاقاً بائناً في مرض المطلق الذي قصد بطلاقه الفرار من الميراث يكون لها الحق في الإرث، ولو انتهت العدة، فلو مات بعد انتهائها ترثه إلا إذا كانت قد تزوجت قبل موته، وذلك ليرد عليه قصده فترث ما لم يوجد مانع يقطع فرض الزوجية بينه وبينها قطعاً تاماً، وذلك بأن تتزوج من غيره قبل موته؛ لأنها بتزوجها من غيره لا يمكن تصور قيام الزوجية الأولى التي ترث بها، إذ لا يتصور أن يكون لها زوجية من اثنين³.

وكذلك قال به فقهاء الإمامية، ولكن أضافوا له شرطاً، وهو أنه لم يمض على طلاقها مدة أكثر من سنة، وبعد السنة يسقط حقها، وإن لم تتزوج، وعند الإمامية أن مبتوت المريض ترث بشروط والمتمثلة في:

- أن يطلقها وهو في مرض الموت.

1 - أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، ج 7، مكتبة دار البازن مكة، السعودية، 1414هـ/1994م، ص 339.

2- أبي محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، تح: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد المعوض، ج6، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1418هـ/1997م، ص100.

3- الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، مرجع سابق، ص50.

- أن يموت بهذا المرض .

- أن لا تمضي على مدة طلاقها أكثر من سنة.

- أن لا تتزوج بزواج آخر.

وقالوا أيضا لو طلقها مريضا ورثت وإن كان طلاقها بائنا، ما لم تمض السنة ولم يبرأ ولم

تتزوج¹.

الأدلة:

استدل الجمهور (الحنفية، المالكية، الحنابلة) بالآثر والمعقول:

- **الآثر:** فإن عثمان رضي الله عنه ورث تماضر بنت الأصبح الكلبية من عبد الرحمان بن عوف الذي كان قد طلقها في مرضه، فبنتها، وكان ذلك بمحض من الصحابة، فلم ينكر عليه أحد، فكان إجماعا منهم.

- **المعقول:** فهو أن تطليقها بغير اختارها يدل على قصده حرمانها من الإرث، فيعاقب بنقيض قصده، كما يرد قصد القاتل إذا قتل مورثه بحرمانه من الإرث، فترث المرأة حينئذ بسبب الزوجية دفعا للضرر عنها².

أما استدلال الشافعية فقد سبق ذكره في قولهم وهو زوال آثار الزوجية من هذا الطلاق البائن بخلاف المطلقة من الطلاق الرجعي لبقاء هذه الآثار فهي ترث.

ونستخلص من قول الفقهاء حتى يثبت الميراث للمرأة المطلقة من طلاق المريض مرض الموت لابد من توفر الشروط الآتية:

1. ألا يصح الزوج من ذلك المرض، وإن مات منه بعد العدة.

2. أن يكون المرض مخوفا يحجز عليه فيه.

3. أن يكون الطلاق بائن بعد الدخول الحقيقي: فلو كان الطلاق قبل الدخول ولو بعد الخلوة الصحيحة لا يعتبر المطلق فارا ولا تستحق الزوجة الميراث؛ لأن العدة لا تجب بهذا

1- نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبي، المختصر النافع، دار الكتابة العربي، مصر، ص 272.

2- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ط2، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1405هـ/1985م، ص453.

الطلاق، ووجوب العدة بعد الخلوة عند الحنفية ومن وافقهم للاحتياط محافظة على الأنساب، والميراث حق مالي لا يثبت للاحتياط.

4. أن يكون الطلاق بدون رضا الزوجة: أي منه لا منها ولا بسببها، فلو كان برضاها لا يثبت لها الميراث، ولا يصف المطلق بالفرار، وعليه لو كان الطلاق بالتملك والتخيير بأن قال لها: اختاري، والخلع بأن اختلعت منه على مال دفعته له في سبيل تطليقها والتفريق القضائي لعيب في الزوج، ثم مات وهي في العدة، لم ترثه، لتحقيق رضاها بإبطال حقها في الميراث.

5. أن تكون الزوجة أهلا للميراث من زوجها وقت الطلاق، وأن تستمر هذه الأهلية إلى وقت الموت، فإذا لم تكن أهلا للميراث وقت الطلاق، بأن كانت كتابية وهو مسلم، فلا يثبت لها الميراث، لعدم تحقيق صفة الفرار، ولو كانت مسلمة وقت الطلاق، ثم خرجت عن هذه الأهلية قبل الموت فارتدت، فإنها لا ترث؛ لأنها بالردة سقط حقها في الميراث ولا يعود لها عند الجمهور غير المالكية هذا الحق بالإسلام؛ لأن الساقط لا يعود. وقال مالك: لو عادت لإسلام بعد أن ارتدت ثم مات في عدتها، فإنها ترثه؛ لأنها مطلقة في مرض، فأشبهه ما لو لم ترتد¹.

وخلاصة القول: أن المريض مرض الموت، قد تعلق حق الورثة بماله من حين مرضه حتى موته، وأصبح محجورا عليه بالنسبة للورثة، فليس له حق التصرف في مرض موته إلا في حدود الثلث، وإذا كان الأمر كذلك، فليس له في مرضه الذي مات فيه أن يحرم بعض الورثة من ميراثه، ويخص بعضهم بالإرث، كما ليس له بعد الموت ذلك.

كما أنه ليس للمريض بعد الموت بمرضه المخوف أن يقطع حق زوجته من الميراث لا بطلاق ولا بغيره، لأنه من حقوقها المتعلقة بمال المريض من حين مرضه، وإن كان يحق له أن يقطع نفسه منها بإيقاع الطلاق في مرضه، ولكن حقها يبقى ثابتا في ماله لكونه متهما

1- وهبة الزحيلي، ج7، مرجع سابق، ص454، 455.

بحرمانها من الميراث، لذلك فإن القول الراجح في أنها ترث من زوجها، وذلك لأخذ حقها واستقرارها¹.

الفرع الثاني: أثر طلاق المريض مرض الموت على استحقاق الزوج المطلق للميراث في الشريعة الإسلامية.

في هذا الفرع سأوضح رأي فقهاء الشريعة الإسلامية في استحقاق الزوج المطلق للميراث من خلال ما جاء في المذاهب الربعة، كما يلي:

أولاً: قول الحنفية

فقد صححوا خلعها بشرط ألا يزيد عن الثلث مما تملك، وأنها متبرعة، والتبرع في مرض الموت وصية، والوصية لا تنفذ إلا من الثلث للأجنبي والزوج صار بالخلع أجنبياً. قالوا: وإذا ماتت هذه المخالعة المريضة وهي في العدة، لا يستحق زوجها إلا أقل هذه الأمور، بدل الخلع، وتلت تركتها، وميراثه منها؛ لأنه قد تتواطأ الزوجة مع زوجها في مرض موتها وتسمي له بدل خلع باهظاً، يزيد عما يستحقه بالميراث، فلأجل الاحتياط لحقوق ورثتها، ورداً لقصد المتواطئ عليه، قلنا: إنها إذا ماتت في العدة لا تأخذ إلا أقل الأشياء الثلاثة، فإذا برئة من مرضها ولو تمت منه، فله جميع البديل المسمى؛ لأنه تبين أن تصرفها لم يكن في مرض الموت.

أما إذا ماتت بعد انقضاء عدتها فله بدل الخلع المتفق عليه، بشرط ألا يزيد عن ثلث تركتها لأنه في حكم الوصية².

1- محمد عطشان عليوي، حكم طلاق المريض مرض الموت، مقال منشور بمجلة الفتح، ع2، سنة 2005، بمعهد اعداد المعلمين / ديالي، ص 170-171.

2- علي أحمد عبد العال الطهطاوي، تنبيه الأبرار بأحكام الخلع والطلاق والظهار، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1424هـ/2004م، ص46.

ثانياً: قول المالكية

يحرم على الزوجة المريضة مرضاً مخوفاً أن تخالع زوجها، وكذا يحرم على الزوج لإعانتها لها على الحرام، وينفذ هذا الخلع إن وقع، ولا توارث بينهما إن كان الزوج صحيحاً، ولو ماتت في عدتها.

ومحل المنع إن زاد الخلع على إرث الزوج منها ولو ماتت، بأن كان - مثلاً - إرثه منها عشرة، وخالعه بخمسة عشر، وأولى لو خالعه بجميع مالها. ودليل منع الخلع بأكثر من إرث الزوج ما في ذلك من التهمة بالفرار بالمال من الورثة.

فإن خالعه بقدر إرثه منها فأقل جاز، ولا يتوارثان وإن خالعه بأكثر من إرثه منها ردّ الزائد على إرثه.

والوقت المعتبر في ردّ الزائد هو يوم موتها لا يوم الخلع، وحينئذ فيوقف جميع المال الخالع به يوم الموت، فإن كان قدر إرثه فأقل استقلّ به الزوج، وإن كان أكثر ردّ ما زاد على إرثه كما قاله اللخمي خلافاً لابن رشد القائل بأنه لا شيء له أصلاً حيث كان زائداً.

فإن صحت من مرضها تمّ الخلع، وأخذ الزوج جميع ما خالعه به، ولو أتى على جميع مالها، ولا توارث بينهما على كل حال، سواء ماتت قبل الصحة أو بعدها، انقضت العدة أم لا؛ لأن الطلاق بائن¹.

ثالثاً: قول الشافعية

الخلع في المرض وأصحّه جائز، كما يجوز البيع في المرض والصحة، وسواء أيهما كان مريض، أحدهما دون الآخر، أو هما معاً، ويلزم فيه ما سمى الزوج من الطلاق.

قال: فإن كان الزوج المريض فخالعها بأقل من مهر مثلها ما كان، أو أكثر، فالخلع جائز، وإن مات من المرض؛ لأنه لو طلقها بلا شيء كان الطلاق جائزاً.

قال: وإن كانت هي المريضة وهو صحيح، أو مريض، فسواء.

1- الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج4، ط2، مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان، 1426هـ/2005م، ص16.

وإن خالعته بمهر مثلها أو أقل، فالخلع جائز، وإن خالعته بأكثر من مهر مثلها ثم ماتت من مرضها قبل أن تصح، جاز لها مهر مثلها من الخلع، وكان الفضل على مهر مثلها وصية يخص أهل الوصاية بها، ولا ترث المختلعة في المرض ولا في صحة زوجها، ولا يرثها ولو مات أحدهما وهي في العدة¹.

رابعاً: قول الحنابلة

إذا خالعت المريضة بميراثه منها فما دونه صح ولا رجوع عليه في شيء، وإن خالعته بزيادة على ميراثه منها بطلب الزيادة وللورثة الرجوع عليه في الزيادة لأنها متهمة في أنها قصدت الخلع لتوصل إليه شيئاً من مالها زيادة عما يستحقه من ميراثه منها، وأما قدر ميراثه منها فلا تهمة فيه؛ لأنها لو لم تخالعه لورث ميراثه منها، وإذا برئة من مرضها ذلك صح الخلع وله جميع ما خالعت به؛ لأنه تبين أن المرض ليس مرض موت².

والقول الراجح وهو كما يلي:

بعد عرض آراء المذاهب والنظر في استنتاجاتهم تبين لنا أن المختار هو رأي الحنابلة وما ذهب إليه ابن القاسم من المالكية وهو:

أن الزوج يأخذ الأقل من بدل الخلع أو من ميراثه حيث لا محل لمراعاة الثلث ما دام أن الزوج قد يرث أكثر منه³.

1- محمد بن إدريس الشافعي، الأم، تح: رفعت فوزى عبد المطلب، ج6، ط1، دار الوفاء، القاهرة، مصر، 1422هـ/2001م، ص508، 509.

2- أبو بكر إسماعيل محمد ميقا، أحكام المريض في الفقه الإسلامي، د م ن، د ب ن، دت، ص184، 185.

3- عامر السعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، ط1، دار الحزم، بيروت، لبنان، 1418هـ/1997م ص112.

خلاصة الفصل الثاني

يراد بالطلاق انتهاء عقد الزواج بسبب من الأسباب التي توجب انتهاءه، سواء بالإرادة المنفردة أو بالتراضي أو عن طريق التفريق القضائي.

وقد نصت عليه المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري وكذا المادة 49 من ذات القانون التي تنص على ان الطلاق لا يثبت إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح، يجريها القاضي أما الشريعة الإسلامية فقد جاءت المذاهب الأربعة بعدة تعريفات تؤدي معنى واحد، مؤداه أن الطلاق يرفع حلية الاستمتاع والاستمرار في العلاقة الزوجية.

إن قانون الأسرة الجزائري قد توافق مع المذاهب الأربعة لفقهاء الشريعة الإسلامية في عبارة "حل قيد" وإنهاء العلاقة الزوجية وهذا لا يتأتى إلا عن طريق حكم قضائي، فالطلاق مشروع بآيات قرآنية وأحاديث من السنة النبوية وشرع بالإجماع.

وينقسم الطلاق إلى نوعين من أنواع الطلاق المعروفين شرعا وقانونا وهما: أولاً الطلاق من حيث الرجعة والطلاق البائن، ثانياً: من حيث الإرادة وفيهما قسمان: الطلاق عن طريق إرادة الزوج، والطلاق عن طريق القاضي وفي هذا الأخير نكون أمام نوعان من الطلاق وهما: التطلق والخلع.

إن أثر طلاق المريض مرض الموت على استحقاق الزوجة الميراث في التشريع الجزائري قد اخذ بالمذهب الحنفي وترثه إذا أعتبر الزوج فاراً من توريثها، فيرد عليه قصده أما استحقاق الزوج المطلق للميراث يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي أقرت على استحقاق المطلقة للميراث وأيضا استحقاق الزوج المطلق للميراث.

الباب الثاني

تصرفات المريض مرض الموت في عقود

التبرع (الوصية - الهبة)

الفصل الأول

تصرفات المريض مرض الموت في عقد

الوصية

الفصل الأول: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الوصية

تختلف تصرفات المريض مرض الموت، بين الأحوال الشخصية والمعاوضات والتبرعات... إلخ، ونجد أنه من بين هاته التصرفات "الوصية" التي تدخل ضمن عقود التبرعات، وذلك لعدة أسباب في نفسه منها إعانة المحتاجين أو التكفير عن بعض ذنوبه أو محاولة رد الجميل وغيرها.

كما قد يقوم بهذه التصرفات بغرض إضرار الورثة وحرمانهم من حقوقهم التي شرعت لهم لأسباب في نفسه أيضا، وستتمحور دراستنا هاته حول "تصرفات المريض مرض الموت في عقد الوصية" في ضوء الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري. وعليه سأقوم بمعالجة هذا الفصل في مبحثين كما يلي:

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للوصية في التشريع الجزائري والشريعة الإسلامية.
المبحث الثاني: أحكام تصرفات المريض مرض الموت في الوصية بين التشريع الجزائري والشريعة الإسلامية.

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للوصية في التشريع الجزائري والشريعة

الإسلامية.

من بين العقود التي أعطتها الشريعة الإسلامية وكذا المشرع الجزائري اهتماما كبيرا هي عقود التبرع ومن أهم هذه العقود هي عقود الوصايا، فتعد الوصية من أهم التصرفات القانونية كثيرة الانتشار في الحياة العملية، باعتبارها من أهم التبرعات بالأموال العقارية والمنقولة بعد الموت.

ونجد أن الشريعة الإسلامية دلت على مشروعيتها وخصص لها المشرع الجزائري فصل خاص في قانون الأسرة الجزائري، وقد جاءت بها المواد من 184 إلى 204 وخصها في القانون المدني بالمواد من 775 إلى 777 وقال بأنه يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص المتعلقة بها، وأما ما تعلق بشروط الوصية بنوعيتها الموضوعية والشكلية فقد تناولته المادة 16 من القانون المدني.

وتعتبر تصرفات المريض مرض الموت بين مخالف ومؤيد في العقود التبرعية خاصةً فيما إذا كان المريض المتبرع في عقد الوصية ومن خلال هذا المبحث الأول، سأتطرق إلى مفهوم الوصية بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري في المطلب الأول، وفي المطلب الثاني: أنواع الوصية ومبطلاتها دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري.

المطلب الأول: مفهوم الوصية في التشريع الجزائري والشريعة الإسلامية.

تعتبر الوصية ذات طبيعة خاصة، فهي من جهة وثيقة الصلة بالميراث ومن جهة أخرى تعتبر تصرف إرادي قانوني.

ومن خلال هذا المطلب الأول سأتناول تعريف الوصية وأدلة مشروعيتها في الفرع الأول، والفرع الثاني: تمييز الوصية عما يشابهها من التصرفات وأركانها .

الفرع الأول: تعريف الوصية ودليل مشروعيتها

من خلال هذا الفرع سنعرف الوصية من الناحية اللغوية، وكذا في الاصطلاح القانوني والشرعي، ثم نرجع إلى أدلة مشروعية الوصية.

أولاً: تعريف الوصية

سوف نعرف الوصية من حيث اللغة، والاصطلاح القانوني والشرعي على النحو التالي:

1-تعريف الوصية لغة

يُقال: وصَّيْتُه توصيةً، وأوصَيْتُه إيصاءً، وصى أصلٌ يدلُّ على وَصَلَ شيء بشيء ووَصَيْتُ الشيء بالشيء أي وَصَلْتُهُ، والوصية من هذا القياس، كأنه كَلِمٌ يُوصَى أي يُوصَل¹.

والوَصِيَّةُ ما أوصَيْتَ به وسميت وصيةً لاتصالها بأمر الميت، وقال الأصمعي وَصَى الشيءُ يَصِي إذا اتصل ووصاه غيره بصيه وصله².

1- أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، ت: عبد السلام محمد هارون، ج: 6. د. ط؛ القاهرة: دار الفكر، 1392هـ/1972م، ص 116.

2- أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفرقي المصري، م: 15. د. ط؛ بيروت: دار صادر، 1300هـ. ص 390 ص 394.

ويقال وصّى وأوصى بمعنى واحد والاسم الوصية والوصاية ثم إن الوصية تطلق في اللغة على الأمر كقول الله تعالى: ﴿وَوَصَّى بِهَا إِبْرَاهِيمُ بَنِيهِ﴾ [البقرة:132]، وقوله ﴿ذَلِكَمُ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ [الأنعام:153].

2- تعريف الوصية اصطلاحاً

أ. تعريف الوصية وفقاً للمشرع الجزائري: عرفها المشرع في قانون الأسرة طبقاً للمادة 184 بأن الوصية "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"¹.
لقد أخذ المشرع الجزائري بمذهب الحنفية عند تعريفه للوصية، واستعمل الفقهاء كلمة "تمليك" بمعنى واسع جداً، بحيث يستعمل العين، أي حق الملكية، كما تشمل المنفعة وهو حق الانتفاع وتشمل أيضاً حق الإبراء من الدين تمليك الدين ممن عليه الدين، وهي تقع على الأموال المنقولة وغير المنقولة، وعلى الرغم من هذا الاستعمال الشامل فيبدو أن كلمة تمليك لا تشمل بعض التصرفات، كإبراء الكفيل أو تأجيل الدين، في حين أن ذلك جائز شرعاً، كما أن الوصية قد تتناول نفقات تجهيز الميت وكيفية القيام بهذا التجهيز، وهذا الأمر لا يعتبر تمليكاً.²

أما المراد من جملة "مضاف إلى ما بعد الموت" أن أثر التصرف الذي تم في حال الحياة لا يترتب إلا بعد الموت، أما المقصود من كلمة "التبرع" هو أن الوصية تتم بدون عوض باعتبارها مال أوجبه الموصي في ماله تطوعاً بعد موته.³

1- المادة 184 من القانون رقم 11/48، المؤرخ في رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم: 02-05 المؤرخ في: 2005/02/27.

2- الياس ناصيف، الوصية لغير المسلمين، ج1، دار الرائد العربي، بيروت، لبنان، 2013، ص28.

3- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات الهبة-الوصية-الوقف، ط2، دار هومه، الجزائر، 2014م، ص56.

وهو ما جاء في القانون المصري في مادته الأولى من قانون الوصية الصادر في 1946، بقولها: "الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت"¹، كذلك نفس التعريف في المادة 207 من القانون السوري، والقانون المغربي في مادته 277 من مدونة الأحوال الشخصية²، والآتي نصها: "الوصية عقد يوجب حقا في ثلث عاقده يلزم بعد موته"³ وعرفها الدكتور عبد المنعم على أنها: "تصرف مضاف إلى ما بعد الموت يكون للموصي بمقتضاه أن ينقل كل ماله إلى الموصى له أو يخوله حقا يتعلق بهذا المال"⁴. ونجد تعريف فقهاء القانون الوصية: الأستاذ علي علي سليمان قد عرف الوصية على أنها: "تصرف في التركة يضاف إلى ما بعد الموت"⁵، والمقصود بالتركة ما تشمله من العقارات والمنقولات أو منفعة.

وقد استقر القضاء الجزائري على اعتماد نفس التعريف الوارد في نص المادة 184 السالفة الذكر؛ حيث قضت المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ: 1995/05/02 بما يلي: "من المقرر قانونا أن الوصية هي تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع"⁶.
ب. تعريف الوصية في الشريعة الإسلامية: اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريف الوصية على المذاهب الأربعة وهي كما يلي:

- الحنفية: حيث عرف الوصية بأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع⁷.

1- المادة 01 من قانون الوصية المصري، رقم: 1946/71، والصادر بتاريخ: 1946/01/07.

2- بالحاج العربي، الميراث والوصية، المرجع السابق، ص 203

3- المادة 123 من مدونة الأسرة المغربية، رقم: 70/03 والصادر بتاريخ: 2004/02/05.

4- محمد زهدور، مرجع سابق، ص 35.

5- نسيم شيخ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، "الهبة - الوصية - الوقف" دار هومة الجزائر، 2012م، ص 181.

6- م ع ج، غ أ ش، قرار ملف رقم: 116375، م ق رقم: 96/01، العدد الأول، سنة 1996، انظر: نبيل صقر وعز الدين قماروي، قانون الأسرة نسا وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص 217.

7- أبي البركات بن أحمد النسفي، كنز الدقائق، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، 1432هـ/2011م، ص 668

- المالكية: عرفوا الوصية، بأنها عقد يوجب حقاً في ثلث مال عاقده يلزم بموته، أو يوجب نيابة عنه بعده¹.
- الشافعية: عرف الشافعية الوصية بقولهم أنها تبرع بحق مضاف إلى ما بعد الموت سواء أضافه لفظاً أو لا فإذا قال أوصيت لزيد بكذا كان معناه بعد الموت².
- الحنابلة: قالوا بأن الوصية هي الأمر بالتصرف بعد الموت كأن يوصى شخصاً بأن يقوم على أولاده الصغار أو يزوج بناته أو يفرق ثلث ماله أو نحو ذلك³.
- فالتعريف الأول والثالث اقتصر على الوصية بمعنى التبرع بالمال إذا أضيف إلى ما بعد الموت ولا تشمل الوصية على أولاده، ولا تشمل الوصية بأداء الواجبات كالحج والزكاة ورد الودائع⁴، أما التعريف الثاني والرابع فإنه يشمل الوصية والإصاء، ويجمع بينهما⁵.
- أما عند فقهاء الإسلام بصفة عامة، فقد عرّفها الكاساني بأنها: اسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد موته⁶؛ فنلاحظ أن هذا التعريف عمد إلى بيان أثر الوصية وهو الحق المرتب عليها، وهو بيان جامع من هذه الناحية، ولم يعمد إلى بيان الوصية باعتبارها سبباً من جهة الموصي يترتب عليها حق في تركته⁷.

1- الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلتها، ج2، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، 1423هـ/2002م ص270.

2- محمد الزحيلي، المعتمد في الفقه الشافعي، ج4، ط1، دار القلم، دمشق، سوريا، 1428هـ- 2007م ص534.

3- عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج:3. د. ط؛ د. م: مكتبة الرشاد الدار البيضاء، الجزائر 1969، ص 315- 316.

4- وهبة الزحيلي، الفرائض والمواريث والوصايا، ط1، دار الكلم الطيب، بيروت، لبنان، 2001، ص402.

5- أحمد بن صالح آل عبد السلام، التصرفات الضارة في الوصية، مجلة العدل، العدد 25، الرياض، السعودية، 2014 ص171.

6- محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، دار الفكر، مصر، 1998، ص11.

7- وهبة الزحيلي، الفرائض والمواريث والوصايا، مرجع سابق، ص7.

وعرّفها ابن العابدين بأنها: تملكك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع¹.

ثانياً: أدلة مشروعية الوصية والحكمة منها

إن من الأدلة الشرعية للوصية هي الكتاب والسنة والإجماع التي سنتطرق لها أولاً ثم الحكمة منها ثانياً.

1. أدلة مشروعية الوصية: وهي الكتاب والسنة والإجماع

أ. مشروعية الوصية من الكتاب: يقول الله سبحانه وتعالى في القرآن الكريم ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ (180) فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ (181) فَمَنْ خَافَ مِنْ مُوصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ (182)﴾ [البقرة: 180-181-182].

وقال أيضاً: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ تَحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ ارْتَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَى وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذَا لَمِنَ الْإِثْمِينَ﴾ [المائد: 106]

وقال أيضاً: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: 11]

ب. مشروعية الوصية من السنة النبوية الشريفة: تعددت أحاديث عن النبي ﷺ فيما يفيد جواز الوصية ومشروعيتها ومنها ما رواه البخاري في صحيحه حَدَّثَنَا أَبُو خَيْثَمَةَ زُهَيْرُ بْنُ الْمُثَنَّى الْعَنْزِيُّ _ وَاللَّفْظُ لِابْنِ الْمُثَنَّى _ قَالَ حَدَّثَنَا يَحْيَى _ وَهُوَ ابْنُ سَعِيدِ الْقَطَّانُ _

1- محمد زهدور، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991م

عَنْ عَبْدِ اللَّهِ أَحْبَرَنِي نَافِعٌ عَنْ ابْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ " مَا حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ يُرِيدُ أَنْ يُوصِيَ فِيهِ يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ"¹.

وما رواه في صحيحه أيضاً حَدَّثَنَا يَحْيَى بْنُ يَحْيَى النَّمِيمِيُّ أَخْبَرَنَا إِبْرَاهِيمُ بْنُ سَعْدٍ عَنْ عَامِرِ بْنِ سَعْدٍ عَنْ أَبِيهِ قَالَ قَالَ عَادَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي حَجَّةِ الْوَدَاعِ مِنْ وَجَعِ أَشْفَيْتُ مِنْهُ عَلَى الْمَوْتِ فَقُلْتُ يَا رَسُولَ اللَّهِ بَلِّغْنِي مَا تَرَى مِنَ الْوَجَعِ وَأَنَا ذُو مَالٍ وَلَا يَرِثُنِي إِلَّا ابْنَةٌ لِي وَاحِدَةٌ أَفَأَتَصَدَّقُ بِثُلُثِي مَالِي قَالَ "لَا".

