وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة العربي التبسي - تبسة

جامعة العربي التبسي – تبسة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

التخصص: قانون عقاري

العنوان:

تصرفات المريض مرض الموت في المنكية العقارية في التشريع الجزائري

مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر " ل.م.د "

دفعة: 2019

من إعداد الطلبة :

- فارح عادل
- عواشرية عدلان

إشراف الأستاذ(ة): الوافي فيصل

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة
عزاز مراد	أستاذ مساعد " أ"	رئيسا
منصوري نورة	أستاذ مساعد " أ"	عضوا مناقشا
فيصل الوافي	أستاذ محاضر "أ "	مشرفا ومقررا

السنة الجامعية: 2019/2018

جامعة العربي التبسي - تبسة
Université Larbi Tebessi - Tebessa

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة العربي التبسي - تبسة

جامعة العربي التبسي – تبسة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

التخصص: قانون عقاري

العنوان:

تصرفات المريض مرض الموت في المنظومة العقارية في التشريع الجزائري

مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر " ل.م.د "

دفعة: 2019

من إعداد الطلبة :

- فارح عادل
- عواشرية عدلان

إشراف الأستاذ(ة): الوافي فيصل

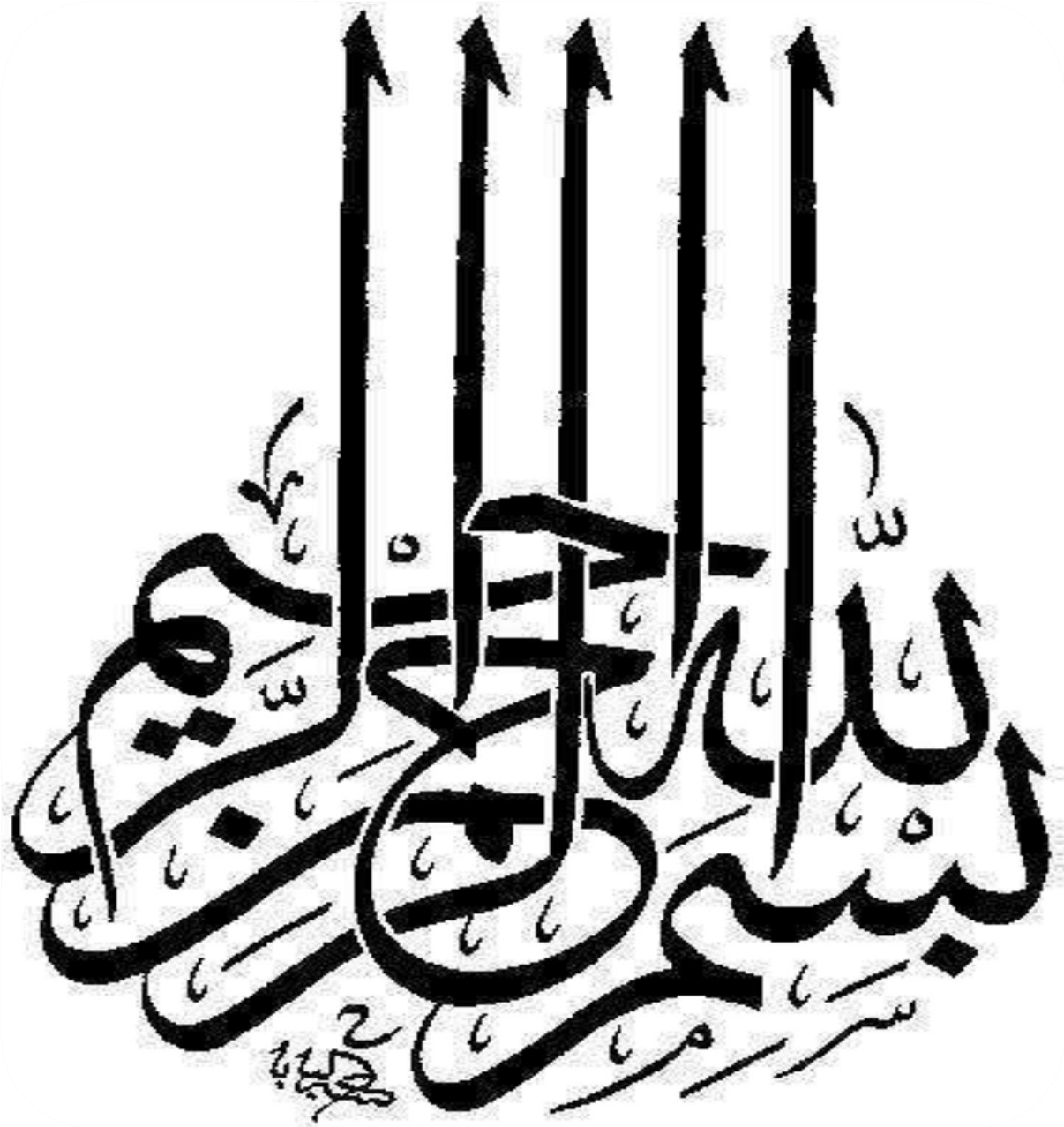
لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة
عزاز مراد	أستاذ مساعد " أ"	رئيسا
منصوري نورة	أستاذ مساعد " أ"	عضوا مناقشا
فيصل الوافي	أستاذ محاضر "أ "	مشرفا ومقررا

السنة الجامعية: 2019/2018

جامعة العربي التبسي - تبسة
Université Larbi Tebessi - Tebessa

الكلية لا تتحمل أي مسؤولية
على ما يرد في هذه المذكرة
من آراء



بِسْـــــــمِ اَللَّهِ اْلرَّحْمَانِ اْلرَّحِيـــــــمِ

(كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ اَلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا اْلْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَقِينَ (180) فَمَن بَدَلَهُ بَعْدَمَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَآ إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اَللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ (181) فَمَنْ خَافَ مُّوصٍ جَنَفًا اَوِ اِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اَللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ (182))

صَدَقَ اللَّهُ اْلعَظِيمْ

سورة البقرة الآيات 180 – 181 – 182

عن عامر بن سعد ، عن أبيه قال ((مرضت عام الفتح حتى أشفيت على الموت فعادني رسول الله ((صلى الله عليه وسلم)) فقلت أي رســول الله إن لي مالا كثيرا ، وليس يرثني إلا ابنتي لي ، أ فأتصدق بثلثي مالي ، قال ((لا)) ، قلت : فالشطر ؟ قـــال ((الثلث و الثلث كثير ، إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس))))

صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم

أخرجه ابن ماجة في صحيح سننه باب الوصية بالثلث رقم الحديث 2189 ص 111

شكر وتقدير:

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:

لا يشكر الله من لا يشكر الناس

أما بعد ....

كن عالما.. فإن لم تستطع فكن متعلما..

فإن لم تستطع فأحب العلماء.. فإن لم تستطع فلا تبغضهم..

بعد الحمد للعلي القدير على ما منحه لنا من فضل وقوة للتقدم،

نتقدم بأسمى وأخلص عبارات الشكر والتقدير

لأستاذنا الفاضل الدكتور الوافي فيصل لتفضله بالإشراف علينا

وصبره الكبير على أخطائنا طيلة إنجاز هذا البحث

وما بذله من جهد لتوجيهنا

جزاه الله كل خير

الإهداء

إلى من بلغ الرسالة وأدى الأمانة.. ونصح الأمة.. إلى نبي الرحمة ونور العالمين سيدنا صلى*محمد الله عليه وسلم*

إلى من أعطاه الله تعالى الهيبة والوقار...إلى من علمني العطاء بدون انتظار.. إلى من أحمل اسمه بكل افتخار ..أرجو من الله ان يمد في عمرك لترى ثمارا قد حان قطافها بعد طول انتظار.. وستبقى كلماتك نجوما أهتدي بها اليوم وفي الغد

وإلى الأبد..

إلى ملاكي في الحياة.. إلى معنى الحب والحنان والتفاني.. إلى بسمة الحياة وسر الوجود..

إلى من كان دعائها سر نجاحي وحنانها بلسم جراحي إلى أغلى الحبايب *أمي وأبي*

إلى زوجتي الغالية على صبرها وأسال الله أن يحفظها

إلى رفقاء الدرب في هذه الحياة.. معكم أكون أنا وبدونكم أكون مثل أي شيء..

إلى من أرى التفاؤل بعينهم والسعادة في ضحكتهم

أشكركم على مواقفكم النبيلة ولتطلعكم لنجاحاتي بنظرات الأمل..

إخوتي الكرام

إلى أصدقائي، إلى من تحلو بالإخاء وتميزوا بالوفاء والعطاء.. إلى ينابيع الصدق الصافي، إلى من معهم سعدت، وبرفقتهم في دروب الحياة الحلوة والحزينة سرت إلى من كانوا معي على طريق النجاح والخير..

إلى من عرفت كيف أجدهم وعلموني أن لا أضيعهم..

شكرا لكم ..

قائمة المختصرات:

- ج ر: جريدة رسمية.
- د ت ن: دون تاريخ النشر.
- د ط: دون طبعة.
- د د ن : دون دار نشر.
- **هـ: هجري .**
- الخ : إلى أخره .

مقدمـــــــة

ينظم القانون في المجال المدني المعاملات بين أفراد المجتمع ، الأمر الذي يتطلب أن يضمن تنظيما لكافة المعاملات المدنية ، ومن ضمن ذلك التصرف في العقار فهي مسألة حيوية وقضية جوهرية ، نظرا لأهمية العقار في تحقيق التنمية الاجتماعية والاقتصادية ، فتكثر المنازعات حوله وتتنوع ، خاصة إذا كانت النصوص القانونية التي تحكمه غير دقيقة ، ومبعثرة في عدة نصوص تشريعية وتنظيمية ، بل ومتناقضة في كثير من الحالات ، كل هذه المعطيات أدت إلى بروز منازعات معقدة على مستوى جداول المحاكم .

فحق الملكية يقتضي حق التمتع والتصرف في الإطار التشريـــــــعي والتنظيمي المسموح به ، ولقد أورد المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات ، تنظيما خاصا في حالة ما إذا تعلق محل التصرف عقارا ، إذ قرر البطلان المطلق في كل تصرف عقاري لم تتحقق فيه الشكلية والرسمية ، ذلك أن الملكية العقارية وحب الحصول عليها ، يجعل إستقرار المعاملات مطلبا أساسيا للأفراد ، فالتصرف فيها معناه إنتقال تلك السلطة من شخص لآخر وفقا للقانون .

وصلاحية الإنسان للإلزام والإلتزام ، تكون بأهليته الكاملة ، فيملك القدرة التامة لممارسة جميع التصرفات كالبيع والشراء والتبرع .

ولكن الإنسان البالغ الراشد ، لا يبقى على حال واحدة ، إذ يصيبه الضعف والمرض ويلحقه النقص والتغيّر، مما يجعل قدرته على التمييز والإدراك ، هذه الحالة ، تقيد قدرة الإنسان على ممارسة التصرفات التي تتعلق بنفسه وماله ، ولعل أبـــــــرزها مرض المــوت ، فتحقق مرض الموت يقيد التصرف ، ويطبق عليه حكم الوصية ، فهو واقعة مادية يجوز إثباتها بكافـــــــــــة الطرق القانونية ، والإثبات المراد به هنا هو الإثبات القضائي ، الذي يتم بتقديم الدليل أمام القاضي ، ويجب أن يتم الإثبات بالطرق التي يحددها القانون ، وهو ما يتقيد به الخصوم والقاضي أيضا ، والتصرف الصادر من مرض الموت في الملكية العقارية ، تحكمه القواعد الخاصة بالتصرفات العقارية ، وهي حماية عامة يشترك فيها تصرفات الأصحاء مع المرضى بمرض الموت ، بحيث لا يمكن أن تكون في شكل عرفي لأنها باطلة ، فالتصرف المنصب على عقار ، لا تنتقل ملكيته إلى المتصرف

له ، إلا بعد إحترام الإجراءات الشكلية ، وهذا لإستقرار المعامـــلات العقارية والإئتمان العقاري ، ومنع إنكار الحقوق العقارية وجحـــــــودها ، الصادرة عن مريض الموت ، كما أن هناك حماية خاصة عن طريق أحكام تقيد التصرفات ، وبالتالي شعور أصحـــاب هذه الحـقوق ، بأن أموالـهم وحقوقهم محفوظـة ، وهي الحماية الخاصة ، والتي هي موضوع الدراسة ولقد أقرها المشرع دفعا للضرر المحتمل الذي يهدد أموال الورثة والدائنين ، بحيث جعلها تأخذ حكم الوصية فتتوقف على إجازتهم .

- أهمية الموضوع :

كما أن لهذا الموضوع أهمية كبيرة في تقديم أجوبة لبعض الأسئلة المثارة ووضع حلول لبعض المشاكل التي يواجهها المجتمع خاصة عند وجود الغموض في المواد التي تحكمه والإختلاف في تفسيرها وحاجة الأفراد في معرفة أحكامه لمنع التحايل وكبح الأهواء دفعا للضرر ، خاصة وأن الأحكام القضائية لحد الساعة لم تستقر في فهم نصوصه بصورة موحدة من الناحية العملية.

- دوافع اختيار الموضوع:

ولقد حثنا على إختيار هذا الموضوع دافع شخصي وهو ارتباط البحث بمجال التخصص الدراسي مما يسهم في الرغبة و حب الإطلاع على هذا النوع من المواضيع.

كما أن هناك دافع موضوعي يتمثل في إعتبار أن هذا الموضوع كمنازعة يهدد ترابط الأسرة في المجتمع ، فالتعمق في دراسة الموضوع يسهل العمل للباحثين بوجود مرجع متخصص.

- الإشكالية:

وللإحاطة بالموضوع ستتم الإجابة على الإشكال التالي:

- ما هي آثار تصرفات المريض مرض الموت ؟

المنهج المتبع:

وللإجابة على الإشكال إتبعنا المنهج التحليلي بشكل أساسي على إعتبار انه المنهج الملائم لدراستنا القانونية ، من خلال تحليل ما تضمنته النصوص القانونية لإستخراج الأحكام التي تنظم تصرفات المريض مرض الموت في المـــلكية العقارية كما إعتمدنا على المنهج الوصفي للاستدلال بتلك النصوص لتحديد المفاهيم الواردة في

الموضوع .

.

أهداف الدراسة:

و البحث في الموضوع ينطلق من أهداف علمية تتمثل في تحديد مدى إحاطة النصوص القانونية بالأحكام التي تضبط تصرفات المريض مرض الموت ومعرفة إذا ما كانت تحتمل إضافة فيها أو تعديل أو إلغاء .

وأخرى عملية وتتمثل في وضع عمل متخصص في العقار للرجوع إليه عند الحاجة

الدراسات السابقة:

وعلى الرغم من أهمية الموضوع إلا أننا نلاحظ قلة وشح الدراسات المتخصصة فيه تعطيه حقه من الدراسة والتفصيل إلا أننا لا ننكر وجود دراسات سابقة قد أشارت له من قبل وهي :

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

- إبتسام جليلي ، تصرفات المريض مرض الموت، مذكرة ماجستير تخصص عقود و مسؤولية ، كلية الحقوق جامعة الجزائر رقم 1 ، الجزائر ،2017-2018 .

حيث تمت دراسة الموضوع بصفة عامة دون تخصيص ، وسوف نعالج هذا الموضوع بالتركيز على التصرف في العقار بصفة خاصة وتطبيق أحكام التشريع الجزائري عليها .

صعوبات البحث:

وأثناء إعداد هذا العمل المتواضع واجهتنا مجموعة من الصعوبات العلمية والعملية.

فالعلمية هي ندرة المراجع الأكاديمية المتخصصة في التصرفات العقارية في مرض الموت ، بالإضافة إلى كثرة النصوص القانونية العقارية وتشعبها وتداخلها مما يحتاج إلى وقت طويل لدراستها والتعمق فيها.

أما العملية فهي ضيق الوقت و العناء النفسي خاصة ما يدور في الساحة السياسة للبلاد من تقلبات .

التصريح بالخطة:

ولتفصيل الموضوع ، قسمت دراسة هذا الموضوع إلى فصلين للتمهيد والاجابة على الإشكال ، فالفصل الأول تحت عنوان الإطار المفاهيمي لتصرفات المريض مرض الموت في الملكية العقارية يحتوي على مبحثين ، لتحديد ماهية مرض الموت في الأول أما في المبحث الثاني فخصص للقواعد الخاصة بالتصرفات العقارية .

أما الفصل الثاني المعنون بأحكام تصرفات المريض مرض الموت في الملكية العقارية ودراسته تمت من خلال مبحثين ، ففي المبحث الأول خصص للتصرف بعوض في الملكية العقارية لمريض الموت ، أما المبحث الثاني للتصرفات بالتبرع في الملكية العقارية لمريض الموت

الفصل الأول:

الإطار المفاهيمي لتصرفات المريض مرض الموت

المبحث الأول : ماهية مرض الموت

المبحث الثاني : القواعد الخاصة بالتصرفات العقارية

تمهيـــد:

نظرا للأهمية البالغة التي يكتسيها التصرف في العقار، أحاطه المشرع بجملة من الأحكام ، سعيا لإستقرار وتنظيم المعاملات العقارية ، وتقليصا للمنازعات الحاصلة بين الأفراد ، وهذا التنظيم يبرز خاصة عندما يقيد تصرفات الأفراد في حالات خاصة ، ونجد من بينها، تقييد التصرف الصادر عن شخص مريض مرض الموت ، فالأصل أن للشخص حرية التصرف في أمواله بمقابل ، أو دون مقابل في حياته ، مادامت في حدود القانون ، و كان المتصرف بالغا عاقلا راشدا ، أما الإستثناء أن المشرع جعلها مقيدة في حدود معينة ، لحماية الأشخاص الآخرين التي تتصل حقوقهم به ، وقبل التطرق إلى بيان حكم هذه التصرفات ، و لأن الإنسان لا يخلوا عادة من الأمراض ، على تنوعها و كثرتها و للتمييز بينها وبين مرض الموت لا بد من معرف مرض الموت و القواعد الخاصة التي تشترط في التصرفات العقارية لإسقاطها على تصرفات المريض مرض الموت .

و عليه سيتم التطرق في المبحث الأول : مـــــاهية مرض الموت.

وفي المبحث الثاني : القواعد الخاصة بالتصرفات العقارية.

المبحث الأول : ماهية مرض الموت

لقد عرف الإنسان إلى يومنا هذا أمراضا كثيرة ومتنوعة ، منها أمراض عضوية في البدن و أعضائه ، و أمراض نفسية تتجلى باضطرابات سلوكية عند الإنسان تؤدي إلى الإنتحار أحيانا ، و أمراض وراثية تنتقل من الأبوين إلى الأولاد ، و أمراض معدية تنتقل من المريض إلى الصحيح ، و أمراض غامضة مجهولة السبب لم يصل الطب إلى معرفة أسبابها بالرغم من التطور الواسع الذي أحرزه في العصر الحديث ، و نظرا لكثرة الأمراض وتنوعها و كون جسم الإنسان لا يخلو عادة من الأمراض[1] ، ولهذا وجب تعريف مرض الموت وهذا ما سيتم التطرق له في المطلب الأول ، أما المطلب الثاني فسيتم التمييز فيه بين مرض الموت ، والأمراض الملحقة به وغيره من الحالات المرضية الغير مخيفة ، وفي المطلب الثالث سيتم بيان إثبات مرض الموت .

المطلب الأول : مفهوم مرض الموت

إقتصر المشرع في التقنين المدني على بيان أحكام البيع في مرض الموت ، دون أن يبين المقصود بهذا المرض وشروط تحققه ، و نفس الشيء فعله في قانون الأسرة ، حيث ذكر الهبة في مرض الموت ، وأشار إليه في الوقف في قانون الأسرة دون تعريفه ، ومن ثمة يتعين الرجوع إلى الاجتهاد القضائي وأحكام الشريعة الإسلامية ، في تعريف مرض الموت وشروطه لأن مرض الموت من مسائل الأحوال الشخصية ، فضلا على أن المادة الأولى من التقنين المدني تحيل على مبادئ الشريعة الإسلامية فيما لا يوجد فيه نص[2].

وهذا ماسيتم تناوله في الفرع الأول ، أما في الفرع الثاني فسيتم دراسة شروط تحقق مرض الموت .

الفرع الأول : تعريف مرض الموت

ورد تعريف مرض الموت في قرار المحكمة العليا الجزائرية " أن مرض الموت هو المرض الذي يغلب فيه خوف الموت على المريض ، و يعجز هذا الأخير عن رؤية مصالحه

---

1 – إبتسام جليلي ، تصرفات المريض مرض الموت ، مذكرة مقدمة للحصول على درجة ماجستير تخصص عقود ومسؤولية ، كلية الحقوق جامعة الجزائر رقم 1 ،2017–2018 ، ص13 .