قَالَ: قُلْتُ أَفَأَتَصَدَّقُ بِشَطْرِهِ قَالَ "لَا الثُّلُثُ وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ إِنَّكَ أَنْكَ أَنْ تَذَرَ وَرَثَتَكَ أَغْيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَذَرَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ وَلَسْتَ تُنْفِقُ نَفَقَةَ تَبْتَعِي بِهَا وَجْهَ اللَّهِ إِلَّا أُجِرْتَ بِهَا حَتَّى اللَّقْمَةُ تَجْعَلُهَا فِي فِي امْرَأَتِكَ". قَالَ قُلْتُ يَا رَسُولَ اللَّهِ أَخْلَفُ بَعْدَ أَصْحَابِي قَالَ " إِنَّكَ لَنْ تُخْلَفَ فَتَعْمَلْ عَمَلًا تَبْتَعِي بِهِ وَجْهَ اللَّهِ إِلَّا أَزِدَّتْ بِهِ دَرَجَةً وَرِفْعَةً وَلِعَلَّكَ تُخْلَفُ حَتَّى يُنْفَعَ بِكَ أَقْوَامٌ وَيُضَرَّ بِكَ آخَرُونَ اللَّهُمَّ أَمْضِ لِأَصْحَابِي هِجْرَتَهُمْ وَلَا تَرُدَّهُمْ عَلَى أَعْقَابِهِمْ لَكِنَّ الْبَائِسُ سَعْدُ ابْنُ حَوْلَةَ"²

ج. مشروعية الوصية من الإجماع: لقد أجمعت الأمة على مشروعية الوصية، ولما انتقل الرسول ﷺ إلى الرفيق الأعلى ولم يوصِ لأنه لم يترك مالا يُوصي به وروى البخاري عن ابن أبي أوفى أنه ﷺ لم يوص.

قال العلماء في تعليل ذلك: لأنه لم يترك بعده مالا وأما الأرض فقد كان سبَّله، وأما السلاح والبغلة فقد أخبر أنها لا تورث ذكره النووي، وأما الصحابة فقد كانوا يوصون ببعض

1- مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، كتاب الوصية، رقم 1249/1627،3.

2- أخرجه: أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، ترقيم وترتيب: محمد فؤاد عبد الباقي كتاب الوصية، باب الوصية بالثلث، د د ن، د ب ن، 1432هـ- 2011م، ص 427 - 428.

أموالهم تقرباً إلى الله، وكانت لهم وصية مكتوبة لمن بعدهم من الورثة¹، ولهذا فإن المجتهدين انفقوا على شرعية الوصية في كل العصور ولم يخالف أحد في مشروعيتها².

2. الحكمة من الوصية: الوصية إذا كانت مندوبة فإن سببها سبب التبرعات وهو حسن الذكر في الدنيا وحسن الثواب في الآخرة، وإذا كانت واجبة فإن سببها هو سبب الأداء وهو النص الموجب، وقد قالوا إن القضاء يجب بما يجب فيه الأداء.

والأصل في الوصية أنها لا تلزم إلا بعد الموت، والموت يزيل الملك فلا يجوز تصرف الإنسان فيما يملك، ولكن الشارع أجاز الوصية لأن النص أقوى من القاعدة والوصية تحقق مقاصد الموصي دون مَخَاطِر، فحق الرجوع عن الوصية ثابت للموصي إذا امتد به الأجل، واشتدت الحاجة وأعوزته الأيام، فالوصية تبرع لا خوف منه إذا أحسن المسلم استعمالها تحقق لما فيه من مصلحة خاصة ومصلحة عامة³.

أ. المصلحة الخاصة: قد تتعلق بالموصي ذاته، حيث يمكن تدارك ما فاتته، وتحصيل ما عساه قصر فيه من أعمال الخير أو ما يرغب في مساعدة أصدقائه وأقاربه غير الوارثين فتحقق لهم مورداً قد يكونوا بحاجة إليه، بل إنه قد يرفع عن الأسرة كلها عناء التناحور ومتاعب الحسد الذي يوجب الفرقة، والحقد الذي يولد التنازع والتخاصم⁴.

ب. المصلحة العامة: إن مما ينبغي النطقن إليه هو أن يوصي أحداً من أولاده إذا حضرته الوفاة بما وصى به يعقوب أولاده، لكي يثبتوا عليه حتى يلقوا ربهم سبحانه وتعالى فهي من أنفع الوصايا على الإطلاق، وللأسف غفل عنها الكثير ونظروا لما دونها في النفع

1- السيد سابق، فقه السنة، مج3، ط7، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1405هـ/ 1985م، ص586.

2- زكي الدين شعبان وأحمد الغندور، أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، ط1، مكتبة الفلاح الكويت، 1404هـ/ 1984م، ص14.

3- محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف في الفقه والقانون والقضاء، الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010م، ص391.

4- المرجع نفسه، ص391-392.

وهي وصية الأولين والآخرين لأبنائهم وأتباعهم بل هي وصية رب العالمين لعباده لما فيها بالتمسك بعبادة الله وحده لا شريك له فهي جامعة للموصي والموصي إليه.

قال تعالى _ عن يعقوب عليه السلام: ﴿أَمْ كُنْتُمْ شُهَدَاءَ إِذْ حَضَرَ يَعْقُوبَ الْمَوْتُ إِذْ قَالَ لِبَنِيهِ مَا تَعْبُدُونَ مِنْ بَعْدِي قَالُوا نَعْبُدُ إِلَهَكَ وَالِاهُ آبَائِكَ إِبْرَاهِيمَ وَإِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ إِلَهُهَا وَاحِدًا وَنَحْنُ لَهُ مُسْلِمُونَ﴾ [البقرة:133].

ومن حكمتها أيضاً الحفاظ على مال الدائن وبراءة ذمة المدين أي الحفاظ على حقوق الأدميين حتى وإن مات من عليه الدين¹.

فتعد الوصية سبيل من سبل الخير والإنفاق في وجه الخير عموماً وما يحتاجه المجتمع كالوصية للمكتبات العامة والمدارس العمومية وكذا المساجد المستشفيات العامة، وتعتبر الوصية وسيلة للموصي، إذا ما ظهرت أمارات الموت أن يوصي بإيصال جزء مما لديه من أموال في سبيل العمل الخيري الذي يرجع بالنفع العام للمجتمع ويحقق المصلحة العامة².

الفرع الثاني: تمييز الوصية عما يشابهها من التصرفات وأركانها

أولاً: تمييز الوصية عما يشابهها من التصرفات

تتميز الوصية عن باقي التصرفات الأخرى من الهبة والعطية والوقف والميراث والإقرار بالمال عدة فروق ولذلك نكتفي بذكر ثلاث فروق بينهما فقط وهي كالتالي:

1. الفرق بين الوصية والهبة: الوصية والهبة يجتمعان في كونهما عقدي تبرع يثبت لهما أحكام التبرعات في الجملة ويفترقان في أمور عدة منها³:

- أن الهبة هي التبرع بالمال حال الحياة والصحة، والوصية هي التبرع به بعد الموت أو ما في حكم الوصية، كالتبرع في مرض الموت.

1- سليمان ابن جاسر ابن عبد الكريم الجاسر، لمحات مهمة في الوصية، ط2، مدار الوطن، السعودية، 1434هـ/

2013م، ص ص 22- 24.

2- المرجع نفسه، ص 24 .

3- ابن قدامة، المغني، مج 6، مصدر سابق، ص 146. انظر: الكساني، بدائع الصنائع، مج7، مصدر سابق، ص333.

- الهبة لا حد لها وتكون لوarith ولغيره أما الوصية لا تكون إلا في الثلث فأقل لغير وارث.
- أن الهبة يعتبر قبولها من حينها؛ لأنها تملك في الحال، والوصية محل قبولها بعد الموت؛ لأنها تملك بعده.

2. الفرق بين الوصية والعطية:

- أن المعطي لا يملك الرجوع في العطية بعد لزوم العطية، بخلاف الوصية فإنه يملك الرجوع فيها.
- أن قبولها في حال حياة المعطي وكذلك ردها، والوصايا لا حكم لقبولها ولا ردها إلا بعد الموت.

- تصح الوصية في المعدوم والمجهول والمعجوز عن تسليمه بخلاف العطية¹.

3. الفرق بين الوصية والوقف: وهذا ما سوف نبينه في النقاط التالية:

- أن الوقف تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة، بينما الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، سواء كان في الأعيان أو في المنافع.
- أن الوقف يلزم ولا يجوز الرجوع فيه في قول عامة أهل العلم أما الوصية فإنها تلزم ويجوز للموصي أن يرجع في جميع ما أوصى به أو بعضه.
- الوقف يخرج العين الموقوفة عليه بينما الوصية تتناول تملك العين الموصي بها أو منفعتها للموصي له².

4. الفرق بين الوصية والبيع:

- أن المبيع في مقابل الثمن، في حين أن الوصية تكون بغير مقابل.
- أن البيع ينقل الملكية في الحال، أما الوصية فيظل الموصي فيها متمتعاً بحقوق الملكية مدة حياته ولا تنتقل إلى الموصي له إلا بعد وفاته وقبوله.

1- خالد بن علي بن محمد المشيخ، الجامع لأحكام الوقف والهبات والوصايا، ج6، ط1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 1434هـ- 2013م، ص 83- 86..

2- صالح بن غانم السدلان، أحكام الوقف والوصية والفرق بينهما، ط2، دار بلنسية، السعودية، 1417هـ، ص 27.

- أن الوصية يجوز الرجوع فيها خلافاً للبيع.¹

5. الفرق بين الوصية والميراث:

- أن الميراث ثابت للورثة بإيجاب الله سبحانه وتعالى دون اختيار من المورث، أما الوصية فتأبته للموصي لهم بإيجاب من الله بناء على سبب اختياري من العبد.
- الإرث لا يكون مع اختلاف الدين، أما الوصية فتجوز معه في الجملة.
- الورثة عينهم الشارع وحدد أنصبتهم أما الموصي لهم فلم يعينهم ولم يحدد أنصبتهم.²

6. الفرق بين الوصية والإقرار بالمال:

- أن الوصية إنشاء عطية معلقة والموصي له لا شيء له عند الموصي قبل الوصية ولا حق له عليه وإنما الموصي يحسن إليه ويوصي له بشيء من ماله يأخذه بعد موته، بخلاف الإقرار فإنه إخبار عن حق أو حقوق ثابتة للمؤقر له على المؤقر قبل وقوع الإقرار.
- الإقرار ينفذ في الحياة وبعد الممات بخلاف الوصية فلا تنفذ إلا بعد الموت.
- الإقرار لا رجوع فيه للمؤقر والوصية يجوز فيها الرجوع قبل الموت.³

ثانياً: أركان الوصية

يُعرف ركن الشيء هو ما يقوم به أو كما يقول الأصوليون هو ما كان داخلياً في ماهية الشيء.

والوصية لا توجد ولا تتحقق إلا بوجود أمور أربعة: الموصي، الموصي له، الموصي به والصيغة المنشئة لها وقد ثار خلاف بين الفقهاء في كون هذه الأمور كلها أركاناً وذلك عند

1- نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، مرجع سابق، ص 67.

2- المرجع نفسه، ص 63-64.

3- خالد بن علي بن محمد المشيقح، المرجع السابق، ص 92-94.

الجمهور أما الحنفية فقد انفردوا بركن الصيغة وحدها وقال زفر الركن هو الإيجاب من الموصي فقط¹.

ولكل ركن من أركان الوصية شروطه وذلك بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، وهي كما يلي:

أ. الموصي: وهو المتبرع أو الأمر بالتصرف²، ولنفاذ وصية الموصي يجب أن تتحقق فيه شروط وهي كالاتي:

- الرضا: يجب أن يتوافر رضا الموصي بالإيضاء، فإذا كان مكرهاً أو هازا أو مخطأ فلا تصح وصيته، وكذلك لا تصح وصية السكران لأنه لا قصد له لأنها تضر بورثته، إذ القاعدة المقررة في هذا الشأن أنه "لا ضرر ولا ضرار"³.

أما وصية الموصي أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم فيخضع إلى حكم نص المادة 80 من القانون المدني، فإن استحالة على ذي العاهتين (الموصي) التعبير عن إرادته تعين له المحكمة وصياً قضانياً يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته فإذا لم يستحيل عليه بسبب تلك العاهتين التعبير عن إرادته طبقاً للمادة 60 من نفس القانون إما باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً.

ففي هذه الحالة يمكن لذي العاهتين أن يبرم عقد وصية، على أن يدون الموثق في العقد حسب الحالة؛ الموانع الموجودة وطريقة التعبير عن الإرادة والمترجم للإشارات واللغة الخاصة إن اقتضى الأمر ذلك⁴.

1- محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، ط4، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1402هـ/1982م، ص ص26-28.

2- خالد بن علي بن محمد المشيقح، المرجع السابق، ص 265.

3- محمد زهدور، مرجع سابق، ص 71.

4- محمد زهدور، رجع سابق، ص 65.

- سلامة العقل: اتفق الفقهاء جميعاً على أنه يشترط في الموصي لتصح وصيته أن يكون عاقلاً مميزاً، فإذا انعدم العقل والتمييز فلا وصية؛ وعلى هذا لا تصح وصية المجنون ومن في حكمه من المعانته¹، وجاء نص المادة 186 من قانون الأسرة الجزائري بأنه: "يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل.....".

- البلوغ: البلوغ هو مناط التكليف في الأحكام الشرعية، فلا تصح الوصية من صبي غير مميز، لأن الوصية تبرع مالي، فلا يتم إلا بوجود الإرادة والتمييز، ولهذا اشترط المشرع الجزائري في المادة 186 من قانون الأسرة أن يكون الموصي ".....بالغاً من العمر تسع عشرة سنة على الأقل" وهذا معناه ضرورة التمتع بسن الرشد القانوني الوارد في المادة 40 من القانون المدني².

ب. الموصي له: وهو المستفيد من التبرع سواء كان إنساناً أو حيواناً أو جهة،³ إذا كانت الوصية تملكياً فلا يلاحظ فيها ذلك إلا إذا توافرت في الموصي له شروط معينة وهي كما يلي:

- ألا يكون الموصي له جهة معصية: شُرعت الوصية لتكون قرينة أو صلة فإذا كان الموصي له جهة معصية، فإن هذا يحول دون تحقق الغاية من الوصية وهي صلة الرحم وإعانة ذوي القربى أو اليتامى أو جهات البر لذا لا يصح للمسلم أن يوصي لجهة حرمتها الشريعة الإسلامية كالوصية لدور اللهو وأندية القمار أو الكنائس أو المعاهد التي لا تخص المسلمين⁴.

1- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج2، مرجع سابق، ص 253.

2- حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 48 . 49 . 51.

3- خالد بن علي بن محمد المشيقح، المرجع السابق، ص 407.

4- محمد زهدور، مرجع سابق، ص 72.

- أن يكون الموصي له معلوماً: بمعنى ألا يكون مجهولاً جهالة لا يمكن رفعها، بأن يكون معنياً باسمه، كفلان بن فلان، أو بتعريفه بالوصف كطالبة الجامعة أو فقراء هذه المدينة... إلخ¹.

أما إذا كان الموصي له مجهولاً جهالة لا يمكن إزالتها، كما لو أوصى لطالب من الجامعة أو إسماعيل ولم يبين لقبه كانت الوصية باطلة، لأنها تمليك والتملك للمجهول جهالة تامة لا يمكن إزالتها لا تصح².

- ألا يكون الموصي له قاتل الموصي: نصت المادة 188 من قانون الأسرة على أنه: "لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمداً" فالعبرة هنا بالحرمان من الإيضاء بالقتل العمد وبالنتيجة يستبعد القتل الخطأ والشخص الذي يكون في حالة دفاع شرعي³.

- أن يكون الموصي له أهلاً للتملك: إذ لا تصح الوصية لمن ليس أهلاً للتملك، فمن أوصى لحيوان مثلاً بطلت وصيته على أساس أن الموصي له غير قابل للتملك والاستحقاق⁴ وقيل بجواز البهيمة في مصالح البهيمة خصوصاً إذا كانت من بهيمة الجهاد والميت تصرف صدقة له في أعمال الخير⁵.

وأما الوصية للحمل فقد جاء نص المادة 187 من قانون الأسرة الجزائري: "تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حياً، وإذا ولد توأم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس" فالمشرع هنا كان موافقاً لما ذهب إليه أحكام الفقه الإسلامي التي أجازت الإيضاء للحمل شريطة أن يولد حياً⁶.

1- حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 72.

2- المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

3- المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

4- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج2، مرجع سابق، ص 258-259.

5- سليمان ابن جاسر ابن عبد الكريم الجاسر، المرجع السابق، ص 27.

6- حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 67.

ويلاحظ الفقهاء في هذا الشأن أنه في حالة تعدد الحمل إن ولد أحدهما حياً والآخر ميتاً كانت الوصية للحي دون الميت، وإن مات أحدهما أو كلاهما بعد الولادة، حياً، كان نصيبه لورثته إذا كانت الوصية بالأعيان أما إذا كانت الوصية بالمنفعة عادت إلى ورثة الموصي، لأن الوصية بالمنافع تنتهي بموته ما لم يكن هناك شرط آخر يعمل به¹.

ج. الموصي به: هو محل الوصية أو موضوع الوصية، وقد نصت المادة 190 من قانون الأسرة الجزائري: "للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عيناً أو منفعة"². وعليه فحسب هذه المادة فإن جميع ما يصح تملكه من الأموال المباحة عيناً كانت أو منفعة يصح أن تكون محلاً للوصية، ومنه يشترط في محل الوصية الشروط التالية³:

- أن يكون مالاً مُتقوماً وقابلاً للتوارث: المال الذي يصح أن يكون موضوعاً للوصية يجب أن يكون مما يباح الانتفاع به، فالخمر والخنزير والمخدرات أموال غير متقومة في مفهوم الشرع الإسلامي، وبالتالي فهي لا تصلح لأن تكون موضوعاً للوصية شرعاً بين المسلمين⁴.

أما ما يكون قابلاً للإرث فيندرج في ذلك كافة أموال الإنسان بأنواعها المختلفة والتي يحوزها حقيقة أو حكماً، وكذا الحقوق المالية أو الملحقة بالمال، والحقوق العينية على خلاف الحقوق الشخصية المحضة⁵.

1- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج2، مرجع سابق، ص 257.

2- المادة 190 من القانون رقم 84-11، قانون الأسرة، المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يوليو سنة 1984، المعدل بالأمر 02/05 المؤرخ في: 2005/02/27.

3- حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 67.

4- المرجع نفسه، ص 68.

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

- أن يكون قابلاً للتملك: ومعنى قابلاً للتملك هو أن يكون للموصي به مما يجوز تملكه بعقد من عقود الملكية؛ لأن الوصية تملك، لذا لا تصح الوصية بالوظائف العامة أو الأموال العامة¹.

- أن يكون الموصي به موجوداً عند الوصية: ونكون بصدد هذا الشرط إذا كان المال معيناً بالذات، كمن يوصي لشخص بسيارته فيجب أن تكون في ملكه عند إنشاء الوصية إذا لا تصح الوصية بملك الغير، أما إذا تعلق الأمر بشيء غير معين بذاته كما إذا تعلق الأمر بجزء شائع من المال كله فيشترط وجوده عند الوفاة².

د. الصيغة: وقع خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة في كون أن الصيغة ركن لوحدها عند الحنفية وخالفهم الجمهور في هذا الرأي.

وتُعرف صيغة الوصية أن ما به وجودها وتحققها في الخارج من كل ما يدل على تصرف أو التزام يترتب عليه تحمل التركة ابتداء بعد الوفاة بحق من الحقوق وتنعقد الصيغة إما باللفظ أو الكتابة أو الإشارة أو شرط سماع الدعوى بها أو اقترانها بشروط أو إضافتها أو تعليقها³.

قال الكاساني في البدائع: ركن الوصية عند أئمة الحنفية الثلاثة هو الإيجاب والقبول والمراد بالقبول: هو ما يكون صريحاً مثل قبِلت، أو دلالة كموت الموصي له بعد موت الموصي بلا قبول ولا رد، ولا يصح قبول الوصية إلا بعد موت الموصي فإن قبل الموصي له بعد موت الموصي ثبت له ملك الموصي قبل القبول أو الرد انتقل إلى الموصي به إلى ملك ورثته، وإن قبلها الموصي له في حال الحياة أو ردها بطلت.

1- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج2، مرجع سابق، ص 269.

2- حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص68-69.

3- الشيخ علي الخفيف، أحكام الوصية بحوث مقارنة تضمنت شرح قانون الوصية 71 لسنة 1946م، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1431هـ/2010م، ص 71.

وقال الجمهور تتعدّد الوصية بالإيجاب من الموصي كقوله أوصيت له بكذا بعد موتي، والقبول من الموصي له المعين، ولا يصح قبول ولا رد في حياة الموصي ولا يشترط الفور في القبول بعد الموت وإن كانت الوصية لجهة عامة كمسجد أو لغير معين كالفقراء؛ فإنها تلزم بالموت بلا قبول¹.

أما ما نص عليه المشرع الجزائري طبقاً للمادة 197 من قانون الأسرة على أنه: "يكون قبول الوصية صراحة أو ضمناً بعد وفاة الموصي"²، ونصت الفقرة الثانية من القانون المدني المادة 68 على أنه: "ويعتبر السكوت في الرد قبولاً، إذا اتصل بالإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه"³.

فالقبول الصريح يكون باللفظ وبالكتابة والإشارة المتداولة عرفاً في حالة العجز والقبول الضمني يكون بقبض الوصية أو السكوت عن التعبير بالقبول أو الرد، فالسكوت يُحمل على القبول وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني؛ لأنه يدخل ضمن السكوت الملابس فالقبول يكون من الموصي له في الأساس، وفي حالة وفاة الموصي له يجوز لورثته القبول أو الرد، طبقاً لأحكام المادة 198 من قانون الأسرة: "إذا مات الموصي له قبل القبول فلورثته الحق في القبول والرد"⁴.

1- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج8، ط2، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1405هـ/1985م، ص14.

2- المادة 197 من القانون رقم 84-11، قانون الأسرة، المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يوليو سنة 1984 المعدل بالأمر 02/05 المؤرخ في: 2005/02/27.

3- الأمرين رقم 65. 182 ورقم 70. 53، المؤرخين في 11 ربيع الأول عام 1385 الموافق 10 يوليو سنة 1965 18 جمادي الأول عام 1390 الموافق 21 يوليو سنة 1970، القانون المدني، 2007.

4- بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، ص11، 12.

المطلب الثاني: أنواع الوصية ومبطلاتها

تأخذ الوصية الأحكام الخمسة التي تدور بين الحل والحرمة وهذا ما سوف نعرض له من خلال الفرع الأول، أما الفرع الثاني فسوف نتطرق إلى مبطلات الوصية من خلال موقف التشريع الجزائري والشريعة الإسلامية.

الفرع الأول: أنواع الوصية

وسوف نبين في هذا الفرع أنواع الوصية بحسب حكمها الشرعي والتي تعثرها الأحكام الخمس وكذلك سوف نبين نوع آخر من الوصايا ؛ بالمنافع والأعيان.

أولاً: أنواع الوصية بحسب حكمها الشرعي

للوصية خمسة أنواع بحسب حكمها الشرعي وهي كالاتي¹:

- الوصية الواجبة: كالوصية برد الودائع والديون المجهولة التي لا مستند لها وبالواجبات التي شغلت بها الذمة كالزكاة والحج والكفارات وفدية الصيام والصلاة ونحوها وهذا متفق عليه، قال الشافعية: يسن الإيضاء بقضاء الحقوق من الدين ورد الودائع والعياري وغيرها².

وقد أخذ المشرع الجزائري بالوصية الواجبة لكن ضمنها في مصطلح التنزيل وذلك في الفصل السابع من الكتاب الثالث الخاص بالميراث في المواد من (169 إلى 172) من قانون الأسرة، ويمكن أن يستفاد من تعريف التنزيل أو الوصية الواجبة في المادة 169 بأنها: "الوصية الواجبة هي إحلال الحفدة الذين توفي والدهم قبل أو مع جدهم أو جدتهم محل والدهم في تركة الجد أو الجدة، بمقدار حصة مورثهم لو بقي حياً بالشروط القانونية"³.

1- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج10، المرجع السابق، ص 7443-7445.

2- المرجع نفسه، ص 7444 .

3- دغيش أحمد، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار هومه، الجزائر، 2010م، ص 51.

- الوصية المندوبة: وهي الوصية في القربات ووجوه البر وللقرباء الذين لا يرثون وكذلك لأهل الصلاح والتقوى، والوصية مندوبة هنا على رأي الجمهور¹.
- الوصية المباحة: وهي الوصية للأغنياء من الأقارب والأباعد ممن ليسوا من أهل العلم أو الصلاح أو الحاجة².
- والأفضل في الوصية المندوبة والمباحة، أن يقدم الموصي من لا يرث قرابته المحارم ثم غير المحارم، ثم بالرضاع، ثم بالمصاهرة، ثم بالولاء إن وجد، ثم بالجوار، وهو ترتيب الأفضلية في الصدقة المنجزة³.
- الوصية المكروهة: وهي تحريماً عند الحنفية كالوصية لأهل الفسوق والمعصية وتكره بالاتفاق لفقير له ورثة، إلا مع غناهم فتباح⁴.
- الوصية المحرمة: وتكون الوصية حراماً غير صحيحة اتفاقاً كالوصية بمعصية، كبناء كنيسة أو ترميمها، وكتابة التوراة والإنجيل وقراءتهما، وكتابة كتب الضلال والفلسفة وسائر العلوم المحرمة والوصية بخمر أو الإنفاق على مشروعات ضارة بالأخلاق العامة.
- وتُحرم أيضاً بزائد الثلث لأجنبي ولوارث بشيء مطلقاً، والتحقيق عند الحنابلة أن الوصية بالزائد عن الثلث مكروهة⁵.

1- وهبة الزحيلي، ج10، المرجع السابق، ص 7444.

2- المرجع نفسه، ص 7445.

3- المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

4- محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 397 - 398.

5- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 7445.

ثانيا: أنواع الوصية بحسب الأعيان والمنافع

1- الوصية بالأعيان: والمقصود بوصية الأعيان، هي أن تكون الوصية معينة بالذات أو بجزء شائع منها، أو بعين معينة بالنوع أو بجزء شائع منها، أو تكون بجزء شائع من التركة كربعها أو ثلثها، أو بنصيب أحد الورثة، أو بسهم ولكل حالة أحكامها الخاصة.

أ. إذا كانت الوصية معينة بالذات أو بالإشارة أو بوصف قاصر عليها: ومثالها قولك أني أوصيت بداري الفولانية، وهو قيد حدد محلها ومساحتها وحدودها، فثبتت بالأحكام الآتية¹:

- يجب أن تكون العين موجودة ومملوكة للموصي حين إنشاء الوصية ن حتى لا تتعرض للإبطال.
- يعتبر وقت الوفاة لتقويم الموصى به بالذات وخروجها من الثلث، أو عدم خروجها.
- تعلقت الوصية بالعين الموصى بها فلا يجوز العدول عنها، بل يجب إخراجها.
- إذا هلك أو استحق كل العين الموصى بها.
- إذا هلك أو استحق جزء من العين المعينة بالذات بطلت الوصية في الهالك والمستحق وتعلق حق الموصي له بما تبقى منها.
- إذا كانت الوصية بقدر محدد من النقود أو بعين معينة وكان في التركة دين أو مال غائب، شريطة أن لا يزيد الموصي به عن ثلث التركة الحاضر.
- إذا خرجت العين الموصى بها عن ملك الموصي للمنفعة العامة كاستهلاكها من قبل السلطة العامة في الدولة، يعتبر هذا الاستهلاك هلاكاً معنوياً، فإن تم الاستهلاك في حياة الموصي بطلت الوصية، وإن حدثت بعد وفاته نفذت في البديل لأنه يكون في مقابل تعويض .

1- بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 180، انظر: مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الميراث والوصية، ط1 دار وائل للنشر والتوزيع، 2006م، ص 210-211.

- إذا كانت العين الموصى بها مرهونة، واستوفي الدائن بعد وفاة الموصي حقه منها فإنها للموصى به.
- إذا هدم الموصي العقار الموصى به وإعادة بناءه مغيرا معالمه دون نوعه كانت العين بحالتها الجديدة وصية ما لم يصرح الموصي بأنه قصد بذلك الرجوع .
- إذا دمج الموصي العين الموصى بها مع عين أخرى بحيث لا يمكن معه تسليم الموصى به منفردا، اشترك الموصي له مع الورثة، بقدر قيمته ما لم يصرح الموصي في حياته بأنه أراد من الدمج، الرجوع في الوصية .
- إذا وصى بعرضه ثم بني عليها الموصي دار فإن ذلك لا يبطل الوصية بل يشترك الوارث والموصي له فيها.
- ب. إذا كانت الوصية معينة بالنوع أو بجزء شائع منها كالوصية بأغنامه أو بجزء شائع منها أو بكتب أو بقسم منها كالربع والتلث... فلها الأحكام الآتية¹:
- إذا هلك النوع كله أو استحق كله، فلا شيء للموصي له كما هو الحال في العين.
- إذا هلك أو استحق بعضه، بطلت الوصية في القدر الهالك أو المستحق.
- إذا زاد هذا النوع وقت الوفاة، فحق الموصي له لا يتعلق بالزائد.
- إذا كان الموصي به عددا محددًا من نوع معين.
- ج. الوصية بجزء شائع من جميع التركة كتلثها أو خمسها، ولهذه الحالة أحكامها وهي كالاتي²:
- يجب أن يزيد هذا الجزء عن ثلث التركة، فلا تنفذ الزيادة إلا بإجازة الورثة.
- إذا كان في التركة دين أو مال غائب استحق الموصي له سهمه في الحاضر منها وكما حضر شيء استحق سهمه فيه.

1- مصطفى إبراهيم الزلمي، المرجع السابق، ص 211.

2- المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

- إذا هلك بعض التركة بعد وفاة الموصين هلك على كل من الموصي له والورثة، كل بالنسبة إلى حصته من التركة¹.

2- الوصية بالمنافع: المنفعة هي كل ما ينتفع به، ولها معنيين، معنى عام وآخر خاص فالمعنى العام للمنفعة، تعني الفائدة المقصودة من الأعيان والأشياء المادية سواء كانت هذه الفائدة معنوية كركوب السيارة أو كانت مادية كالأجرة والغلة، والمعنى الخاص للمنفعة، يقتصر على الفائدة المعنوية دون المادية².

أخذ المشرع الجزائري في حكم الوصية بالمنافع برأي الجمهور الذين أجازوا هذا النوع من الوصايا، وذلك طبقاً لنص المادة 190 من ق أ ج، والآتي نصها: " للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة"³، فأجاز المشرع الوصية بالمنافع، سواء كانت العين كلها أو بعضها، غير أنه اشترط في المنفعة لمدة غير محددة ضرورة الانتهاء بوفاة الموصي له، طبقاً نص المادة 196 من ذات القانون⁴.

والوصية بالمنفعة قد تكون مقيدة بمدة محددة، وقد تكون مطلقة عن التقيد أي مطلقة وسوف نتعرض لهما على النحو التالي:

أ. الوصية المقيدة: هي التي يحدد فيها الموصي مدة محددة للانتفاع بالموصي به، كأن يقول الموصي، أوصيت لفلان بمنفعة أرض لمدة ثلاث سنوات على سبيل المثال، وهذه المدة إما أن تكون معينة المبدأ والنهاية، أو معينة أحدهما فقط، وإما أن تكون مبهمة غير معلومة المبدأ ولا معرفة النهاية⁵.

1- مصطفى إبراهيم الزلمي، المرجع السابق، ص 211-213.

2- حسن محمود، أحكام الوصية بين الشريعة والقانون، مؤسسة دار الكتب للنشر والتوزيع الشرق، الكويت، ص 153.

3- المادة 190 من القانون رقم 84-11، قانون الأسرة، المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يوليو سنة 1984، المعدل بالأمر: 02/05 المؤرخ في: 2005/02/27.

4- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 308.

5- حسن محمود، المرجع السابق، ص 159.

ب. الوصية غير المقيدة: أي غير مقيدة بزمن محدد، سوى نص على التأييد فيها أو لم ينص على ذلك، هذه الوصية تختلف أحكامها تبعاً لاختلاف الموصي له، من ناحية لونه معيناً بالاسم أو بالإشارة أو لمعرفة بالنوع ممن يظن انقطاعهم، وإما أن تكون لقوم غير محصورين لا يفن انقطاعهم أو لإحدى جهات البر العامة. وإما أن تكون أولاً على معين أو لمحصورين لمدة تنتهي من بعدها لقوم غير محصورين، لا يظن انقطاعهم أو لأحد جهات البر العامة، وإما أن تكون أولاً على معين أو لمحصورين لمدة تنتهي من بعدها لقوم غير محصورين، أو جهة لا تنقطع¹.

الفرع الثاني: إثبات الوصية ومبطلاتها

تثبت الوصية بالكتابة الرسمية بالنسبة للتشريعات الوضعية، وأما في الفقه الإسلامي فيجوز كتابتها عرفياً أو حتى مشافهة، وقد حدد المشرع الجزائري طريقتين لإثباتها والمتمثل في العقد التوثيقي والحكم القضائي.

وتصح الوصية إذا تحققت الضوابط التي سبق ذكرها آنفاً وإذا لم تتحقق هذه الضوابط أو بعضها فإن الوصية تبطل ومن بين هذه الحالات ما أقرها فقهاء الشريعة الإسلامية وما نص عليها التشريع الجزائري وهي كالتالي:

أولاً: إثبات الوصية

بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري، نجد أن المشرع الجزائري ينص في المادة

191 على أن: "تثبت الوصية:

- بتصريح الموصي أمام الموثق وحرير عقد بذلك.
- وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم ويؤشر به على هامش أصل الملكية"².

1- المرجع نفسه، ص 146.

2- المادة 191 من القانون رقم 84-11، قانون الأسرة، المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يوليو سنة 1984، المعدل بالأمر: 02/05 المؤرخ في: 2005/02/27.

يتبين لنا من هذا النص أن قانون الأسرة الجزائري حسم مسألة إثبات الوصية، فأعتبر أن الوصية تثبت أصلا بموجب عقد رسمي يحرره الموثق، واستثناء تثبت الوصية بموجب حكم قضائي يؤشر به على هامش أصل الملكية¹.

وفيما يلي سأتناول كل حالة على حدا:

1- إثبات الوصية بعقد رسمي توثيقي:

الأصل أن تثبت الوصية بموجب عقد يحرره الموثق بناء على تصريح الموصي أمامه على أنه يجب أن تراعى في الوصية جميع الشروط الواجب توافرها في العقود الاحتقائية (كعقد الزواج وعقد الهبة.....)، فيتم تحرير العقد بحضور شاهدين، فضلا عن حضور الموصي تحت طائلة البطلان.

ويجب عند تحرير عقد الوصية أمام الموثق الإشارة بدقة لصفة الموصي والموصى له والموصى به، وذلك لمنع اللبس عن كل ما يمكن أن يؤدي إلى اشتباه الوصية بغيرها من العقود².

وإذا حررت الوصية بحضور وكيل عن الموصي وجب على الموثق التأكد من صحة تلك الوكالة، ثم يحرر العقد بشرط أن تتوفر فيه نفس الشروط الواجب توافرها في الوصية المحررة من طرف الموصي نفسه³.

2- إثبات الوصية بحكم قضائي:

وفقا لمقتضيات الفقرة الثانية من المادة 191 المذكورة آنفا، يمكن إثبات الوصية استثناء بموجب حكم قضائي في حالة وجود مانع قاهر، كأن يكون الموصي أثناء إبدائه إيجابه بالإيصاء للموصي له مريضا، فلا يستطيع أن ينتقل إلى مكتب الموثق لتحرير عقد بذلك، أو أن يضرب الموصي مع الموثق موعدا لتحرير العقد المثبت للوصية وبحضور شاهدي

1- شيخ نسيمة، مرجع سابق، ص 222، 223 .

2- المرجع نفسه، ص 223.

3- المرجع نفسه، ص 223، 224 .

عدل، لكن وأثناء انتقال الموصي إلى مكتب التوثيق لإمضاء العقد في الموعد المحدد صدمته سيارة فمات.

فهنا يجوز للموصي له الاستعانة بمشروع العقد الموجود بمكتب التوثيق وبالشهود وبإثبات المانع القاهر، فيرفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة يلتمس فيها إثبات هذه الوصية بحكم قضائي، وبعد صيرورة هذا الحكم نهائياً يؤشر به على هامش أصل الملكية¹. وترتبط على ما سبق بيانه فإن الوصية القولية التي تتم شفاهة أمام الشهود في حالة وجود مانع قاهر تعتبر صحيحة ونافذة، إذا صدر حكم قضائي يثبت صحتها القانونية² والقاضي لا يثبت الوصية إلا إذا قام الدليل على وجودها إما بورقة عرفية موقعة من طرف الموصي قبل وفاته أو بتصريح الشهود بوجود الوصية³.

ثانياً: مبطلات الوصية

1- مبطلات الوصية في التشريع الجزائري:

- رجوع الموصي عن الوصية: باعتبار أن الوصية تتم بالإرادة المنفردة للموصي ولا يتوقف صحتها على قبول الموصي له، لأن القبول يكون وقت وفاة الموصي، وليس قبل ذلك، فيحق للموصي الرجوع في وصيته كيف ما شاء ووقت ما شاء، وقد نصت المادة 192 في قانون الأسرة الجزائري: "يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمناً".
- رد الموصي له الوصية: سبق أن أشرنا بأن القبول هو لتأكيد حق الموصي له في الوصية، كما أن رده لها يعد من مبطلات الوصية شريطة أن يكون الرد بعد وفاة

1- شيخ نسيم، مرجع سابق، ص 224 .

2- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج2، المرجع السابق، ص 244.

3- بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، ط1 دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 70.

الموصي،¹ وذلك كما نص عليها القانون الجزائري في المادة 201 على أنه: "تبطل الوصية بموت الموصي له قبل الموصي أو بردها"². هلاك الموصي به: إذا هلك الشيء الموصي به فإن الوصية تبطل ولا يمكن تنفيذها لأن محلها صار غير موجود وهو أمر طبيعي، غير أن قانون الأسرة الجزائري لم ينص على هذه الحالة³.

- القتل: فمن قتل أو تسبب في قتل الموصي فاعلاً أصلياً أم شريكاً يحرم من الوصية قياساً على أحكام الميراث شريطة أن يكون القتل عمداً، وهذا يُعد تطبيقاً للقاعدة الفقهية التي تقول "من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه"، ونص المشرع الجزائري في المادة 188 من قانون الأسرة أنه "لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمداً"⁴.

- تبطل الوصية بجنون الوصي جنونا مطبقاً إذا اتصل بالموت.⁵

2- مبطلات الوصية في الشريعة الإسلامية:

- زوال أهلية الموصي بالجنون المطبق ونحوه: تبطل الوصية عند الحنفية بالجنون المطبق كالعته سواء اتصل بالموت أو لم يتصل أما الجمهور فيروا بجواز ذلك متى كان كاملاً الأهلية (بالغاً عاقلاً) وقت إنشائها.

- ردة الموصي: عند الحنفية والشافعية وكذا ردة الموصي له عند المالكية إذا مات مرتداً ولم يرجع إلى الإسلام أما الحنابلة يرون بعمل صحة وصية المرتد.

1- بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 31-33.

2- القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984، المعدل والمتمم بالأمر: 02/05 المؤرخ في: 2005/02/27.

3- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 7558.

4 المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

5- بن الشويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 34-36.

- تعليق الوصية على شرط لم يحصل: تبطل وصية من علق شرطاً لم يحصل وقد صرح المالكية والحنفية به.
- الرجوع عن الوصية: يجوز للموصي الرجوع فيها متى شاء وتبطل بالاتفاق.
- رد الوصية: تبطل إذا ردها الموصي له بعد وفاة الموصي وقبول.
- موت الموصي له المعين قبل موت الموصي: تبطل الوصية باتفاق المذاهب الأربعة.
- قتل الموصي له الموصي: عند الحنفية والحنابلة سواء أكان القتل قبل أو بعد الوصية.
- تبطل الوصية لو ارتث: عند المالكية ولو أجازها الورثة.¹

1- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 7559.

المبحث الثاني: أحكام تصرفات المريض مرض الموت في الوصية في ظل التشريع

الجزائري والشريعة الإسلامية.

يترتب على انعقاد الوصية إذا استوفت جميع الأركان والشروط المنصوص عليها في المواد من 184 إلى 201 من قانون الأسرة، آثارا قانونية، التي تنفذ في حدود ثلث التركة وسوف أتطرق لذلك في حالة المرض المفضي إلى الموت وهذا ما سوف نعالجه من خلال مطلبين، المطلب الأول منه بعنوان: وصية المريض مرض الموت في قانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات المقارنة، وفي المطلب الثاني بعنوان وصية المريض مرض الموت في الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول: موقف المشرع الجزائري وبعض التشريعات المقارنة من وصية المريض

مرض الموت.

من خلال هذا المطلب سأتطرق في الفرع الأول إلى موقف المشرع الجزائري وفي الفرع

الثاني التشريعات العربية

الفرع الأول: موقف التشريع الجزائري

إن حكم تصرفات المريض مرض الموت جائزة ضمن ما ذكره المشرع الجزائري من القانون المدني في المادة 01/776 على أنه: "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تُعطى لهذا التصرف" ومفاد ذلك ما يلي:

- أن العبرة في هذه المادة بالقصد أي بالنية وليس بظاهر العقد أو شكله، والمعروف أن هذه المسألة خاضعة لسلطة وتقدير قاض الموضوع.
- أن التصرف إذا انطوى صراحة على معنى التبرع، فلا صعوبة في الأمر إذ تسري عليه أحكام الوصية ومثال ذلك الهبة.
- أن التصرف إذا كان في ظاهره مُعَاوِضَةً وادعى أحد الورثة أنه تبرع، وأثبت ذلك بالطرق المخولة قانوناً سرت أحكام الوصية ولا تسري أحكام المعاوضات التي تبرم في مرض الموت¹.

فالتصرف الصادر عن المورث، ويكون مقصود به التبرع، يعتبره القانون وصية مستترة، وتسري عليه أحكام الوصية.

لذلك فإن مثل هذه التصرفات لا ينفذ في حق الورثة إلا باعتباره وصية في حدود الثلث، ولا نفذ في ما عدى ذلك إلا إذا أجازته الورثة².

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

2- جليلي ابتسام، مرجع سابق، ص 96.

وحسب نص المادة 776، فإنها قد أعطت حكم الوصية لكل عمل قانوني يصدر في مرض الموت، كالبينة والهبة والإقرار والإبراء، إلى غير ذلك من التصرفات التي يقصد بها التبرع.

ويلاحظ في هذا الشأن أن المشرع الجزائري قد أقام قرينة، على أنه إذا صدر التصرف من المورث في مرض الموت، فإنه يعد قد صدر تبرعا، لذلك أعفى المشرع الورثة من إثبات تبرعية التصرف، ولكن يقع عبء إثبات التصرف غير التبرعي على عاتق المتصرف إليه¹. فيجوز لمن صدر له التصرف أن يدحض هذه القرينة القانونية، بأن يثبت أنه دفع عوضا للمورث، فإذا أثبت ذلك، نفذ التصرف في حق الورثة، أما إذا ثبت العوض وكان في العوض محاباة له، فإن هذا القدر المحابي به هو الذي تسري عليه أحكام الوصية².

والجدير بالملاحظة في هذا الصدد، أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى كل تصرفات المريض مرض الموت³، بل اكتفى بسرد حالات خاصة بشأن هذه التصرفات التي تصدر عن الشخص وهو في مرض الموت، سواء كان ذلك تبرعا أو معاوضة، فاعتبر مثلا الهبة الصادرة من المريض وهو في مرض الموت أو في حالة مخيفة وصية تسري عليها أحكامها⁴، طبقا لنص المادة 204 من ق أ ج، والآتي نصها: "الهبة في مرض الموت والأمراض المخيفة تعتبر وصية"⁵.

1- جليلي ابتسام، مرجع سابق، ص 96.

2- رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1985، ص 126.

3- علاوة بوتغرار، التصرفات الملحقة بالوصية في التشريع الجزائري، دراسة نظرية وتطبيقية مدعمة بالاجتهاد القضائي، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية المدنية، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر 2000-2001، ص 52، 53.

4- شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، - الهبة - الوصية - الوقف، دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والاجتهاد القضائي، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 185.

5- المادة 204 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984 المعدل بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 والمتضمن: قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

كما نص على ذلك أيضا في حالة الوقف، طبقا لنص المادة 215 من ق أ ج والآتي نصها: "يشترط في الوقف والموقوف ما يشترط في الواهب والموهوب طبقا للمادتين 204 و205 من هذا القانون"¹.

واعتبر أيضا البيع الصادر عن المريض مرض الموت وصية مثلما نصت عليه المادة 408 من ق م ج، والآتي نصها: "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"²، حيث متى أثبت الورثة واقعة المرض أثناء إبرام البيع، سارت عليه أحكام الوصية لا أحكام عقد البيع، ومن ثم لا يكون البيع ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة إذا كان المتصرف له أحد الورثة، أما إذا تم البيع للغير فإنه يعتبر غير مصادق عليه، ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال ما لم يكن هذا الغير حسن النية، وكسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع"³، وهذا طبقا لنص المادة 409 من ذات القانون، والآتي نصها: "لا تسري أحكام المادة 408 على الغير الحسن النية إذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع"⁴.

وقد صدر في تصرفات المريض مرض الموت، في عقد الوصية عدة قرارات قضائية نذكر منها:

- القرار الصادر عن المحكمة العليا، في: 1999/03/16، والآتي نصه: "من المقرر قانونا أن الهبة في مرض الموت تعتبر وصية، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد

1- المادة 215 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984 المعدل بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 والمتضمن: قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

2- المادة 408 من ق م ج، رقم 07-05 المؤرخ في: 13/05/2007، المعدل والمتمم.

3- شيخ نسيم، مرجع سابق، ص 186.

4- المادة 409 من ق م ج، رقم 07-05 المؤرخ في: 13/05/2007، المعدل والمتمم.

مخالفا للقانون". ولما كان ثابتا في حال قضية-أن الواهب كان في مرض الموت بشهادة الموثق والشهود والشهادات الطبية، فإن قضاة الموضوع بقضائهم برفض دعوى الطاعن على أساس أن العقد التوثيقي لا يمكن إبطاله إلا في حالة الطعن بالتزوير مع أن الدعوى كانت ضد التصرف الذي أقامه الواهب وليس ضد شكلية العقد رغم ثبوت أن الهبة موضوع النزاع كانت في مرض الموت فعلا فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وعرضوا قرارهم للنقض.....¹.

- القرار الصادر عن المحكمة العليا، بتاريخ 16 جوان 1998 الذي جاء فيه "حيث أن المادة 204 من قانون الأسرة قد نصت على أن الهبة في مرض الموت والأمراض المخيفة تعتبر وصية، إضافة إلى أن الواهب هو حالة مادية ظاهرة لا يمكن إخفاؤها ويجوز إثباتها بشهادة الشهود زيادة على الشهادات الطبية المحتج بها وعليه فالوجه مؤسس، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالة لنفس المجلس².

الفرع الثاني: موقف التشريعات العربية

لقد نصت التشريعات العربية على أحكام تصرفات المريض مرض الموت في الوصية نذكر منها:

أولا: موقف المشرع الإماراتي

ما جاء في القانون الإماراتي الذي نص على حكم عام في التبرعات غير مُخصص وهو شبيه بما نص عليه في القانون المدني الجزائري، وذلك في المادة 244 حيث جاء فيها ما يلي:

1- م ع ج، غ أ ش، قرار رقم 219901 مؤرخ بتاريخ 16 مارس، 1999، منشور في: م ق، عدد خاص "أحوال شخصية"، لسنة 2001، ص 287.

2- م ع ج، غ أ ش، قرار، قرار رقم 197335 مؤرخ في 16 جوان 1999، منشور في: م ق، عدد خاص "أحوال شخصية"، لسنة 2001، ص 281.

" كل تصرف في مرض الموت بقصد التبرع، أو المحاباة، تسري عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى له"، الواضح من النص أنه ذكر التصرفات التي تأخذ حكم الوصية في مرض الموت وحصرها في التصرفات على وجه التبرع دون غيرها أما المادة 248 من نفس القانون فنصت في فقرتها الأولى على ما يلي: "تصح الوصية ممن له أهلية التبرع، ولو صدرت في مرض الموت"، مما يعني بأن الوصية في مرض الموت جائزة وتكون صحيحة¹.

ثانياً: موقف المشرع المصري

بالنسبة للقانون المدني المصري في المادة (916) فقد جعل التبرعات المنجزة من المريض مرض الموت في حكم الوصية، بسبب ظهور قصد التبرع منها، ولما يحيط بها من دلائل وقرائن أحوال تدل على ذلك، وهذا يكفي لجعل التصرف القانوني مُضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية من كل وجه².

وما قضت به المحاكم القضائية نبينه على النحو التالي:

نبين أولاً أنه إذا شفى المريض من مرضه ولو ببرهة يسيرة من الزمن نفذت جميع تصرفاته التي صدرت عنه وهو مريض، ولا اعتراض لأحد الورثة على شيء مما يصنعه وذلك لزوال العلة التي أوجبت الحجر عليه.

أما إذا اتصل الموت بالمرض، كان حكم تصرفاته التي صدرت عنه وهو مريض على النحو الذي جرى به قضاء محكمة النقض على أنه: "إن كان التحايل على مخالفة أحكام الإرث باطلاً بطلاناً مطلقاً فذلك لا يمنع المالك الكامل الأهلية من حرية التصرف في ملكه تصرفاً غير مشوب بعيب من العيوب. ولو أدى تصرفه هذا إلى حرمان ورثته أو إلى تعديل أنصبتهم، ولا تقييد التصرفات إلا ابتداءً من مرض الموت. أما قبل ذلك فالمالك الكامل

1- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص24.

2- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص130.

الأهلية حر التصرف في ملكه ولو أدى تصرفه هذا إلى حرمان ورثته أو تعديل أنصبتهم ما لم تكن تصرفاته مشوبة بعيب من العيوب".

وقد قضت محكمة النقض بأن الإقرار الحاصل في مرض الموت لغير وارث على سبيل التبرع اعتباره في حكم الوصية فينفذ في ثلث التركة.

وكما قضت بأنه: "متى أثبت الورثة أن التصرف قد صدر في مرض الموت وأصبحوا من الغير في هذا التصرف فلا يسري في حقهم فيما يزيد على ثلث التركة إلا إذا أجازوه أما إذا كان التصرف صورياً صورية مطلقاً وطعن فيه الورثة بالصورية لا لأنه وصية مستترة فإن الورثة لا يعتبرون من الغير في هذه الحالة، وإنما يستمدون حقهم من مورثهم فلا يجوز لهم إثبات الصورية إلا بما كان يجوز لمورثهم أن يثبتها به من طرق الإثبات"¹.

ثالثاً: موقف المشرع الأردني

وما جاء في نص القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976: "كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت، وتسري عليه أحكام الوصية، أياً ما كانت التسمية التي تعطى له"².

فإذ صدر من المريض تصرف ينطوي على تبرع، جرى عليه حكم الوصية، وبهذا نصت المادة: 1128 من التقنين المدني الأردني والأتي نصها: "وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا بجميع الطرق أن التصرف قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت، ولا يحتج على الورثة بسند التصرف إلا إذا كان ثابت التاريخ ثبوتاً رسمياً"³.

ومن هنا يتضح أن أي تصرف يصدر من المريض في مرض الموت، سواء كان هذا التصرف على صورة بيع أو هدية أو إقرار أم إبراء يكون بحكم الوصية، على التصرف

1- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص105.

2- أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، مج1، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، 2009، ص227.

3- المادة 1128 من القانون المدني الأردني، رقم 43 / 1976، والجاري به العمل بتاريخ: 1977/01/01.

الصادر في مرض الموت، مشروط بأمرين: -أن يصدر التصرف في مرض الموت- أن يكون قصد به التبرع¹.

وقد عرض المشرع الأردني لإثبات هذين الأمرين على النحو الآتي: في ما يتعلق بإثبات صدور التصرف في مرض الموت، وذلك وفق ما جاءت به المادة 1128 من القانون المدني الأردني المذكورة أعلاه، وذلك على سبيل الوجوب.

أما في ما يتعلق بقصد التبرع، فلا يقع عبء إثباته على الورثة، وإنما لهم أن يثبتوا أن تصرف مورثهم قد صدر في مرض موته، فيكون إثبات هذه الواقعة المادية وحدها قرينة على أنه صدر على سبيل التبرع "الوصية والهبة في مرض الموت".

و بذلك يكون المشرع الأردني قد يسر على الورثة إثبات قصد التبرع، وهو أمر نفسي كثيراً ما يصعب إثباته، وهذا ما نصت عليه المادة 1128 من التقنين المدني الأردني².

رابعاً: موقف المشرع العراقي

وقد أكد المشرع العراقي إلى ما ذهب إليه المشرع المصري إلا انه يختلف عنه في بعض الأمور من حيث التمييز بين ما إذا كان الموصي غير مدين وبين ما إذا كان مديناً، فإن كان الموصي غير مدين فقد أعتبر وصيته صحيحة ونافاذة ولو كانت بكل ماله ولا تتوقف على إجازة أحد، إذ نص على أنه: "وتنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله أو بعضه من غير توقف على إجازة الخزينة العامة"³.

أما إذا كان له وارث فقد أعتبر التشريعان العراقي والمصري وصيته صحيحة ونافاذة إن كان الموصى به يخرج من ثلث تركته أما إذا زاد على الثلث، فتنفذ الوصية في حدود الثلث وتتوقف

1- جليلي ابتسام، مرجع سابق، ص 97.

2- مرجع سابق، ص 97.

3- المرجع نفسه، الصفحة نفسها .

في القدر الزائد عليه على إجازة الورثة، فإن أجازوها نفذت وإن ردوها بطلت وذلك سواء أكان الموصي له أجنبيا أو وارثا¹.

وقد جعل التشريع المصري إجازة الوارث لما توقف على إجازته من الوصية لازمة سواء صدرت منه في حياة الموصي أو بعد مماته في حين سكت المشرع العراقي عن وقت إجازة الورثة لما توقف على إجازتهم من وصية مورثهم، فتستنتج من ذلك أن الإجازة لا عبرة لها إلا بعد الوفاة².