2 – نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، د ط ، دار الهدى ، الجزائر، 2008، ص 05.

في إجراء أي تصرف..." [1]

وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد مجموعة من التعريفات لمرض الموت من بينها " أن مرض الموت في ذاته ، هو ما يعرض للبدن فيخرجه عن الإعتدال الخاص " ،وتعريف آخر ورد فيه" هو حالة غير طبيعية في بدن الإنسان ، تكون بسببها الأفعال الطبيعية والنفسانية ، والحيوانية غير سليمة "، كما قيل هو" حالة للبدن خارجة عن المجرى الطبيعي" ، وقال بعضهم " المرض هو ما يعتري الأجسام الحية من خلل أو نقص تخرج به عن حالة إعتدالها العادية قليلا كان أو كثيرا وقد ينتهي به الأمر إلى القضاء على الحياة" [2].

كما عرّف مرض الموت بـ " أن يكون صاحب فراش قد أضناه المرض فإن لم يصر صاحب فراش ، كان في حكم الصحيح ، وإن كان صاحب فراش فهو مريض مرض الموت وإن تكلف لمشيه في قضاء حوائجه"[3].

وصاحب الفراش هو الذي لا يقوم بحوائجه في البيت كما يعتاده الأصحاء بالتكاليف الشرعية[4].

ويعرّف كذلك " أن المريض مرض الموت هو من عجز عن القيام بمصالحه "[5].

و لقد ورد تعريف آخر لمرض الموت في مجلة الأحكام العدلية و هي تقنين للفقه الحنفي في نص المادة 1595 على ما يلي : " مرض المـوت هو الذي يغلب فيه الهلاك و يعجز معه المريض عن رعاية مصالحه خارج البيت ، إن كان من الذكور، و عن رعاية مصالحه داخل البيت إن كان من الإناث ، ويموت على تلك الحالة قبل مرور سنة ، سواء أكان صاحب فراش أم لم يكن ، و إن إمتد مرضه و مضت عليه سنة ، و هو على حال واحد كان في حكم الصحيح ، و لكن إذا اشتد مرضه وتغير حاله قبل مضي سنة ، يعد

---

1 – أنظر: قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 096675، بتاريخ 2002/12/23، المجلة القضائية ،عدد خاص، 2001، ص 302.

2 – إبتسام جليلي ، المرجع السابق ، ص31 .

3 – شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، الجزء السادس ، د ط ، دار المعرفة ، بيروت ،1989 ، ص 169 .

4 – نبيل صقر، المرجع السابق ، ص5 .

5 – عبد العليم عبد الرشيد ، مرض الموت وأثره على الأحكام في الشريعة والقانون ، مذكرة للحصول على درجة الماجستير في الشريعة ، الجامعة الإسلامية العالمية ، إسلام آباد ، 1990، ص 03 .

حاله إعتبارا من وقت التغير إلى الوفاة مرض موت "[1].

و من هذا التعريف يستنتج أنه لكي نكون في حالة مرض الموت ، لا بد أن يعجز المريض عن قضاء مصالحه ، و أن لا تطول مدة المرض سنة ، وهذا على خلاف المشرع الجزائري الذي لم يقيد حصول المرض بمدة معينة .

كما عرّف بأنه " كل مرض كان الأغلب منه الموت مخوف " أي المرض الذي يكون الغالب منه الموت [2].

و عرفه المالكية بأنه " المرض الذي ينشئ الموت عادة ، وإن لم يغلب "[3] .

وأنه " الذي حكم أهل الطب العارفون به بكثرة الموت به "[4].

و عرفه الحنابلة " المرض الذي يخاف منه الهلاك " ، و هو تعريف قريب من تعريف علماء المالكية فقد إعتبر الحنابلة مرض الموت كل مرض إتصل بالموت و كان مخوفا و يقول في هذا إبن تيمية " ليس معنى المرض المخوف الذي يغلب على القلب الموت منه ، أو يتساوى في الظن جانب البقاء و الموت و إنما الفرض أن يكون سببا صالحا للموت فيضاف إليه ، و يجوز حدوثه عنده ، و أقرب ما يقال ما يكثر حصول الموت منه ، فلا عبرة بما يندر وجود الموت منه " [5] .

و من خلال التعريفات السابقة يلاحظ ان الحنفية عند تعريفهم لمرض الموت إعتمدوا على الظواهر الملازمة لمرض الموت و المصاحبة له ، كعدم القدرة على المشي ، و عدم القدرة على قضاء حوائج المريض بنفسه ، غير أن هذه الظواهر قد تكون مصاحبة لمريض ليس بمريض مرض الموت ، أما غير الحنفية كالشافعية و الحنابلة فقد وضعوا ضابطا لتعريفهم لمرض الموت ، و هو أن يكون الموت متصلا به غالبا ، أما المالكية فيرون بأن

---

1 – عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني (04) العقود التي تقع على الملكية ، المجلد الأول، البيع و المقايضة ، د ط ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، د ت ن ، ص 313 .

2 – عبد العليم عبد الرشيد ، المرجع السابق ، ص04 .

3– حسين محمود عبد الدائم عبد الصمد ، مرض الموت وأثره على عقد البيع دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي ، د ط ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، 2008 ، ص 98 .

4 – فاطمة أسعد ، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني ، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون ، جامعة مولود معمري ، بجاية ، 2015 ، ص 381 .

5– حسين محمود عبد الدائم عبد الصمد ، المرجع السابق ، ص 99 .

المرض لا يكون مرض موت إلا بناءا على حكم أهل الاختصاص من الطب فإن صدر عنهم ما يدل على ان هذا المرض يكثر الموت به فهو مرض موت و إلا كان غير ذلك .

والتعريف السائد عند الفقهاء هو المرض الذي يغلب فيه الهلاك ، ويعجز الشخص عن القيام بمصالحهو يتصل به الموت فعلا و لو كان المريض قد توفي لسبب آخر" [1].

و ذهب بعض الفقهاء إلى تعريف مرض الموت بأنه " من كان في حالة نفسية يعتقد جزما ان الموت واقع لا محالة ، و يتصل بذلك الموت فعلا " ، و هذا التعريف جعل حالة المريض النفسية باقتراب الموت و دنو الأجل ، هي العـــلة في وجود مرض الموت أو عدمه ، إذ أن الحالة النفسية أمر خفي غير ظاهر ، و تختلف من شخص لأخر قوة و ضعفا ، مما يجعلها غير منضبطة ، و كون المرض مخوفا ، و إتصاله بالموت ، فلا يشترط تأثير المرض على نفسية المريض أو إدراكه أو نقص في أهليته للتصرف[2].

وعرف كذلك بـ " أنه المرض الشديد الذي يغلب على الظن موت صاحبه ، عرفا أو بتقرير الأطباء ، ويلازمه ذلك المرض حتى الموت ، إن لم يكن المرض معروفا من الناس بأنه من العلل المهلكة مرض موت ، أن يعجز عن القيام بمصالحه الحقيقيـــــــة خارج البيت ، فيجتمع فيه تحقق العجز و غلبة الهلاك ، و إتصال الموت به "[3] .

الفرع الثاني: شروط مرض الموت

لم يحدد المشرع الجزائري شروط مرض الموت ، إلا أنه وما يلاحظ على الإجـــتهاد القضائي في الجزائر ، هو خروجه عن الإطار الذي رسمه القانون ، وعلماء الشريعة الإسلامية لمرض الموت ، من كونه لا يؤثر على أهلية المريض ، وهذا في بعض القرارات الخاصة بالمحكمة العليا فيتضح أن قضائها أخذ إتجاهين[4] .

و هو ما يستشف من قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية

---

1 – محمد حسنين ، عقد البيع في القانون المدني الجزائري ، د ط ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2004 ، ص216 .

2– حسين محمود عبد الدائم عبد الصمد ، المرجع السابق ، ص 102 .

3– أحمد إبراهيم بيك و علاء الدين أحمد إبراهيم واصل ، انتقال ما كان يملكه الإنسان حال حياته إلى غيره بعد الموت التركة و الحقوق المتعلقة بها المواريث علما و عملا الوصية تصرفات المريـــض مرض الموت ، الطبـــــــــــعة الثانية ، د د ن ، مصر 1999 ، ص 1102 .

4 – إبتسام جليلي ،المرجع السابق ، ص 30 .

بتاريخ 1984/07/09 الذي جاء فيه : " يتضح من الدعوى أن القضية تدور حول إبطال تصرف في حالة مرض صاحبه مرض الموت ، و في هذا الصدد فإن المعروف فقها و إجتهادا أن المرض الذي يبطل التصرف ، هو المرض الأخير إذا كان خطيرا يجر إلى الموت ، و به يفقد المتصرف وعيه و تميزه ، و بحسب ذلك فعلى الطاعنين ، أن يثبتوا بأن البائع لم يملك تمييزه و لا صحة عقله و أن المرض الأخير الذي إنتابه ، أدى إلى تصرف باطل ، و لكن قضاة الموضوع اقتنعوا بما وضع أمام أيديهم من أدلة أن المرض الأخير لم يكن مرض من شأنه أن يفقد المتصرف مراقبة المال، و كان هذا من سلطتهم التقديرية في قضية لا تمس النظام العام ، و عليه فإن قرارهم جاء معللا بما فيه الكفاية "[1].

وأيضا في قرار آخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2005/10/19 ملف رقم 311020 جاء فيه : " حيث ترد المحكمة العليا بالرجوع إلى عناصر الملف أن القرار إعتمد على كون الواهب وقت إبرام عقد الهبة كان في مرض الموت وفقا للمادة 204 قانون الأسرة ، لكن هذه الأخيرة لم تتطرق إلى الشروط التي يجب توفرها لفقدان أهلية التصرف و التي تأتي في مقدمتها الأمراض العقلية وفقدان الذاكرة حين التصرف في العقار "[2].

ومن جهة أخرى نجد في قرارات أخرى ، أن القضاء الجزائري لا يشترط لاعتبار المرض مرض الموت أن يؤثر على سلامة إدراك المريض ، أو ينقص من أهليته للتصرف ويكتفي بوجوب الشروط المتفق عليها فقها ، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قراراتها ذات الصلة بموضوع مرض الموت ، ومن ذلك قرارها الصادر بتاريخ 2004/07/21 الذي جاء في حيثياته " حيث أنه من المتفق عليه فقها وقضاءا ، أن المرض هو الذي يغلب فيه الهلاك ، ويتصل به الموت فعلا ، وأنه لذلك يشترط القول بأن يكون الشخص قد أبرم التصرفات وهو يعاني من مرض يؤدي في الغالب إلى الموت ، وأن يتصل الموت بالمرض ، بحيث لا تفصل بين المرض والوفاة فترة شفاء " [3].

وقرار آخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2005/02/02 جاء فيه :

" ...من المعلوم بالضرورة أن مرض الموت الذي يقيد تصرفات المريض ، حدد له الفقه

1 – إبتسام جليلى ،المرجع السابق،ص 30.

2 – إبتسام جليلى ،المرجع نفسه،ص 30.

3 – إبتسام جليلى ،المرجع نفسه ، ص 30.

شروطا ثلاثة وهي أن يقعد المرض صاحبه عن قضاء مصالحه ، وأن يغلب فيه الموت ، وينتهي بالموت فعلا ، وهذه العلامات مجتمعة وهي أمور موضوعية من شأنها أن تقيم في نفس المريض حالة الشعور بأنه مشرف على الموت وانه يكفي بهذه العلامات المادية ليستخلص منها القضاة أن المريض وهو يتصرف كانت تقوم به حالة نفسية هي أن أجله قد دنى فيفسر تصرفه على ضوء هذه الحالة "[1] .

وفي قرار آخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2005/11/23 جاء فيه :

" ... لكن ما يعيبه الطاعن على القرار المطعون فيه ليس محله ، ذلك أن قضاة الموضوع قد بينوا وبأسباب كافية أن الواهب تصرف في مرض الموت وأثبتوا بتوافر ثلاثة شروط وهي أن يقعد المرض صاحبه عن قضاء مصالحه وأن يغلب فيه الموت وأن ينتهي بالموت وقد تأكدوا من توافر هذه الشروط الثلاثة ومن خلال التقارير الطبية وذلك بدخوله المستشفى اثر إصابته بمرض السرطان الرئوي واضطرابات نفسية وعصبية وكان يحتاج إلى مساعدة الغير لقضاء حاجاته العادية بسبب العجز الكلي الذي أصابه" [2] .

ومن خلال ما تقدم ذكره يستخـلص الشروط التي يجب توفرها لكي يعتبـر أن المرض مرض موت ، وكذلك الحال لدى عرض التعريفات السابقة لمرض الموت حيث إتفقت على شروطه وهي أن يغلب فيه الهلاك عادة ، أن يعقب مرض الموت ، الموتَ مباشرة ، سواء كان الموت بسببه ، أو بسبب آخر أفضى إليه، كالقتل ، أو الغرق ، أو الحرق ونحوه [3].

أن يقعد المريض عن قضاء مصالحه العادية وممارسة المهنة ، إلا أنه ليس بلازم لكي يكون المرض مرض موت أن يلزم المريض الفراش ، ويبقى مع ذلك عاجزا عن قضاء مصالحه [4].

بينما يرى بعض الفقهاء ، أن هذا الشـرط ليس لازما ، لإعتبار المرض مرض موت بل يكفـي أن يكـون المـرض من الأمـراض التي تسبب المـوت عادة ، ويشتـرط أن يعلم المـريض بذلك ، لأن العبرة بما يبعثه المرض في نفس المريض بإحساس بدنو الأجل ،

---

1 – إبتسام جليلي، المرجع السابق، ص30 .

2 – إبتسام جليلي ،المرجع نفسه ، ص 31 .

3 – أحمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية، د ط، دار الفكر العربي، مصر، د ت ن، ص 319.

4 – عبد العليم عبد الرشيد ، المرجع السابق ، ص04 .

فيحمل المريض على القيام بتصرفات ما كان ليبرمها لو لم يشعر بذلك [1].

وسيتم شرح شروط مرض الموت كمايلي :

أولا: أن يقعد المريض عن مصالحه

ويقصد بها المصالح العادية والمألوفة التي يستطيع الأصحاء عادة مباشرتها ، وليس بالضرورة أن يلزم المريض الفــراش فقد لا يلزمه ، ويبقى مع ذلك عاجزا عن قضاء مصالحه [2] .

ويشترط أن يجعل المرض صاحبه عاجزا عن قضاء مصالحــه وأشغاله التي كان يقوم بها عادة ، لو كان في حالة الصحة ، فإن كان رجـلا أعتبر عجزه عن قضاء مصالحه الخارجية ، وإن كان المريض إمرأة ، أعتبر عـجزها عن قضاء مصالحها الداخلية حيث قيل " أن الإنسان في العادة قلما يخلوا عن نوع من مرض في باطنه ، ولا يجعله بذلك في حكم المريض ، ولا يشــترط أن يكون صاحب فراش ، فقد لا يلزمه ، ومع ذلك يبقى عاجزا عن قضــاء مصالحه ، كما لا يشترط فيه أن يبقى أسير البيت [3].

وعلى العكس من ذلك، فقد يكون الإنسان عاجزا عن قضاء مصالحه ولكن ليس بسبب المرض ، كالشيخوخة فلا يعتبر في مرض الموت ، أو يكون الإنسان عاجزا عن مباشرة أعمال مهنته الشاقة بسبب المرض ، فيقعده عن ذلك دون أن يعجز عن مباشــرة المألوف من الأعمال بين الناس ، فلا يكون في هذه الحالة مريضا مرض الموت[4].

ثانيا: أن يغلب في المرض خوف الموت

أي أن يكون مرضا خطيرا من الأمراض التي تنتهي عادة بالموت ، أو أن المرض بدأ بسيطا ثم تطور حتى أصبحت حالة المريض سيئة يخشى فيها غلبة الموت[5].

أما الأمراض العاديـــــــــة التي يشفى منها الإنسان غالبا ، كالصداع ونزلات البرد والسعال... الخ ، وما شابه ذلك من الأمـراض ، فإن المريض بها لا يعتبر مريضا مرض الموت ، وتصرفاته تكون تصرفات الأصحاء لأنها أمراض غير مخيفة ، فنجد أن المشرع

---

1 – فاطمة أسعد، المرجع السابق، ص 382.

2 – عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 914.

3 – حسين محمود عبد الدائم عبد الصمد، المرجع السابق، ص 105– 106.

4 – حسين محمود عبد الدائم عبد الصمد، المرجع نفسه ، ص 109

5 – عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 315.

الجزائري نص في المادة 204 من قانون الأسـرة التي جاء في نصها " الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية " ذكر الحالات المخيفة ، وهناك من الفقهاء من يرى أنه يكفي في المرض أن يكون مخوفا دون حاجة إلى قعود المريض عن قضاء حوائجه بشكل معتاد، وهناك من يرى أن الشرط الثاني لا يغني عن الشرط الأول، بل يجب إبقاء الشرطين معا، والرأي الراجح أن الشرط الثاني يغني عن الأول لأنه إذا تحقق كون المرض مخوفا كان المرض مرض موت[1] .

ثالثا : أن ينتهي المرض بالموت

فإن تصرف الشخص بماله أثناء مرضه وتوفي بفعل المرض، فإن تصرفه وقع في مرض الموت ، وإذا شفي المريض أعتبر تصرفه لم يقع في مرض الموت ، وقد يطول المرض ثم ينتهي بالموت ، ولكن بعد مدة طويلة ، بحيث يطمئن المريض إلى أن المرض قد شفي ، ولم يعد هناك خطرا قائم ، ولو كان المرض قد أقعد المريض عن قضاء مصالحه وألزمه الفراش ، مادام لم يعد يغلب فيه خطر الموت ، فلا يعتبر مرض موت ، ولكن إذا اشتد المرض بعد ذلك وساءت حالة المريض ، حتى أصبحت تنذر بالموت فعلا ، فإنه يعتبر مرض موت من الوقت الذي إشتد فيه المرض[2] .

ويجب أن ينتهي المرض بالموت فعلا ، سواء أكانت الوفاة من هذا المرض أم لسبب آخر خارجي عن المرض ، كالـموت مختنقا من الدخان الناتج عن حريق شب في منزله وكذلك الحال لو إنهدم المنزل الذي يقيم فيه ، فمات تحت أنقاضه[3].

وتقدير وقوع التصرف في مرض المـوت أو خلال إشتداد المرض وانتهى إلى الموت من المسائل الموضوعية التي لا يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا ، على أن يبين في الحكم نوع المرض ، ويسبب الحكم على أسباب قانونية ، كما أن تقدير المرض وبحثه يعتبر من الأمور الفنية التي لا يجوز للقضاء أن يحكم فيها بعلمه ، بل لابد للرجوع إلى أهل الخبرة[4].

1 – حسين محمود عبد الدائم عبد الصمد، المرجع السابق، ص 114.

2 – عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 151.

3 – حسين محمود عبد الدائم عبد الصمد، المرجع السابق، ص 115.

4 – حسين محمود عبد الدائم عبد الصمد، المرجع نفسه، ص 118.

وقضت المحكمة العليا الجزائرية بـ: "...فإن القرار صدر موافقا للقانون متى بين في أسبابه أن الموكل كان حين عقـد الهبة مريضا بالسرطان ، كما هو ثابت من المستندات ، وهو مرض يغلب فيه الهلاك..."[1].

ويلاحظ أن المحكمة العليا لم تأخذ بشرط وفاة المريض خلال سنة و يستنتج ذلك من قرارها الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1993/11/23[2] .

المطلب الثاني: تمييز مرض الموت عن غيره من الحالات

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 204 من قانون الأسـرة التي جاء فيها " الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية "[3] ، عن مرض الموت و الحالات المخيفة وهذه الأخيرة ألحقت بمرض الموت ولم يتطـرق لها جل التشريعات أو الفقه الإسلامي ، فالمريض يعجز عن القيام بأمور حياته الطبيعـية ، ويغلب عليـــه خوف الموت ويكون الموت متصـلا به غالبا ، فيكون في حالة نفسية تجعله يعتقد باقتراب أجلـه ، ويتصرف المريض متأثرا بهذه الحالة ، فإذا وجدت حالة غير المرض تجعل صاحبها في مثل حالة المريض ، ومثل تصرفه تكون هذه الحالة ملحقة بالمرض ، وتأخذ حكمه ، حتى وإن كان صاحبها غير مريض ، وأما الأمراض الغير المخيفة ، وهم أصحاب الأمراض المزمنة أو الممتدة التي لا يغلب فيها الهلاك ، ومن كانوا مرضى ثم برئوا ، وهي التي لا يخاف منها الهلاك فهي لا تعتبر من حالات مرض الموت ، مثل الجرب ووجع الضرس ، وإسهال يوم أو يومين وغيرها من الأمراض العادية ، لأن هذه الأمراض عرف معها معالجة الموت ، فإذا إتصل بها الموت علم أنه لم يكن موته من هذه الأمراض[4].