خامسا: موقف المشرع المغربي

- قد ميز المشرع المغربي في نفاذ الوصية، كونها لوارث أو لغير وارث على النحو التالي:
- الوصية للوارث: إن الوصية للوارث تقع صحيحة غير موقوفة على إجازة باقي الورثة كالوصية للأجنبي ما دامت في حدود الثلث³.
 - الوصية لغير الوارث: جاءت المادة 277 من مدونة الأسرة المغربية بقولها: "الوصية عقد يوجب حق في ثلث عاقده يلزم بعد موته"⁴، كما أخذ المشرع المغربي في مدونة الأسرة بالرأي القائل: "لا وصية لوارث"، حيث نصت المادة 176 والتي عدلت بالمادة 280 التي نصت على: "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها بقية الورثة غير أن ذلك لا يمنع من تلقي الإشهاد بها"⁵.

1- المرجع نفسه، الصفحات نفسها .

2- عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 209 .

3- عبد السلام فيغور، التصرفات الصادرة من المريض مرض الموت، ط2، د د ن، المغرب، 2010، ص 183.

4- المادة 277 من مدونة الأسرة المغربية، رقم: 70/03 والصادر بتاريخ: 2004/02/05.

5- المادة 280 من مدونة الأسرة المغربية، رقم: 70/03 والصادر بتاريخ: 2004/02/05.

وقد اعتبر القضاء المغربي أن الوصية تصح ولو كانت لشخص مريض، حيث جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى سابقا "محكمة النقض حاليا"، بتاريخ: 2002/01/30: "تصح الوصية في ثلث مال الموصي ولو كان مريضا"¹.

وموضوع المادة يتصل بأحد تصرفات الموصي المريض في مرضه المخوف، وهو ما يوصي به الوارث له في حالة مرضه المتصل بموته.

فأمرت المدونة في هذه المادة بأنه إذا أوصى الموصي لوارث في مرضه المخوف المتصل بموته، بعد أن استأذن الورثة في الوصية واتفق الورثة على ذلك وأذنوا له بالإمضاء لوارث منهم، فإن الوصية صحيحة، ولازمة لمن أذن، وتنفذ بالنسبة للراشد من الورثة الذين أجازوها بعد وفاة الموصي².

سادسا: موقف المشرع الموريتاني

وقد نص القانون الموريتاني في المادة 221 على: "إجازة الوصية لوارث أثناء مرض الموت أو بعد وفاته من طرف الورثة أو إذنهم في ذلك يعتبر مُلزماً لمن كان منهم كامل الأهلية"³، وقد جاء هذا النص مسائرا لموقف المشرع الجزائري، وباقي التشريعات العربية.

المطلب الثاني: موقف الشريعة الإسلامية من وصية المريض مرض الموت.

إن حكم وصية المريض عند جمهور الفقهاء لا يختلف عن حكم وصية الصحيح فهو الحكم نفسه، فإذا كانت لوارث فإنها لا تنفذ في شيء من التركة كثيرا كان أم قليلا إلا بإجازة بقية الورثة أما إذا كانت لغير وارث فإنها تكون نافذة بغير إذن الورثة إذا كانت في حدود ثلث التركة، فإن زادت عن الثلث نفذت في الثلث وتوقف نفاذ ما زاد عليه على إجازة الورثة.

1- قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ: 2002/01/30، تحت رقم: 83، في الملف العقاري، عدد 99/9، منشور بكتاب قضاء المجلس الأعلى في الأحوال الشخصية والعقار من سنة 1957 إلى 2002، لعبد العزيز توفيق، ص 429 وما يليها.

2- عبد السلام فيغور، ط3، مرجع سابق، 212.

3- المادة 221 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتاني، رقم: 2001-052، والصادر بتاريخ: 2001/07/19.

الفرع الأول: وصية المريض لغير الوارث (الأجنبي).

إن جمهور الفقهاء متفق على أن الوصية بالثلث أو أقل، جائزة لمن ليس عليه دين، لأن حق الموصي يتصرف فيه حيث أراد خارج ورثته، واستدلوا على ذلك بما روي عن سعد بن أبي وقاص " أنه كان مريضاً فجاءه النبي ﷺ، فقال يا رسول الله أوصي بجميع مالي؟ قال: لا فالشطر؟ قال: لا فالثلث؟ قال: الثلث والثلث كثير، إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكفون الناس"¹.

لكن اختلفت الآراء الفقهية في موضوع الوصية إذا زادت على حدود ثلث التركة ولذلك انقسموا بشأنها إلى اتجاهين:

- الاتجاه الأول: الرأي القائل بالإبطال.

يرى الفقه المالكي في إحدى رواياته والفقه الشافعي والحنبلي والظاهرية، أن الوصية لأجنبي تكون باطلة إذا زاد مقدارها عن ثلث التركة وأوجه استدلالهم بالحديث المروي عن سعد بن أبي وقاص، إذ أن النبي ﷺ نهى سعداً عن الوصية بما زاد عن الثلث والنهي يقتضي الفساد.

وإذا أجاز الورثة ما زاد عن الثلث اعتبر تبرعاً منهم وليس إجازة، فيشترط فيها قبول الموصى له وأن يكون المجيز من أهل التبرع².

- الاتجاه الثاني: الرأي القائل بالوقف على إجازة الورثة.

جنح إلى هذا الرأي كل من الحنفية والشافعية ورأوا بأن الوصية في ما جاوز ثلث التركة تكون موقوفة على إجازة الورثة فإن أجزوها نفذت للزيادة فضلاً عن الثلث، وإن رفضوها بطلت الزيادة فقط ونفذت في الثلث من التركة³.

1- محمد بي إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، باب قول المريض إني وجع أو ورأساه، رقم 5668.

2- محمد زهدور، مرجع سابق، ص 54.

3- حبيب إدريس عيسى المزوري، المرجع السابق، ص 132.

ولكن يختلف الحكم إذا لم يكن للموصي ورثة ففي الموصي غير المدين وليس له ورثة اختلف فقهاء المسلمين في هذه الحالة بالنسبة إلى ما زاد عن الثلث فقالت الشافعية إن الوصية الزائدة على الثلث باطلة لأن جوازها يتوقف على إجازة الورثة والوارث في هذه الحالة بين المال والحق فيه لكافة المسلمين.

وهذا ما قطع به الجمهور من الفقهاء أنه إذا أوصى بما زاد على الثلث ولم يكن له وارث وليس عليه دين يجوز الوصية ولو بجميع المال الباقي بعد التجهيز والدين ولا يحتاج إلى إجازة الإمام لأن بيت المال غير وارث يوضع فيه المال على أنه مال ضائع لا بطريق الإرث فلا يعرض الوصية¹.

الفرع الثاني: وصية المريض لوارث.

لقد اختلفت الآراء بشأن الوصية في ما زاد عن الثلث إذا كانت لوارث، وكان الخلاف يرجع إلى محتوى فهم الحديث النبوي الشريف الذي يقول: "إن الله أعطى لكل ذي حق حقه فلا وصية لوارث"² وانقسموا إثره إلى ثلاثة اتجاهات:

- الاتجاه الأول: الرأي القائل بالبطلان.

ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة في الأكثر إلى أن الوصية لوارث لا تجوز إلا إذا أجازها الورثة لما ورد في قول الرسول ﷺ "لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة" وقوله إلا أن يجيز الورثة استثناء من النفي والاستثناء من النفي إثبات فيكون ذلك دليلاً على صحة الوصية للوارث إذا أجازها الورثة³.

والقياس العام يقتضي ذلك، لأنها تصرف صدر من أهله مضافاً إلى محله فمقتضاه أن الوصية صحيحة في نفسها، ولكن يتوقف نفاذها على إجازة من جعل له الشرع الحق في إجازته وقد بين الحديث من لهم حق الإجازة وهم باقي الورثة وإنما حرم الشارع الوصية

1- محمد زيد الأبياني، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، مكتبة النهضة، بيروت، لبنان، د ت ن، ص 279.

2- أبو داود السجستاني، سنن أبي داود، باب في الوصية للوارث، رقم 2870.

3- رشاد إبراهيم السيد عامر، المرجع السابق، ص 91.

لوارث لما فيه من فتح الذرية إلى الحرام، فإن في إعطاء بعض الورثة دون بعض إيقاع العداوة والحسد بينهم وهذا يؤدي غالباً إلى الإضرار بمن أوصى له فضلاً عما في الحسد والحد من حرمة وهذا حرام فالوصية للوارث حرام¹.

- **الاتجاه الثاني:** الرأي القائل بالوقف على إجازة الورثة.

إن الوصية للوارث صحيحة وموقوفة على إجازة الورثة، وإن كون الموصى له غير وارث هو شرط نفاذ لا شرط صحة، فإن أجازها الورثة جازت، وإلا بطلت، وإن أجازها البعض دون البعض نفذت في حصة المجيز، وبهذا القول أخذت الحنفية، وبعض المالكية، وبعض الشافعية وبعض الحنابلة ومن أدلتهم على ذلك:

1. قوله تعالى: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: 11] ووجه الاستدلال أن ظاهر الآية يقتضي جواز الوصية، حيث أنها جاءت مطلقة لا تختص ببعض دون بعض².
2. ما ورد عن ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لَا تَجُوزُ لَوَارِثٍ وَصِيَّةٌ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ الْوَرِثَةُ"³ دل الحديث على أن الوصية لا تنفذ مهما كان قدر الموصى به، إلا بإجازة الورثة فإن أجازوها نفذت، وإن أجازها البعض دون البعض نفذت في حق المجيز وبطلت في حق من لم يجز.
3. ولأن المنع إنما كان في الأصل لحق الورثة، فإن أجازوها لم يمنع⁴.

1- المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

2- محمد علي محمود يحيى، أحكام الوصية في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2010، ص 80.

3- الدارقطني، سنن الدارقطني، كتاب الفرائض، رقم 4150.

4- محمد علي محمود يحيى، المرجع السابق، ص 81.

- الاتجاه الثالث: الرأي القائل بنفاذ الوصية في حدود الثلث.

ذهب إلى هذا الرأي بعض الشيعة الزيدية والإمامية، إلى القول بنفاذ الوصية في حدود الثلث دون حاجة إلى إجازة الورثة واستدلوا بقوله تعالى ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة:180] فمن حق المورث أن يعطي ماله لمن يشاء سواء كان وارثا أو أجنبيا فتصرفه لا يتوقف على إجازة أحد كما استدلوا بحديث النبي ﷺ "لا وصية لوارث" فتكون الوصية صحيحة نافذة ما دامت في حدود الثلث دون توقف على إجازة أحد من الورثة¹.

1- حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 70 - 71.

خلاصة الفصل الأول

الوصية باتفاق ما جاء في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي هي تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، وفي القانون الجزائري يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص المتعلقة بها، وأما ما تعلق بشروط الوصية بنوعيتها الموضوعية والشكلية فقد تناولته المادة 16 من القانون المدني، ومن الأدلة الشرعية للوصية هي الكتاب والسنة والإجماع. وقد حسم قانون الأسرة الجزائري مسألة إثبات الوصية، فأعتبر أن الوصية تثبت أصلا بموجب عقد رسمي يحرره الموثق، واستثناء تثبت الوصية بموجب حكم قضائي يؤشر به على هامش أصل الملكية، وتبطل الوصية لعدة أسباب من الجانب الشرعي أو حسب ما جاء به القانون الجزائري كما سبق ذكره .

إن حكم وصية المريض عند جمهور الفقهاء لا يختلف عن حكم وصية الصحيح فهو الحكم نفسه، فإذا كانت لوارث فإنها لا تنفذ في شيء من التركة كثيرا كان أم قليلا إلا بإجازة بقية الورثة أما إذا كانت لغير وارث فإنها تكون نافذة بغير إذن الورثة إذا كانت في حدود ثلث التركة، فإن زادت عن الثلث نفذت في الثلث وتوقف نفاذ ما زاد عليه على إجازة الورثة، هذا ونجد أن حكم تصرفات المريض مرض الموت جائزة ضمن ما ذكره المشرع الجزائري من القانون المدني في المادة 01/776، إلا أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى كل تصرفات المريض مرض الموت، بل اكتفى بسرد حالات خاصة بشأن هذه التصرفات التي تصدر عن الشخص وهو في مرض الموت، سواء كان ذلك تبرعا أو معاوضة، فاعتبر مثلا الهبة الصادرة من المريض وهو في مرض الموت أو في حالة مخيفة.

الفصل الثاني

تصرفات المريض مرض الموت في عقد
الهبة

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

لقد أطلقت الشريعة الإسلامية لاسيما القانون الجزائري، حرية الفرد في التصرف في أمواله كيفما يشاء سواء كان تصرفا ماديا أو قانونيا، ولمن يشاء، ومن بين هذه التصرفات القانونية نكف عند عقد الهبة موضوع دراستنا، وهي نوع من أنواع الصدقات يقصد بها التقرب إلى وجه الله تعالى، إلا أنه وجب التفريق بينهما إذا كان الواهب صحيحا أو مريضا مرض الموت، ومن ثم نقول، هل تجوز الهبة هكذا على إطلاقها في حالة توفر شروط مرض الموت، أو أن الأمر يختلف كون أن الموهوب له من أقارب الواهب، أم كونه أجنبيا عنه، وسوف أتطرق إلى كل هذا من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي لعقد الهبة في التشريع الجزائري والشريعة الإسلامية.

المبحث الثاني: أحكام تصرفات المريض مرض الموت في الهبة.

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي لعقد الهبة في التشريع الجزائري والشريعة الإسلامية. وضعت الشريعة الإسلامية وكذا معظم التشريعات المختلفة بما فيها التشريع الجزائري تنظيماً قانونياً عاماً يحكم تصرفات المريض مرض الموت، والتي تكون في إطار عقود التبرع، حرصاً على عدم ضياع الحقوق خاصة المالية منها، والحفاظ على استقرار المعاملات وعدم الإضرار بالآخرين سواء كانوا ورثة أو ذوي حقوق أو غيرهم من الغرماء. وللوقوف على مفهوم عقد الهبة، يستدعي الأمر منا معرفة التكييف القانوني له وموضع تناوله في القانون والفقهاء، فلا شك أن التصرفات التي تدخل في نطاق التبرعات تحتاج التفصيل في خصوصياتها وما يميزها عن ما تشته به من تصرفات، لذلك كان لزاماً توضيح مفهوم عقد الهبة الذي يعتبر نوعاً خاصاً من التبرع، له ما يميزه عن سائر الأعمال القانونية الأخرى وعليه سأتناول في هذا المبحث مطلبين:

المطلب الأول: مفهوم الهبة

المطلب الثاني: أركان عقد الهبة والرجوع فيها.

المطلب الأول: مفهوم الهبة

سنتناول في هذا المطلب، تعريف عقد الهبة في اللغة والاصطلاح القانوني، سواء ما ورد في التشريع الجزائري، وما ذكرته التشريعات المقارنة، وأيضاً سوف نعرفه من الناحية الشرعية وذلك بسرد أقوال المذاهب الفقهية الأربعة، مع ذكر أدلة مشروعية الهبة وذلك من الكتاب والسنة والإجماع، مع معرفة أهم المقومات والخصائص التي يقوم عليها هذا العقد، وفي الأخير سوف نميز هذا النوع من العقود التبرعية على ما يشابهه وما يقاربه من عقود وتصرفات، وهذا ما سوف نتطرق إليه من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: تعريف الهبة ودليل مشروعيتها

حتى نعرف المقصود من عقد الهبة، يجب التطرق إلى تعريفها ومدى مشروعيتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي عبر النقاط التالية:

أولاً: تعريف الهبة

سوف أعرف الهبة في اللغة والإصلاح القانوني والشرعي، حسب الآتي:

1- تعريف الهبة لغة:

الهبة تعني التبرع والتفضل والإحسان، بشيء ينتفع به الموهوب له، سواء كان ذلك الشيء مال أو غير مال¹، فمثلاً في هبة المال كهبة شخص لآخر فرساً أو سيارة أو دار أما في الهبة بغير مال فمثلاً: قول إنسان لآخر، ليهب لك الله ولداً، مع أن ولد ذلك الشخص حر ليس بمال².

وجاء على لسان العرب، الهبة تعني العطية الخالية عن العوض والإغراء، فإذا كثرت سمي صاحبها وهاباً وهو من أبنية المبالغة³، أما في المعجم الوسيط باب (وهب): أصلها

1- لويس معلوف، المنجد في اللغة العربية المعاصرة، دار المشرق لطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 2000، ص 239.

2- محمد تقي، الهبة في قانون الأسرة والقانون المقارن، أطروحة دكتوراه دولة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بن عكنون، الجزائر، 1997، ص 06.

3- ابن منظور، ج 15، مصدر سابق، ص 803 .

وهب له شيء، يهبه وهبا، وهبة أعطاه إياه بلا عوض، فهو واهب ووهوب ووهاب وهب: كلمة لأمر¹، ويقال وهبته هبة وموهبة وموهبا، قال تعالى: ﴿وَوَهَبْنَا لَهُ إِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ كُلًّا هَدَيْنَا وَنُوحًا هَدَيْنَا مِنْ قَبْلُ...﴾ [الأنعام:84].

2- تعريف الهبة اصطلاحا:

أ- **التعريف القانوني لعقد الهبة:** ومن خلال هذا العنصر سوف نعرض على تعريف الهبة من وجهة نظر التشريع الجزائري، وبعض التشريعات المقارنة.

أ-1 **عرفها المشرع الجزائري في المادة 202 من ق أ ج على أنها:** "الهبة تملك بلا عوض- ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف على إنجاز الشرط"².

وتنص المادة 206 من نفس القانون على ما يلي: "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة....."³.

ويستفاد من نص هاتين المادتين: أن الهبة عقد يقع بين الأحياء يتحقق وجوده بإيجاب وقبول متطابقين، وبموجبه تنتقل ملكية الشيء الموهوب من الواهب إلى الموهوب له بلا عوض وعلى سبيل التبرع، فيترتب على ذلك افتقار من جانب الواهب الذي تنازل عن ماله كله أو بعضه على سبيل التقرب إلى الله عز وجل وإثراء من جانب الموهوب له.

وتعريف الهبة بهذا المعنى يشمل الصدقة والهدية، فكلاهما تملك للمال في الحياة دون عوض⁴.

1- إبراهيم مصطفى ومن معه، المعجم الوسيط، ج2، ط4، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، مصر، 2004م، ص1059.

2- المادة 202 من القانون رقم 11/48، المؤرخ في رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم: 02-05 المؤرخ في: 2005/02/27.

3- المادة 206 من القانون رقم 11/48، المؤرخ في رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم: 02-05 المؤرخ في: 2005/02/27.

4- شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 17

ومن جهة أخرى أنه يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بأي التزام يتوقف انعقاد وتمام الهبة على انجازه، سواء كان هذا الالتزام لمصلحة الواهب نفسه أو لمصلحة الموهوب له أو لمصلحة أجنبي أو للمنفعة العامة¹.

أ-2- تعريف الهبة في التشريعات المقارنة:

- **تعريف الهبة في القانون التونسي:** عرفها المشرع التونسي في مجلة الأحوال الشخصية في الفصل 200 بأنها: "الهبة عقد يتم بمقتضاه تملك شخص آخر مالا بدون عوض، ويجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع أن يفرض على الموهوب له القيام بالالتزام معين رسمي، هبة العوض"².

- **تعريف الهبة في القانون المصري:** عرفها القانون المدني المصري في نص المادة 486: "الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في المال له دون عوض، ويجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع أن يفرض على الموهوب له في القيام بالالتزام معين"³.

- **تعريف الهبة في القانون المغربي:** عرفت المادة 273 من مدونة الحقوق العينية المغربي بأنها: "تمليك عقار أو حق عيني عقاري لوجه الموهوب له في حياة الواهب بدون عوض"⁴.

- **تعريف الهبة في القانون الفلسطيني:** عرفت مجلة الأحكام العدلية الهبة في المادة 833 بأنها: "الهبة تملك مال لآخر بلا عوض، ويقال لفاعله واهب، ولذلك المال موهوب، ولمن قبله موهوب له، والإتهاب بمعنى قبول الهبة أيضا"⁵.

1- شيخ نسيمة، مرجع سابق، ص 17

2- الفصل 200 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، قانون عدد 1981/07 المؤرخ في: 1981/02/18.

3- المادة 486 من القانون المدني المصري، والصادر بتاريخ: 1949/10/15.

4- المادة 273 من القانون رقم: 39/08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية المغربي، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم: 1.11.178، والصادر في 25 ذي الحجة 1432، الموافق ل: 2011/11/22.

5- المادة 833 من مجلة الأحكام العدلية - غزة، الضفة الغربية- فلسطين، والصادر بتاريخ: 26 شعبان 1293 هـ الموافق لسنة 1882م.

ب- تعريف الهبة في الشريعة الإسلامية:

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريف الهبة على المذاهب الأربعة وهي كما يلي:

- **الحنفية:** عرف الحنفية الهبة، بأنها تمليك العين بلا عوض¹، فالهبة تمليك العين بلا شرط العوض في الحال، ومعنى ذلك أن الشخص الذي يملك عينا ملكا صحيحا، يجوز له أن يهب لغيره من غير أن يأخذ منه عوضا في الحال أو المستقبل وذلك أثناء حياته، وهذا لا يمنع المالك من أن يشترط العوض، مقابل ما يهب من مال².

- **المالكية:** عرف المالكية الهبة بأنها: تمليك من له التبرع ذاتا، تنتقل شرعا بلا عوض لأهل بصيغة، أو ما يدل عليه³.

ومعنى ذلك أن الشخص الذي يملك عينا ملكا صحيحا له، أن يملكها غيره بدون مقابل يأخذه مرضاة لذلك الشخص، بقطع النظر عن الثواب الأخروي، فالتمليك على هذا الوجه يسمى هبة⁴.

- **الشافعية:** عرفها الفقيه الشافعي على أنها "تمليك بلا عوض حال الحياة تطوعا"⁵. والمقصود من هذا التعريف، تمليك العين أو الدين أو المنفعة بلا عوض يعتبر هبة فهي تمثل الهدية والصدقة⁶.

1- ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن بكر، البحر الرائق شرح الكنز الدقائق، ج7، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، د ت ن، ص 248.

2- بن قدامي، ج6، مصدر سابق، ص36.

3- أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1415هـ/1995م، ص38.

4- عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج3، دار القلم للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ص285.

5- محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج5، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1415هـ/1995م، ص375.

6- محمد بن أحمد تقية، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، سنة 2003م، ص 14.

- **الحنابلة:** عرفها الفقه الحنبلي بأنها: "تمليك جائز التصرف مالا معلوما أو مجهولا تعذر علمه، موجودا مقدورا على تسليمه غير واجب في الحياة، بلا عوض بما يعد هبة عرفا من لفظ هبة وتمليك ونحوهما"¹، فالمقصود من كلمة "تمليك" لإخراج العارية، أما كلمة "مال" ما ليس بمال يخرج عن ما هو منقول أو عقار، و"المقدور على تسليمه" أي غير مستحيل، و"غير واجب" أي غير مثقل بالديون والنفقات، و"في الحياة" لإخراج الوصية و"بلا عوض" أي بدون مقابل حتى لا تدخل ضمن عقود المعاوضة².

مما سبق نخلص إلى أن الهبة عقد موضوعه تمليك الإنسان لغيره لمال يملكه في الحياة بلا عوض، وقد يطلق لفظ الصدقة أو الهدية على الهبة التي يراد بها وجه الله تعالى أو على الهبة التي يراد بها التودد والمحبة.

ثانيا: دليل مشروعية الهبة

سوف نتعرض في هذا الفرع إلى أدلة مشروعية عقد الهبة، والثابتة من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، وكذا من إجماع الأمة، على النحو التالي:

1- من القرآن الكريم: هناك نصوص قرآنية كثيرة جاءت لترغيب في العطايا والهبات من أجل تأليف القلوب والآخذ بيد المحتاجين، وتنفيس كربهم، نذكر منها:

- قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾ [النساء: 04].

- وقوله تعالى أيضا: ﴿...وَأَتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ...﴾ [البقرة: 177].

1- منصور بن يونس البصري الحنبلي، كشاف القناع من متن الإقناع، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان 1418هـ/1997م، ص 360-359.

2- محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 14.

- وقوله أيضا: ﴿...وَأَمْرًا مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ...﴾ [الأحزاب:50].
- وقوله أيضا: ﴿...وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة:280].
- 2- من السنة النبوية الشريفة: قد حث الرسول الكريم عليه أفضل الصلاة والتسليم ورغب في الهبات والعطايا، وفي ذلك أحاديث كثيرة، نذكر منها:
- قوله ﷺ: "تهادوا تحابوا"¹.
- وقوله ﷺ: "العائد في هبته كالكلب يقىء ثم يعود في قبئه"².
- حديث أبو هريرة ؓ عن النبي ﷺ أنه قال: "لو دعيت إلى ذراع أو كراع لأجبت، ولو أهدي إلي ذراع أو كراع لقبلت"³.
- حديث عائشة رضي الله عنها: "أن الناس كانوا يتحرون بهداياهم يوم عائشة يبغون بها - أو يبتغون بذلك - مرضاة رسول الله ﷺ"⁴.
- 3- من الإجماع: لقد أقر الصحابة رضوان الله عليهم الهبة بأنواعها، فقد روي عن عمر ابن الخطاب ؓ أنه قال: "من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه الصدقة فإنه لا يرجع فيها إن لم يرض عنها"⁵.

1- البيهقي، أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي، السنن الكبرى، تحقق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، كتاب الهبات، ج12، باب شرط القبض في الهبة، القاهرة، مصر، 1432 هـ/2011 م، ص296.

2- البخاري، صحيح البخاري، ط1، دار ابن كثير، بيروت، لبنان، كتاب الهبة، باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته الحديث رقم: 2621، ص 636.

3- البخاري، صحيح البخاري، ط1، دار ابن كثير، بيروت، لبنان، الهبة، ج3، باب فضلها والتحريض عليها، رقم الحديث: 2567، ص 153.

4- أخرجه البخاري في صحيحه، الهبة، ج3، باب قبول الهدية، رقم الحديث: 2574، ص155.

5- بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 217.

وتبعهم في ذلك الفقهاء وجموع المسلمين في شتى العصور، بأن أقرروا جواز الهبة واستحبابها بمختلف أنواعها ما لم تكن حراما.

وهذا بتوجيه من سيد الخلق عليه أفضل الصلاة والسلام إلى يوم الناس هذا، استدلالا بقوله تعالى: ﴿...وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ...﴾ [المائدة:02].

الفرع الثاني: خصائص عقد الهبة

من خلال التعاريف السابقة لعقد الهبة: مجموعة من المقومات والخصائص يتمتع بها على غرار العقود المشابه له، نذكرها في النقاط التالية:

أولاً: عقد الهبة عقد ما بين الأحياء

نصت المادة 206 من قانون الأسرة على ما يلي: "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول..."¹ الأمر الذي يستفاد منه أن الهبة عقد بين الأحياء، ذلك أن تبادل الإيجاب والقبول في عقد الهبة لا يمكن أن يتم إلا في حياة كل من الواهب والموهوب له، فيجوز للواهب تملك الشيء الموهوب في الحال للموهوب له، أو في المستقبل شريطة أن يبقى الواهب حياً².