وكون المرض مخوفا أو غير مخوف مسألة نسبية ودقيقة ، فالمرض الواحد يمكن أن يكون مخوفا بالنسبة لمريـض دون آخر، نظرا لما يرى في كل مرض من قوة في البدن ،

---

1 – انظر: قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 256869، بتاريخ 2001/02/21، المجلة القضائية، العدد 02، 2002، ص 428–430.

2–أنظر: قرار المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 96675 ، بتاريخ 1993/11/23 ،المجلـــة القضائية ، عدد خاص 2001. ص 302.

3 – انظر:القانون 11/84 ، المؤرخ في 12 /07/ 1984، يتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية رقم 24 ، الصادرة بتاريخ 1984/07/12 ، المعدل والمتمم.

4–عبد العليم عبد الرشيد، المرجع السابق، ص 11–13.

وتقبل العلاج وعدمه ، وكذلك ما هو مخوف اليوم ، يمكن أن يصبح غير مخوف غدا ، متى تقدم الطب وتوفر العلاج[1] .

لذلك وجب التمييز بين مرض الموت والحالات المخيفة الملحقة به وبين الحالات المرضية الغير مخيفة أو كانت مخيفة شفي منها وهذا سيتم ذلك في فرعين ، الفرع الأول ستتم فيه دراسة الحالات المخيفة أما الفرع الثاني يكون للحالات الغير مخيفة .

الفرع الأول: الحالات المخيفة

هي مرض الموت ، والحالات الملحقة بمرض الموت ، حتى وإن كان صاحبها في حكم الأصحاء ، في حالة يغلب فيها الهلاك دون السلامة ، فكل سبب يكون الهلاك فيه غالبا يكون في حكم المريض مرض الموت ، فنجد أن المشرع الجزائري نص في المادة 204 من قانون الأسـرة التي جاء في نصها " الهبة في مرض الموت ، والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية " ذكر الحالات المخيفة ، ومثال ذلك السرطان ، الذي يمكن إعتباره حالة مخيفة ، فمجرد سماع الشخص بإصابته بالمرض تنتابه حالة نفسية تثير في نفسه الإعتقاد بدنو أجله ، ويصبح موته قريب الإحتمال ، ممـا يجعل تصرفاته قابلة للإبطال بتوافر نفس الشروط الواجب توافرها في مرض الموت ، كمـا يعتـبر فقـر الـدم من الحالات المخيفة ، وذالك حسب القرار الصادر عن المحكمة العليا ، بتاريخ 2005/06/15 الذي جاء في إحدى حيثياته " حيث أن النفقة القانونية التي قطعت فيها المحكـمة العلـيا فـي قرارها الصادر في 2001/06/20 هي توجيه قضاة الموضوع إلى التحقيق ، والتوضيح ما إذا كان الواهب يعاني فعلا من مرض من الأمراض أو الحالات المخيفة المنصوص عليها بالمادة 204 من قانون الأسرة ، وهذا ما قام به قضاة المجلس بناءا على دراسة الوثائق والشهادات الطبية المقدمة بالملف والتي تثبت مرض مورث الأطراف الذي كان يعاني من مرض خطير ، وهو مرض فقر الدم كون المورث أثناء الفترة القصيرة التي عاشها بين تاريخ إبرام العقدين الذي يمكن إعتباره وتاريخ وفاتـــه لا تتعدى السنتين ، وكان يصارع الموت فيها ، وبالتالي ومادامت الشهادات الطبية ، والوثائق المقدمة لقضاة المجلس تثبت الحالة المخيفة التي كان يعاني منها الواهب [2] .

1- حسين محمود عبد العليم عبد الصمد، المرجع السابق، ص130.

2- ابتسام جليلي ،المرجع السابق ، ص 44 .

وكذلك ورد في إحدى قرارات المحكمة العليا أن مرض السرطان يعتبر مرض موت لأن الغالب منه الموت " إن القرار الصادر موافقا للقانون متى بين أسبابه أن الموكل كان حين عقد الهبة مريضا بالسرطان ، كما هو ثابت في المستندات ، وهو مرض يغلب فيه الهلاك ، وقد دخل المستشفى في 23 جوان 1996 ، وقد لازمه المرض حتى مات به 17 أوت 1997 ، ولما كان ذلك فإن الموكل لا يستطيع أن يؤدي بنفسه العمل الذي وكل فيه متى كان غير سليم العقل وقت مباشرة العقد ، لذلك لا تصلح الوكالة حتى وإن كان سليم العقل وقت تحريرها ، لذلك تعتبر الهبة باطلة لأنه لم يتحقق فيها ما تقتضيه أحكام المادتين 203 و204 من قانون الأسرة..."[1].

أما إذا كان المرض الغالب فيه السـلامة ، فإنه لا يأخذ حكمه ، وإن خيف الموت منه ، والحالات المخيفة غير محددة على سبيل الحصر ، ولقد إتفق الفقهاء على بعض الحالات التي تقوم مقام مرض الموت ، وأعطوها الحكم نفسه ، غير أنهم وضعوا ضوابط لتلك الحالات سيتم توضيح بعضها فيما يلي:

أولا- الحرب والقتال: إذا تم التلاحم بين الجيوش ، فهنا يكون الشخص في حكم المريض مرض الموت ، لأنه يترقب الموت من آن لآخر[2] .

لأن توقع الموت هنا كتوقع المرض أو أكثر، فوجب أن يلحق به ، ولأن المرض إنما جعل مخوفا ، لخوف صاحبه الموت ، سواء كان في الصفوف الأمامية أو الخلفية وهذا لتطور التكنولوجيا ووسـائل القتـال حيث يكون المقاتل في خطر سواء كان في الصفوف الأمامية أو الخلفية ، وعلى هذا فكل من يشارك في الـــــحرب ، يلحق بالمريض مرض الموت ، وذلك للحالة النفسية التي يمر بها[3].

ثانيا- المحكوم عليه بالقتل: فهو في حـــالة خوف ، ويترقب الموت ، وللشافعية

1- انظر: قرار عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 256869، بتاريخ 2001/02/21، المجلة القضائية، العدد 02، 2002، ص 428-431.

2- رشاد السيد إبراهيم عامر، تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري مقارنا بالشريعة الاسلامية والقوانين الأخرى ،بحث للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعـــــــــــــــلوم الإدارية ،الجزائر،1989 ، ص39.

3 - حسين محمود عبد الدائم عبد الصمد، المرجع السابق، ص 138.

قولان، أنه يجب أن يقدم للقتل وإن عفي عنه فتصرفه صحيح وإن مات فهو كالمريض[1] .

وهناك من يرى قياسا على ذلك ، من عقد نيته على الإنتحار، أو المرأة الحامل إذا أثقلت وصار لها ستة أشهر ، فهي تتوقع الـــــــولادة في أي وقت ، وتكون الولادة خطيرة جدا ، أي بين الحياة والموت ، فربما كانت تخشى الموت فيها ، فتتصرف تصرفات يكون فيها ضرر لورثتها ودائنيها ، وهناك من يقول إن تصرفها صحيح حتى تكون في المخاض ، لأنها قبل ذلك لا تتوقع الموت ، لأن الغالب والمعروف أنها تغلب الأمـــــــل على الخوف ، لأنها قبل المخاض لا تخاف الموت ، فأشبهت صاحب المرض الممتد قبل أن يصير صاحب فراش[2] .

ثالثا- المحبوس أو الأسير: إذا عرف الحابس بقتل المحبوسين ، وكذلك إذا جرى العرف بين الآسرين بقتل الأسرى لأنه يخاف الهلاك في أية لحظة[3].

وفي وقتنا الحاضر يعد الأسير الذي يعرف موته في حكم القاصر، وتحجر أمواله ويعين قيم عليها ، وإذا كان لديه أطفال دون سن البلوغ فتكون الأم هي الوصية عليهم [4].

رابعا- راكب السفينة إذا اضطربت: إذا هبت الريح وهاج الموج ، وتعرضت السفينة للخطر فيكون راكبها في حكم المريض مرض الموت[5].

خامسا - تفشي الوباء: إذا تفشى الوباء كالكوليرا ، أو الطاعون في مكان ، فإن غلبة الموت قائمة حتى ينحصر الوباء ، وهو القول الراجح عند الفقهاء[6] .

الفرع الثاني: الحالات غير المخيفة

وهم أصحاب الأمراض المزمنة التي لا يغلب فيها الهلاك ومن كانوا مرضى ثم برئوا وهي التي لا يخاف منها الهلاك ، مثل الجرب والإسهال.... الخ ، لأن هذه الأمراض يؤمن معها معالجة الموت ، فإذا اتصل بها الموت علم أنه لم يكن موته بهذه الأمراض .

وكون المرض مخوفا أو غير مخوف مسألة نسبية ودقيقة ، فالمرض يمكن أن يكون

---

1 - حسين محمود عبد الدائم عبد الصمد، المرجع نفسه ، ص 140.

2- رشاد السيد إبراهيم عامر، المرجع السابق، ص41.

3- رشاد السيد إبراهيم عامر، المرجع نفسه، ص41.

4- إبتسام جليلي، المرجع السابق ، ص 35 .

5 - عبد الدائم عبد الرشيد، المرجع السابق، ص 26-27.

6 - عبد العليم عبد الرشيد، المرجع نفسه ، ص31 .

مخوفا بالنسبة لـمريض دون آخر، نظرا لما يرى في كل مرض من قـوة في البدن ، وتقبل العلاج من عدمه ، وكذلك ما هو مخوف اليوم يمكن أن يصبح غير مخوف غدا ، متى تقدم الطب وتوفر العلاج[1] .

وهناك ما يعرف بالأمـراض الممتدة وهي الأمراض التي يطول أمدها زمنا طويلا ، ولكي تأخذ حكم مرض الموت لابد أن يزداد ما به يوما بعد يوم ، لأنه حينئذ يغلب في مرضه الموت ، وفسر البعض طول المرض يعد تصرفه في حالة صحة مالم تتغير حالته[2] .

ذلك أن الأمراض الممتدة أو المزمنة لا تعتبر مرض الموت ، لأن المرض إذا طال ولم يخشى منه الموت ، صار مرضا مزمنا لا قاتلا ، ويعتبر تصرف المريض الذي طال مرضه ولم يشتد ولم يتغير، كأنـها صادر في الصحة ، وإذا إشتد المرض وخيف منه الموت ، كان التصرف تصرف المريض مرض الموت[3] .

وقد بين فقهاء القانون المدني مجموعة من الأمراض الممتدة أو المزمنة ، منـها السرطان والايدز، الالتهاب الكبـدي الوبائي، تصلب الشرايين، البـول ، السكري ، احتباس البول وتضخـم البروستاتا، الإدمـان حيث اعتبرت أنها ليست أمراض موت ، لكنـها إذا تفاقمت ، تكون قد دخلت مرحلة جديدة وتعتبر مرض موت من تاريخ اشتدادها[4] . فإذا إشتد مرضه حتى مات به كانت تصرفاته تصرفات مريض الموت[5].

وفـي ضـوء ما تـقدم ، يستخلـص أن الضـابط الكلي لمـرض المـوت هـو المـرض الذي يتسبب به المـوت ، فالمـهم هـنا أن تكـون شخصـية المريـض فـي حالـة نفسيـة مـشابهة لتـلك الحـالات ، وعلـى العمـوم فقد إتفـق الفـقه علـى إيجـاد ضـوابـط مـادية يخضـع لهـا ذلك المرض ، والحالات المشابهة له وهي شروط ثلاثة يجب توافرها لكي يعد الإنسان مريـض مرض الموت ، فمتى كان الإنسان في وضع يغلب فيه الهلاك ، في كل تلك الحالات فيكون تصرفه في مرض الموت ، وتصبح حقوق الورثة والدائنين محمية بقوة

1- حسين محمود عبد العليم عبد الصمد، المرجع السابق، ص130.

2- رشاد السيد إبراهيم عامر، المرجع السابق، ص44 .

3- حسين محمود عبد العليم عبد الصمد، المرجع السابق، ص131.

4- حسين محمود عبد العليم عبد الصمد، المرجع نفسه، ص131.

5- أحمد إبراهيم بيك وعلاء الدين احمد إبراهيم واصل، المرجع السابق، ص 1103.

القانون ، وهذا ما يستدعي أهمية إثبات مرض الموت للتمتع بالحماية القانونية ولكي تكون تصرفات المريض مرض الموت مقيدة .

المطلب الثاني: إثبات مرض الموت

تظهر أهمية إثبات مرض الموت في حماية ورثة و دائني المريض مرض الموت ، و هو يعد من أكثر الموضوعات القانونية تطبيقا و أكثرها حيوية ، و مرض الموت هو واقعة مادية يثبت بكافة طرق الإثبات و أن عبء الإثبات يقع على من يدعي أن المريض كان في حالة مرض موت قبل موته ، و حسب نص المادة 776 الفقرة 02 من القانون المدني التي جاءت بما يلي " وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد ، إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا " [1] وهذا من أجل تحقق الغاية من تقييد تصرفات المريض مرض الموت ، وهي حماية حقوق الورثة والدائنين ، والإثبات هو تقديم الدليل أمام القاضي ، على وجـود واقعة قانونية متنازع ، ويجب أن ينصب على صحة واقعة قانونية ، تكون مصدرا للحق وليس على الحق ، فقد تكون هذه الواقعة تصرفا قانونيا ، أو واقعة مادية ويكون الإثبات بالطرق التي حددها القانون[2].

وعليه ستتم دراسة موضوع إثبات مرض الموت في فرعين ، أولهما عبء الإثبات وفق أحكام المشرع الجزائري أما الفرع الثاني فسيتم التطرق فيه لوسائل الإثبات المتاحة في القانون .

الفرع الأول: عبء الإثبات

للطعن في تصرفات المريض مرض الموت ، يجب إثبات وجود المرض ، و المحكمة تقدر بحسب ظروف كل دعوى ما إذا كان المرض مرض موت ، و المكلف بإثبات المرض هو الوارث الذي يدعي حصول التصرف في مرض الموت ، و يطلب البطـلان لأنه مدع ، و لما كان من المستقر عليه قانونا ، أن الوارث خلف عام لمورثه ، فإنه يتقيد في إثبات التصرف المطعون فيه ، بما تم بين مورثه و المتصرف إليه ، فإذا كان التصرف مكتوبا ،

1 – أنظر الأمر : 58/75 ، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية رقم 15 الصادرة بتاريخ 09/30 /1975، العدل والمتمم.

2– محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د ط، دار الهدى، عين مليلة، 2009، ص06.

وجب أن يثبت مزاعمه بالكتابة ، غير أن إثبات الواقعة المادية لمرض الموت فقط دون تاريخ التصرف قرر لمصلحة الوارث الذي يستعمل كامل أدلة الإثبات ، و له أن يركن حتى إلى الشهود بالمقارنة بين تاريخ المرض و تاريخ التصرف ، و يطعنون بإثبات أن التصرف وقع في مرض الموت ، و لهم أن يثبتوا ذلك بجميع الطرق ، و ينجر عن ذلك أنهم أصبحوا من الغير من حيث سريان التصرف ، فالمشرع أعطى لهم حرية إثبات أن التصرف وقع في مرض الموت و لا يتقيد الوارث بما هو ثابت بسند التصرف المراد إبطاله إلا إذا ثبت ان التصرف بعوض مساوي للقيمة الحقيقة للعقار [1].

و قد أخذ المشرع الجزائري بذلك في المادة 2/776 من القانون المدني إذ تنص :

" على ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف قد صدر من مورثهم و هو في مرض الموت و لهم إثبات ذلك بجميع الطرق و لا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا " ، كما أعفى المشرع الورثة بعد إثبات صدور التصرف في مرض الموت، إثبات أن التصرف تبرعي إذ نصت المادة 3/776 من القانون المدني على " إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت أعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك ، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه " [2]، أي أن المشرع قد أنشأ قرنية قانونية بسيطة على أن التصرف الصادر في مرض الموت يقصد به التبرع ، إلى أن يثبت العكس بحيث يجوز للمتصرف إليه أن يثبت أن التصرف قد صدر معاوضة ، بأن يثبت أنه دفع مقابلا لما أعطاه المريض ، فيكون التصرف نافدا في حق الورثة شرط أن يكون المقابل معادلا لقيمة ما أعطاه المريض للمتصرف إليه [3].

و يجوز إثبات المعاوضة بكافة الطرق ، و لو كانت قيمة العقد تجاوز نصاب البينة ، فإذا نجح المتصرف في ذلك تسري عليه في هذه الحالة أحكام البيع في مرض الموت ، و تخضع المحاباة في الثمن وحدها إلى حكم الوصية ، أما إذا لم ينجح في ذلك صار الورثة من الغير فلا يسري في مواجهتهم تصرف مورثهم إلا في حدود الثلث ، يقع على عاتق ورثة المريض المتوفي عبء إثبات تحقق شروط المرض للطعن في تصرفات المريض مرض

1 – إبتسام جليلي، المرجع السابق ، ص 46 .

2 – أنظر: الأمر 58/75 ، السابق ذكره .

3 – إبتسام جليلي، المرجع السابق ، ص 46 .

الموت ، والمحكمة تقدر ما إذا كان المرض هو مرض الموت ، أم غير ذلك من الحالات ، والورثة كخلف عام للمريض يتقيدون بما تم بين مورثهم والمتصرف إليه ، فإذا تصرف في الملكية العقارية وجب التقيد بتاريخ العقد المحرر ، وهو ما أكدته الفقرة 02 من المادة 776 من القانون المدني بنصها على ما يلي: وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم في إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثـة بتاريخ العقد ، إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا " ، وأهـــــمية توزيع عبء الإثبات تكمن في تحدي من يقع عليه من الخصوم الإثبات ، إذ يترتب على عجز المكلف قانونا الإثبات خسارته للدعوى والحكم فيها لخصمه[1].

الفرع الثاني: طرق الإثبات لمرض الموت

مرض الموت واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة الطرق القانونية ، والإثبات المراد به في نص المادة هو الإثبات القضائي الذي يتم بتقديم الدليل أمام القاضي ، ويجب أن يتم الإثبات بالطرق التي يحددها القانون، وهو ما يتقيد به الخصوم والقاضي أيضا ، ويجب أن تكون الواقعة المدعى بها متنازعا فيها ، أما إذا سلّم بها فتكون ثابتة فلا داعي لإقامة الدليل عليها ، ويجب أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى المتصلة بالحق .

ولقد نص المشرع في المادة 776 من القانون المدني في الفقرة الثانية بقوله " 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 يكـــــن هذا التاريخ ثابتا "[2] ، وطرق الإثبات التي حددها الــقانون في إثبات مرض الموت هي:

الكتابة، الشهود، القرائن والإقرار، اليمين، الخبرة، وطلب إلزام خصم بتقديم ورقة تحت يده، وتنقسم من حيث حجيتها إلى طرق ملزمة للقاضي وطرق غير ملزمة، فالطرق الملزمة للقاضي هي التي حددت القانون حجيتها، ولم يتركها لتقدير القاضي ، وهي الكتابة وهذا أمر متوفر في التصرفات العقارية ، بحيث يشترط فيها الرسمية إلا إذا طعن فيها بالتزوير وكذلك الإقرار واليمين فهما ملزمين للقاضي ، أما الطرق الغير ملزمة فهي شهادة الشهود والقرائن

1- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص33.

2- أنظر: الامر58/75 ، السابق ذكره .

القضائية والمعاينة والخبرة ، فهي تخضع لتقدير القاضي[1] .

فالكتابة تعتبر الأصل في إثبات التصرفات القانونية فهي الأهم فلقد تقررت لها قوة إثبات مطلقة حيث تصلح لإثبات جميع الوقائع سواء تصرفات قانونية أو أعمال مادية مهما بلغت قيمة الأثر القانوني المدعى به على نقيض الشهود والقرائن فلهما قوة إثبات محدودة

والكتابة في حالة عدم إعدادها مقدما للإثبات يمكن الاستدلال بها عند وقوع النزاع كما هو الحال بالنسبة للشهادات الطبية والخبرة لهذا جعل المشرع لها حجية ملزمة للقاضي ما لم ينكر الخصم أو يدعي تزورها ، بينما أخضعت الشهادة لتقدير القاضي فخولت له بالنسبة إليها سلطة كاملة لا تمتد إليها رقابة المحكمة العليا وخضوع الشهادة إلى تقدير القاضي يعني انه له ان يأخذ بها أو يتغاضى عنها إذا ساوره الشك في صدقها ، أما شهادة الشهود فيجب أن يكون الشاهد قد أدرك شخصيا بحواسه الواقعة التي يشهد بها بحيث يكون قد رآها أو سمعها بنفسه وللقاضي السلطة في تكوين اقتناعه بثبوت الوقائع بالشهادة أو أنها غير ثابتة ولو شهد بها شهود كثيرون فحسب نص المادة 333 من القانون المدني[2] ، وضع المشرع القاعدة العامة في الإثبات بالشهود فهي مطلقة في الوقائع المادية أما في نطاق التصرفات المدنية فليست للشهادة سوى قوة محدودة في الإثبات [3].