وبما أن الهبة عقد بين الأحياء، فإنه يخرج عن نطاقها الهبة لما بعد الموت، ومن ثم لا يجوز للواهب أن يعقد هبة بآتة يهدف من ورائها إلى نقل ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له إلى ما بعد وفاته، ففي هذه الحالة يعتبر التصرف وصية لا هبة³، وهذا طبقاً

1- المادة 206 من القانون رقم 11/48، المؤرخ في رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون

الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم: 02-05 المؤرخ في: 2005/02/27.

2- شيخ نسيم، المرجع السابق، ص 18.

3- شيخ نسيم، المرجع السابق، ص 18-19.

لنص المادة 204 من ذات القانون والآتي نصها: "الهبة في مرض الموت، والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية"¹.

وهذا ما أقره القضاء الجزائري، بحيث قضت المحكمة العليا، في القرار الصادر عنها بتاريخ: 2005/10/19، بما يلي: "التصرف على أساس الهبة، المنفذ بعد وفاة المورث في تركته، يأخذ حكم الوصية"².

ثانياً: عقد الهبة تملك بلا عوض

الهبة تعتبر من أعمال التصرف، وبالتالي فإن الواهب ملتزم بنقل الملكية دون مقابل وليس من الضروري أن يكون الحق الموهوب هو حق الملكية في العقار أو المنقول، بل يجوز أن يكون حق انتفاع أو حق انتفاع أو حق سكني، أو حتى حق ارتفاق أو غير ذلك من الحقوق العينية الأصلية المنقولة عن حق الملكية، وقد يكون معنى ذلك أن يلتزم الواهب للموهوب له بمبلغ من النقود، فالتصرف هنا غير مباشر في المال إذ هو إنقاص لخدمة الواهب³.

يجب أن يكون التزام الواهب دون مقابل، لأن طبيعة الهبة من قانون الأسرة، والهبة في أصلها هي افتقار من جانب الواهب وإثراء من جانب الموهوب له، وعلى الرغم من ذلك فلا مانع أن تكون الهبة بعوض، وذلك كونها من الهبات المتبادلة التي يهب فيها شخص لآخر شيئاً ثم يهب الموهوب له شيئاً للواهب، فالهبتان متبادلتان مع كونها بلا عوض، بل أن كل واهب قد وهب بنية التبرع غير ناظراً إلى الهبة الأخرى، كعوض عن هبته، وتطبق أيضاً عن الهدايا المتبادلة في مناسبات معينة كالأفراح وحفلات القران فالصديق يهديك هدية

1- المادة 204 من القانون رقم 11/48، المؤرخ في رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم: 05-02 المؤرخ في: 2005/02/27.

2- م ع ج، غ أ ش، ملف رقم: 307934، الصادر بتاريخ: 2005/10/19، م ق، ع 2، 2005، ص 195.

3- عبد الرزاق السنهوري، ج 5، مرجع سابق، ص 10.

لصاحبه في إحدى هذه المناسبات قاصدا التبرع ولا ينفي هذه النية عنده أنه يتوقع أن صديقه سيقدم له هدية في مناسبة مقبلة¹.

ويستفاد من نص المادة 202 ق أ ج والآتي نصها: "يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له لقيام بالتزام يتوقف تمامها على انجاز الشرط"²، فيجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له، ويعتبر تصرفه هذا تصرفا مشروعاً، ولا تنتفي عن الواهب هذه النية وتعتبر الهبة صحيحة.

ولما كانت الهبة تصرفاً في المال بدون عوض، فإنها لا تتحقق إلا إذا التزم الواهب بأن ينقل إلى الموهوب له ملكية عقار أو منقول أو أي حق عيني آخر، أو أن يلتزم الموهوب له بحق شخصي، كإعطائه مبلغاً من النقود أو إبرائه من الدين³.

وهذا ما أكدت عليه المادة 205 من ذات القانون والآتي نصها: "يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزء منها عينا أو منفعة أو ديناً لدى الغير"⁴.

ثالثاً: عقد الهبة عقد شكلي وعيني

أوجب المشرع الجزائري إفراغ عقد الهبة في شكل رسمي، متى كان محلها عقاراً ومن ثم تعتبر الهبة من العقود الشكلية، التي لا يكفي لانعقادها وجود التراضي بين الواهب والموهوب له، بل لابد من تحريرها في عقد رسمي من قبل الموثق واحترام الإجراءات اللاحقة لهذه الرسمية⁵.

1- محمد بن أحمد بن تقيّة، الهبة في قانون الأسرة والقانون المقارن، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه دولة، جامعة الجزائر، 1997، ص 30.

2- المادة 202 من القانون رقم 11/48، المؤرخ في رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم: 05-02 المؤرخ في: 2005/02/27.

3- شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 21.

4- المادة 202 من القانون رقم 11/48، المؤرخ في رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم: 05-02 المؤرخ في: 2005/02/27.

5- شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 22.

وهذا ما أكدت عليه المادة 206 من ق أ ج والآتي نصها: "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول...."¹.

ولذلك يجب تحرير عقد الهبة في عقد رسمي على يد موظف مختص هو الموثق². وفي نفس الوقت الهبة عقد عيني لا يتم بمجرد التراضي وتوفر الشكلية، بل يجب لإتمام الهبة زيادة على ذلك تسليم العين محل عقد الهبة، أي قبض المال الموهوب وحيازته من قبل الموهوب له، وفي المنقول تتم الهبة بالضرورة توفر الإجراءات الخاصة بجانب الحيازة فضلا عن الرضا المتبادل، كما لا يمنع أن تقع الهبة الخاصة بالمنقول بعقد رسمي، والهبة في المنقول تعتبر أيضا عقد عيني، لأنها لا تتم إلا بالحيازة التي هي ركن فيه لا بد من توفره³.

رابعاً: عقد الهبة من عقود التبرع

وهو العنصر المعنوي في الهبة، ونية التبرع هو عنصر جوهريا في الهبة، إذ لا يكفي لانعقادها أن يتصرف الواهب أن يتصرف الواهب في ماله دون عوض، بل لا بد من وجود نية التبرع لديه وقت إبرام هذا العقد⁴.

فإذا انتفت هذه النية، انتفت الهبة معها، ومثال ذلك أن يقوم شخص بالوفاء بالتزام طبيعي نحو شخص آخر فلا يكون تبرعا، وإنما موفيا لدين وإن كان غير مجبر على الوفاء به، ويكون عندئذ تصرفه وفاء لا هبة، أو أن يقوم الأب بتجهيز ابنته العروس تحضيراً لزفافها، أو أن تعطي الشركة لمستخدميها وعمالها مكافآت سنوية على الجهد المبذول خلال السنة⁵.

1- المادة 202 من القانون رقم 11/48، المؤرخ في رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم: 05-02 المؤرخ في: 2005/02/27.

2- محمد بن أحمد بن تقيّة، المرجع السابق، ص 22.

3- محمد بن أحمد بن تقيّة، المرجع السابق، ص 38.

4- شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 21.

5- عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج5، مرجع سابق، ص 38.

وتتنفي نية التبرع أيضا، إذا أعطى شخص لآخر مالا بغير قصد التبرع المحض وإنما يقصد جني منفعة مادية أو أدبية منه، فلا يكون التصرف هبة، كأن يعطي شخص مالا لآخر لإنشاء مدرسة، شريطة أن تسمى باسمه¹.

ولا يعتبر التصرف من قبيل الهبات، قيام الشخص بإعطاء المكافآت مقابل الخدمات الممنوحة أو إعطاء مال دون نية التبرع قاصدا جني منفعة مادية أو أدبية، فالعبرة في الهبة أن تتجه نية الواهب للتبرع، دون الحصول على أي مقابل، إثابة على صنيع أو جني منفعة له².

الفرع الثالث: تمييز عقد الهبة عن التصرفات القانونية المشابهة له

قد تتشابه الهبة مع تصرفات قانونية قريبة لها، وحتى يزول هذا اللبس، سوف أميزه على بعض التصرفات القانونية والعقود الرسمية، وسوف يتم هذا التمييز من خلال تبيان ثلاث فروق جوهرية على النحو التالي:

أولا: تمييز عقد الهبة عن الوقف

- الهبة عقد لابد فيه من تطابق إرادتين، بينما الوقف تصرف صادر من جانب واحد تكفي لانعقاده إرادة الواقف لوحدها³.

- الوقف بعد لزومه لا يدخل في ملك الموقوف عليه اتفاقا، لأنه لو دخل في ملكه لجاز له أن يتصرف فيه تصرف المالك، بينما الهبة تدخل في ملك الموهوب له بقبوله لها⁴.

- أن عقد الهبة تبرع محض، يلتزم بموجبه الواهب بإعطاء شيء للموهوب له، بدون مقابل بنية التبرع، فيؤدي إلى زوال ملك الواهب عن الشيء الموهوب وتمليكه للموهوب له للتصرف فيه كما يشاء، أما الوقف فينصب على المنفعة فقط دون تمليك الشيء الموقوف،

1- كمال حمدي، المواريث والهبة والوصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1998، ص 156.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج5، مرجع سابق، ص 08.

3- شيخ نسيم، مرجع سابق، ص 27.

4- محمد بن أحمد بن تقي، المرجع السابق، ص 34.

ولا يجوز للواقف وغيره بعد صدور الوقف عنه، أن يتصرف في المال الموقوف بأي تصرف ناقل للملكية¹.

ثانياً: تمييز عقد الهبة عن البيع

- عقد الهبة يعتبر تصرفاً تبرعياً، بحيث يتجرد فيه الواهب من ماله دون عوض، أما عقد البيع فهو من عقود المعاوضة، يحصل البائع على عوض نقدي في مقابل التنازل عن ملكه².

- يجوز الرجوع في عقد الهبة في الحالات الواردة قانوناً، وذلك ما نصت عليه المادة 211 من ق أ ج، بينما لا يجوز الرجوع في البيع بإرادة البائع المنفردة³.

- إذا كانت الهبة بعوض فإن هذا العوض الذي يعتبر مقابلاً للشيء الموهوب؛ قد يكون نقوداً أو غير ذلك من تكاليف أو التزامات أخرى، أما في عقد البيع فإن المقابل للشيء المبيع يجب أن يكون من النقود⁴.

ثالثاً: تمييز عقد الهبة عن عقد العارية:

- أن الهبة تملك بلا عوض، ويترتب عنها تملك الموهوب له الشيء الموهوب أو منفعته أو غير ذلك من الحقوق المتفرعة عن الملكية، أما العارية فتقتصر على إباحة الانتفاع بشيء محل العارية دون تملكه⁵.

1- شيخ نسيم، مرجع سابق، ص 28.

2- محمد بن أحمد بن تقي، المرجع السابق، ص 38.

3- الياس نصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية - العقود المسماة، العقود المسماة، العقود التي تقع على الملكية عقد الهبة- دراسة مقارنة، ج11، ط2، بيروت، لبنان، 2011م، ص 41.

4- شيخ نسيم، مرجع سابق، ص30، انظر جمال الدين طه العاقل، عقد الهبة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الهدى للطباعة، القاهرة، مصر، 1398 هـ/1978م، ص 34.

5- شيخ نسيم، مرجع سابق، ص 31.

- أن قصد الواهب من هيبته التبرع المحض غالباً، بأن منح للموهوب له منافع يحرم نفسه منها، أما العارية فلا يقصد المعير من ورائها إفادة المستعير بحسب الأصل فغالبا ما يكون الغرض منها تحقيق مصلحة لنفسه¹.
- أن الهبة يخرج بموجبها ملك الشيء الموهوب عن المالك الواهب إلى الموهوب له على خلاف العارية التي يلتزم المستعير فيها برد الشيء محل العارية للمعير، ومن ثم فإن الهبة تصح فيما يستهلك وفيما لا يستهلك، أما العارية فتتصب على ما لا يستهلك فقط من الأشياء، وذلك حتى يتمكن المستعير من ردها بعد الانتفاع بها².

رابعاً: تمييز عقد الهبة عن عقد الإيجار

- الهبة من العقود الواجبة الشكلية فيه، سواء وقعة الهبة عن عقار أو منقول والذي يتطلب إجراءات خاصة، بينما عقد الإيجار عقد رضائي، لا يتطلب فيه الشكلية، وهو من عقود الإدارة لا من عقود التصرف³.
- عقد الهبة من العقود الناقلة للملكية، حيث تنتقل ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له أو منفعتة، أو غير ذلك من الحقوق التي تنفرع عن الملكية⁴، في حين أن عقد الإيجار لا ينقل الملكية، فهو ينشئ في ذمة المؤجر التزاماً بتمكين المستأجر من الانتفاع بالشيء المؤجر⁵.

1- جمال الدين طه العاقل، المرجع السابق، ص 33.

2- شيخ نسيمه، مرجع سابق، ص 31.

3- عبد الرزاق السنهوري، ج5، المرجع السابق، ص 4-5.

4- محمد بن أحمد بن تقيّة، المرجع السابق، ص 39.

5- زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود - إيجار الأشياء، عقد الإيجار-ج9، دار الثقافة، بيروت، لبنان، د س ن ص 06.

- الهبة تختلف عن عقد الإيجار، كونها تتم بلا عوض مع نية التبرع في حين أن عقد الإيجار هو عقد معاوضة، ينقل منفعة الشيء لمدة محددة مقابل أجر¹.

المطلب الثاني: أركان عقد الهبة وكيفية الرجوع فيها

تعتبر الهبة عقد قانوني كسائر العقود الأخرى، وبالتالي حتى تكون الهبة صحيحة، لا بد من توفر شروط هذا العقد وأركانه بقسميها: العامة والمتمثلة في: التراضي والمحل والسبب، والأركان الخاصة والمتمثلة في: الشكلية وحيازة الشيء الموهوب، وبعد أن أدرس هذه الأركان بشقيها لا بد من التطرق إلى كيفية الرجوع في هذا العقد، وهذا ما سوف أفصل فيه من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: الأركان العامة لانعقاد الهبة

الركيزة الأساسية في تكوين أي العقد هي الإرادة، أي تراضي المتعاقدين، وللرضاء موضوع أو محل يرد عليه، كما له سببا يدفع إليه أو غاية معينة يراد تحقيقها من وراء إبرام الهبة، ولذلك جرى في الفقه المدني على القول أن أركان العقد ثلاثة: التراضي المحل والسبب.

1- التراضي:

ويقصد بالتراضي تطابق إرادتي المتعاقدين وتوافقهما وبالتالي انصرافهما إلى إحداث أثر قانوني معين²، ألا وهو انعقاد الهبة ومن أجل ذلك لا بد من توفر شروط:

أ- شرط الصيغة:

هي التعبير عن تراضي الطرفين، إما أن يتم بشكل صريح أو ضمنى فالتعبير الصريح: يتم باللفظ الصادر عن الواهب إذ يقول "وهبتك" أو "أهديت إليك" أو "أعطيتك" أو "نحلتك"، وأيد ذلك فقهاء الشريعة الإسلامية، ويجوز أن تكون بالكتابة كأن يكتب الواهب رسالة إلى

1- محمد بن أحمد بن تقيّة، المرجع السابق، ص 43.

2- نسيمه شيخ، المرجع السابق، ص 33.

الموهوب إليه يعرض بها نيته في هبته شيئاً ما خاصة إذا كانا متباعدين، كما يمكن أن تكون بالإشارة المعبرة والمفهومة خاصة ممن يفقد النطق كالأخرس¹.

بينما ينصرف التعبير الضمني: القيام بفعل أو اتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه كما أشارت إليه سابقا المادة 02/60 من القانون المدني ويتم التعبير المقبول بنفس الطريقة بل وإن سكوت الموهوب له بعد علمه بالإيجاب يعتبر قبولا².

ب- شرط صحة التراضي:

إذا كان التراضي ركن من أركان عقد الهبة فيجب أن يكون هذا التراضي صادرا من أشخاص يتمتعون بالأهلية القانونية اللازمة، لإبرام هذا النوع من التصرف، إذا كان عقد الهبة يتكون أطرافه من الواهب والموهوب له، فنتساءل ماهية الأهلية لذلك؟

بالنسبة لأهلية الواهب يشترط المشرع الجزائري في المادة 203 من قانون الأسرة على:

- أن يكون الواهب حائزا على الأهلية التبرع،
- وأن يكون سليم العقل أي متمتعا بكل قواه العقلية،
- وأن يكون بالغا السن الرشد القانوني أي 19 سنة كاملا،
- وأن يكون غير محجور عليه لسفه أو غفلة أو إفلاس³.

فالمطلوب من الموثق قبل تحرير عقد الهبة، أن يتحقق من أهلية الواهب فيلتمس من الأطراف تقديم شهادات الميلاد وبطاقة الهوية وحتى تقديم شهادة طبية إن اقتضى الحال لأن الواهب هنا يقوم بعمل ضارا ضررا محضا.

أما بالنسبة للموهوب له فقد خفف المشرع من أهليته، إذ تكفي فيه أهلية التميز لأنه يقوم بعمل نافعا نفعاً محضاً، بل وأجازها حتى للجنين في بطن أمه وهذا ما يستشف من نص المادة 209 من قانون الأسرة الذي سار على مذهب الإمام مالك الذي يجيز للحمل المستكن

1- المادة 60 ف 1 من القانون المدني الفقرة الأولى، رقم: 07-05 المؤرخ في: 13/05/2007 المعدل والمتمم.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج5، ص 27.

3- المادتين 42 و 44 من القانون المدني رقم: 07-05 المؤرخ في: 13/05/2007 المعدل والمتمم.

أي الجنين في بطن أمه، وعلق ذلك على شرط ولادته حيا، فإن ولد ميتا بقي المال على ملك الواهب؛ وإن ولد حيا ثم ما تبعد ولادته كان المال الموهوب للورثة ويتولى قبول الهبة عن الجنين وليه الشرعي وهي الأم في حالة ما إذا كانت الهبة من الأب أو هذا الأخير في حالة ما إذا كانت الهبة من شخص أجنبي¹.

ج- سلامة الرضا من العيوب طبقا للمواد 81 إلى 87 وهي:

- الغلط²: يقع هنا إما في الشيء الموهوب كأن يهب شخص لآخر قطعة أرضية على أساس أنها زراعية ثم يتبين أنها أرض بناء أو أن يقع في الشخص الموهوب له معتقدا أنه محمد فإذا هو أحمد، أو أن يقع في الباعث للتعاقد³، كأن يهب شخص لآخر مالا وهو مريض مرض الموت ثم يشفى منه، فيجوز إبطال الهبة للغلط في الباعث⁴.

- التدليس⁵: كأن يكتم الموهوب له عن الواهب أمورا لو علمها هذا الأخير لما اندفع إلى إبرام الهبة.

1- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 307-308.

2- الغلط: هو وهم، يقوم في ذهن الشخص يحمله على اعتقاد غير الواقع. أي اعتقاد خاطئ يقوم في ذهن المتعاقد فيدفعه إلى التعاقد. فإذا وقع المتعاقد في غلط جوهري، جاز له أن يطلب إبطال العقد؛ أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 90.

3- نسيم شيخ، المرجع السابق، ص 60.

4- عمر حمدي باشا، المرجع السابق، ص 34.

5- التدليس: هو إيهام الشخص بغير الحقيقة، بقصد حمله على التعاقد. ويجوز إبطال العقد، للتدليس، إذا كانت الحيل، التي لجأ إليها أحد المتعاقدين، أو نائب عنه، من الجسامة، أنه لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد؛ نظم لمشروع الجزائري أحكامه في المادتين 86 و 87 من ق م ج.

- الإكراه¹: وأكثر ما يكون عن طريق التأثير في نفسية الواهب بنفوذ أدبي يكون للموهوب له عليه، فيؤثر في إرادته ويحمله على التبرع بماله لمصلحته، ويقع هذا كثيرا من الزوج على زوجته، أو من الرئيس على المرؤوس².
- الاستغلال³: فيعتبر من أبرز عيوب الإرادة في عقد الهبة لأنه كثيرا ما يستغل الموهوب له في الواهب سواء كان طيشا بيّنا أو هوى جامحا كأن يستغل الابن والده المسن بدافع أنه الابن البارّ به دون إخوته.

2-المحل

محل العقد بصفة عامة هو الالتزام الذي يترتب عليه، فالعقد لا يرتب إلا التزامات، إما بإعطاء شيء وإما بفعل وإما بامتناع، إذن المراد بالمحل هو محل الالتزام⁴، والكلام عن محل عقد الهبة يستدعي الحديث عن نوعه وشروطه:

أ. أنواع المحل:

المحل هو الشيء المعقود عليه، ولما كان الأصل في أن تكون بلا عوض، فإن المحل هو الشيء الموهوب لأن الهبة في هذه الحالة تكون ملزمة للواهب فقط، أما إذا كانت ملزمة لجانبيين، بأن تكون بعوض، كان المحل الهبة مزدوجا يشمل الشيء الموهوب الذي يلتزم به الواهب، والمقابل الذي يلتزم به الموهوب له.

- الشيء الموهوب:

1- الإكراه: هو ضغط، يتعرض له أحد المتعاقدين، يولد في نفسه رهبة، تدفعه إلى التعاقد. ونظمت أحكامه المادتين 88 و 89 من ق م ج.

2- عمر حمدي باشا، المرجع السابق، ص 35.

3- الاستغلال هو الاستفادة من ضعف أحد المتعاقدين فيختل بذلك التعادل بين الالتزامات المتعاقدين؛ أنور سلطان المرجع السابق، ص 95.

4- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 69 .

الشيء الموهوب هو المال الذي يهبه الواهب إلى الموهوب له، سواء كان عقارا أو منقولا، أو حق انتفاع أو دين وهذا ما أشارت إليه المادة 205 من قانون الأسرة، إذ يجوز للواهب أن يهب كل ما يملكه من منقولات أو عقارات أو منافع وحقوق دائنيه وبالمقابل باستطاعته أن يهب جزء منها يتولى تحديدها بإرادته المنفردة في عقد الهبة¹.

- العوض:

العوض في الهبة هو التزام الموهوب له بأداء ما اشترط عليه مقابل التزام الواهب بالهبة، وقد يكون هذا المقابل التزاما بإعطاء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، فالالتزام بإعطاء مثله أن يلتزم الموهوب له بترتيب إيراد للواهب أو لأجنبي أو أن يلتزم بوفاء ديون الواهب الذي في ذمة هذا الأخير أو المثقلة بالشيء الموهوب، والالتزام بالعمل مثله أن يلتزم الموهوب له بأن يقوم بخدمات معينة للواهب كان يزرع له أرضا أو يبني له مسكنا². والالتزام بالامتناع عن عمل مثله أن يتعهد الموهوب له بألا يتصرف في الشيء الموهوب³.

ب. شروط المحل:

إن محل الالتزام يجب أن تتوفر فيه الشروط العامة الواجب توافرها في محل الالتزام فيجب أن يكون المحل موجودا إذا كان متعلقا بشيء معين بالذات، أو ممكنا إذا كان الالتزام عبارة عن قيام بعمل أو الامتناع عن عمل، ويجب أن يكون معينا وقابلا للتعيين وصالحا للتعامل فيه وأن يكون غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، ويجب أن يكون قيمة العوض أقل قيمة من الشيء الموهوب حتى نكون أمام عقد هبة، فإذا فاقت قيمته كان التصرف معاوضة لا هبة⁴.

1- لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008م، ص 156

2- شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 39-40.

3- نفس المرجع، ص 40.

4- عبد الرزاق احمد السنهوري، مرجع سابق، ص 129 - 130 .

3-السبب:

ويقصد به الباعث أو الدافع على التبرع بماله وبدون مقابل، ويجب أن يكون هذا الباعث مشروعاً¹؛ غير مخالف للنظام العام والآداب العامة وإلا اعتبرت الهبة باطلة. وقد أثار السبب جدالاً واسعاً بين فقهاء القانون عبر التاريخ، وقد ظهر نتيجة ذلك نظريتان بارزتان في الفقه والقانون²:

- النظرية التقليدية التي تعتبر السبب هو الغرض المباشر الذي قصده المتعاقد من وراء التزامه دون الأخذ بالقصد البعيد أو ما يسمى بالباعث ويميل لها كل الحنفية والشافعية وكذلك الفقه الجرمانى.

- النظرية الحديثة تتوسع إلى الباعث والدافع الحقيقي للالتزام، يميل لها كل من المالكية والحنبلية تماشياً مع العوامل الأدبية والخلقية، والدينية.

الفرع الثاني: الأركان الخاصة لانعقاد الهبة

زيادة على الأركان العامة لعقد الهبة، اشترط المشرع أيضاً من خلال نص المادة 206 من قانون الأسرة المعدل والمتمم، توافر ركن الشكلية وحياسة الشيء الموهوب كركنين خاصين بعقد الهبة.

أولاً: الشكلية

يُفترض في العقد وجود متعاقدين رضياً كل منهما بالتعاقد، إذ يكفي توافق الإيجاب مع القبول، وقد يكون الرضاء مشروطاً فيه أن يكون في شكل محدد، ففي هذه الحالة يكون الشكل ركناً من أركان العقد³، وقد لا يشترط ذلك فتكون الشكلية مجرد كتابة تُتخذ كوسيلة للإثبات.

1- عمر حمدي باشا، المرجع السابق، ص28.

2- محمد تقيّة، الهبة في قانون الأسرة والقانون المقارن، مرجع سابق، ص 174.

3- عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج1، مرجع سابق، ص 148.

وتتمثل الشكالية في عقد الهبة في الرسمية التي تتبعها بالضرورة إجراءات التسجيل والشهر العقاري، وتأسيسا على نص المادة 324 من القانون المدني يمكن حصر أحكام الرسمية في الاختصاص والشكل القانوني كما يلي:

1. الاختصاص:

الاختصاص هو صلاحية قانونية لموظف معين في اتخاذ أي قرار تعبيراً عن إرادة الأطراف المتعاقدة فالقانون هو الذي يُحدّد لكل موظف نطاق اختصاصه، ومن هنا كانت قواعد الاختصاص من صميم عمل المشرع مما يترتب على ذلك اعتباره من النظام العام، وللاختصاص أربعة عناصر أساسية:

أولهم، اختصاص شخصي ويتمثل في تحديد الأشخاص الذين يجوز لهم دون غيرهم إبرام التصرف القانوني، أي أن مهمة تحرير عقد الهبة يكون للشخص الذي يخوله القانون سلطة التصديق وإعطاءه الصبغة الرسمية.

ثانيهم، الاختصاص الموضوعي ويتجسد في الأعمال أو تصرفات موضوع الاختصاص، والتي يجوز ممارستها من قبل الشخص المؤهل لذلك، ثالثهم، الاختصاص الزمني ويقصد به المدى الزمني الذي يجوز ضمنه إبرام التصرف القانوني، رابعهم وأخيراً، الاختصاص الإقليمي وهو الذي يحدد الدائرة المكانية أو الجغرافية التي يمكن لرجل الإدارة المختص أن يمارس اختصاصه ضمنها في إعداد العقود.

2. الشكل القانوني

يُقرّ القانون لكل نوع من المحررات الرسمية أشكالاً معينة يجب على الموظف المختص ومن في حكمه مراعاتها عند تحرير المحرر حتى يتّسم بصفة الرسمية¹ وتأسيساً على ذلك 324 مكرر 1 من القانون المدني المعدل والمتمم يشترط في العقود التي يكون محلها عقارات

1- يحي بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، ط3، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر 1988م، ص 94 .

أو حقوق عينية عقارية مراعاة أحكام التوثيق، الأمر المؤكد عليه بموجب المادة 324 مكرر 1 والمادة 206 من قانون الأسرة المعدل والمتمم، التي أوجبتا إفراغ عقد الهبة في شكل رسمي.

وبالرجوع إلى أحكام القانون 02/06 المؤرخ في 20/02/2006¹، نجده قد أوجب بعض الشكليات بمناسبة تحرير عقد الهبة، وتأسيسا على نص المادة 26 وجب تحرير عقد الهبة باللغة العربية في نص واحد وواضح تسهل قراءته وبدون اختصار أو بياض أو نقص، مع كتابة المبالغ والسنة والشهر ويوم التوقيع على العقد بالحروف، مع كتابة التواريخ الأخرى بالأرقام.

وتضيف المادة 29 من نفس القانون أعلاه على وجوب إن يتضمن العقد اسم ولقب الموثق الذي حرره، اسم ولقب وصفة وموطن وتاريخ مكان ولادة الأطراف وجنسياتهم اسم ولقب وصفة وموطن وتاريخ مكان ولادة الشهود عند الاقتضاء، اسم ولقب المترجم إذا اقتضى الأمر ذلك، مكان والسنة والشهر واليوم الذي أبرمت فيه الهبة، وكالات الأطراف المصادق عليها، التتويه على تلاوة الموثق على الأطراف النصوص الجبائية والتشريعية المعمول بها، وفي الأخير توقيع الأطراف والشهود والموثق والمترجم عند الاقتضاء، كما يجب أن يشتمل العقد على عناصر الملك العقاري الموهوب من تعيين وأصل الملكية وحقوق الارتفاق مثلا، كما يجب أن يبين في العقد العوض أو الالتزامات المفروضة على الموهوب له من قبل الواهب².

وعلى الموثق قبل تحرير العقد التأكد من أهلية الشاهدين، وذلك ببلوغهما سن 19 سنة كاملة غير محجور عليهما وأن لا تربطهما أية صلة قرابة بالموثق أو أطراف العقد وعملا بالمادة 324 مكرر 3 من القانون المدني وجب إدراج هوية الشاهدين في عقد الهبة مع

1- القانون رقم 02/06 المؤرخ في 20/02/2006، المتضمن تنظيم مهنة الموثق، جريدة رسمية عدد 14، سنة 2006.

2- محمد حسنين، عقد الهبة في التشريع الجزائري، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم الاقتصادية والقانونية والسياسية، العدد 20، سنة 1987م، ص 543 .

إمضاءهما تحت طائلة البطلان ولقد تم التأكيد على حضور شاهدي عدل في عقد الهبة من خلال القرار القضائي الصادر عن المحكمة العليا تحت رقم 389338 المؤرخ في 2007/11/21¹.

كما يجب على الموثق قبل القيام بعملية تحرير الهبة، أن يتأكد من وجود وثيقة التأمين على الكوارث الطبيعية الخاصة بالعقار عملاً بأحكام المادة 04 من الأمر رقم 12/03 المؤرخ في 2003/08/26².

وتبعاً لما سبق، إذا حرّرت الهبة في شكل عرفي فإن مصيرها البطلان، وهو ما أكدته الاجتهاد القضائي في القرار رقم 10356 الصادر عن المحكمة العليا، حيث جاء في إحدى حيثياتها ما يلي: "يشترط في العقود المتضمنة نقل الملكية العقارية أن تحرر على الشكل الرسمي، وإلا وقعت تحت طائلة البطلان، وتنص المادة 206 من قانون الأسرة أنّ الهبة تنعقد بالإيجاب والقبول مع مراعاة أحكام التوثيق في العقارات، لذا فإنّ الهبة تعتبر باطلة لعدم استيفائها الشروط الجوهرية"³.

والقصد من الإجراءات الشكلية في عقد الهبة هو احترام أحكام المادة 324 مكرر 1 وما بعدها من القانون المدني والمادة 61 وما بعدها من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المعدل والمتمم⁴، فضلاً عن إتباع إجراءات التسجيل لدي مصلحة الضرائب وشهر العقد لدى المحافظة العقارية المختصة حتى ينتج عقد الهبة أثره بين المتعاقدين واتجاه

1- م ع ج، غ أ ش، القرار القضائي رقم 389338، الصادر بتاريخ 2007/11/21، م م ع، العدد الثاني، سنة 2008.

2- الأمر رقم 12/03 المؤرخ في 2003/08/26، المتعلق بإلزامية التأمين على الكوارث الطبيعية وبتعويض الضحايا جريدة رسمية عدد 52 سنة 2003 .

3- م ع ج، غ أ ش، القرار القضائي رقم 10356 الصادر بتاريخ 1994/11/09، م م ع، نشرة القضاة، عدد: 51 سنة 1995.

4- المرسوم رقم 63/76، المؤرخ في 1976/03/25، المتعلق بتأسيس السجل العقاري، جريدة رسمية رقم 30 لسنة 1976 المعدل والمتمم.

الغير، تأسيساً لنص المادة 206 من قانون الأسرة، والمادة 793 من القانون المدني، والمادة 15 من الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12/11/1795¹.

ثانياً: حيازة الشيء الموهوب

وهو تمكين موهوب له من وضع يده على الشيء الموهوب قصد السيطرة المادية عليه بغية الظهور بمظهر صاحب الحق²:

وبالرجوع لنص المادة 206 من ق.أ.ج، والأتي نصها: "تتعد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات، وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة"³.

فالمشروع يعتبر الحيازة ركن من أركان الهبة على غرار ما ذهبت إليه بعض التشريعات المقارنة من قانون الموجبات والعقود اللبناني (المادة 509) والقانون المدني العراقي (المادة 603) التي أكدت على أن الهبة لا تتم إلا بالقبض السليم.

الفرع الثالث: الرجوع في الهبة

وهذا ما سوف نتطرق إليه من خلال موقف المشرع الجزائري، وكذا سوف نعرض إلى رأي بعض التشريعات المقارنة على النحو التالي:

1- الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12-11-1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري (جريدة رسمية رقم 92 لسنة 1975).

2- حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 09.

3- المادة 206 من القانون رقم 11/48، المؤرخ في رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم: 05-02 المؤرخ في: 27/02/2005.

أولاً: موقف المشرع الجزائري

من خلال نص المادة 211 من ق أ ج فقد أجاز المشرع الجزائري الرجوع في الهبة بالنسبة للوالدين في مواجهة ولدهما مهما كان سنه¹.

ومع ذلك فإن نص المادة 211 من ق أ ج، قد قيد حق الرجوع الأبوين في الهبة وذلك في الحالات التالية:

- إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له.
- إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين.
- إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع، أو تبرع أو ضاع منه أو دخل عليه ما غير طبيعته².

والهدف من وضع المشرع لهذا الاستثناء، هو حماية الوالدين، وتوفير ضمانات خاصة لهم من الأضرار التي تلحقهم من جراء تبذير أموالهم من طرف الأولاد³.

فقد تنعكس أحوال الأب بعد ذلك من اليسر إلى العسر، فيصبح عاجزا عن توفير أسباب العيش له ولأبنائهن بما في ذلك الابن الموهوب له⁴.

ولا شك أن نية المشرع قد انصرفت على منع الرجوع في الهبة للأجنبي مطلقا وهذا ما أكد عليه القرار الصادر من المحكمة العليا في أحد حيثياته: "للأبوين دون غيرهما حق الرجوع في الهبة لولدهما، ولما كان ثابت - في قضية الحال - أن علاقة الطاعن بالمطعون ضده ليست علاقة بنوة، بل علاقة أخوة لا يجوز معها الرجوع في الهبة، وعليه

1- حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص31.

2- المادة 211 من القانون رقم 11/48، المؤرخ في رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم: 05-02 المؤرخ في: 2005/02/27.

3- حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص31.

4- شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 94.

فإن قضاة الموضوع بقضائهم كما فعلوا يكونون قد شوهوا قراراتهم بمخالفة القانون في المادة 211 من ق أ م ما يعرض قرارهم للنقض¹.

ولقد كرس المشرع الجزائري قاعدة لزوم الهبة وعدم جواز الرجوع فيها إذا كانت بقصد المنفعة، وهذا ما أكدت عليه المادة 212 من ق أ ج، والأتي نصها: "الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها"².

وهذا ما أكده القضاء الجزائري أيضا، من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا والأتي نصه: "ليس من حق ورثة الواهب استرجاع قطعة أرض وهبها مورثهم للبلدية لبناء مدرسة، حتى وإن لم تشغل لما وهبت من أجله، لأن الهبة أصبحت بعد إبرام عقد الهبة ملكا للبلدية"³.

ثانيا: موقف التشريعات المقارنة

أخذت معظم التشريعات العربية الأحكام الموضوعية في الرجوع في عقد الهبة من الشريعة الإسلامية، فأخذ البعض بمذهب الجمهور والبعض الآخر برأي الأحناف⁴، وسوف نورد ذلك على النحو التالي:

1- **موقف التقنين المصري:** فنجده قد أجاز الرجوع في الهبة مطلقا، ما لم يقد مانع من موانع الرجوع وكان للواهب عذر مقبول، حيث نصت المادة 500 من القانون المدني على أنه: "يجوز للواهب أن يرجع في الهبة إذا قبل الموهوب له ذلك، فإذا لم يقبل

1- م ع ج، الغرفة المدنية، ملف رقم: 328682، قرار صادر بتاريخ: 2006/02/15، م م ع، ع 1، 2006، ص 237.

2- المادة 212 من القانون رقم 11/48، المؤرخ في رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم: 05-02 المؤرخ في: 2005/02/27.

3- م ع ج، الغرفة المدنية، ملف رقم: 116191، قرار صادر بتاريخ: 1997/01/19، منشور بالنشرة القضائية، ع 56 ص 74.

4- شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 98 - 99 .

- الموهوب له جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول، ولم يوجد مانع من الرجوع"
- 2- **موقف التقنين الكويتي:** فقد أخذ برأي الجمهور والحنفية معا عند تنظيمه مسألة الرجوع في الهبة، فنص في المادة 573 من القانون المدني على أنه: "لا يجوز للواهب الرجوع في هبته إلا الأبوين فيما وهباه لولدهما. ومع ذلك يجوز في غير هذه الحالة، الرجوع في الهبة بترخيص من القضاء إذا استند الواهب في ذلك إلى عذر مقبول".
- 3- **موقف التقنين اللبناني:** الأصل عند المشرع اللبناني هو الامتناع عن الرجوع في الهبة¹ باستثناء الحالتين المذكورتين في المادة 524 من قانون الموجبات والعقود اللبناني والتي جاء فيها: "كل هبة بين الأحياء يمنحها شخص ليس له ولد ولا عقب شرعي يصح الرجوع عنها: -إذا رزق الواهب بعد الهبة أولادا ولو بعد وفاته، - إذا كان للواهب ولدا ظنه ميتا وقت الهبة، ثم ظهر أنه لا يزال حيا".

1- شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 100 .

المبحث الثاني: أحكام تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة

يترتب على انعقاد الهبة إذا استوفت لجميع الأركان والشروط المنصوص عليها في المادة 206 من قانون الأسرة، آثارا وأحكام قانونية، سواء كان ذلك ملزما لجانب واحد أو لجانبين، وسوف أعالج لذلك في حالة المرض المفضي إلى الموت وهذا في حالة هبة المريض مرض الموت لأجنبي غير الوارث وكذا في كون أن للواهب ورثة، وأيضا سوف أبين آثار الهبة، في حالة هبة المريض مرض الموت المدين وغير المدين كل هذا سأدرسه من خلال موقف المشرع الجزائري وبعض التشريعات المقارنة، بالإضافة إلى ما جاءت به الشريعة الإسلامية من آراء المذاهب الفقهية .

وهذا ما سوف أفصل فيه من خلال مطلبين، المطلب الأول منه بعنوان: هبة مريض مرض الموت في قانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات المقارنة، وفي المطلب الثاني بعنوان هبة مريض مرض الموت في الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول: هبة مريض مرض الموت في القانون الجزائري وبعض التشريعات المقارنة
 قد يقوم المريض مرض الموت بتصرفات قانونية، تنتج آثارها للأقارب أو الغير، ومنها عقد الهبة التي تعرض لها لمشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري، وبعض التشريعات المقارنة، بأحكام تنظم هذا التصرف، وسوف نبينه في هذا المطلب من خلال فرعين، أتناول في الفرع الأول منه إلى أحكام هبة مريض مرض الموت في التشريع الجزائري، وفي الفرع الثاني سوف أخصه إلى أحكام هبة مريض مرض الموت في التشريعات المقارنة.

الفرع الأول: أحكام هبة مريض مرض الموت في القانون الجزائري

استنادا إلى نص المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري على أن "الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية" نستنتج أن الواهب إذا تصرف في أمواله بأن وهب جزءا منها أو كلها وهو في مرض موته أو تصرف بذلك وهو في الحالات المخيفة، فإن تصرفه هذا يأخذ حكم الوصية¹ وجاءت هذه المادة تكريسا لما نصت عليه المادة 776 من القانون المدني فقرة الأولى والتي تنص على أن: (كل تصرف قانوني يصدر عن الشخص في مرض الموت قصد التبرع، يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيًا كانت التسمية التي تعطى له) وهي بدورها تنص على الأحكام العامة التي تأخذ التصرفات القانونية²؛ حكم الوصية وذلك من خلال توافر الشرطان:

1- نبيل صقر، المرجع السابق، ص 109.

2- المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

- 1- أن يتم التصرف في مرض الموت: فلو تمت الهبة وقت صحة الواهب ثم يطرأ المرض اعتبرت صحيحة ولا يستطيع الورثة الرجوع على هذا التصرف.
- 2- أن يكون التصرف بنية التبرع: وهنا على الورثة أن يثبتوا أن هذا التصرف صدر في مرض الموت، لأن الشخص لا يتصرف في مرض موته عادة إلا على سبيل التبرع¹.

وعليه إن كان الواهب غير مريض وكان أهلا للتبرع، جاز له أن يهب بعض ماله أو كله لمن يشاء سواء أكان لأجنبي أو لوارث وحتى لو كان مخالفا لدينه²، ومن القرارات القضائية الصادرة في هذا الشأن:

- قرار المحكمة العليا رقم 41/111 الصادر في 1986/05/05 غير منشور: (حيث من المقرر فقها أنه اشترط في الواهب أن يكون سليم العقل وإن صدر تبرعه أثناء مرض الموت تعتبر الهبة وصية ويجب على الورثة أن يثبتوا أن الهبة قد صدرت من مورثهم وهو في مرض موته، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق)
- وعليه نستخلص من تلاوة القرار المنتقد أن قضاة المجلس الإحالة بإبطالهم عقد الهبة أكتفوا بقبول أن الواهب كان مريضا وقت تحرير الهبة بدليل أنه استدعى الموثق إلى منزله لتحرير العقد.

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

1- محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني، العقود المسماة (عقد البيع والمقايضة)، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، 2003، ص 245.

2- طبقا لأحكام المادة 200 من قانون الأسرة الجزائري: (تصح الوصية مع اختلاف الدين)؛ نقلا عن أسعد فاطمة، نظرية العقد الموقوف للفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو، الجزائر، 2015م، ص 418.

وبما أن قضاة الموضوع لما حكموا بإبطال الهبة المتنازع عليها دون إجراء تحقيق للتأكد من أن الهبة صدرت من الواهب وهو في مرض الموت لم يسببوا قرارهم تسبباً كافياً ولم يؤسسوا تأسيساً شرعياً الأمر الذي يستوجب نقض القرار.

- القرار رقم 71933 المؤرخ في: 1984/09/07¹: (من المقرر فقها وقضاء أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيراً أو يجزّ إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه، وتمييزه، فإن القضاة الموضوع بما يخالفوا أحكام هذا المبدأ يعد خرقاً للقواعد الفقهية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي السائد بهذا الخصوص).

- القرار رقم: 256869 المؤرخ في 2005/02/21²: (تعتبر الهبة في مرض الموت والحالات المخيفة وصية لأنه يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل وقت إبرام أو تحرير الهبة).

حيث أن عقد الهبة كان بين الواهب والموهوب له بناء على توكيل من الموكل صدر بتاريخ: 1997/06/18، وبالتالي فالهبة هنا تأخذ حكم الوصية وبالتالي إن أجازها الورثة).

- قرار رقم: 138410 مؤرخ في 2005/06/15: (متى أثبتت أن عقد الهبة قد حرره المالك في فترة مرضه الخطير والمخيف والذي يدخل ضمن حالات المشار إليها في المادة 204 من قانون الأسرة، وكان نعي قضاة الموضوع أن يبطلوا عقد الهبة المذكورة ويعتبرونه وصية)³.

1- م ع ج، غ أ ش، قرار مؤرخ في: 07.09.1984، قرار رقم 71933، م ق، 1989، العدد 03، ص 51؛ عن جمال سايس، الاجتهاد القضاء الجزائري في مادة الأحوال الشخصية (قرارات المحكمة العليا)، الجزائر، ج 1، ط 1، 2013 ص 285.

2- م ع ج، غ أ ش، قرار مؤرخ في: 21.02.2001، قرار رقم 256869، م ق، العدد 2، ص 428 عن جمال السايس، المرجع السابق، ج 3، ص 1191.

3- عمر حمدي باشا، المرجع السابق، ص 27.

وعليه إذا مات الواهب قبل مدة سنة، يعتبر تصرفه وصية وطبق عليها أحكامها وفي هذا الصدد لا بد من التمييز بين حالتين:

• الحالة الأولى: ما إذا كانت الهبة لغير الوارث، ولم تزد قيمة الشيء الموهوب على ثلث التركة، صحت الهبة وتصبح نافذة في حق الورثة، أم إذا ازداد قيمة الشيء عن الثلث فإنها تتوقف على إجازة الورثة فإن رفضوا وجب على الموهوب له أن يرد ما زاد عن الثلث.

• الحالة الثانية: ما إذا كانت الهبة لوارث فهنا تأخذ حكم الوصية وتحتاج لإجازة الورثة بمقتضى نص المادة 198 من قانون الأسرة التي تنص على أن: " لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي"

الفرع الثاني: أحكام هبة مريض مرض الموت في التشريعات المقارنة

لقد نصت التشريعات العربية على أحكام تصرفات المريض مرض الموت في الهبة نذكر منها:

أولاً: موقف المشرع المغربي

- في حالة هبة المريض مرض لغير وارث: تعتبر هبة المريض مرض الموت لغير وارث نافذة إذا لم يكن له ورثة، ولو كان الموهوب كل مال الواهب، ولا يحق لأحد معارضته ذلك ولا بيت المال، فإذا لم تكن تستغرق كل مال الموهوب رد الباقي لبيت المال، ولا تجوز هبة المريض ولا صدقته إلا المقبوضة، وإذا مات الواهب قبل التسليم بطلت الهبة¹.

وهذا ما أكدت عليه المادة 280 ف2 من مدونة الحقوق العينية المغربية، والآتي نصها: "..... إلا أنه إذا لم يكن للواهب وارث صحت الهبة في الشيء الموهوب بكامله"² فالهبة لا تصلح إلا إذا تم القبض أو الحيازة أثناء حياة الواهب وإلا بطل عقد الهبة، وهذا ما أكدت

1- عبد السلام فيغور، مرجع سابق، ص 234.

2- المادة 280 ف2، من القانون رقم: 08.39، المتعلق بمدونة الحقوق العينية الصادرة بتنفيذ الظهير الشريف رقم: 1.11.178 بتاريخ: 2011/11/22.

عليه المادة 279 من ذات القانون بقولها: "إذا توفى الواهب قبل أن يقبل الموهوب له بطلت الهبة...¹".

- وفي حالة إذا كان للواهب ورثة: فهبة المريض مرض الموت في حالة وجود ورثة تبقى متوقف حول ما إذا كان الموهوب من الثلث أو الثلث نفسه، فإذا كانت من الثلث أو استغرقت الثلث فإنها نافذة ولو لم يجزها الورثة، وإذا كان أكثر من الثلث لا تنفذ في ما زاد عن الثلث إلا بإجازة الورثة لأن المنع حق لهم².

- في حالة هبة المريض المدين: فإن الواهب المريض في مرض موته لا تنفذ هبته، إذا كان مدينا وكان دينه يستغرق كل تركته، سواء كان الموهوب له وارثا أو غير وارث ويبقى نفاذ الهبة متوقفا على إجازة الدائنين، والمشرع المغربي لا يعتبر الهبة صحيحة ممن كان الدين محيطا بماله.

وفي الحالة التي يكون الموهوب له قد باع الموهوب قبل موت الواهب، فلا يجوز للدائن نقض البيع، بل يضمن الموهوب له قيمة المبيع³.

وهذا ما أكدته المادة 278 من مدونة الحقوق العينية بنصها: "لا تصلح الهبة ممن كان الدين محيطا بماله"⁴.

1- المادة 279 ف2، من القانون رقم: 08.39، المتعلق بمدونة الحقوق العينية الصادرة بتنفيذ الظهير الشريف رقم: 1.11.178 بتاريخ: 2011/11/22.

2- عبد السلام فيغور، مرجع سابق، ص 235.

3- المرجع نفسه، ص 236.

4- المادة 278، من القانون رقم: 08.39، المتعلق بمدونة الحقوق العينية الصادرة بتنفيذ الظهير الشريف رقم: 1.11.178 بتاريخ: 2011/11/22.

- في حالة هبة المريض غير المدين: إذا تصرف المريض مرض الموت غير المدين أو دينه غير مستغرق لتركته، فحكم الهبة الصادرة عنه كحكم هبة الباقي عن الدين، وبالتالي تدل في حكم هبة التركة الخالية من الدين¹.

وإجازة الورثة يجب أن تحصل بعد موت الواهب، فلو أجاز الورثة هبة المريض قبل موته لم تجز، لأن حق الورثة إنما يثبت بعد الموت وليس قبله، أما إذا وهب المريض هبة ثم شفي من مرضه، فقبض الواهب الهبة قبضا صحيحا، ثم مات الواهب اعتبرت الهبة صحيحة².

ثانيا: موقف المشرع الفلسطيني

وحسب ما جاء في هذا التشريع أن هبة المريض تعثرها مجموعة من الأحكام حسب الحالات التالية:

- في حالة هبة المريض مرض الموت عند عدم وجود الورثة: تنص المادة 877 من ملة الأحكام العديلية على أنه: " إذا وهب من لا وارث له جميع أمواله لأحد في مرض موته وسلمها فيصح، وبعد وفاته ليس لأمين بيت المال المداخلة في تركته"³. ويتضح من ذلك أن عدم وجود ورثة للواهب فإن الهبة تكون نافذة، ولو كانت بكل أمواله، وليس لبيت المال الاعتراض على مثل هذه الهبة لانتفاء العلة من وقوع الإجازة في مثل هذه الحالة⁴.

1- عبد السلام فيغور، مرجع سابق، ص 237.

2- المرجع نفسه، ص 237-238.

3- المادة 877 من قانون الدولة العثمانية، مجلة الأحكام العديلية، والسارية النفاذ في قطاع غزة، سنة 1876.

4- أندرو ميشال يوسف حفييري، التصرفات القانونية الصادرة في مرض الموت وفق مجلة الأحكام العديلية- دراسة مقارنة

- رسالة ماجستير، جامعة القدس، فلسطين، 1439 هـ/2018 م، ص 163.

ويجب أن تتم الهبة بالتسليم، فالهبة تتوقف على القبض¹، حيث تنص المادة 526 من القانون المدني الفلسطيني: "يلتزم الواهب بتسليم الموهوب له"².

- وفي حالة وجود ورثة فإن المادة 879 من مجلة الأحكام العدلية تنص على أنه: "إذا وهب أحد في مرض موته شيء لأحد وورثته وبعد وفاته لم تجز الورثة الباقيون، فلا تصح تلك الهبة، وأما لو وهب وسلم لغير الورثة فإن كان ثلث ماله مساعدا لتمام الموهوب تصح، وإن لم يكن مساعدا أو لم تجز الورثة الهبة، تصح في المقدار المساعد، ويكون الموهوب له مجبرا على رد الباقي"³.

- الهبة لغير الوارث، إذا كان الموهوب وقت الموت لا يزيد على ثلث التركة، صحت بغير إجازة الورثة، أما إذا جاوز الموهوب الثلث فلا تصح إلا إذا أجازها الورثة"⁴.

- هبة المريض المدين: وهي من الحالات التي نصت عليها المادة 880 من مجلة الأحكام العلية والأتي نصها: "إذا وهب من استغرقت تركته بالديون، أمواله لوارثه أو لغيره وسلمها ثم توفي، فلأصحاب الديون إلغاء الهبة وإدخال أمواله في قسمة الغرماء"⁵.

ثالثا: موقف المشرع التونسي

أخضع المشرع التونسي هبة المريض مرض الموت لنظام خاص منصوص عليه في صلب الفصل 206 من مجلة الأحوال الشخصية، الذي ورد فيه: "إذا صدرت الهبة خلال

1- حيدر علي، الحوالة - الرهن - الأمانات - الهبة - الغصب - الحجر والإكراه والشفعة، ط2، دار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2015، ص 464 .

2- المادة 562 من مشروع القانون المدني الفلسطيني، رقم 2012/04 والصادر بتاريخ: 2012/06/26 .

3- المادة 879 من قانون الدولة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، والسارية النفاذ في قطاع غزة، سنة 1876.

4- أندرو ميشال يوسف حفييري، مرجع سابق، ص 167.

5- المادة 880 من قانون الدولة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، والسارية النفاذ في قطاع غزة، سنة 1876.

مرض متصل بالموت اعتبرت وصية¹، مؤدى هذا النص أن الواهب إذا صدرت منه هبة خلال مرضه المتصل بالموت، فإن هبته هذه تعتبر في حكم الوصية².

فقد ألحق المشرع التونسي الهبة المبرمة في مرض الموت بالنظام القانوني للوصية فهبة المريض مرض الموت موقوفة على إجازة الورثة، بخلاف ما إذا كانت هذه الهبة لغير وارث فهي تكون صحيحة ولا يتوقف نفاذها على إجازة من أحد وليس للورثة إبطالها لعدم مساسها بحقوقهم، إذا كانت في حدود ثلث المخلف صحة الهبة ولا حاجة لإجازة الورثة³، عملا بمقتضيات الفصل 187 من ذات القانون.

وقد لا يكون المرض على درجة من الخطورة من حيث تأثيره على الرضا، لكن اتصاله بالموت يجعل عقد الهبة المبرم أثناء المرض مضرا لحقوق الورثة، خاصة إذا كان الموهوب يتعلق بجميع مكونات الذمة المالية⁴.

المطلب الثاني: أحكام هبة مريض مرض الموت في الشريعة الإسلامية

اختلف الفقهاء في هبة المريض مرض الموت حيث قسم تصرفات المريض في هبته إلى الوارث ولغير الوارث وإذا كان مدينا وغير مدين وأثر اختلاف الهبة في حياته وبعد مماته.