أما القرائن وهي من طرق الإثبات المتاحة لإثبات مرض الموت فهي النتائج التي يتم استخلاصها من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة ، أما الإقرار فهو اعتراف شخصي بواقعة من شأنها ان تنتج آثارا قانونية ضده مع قصده أن تعتبر هذه الواقعة ثابتة في حقه والإقرار بواقعة يجعلها في غير حاجة إلى إثبات ولذلك يحسم النزاع في شانها قبل الفصل في الدعوى ولذلك فهو يعتبر إثبات غير عادي ، فالإثبات ينصب على وقائع متنازع فيها والإقرار هو اعتراف من المقر بالواقعة فيجعلها غير متنازع فيها ويترتب على ذلك إعفاء الخصم من اللجوء إلى طرق الإثبات التي قررها القانون وهو إقرار قضائي وإقرار غير قضائي وقد يكون شفاهيا أو مكتوبا ، أما اليمين فهو إشهاد الله على صدق ما يقوله الحالف أو على عدم

1- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 39.

2 - أنظر : الأمر 58/75، السابق ذكره .

3 - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 45 .

صدق ما يقوله الخصم الآخر[1] .

مرض الموت حالة مرضية يغلب فيها الهلاك على الشخص و يتصل به الموت فعلا شروطه قعود المريض عن قضاء مصالحه و غلبة الموت فيه ، وانتهائه بالموت فعلا ، كل هذه الأمور الموضوعية تقيم في نفس المريض حالة نفسية بأنه مشرف على الموت ، و أن ضبطها يستلزم الوقوف عند هذه الضوابط الموضوعية للتدليل على الأمور الذاتية ، لأجل ذلك يسترشد بهذه العلامات للوقوف على الحالة النفسية للمريض ، و التي يعتبر من خلالها في حكم المريض مرض الموت [2].

إن مرض الموت بالشروط السابقة لا يمكن أن يكون إلا واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات بما في ذلك البنية و القرائن ، و تعتبر الشهادات الطبية دليلا قويا و عمليا للإثبات عند انتداب أهل الخبرة ، و هو ما أكدته المحكمة العليا ، حيث جاء في قرارها الصادر بتاريخ 1998/06/16 :

" حيث أن المادة 204 من قانون الأسرة قد نصت على أن الهبة في مرض الموت و الحالات المخيفة تعتبر وصية ، إضافة إلى أن مرض الواهب حالة مادية ظاهرة لا يمكن إخفائها و يجوز إثباتها بشهادة الشهود ، زيادة على الشهادات الطبية المحتج بها و عليه فالوجه مؤسس ، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه و إحالتــه لنفس المجلس "[3] .

قرار آخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1999/03/16 جاء فيه :

" من المقرر قانونا أن الهبة في مرض الموت تعتبر وصية ، و من تم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون ، و لما كان ثابتا في قضية الحال ، أن الواهب كان في مرض الموت بشهادة الموثق و الشهود و الشهادات 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 و ليس ضد شكلية العقد رغم ثبوت أن الهبة موضـــوع النزاع ، كانت في مرض الموت فإنهم بقضائهم كما فعلوا

1 – محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص 46 .

2 – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 46 .

3 – محمد صبري السعدي ، المرجع نفسه ، ص 47 .

، خالفوا القانون و عرضوا قرارهم للنقض "[1] .

و في حيثيات القرار لمجلس قضاء البليدة بتاريخ 2000/04/01 جاء فيه :

" و حيث أن مرض الموت واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة الطرق و حيث تبين من الملف الطبي أن الواهبة كانت تعاني من داء الكلى ، و أن مرضـــها كان في مرحلتها الأخيرة ، و أن الواهبة ماتت بعد مرور أقل من عشرة أشهر ، تعين إبطال الهبة عملا بالمادة 204 من قانون الأسرة "[2] .

قرار آخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2005/10/19 جاء فيه :

" حيث أن الطاعنين أكـدوا على أن الواهب تصرف بالهبة و هو في مرض الموت ، و أنه لا يعتبر مرض الموت إلا إذا اتصل به الموت فعلا ، و أكدوا على ذلك بجميع الوسائل التي تناقش من طرف القضاة – شهادة الشهود، شهادة الإقامة بالمستشفى ذلك أن الدخول إلى المستشفى و الخروج منه بعد مدة شهر و الرجوع إليه و بقائه مدة يومين و توفي و نتيجة لذلك و بكبر سنه فإن دعوى المدعيين قريبة من الحقيقة " [3] .

قرار آخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2007/11/14 جاء فيه :

" حيث من المقرر شرعا و قانونا طبقا للمادة 204 من قانون الأسرة أن إثبات مرض الموت يكون بالشهادات الطبية و شهادة الشهود و بكل طرق الإثبات ، و لما تبين من دعوى الحال ، أن قضاة الموضوع في قرارهم المنتقد و من قبلهم قاضي الدرجة الأولى، لم يثبت لديهم أي حالة من الحالات المذكورة التي تجعل الواهب كان وقت إبرام عقد الهبة في مرض الموت ، أو في حالة من الحالات المخيفة الأخرى يجعله غير أهل لإبرام العقد المتنازع عليه ، يكونون بقضائهم قد أعطوه الأساس القانوني ، فضلا عن أنه جاء مسببا بما فيه الكفاية ، الأمر الذي يتعين معه رد الوجهين المثارين معا لعدم التأسيس "[4].

---

1 – محمد صبري السعدي ، المرجع نفسه ، ص 48 .

2 – محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 48 .

3 – محمد صبري السعدي ، المرجع نفسه ، ص 49 .

4 – محمد صبري السعدي ، المرجع نفسه ، ص 50 .

المبحث الثاني: القواعد الخاصة بالتصرفات العقارية في مرض الموت

إن تصرفات المريض مرض الموت في الملكية العقارية ،لا يمكن أن تخرج عن الإطار العام ، الذي رسمه المشـــرع الجزائري والذي يحكم التصرفات الصادرة عن الأصحاء ، والمتمثلة في الرسمية والشكلية ، والشـــــهر والتسجيل ، وهي تعتبر الحماية العامة للتصرفات العقارية ، وعليه سيتم دراسة هذا المبحث في ثلاثة مطالب ، المطلب الأول الرسمية في التصرفات العقاريـــة ، وفي المطلب الثاني التسجيل في التصرفات العقارية ، المطلب الثالث شهر التصرفات العقارية [1].

المطلب الأول : الرسمية في التصرفات العقارية

إن تصرفات المريض مرض الموت العقارية ، تخضع إلى القواعد العامة بحيث لا يمكن أن تكون في شكل عرفي لأنها باطلة ، فالأصل العام في إبرام العـقود هو الرضائية ، حيث كانت تعتبر التصـــرفات الواردة على العقار تعد صحيحة ومنتجة لأثارها، حتى وإن لم تحرر وفقا للشكل الرسمي ، لكن ومع مرور الزمن ونظرا للأهمـــــية والمكانة التي أصبح عليها العقار، ولما له من دور أساسي وفعال في التنمية الاقتصادية والاجتماعية للدولة والأفراد ، إشترط المشرع في أي معاملة واردة على عقار ، أن تفرغ وفقا للشكل الرسمي، وقد تبنى المشرع الجزائري مبدأ الرسمية منذ بداية السبعينات بموجب قانون التوثيق[2] الملغى بموجب القانون 06-02 ، الذي فرض من خلاله إفراغ كافة التصرفات الواردة على العقار ، في الشكل الرسمي، ثم بعد ذلك تلاه القانون المدني الذي أكد هو أيضا على مبدأ الرسمية في جميع المعاملات العقارية ، ثم بعد ذلك صدر الأمر المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري[3]، الذي أوجب الشهر للسندات العقارية ، بعد إستيفائها الشكل الرسمي، ثم جاء المرسوم التنفيذي المتضمن تأسيس السجل العقاري[4]، الذي نص صراحة

---

1 – صنوبر أحمد رضا ، المرجع السابق ، ص33 .

2 – أنظر: الأمر 91/70 ، المؤرخ في 15 /12/ 1970، يتضمن قانون التوثيق، الجريدة الرسمية رقم 107 ،الصادرة بتاريخ 1970/12/25.

3 – أنظر: الأمر 74/75 ، المؤرخ في 12 /11/ 1975، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ، الجريدة الرسمية رقم 92 ،الصادرة بتاريخ 1975/12/18.

4 – أنظر : المرسوم التنفيذي ، 63/76 ، المؤرخ في 25 مارس 1976،المتضمن تأسيس السجل العقاري،الجريدة الرسمية رقم 30 ، الصادرة بتاريخ 1976/04/13.

على الرسمية في عقد أو سند موضوع إشهار ، على مستوى المحافظة العقارية، فكل سند أو عقد أو محرر أو وثيقة مودعة على مستوى مصلحة الشهر العقاري ، لابد أن تكون في الشكل الرسمي لتتم عملية الإشهار العقاري ، وتقييدها في السجل العقاري ، الذي ينشئ وينقل ويعلن ويعدل أو يسقط الحق كما أن السجل العقاري يضمن إستقرار وعلانية الملكـية العقارية[1].

كما تجسدت قاعدة الرسمية أيضا بموجب القانون التوجيه العقاري[2]، كما أكد المشرع أيضا على ضرورة توافر قاعدة الرسمية ، في قانون الأملاك الوطنية[3]، وكذا في أحكام المرسوم التنفيذي المحدد لشروط إدارة الأملاك الخاصة ، والعامة للدولة وتسييرها ويضبط كيفيات ذلك[4]، والملاحظ أن المشرع أكد على إحترام ركن الشكلية لأنه يشترط في العقد الشكلي إضافة إلى التراضي والمحل والسبب ركن رابع هو ركن الشكلية[5] .

فالسندات الرسمية هي المحـررات أو الأوراق التي يقوم بتحريرها موثق عام مختص ، أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ، بما تم لديه أو ما تلقاه من

ذوي الشأن طبقا للأوضاع القانونية ، وفي حدود سلطته واختصاصه[6] ، وهذا ما يميز السندات الرسمية عن السندات العرفية ، التي يتولى الأفراد تحريـــرها فيما بينهم دون أي تدخل ، سواء من موظف عام ، أو ضابط عمومي ، أو شخص مكلف بخدمة عامة [7].

فعقد اللفيف مثلا هو عقد عرفي يحرر أمام الموثق ، يثبت فيه هذا الأخير تصريحات

---

1 – حسين عبد اللطيف حمدان، أحكام الشهر العقاري، دط، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، د ت ن، ص 215.

2 – أنظر :القانون 25/90 ، المؤرخ في 18 /11/ 1990، المتضمن التوجيه العقاري ، الجريدة الرسمـــــــــية رقم 49 ،الصادرة بتاريخ 1990/11/18،المعدل والمتمم .

3– أنظر:القانون 30/90 ، المؤرخ في 01 /12/ 1990، المتضمن قانون الأملاك الوطنية ، الجريدة الرسميـــة رقم 52 ،الصادرة بتاريخ 1990/12/02، المعدل و المتمم .

4 – أنظر:المرسوم التنفيذي 454/91 ، المؤرخ في 1991/11/24، المحدد لشروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة للدولة وتسييرها ويضبط كيفيات ذلك ، الجريدة الرسمية رقم 52 ،الصادرة بتاريخ 1991/11/24.

5 علي فيلالي، الالتزامات، "النظرية العالمة للعقد"، د ط، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص 232–233.

6 يحيى بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائـري والفقـه الإسلامـي،دط ، الشركـة الوطنـية للنشـر والتوزيـــع، الجزائر، 1981، ص 91 .

7 – صنوبر أحمد رضا ، المرجع السابق ص142 .

الأطراف والشهود فقط ، ومن ثم ورغم أن عقد اللفيف يتم أمام ضابط عمومي ، وهو الموثق إلا أنه لا يضفي عليه الرسمية لأنه يتلقى فيه تصريحات الأطراف والشهود لا غير ، فعقد اللفيف لا ينقل الملكية العقارية ، ومن ثم لا يمكن أن يكون سندا رسميا لإثباتها ، وهذا ما أكدت عليه المادة 326 مكرر 02 من القانون المدني[1]، بقولها "يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة ، أو أهلية الضابط العمومي ، أو انعدام الشكل ، كمحرر عرفي إذا كان موقع من قبل الأطراف" [2].

وستتم في الفرع الأول دراسة شروط صحة السند الرسمي الواجب الشهر، ثم نتناول في الفرع الثاني الحجية القانونية للسندات الرسمية .

الفرع الأول: شروط صحة السند الرسمي

إن مرض الموت ليس إستثناءا ، بحيث لابد إذا كان موضوع التصرف عقارا أن يخضع إلى شروط السند الرسمي ، و من نص المادة 324 من القانون المدني يمكن ملاحظة ثلاث شروط أساسية وهي:

– صدور السند من موظف ، أو ضابط عمومي ، أو شخص مكلف بخدمة عامة.

– سلطة واختصاص الموظف العام ، أو الضابط العمومي ، أو الشخص المكلف بالخدمة العامة في إضفاء صفة الرسمية .

– مراعاة الأوضاع والأشكال المقررة قانونا ، في تحرير السند الرسمي.

أولا: صدور المحرر من موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ، بإستقراء نص المادة 324 من القانون المدني[3]، نجد أن هناك ثلاث أشخاص خولهم القانون إضفاء الصبغة الرسمية على السند الرسمي وهم على التوالي:

1– **الموظف العام:** هو الشخص الذي تعينه الدولة ، للقيام بعمل من أعمالها، فبالرجوع إلى أحكام القانون الأساسي للوظيف العمومي[4] ، حيث تنص المادة04 فقرة 01 "يعتبر موظفا كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة ، ورسم في رتبته في السلم الإداري" ، فمن

1– أنظر الأمر: 58/75 ، السابق ذكره .

2 – حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 36.

3 – أنظر: الأمر ،58/75 ، السابق ذكره.

4 – أنظر: الأمر،03/06، المؤرخ في 2006/07/15، القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية ، الجريدة الرسمية رقم 46 ،الصادرة بتاريخ 2006/07/16.

خلال أحكام هذه المادة نستخلص أن الموظف العام ، هو شخص يلحق بالخدمة بواسطة أداة قانونية ، قد تكون مرسوما أو قرارا وزاريا أو قرارا ولائيا، وأن يشغل وظيفته على وجه الإستمرار ويساهم بعمله في خدمة مرفق تديره الدولة ، أو أحد الأشخاص التابعين للقانون العام ، فكل السندات التي يصدرها مثلا القضاة الذين يقومون بتحرير الأحكام ، ومديري أملاك الدولة في مجال نقل الملكية العقارية التابعة للدولة ، بإعتباره موثق الدولة ، تعتبر سندات رسمية [1].

2- **الضابط العمومي** : تثبت صفة الضابـــط العمومي لكل شخص حامل لأختام الدولة ، وله صلاحية إصدار مختلف المحررات أو السندات حيث تكتسب بذلك الصفة الرسمية ، كالأوراق والمحاضر التي يعدها المحضر القضائي والموثق ، فالقانون إشترط وألزم إعداد بعض العقود والمحررات في شكل رسمي ، وإعتبر المشرع العقود الموثقة سندات تنفيذية طبقا نص المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية والدارية[2].

حيث تنص المادة الثالثـــة من القانون المنظم لمهنة الموثق[3]، على أن الموثق ضابط عمومي ، مفوض من قبل السلطة العمومية ، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية ، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصبغة .

كما نصت المادة 04 من القانون المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي ، على أن "المحضر القضائي ضابط عمومي مفوض ، من قبل السلطة العمومية يتولى تسيير مكتب عمومي لحسابه الخاص وتحت مسؤوليته ، على أن يكون المكتب خاضعا لشروط ومقاييس خاصة تحدد عن طريق التنظيم" [4].

فالمشرع الجزائـري جعل من الموثق ، والمحضر القضائي ضابطين عموميين ، وبصريح نص المادتين أناط بهما إعداد وتحرير سندات رسمية ، كل حسب إختصاصه ،

---

1 – صنوبر أحمد رضا ، المرجع السابق ص26 .

2 – أنظر :القانون 09/08 ، المؤرخ في 2008/09/08،المتضمن قانون الإجراءات المدنية والادارية، الجريدة الرسمية رقم21 ،الصادرة بتاريخ 2008/04/23.

3 – أنظر :القانون 02/06 ، المؤرخ في 20 /02/ 2006، المتضمن تنظيم مهنة الموثق ، الجريـــــدة الرسمية رقم12 ،الصادرة بتاريخ 2006/03/01.

4 – أنظر: القانون 03/06 ، المؤرخ في 20 /02/ 2006، المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي ، الجريدة الرسمية رقم 12 ،الصادرة بتاريخ2006/03/01.

حيث تنص المادة 14 من القانون المتضمن تنظيم مهنة المحضر "يتعين على المحضر القضائي أن يحرر العقود والسندات ..." وتنص المادة 10 من القانون المتضمن تنظيم مهنة الموثق "يتولى حفظ العقود التي يحررها أو يتسلمها للإيداع ويسهر على تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها قانونا لاسيما تسجيل وإعلان ونشر وشهر العقود في الآجال المحددة قانونا" [1].

3- الشخص المكلف بخدمة عامة

هو كل شخص يقوم بخدمة عامة سواء خضع لقانون الوظـيف العمومي ، أو لم يخضع ، وسواء كان مأجورا أم غير ذلك ، ومثال هؤلاء رؤساء المجالس الشعبية البلدية المنتخبون ، وكذا الخبراء المقبولين الذين تعينهم المحكمة ، وفقا لقانون الإجراءات المدنية والمقيدين ضمن جدول الخبراء المعتمدين قضائيا ، وتعتبر محررات رسمية كذلك الأحكام والقرارات القضائية النهائية ، والحائزة لقوة الشيء المقضى فيه ، والتي يستدعي القانون شهرها في المحافظة العقارية المختصة إقليميا ، وذلك إذا كانت متعلقة بنزاعات عقارية وللمحررات الصادرة من السلطات الأجنبية ، والقنصلية صفة الرسمية بعد ترجمتها إلى اللغة العربية والمصادقة عليها من طرف السلطة المختصة[2].

من خلال ما سبق نستطيع القول أن كل سند ، محـرر سواء من طرف موظف عام ، أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ، تضفى عليه الصبغة الرسمية إذا تم تحرير السند في حدود وسلطة وإختصاص الموظف العام ، أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة ، و هو ما سيتم تناوله في العنصر الموالي .

ثانيا: سلطة وإختصاص الضابط العمومي

جاء في الفقرة الأخيرة من المادة 324 من القانون المدني[3] "... وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته وإختصاصه" فالسند الرسمي المحرر سواء من طرف الموظف العام ، أو الضابط العمومي ، أو الشخص المكلف بخدمة عامة ، لا يكون له الطابع الرسمي ، إلا إذا حرر هذا السند في حدود سلطة واختصاص هؤلاء ، والمقصود بسلطة هؤلاء عند

1 – أنظر:القانون 02/06 ، السابق ذكره .

2 – محمد صبري السعدي ،المرجع السابق ، ص 50-51 .

3 – أنظر : الأمر 58/75 ، السابق ذكره.

تحريرهم للسند الرسمي ، هي الولاية الكاملة لتحرير المحرر بالإضافة إلى تمتعهم بالأهلية اللازمة لتحرير السند وفي حدود الإختصاص الواجب قانونا [1].

ثالثا: مراعاة الأوضاع والأشكال المقررة قانونا في تحرير السند الرسمي: والمقصود بمراعاة الأوضاع والأشكال المقررة قانونا في تحرير السند ، أن السندات الرسمية محررة طبقا لبعض الشكليات التي نص عليها القانون وهذه الشكليات ، هي التي تسمح بتفسير قرينة الرسمية التي تتمتع بها هذه الأوراق ، لأنها تضفى عليها ظاهرا يدل على صحتها ويوحي بالثقة فيها والإطمئنان إليها ، فمثلا الموثق عند تحريره للسند الرسمي يجب عليه التأكد بأن ما طلبه منه المتعاقدين غير مخالف للقانون ، والأنظمة المعمول بها ثم بعدها يتأكد من شخصية المتعاقدين (كطلب شهادة ميلاد، بطاقة التعريف، جواز السفر، أو أي سند آخر له قوة ثبوتية...الخ)، ثم يتأكد من الاسم والحالة والأهلية المدنية للأطراف وصفة كل متعاقد هل هو ممثل بنفسه أو بغيره كالوكيل والوصي...الخ ، وإذا كان يجهل هوية الأطراف ، يتأكد من ذلك بشهادة شاهدين بالغين تحت مسؤوليتهما ، وعليه أن يتأكد من شخصية الشاهدين ، من إسم و لقب وعنوان وصــفة ثم يقوم الموثق بتحرير السند الرسمي ، مراعيا كل البيانات السابقة حتى يكتسب السند الرسمي الصبغة الرسمية ، وهو ما تنص عليه المادة 66 من المرسوم التنفيذي المتعلق بتأسيس السجل العقاري[2].