الفرع الأول: هبة المريض لغير الوارث وهبة المريض للوارث

من خلال هذا الفرع سوف نعالج هذا العنصر والمتمثل في هبة المريض لغير وارث وفيه قولان وكذا الهبة للوارث وذلك من خلال آراء فقهاء الشريعة الإسلامية، حسب النقاط الآتية:

أولاً: هبة المريض لغير الوارث: تنازع الفقه بخصوص تلك الهبة إلى اتجاهين:

1- الفصل 206 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، الصادر بالأمر المؤرخ في: 13/08/1956.

2- أحمد نصر الجندي، لأحوال الشخصية في القانون التونسي، دار الكتب القانونية، المحلى الكبرى، مصر 2008، ص 260.

3- المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

4- المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

1. الاتجاه الأول: يرى بأن هبة المريض مرض الموت لغير الوارث تكون كالوصية بثلاث

المال: وهم جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة واستدلوا بـ:

- روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: "قال رسول الله ﷺ: «إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم ثلاث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم». وما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «جعلت لكم ثلاث أموالكم زيادة في أعمالكم»¹.

- ويقول الإمام الشافعي رحمه الله: لما أعتق الرجل ستة مملوكين له لا مال له غيرهم في مرضه ثم مات فأعتق الرسول ﷺ اثنين وأرق وأربعة² حيث دل ذلك على أن التصرف يكون في حدود الثلث؛ حيث جاء في المعنى: «وإذا لم ينفذ العتق مع سرايته فغيره أولى، لأن هذه الحال الظاهر منها الموت فكانت عطية فيها حق ورثته لا يتجاوز الثلث كالوصية»³.

وقول الرسول ﷺ لسعد بن أبي وقاص رضي الله عنه " فالثلاث والثلاث كثير، إنك أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس في أيديهم وإنك مهما أنفقت من نفقة، فإنها صدقة"⁴.

2. الاتجاه الثاني: ذهب إلى القول بأن هبة المريض تكون من رأس ماله كله وليس الثلث

أي أن المريض له حق التصرف في ماله عن طريق الهبة والعطية كما يريد سواء أكان في حدود الثلث أم أكثر، وهذا رأي الظاهرية.

1- أبو بكر زكريا محي الدين بن شرف النووي، المنهاج صحيح المسلم، ج2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان 1392هـ، ص 120.

2- أبو بكر إسماعيل محمد ميقا، أحكام المريض في الفقه الإسلامي (العبادات والأحوال الشخصية)، د.ب.ن، د.س.ن، ص 218.

3- مازن مصباح صباح، الهبة في مرض الموت، مجلة الجامعة الإسلامية، العدد 02، كلية الشريعة، جامعة الأزهر، غزة 2011، ص 678.

4- صحيح البخاري، المرجع السابق، الحديث رقم 2742، ص 491.

أما هبة من ليس له وارث من رأس ماله فقد ذهب جمهور الفقهاء أنه يحق له أن يهب من رأس ماله بل لو وهب كل ماله وسلمه للموهوب له صح ذلك، وليس لبيت المال الاعتراض على ذلك التصرف كما ذهب إلى ذلك الحنفية.

أما المالكية والشافعية يرون أن الهبة تكون في حدود الثلث للمريض، ذلك لأن الزائد على الثلث إنما هو ميراث للمسلمين، ولا محيزله منهم، وحتى إن الإمام ليس له الحق في أن يجيز أكثر من الثلث، وذلك لما يلحق من أضرار بيت المسلمين¹.

ثانياً: هبة المريض للوارث

فالوارث هو من كانت له علاقة نسبية مع المورث وهو من كان حياً وقت موت مورثه لا وقت الهبة وهنا توجد حالتين:

1. الحالة الأولى: إذا كان للواهب المريض مرض الموت وارث واحد فقط فإن الواهب لو أعطاه كل ماله فلا شيء في ذلك، وذلك لأنه هو من سيرثه في حال وفاته فيكون قد أخذ عن طريق الهبة معجلاً. إذ سيحصل على ما وهب له مؤجلاً في حال وفاة مورثه.

2. 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 الشافعية والحنابلة²؛ حيث قال الشافعي عن حكم العطية أو الهبة: "ومن كان من عطية في مرضه لم يأخذ بها عوضاً أعطاه إياه وهو يوم أعطاه ممن يرثه لو مات أولاً فهي موقوفة، فإذا مات كان المعطى وارثاً له حين مات أبطلت العطية لأنني إذا جعلتها من الثلث لم أجعل لوارث في الثلث شيئاً من جهة الوصية وإن كان المعطى حين مات المعطى غير وارث أجزتها وصية لغير وارث".

1- مازن مصباح صباح، المرجع السابق، ص 682.

2- المرجع نفسه، ص 682.

الفرع الثاني: هبة المريض المدين وهبة المريض لغير المدين:

قد يكون الواهب مدين بهذا الدين حقا شخصيا لدى الدائن وقد يكون هو الدائن للموهوب له:

أولاً: هبة المريض المدين: ونجد حالتين هما:

1- حالة استغراق الدين كل التركة؛ ففي هذه الحالة لا تنفذ هبته لما في ذلك من إضرار يلحق بالغرماء الذين لهم الحق في الحصول على أموالهم، فإذا وهب المريض ماله للموهوب له لم يتبق شيء من ماله للوفاء بحقوق الغرماء، وفي ذلك ضرر¹، والمعلوم أن الشريعة نهت عن كل شيء يلحق الضرر بالغير لقوله صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار)، بالتالي تكون الهبة باطلة إلا في حالة إجازتها من طرف الغرماء فتكون نافذة.

2- حالة إذا كان الدين غير مستغرق التركة؛ وتم قبض الهبة فإنها تخرج الدين منها ويكون حكم الهبة في هذه الحالة كحكمها في حالة خلو التركة من الدين².

في حالة أن يقوم الواهب المريض مرض الموت بهبة ماله لشخص يكون مدينا له فإن هذا يعدّ إبراء من الدين شرط أن:

- لا يتجاوز الثلث إلا بعد موافقة الورثة.

- يكون المدين أجنبي على الواهب.

أما في حالة ما إذا كان المدين وارث، فلا يصح أن يهب له الدين وأن يبرأ منه مع وجود ورثة غيره لتجنب إلحاق الضرر بهم، إلا إن وافقوا هم بذلك. وقد يكون للواهب المريض مرض الموت إلا ذلك الوارث فيجوز له أن يبرأ في هذه الحالة³.

1- المرجع نفسه، ص 685.

2- مازن مصباح صباح، المرجع السابق، ص 685.

3- المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

ثانياً: هبة المريض غير المدين: إذا قام الواهب في مرض موته بهبة أمواله لشخص ليس مديناً له، أي لم يثبت الواهب ديناً في ذمته، فإن أذن الواهب له بقبضه من المدين صح استحساناً مع أن القياس عدم جواز قبضه وإن أذن له بذلك.

أما وبه الاستحسان بأن ما يثبت في الذمة فإنه مقدور التسليم والقبض، وفي هذه الحالة إن أذن الواهب له بالقبض فإن الموهوب له غير المدين يكون وكيلاً ونائباً عن الواهب في قبض ما ثبت له في ذمة المدين ويكون ذلك التصرف صحيحاً كما لو أن الواهب أقبضه إياه حين قبضه المدين¹.

بهذا الشأن ذهب الحنفية في مسألة الهبة إلى أنها لا تجوز إلا مقبوضة، فإذا قبضت جازت من الثلث لأنها تمليك بقصد التبرع وذلك لا يفيد حكم التمليك حتى ينضم إليه ما يؤوده وهو القبض².

1- المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

2- أبوبكر إسماعيل ميقا، المرجع السابق، ص 218.

خلاصة الفصل الثاني

يقع عقد الهبة بين الأحياء ويتحقق وجوده بإيجاب وقبول متطابقين، وبموجبه تنتقل ملكية الشيء الموهوب من الواهب إلى الموهوب له بلا عوض وعلى سبيل التبرع وتعتبر الهبة عقد قانوني كسائر العقود الأخرى، لا بد من توفر شروط هذا العقد وأركانه بقسميها: العامة والمتمثلة في: التراضي والمحل والسبب، والأركان الخاصة والمتمثلة في: الشكالية وحيازة الشيء الموهوب، بحيث إذا تخلف واحد منها كان العقد باطلا، وهذا تطبيقا لنص المادة 206 من قانون الأسرة المعدل والمتمم.

وقد يكون البطلان بطلان مطلق أو بطلان نسبي مثلما تطرقنا لذلك في الفصل الأول من هذا الفصل ويترتب على تقرير البطلان لعقد الهبة بنوعيه، آثار قانونية أشارت إليها المادة 103 من القانون المدني.

وقد اعتبر المشرع الجزائري الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية، إلا أن الهبة في مرض الموت لصالح المنفعة العامة تأخذا حكما خاصا ولا رجوع فيها بنص المادة 212 من قانون الأسرة الجزائري وبمقتضى أحكام الشريعة يجب أن نفرق بينما إذا كانت الهبة لغير وارث أو لوارث، فإذا كانت لغير وارث نفذت إذا لم يكن له ورثة، ولو كان الموهوب كل مال الواهب، فلا حق لأحد في المعارضة فإذا كانت هبة المريض مرض الموت في حدود الثلث نفذت وأنتجت آثارها، أما مال زاد عن الثلث فمتوقف على إجازة الورثة، فإن لم يجيزوها، وجب على الموهوب له أن يرد الزائد لتركة، وإذا تصرف الموهوب له في هذه الحالة لا تنفذ الهبة إلا بعد إجازتها لهم.

الختامة

الخاتمة

الحمد لله رب العالمين على إتمامنا لهذه الدراسة والتي عرفت من خلالها أن الشريعة الإسلامية كانت هي المصدر الأول في تنظيم أحكام تصرفات المريض مرض الموت بصفة عامة، وتصرفاته في مسائل الأحوال الشخصية وعقود التبرع بصفة خاصة، التي استمد منها المشرع الجزائري والتشريعات العربية الأخرى أحكامها.

حيث تعتبر الشريعة الإسلامية أحد مصادرها الرئيسية، لذلك كان الرجوع إليها في كثير من الأحيان فيما إذا كان نص لم يتناوله المشرع وإعترافاً للشريعة الإسلامية بسبقها وفضلها الكبير على القوانين الوضعية، كما ضمنها المشرع الجزائري من المصادر الرسمية في القانون المدني في نص المادة الأولى الذي يُحيل لمبادئ الشريعة الإسلامية فيما إذا لم يوجد نص فيه.

ومن بين تصرفات المريض مرض الموت تصرفه في مسائل الزواج والطلاق وعقود التبرعات المتمثلة في: الوصية والهبة، لما لهذه التصرفات من أهمية بالغة في حياة الإنسان وذلك لما تُحقِّقه من فوائد دينية ودنيوية، فهي تُحقِّق الكثير للمجتمع وأفراده كما أنها تعتبر عملاً يسأل عليه الشخص القائم به، حيث منحه الله سبحانه وتعالى لكي يتخذ منها وسيلة لمنح الغير حقاً مشروعاً من الأقارب وذوي الحاجات أو الغير، وكما أمره ألا يتحقق فيه معنى الإضرار؛ أي أنه طالما حل بالشخص مرض تُنبئ أوصافه بدنو الأجل فيؤدي إلى عجزه عن القيام بمصالحه المعتادة جزئياً أو كلياً وسواء ألزمه الفراش أم لم يُلزمه وتؤكد من الأطباء والأعراف أنه مرض خطير ولا محالة منه.

فيموت بالمرض متصلاً به، إذاً فإن جميع تصرفاته التي يبرمها في فترة المرض لها أحكاماً تختلف عن أحكام الأصحاء وسبب ذلك راجع إلى تعلق حق الغير وهم الدائنين والورثة بأموال المريض بحلول المرض به وفي نهاية مطافنا في بحث تصرفات المريض مرض الموت وأحكامه، وصلت إلى تسجيل أهم النتائج والاقتراحات والمتمثلة فيما يلي:

أولاً: النتائج:

- 1- تعتبر الشريعة الإسلامية المصدر الشامل الذي نظم تصرفات المريض مرض الموت والآثار المترتبة عنها.
- 2- اختلف الفقهاء في تعريف حقيقة مرض الموت إلا أن الاختلاف كان في أماراته وأوصافه ولكن المعنى المقصود من مرض الموت هو أن يكون الشخص في حال يغلب فيه الهلاك ويتوقعه هو، وتكون تصرفاته لخوف الموت المترقب المرصود.
- 3- لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف مرض الموت تعريفاً قانونياً وترك ذلك للفقهاء، حيث اكتفى بذكر بعض شروطه وأركانه.
- 4- إن الأساس في تحديد مرض الموت هو أن يجتمع فيه أمران: أولهما: أن يكون مرضاً مخوفاً يغلب فيه الهلاك، وثانيهما أن يتصل هذا المرض بالموت الحقيقي، حيث لا يبرأ ثم يمرض مرة أخرى ثم يموت، مع حصوله في مدة العامين.
- 5- الواقع أن جمهور الفقهاء قد استدلوا على صحة عقد الزواج في مرض الموت، وعلى ثبوت التوارث بين الزوجين، لما جاء في الكتاب والأثر والمعقول، مع اشتراطهم حصول الدخول، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري من خلال تطبيقاته القضائية.
- 6- اتفق فقهاء الشريعة على وقوع طلاق المريض مرض الموت صحيحاً، لكنهم اختلفوا في ارث الزوجة طلاقاً بائناً.
- 7- اتفق الفقهاء على أن المرأة لا يسقط حقها في الإرث في حالة طلاقها من المريض والمسمى بطلاق الفار، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري.
- 8- تعتبر الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت على سبيل التبرع وهي ثابتة في الفقه والقانون، وهي نظام مرتبط ارتباطاً كبيراً بالميراث لذلك يُحجَر على الموصي إذا كان في حالة مرض الموت وذلك لمراعاة مصلحة الورثة والمحافظة على حقوقهم بمنع المورث من إيثار بعضهم على بعض.

الخاتمة

- 9- حق الورثة يتعلق في مرض الموت بمال المورث بالنسبة للتثنتين، وللمريض التصرف في الثلث الباقي بطريق الهبة المنجز حال المرض، وإذا كان الواهب مريضاً مرض الموت تعطى هبته حكم الوصية، وهذا ما أكد عليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة
- 10- خص المشرع الجزائري التبرعات التي تسري عليها أحكام الوصية في القانون المدني المادة 776 تصرفات المريض مرض الموت بحكم عام .
- 11- جاءت تصرفات المريض مرض الموت في عقود التبرع من أجل حماية حقوق الدائنين والورثة، وذلك حتى يستوفي الدائنين ديونهم والورثة حقهم في حدود ثلثي التركة.
- 12- إن المريض مرض الموت، يقوم بتصرفات قانونية أقرها القانون له، وقد وضع القانون أنه إذا تعذر على هذا الشخص إتمام تلك الأعمال اعتبر في حكم الموصي.
- 13- كافة التصرفات التي تتم من الشخص أثناء مرضه مرض الموت، قد تكون نافذة أو غير نافذة في حق الورثة، فإن أجازوا نفذت، وإن لم يجيزوا لم تنفذ، وإن أجاز البعض ورفض الآخرون، فإنها وبنص القانون تنفذ في حق من أجاز من الورثة.
- 14- نجد بأن القانون نظم أحكام وصية المريض مرض الموت، مع الورثة والدائنين ونظمها كذلك مع الأجنبي، كل بحكمه القانوني.

ثانياً: الاقتراحات

- 1- إن من الأولويات التي نقترحها على المشرع الجزائري أن ينص في قانون الأسرة على وصية المريض مرض الموت ضمن أحكام الوصية، في باب عقود التبرع، وهو المرض الذي يكون الشخص فيه غير قادر عن القيام بشؤونه ويتصل به الموت فعلاً وذلك نظراً لأهميته.
- 2- عقد ندوات وأيام دراسية حول هذا الموضوع لبيان أهميته في حياة الأفراد والتقليل من المشاكل التي تنجم على مثل هذه التصرفات.
- 3- تشجيع البحث في جزئيات هذا الموضوع ونشر الثقافة الفقهية والقانونية لدى الطلاب والباحثين.

الخاتمة

- 4- ضرورة إحياء مثل هذه المسائل لما لها من أهمية لدى الأفراد، وذلك من خلال مصادر التوجيه الرئيسية في الأسرة والمساجد والمدارس والجمعيات والفضائيات..
- 5- تشكيل لجنة من أطباء مختصين، من أجل تحديد الأمراض التي تدخل في دائرة مرض الموت وتبيان شروطها، مع إعداد تقارير طبية ترسل بشكل دوري إلى الجهات القضائية المعنية .

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

I- القرآن الكريم، برواية ورش عن نافع.

II- كتب التفسير:

1- ابن كثير، إسماعيل بن عمر القرشي الدمشقي أبو الفداء: تفسير القرآن الكريم، تحقق: مصطفى السيد وآخرون، ج 2 و 14، ط: 1؛ القاهرة: دار الفاروق الحديثة 1421هـ/2003م.

III- القرآن وعلومه:

1- الزحيلي، وهبة وآخرون، الموسوعة القرآنية الميسرة، ط: 2؛ دمشق: دار الفكر 1436هـ/2015م.

IV- الحديث وشروحه:

1- ابن إبراهيم، عبد الرحمن: العدة شرح العمدة، د ط، دار الحديث، القاهرة 1424هـ 2003م.

2- ابن أنس: مالك الأصبحي، رواية الإمام سحنون، المدونة الكبرى، ج 2، ط 1، مكتبة الباز، مكة المكرمة، السعودية، 1999.

3- ابن ماجه، محمد بن يزيد القزويني أبو عبد الله: السنن، تحقق: بشار عواد معروف ج 3، ط: 1؛ بيروت: دار الجيل، 1418هـ/1998م.

4- أبو داود، سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني: سنن أبي داود، ج 2، ط: 1؛ بيروت: دار ابن حزم، 1418هـ/1997م.

5- البخاري، محمد بن إسماعيل: صحيح البخاري، ج 3، ط: 1؛ القاهرة: المكتبة السلفية 1400هـ.

6- البيهقي: أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي، السنن الكبرى، تحقق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، كتاب الهبات، ج 12، باب شرط القبض في الهبة، القاهرة مصر، 1432هـ/2011م.

قائمة المصادر والمراجع

7- العثيمين، محمد بن صالح: فتح ذي الجلال والإكرام بشرح بلوغ المرام، تحقق: صبحي بن محمد رمضان وأم إسراء بنت عرفة بيومي، ج5، ط:1؛ لا. م: المكتبة الإسلامية، 1427هـ/2006م.

8- العسقلاني: ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج9، دار المعرفة، بيروت د. ت.

9- النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني: سنن النسائي، ج2 ط:1؛ الرياض: مكتبة المعارف، 1419هـ/1998م.

10- النووي: أبو بكر زكريا محي الدين بن شرف، المنهاج صحيح المسلم، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د. ت.

V- كتب الفقه وأصوله:

1- ابن البزاز الكردي: حافظ الدين محمد بن محمد بن شهاب، الفتاوى البزازية المسماة بالجامع الوجيز مطبوع بهامش الفتاوى الهندية، مج 5، ج5، ط3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1400هـ/1980م.

2- ابن الهمام: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري، فتح القدير شرح الهداية، ج8، ط1، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، مصر، 1389هـ/1970م.

3- ابن طاهر: الحبيب، الفقه المالكي وأدلته. ج4، ط:2؛ بيروت، لبنان: مؤسسة المعارف 1426هـ/2005م.

4- ابن عابدين: محمد أمين الشهير، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار تح: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، ج4، لا. ط؛ الرياض: دار عالم الكتب، 1423هـ/2003م.

5- ابن قاضي سماونة: محمود بن إسرائيل، جامع الفصولين وبهامشه الحواشي الرقيقة والتعليق الأنيفة لخير الدين الرملي، ج2، ط1، مطبعة الأميرية بولاق، القاهرة، مصر 1300هـ.

قائمة المصادر والمراجع

- 6- ابن قدامة: محمد عبد الله بن أحمد، المغني، تحقق: عبد الله بن عبد المحن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، ج10، ط:3؛ الرياض: دار عالم الكتب، 1417هـ/1997م.
- 7- ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن بكر، البحر الرائق شرح الكنز الدقائق ج7، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، د.ت.
- 8- أكمل الدين، محمد بن محمد بن محمود، العناية شرح الهداية، ج5، د.ط، دار الفكر، د.ت.
- 9- أورك: أبي المظفر محي الدين، الفتاوى الهندية، ج4، المكتبة الإسلامية، مصر 1310 هـ.
- 10- البصري: منصور بن يونس الحنبلي، كشف القناع من متن الإقناع، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1418هـ/1997م.
- 11- البغوي، أبي محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء: التهذيب في فقه الإمام الشافعي. تحقق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد المعوض. ج6، ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1418هـ/1997م.
- 12- التسولي: أبو حسن علي بن عبد السلام، البهجة في شرح التحفة. ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1418هـ/1998م.
- 13- التتوخي: قاسم بن عيسى بن ناجي، شرح ابن ناجي على الرسالة، ج2، المطبعة الجمالية، د.م، د.ت.
- 14- الجزيري، عبد الرحمان: كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج3، د.ط؛ د.م: مكتبة الرشاد الدار البيضاء، 1969م.
- 15- الجندي: خليل ابن إسحاق المالكي، تحقق: أحمد جاد، مختصر العلامة خليل، دار الحديث، القاهرة، مصر 1426 هـ/2005 م.
- 16- الحصكفي: محمد بن علي بن الرحمن الحنفي، الدر المختار، تحقق: المنعم خليل إبراهيم. ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1423هـ/2002م.

قائمة المصادر والمراجع

- 17- الحلي: نجم الدين جعفر بن الحسن، المختصر النافع، دار الكتابة العربي، مصر، د ت.
- 18- الخرشي: أبو عبد الله محمد، شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل ومعه حاشية الشيخ علي العدوي الصعيدي، ج5، ط2، المطبعة الأميرية، بولاق، مصر 1317هـ.
- 19- الخطيب الشربيني: محمد، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج5، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1415هـ/1995م.
- 20- الخطيب الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقق: علي محمد معوض. ج3، لا. ط؛ بيروت: دار الكتب العلمية 1421هـ/2000م.
- 21- الدردير: أحمد المالكي، الشرح الكبير على مختصر خليل ومعه حاشية الشيخ محمد عرفة الدسوقي مطبعة مصطفى الباب الحلبي، مصر، 1373هـ.
- 22- الدردير: أحمد بن محمد أحمد، أقرب المسالك لمذهب المالك الإمام مالك، باب نذب النكاح، مكتبة أيوب كانو، نيجيريا، 1420هـ.
- 23- الدسوقي: شمس الدين الشيخ محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير تحقق: الشيخ عليش، ج3، لا. ط؛ لا. م: إحياء الكتب العلمية، د.ت.
- 24- الرصاع: لأبي عبد الله محمد الأنصاري: الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق ابن عرف الوافية، تحقق: محمد أبو الأجنان والطاهر المعموري، ط:1؛ بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1993م.
- 25- الرملي: شمس الدين محمد بن أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الشافعي الصغير نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج6، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، مصر 1357هـ/1938م.
- 26- الزحيلي، محمد: المعتمد في الفقه الشافعي، ج4، ط1، دار القلم، دمشق، سوريا 1428هـ/2007م.

قائمة المصادر والمراجع

- 27- الزحيلي، وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته. ج7، ط:2؛ دمشق: دار الفكر 1405هـ/1985م.
- 28- زيدان، عبد الكريم: الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة قرطبة، بغداد، العراق، ب ط، ب ت ن.
- 29- سابق، السيد: فقه السنة، م: 3. ط:7؛ بيروت: دار الكتاب العربي، 1405هـ/1985م.
- 30- السعدي: أبو محمد جلال الدين المالكي، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، 1423 هـ/2003 م، ط1، 1220/3.
- 31- الشافعي: محمد بن إدريس، الأم. تحقق: رفعت فوزي عبد المطلب. ج6، ط:1؛ د م، د ن، دار الوفاء، 1422هـ/2001م.
- 32- شقفة، محمد البشير: الفقه المالكي في ثوبه الجديد، ج4، دار القلم، دمشق، سوريا 1428 هـ/2009 م.
- 33- الصاوي المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، ج 4، د ط، دار المعارف، د ط، د ت.
- 34- الصعدي: محمد بن يحيى بهراق، جواهر الاخبار، ج5، مطبوع بهامش البحر الزخار.
- 35- العاملي: محمد جواد بن محمد الحسيني، مفتاح الكرامة - الفرائض والمواريث - مطبعة الشورى، مصر، 1326 هـ.
- 36- العثيمين: محمد بن صالح، الشرح الممتع على زاد المستنقع، ج13، ط:1؛ الرياض: دار ابن الجوزي، 1428هـ.
- 37- عليش: محمد، فتاوى عليش، ج1، مطبعة مصطفى محمد، القاهرة، 1355هـ.
- 38- العمراني: يحيى بن أبي الخير بن سالم أبو حسين الشافعي اليمني، البيان شرح كتاب المهذب، تح: قاسم محمد النوري، ج9، دار المنهاج، جدة، السعودية، 1412هـ/2000م.

قائمة المصادر والمراجع

- 39- الغرياني: الصادق عبد الرحمن، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج2، ط:1؛ بيروت: مؤسسة الريان، 1423هـ/2002م.
- 40- الغزالي: أبو حامد محمد بن محمد، الوسيط في المذهب. ط:1؛ 120شار الأزهر: دار السلام، 1417هـ/1997م.
- 41- الفاسي ابن القطان، الإقناع في مسائل الإجماع، تحقق: حسن الصعيدي، ج2، ط1 دار الفاروق الحديثة، القاهرة، مصر، 2004.
- 42- القرطبي: محمد بن أحمد بن رشد أبو الوليد، تحقق: محمد حجي، المقدمات الممهدة، ج9، ط1، 1408هـ/1998م.
- 43- القليوبي: شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة، حاشية القليوبي على منهاج الطالبين، كتاب النكاح، ج3، ط3، مصطفى البابلي الحلبي وأولاده، د م، 1956.
- 44- الكاساني، أبو بكر بن مسعود: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج8، مطبعة الجمالية، القاهرة، مصر، 1328هـ/1910م.
- 45- المرداوي: علاء بن سليمان الحنبلي، الإنصاف، ج7، المطبعة الأميرية، الأزهر، د ت.
- 46- المقدسي، ابن قدامة: عمدة الفقه: المكتبة العصرية، د م، 1425هـ/2004م.
- 47- المنوفي: علي بن خلف المالكي المصري، كفاية الطالب الرباني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني لأبي الحسن المالكي وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي الصعيدي عليه، ج2، المطبعة التجارية الكبرى، القاهرة، 1356هـ.
- 48- الموصلی، عبد الله بن محمود: الاختيار لتعليل المختار. ج5، لا. ط؛ بيروت: دار الكتب العلمية، د.ت.
- 49- نخبة من العلماء: الفقه الميسر في ضوء الكتاب والسنة. لا. ط؛ المدينة المنورة: مجمع الملك فهد، 1424هـ.

قائمة المصادر والمراجع

50- النسفي: أبي البركات بن أحمد، كنز الدقائق، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان 1432هـ/2011م.

VI- القواميس والمعاجم:

1- إبراهيم: رجب عبد الجواد، معجم المصطلحات الإسلامية في الصباح المنير من المعاجم والقواميس، ط1، دار الأفاق العربية، القاهرة، 1423هـ/2002م.

2- ابن منظور: محمد، لسان العرب، تحقيق عبد الله على الكبير وآخرون، ط1، ج1 دار المعرفة، القاهرة، د ت.

3- أبو الحسين: أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقق: عبد السلام محمد هارون. ج5، لا. ط؛ لا. م: دار الفكر، 1399هـ/1979م.

4- البركتي: المفتي السيد محمد عميم الإحسان المجددي، التّعريفات الفقهيّة. ط:1 بيروت: دار الكتب العلمية، 1424هـ/2003م.

5- الجرجاني، التعريفات، تحقق: إبراهيم الأبياري، ط1، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان، 1985م.

6- الرازي: محمد ابن أبي بكر عبد القادر، مختار الصحاح، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، د ت.

7- رضا: أحمد، معجم متن اللغة. ج5، لا. ط؛ بيروت: دار مكتبة الحياة، 1380هـ/1960م.

8- الزبيدي: محمد مرتضى الحسيني، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقق: عبد الكريم الغرباوي، ج26، ط2؛ الكويت: لا. ن، 1410هـ/1990م.

9- عمر: أحمد مختار، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج2، ط:1؛ القاهرة: عالم الكتب، 1429هـ/2008م.

10- الفيروز آبادي، القاموس المحيط، تحقق: محمد نعيم العرقسوسي، ج1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1426هـ/2005م.

قائمة المصادر والمراجع

11- مذكور، إبراهيم أنيس وآخرون: المُعجمُ الوسيطُ، ج1-2، ط:1؛ القاهرة: لا. ن 1392هـ/1972م.

12- معلوف: لويس، المنجد في اللغة العربية المعاصرة، دار المشرق لطباعة والنشر بيروت، لبنان، 2000.

VII- النصوص القانونية:

1- الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري عام 2005م، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404هـ الموافق 9 يونيو سنة 1984م والمتضمن: قانون الأسرة (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، العدد 2، سنة 2005م).

2- الأمرين رقم 65. 182 ورقم 70-53، المؤرخين في 11 ربيع الأول عام 1385 الموافق 10 يوليو سنة 1965، 18 جمادى الأولى عام 1390 الموافق 21 يوليو سنة 1970، القانون المدني، 2007.

3- القانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426هـ الموافق 20 يونيو سنة 2005م المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975م والمتضمن: القانون المدني، المعدل والمتمم (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، العدد 42، 26 يونيو 2005م).

4- القانون رقم 84. 11 المتضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق 9 يونيو سنة 1984، 2007.

VIII- كتب قانونية وعامة:

1- إبراهيم: محمد عقلة، الزواج والفرقة في الفقه الإسلامي. ط:1؛ الأردن: دار النفائس، 1435هـ/2014م.

2- ابن الصغير: محفوظ، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل 05-02، دار الوعي روية، الجزائر، 1434هـ/2013م.

قائمة المصادر والمراجع

- 3- ابن الصغير: محفوظ، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري. ط:2؛ الجزائر: دار الوعي، 1436هـ/2015م.
- 4- ابن حرز: الله عقد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له (الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27)، دار الخلدونية، القبة القديمة، الجزائر، 1428هـ/2007م.
- 5- ابن شويخ: الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية، القبة القديمة، الجزائر، د.ت.
- 6- ابن شويخ: بن الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل. ط:1؛ الجزائر: دار الخلدونية، 1429هـ/2008م.
- 7- أبو زهرة: محمد، أحكام التركة والمواريث. لا. ط؛ لا. م: دار الفكر العربي، د.ت.
- 8- أبو زهرة: محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2008.
- 9- أبو زهرة: محمد، شرح قانون الوصية، دار الفكر، مصر، 1998.
- 10- الأبياني: محمد زيد، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، مكتبة النهضة بيروت، لبنان، د.ت.
- 11- آث ملويا: لحسين بن شيخ، قانون الأسرة، ط 1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع الجزائر، 2008 .
- 12- الأحمد: حسام، البصمة الوراثية حجيتها في الإثبات الجنائي والنسب. ط:1؛ بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2010م.
- 13- الأعظمي: حسين علي، أحكام الزواج، مطبعة المعارف، بغداد، العراق، 1948.
- 14- إمام: محمد كمال الدين والشافعي جابر عبد الهادي سالم، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف في الفقه والقانون والقضاء. د ط؛ بيروت-لبنان: الحلبي الحقوقية، 2010م.

قائمة المصادر والمراجع

- 15- باشا: محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، العقود المسماة (عقد البيع والمقايضة) منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003.
- 16- بدران: أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام (بحث تحليلي ودراسة مقارنة)، ط2، مطبعة دار التأليف، مصر، 1961.
- 17- بغدادي: مولاي ملياني، حقوق المرأة في الشريعة والقانون، قصر الكتاب، الجزائر 1997.
- 18- بكوش: يحي، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، ط3 المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1988.
- 19- بلحاج: العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، ج1 ط4، د م، بن عكنون، الجزائر، 2005م.
- 20- بلحاج: العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. ج1، ط:1؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1999م.
- 21- بلحاج: العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري. لا.ط؛ الجزائر: دار هومه، 2013م.
- 22- بوغرارة: صالح، حقوق الأولاد في النسب والحضانة. ط:1؛ الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، 2013م.
- 23- تقيّة: عبد الفتاح، قانون الأسرة مدعماً بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية. ط:1؛ القاهرة: دار الكتاب الحديث، 1433هـ/2012م.
- 24- الجاسر: سليمان ابن جاسر ابن عبد الكريم، لمحات مهمة في الوصية. ط:2 السعودية: مدار الوطن، 1434هـ. 2013م.
- 25- الجندي: أحمد نصر، لأحوال الشخصية في القانون التونسي، دار الكتب القانونية المحلى الكبرى، مصر، 2008.

قائمة المصادر والمراجع

- 26- الجندي: أحمد نصرات، شرح قانون الأسرة الجزائري. لا. ط؛ مصر: دار الكتب القانونية، 2014م.
- 27- حسين: أحمد فراج، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، المطبوعات الجامعية مصر، 1997.
- 28- حمدي: كمال، المواريث والهبة والوصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 1998.
- 29- حيدر: علي، الحوالة - الرهن - الأمانات - الهبة - الغصب - الحجر والإكراه والشفعة، ط2، دار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2015.
- 30- الخفيف: علي، أحكام الوصية بحوث مقارنة تضمنت شرح قانون الوصية 71 لسنة 1946م. ط:1؛ القاهرة: دار الفكر العربي، 1431هـ. 2010م.
- 31- خلاف، عبد الوهاب: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية. ط:2 الكويت: دار القلم، 1410هـ/1990م.
- 32- داود: أحمد محمد علي، الأحوال الشخصية، مج1، مكتبة دار الثقافة، عمان الأردن، 2009.
- 33- داودي: عبد القادر، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية. ط:1؛ الجزائر: دار البصائر، 2007م.
- 34- داودي، عبد القادر: مرض الموت وأثاره في التصرفات عند المالكية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية بقسنطينة، الجزائر، 1995.
- 35- دغيش: أحمد، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري. ط: 2؛ الجزائر: دار هومه 2010م.
- 36- نيابي: باديس، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري. لا. ط؛ الجزائر: دار الهدى، 2010م.

قائمة المصادر والمراجع

- 37- الزرقا: مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، ج1، ط1، دار القلم، دمشق، سوريا 1998 .
- 38- زكي الدين: شعبان والغندور أحمد، أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية. ط: 1؛ الكويت: الفلاح، 1404هـ . 1984م.
- 39- الزلمي: مصطفى إبراهيم، موانع المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية، مطبعة أسعد، بغداد، 1981.
- 40- زهدور: محمد، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991.
- 41- زواري: محمدي فريدة، المدخل إلى العلوم القانونية نظرية الحق. لا. ط؛ الجزائر: بن عكنون، لا. ن، د.ت.
- 42- الزبياري: عامر السعيد، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية. ط: 1؛ بيروت-لبنان: دار الحزم، 1418هـ/1997م.
- 43- زيدان: عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية. ج10، ط: 1؛ بيروت: مؤسسة السالة، 1413هـ/1993م.
- 44- السدلان: صالح بن غانم، أحكام الوقف والوصية والفرق بينهما. ط: 2؛ السعودية: دار بلنسية، 1417هـ.
- 45- سعودي: منى، الوسيط في أحكام دعاوى التطليق، آل طلال للنشر والتوزيع، ط1 الإسكندرية، مصر، 2015،
- 46- سليم: عصام أنور، مبادئ النظرية العامة لأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين، مطبعة نور الإسلام، الإسكندرية، 2009.
- 47- السنهوري: عبد الرزاق، الوجيز في شرح القانون المدني. لا. ط؛ لبنان: دار إحياء التراث العربي، د.ت.

قائمة المصادر والمراجع

- 48- السنهوري: عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة، مج 1، ج4، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت.
- 49- شامي: أحمد، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، الدار الجامعية الجديدة، مصر 2010.
- 50- شريقي: نسرين وبوفرورة كمال، قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار بلقيس، الدار البيضاء، الجزائر، 2013.
- 51- شلبي: مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام، ط 4، الدار الجامعية، بيروت، لبنان 1402هـ/1983م.
- 52- شيخ: نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، "الهيئة - الوصية - الوقف" دار هومة، الجزائر، 2012م.
- 53- صقر: نبيل، تصرفات المريض مرض الموت - الوصية، البيع، الهبة، الوقف الكفالة، الإبراء، الإقرار، الخلع، الطلاق -.
- 54- صقر: نبيل، قانون الأسرة نصاً وفقهاً وتطبيقاً. لا. ط؛ الجزائر: دار الهدى، د.ت.
- 55- طفياني: مخاطرية، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقهاء الإسلاميين. لا. ط؛ الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2013م.
- 56- الطهطاوي: علي أحمد عبد العال، تنبيه الأبرار بأحكام الخلع والطلاق والظهار. ط:1؛ بيروت- لبنان: دار الكتب العلمية، 1424هـ/2004م.
- 57- عبد الدائم: حسني محمد، مرض الموت وأثره على عقد البيع، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007م.
- 58- عثمان: محمد رأفت، فقه النساء في الخطبة والزواج، دار الاعتصام، القاهرة، مصر، د.ت.
- 59- عثمان: محمد رأفت، فقه النساء في الخطبة والزواج. لا. ط؛ القاهرة: دار الاعتصام، د.ت.

قائمة المصادر والمراجع

- 60- عزت: كامل، الوجيز في تصرفات المريض مرض الموت. ط: 2؛ طنطا: دار الفكر، د. ت.
- 61- عمر: حمدي باشا، عقود التبرعات الهبة . الوصية . الوقف، د. ط؛ الجزائر: دار هومه، 2004.
- 62- الغندور: أحمد، الطلاق في الشريعة الإسلامية، دار المعارف، مصر، 1976 م.
- 63- فرج: توفيق حسن، عقد البيع والمقايضة، مؤسسة الثقافة الجامعية، د ط، القاهرة مصر، د ت.
- 64- فودة: عبد الحكيم، الوصايا المستترة - مرض الموت - الاحتفاظ بالحيازة والمنفعة، د ط، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية بألمانيا، د ت.
- 65- فيغور: عبد السلام، التصرفات الصادرة من المريض مرض الموت، ط2، د د ن المغرب، 2010.
- 66- القضاة: مفلح عودة، البيانات في المواد المدنية والتجارية -دراسة مقارنة-، ط1 مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1990م.
- 67- كمال الدين: محمد، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء. لا. ط؛ الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2007م.
- 68- المؤمن: حسين، نظرية الإثبات من المحررات أو الأدلة الكتابية، ج3، مكتبة النهضة بيروت، 1975م.
- 69- محدة: محمد، سلسلة الفقه الإسلامي، الخطبة والزواج، دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية، ط2، دار النشر الشهاب، الجزائر، 2000.
- 70- محمودي: عبد العزيز، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، البليدة، الجزائر، 2006م.
- 71- المزوري: حبيب إدريس عيسى، تصرفات المريض مرض الموت دراسة مقارنة. لا. ط؛ مصر: دار الكتب القانونية، 2011م.

قائمة المصادر والمراجع

- 72- المشيخ: خالد بن علي بن محمد، الجامع لأحكام الوقف والهبات والوصايا، ج: 6. ط: 1؛ قطر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1434هـ . 2013م.
- 73- مطر: محمد يحيي، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1987م.
- 74- منصور: حسن حسن، المحيط في شرح الأحوال الشخصية - أحكام عقد الزواج - بين آراء الفقه وأحكام القضاء، ج1، مطبعة سامي، مصر، د.ت.
- 75- المنعم: فؤاد أحمد، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي بين الشريعة والقانون. لا. ط؛ الإسكندرية: المكتبة المصرية، د.ت.
- 76- موسى: محمد يوسف، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة) دار الفكر العربي، القاهرة، 1987م.
- 77- ميقات: أبو بكر إسماعيل محمد، أحكام المريض في الفقه الإسلامي. لا. ط؛ لا. م، لا. ن، د.ت.
- 78- ناصيف: الياس، الوصية لغير المسلمين، ج: 1. د. ط، د. م، 2003.
- 79- نجم: محمد صبحي، محاضرات في قانون الأسرة. لا. ط؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1999م.
- 80- نجيمي: جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي. ط: 2؛ الجزائر: دار هومه، 2017م.
- 81- يكن: زهدي، شرح قانون الموجبات والعقود - إيجار الأشياء، عقد الإيجار - ج9 دار الثقافة، بيروت، لبنان، د.ت.
- IX- الرسائل الجامعية:**
- IX-1- أطروحات الدكتوراه:**
- 1- أسعد: فاطمة، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو، 2015م.

قائمة المصادر والمراجع

- 2- تقيّة: محمد، الهبة في قانون الأسرة والقانون المقارن، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بن عكنون، الجزائر، 1997.
- 3- سماحي: خالد، النظرية العامة لعقود التبرعات - دراسة مقارنة -، القانون الخاص جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2013/2012.
- 4- مسلم: كمال طه، الضوابط الشرعية لاستنباط الأحكام الفقهية للنوازل المعاصرة، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، مصر، 2006.

IX-2- رسائل الماجستير:

- 1- بوتغرار: علاوة، التصرفات الملحقة بالوصية في التشريع الجزائري، دراسة نظرية وتطبيقية مدعمة بالاجتهاد القضائي، العقود والمسؤولية المدنية، جامعة بن عكنون كلية الحقوق، الجزائر، 2000-2001.
- 2- جليلي: ابتسام، تصرفات المريض مرض الموت، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، الجزائر 1، 2018/2017.
- 3- حفيري: أندرو ميشال يوسف، التصرفات القانونية الصادرة في مرض الموت وفق مجلة الأحكام العدلية - دراسة مقارنة - جامعة القدس، فلسطين، 1439 هـ/2018م.
- 4- عامر: رشاد السيد إبراهيم، تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري مقارنة بالشرعية الإسلامية والقوانين الأخرى، العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، 1989.
- 5- يحي: محمد علي محمود، أحكام الوصية في الفقه الإسلامي، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس _ فلسطين، 2010 م.

X-المجلات والدوريات:

- 1-مجلة العدل، العدد 25، 2014 (السعودية)
- 2-مجلة العلوم القانونية والسياسية، مجلد2، العدد1، سنة 1978.
- 3-مجلة قضائية، العدد 02، سنة 1996.

قائمة المصادر والمراجع

- 4-مجلة قضائية، العدد 02، سنة 2002.
- 5-مجلة قضائية، العدد 02، سنة 2007.
- 6-مجلة قضائية، العدد 02، سنة 2013.
- 7-مجلة قضائية، العدد 03، سنة 1989.
- 8-مجلة قضائية، العدد 03، سنة 1989.
- 9-مجلة قضائية، العدد 03، سنة 1989.
- 10- مجلة قضائية، العدد 04، سنة 1989.
- 11- مجلة قضائية، العدد الأول، سنة 1996.
- 12- مجلة قضائية، العدد الأول، سنة 2002.
- 13- مجلة قضائية، عدد 2، سنة 2005.
- 14- مجلة قضائية، عدد 3، سنة 1989.
- 15- مجلة قضائية، عدد خاص، سنة 2001.
- 16- النشرة القضائية، العدد 51، سنة 1995.
- 17- النشرة القضائية، العدد 56، سنة 1974.
- 18- النشرة القضائية، العدد الأول، 1976.

XI- المقالات:

- 1-إياد عايد فتحي السمحان، منتهى داود حجازي، مجلة دراسات الشريعة والقانون، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية، المجلد 41، ملحق 03، 2014.
- 2-جاد الحق: إياد محمد، هبة المريض مرض الموت، مجلة الأحكام العدلية، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإسلامية)، مجلد 19، العدد 2، جوان 2011.
- 3-حسنين: محمد، عقد الهبة في التشريع الجزائري، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم الاقتصادية والقانونية والسياسية، العدد 20، سنة 1987.

قائمة المصادر والمراجع

4- صباح: مازن مصباح، الهبة في مرض الموت، مجلة الجامعة الإسلامية، العدد 02
جامعة الأزهر، كلية الشريعة، غزة، 2011.

5- عليوي: محمد عطشان، حكم طلاق المريض مرض الموت، مقال منشور بمجلة الفتح
بمعهد اعداد المعلمين / ديالي، ع 2، سنة 2005.

6- الكيلاني: سري زيد، مقال بعنوان: حجية إقرار المريض مرض الموت بالحق المالي في
الفقه الإسلامي والقانون الأردني، منشور في دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد
37، العدد 01، 2010.

7- محمد حسنين، عقد الهبة في التشريع الجزائري، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم
الاقتصادية والقانونية والسياسية، العدد 20، سنة 1987.

8- محمد: محمد رافع يونس، أحكام وقف المريض مرض الموت، كلية العلوم، جامعة
الموصل، العراق، مجلة الرافدين للحقوق، مج 10، عدد 38، 2008.

XII - الموسوعات:

1- الزحيلي: وهبة، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة. ج8، ط:3؛ دمشق: دار
الفكر، 1433هـ/2012م.

2- كنعان: أحمد محمد، الموسوعة الفقهية الطبية. ط:1؛ بيروت: دار النفائس، 1420هـ/
2000م.

3- نخبة من العلماء، الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، ج37، ط:1
الكويت: دار الصفاة، 1418هـ/1997م.

XIII - مراجع اللغات الأجنبية:

1- DORMONT Jean, BLETRY Olivier, DELFRAISSY Jean François, Les 365 nouvelles
maladies, médecine-sciences Flammarion, paris, 1989, p 434.

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

الفهرس

الصفحة	المحتوى
	الإهداء
	الشكر والتقدير
	قائمة المختصرات
أ-ح	مقدمة
10	فصل تمهيدي: ماهية مرض الموت في التشريع الجزائري والشريعة الإسلامية
11	المبحث الأول: مفهوم مرض الموت.
12	المطلب الأول: تعريف مرض الموت.
12	الفرع الأول: تعريف مرض الموت لغة.
14	الفرع الثاني: تعريف مرض الموت اصطلاحا
20	المطلب الثاني: شروط مرض الموت وصوره
20	الفرع الأول: شروط مرض الموت.
23	الفرع الثاني: صور مرض الموت.
29	المبحث الثاني: إثبات مرض الموت وتكليفه القانوني والشرعي .
30	المطلب الأول: إثبات صدور التصرف في مرض الموت .
30	الفرع الأول: إثبات صدور التصرف في مرض الموت في القانون الجزائري
36	الفرع الثاني: إثبات مرض الموت في الشريعة الإسلامية
41	المطلب الثاني: التكليف القانوني والشرعي لمرض الموت
42	الفرع الأول: تكليف مرض الموت في التشريع الجزائري
46	الفرع الثاني: تكليف مرض الموت في الشريعة الإسلامية
49	خلاصة الفصل التمهيدي

فهرس الموضوعات

الباب الأول: تصرفات المريض مرض م في مسائل الأحوال الشخصية	
52	الفصل الأول: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الزواج
53	المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للزواج
54	المطلب الأول: مفهوم الزواج ودليل مشروعيته
54	الفرع الأول: تعريف الزواج
58	الفرع الثاني: دليل مشروعية الزواج
60	المطلب الثاني: أركان الزواج وشروطه
60	الفرع الأول: أركان الزواج
66	الفرع الثاني: شروط الزواج
76	المبحث الثاني: أحكام الزواج في مرض الموت.
77	المطلب الأول: الزواج في مرض الموت في ظل القانون الجزائري والتشريعات المقارنة
77	الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري
81	الفرع الثاني: موقف التشريعات المقارنة
85	المطلب الثاني: الزواج في مرض الموت في ظل الفقه الإسلامي
85	الفرع الأول: دليل مشروعية زواج المريض مرض الموت
88	الفرع الثاني: حكم زواج المريض مرض الموت
99	خلاصة الفصل الأول
103	الفصل الثاني: طلاق المريض مرض الموت
104	المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للطلاق في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية
105	المطلب الأول: تعريف ومشروعية الطلاق
105	الفرع الأول: تعريف الطلاق
110	الفرع الثاني: مشروعية الطلاق

فهرس الموضوعات

114	المطلب الثاني: أنواع الطلاق
114	الفرع الأول: الطلاق من حيث الرجعة والطلاق البائن
121	الفرع الثاني: الطلاق من حيث الإرادة وبحكم القاضي
131	المبحث الثاني: الآثار الناجمة عن طلاق المريض مرض الموت في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية.
132	المطلب الأول: أثر طلاق المريض مرض الموت على استحقاق الميراث في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة
132	الفرع الأول: أثر طلاق المريض مرض الموت على استحقاق الميراث في التشريع الجزائري
133	الفرع الثاني: أثر طلاق المريض مرض الموت على استحقاق الميراث في التشريعات المقارنة
138	المطلب الثاني: أثر طلاق المريض مرض الموت على استحقاق الميراث في الشريعة الإسلامية
138	الفرع الأول: أثر طلاق المريض مرض الموت على استحقاق المطلقة للميراث في الشريعة الإسلامية
143	الفرع الثاني: أثر طلاق المريض مرض الموت على استحقاق الزوج المطلق للميراث في الشريعة الإسلامية
146	خلاصة الفصل الثاني
الباب الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقود التبرع	
149	الفصل الأول: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الوصية
150	المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للوصية في التشريع الجزائري والشريعة الإسلامية
151	المطلب الأول: مفهوم الوصية
151	الفرع الأول: تعريف الوصية ودليل مشروعيتها

فهرس الموضوعات

158	الفرع الثاني: تمييز الوصية عما يشابهها من التصرفات وأركانها
167	المطلب الثاني: أنواع الوصية ومبطلاتها
167	الفرع الأول: أنواع الوصية
172	الفرع الثاني: إثبات الوصية ومبطلاتها
177	المبحث الثاني: أحكام تصرفات المريض مرض الموت في الوصية
178	المطلب الأول: موقف المشرع الجزائري وبعض التشريعات المقارنة من وصية المريض مرض الموت
178	الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري .
181	الفرع الثاني: موقف التشريعات العربية
186	المطلب الثاني: موقف الشريعة الإسلامية من وصية المريض مرض الموت.
187	الفرع الأول: وصية المريض مرض الموت لغير وارث.
188	الفرع الثاني: وصية المريض مرض الموت لوارث.
191	خلاصة الفصل الأول
193	الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة
194	المبحث الأول: الإطار المفاهيمي لعقد الهبة في التشريع الجزائري والشريعة الإسلامية
195	المطلب الأول: مفهوم الهبة
195	الفرع الأول: تعريف الهبة ودليل مشروعيتها
201	الفرع الثاني: خصائص عقد الهبة
205	الفرع الثالث: تمييز عقد الهبة عن التصرفات القانونية المشابه له
208	المطلب الثاني: أركان عقد الهبة وكيفية الرجوع فيها
208	الفرع الأول: الأركان العامة لانعقاد الهبة
213	الفرع الثاني: الأركان الخاصة لانعقاد الهبة

فهرس الموضوعات

217	الفرع الثالث: الرجوع في الهبة
221	المبحث الثاني: أحكام تصرفات المريض مرض الموت في عقد الهبة
222	المطلب الأول: هبة المريض مرض الموت في القانون الجزائري وبعض التشريعات المقارنة
222	الفرع الأول: أحكام هبة مريض مرض الموت في القانون الجزائري
225	الفرع الثاني: أحكام هبة المريض مرض الموت التشريعات المقارنة
229	المطلب الثاني: أحكام هبة المريض مرض الموت في الشريعة الإسلامية
229	الفرع الأول: هبة المريض لغير الوارث وهبة المريض للوارث
232	الفرع الثاني: هبة المريض المدين وهبته لغير المدين
234	خلاصة الفصل الثاني
236	الخاتمة
241	قائمة المصادر والمراجع
260	فهرس الموضوعات
266	الملخص باللغتين: عربية- انجليزية

المخلص باللغتين العربية والانجليزية

الملخص:

يعالج هذا البحث أحد المواضيع المهمة في قانون الأسرة الجزائري، والمتمثل في التصرفات الصادرة عن المريض مرض الموت، والذي يعد من المواضيع الجديرة بالبحث، كونه يهدف إلى تبيان أهمية تصرفات المريض مرض الموت من خلال التعرف على أهم أحكام تصرفات المريض مرض الموت فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية من زواج وطلاق، وكذا ما يتعلق بعقود التبرع من وصية وهبة، انطلاقاً من طرح الإشكالية الآتية: ما هو النظام القانوني لتصرفات المريض مرض الموت في مسائل الأحوال الشخصية وعقود التبرع وفقاً لما جاء به قانون الأسرة الجزائري مقارنة بالشريعة الإسلامية؟

وقد تمت دراسة هذا الموضوع بإتباع المنهج الوصفي والتحليلي للإجابة على الإشكالية المطروحة حيث توصلت إلى عدة نتائج أهمها مسايرة قانون الأسرة الجزائري ما جاءت به الشريعة الإسلامية في الأحكام التي اقترحها المشرع في هذا الموضوع .

Abstract:

This research deals with one of the important topics in the Algerian family code, represented in the actions of the patient death disease, which is one of the topics worth discussing as it aims to demonstrate the importance of the behavior of the patient with the disease of death by identifying the most important provisions of the behavior of the patient of death with regard to matters of personal status such as marriage and divorce, as well as what is related to contracts of donation from a will and a gift, on the basis of proposing the following problem: What is the legal system of the actions of the patient's disease death in matters of personal status and donation contracts, according to the Algerian family code by comparing the Islamic Sharia law?

This topic has been studied by following the descriptive and analytical approach to answer the problem at hand as I reached several conclusions, the most important of which is in keeping with the Algerian family code and what the Islamic Sharia has brought in the provisions approved by the legislator on this subject.