وكذا الأمر بالنسبة للعقود الإدارية المحررة من طرف مدير أملاك الدولة ، بصفته موثق الدولة ، فإنه ملزم بمراعاة بعض الأشكال التي كثيرا ما يتدخل المشرع لتحديدها بدقة حيث يصدر العقود التي يحررها ، في شكل نماذج محددة بموجب نصوص تنظيمية فالغاية من إشتراط المشرع لكل هذه الأشكال ، هو تمييز السند الرسمي عن غيره من السندات الأخرى ، كالسندات العرفية التي لها مميزات مادية وشكلية خاصة بها ، فالمشرع فرض شروطا وأشكالا قانونية يجب إحترامها في جميع السندات ، سواء كانت سندات توثيقية أو إدارية أو قضائية حتى تضفى عليها الصبغة الرسمية ، ومن ثم فمتى توفرت كل الشروط المتطلبة قانونا ، في تحرير السند الرسمي، من شرط صدور السند عن موظف عام ، أو ضابط عمومي ، أو شخص مكلف بخدمة عامة ، إلى شرط إختصاصهم بتحرير السند ، ثم مراعاة الأوضاع ،

1 – أنظر : محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 49 .

2– أنظر: المرسوم التنفيذي 76–63، السابق ذكره .

والأشكال المتطلبة قانونا ، في تحرير السند، فإن السندات تعتبر صحيحة ومنتجة لجميع آثاره ، وإذا وقع إخلال بأحد هذه الشروط ، فإن المحرر يصبح باطلا ، إلا أنه ينبغي التمييز في هذا المقام بين ما إذا كان المشرع يستوجب الرســـــمية لمجرد الإثبات ، أم يجعلها ضرورية لوجود التصرف القانوني أصلا ، أي ركنا للانعقاد ، وإن كان المشرع يجعل من الرسمية مجرد وسيلة للإثبات فإن إختلال أحد الشروط السابقة لا يؤدي إلى بطلان التصرف القانوني في حد ذاته ، بل يبقى قائما ويمكن إثباته بكافة وسائل الإثبات الأخرى ، حسب الأوضاع المقررة قانونا في المادة 333 قانون مدني ، لكل السند الذي تنزع منه صفة الرسمية وهذا ما يؤدي بالضرورة إلى حرمان صاحب السند من الاستفادة من الضمانات التي يكفلها له ذلك السند العرفي ، ما دام كان موقعا من طرف ذوي الشأن ، سواء كان البطلان ناتجا عن عدم أهلية محرره أو عدم مراعاة الأوضاع الجوهرية ، وهو ما تنص عليه المادة 326 مكرر 02 قانون مدني "يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة ، أو أهلية الضابط العمومي ، أو إنعدام الشكل كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف"[1].

الفرع الثاني: حجية السند الرسمي

إن العقد الذي له الشكل الرسمي في مظهره الخارجي ، يعد سندا رسميا وله الحجية الكاملة للإثبات ، إلى أن يثبت العكس والأصل أنه إذا توافرت في السند الرسمي الشروط السالفة الذكر ، وكان مظهره الخارجي دال على رسميته ، قامت قرينة على سلامته ، وعلى صدوره ممن وقعوه فلا يلزم ممن يتمسك به ، أن يقيم الدليل على صحته ، ويكون الخصم الذي يدعي العكس ، أن يثبت إدعاءه عن طريق الطعن بالتزوير ، وإذا تبين من خلال المظهر الخارجي للعقد الرسمي أنه يحتوي على محو ، أو غير ذلك ، جاز لمحكمة الموضوع أن تحكم من تلقاء نفسها بأن تجرده من قيمته ، أو تنقصها كما يجوز للمحكمة أن تقوم بإستدعاء الموظف الذي صدر عنه العقد لتوضيح الأمر، فللسندات الرسمية حجية سواء بين أطراف العقد أو بالنسبة للغير[2].

أولا: حجية السندات الرسمية بين المتعاقدين

---

1 – محمد صبري السعدي ،المرجع السابق ، ص 35 .

2 – صنوبر أحمد رضا ، المرجع السابق ، ص36 .

يعتبر ما ورد في السند الرسمي حجة بين أطراف العقد ، حيث تنص المادة 324 مكرر 07 من القانون المدني على أن "يعتبر العقد الرسمي حجة بين الأطراف ، حتى ولو لم يعبر فيه إلا ببيانات على سبيل الإشارة ، شريطة أن يكون لذلك علاقة مباشرة مع الإجراء، ولا يمكن إستعمال البيانات التي ليست لها صلة بالإجراء ، سوى كبداية للثبوت" فمن خلال نص المادة ، نستخلص أن السند الرسمي حجة على الأطراف المتعاقدة وهو نفس الحكم الذي جاءت به المادة 14 من الأمر المتضمن قانون التوثيق[1] ، فهي نقلت تقريبا حرفيا إلى المادة 324 مكرر 05 [2] ، إلا أنــه تم إستبدال مصطلح العقود الموثقة ، بمصطلح العقود الرسمية ، وهو مصطلح شامل يشمل جميع المحررات ، أو السندات الرسمية ، وعلى هذا يمكن القول بأن الورقة الرسمية ، تعتبر حجة على الناس كافة ما لم يطعن فيها بالتزوير[3].

وبالرغم من الحجية التي يعطيها القانون للعقد الرسمي، فإن ذلك لا يمنع القاضي من أن يقوم بتفسيره ، ولا يعتبر تفسيره مساس بتلك الحجية ، التي أضفاها القانون على السند الرسمي، لأن القاضي يحاول أن يبحث عن نية المتعاقدين ، وعن محتوى الإتفاق المبرم بينهما، وهذا دائما في إطار الحفاظ على الحقوق والإلتزامات ما بين المتعاقدين ، إذا وجد هناك أي غموض أو لبس في عبارات السند الرسمي[4].

ثانيا: حجية السند الرسمي بالنسبة للغير

إن السندات الرسمية الواجبة الشهر لا تكون حجيتها ثابتة على الغير ، إلا من تاريخ شهرها بالمحافظة العقارية ، حيث تنص المادة 15 من الأمر المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري "كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما ، في مجموعة البطاقات العقارية ، غير أن نقل الملكيـــة عن طريق الوفاة ، يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية" ، وتنص المادة 16 من الأمر المتضــمن إعداد مسح الأراضي العام ، وتأسيس السجل العقاري ، على أن "كل العقود الإدارية والإتفاقات التي ترمي إلى إنشاء ، أو نقل أو تصريح ، أو تعديل أو

1 – أنظر: الأمر 91/70، السابق ذكره .

2 – أنظر: الأمر 58/75، السابق ذكره .

3 – صنوبر أحمد رضا ، المرجع السابق ، ص36 .

4 – صنوبر أحمد رضا ، المرجع نفسه ، ص37 .

إنقضاء ، حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف ، إلا من تاريخ نشرهما في مجموعة البطاقات العقارية"[1].

يستخلص مما سبق أن نقل الملكية العقارية في القانون الجزائري لا يتم قانونا إلا بعد إتخاذ إجراءات التسجيل ، والشهر العقاري على مستوى المحافظة العقارية ، والغرض الأساسي من الشهر ، هو إعلام الغير بجميع التصرفات الواردة على العقار، وتكون حجة عليهم ابتداء من تاريخ نشرها بالمحافظة العقارية ، فجميع السندات التوثيقية ، والإدارية الحاملة لمعاملات عقارية فجميعها ، يجب أن يتم شهرها بالمحافظة العقارية ، حتى ترتب جميع آثارها القانونية ، وتكون لها الحجية الكاملة على الغير، ويلحق بهذه السندات الواجبة الشهر ، الأحكام ، والقرارات النهائية الصادرة عن الجهات القضائية باعتبارها سندات قضائية ، يجب أن تشهر على مستوى المحافظة العقارية، حيث تنص المادة 14 في الفقرة الثانية من الأمر 74/75على أن " تلتزم بالإشارة من أجل مسك مجموعة البطاقات العقارية ، إلى ما يلي" جميع العقود والقرارات القضائية اللاحقة للإجراء الأول ، الذي كان موضوع تأسيس لمجموعة البطاقات العقارية، والخاضعة للإشهار العقاري بمقتضى التشريع الجاري به العمل"[2] كما تنص المادة 38 من المرسوم رقم 76/ 63 التي تنص على "كل إشهار لعقود أو قرارات قضائية ، تتضمن إنشاء ، أو تعديل ، أو إنهاء ، إرتفاقات ، أو حقوقا مشتركة ، يجب أن تكون موضوع تأشير على بطاقة كل عقار"[3]، فإستنادا إلى نص المادة 14الفقرة الثانية من الأمر 74/75 والمادة 38 من المرسوم 63/76 تكون جميع القرارات ، والأحكام القضائية الصادرة عن مختلف الجهات القضائية، سواء كانت عادية أو إدارية والتي تكرس حقوقا عينية عقارية ، أو تعديل ، أو تغير ، أو تزيل ، هذه الحقوق ، أو تكشف عنها ، فإنه يجب شهرها بإعتبار أن الأحكام والقرارات القضائية ، هي سندات قضائية حتى يتم الإحتجاج بها على الغير، ومن الأمثلة على الأحكام القضائية الواجبة الشهر الحكم القاضي بقسمة المال المشاع والحكم الذي يصرح بالشغور وإلحاق التركة بأملاك الدولة الخاصة ، والحكم

1 – صنوبر أحمد رضا ، المرجع نفسه ، ص39 .

2 – أنظر : الأمر : 74/75 ، السابق ذكره .

2 – أنظر: المرسوم التنفيذي 63/76، السابق ذكره .

برسو المزاد والحكم الصادر بتثبيت حق الشفعة ، فكل هذه الأحكام أوجب المشرع الجزائري شهرها ، بموجب نصوص قانونية صريحة وواضحة، هذا وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري أوجب شهر عريضة الدعوى العقارية حيث تنص المادة 85 من المرسوم التنفيذي 63/76 السالف الذكر " أن دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ ، أو إبطال ، أو إلغاء ، أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها، لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها مسبقا ، طبقا للمادة 04/14 من الأمر المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري ، وإذا تم إثبات هذا الإشهار بموجب شهادة من المحافظ ، أو تقديم نسخة من الطلب الموجود عليه تأشير الإشهار فالهدف من شهر عريضة الدعوى العقارية ، هو إعلام الكافة بأن العقار محل منازعة أمام القضاء ، فالمسألة تصبح حتما من النظام العام حفاظا على حقوق الغير ، الذي قد يتعامل مع صاحب العقار موضوع النزاع ، وقد حددت هذه المادة الدعاوى الواجب شهرها ، وهي دعاوى الفسخ ، والإبطال والإلغاء ، والنقض ، وهو ما يجعلنا نفهم من نص المادة ، بأن هذا التحديد جاء على سبيل الحصر ، لا على سبيل المثال ، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا ، في العديد من قراراتها التي تؤكد بأن هذه الدعاوى جاءت على سبيل الحصر ، وهي الواجبة الشهر دون غيرها، غير أن هذه الدعاوى يجب أن تكون منصبة ، على حقوق عينية عقارية مشهرة، أما إذا لم تكن هذه الحقوق كذلك ، فالأصل أن الدعوى العقارية ، لا تسمع أصلا من طرف الجهة القضائية ، ولا يتصور إخضاعها إلى الإشهار بالمحافظة العقارية ، طالما أن الحق العيني الذي تتمحور عليه الخصومة القضائية ، غير مشهر ومن ثم فهو غير موجود أصلا ، على مستوى المحافظة العقارية ، وإن كان هذا الحق موجود فعلا [1].

المطلب الثاني :تسجيل التصرفات العقارية

إن التسجيل وإن كان الهدف منه الأساسي جبائيا ، إلا أنه يسهم في تثبيت التاريخ وعليه فإن في المنازعة المتعلقة بإبطال التصرفات ، الصادرة من المريض مرض الموت ، يصبح تاريخ التصرف أهمية كبيرة فمن خلاله يثبت أن التصرف وقع في نفس الفترة الذي كان يعاني فيها المريض مرض الموت ، وعليه سوف يتم دراسة هذا المطلب في جانبين

1 – صنوبر أحمد رضا ، المرجع السابق ، ص40 .

الفرع الأول تعريف التسجيل أما في الفرع الثاني حجية التسجيل في الإثبات [1].

الفرع الأول: تعريف التسجيل

يعرف التسجيل على أنه الإجراء الذي يقوم به الموظف العمومي ، طبقا لإجراءات مختلفة تهدف إلى تحليل التصرف القانوني وإظهاره في دفاتر مختلفة ، وحسب هذه التحاليل يمـكن تحصيل الضريبة [2] ، فهو إجراء يقع على عاتق الموثق ، الذي يقوم بتحرير العقد الرسمي ، الوارد على عقار سواء صادرا عن شخص مريض مرض الموت ، أو من الأصحاء ، من أجل تسجيل ذلك العقد لدى مصلحة التسجيل والطابع ، لتحصيل الدولة للجانب الضريبي ، لأنّ التسجيل الهدف منه فرض الضرائب المباشرة على العقارات ، ولا يتأثر ذلك بأن كان التصرف موقوفا على الإقرار ، أو كان قابلا للإبطال ، لأن تحصيل رسوم التسجيل يكون فوريا ومباشر ، وبذلك فإنه من بين المهام العديدة المسندة للموثق تكليفه بتحصيل الحقوق والرسوم القانونية والضرائب المفروضة على المتعاقدين ، لحساب الخزينة ، وهو بهذه الصفة يتميز عن غيره من أصحاب المهن الحرة ، حيث يعتبر بحق وسيطا للخزينة ، بما يلعبه من دور حيوي في جلب موارد إضافية إلى الخزينة ، من جراء التصرفات التي يجريها الأفراد، والتي يضفي عليها الموثق الصبغة الرسمية ، والخاضعة لرسوم مختلفة من تسجيل وإشهار ورسوم وطوابع جبائية والقيمة المضافة وغيرها، هذا فضلا عن إيداع أموال الزبائن ، المودعة لديه في حساب المكتب المفتوح بالخزينة ، والناتجة عن المعاملات العقارية ، فإنه يقع على عاتق الراغب في إمتلاك العقار، نفقات عدة تتمثل أساسا في نفقات التسجيل والطابع وكذا رسوم الشهر العقاري [3].

وأهمية التسجيل في مرض الموت أنه يمكن من إثبات تاريخ التصرف ، ليكون حجة على الورثة ، ويتم تسجيل التصرفات التي تمت خارج الوطن لكي يتم تنفيذها على الأموال الموجودة في الجزائر ، لدى مصلحة التسجيل التابعة لمحل سكن المتصرف ، وإذا كانت موضوع التصرف عقارا فإنها تسجل في المكتب التابع لمكان العقار المتصرف فيه [4].

الفرع الثاني :حجية التسجيل في الإثبات

1 – صنوبر أحمد رضا ، المرجع نفسه ، ص127 .

2 – فاروق بكداش ، دروس في مادة التسجيل ، المدرسة الوطنية للضرائب، دط ، القليعة ، د ت ن ، ص1 .

3 – صنوبر أحمد رضا ، المرجع السابق ، ص130.

4 – صنوبر أحمد رضا ، المرجع نفسه ، ص142 .

إنّ نظام التسجيل هو نظام لا يمنح الحجية الكاملة للمحرر المسجل، فهو لا يصحح العقود الباطلة ، أو يكمّل العقود الناقصة بل تتم إجراءاته بناء على طلب أصحاب الشأن ، أو من يقوم مقامهم على ضوء البيانات الواردة في هذا الأمر، وتسجيل التصرف على هذا الوضع لا يعدّ دليلا قاطعا على ملكية المتصرف إليه للغير، تنص المادة 58 من قانون التسجيل:" يجب أن تسجل عقود الموثقين في أجل شهر ابتداء من تاريخها بإستثناء الحالة المنصوص عليها في المادة 64 أعلاه" وبذلك حددت المادة 58 آجالا يجب إحترامها من طرف الموثق المسندة إليه مهمة تسجيل العقود ، التي يبرمها لدى مصلحة التسجيل والطابع التابع لها مكتب التوثيق إقليميا ، خلال أجل شهر ابتداء من تاريخها، وتبعا لذلك فإنّ نفس القانون ينص على أنه في حالة التأخير في التسجيل ، يتعرض الموثق لعقوبات جبائية نص عليها قانون التسجيل ، وأضافت المادة 93 من نفس القانون أنه:" على الموثقين الذين لم يسجلوا عقودهم في الآجال المحددة تطبق عليهم العقوبات التأديبية من قبل السلطة المختصة التي يتبعونها ، دون المساس بتطبيق العقوبات الأخرى المنصوص عليها في القوانين والأنظمة السارية المفعول عند الاقتضاء"[1] ، وتعرُّض الموثق لعقوبات تأديبية في حالة التأخير ليس من شأنه أن يؤثر على الصيغة الرسمية للعقد المبرم والمتضمن التصرف الوارد على العقار، أمّا دفع الرسوم فيثبت بوضع ختم يحمل عبارة" رسم الطابع المحصل لصالح الخزينة" على العقود والسندات والأحكام .

أولا : حجية التسجيل في التصرف في عقار بعوض

1 – عقد البيع : ان البيع المنصب على عقار لا تنقل ملكيته إلى المشتري الا بعد إحترام الإجراءات الشكلية طبقا لنص المادة 793 من القانون المدني الجزائري[2] ، وعليه يقدم لمفتشية التسجيل والطابع لتسجيله ، ويلتزم مفتش التسجيل والطابع ، بعد إيداع العقود أو الأحكام المتعلقة بالبيع العقاري بعملية التسجيل ، بعد تفحص معلومات العقد والوثائق المرفقة معه فيقوم بتحليل العقد من أجل استيفاء حقوق التسجيل [3] .

1- أنظر : الأمر رقم 76-105، المؤرخ في 1976/12/09، المتضمن قانون التسجيل ، الجريـــــــدة الرسمية رقم81 ،الصادرة بتاريخ 1977/12/18 .

2 – أنظر: الأمر 58/75 ، السابق ذكره .

3 – صنوبر أحمد رضا ، المرجع السابق ، ص144 .

2 – عقد المقايضة : إن المقايضة المنصبة على عقار تكون في حالتين :

2-1 : مبادلة عقار بعقار : مبادلـة عقار بقيمة متساوية يخضع لرسم محدد ، بموجب المادة 226 من قانون التسجيل ، ويحصل هذا الرسم على قيمة حصة واحدة ، ويستطيع مفتش التسجيل تقدير الحصتين المتبادلتين حسب إجراءات محدد قانونا ، أما مبادلة عقارات بقيمة غير متساوية ، فيقوم هنا مفتش التسجيل ، بإعتبارها مبادلة في حدود الحصة الأقل قيمة كبيع ، وفي حدود الحصتين المتبادلتين ، ويطبق رسم البيع فيما يخص قيمة الفرق بين الحصتين

2-2 : مبادلة عقار بمنقول : إن مبادلة عقار بمنقول ، وفقا لقانون التسجيل يعتبر بيعا في هذه الحالة يمكن إعتبار العقار هو المال موضوع البيع ، والمنقول ثمنا له وإذا كانت قيمة العقار تفوق قيمة المنقول ، يمكن إعتبارها أساسا لتحديد قيمة الرسم على نقل ملكية العقار لقاء عوض [1].

ثانيا : حجية التسجيل في التصرف في عقار بالتبرع

يلتزم المتصرف لهم ، بالتبرع بتصريح مفصل عن التركة ، التي بقيت بعد موت المورث المريض مرض الموت ، ويستوفي مفتش التسجيل الحقوق ، على أساس ذلك التصريح ، ولمفتش التسجيل الحق في المطالبة بحقوق نقل الملكية ، وفقا لنص المادة 171 مكرر من قانون التسجيل[2]، في حالة عدم التصريح من طرف رؤساء المجالس الشعبية البلدية بواسطة كشف إرسال محرر في نسختين ، أما إذا كان التصرف هبة ، وهو تنازل الواهب حالا عن الشيء الموهوب لفائدة الموهوب له ، الذي يقبله فإنها تخضع لنفس إجراءات التسجيل المعمول بها في إرساء نقل الملكية عن طريق الوفاة [3].

المطلب الثالث : شهر التصرفات العقارية

من أهم الأهداف التي ترمي إليها التشريعات ، والقوانين تأمين إستقرار المعاملات العقارية والإئتمان العقاري ، ومنع إنكار الحقوق العقارية وجحودها سواءا كانت صادرة عن مريض الموت أو عن الأصحاء ، ولا يمكن بلوغ هذا الهدف ، إلا بخلق نظام عقاري في

1 – صنوبر أحمد رضا ، المرجع السابق ، ص145 .

2 – أنظر: الأمر رقم 76-105، السابق ذكره .

3 – صنوبر أحمد رضا ، المرجع السابق ، ص149 .

المجتمع ، يجعل التصرفات العقارية التي تنصب على العقار ، تتم بصورة علنية بحيث لايمكن إنكارها فيما بعد ، وبالتالي شعور أصحاب هذه الحقوق ، بأن أموالهم محفوظة ولا يمكن للغير أن يستولي عليها بغير طريق القانون [1]، ولقد كان نظام الشهر المطبق في الجزائر ، غير ملائم ، ولحقت به الكثير من العيوب ، فهو يقوم على شهر التصرفات العقارية وفقا للأسماء الشخصية للمتصرفين ، دون النظر إلى العقار محل التصرف ، وهو ما يسمى بنظام الشهر الشخصي ، الذي لا يعطي ضمانا بثبوت الحق المتصرف فيه بصفة نهائية للمتصرف إليه ، وهو ما أدى إلى هجره و الإبتعاد عنه ، ولتفادي عيوب نظام الشهر الشخصي ، تبنى المشرع الجزائري نظام الشهر العيني ، هذا الأخير الذي يحتاج إلى وسيلة مادية وهي المسح العقاري الذي يحدد النطاق الطبيعي للعقارات ، ويكون أساسا ماديا لتأسيس السجل العقاري ، الذي يحدد الوضعية القانونية والمادية للعقارات ، فنظام الشهر العيني مرتبط أساسا بإنشاء السجل العيني ، هذا الأخير الذي يشكل ضمانا لإستقرار الملكية العقارية ، كما يمكن الغير من الإطلاع على كافة المعاملات العقارية ، الواردة على العقار ، ومعرفة ما للعقار من حقوق وما عليه من واجبات ، فنظام الشهر العيني لا يتم الشهر فيه بحسب أسماء الملاك ، وإنما يعتمد على العقار ، حيث تخصص لكل عقار بطاقة خاصة به ، تسمح بالإطلاع والتعرف عليه ، فالشهر العقاري يشكل تدعيما وحماية للملكية العقارية ، ويحقق فكرة الإئتمان العقاري، فهو يمكن كل من يريد التصرف في عقار أو التعامل فيه ، أن يعلم ما يثقل هذا العقار من أعباء وحقوق ، ولتحقيق هذا الهدف ، كان من الضروري التأكد من أن كل المعلومات التي تتضمنها السندات العقارية ، الخاضعة للشهر العقاري ، هي معلومات صحيحة ، وسليمة تعكس حقيقة التصرف وأطرافه ، وقد قرر المشرع الجزائري قواعد قانونية تنظم عملية الشهر العقاري ، ألزم بمراعاتها والتأكد منها في كل السندات العقارية المودعة للشهر على مستوى المحافظة العقارية [2].

وقد أسند ذلك إلى المحافظ العقاري ، بإعتباره القائم على أعمال المحافظة العقارية ، حيث خول له القانون ، التأكد من توافر القواعد المقررة لعملية الشهر العقاري، وهما قاعدتا

1 – صنوبر أحمد رضا ، المرجع نفسه ، ص 159 .

2 – صنوبر أحمد رضا ، المرجع نفسه ، ص 166 .

الرسمية والشهر المسبق ، فكل السندات العقارية الخاضعة للشهر العقاري ، لابد أن تضفى عليها الصبغة الرسمية ، ولابد من مراعاة توافر قاعدة الشهر المسبق لكل سند مودع للشهر، ونظرا لأهمية حق الملكية العقارية ، ولكي تكون لها القوة في مواجهة الكافة لابد أن يعلم الغير بكافة التصرفات والحقوق التي ترد عليها، ذلك أن نقل الملكية العقارية بمجرد التعاقد لا يحقق هذا العلم، بل من الممكن أن تترتب عليها أضرارا بليغة ، تلحق بالمتعامل في العقار والغير على حد سواء، لأنه قد يتم التعامل بشأن عقار مع شخص على أساس أنه مالكه ، في حين أنه نقل ملكيته إلى غيره، وهو ما يهدد حق الملكية العقارية ، التي تعتبر حقا مقدسا ، ويؤدي إلى ضياع الحقوق، ومن ثم يهدد فكرة الإئتمان العقاري ، ومن ثم فالمشرع لم يكتفي بقاعدة الرسمية فقط ، بل قرر قاعدة قانونية أخرى ، لا تقل أهمية عن الأولى وهي قاعدة الشهر المسبق لكل سند إستوفى الرسمية، وهذا كله من أجل حماية حق الملكية العقارية ، وضمان إستمراريتها وتسلسلها، فلابد من توافر قاعدة الرسمية والشهر المسبق في كل سند مودع للشهر فلا يمكن شهر سند ، لم يستوفي قاعدة الرسمية ولا يمكن شهر سند إستوفى الرسمية ، ولم يكن له أصل ثابت في السجل العـــقاري، أو لم يكن قد تم شهره مسبقا[1].

الفرع الأول : نظام الشهر الشخصي:

يمكن معرفة نظام الشهر الشخصي ، من العبارة نفسها التي تفيد بأن الشخص محل إعتبار في شهر التصرفات العقارية ، وذلك أن المقوم الرئيسي ، لهذا النظام هو شهر التصرفات الواردة على العقارات ، وفق الأسماء الشخصية للمتصرفين ، و لمعرفة الوضعية القانونية لعقار ما، ينبـغي تعيين أو تشخيص المالـك بالضبط ، وبالتالي لا يمكننا معرفة الوضعية القانونية لعقار ، ما إذا لم نعرف مالكه ، ويتم ذلك بسجل يمسك حسب الترتيب الأبجدي ، لأسماء كل الأشخاص القائمين بمختلف التصرفات العقارية ، كما يتم وضع سجل آخر يمسك على أساس الترتيب الزمني لتقديم التصرفات إلى المكلف بالشهر[2].

هذا ويلاحظ أن السجل الذي يمسك على أساس أسماء الأشخاص ، ترتب فيه التصرفات العقارية ، حسب الحروف الأبجدية لأسماء المتصرفين ، حيث يخصص لكل

1 – صنوبر أحمد رضا ، المرجع نفسه ، ص 167 .

2– مجيد خلوفي ، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري ،الطبعة الثالثة ، دار هومة ، الجزائر،2011 ، ص 14 .

حرف من الحروف الهجائية ، صفحة أو عدة صفحات من السجل، وذلك حسب أسبقية الإســـم ، من حيث الشيوع أو الندرة ، فإن كان إ سم المتصرف نادرًا ، فيمكن أن تخصص له صفحة واحدة فقط[1].

و هو يتميز إن الأساس والمحور الذي يرتكز عليه هذا النظام ، هو أسماء الأشخاص الذين تصدر عنهم التصرفات العقارية[2] ، وكذلك ليس له ، أية قوة ثبوت ذلك إن التصرفات التي يتم شهرها في هذا النظام ، لا تخضع للتدقيق والبحث عن مدى صحتها ، بل تشهر كما هي، فإن كانت باطلة ، أو قابلة للإبطال ، أو للفسخ ظلت كذلك حتى بعد شهرها، مما يعطي الحق لكل ذي مصلحة الطعن فيها ، رغم شهرها بالإبطال أو الفسخ ، وبالتالي فإن عملية الشهر في هذا النظام لا تطهر عيوب التصرف ، ويبقى حق المتصرف إليه مهددًا بدعاوى الإبطال والفسخ، وهذا ما يجعل من عملية الشـــــهر ، في ظل نظام الشهر الشخصي ، مجرد وسيلة للإشهار والعلانية ، وليست سببًا لنشوء الحقوق العينية ، وإنتقالها وعلى هذا الأساس يسمى نظام الشهر الشخصي ، بنظام تسجيل العقود وتسجل التصرفات كما هي، دون إعارة أدنى إهتمام لصحة التصرف ، أو عدم صحته، ويلاحظ أن غالبية الدول اللاتينية تأخذ بهذا النظام[3].

الفرع الثاني: نظام الشهر العيني

ظهر نظام الشهر العيني أو السجل العيني[4]، نتيجة الإنتقادات التي وجهت لنظام الشهر الشخصي ، و عملية الشهر وفقًا لهذا النظام ، لا تتم على أساس أسماء الأشخاص الصادرة عنهم التصرفات ، بل على أساس العقارات المتصرف فيها[5]، فلكل عقار في هذا النظام بطاقة خاصة ضمن السجل العقاري ، يسجل فيها كل ما يقع على هذا العقار من تصرفات ،

1- إبراهيم أبو النجا، ، السجل العيني في التشريع المصري، د ط ، دار الفكر العربي، مصر، 1978،، ص 27.

2- ياسين غانم، القضاء العقاري، الطبعة الثانية، مطبعة كرم، سوريا، 1994، ص 21.

3- محمود العنابي، قانون التسجيل العقاري التونسي علما وعملا، د ط ، معهد البحوث والدراسات العربية، مطـــبعة الجيلاوي، مصر، 1973، ص 22.

4- جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري،د ط ، دار الخلدونية، الجزائر، 2006، ص 23.

5- خالد رمول، المحافظة العقارية كآلية للحفظ العقاري في التشريع الجزائري، د ط ، قصر الكـــــتاب، البليدة، الجزائر، 2001، ص 21.

كما تحوي كذلك الوصف المادي لهذا العقار فتحدد مساحته وموقعه[1].

يتميز هذا النظام بأن جميع الحقوق العينية أصلية أو تبعية كانت لا تكتسب فيه إلا بالشـــهر، وأي بيان مثبت في السجل العقاري ، يعتبر هو الحقيقة المطلقة ، لأن من شأن هذا النظام تطهير جميع العيوب التي قد تلحق بالتصرف ، يتميز نظام الشهر العيني أو نظام السجل العقاري ، بجملة من الخصائص أو المبادئ جعلته يحقق بواسطتها، الهدف المرجو من الشهر العقاري ، وتتمثل هذه المبادئ في:

أولا ـ مبدأ التخصيص: مفاده هو أن يخصص لكل وحدة عقارية ، بطاقة عقارية في السجل العقاري ، تقيد فيها كل التصرفات الواردة على العقار ، كما يحدد وصفه من الناحية المادية[2]، وللتعرف على الحالة القانونية ، والمادية للعقار يكفي الاطلاع على البطاقة العقارية المخصصة له ، ومجموعة هذه البطاقات تكون ما يعرف بالسجل العيني ، الذي إستمد منه نظام الشهر العيني تسميته[3].

ثانيا ـ مبدأ قوة الثبوت المطلقة: يسمى عند البعض بمبدأ الشهر[4]، ومفاده أن شهر التصرفات في ظل نظام الشهر العيني ، تعتبر قرينة قاطعة على ملكية الحق العيني، وذلك لأنه يطهر التصرفات من كل العيوب ، مهما كان مصدرها، وعليه فإن كل حق عيني تم شهره في ظل هذا النظام ، يعتبر حجة في مواجهة الكافة.

وبالتالي فإن هذا المبدأ يمثل الفكرة الأساسية الفاصلة بين نظام الشهر العيني ونظام الشهر الشخصي[5].

ثالثا ـ مبدأ الشرعية: يطلق عليه كذلك تسمية مبدأ المراقبة المسبقة[6]، ومفاده أن يحقق يحقق المكلف بالشهر في كل التصـرفات ، بدقة وإمعان من حيث توفر كل الأركان ، والشروط المطلوبة لصحة التصرف ، بحيث لا يشهر في السجل العقاري ، إلا الحقوق

1-عباس عبد الحليم حجر، شهر التصرفات العقارية، الطبعة الثانية، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، 1989، ص 10.

2- محمود العنابي، المرجع السابق، ص 10.

3- خالد رمول، المرجع السابق، ص 22.

4- إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 17.

5- جمال بوشنافة، المرجع السابق، ص 31.

6- محمود العنابي، المرجع السابق، ص 10.

المشروعة فعلًا.

رابعا ـ مبدأ القيد المطلق: يقصد به أن الشهر هو مصدر كل الحقوق العينية العقارية أصلية كانت أم عينية، فبدونه لا تنشأ هذه الحقوق ولا تنتقل ولا تزول، بالنسبة لأطراف التصرف ولا بالنسبة للغير والعكس صحيح[1].

خامسا ـ مبدأ عدم اكتساب الحقوق المشهرة بالتقادم: إذا كان التقادم وسيلة أو سبب من أسباب إكتساب الملكية وإنتقالها ، فإنه لا يكون كذلك في كسب الملكية العقارية في ظل نظام الشهر العيني، لأنه يتعارض مع مبدأ القيد المطلق ومبدأ قوة الثبوت المطلقة، وذلك لأن من ثبت اسمه في السجل العقاري كمالك للعقار يصبح في مأمن من التقادم[2].

ملخص الفصل الأول :

إقتصر المشرع في التقنين المدني ، على بيان أحكام البيع في مرض الموت ، دون أن يبين المقصود بهذا المرض وشروط تحققه ، فمرض الموت ، هو المرض الذي يغلب فيه الموت ، ويعجز الشخص عن القيام بمصالحه ، و يتصل به الموت فعلا ، ولو كان المريض قد توفي لسبب آخر .

ومنه يستنتج أن مرض الموت يتحقق عندما يقعد المريض عن مصالحه ، ويقصد بها المصالح العادية والمألوفة التي يستطيع الأصحاء عادة مباشرتها ، و لابد أن يغلب في المرض خوف الموت ، أي أن يكون مرضا خطيرا من الأمـــراض التي تنتهي عادة بالموت ، أو أن المرض بدأ بسيطا ثم تطور حتى أصبحت حالة المريض سيئة ، يخشى فيها غلبة الموت ، وأخيرا أن ينتهي المرض بالموت ، فإن تصرف الشخص بماله أثناء مرضه وتوفي بفعل المرض ، فإن تصرفه وقع في مرض الموت ، وإذا شفي المريض ، أعتبر تصرفه لم يقع في مرض الموت ، سواء أكانت الوفاة من هذا المرض ، أم لسبب آخر خارجي عن المرض .

ولقد ألحق المشرع الجزائري في المادة 204 من قانون الأسـرة ، الأمراض المخيفة

1- إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 46- 47.

2- معوض عبد التواب، الشهر العقاري والتوثيق علما وعملا، د ط ، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1986، ص
84- 85.

بمرض الموت ، التي جاء في نصها " الهبة في مرض الموت ، والأمراض والحالات المخيفة ، تعتبر وصية " .

فللطعن في تصرفات المريض مرض الموت ، يجب إثبات وجود المرض ، و المحكمة تقدر بحسب ظروف كل دعوى ، ما إذا كان المرض مرض الموت أم لا و المكلف بإثبات المرض هو الوارث ، الذي يدعي حصول التصرف في مرض الموت ، و يطلب البطلان لأنه مدعي ، وينتقل عبء الإثبات للمتصرف له ، بإثبات أن التصرف تم بعوض مساوي للقيمة الحقيقية ، ولهم سلوك الإثبات بجميع طرق الإثبات القانونية فمرض الموت واقعة مادية و يجوز إثباتها بكافة الطرق القانونية ، والتصرف الصادر من مرض الموت في الملكية العقارية ، تحكمه القواعد الخاصة بالتصرفات العقارية ، بحيث لا يمكن أن تكون

في شكل عرفي ، لأنها باطلة ، فالتصرف المنصب على عقار لا تتنقل ملكيته إلى المتصرف له ، إلا بعد إحترام الإجراءات الشكلية طبقا لنص المادة 793 من القانون المدني الجزائري ، ولإستقرار المعاملات العقارية والإئتمان العقاري ، ومنع إنكار الحقوق العقارية وجحودها ، سواءا كانت صادرة عن مريض الموت ، أو عن الأصحاء ، يتم بخلق نظام عقاري في المجتمع ، يجعل التصرفات العقارية التي تنصب على العقار، تكون بصورة علنية بحيث لايمكن إنكارها فيما بعد ، وبالتالي شعور أصحاب هذه الحقوق بأن أموالهم محفوظة ، ولا يمكن للغير أن يستولي عليها بغير طريق القانون.

الفصل الثاني:

أحكام تصرفات المريض مرض الموت في الملكية العقارية

المبحث الأول : التصرف بعوض للملكية العقارية لمريض الموت

المبحث الثاني : التصرف بالتبرع في الملكية العقارية لمريض الموت

تمهيـد :

الأصل أن أي شخص يمكن أن يتصرف في جمـــيع أمواله لمن يريد ، والتصرف في الملكية العقاريـــــة نوعان ، تصرف بعوض ، أو على سبيل التبرع ولقد أورد المشرع الجزائري الحكم العام الذي يحكم تصرفات المريض مرض الموت في المادة 776 من القانون المدني ، التي تنص على أن " كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع ، يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت ، و تسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف"[1].

و على ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ، و لهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، و لا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا . فإذا أثبت الورثة أن التصرف صـــــدر عن مورثهم في مرض الموت ، أعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ، مالم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك ، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة مخالفة ".

يتضح من نص المادة أنها تتضمن قاعدتين ، الأولى موضوعـــية واردة في الفقرة الأولى ، والثانية قاعدة إثبات واردة في الفقرتين الثانية و الثالثة .

فأما قاعدة الإثبات فقد سبق بيانها من خلال ماسبق ، أما القاعدة الموضوعية الواردة بالفقرة الأولى من المادة 776 قانون مدني ، يستنتج منها أن التصرف الصادر من المورث في مرض الموت بيعا كان أم غيره مقصودا به التبرع ، فإن القانون يعتبره وصية مستترة و تسري عليه أحكام الوصية و بذلك يجب حماية الورثة والدائنين ، و بناءا على ذلك ، فإن هذا التبرع لا ينفذ في حقهم إلا في حدود الثلث المتبقي من التركة ، بعد إخراج الديون إذا كانت لغـــــير وارث ، أما إذا كانت لوارث فإنها تتوقف كلها على إقرار الورثة و هذا هو حكم الوصية .

و هذا هو الحكم العام في تصرفات المريض مرض الموت سواءا كان التصرف بيعا أم غيره ، و قد نص المشرع فضلا عن ذلك ، على أحكام بيع المريض مرض الموت في المادتين 408 و 409 من القانون المدني ، كما خص قانون الأسرة تصرفا آخر من

1 – أنظر: الأمر 58/75 ، السابق ذكره .

التصرفات القانونية التبرعية ، و هي الهبة بنصه في المادة 204 على أن" الهبة في مرض الموت ، و الأمراض و الحالات المخيفة تعتبر وصية "[1].

كما نص أيضا على ذلك في حالة الوقف في المادة 215 ، لذا سنتطرق في فصلنا هذا إلى تصرفات المريض مرض الموت في القانون الجزائري كما يلي :

المبحث الأول : التصرف بعوض في الملكية العقارية لمريض الموت .

المبحث الثاني : التصرفات بالتبرع في الملكية العقارية لمريض الموت .

1 – أنظر: القانون 11/84 ، السابق ذكره .

المبحث الأول : التصرف بعوض في الملكية العقارية لمريض الموت

العقود التبرعية هي العقود التي يلتزم بها المتعاقدين ، بتسليم شيء مقابل شيء ، وكمثال على ذلك عقد البيع ، حيث يقوم بموجبه البائع بنقل ملكيةعقار (مبني أو غير مبني) إلى المشتري ، مقابل ثمن نقدي يدفع نصفه لدى الموثق ، وكذلك المبادلة فهي من التصرفات بعوض ، و تأسيسا لنص المادة 415 من القانون المدني فإن أحكام البيع تسري على المبادلة ، في حدود ما تسمح به طبيعة المقايضة ، إذ يعتبر كل مقايض بائعا للشيء الذي كان مملوكا له وقايض به ، ومشتريا في الوقت ذاته للشيء الذي كان مملوكا للطرف الآخر، وقايض هو عليه[1].

فلكل شخص حق التصرف في ماله ، دون أن يحق لأحد الإعتراض على ذلك ، إلا أن المشرع قيد بيع المريض مرض الموت ، لأن شعوره بدنو أجله وإنتقال ماله إلى ورثته فيؤثر بعضهم على بعض ، أو يؤثر الناس عليهم ، لذلك رأى المشرع أن يفرض قيودا على بيع المريض مرض الموت ، بالنص على ذلك في المادة 408 قانون مدني ، و التي تنص " 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 مصادق عليه و من أجل ذلك يكون قابلا للإبطال ".

إلا أن المشرع قيد اللجوء لهذه القاعدة ، و ذلك لحماية الغير حسن النية ، إذ أنه جاء بنص المادة 409 قانون مدني نصت على أنه :

" لا تسري أحكام المادة 408 على الغير حسن النية إذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع "[2].

وعليه سيتم تناول أحكام عقد البيع للملكية العقارية في مرض الموت ، في ثلاثة مطالب ، وهذا بتبيان أحكام بيع مريض الموت العقار لوارث في المطلب الأول ، و بيع مريض الموت العقار لغير وارث في المطلب الثاني ، وحماية الغير حسن النية في المطلب الثالث [3].

---

1 – حمدي باشا عمر،عقود التبرعات الهبة – الوصية – الوقف، المرجع السابق، ص 30.

2– أنظر: الأمر 75–58، السابق ذكره.

3 – إبتسام جليلي، المرجع السابق، ص82 .

المطلب الأول: بيع مريض الموت العقار لوارث

البيع من أقدم العقود وأكثرها شيوعا ، فلقد عرفه الأستاذ إسماعيل غانم بأنه عقد يقصد به طرفان أن يلتزم أحدهما ، وهو البائع بأن ينقل ملكية شيء ، أو حقا ماليا آخر في مقابل إلتزام الطرف الثاني ، وهو المشتري بثمن نقدي ، وهو ما عرفه كذلك المشرع الجزائري في المادة 351 من القانون المدني ، وللعقد ثلاثة أركان وهي الرضا والمحل والسبب ، وإذا تخلف أحدها لا ينعقد العقد ويكون باطلا بطلانا مطلق ، وإذا كان محل البيع عقارا فإن الشكلية تعتبر ركنا وجزاء تخلفها البطلان المطلق[1] .

وهذا ما يعرف بحماية التصرف بصفة عامة ، إلا أن المشرع وضع حماية خاصة تضاف إلى ماسبق ، في حالة صدور هذا التصرف من مريض الموت لوارث ، وهذا طبقا لنص المادة تنص المادة 408 من القانون المدني الجزائري ، في الفقرة الأولى بقولها " إذا باع المريض مرض الموت لوارث ، فإن البيع لا يكون ناجزا إلا أذا أقره الورثة " [2]، ومن نص المادة المبينة نجد أن البيع لوارث يكون صحيحا بين المتعاقدين ، ولكنه غير نافذ في حق باقي الورثة إلا إذا أقروه ، وهنا والإقرار يعتبر تصرف قانوني يجعل العقد نافذا ، ويتميز عن الإجازة بكونه صادرا عن الغير ، بينما تصدر الإجازة من المتعاقد ، الذي تـــــــقرر البطلان لمصلحته ، عكس الإقرار الذي يصدر على عقد صحيح ، ويتمثل أثره في نفاذ العقد في حق المُقر فقط ، بينما يترتب على الإجازة سقوط حق التمسك بالإبطال[3].

فالمشرع أعطى شبهة التبرع على البيع ، ولكنها قرينة تقبل إثبات العكس ، فيجوز للمتصرف له أن يثبت أن العقد معاوضة ، وأنه دفع المقابل فيكون التصرف صحيحا لكنه موقوف على إقرار الورثة[4] .

وسيتم دراسة هذا المطلب في فرعين ، الفرع الأول حالة إقرار الورثة ، وفي الفرع الثاني عدم إقرار الورثة .

الفرع الأول : إقـــــــــــرار الورثـــــــــــــة

ويثبت حق الورثة في الإقرار بعد وفاة مورثهم ، فلا عبرة لإقرار الورثـــــــة السابق

---

1 – محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص9 .

2 – أنظر: الأمر 75–58 ، السابق ذكره .

3– على فيلالي، المرجع السابق، ص 334.

4 – محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص218 .

لموت مورثهم ، ولو دونوه كتابة قبل وفاته ، على أساس أن لا حق لهم مطلقا على مال مورثهم إلا من يوم الوفاة ، وسبب تقييد التصرف في مرض الموت ، كونه يضعف ذمته المالية التي تتعلق بها الحقوق والديون وتصبح قابلة للتوزيع ، ويتجه تركيز الدائنين على أمواله العامة ، أملا في سداد ديونهم بعد ما كانت الديون مستقرة في ذمته فقط ، ولا صلة لها بالورثة ، ، لذلك ينظر الدائنين في مرض الموت إلى هذه الأموال ، ويحرصون على حفظها بإعتبارها ضمانا لإستيفاء الديون ، قبل الإنتقال إلى الورثة[1].

وبما أن تقييد تصرفات المريض لا يرجع إلى نقص أهلية المريض ، أو عيب في إرادته لأنه لا يفقد أهليته ، ولا تنتقص هذه الأهلية ، و ربط القانون قيام التصرفات القانونية ، أو صحتها بتوافر أو إكتمال الأهلية ، ويقصد بالأهلية ، قابلية الشخص لأن يكتسب حقا أو يتحمل إلتزام ، فهي تمثل صلاحيته لأن يباشر التصرفات القانونية ، التي تكسبه حقا أو تحمله إلتزامـــــا ، والأهلية تقسم إلى أهلية أداء و أهلية وجوب[2].

و تثبت أهلية الوجوب لكل شخص طبيعي منذ ولادته ، وتنتهي بالوفاة ، وتقرر للجنين أهلية وجوب ناقصة قبل ولادته ، وبولادته تثبت له أهلية وجوب كاملة[3].

ويعتبر الحد أو التقييد من أهلية وجوب بعض الأشخاص في حالات معينة أمرا إستثنائيا، لا يمس من المبدأ العام الذي يقرر إرتباط أهليـــــة الوجوب في الشخصية القانونية ، وتمر أهلية الأداء بمراحل ، كما أنها ترتبـــــــــط وتتأثر بحالة الشخص الصحية، فتفترض في الشخص السليم الإرادة ، كما ترتبط وتتأثر بمرض الشخص ، فقد يسلبه إياها، فإرادة الشـــخص إما تكون منعدمة أو ناقصة أو كاملـــــة ، فالصغير دون السادسة عشر لا يعد أهلا لمباشرة أي تصرف ، حسب المادة 42 من القانون المدني الجزائري بـ " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد الأهلية لصغر السن..."[4] ويعتبر ناقصا للأهلية كل من بلغ سن التمييز(16 سنة) لم يبلغ سن الرشد..." (19سنة) حسب المادة 43 من القانون

1- حسين محمود عبد الدايم عبد الصمد، المرجع السابق، ص 164.

2- أحمد سلامة، المدخل لدراسة القانون، الكتاب الثـــاني مقدمة القانون المدني " أو نظرية الحق"، د ط ، دار النهضة، مصر، 1974، ، ص 39.

3- فريدة محـــمدي ، المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق) د ط، المؤسسة الوطنـــية للفنـــــــــــــــون المطبعية، الجزائر،2002، ص75.

4-أنظر : الأمر 75-58، السابق ذكره.

المدني الجزائري، وببلوغ 19 سنة كاملة يصبح الشخص كامل الأهلية لإدارة أمواله والتصرف فيها كما يشاء ، إذا لم يكن قد أصيب بعارض من عوارض الأهلية أو بمانع من موانعها[1].

وبالرجوع إلى المريض مرض الموت ، نجده أهلا للتعاقد وعقده صحيحا ، فالقانون المدني الجزائري أكد على أن تبرعات المريـــــــــض مرض الموت تسري عليها أحكام الوصية ، وهنا نجده أخذ هذا الحكم من مذهب الحنابلة في جزء وخالفهم في أنه لم يجعله عارضا من عوارض الأهلية ، وإنما جعل المرض مؤثرا في تصرفاته ، حماية لحقوق الورثة والغير ، فهو لا ينافي الأهلية ، أي لا يؤثر على أهلية الوجوب ولا أهلية الأداء ، فيعتبر المرض قيدا في التصرف أو مانعا من موانع التصرف ، التي تقرر لمصلحة الورثة والدائنين على أمواله وقت المرض[2] .

يكون العقد صحيحا إذا كانت جميع أركانه وشروط صحته كاملة ، وينفذ مباشرة ، أما إذا فقد ركنا أو شرط يكون باطلا ، ويراد من نفاذ العقد أن تترتب عليه آثاره في الحال ، ولا يتوقف على إجازة غير العاقل ، وإذا نظرنا إلى هذا الأصـــــــل بالنسبة للمريض مرض الموت وجدنا أن المريض أهل للتعاقد ، ومتى تعاقد على ما يملك كان عقده صحيحا سيلزم أن يكون نافذا.[3]

وقد إختلف الفقهاء فيما إذا كان مرض الموت يعتبر عارضا من عوارض الأهلية ، وذلك على قولين، فمنهم من جعل مرض الموت عارض من عوارض الأهلية ، لضعف ذمة المريض ، وتعلق حق الدائنيـــــــن بأمواله ، وقرب إنتقال ملكيته إلى الورثة ، ويصبح كالمحجور عليه ، وتعتبر تبرعاته في حكم الوصية في حـــــــدود الثلث ، ولغير وارث لتعلق الورثة بأمواله من وقت الموت ، كما تصبح بقية التصرفات موقوفـــــــــــــــة على إجازة الدائنين لتعلق حقهم بأمواله ، وأسبقيتهم في التحصيل على غيرهم ، خاصة إذا كان الدين مستغرقا ، لماله و أستدلوا على قولهم بالأدلة عن حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: " لا وصية لوارث ولا إقرار له بدين" وكـــــذلك ما روي عن عمر إبن الخطاب ، وإبنه عمر رضي الله عنهما أنها قالا: " إذا أقر المريض لوارث لم يجز، وإذا أقر لأجنبي جاز"

1- فريدة محمدي، المرجع السابق، ص 67-78.

2- عبد العليم عبد الرشيد، المرجع السابق، ص32.

3- حسين محمود عبد الدايم عبد الصمد، المرجع السابق، ص169.

وهذا لا يدرك بالإجتهاد والعقل ، فيثبت له حكم المرفوع ، وإن لم يثبت ، فهو قول صحابي ، وهو يقدم على القياس ولم يعلم له مخالفا من الصحابة فيصير إجماعا ، ثم إن المريض مرض الموت أشرف على الموت ، ولذلك يتعلق بحق الورثة في التركة إبتداء من مرض الموت وبعد الموت تصبح حقا خالصا للورثة بالتساوي ، فلا يصح تفضيل أحد الورثة بالإقرار له، أو التبرع..... في المرض لما فيه من التهمة الكبيرة للتفضيل والإيثار، وكذلك أن الوصية لا تصح لوارث ، فيقاس عليها الإقرار وسائر التبرعات ، لتجنب إيثار بعض الورثة على بعض[1] .

ومنهم من قرر المرض لا يؤثر على أهليـــــة المريض ، ولا تضعف ذمته ، ولا تقيد حريته وولايته ، ولا يحد من تصرفاته ، ولا ينتقل محل الدين من الذمة إلى المال ولا يتعلق حق الورثة بماله وتركته إلا بعد وفاته[2].

وذلك لأن أهلية المريض مرض الموت أهلية كاملة كأهلية الصحيح ، وذلك بسبب أنه

لو كان المريض مرض الموت ناقص الأهلية ، لكان تصرفه في الوصية في حدود الثلث باطلا بطلانا مطلقا ، لأنه تصرف ضار به ضررا محضا ، وهناك إجماع على أن تصرفه في حدود الثلث لأجنبي صحيح نهائيا، وكان تصرفـــه في حدود الثلث لأجنبي قابـــلا للإبطال ، إذا كان يدور بين النفع والضـــرر، وهناك إجماع على أنه صحيح نهائيا.

وكذلك لو كان ناقص الأهلية وكان تصرفه تبرعا لا يقبل إجازة الورثة ، لأنه باطـــل بطلانا مطلقا ، وهناك إجماع على أن للورثة إجازة هذا التصرف ، يرجع نقص الأهلية قانونا إلى عارض من عوارض الأهلية والجنون والعته والسفه والغفلة، أو إلى عيب في الرضا والمتمثلة في الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال ، ولم يعتبره فقهاء الشريعة الإسلامية التي هي مصدر تصرفات المريض مرض الموت أنه مصاب بأحد هذه العوارض ، وأن إرادته معيبة بأحد هذه العيوب ، ولو سلم أن تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر قابلة للإبطال ، فإن طلب الإبطال لا يكون إلا لمن شرع الإبطال لمصلحته ، فإذا مات إنتهى بموته هذا الحق وصار التصرف صحيحا نهائيا ، وإذا كان للورثة حق في إبطال تصرفه، فإن حقهم هذا حق شخصي لم يرثوه عن مورثهم بل أنهم سيعملونه للدفاع عن حقوقهم هم ، لا عن حق

1- حسين محمود عبد الدايم عبد الصمد،المرجع السابق، ص170.

2- حسين محمود عبد الدايم عبد الصمد،المرجع نفسه، ص171.

مورثهم[1].

وإنما يرجع السبب إلى تعلق حق الورثة والدائنـــين بأموال المريض من وقت المـــرض ، فتتحقق الوفاة بالمرض حكما وإن تأخرت الوفاة من حيث الواقع ، وتبرير ذلك أن الشخص إذا كان في حالة مرض الموت ، فإنه لا يتصرف تصرفات من يرجو الحياة في أمواله ، بل يتصرف كأنما كان الموت واقعا لا محالة ، فأعتبر ميتا في هذه الحالة وتعلقت حقوق الدائنين والورثة بأمواله ، حتى لا يأتي من التصرفات ما يضر بأموالهم .[2]

لذا وحفاظا على حقوق الورثة و الدائنين ، كان من الواجب تقيـــيد هذه التصـــــرفات ، وتقييدها يأتي إستثناءا على الأصل في تصرفاته ، فإذا جاءت مشوبة بالمحاباة أو الإضرار ، لزم الحكم بعدم نفاذها ، فيكون السبب في عدم نفاذها و أنها أضرت من حقوق الورثة والدائنين ، فإذا لم يكن للمريض وارث أو دائن نفذت تصرفاته ، ولو كانت بكل ماله ، كـذلك الشأن إذا شفي من مرضه ، تكون جميع تصرفاته في مرضه نافذة ، ولا سبيل لأحد من الدائنين أو الورثة في الإعتراض عليها أو إقرارها ، وذلك لزوال العلة التي أوجبت تقييد هذه التصرفات[3].

ولقد أختلف في تكييف حق الورثة الذي يتعلق بأموال مورثهم وقت مرض المـــــــوت ، فذهب بعضهم إلى أنه حق ملكية كامل يثبت بمجرد المـــرض ، وذهب آخرون إلى أن حق الملكية يكون عند الموت ، ولكنه يستند إلى وقت المرض ، وذهب فريق ثالث إلى حق الورثة وقت المرض ، ليس حق ملكية بل هو حق تركة[4] .

الإتجاه الأول يرى أن حق الورثة الذي يتعلق بأموال مورثهم ، هو حق ملكيـــة وهؤلاء على رأيين ، فمنهم من يرى أنه حق ملكية كاملة ويثبت هذا الحق بمجرد المرض ، ذلك أن ظهور مرض الموت قد كشف عن حقيقة كانت مستورة قبـــله ، وهي أن التركـة ملك للورثـــة ، والثاني يرى انه إذا مات المريـــض ثبت الملك بأثر رجعي إلى وقت ثبوت

1- رشاد إبراهيم السيد عامر، المرجع السابق ، ص62.

2- عبد العليم عبد الرشيد، المرجع السابق، ص39.

3- محمد أحمد البديرات ،(مدى اعتبار الإيدز مرض موت وتأثيره في تصرفات المريض في القانون الأردني والفقه الإسلامي دراسة مقارنة)، مجلة جامعة دمشق في العلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 22، العـــــــــــــدد الأول، 2006، ص79.

4- عبد الرزق السنهوري، المرجع السابق، ص324.

المرض، لأن الموت هو سبب الملكية بالخلافة عن المورث ، وملكية الورثة لأموال التركة تثبت مستندة أو ظهور أعراض الموت ، أي وقت ثبوت المرض ، ورغم الخلاف بين الرأيين إلا أنهما متحدان في تكييف حق الورثة بأنه حق ملكية[1]

وهذا لأن التبرع لا ينفذ في أكثر من الثلث إلا بإجازة الورثة[2].

ويرى إتجاه فقهي أخر أن الورثة يثبت لهم في وقت مرض الموت حق الخلافة أو حق إرث وليس حق ملكية ، واستدلوا على بذلك بأن حق الوارث لو كان حق ملكية لجاز للوارث نقض تبرع المريض في أثناء حياته، ولكن ذلك لا يجوز بالإجماع ، فدل هذا على أنه ليس حق ملكية ، بل مجرد حق خلافة[3].

وفوق ذلك فإنه فالمتفق عليه أنه لوكان الوارث غير وارث وقت مرض الموت ، ثم يصبح وارث عند الموت ، فاتفقوا على أنه يكون وارثا ويكون له كل حقوق الوارثين من الاعتراض على تبرع يتجاوز الثلث ، فلو كان حق الورثة حق ملكية قبل الموت ، ما كان لهؤلاء الذي ورثوا ولم يكونوا أهلا للميراث في المرض ، لأن باقي الورثة قد ملكوه.[4]

والرأي الراجح أن تعلق حق الورثة بأموال مورثهم المريض، هو مجرد حق في الخلافة ، ولأنه من غير المقبول أن يكون للورثة ملكية وللموروث ملكية ، فلا يعقل أن يكون العقار الواحد مملوكا لمالكين في وقت واحد.[5]

فإذا تم الإقرار من الورثة ، أعتبر التصرف بالبيع الصادر لوارث كما لو صدر من مورثهم في حالة الصحة [6].

ويشترط لصحة إقرار الوارث ما يشترط لأي تصرف قانوني تبرعي ، فزيادة على وجوب أن يكون صادرا بعد موت المريض ، يجب ان يكون مستوفيا للشروط الواجبة لأي تصرف قانوني تبرعي آخر، بأن يكون الورثة (أو الوارث) أهلا للتبرع ، عالمين بما يقرونه ، ويجب أن يكون المقر عاقلا بالغا راشدا ، وإلا وقع إقراره باطلا بطلانا مطلقا ، لأنه

1- محمد أحمد البديرات، المرجع السابق، ص82.

2 - محمد أحمد البديرات، المرجع نفسه، ص 83.

3- محمد أحمد البديرات، مرجع نفسه، ص 83.

4- أحمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، المرجع السابق، ص 12.

5- محمد أحمد البديرات، المرجع السابق، ص 83.

6-إبتسام جليلي، المرجع السابق، ص 83.

إسقاط لـحق ثابت في التركة دون مقابل ، فلا يصح أن يكون الوارث المقر صبيا ، أو مجنونا أو محجورا عليه ، أو أن يـكون هو نفسه مريضا مرض موت ، فلا ينفذ إقراره في مرض الموت إلا في حدود ثلث تركته بغير إقرار ورثته ومن قمة لا يصلح ، ويجب أن يكون الوارث عالما بأن تصرف مورثه غير نافذ في حقه بسبب صـدوره فـــي مرض الموت ، وأنه يملك التمسك بعدم نفاذه وعدم إقراره ، وإلا وقع باطلا [1].

أما إذا أقر التصرف بعض الورثة ولم يقره البعض الآخر فان البيع ينفذ فقط في حق من اقروه فقط بنسب أنصبتهم في الميراث ولا ينفذ في حق الآخرين بالنسبة لأنصبتهم [2].

و قد قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1990/07/09 بأنه :

" من المقرر قانونا أنه إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة، و من تم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد إساءة في تطبـــيق القانون " [3] .

وبالرجوع إلى القاعد المتعلقة بالشهر العقاري ، فانه يجب أن يكون الإقرار مفرغا في شكل رسمي و يخضع لإجراءات التسجيل والشهر بالمحافظة العقارية ، ويؤشر به على هامش البطاقة العقارية المحدثة للعقار المتصرف فيه ، ويعتبر الإقرار تصرف إرادي ، يتضمن تنازل الورثة عن حقهم العيني العقاري ، بقدر نصيب كل واحد منهم في الميراث ، ويمكن أن يكون الإقرار ضمنيا يستفاد من قيام الورثة بإجراءات تنبئ عن ذلك ، كأن يرافقوا البائع أو المشتري لنفس العقار الذي تصرف فيه مورثهم إلى مكتب الموثق ، ويوقعون على التصرف الحاصل لفائدة المشتري الوارث، ويشهر هذا الإقرار الضمني على التصرف القانوني "البيع في مرض الموت "بشهر العقد المتضمن نقل الملكية العقارية ذاته[4].

الفرع الثاني: عدم إقـــــــــــــــــرار الورثـــــــــة

1- رشاد السيد إبراهيم عامر، المرجع السابق ، ص 67.

2- سليمان مرقس ، شرح القانون المدني العـــــقود المسمـــــات عقد البيـــــع ، الطبعة 4 ، دار الهنـــــاء للطباعة ، مصر، 1980، ص 574.

3 – أنظر: قرار المجلس الأعلى،الغرفة المدنية ،ملف رقم 62156، بتاريخ 1990/07/09 ، المجلـــة القضائية ، العدد 3، 1989 ، ص 68.

4- مجيد خلوفي، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر،2017، ص122. ص122.

إذا كان الورثة يمتلكون إقرار البيع من مورثهم وهو في مرض الموت إلى وارث كان لبعضهم أن يجيزه دون البعض منهم وهم يستعملون خالص حقهم في ذلك ويستمدون حقهم من القانون مباشرة حماية لهم في أموال مورثهم من لحظة نزول المرض ، ويترتب على عدم إقرار الورثة كلهم البيع أو بعضهم ، بطلان البيع بحكم قضائي يشهر في المحافظة العقارية التابع لها العقار، فيرد للوارث الثمن الذي اثبت أنه دفعـــه للمريض مريض الموت ، ويسلم العقار إذا تم استلامه ، ويلحق العقار بالتركة إلى جميع الورثة بما فيها الوراث المشتري ، فإذا كان قابلا للقسمة يأخذ كل وارث نصيبه عينا ، أو يباع في المزاد العلني ، ويحق للورثة كلهم ان يزايدوا ، فان رسى المزاد على احدهم أو الأجنبي ، يسلم ثمن العقار، ويقسم على الورثة بحسب أنصبتهم ، وقد جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي " من المقرر قانونا ان عقد البيع المنجز أثناء مرض الموت لفائدة الوارث لا يكون نافذا إلا إذا اقره باقي الورثة ، ولما تبين في قضية الحال أن زوجة المورث قد استغـــلت مرضه لإبرام عقد البيع قبل وفاته بثلاثة عشر يوم ، وأن القرار المطعون فيه قد إستثنى العقد المذكور من التركة أثناء القسمة دون أن يبين في حيثياته حالة المرض الذي أثاره الطاعنون فانه استوجب النقض "[1] .

والملاحظ فقهيا على نص المادة 408 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى أنها جاءت تطبيقا للحكم العـــــام الذي جاءت به المادة 776 الفقرة الثالثة من القانون المدني الجزائري، والتي تنص على ما يلي " إذا اثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت، أعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صـــــدر له التصرف خلاف ذلك، ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه". حيث قد يتحايل الأفراد على أحكام الوصية المقيدة ، بحيث يتخذون عقد البيع وسيلة لهذا التحايل ، فيجعلون الوصية في مظهر عقد البيع ، ويذكرون في العـــــــــقد ثمنا صوريا ، وعلى هذا الأساس جعل قرينة الشك تحوم على البيع في مرض الموت ، وجعله موقوف على الإقرار[2].

وبالتالي لتطبيق أحكام المادة 408 من القانون المدني الجزائري فيما يخص بيع المريض مرض الموت لوارث يجب :

- إثبات الورثة ان تصرف مورثهم صدر في مرض الموت .

1 - إبتسام جليلي ، المرجع السابق ، ص 84 .

2- محمد حسنين، المرجع السابق، ص 219.

– إثبات الوارث ان العقد معاوضة وانه دفع المقابل .

والملاحظ كذلك على نص المادة 408 من القانون المدني الجزائري يجد انه نـص معيب ، فلم يفرق بين ما إذا كان البيع بمثل القيمة ، أو بأقل منها أو دون ثمن أصلا، ولم يذكر الجزء المحابى به ، كما في الشريعة الإسلامية بما يتجاوز الثلث ، ويكون البيع في هذه الحالة صحيحا حتى لو لم يجزه الورثة ، ولعل المشرع الجزائري قد قصد في هذا النص البيع المنطوي على التبرع ، لا البيع الجدي الذي يكون بمثل القيمة أي دون محاباه ، وقد أبدى ذلك في المادة 776 من القانون المدني التي يفهم منها أن البيع الذي يأخذ حكم الوصية هو البيع المنطوي على التبرع لا الجدي[1] .

وإختلف الفقهاء في الوقت الذي تثبت فيه صفة الوارث ، هل هو وقت البيع ، أم أنه وقت وفات المريض مرض الموت ، كون أن حقه متعلق بأمواله ، فهناك من يرى انه يجب إعتبار وقت البيع لتحديد صفة الوارث ، لأنه الوقت الذي يرجع فيه لمعرفة ما إذا كانت قيمة المبيع لغير الوارث تزيد عن قيمة ثلث مال البائع أو لا ، ولكن الرأي الراجح عنـــــد الفقهاء ، هو الأخذ بوقت وفاة المريض لإعتبارهم ورثة ، لأن عـدم نفاذ بيع المريض مرض الموت لغير وارث ، هو الشك في ستـــــره لتبرع ، وفي غالب الأحيان يكون البيع في مرض الموت تبرع في صورة عقد بيع ، وحكم التبرع الحاصل في مرض الموت في القانون هو حكم الوصية ، ويجب فيها إعتبار وقت وفاة المورث لمعرفة صفة من حصل له التصرف وارث[2] .

والرأي السائد أن الورثة وهم الأشخاص الذين يرثون المريض مرض الموت وقت موته ولو لم يكنوا ورثة وقت البيع أما من كان وارثا وقت البيع وأصبح غير وارث وقت الموت فلا يعتبر وارثا في هذه الأحكام[3].

المطلب الثاني: بيع المريـــض مرض الموت لغير وارث

نص المشع الجزائري على بيع المريض الموت في نص المادة 408 من القانون المدني بما يلي: "أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف، فإنه يعتبر غير مصادق عليه، ومن أجل ذلك يكون قابل للإبطال".

---

1 – إبتسام جليلي ،المرجع السابق ، ص 85.

2– رشاد السيد إبراهيم عامر ، المرجع السابق ، ص 69.

3– عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص329.

ولقد جاء حكم المادة 2/408 في حالة ما إذا تم البيع لغير الوارث بحكم غريب لم يعرفه القانون المدني إطلاق "...غير مصادق عليه..." و لا ندري أي معنى قانوني يقصد المشرع من ذلك ، بل أن المشرع و على خلاف بعض التشريعات الأخرى لم يبين هل أن البيع تم دون ثمن أصلا أو بأقل من قيمة المبيع ، أو إذا كان فيه محاباة تجاوز ثلث التركة ، بل جاء حكمه عاما من أن البيع قابلا للإبطال لمصلحة الوارث .

الفرع الأول: حكم بيع العقار لغير وارث في القانون المدني

تنص المادة 408 من القانون المدني في الفقرة الثانية : "أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال".

وهو حكم البيع لغير وارث في مرض الموت ، وما يلاحظ على النص ككل ، جاء حكم الفقرة الثاني من نص المادة 408 مدني[1] ، بمصطلح غير مصادق عليه ، ولم يبين هل أن البيع تم دون ثمن أصلا أو بأقل من قيمة المبيع ، أو إذا كان فيه محاباة لا يجاوز ثلث التركة ، لكن حكمها جاء عاما من أن البيع قابل للإبطال لمصلحة الوارث ، و بصدد هذا النص وجه أستاذنا الدكتور علي علي سليمان إنتقادات لاذعة و دقيقة لنص المادة 408 من القانون المدني ، لتكون محل إعتبار لتعديل النص على مقتضاها، و يذكر في هذا النص ما يلي[2] :

1 – إن النص بالنسخة الفرنسية أتت فيه بشرط لم يرد في النص العربي ، فاشترطت أن يتم البيع في فترة حدة المرض و إشتداده " dans la période aigue " في حين أن أحـــدا من فقهاء الشريعة الإسلامية لم يقل بهذا الشرط.

2 – إن نص المادة 408 قانون مدني فرق بين البيع لوارث و جعله معلقا على إقرار بقيـــــة الورثة، و البيع لأجنبي و جعله قابلا للإبطال بموجب نص المادة 408 في فقرتها الثانية بنسختها العربيـــة " أما إذا تم البيع ... يعتبر غير مصادق عليه و من أجل ذلك يكون قابلا للإبطال " أما نسخة النص الفرنسي : " est présumée avoir été faite sans

1 – أنظر: الأمر 58/75 ، السابق ذكره .

2 – محمد زهدور، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الاسلامية ، د ط ، المؤسســـة الوطنيـة للكتاب الجزائري، 1991، ص 131.

consentement valable" فعن النص العربي كان أساس القابلية للإبطال يعود إلى أن البيع غير مصادق عليه ، أما النص الفرنسي فإنه يبين أساس قابلية الإبطال إلى عيب شاب الرضا ، و الإشكالية تطرح في معرفة مصدر هذا العيب فإذا كان من الثابت أن عيوب الرضا هي الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الإستغلال ، و نقص الأهلية للقصر ، فإنه على خلاف ذلك تماما لم يقل أحد من علماء الشريعة الإســـلامية ، أن تصرف المريض مرض الموت يتوقف على إجـــازة الورثة لأحد هـــــــــــــــذه العيوب ، و إنما قالوا أنه يتوقف على إجازتهم لأن حقوقهم قد تعلقت بثلثي التركة ، فليس له أن يمس هذه الحقوق ، و لذلك إعتبرهم القانون المدني من الغير بالنسبة إلى مورثهم ، و بهذا تكون النسخة الفرنسية للنص ذات عيب موضوعي به ، يخرج من أحكام مرض الموت ، و لعل الدرجات القضائية الدنيا في كثير من الأحكام لها تعمل بهذا النص ، و لأجل ذلك يصرح قضاة الموضوع من أن مرض الموت يتعلق بعيب في الإرادة .

3 – إن البيع في نص المادة 408 يعتبر وصية و تسري عليه أحـــــكام الوصية و إذا كان المشرع الجزائري قد أخذ بحكم (لا وصية لوارث) مع أنه غير متفـــــق عليه[1]،فلمـــــاذا لم يعتبر البيع لأجنبي وصية أيضا و يعلق نفادها على إقرار الورثة فيمـــا يجاوز الثلث [2].

4 – بموجب الحكم الذي جاءت به المادة 408 قانون مدني ، يتوقف التـــصرف للوارث على إجازة باقي الورثة و على قابلية التصرف للغير للإبطال ، و هو حكم غير صـــــــحيح على إطلاقه ، و هذا لإختلاف الجانب الموضوعي للمادة 2/408 قانون مدني عما هو مكرس بالمادة 185 قانون الأسرة ، التي تنص على أنه " تكون الوصية في حدود الثلث ، و مازاد على الثـــــلث توقفت على إجازة الورثة " ، ففي الوصية لغير وارث تتفق القوانين الوضعيـــة مؤيدة بإجماع الفقه الإسلامي على أنها تنفد الوصية في حـــدود الثلث دون إجازة

1– محمد زهدور ، المرجع السابق ص 132.

2 – محمد زهدور ، المرجع السابق ص 133.

الورثـــة ، و على ذلك فإن نص المـــــادة 2/408 خاطئ موضـوعا و متعـــــــــارض مع نص المادة 185 قانون الأسرة ، و مخالف لإجماع الفقه الإســـــلامي ، و من ثم وجب تعديله لأنه ليس صحيحا أن الوصية للغير في حدود الثلث قابلة للإبطال[1] .

5 – من القواعد القانونية المقررة ، أن الحق في الإبطال شرع لمن لحق رضاه عيب من عيوب الرضا ، فلو فرضنا جدلا أن رضا المريض كان غير صحيح ، كمـــا تقول النسخة الفرنسية ، فإن رضاءه يكون مشوبا بنفس العيب حين يتصرف لأحد ورثته ، و لا تصححه إجازة الورثة الآخرين ، لأن من شرع الإبطال لمصلحته هو وحده الذي يستطيع أن يتنازل عنه أو يبطل أعماله ، أو يجيز التصرف القابل للإبطال [2].

6 – إن الحق في الإبطال لا ينتقل إلى ورثة المريض ، لأنهم ليسوا خلف عاما في هذه التصرفات الصادرة عن مورثهم في مرض الموت ،و إذا رجعنا إلى مذهب الإمام مالك الذي يعمل به رسميا في الجزائر ، وجدنا أن الوصية لازمة بعد وفاة المريض ، و لا يجوز إبطالها أو تعديلها أو الرجوع فيها إلا حال الحياة ، و على ذلك فليس للورثة الحق في طلب إبطال تصرف ما .

و تبعا لهذه الأسس السابقة، فإنه لا مجال للقول بقابلية الإبطال و أنما مدار الحديث حول نفاذ الوصية أم لا ، و من تم وجب تطبيق أحكام المادتين 185 و 189 من قانون الأسرة ، في جواز نفاد الوصية للوارث أو للغير في ثلث مال التركة .

7 – إذا صح طبقا لنص الفقرة الأولى من المادة 408 أن الوصية لوارث تتوقف على إجازة بقية الورثة ، فيترتب على ذلك أنهم إذا لم يجيزوها لم تنفذ دون أن يكون لهم الحق في طلب إبطالها ، أي أن موقفهم في حالة عدم الإجازة سلبي .

و مما تقدم يتضح أنه يجب تعديل نص المادة 408 ، و لأجل ذلك تم إقتراح تعديل صياغة المادة 2/408 من طرف الدكتور علي علي سليمان على النحو التالي : " أما إذا تم

1 – محمد زهدور ، المرجع نفسه ، ص 133.

2 – محمد زهدور ، المرجع نفسه، ص 133.

البيع للغير في نفس الظروف ، فإنه ينفد في حدود الثلث و ما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة " ، و بهذا التعديل يستقيم و يتفق حكم القانون المدني مع قانون الأسرة على ان تكون الترجمة الفرنسية متفقة مع النص العربي [1].

فلماذا كانت قابلية التصرف للغير للإبطال ترجع إلى عيب في الرضى ، ولم يكن البيع قابلا للإبطال في حالة التصرف لوارث ، ولنفس السبب لم يصرح النص عن السبب لقابلية العقد للإبطال ، هل لأن العقد تم بدون رضى صحيح ولكن عدم صحة الرضى محصورة في العيوب التي ذكرها القانون ، وهي الغلظ، الإكراه، الاستغلال ولو أفترض أن رضى المريض كان غير صحيح ، كما يقول النص في الفرنسية، فإن رضائه يكون مشوبا بنفس العيب حينما يتصرف بالبيع لأحد ورثته، وبالتالي لا تصححه إجازة الورثة الآخرين، لأن من شرع لإبطال لمصلحته هو وحده الذي يستطيع أن يتنازل عنه أو يجيزه ، فهل يكون الإبطال للورثة في بيع العقار لوارث ، كما أن المشرع الجزائري لما طبق أحكام الوصية على البيع بمرض الموت، لماذا حرم الأجنبي من الثلث الغير معلق على إجازة الورثة المطبقة في أحكامه في الوصية وجعل البيع لغير وارث قابلا للإبطال ، ثم إن النص لا يشمل على تفصيل في قيمة المبيع ، والثمن المتفق عليه لأنه معيار مهم في العقود بعوض ، فإذا أثبت المشتري أنه تعاقد بثمن ، أي أثبت أن التصرف رغم صدوره في مرض الموت إلا أنه كان بمقابل بالقيمة الحقيقية للعقار .[2]

ولأن المشرع لم يبين هل أن البيع تم دون ثمن أصلا أو بأقل من قيمة المبيع ، أو إذا كان فيه محاباة تجاوز ثلث التركة ، بل جاء حكمه عاما من أن البيع قابلا للإبطال لمصلحة الوارث فان الحل القانوني هو إعمال قيمة العقار في أحكام البيع في مرض الموت لوارث أو غير وارث.

الفرع الثاني: حالات بيع العقار لغير وارث في مرض الموت

وبالرجوع للقواعد للعامة والثابت فقها نجد أن البيع لغير وارث لا يخلو من ثلاثة فروض، البيع بالقيمة الحقيقة للعقار، والبيع بما لا يجاوز الثلث، البيع بأقل من القيمة بما يجاوز ثلث التركة ، أما التصرف بلا ثمن أصلا فنطبق عليه أحكام نص المادة 776 مدني

1- محمد زهدور ، المرجع نفسه ، ص 134.

2- نبيل صقر، المرجع السابق، ص90.

فهو تبرع لا عوض فيه .

أولا – البيع بالقيمة الحقيقة للعقار:

إذا أثبت المشتري (الغير) أنه دفع ثمنا لا يقل عن قيمتـــــــه وطبقا لأحكام المادة 776 الفقرة الثالثة من القانون المدني الجزائري كان البيع صحيحا نافذا في حق الورثة دون الحاجة إلى إجازتهم.[1]

وقدر قيمة المبيع لمعرفة نسبة الثمن إليها وقت الموت لا وقت البيع[2].

فلو باع المريض عقارا بمليون دج، وكانت قيمته وقت البيع معادلة لهذا الثمن، ثم أصبحت قيمته وقت الموت ثمان مائة ألف دج، فإن البيع هنا يكون بأقل من القيمة بمقدار مائتي ألف دينار جزائري، وعلى العكس من ذلك لو كانت قيمة الشقة وقت البيع ثمان مائة ألف دينار جزائري، ثم أصبحت مليون دج وقت الموت، فإن البيع يكون بمثل القيمة لوقت الموت [3].

ثانيا – البيع بأقل من القيمة بما لا يجاوز ثلث التركة

بهذه الحالة إذا أثبت المشتري أنه دفع ثمنا للعقار فأثبت مقدار ما دفع وكان هذا المقدار يقل عن قيم المبيع الحقيقة وقت الموت بما لا يجاوز ثلث التركة ، فإن البيع يكون هنا أيضا صحيحا نافذا في حق الورثة دون الحاجة إلى إقرارهم ، وتقدر التركة بقيمة أموال المورث وقت الموت لا وقت البيع ، فلو أن المريض باع عقارا قيمته مـــــليون دينار جزائري، ولم يكن له مال غير هذا الـــعقار، وأصبحت قيمته وقت الموت سبعمائة ألف دينار، لا بمقدار خمســـمائة ألف دينار جزائري، وكان نقص الثمن لا يجاوز ثلث التركة فهنا البيع صحيح[4].

ثالثا – البيع بأقل من القيمة بما يجاوز ثلث التركة:

إذا أثبت المشتري أنه دفع ثمنا ، ولكنه أقل من قيمة المبيع وقت الموت ، فإن المبيع لا يكون نافذا في حق الورثة ، بما يجاوز ثلث التركة، إلا إذا أقروه ، وهذا هو حكم الوصية لأن

1– رشاد السيد إبراهيم عامر،المرجع السابق ، ص75.

2– حسين محمود عبد الدايم عبد الصمد، المرجع السابق، ص191.

3 – حسين محمود عبد الدايم عبد الصمد، المرجع نفسه، ص191.

4– حسين محمود عبد الدايم عبد الصمد، المرجع السابق ، ص191.

مقدار المحاباة يطبق عليه حكم الوصية[1].

فإذا باع المريض مرض الموت عقارا قيمته وقت البيع مليوني دينار جزائري بمليون دينار، ولم يكن له مال غير هذا العقار ، وقد أصبحت قيمته وقتها مليون وثمانمائة ألف دينار جزائري، فإن المقدار المحابي به يكون ثمانمائة ألف دينار جزائري، وهذا المبلغ أكبر من ثلث التركة، فلا ينفذ في حق الورثة بمـــــــقدار مائتي ألف دينا إلا بإقرار الورثة ، وينفذ في باقي المبيع دون حاجة إلى إقراره ، فإن لم يقر الورثة بالمائتي ألف ، كان للمشتري أن يؤدي إليهم هذا المبلغ ليضاف إلى المليون دينار الذي دفعه كثمن، فيخلص للورثة مليون ومائتي ألف دينار ، وهذا المبلغ هو ثلث التركة الواجب أن يأخذه الورثة ، وللمشتري أن يفسخ البيع فيرد العقار للتركة ، ويسترد منها المليون دينار جزائري ، وهذا الثمن المدفوع[2] .

المطلب الثالث: حماية الغير حسن النية في بيع مرض الموت

قد يكسب الغير حسن النية العقار أو حقا عينيا عليه من طرف الوارث الذي كسبه من المريض مرض الموت المطعون في تصرفه ، و قد يقع أن يشهره و يطمئن إلى ذلك وذلك عندما يتصرف مشتري المبيع مع المريض مرض الموت إلى آخر بالبيع أو يرتب له حقا عينيا عليه ، كما لو باعه إلى شخص ثالث أو رهنه لديه ، و غالبا ما تمضي فترة قصيرة بين صدور البيع في مرض الموت و بين وفاة المتصرف ، و باستعمال حق الورثة والدائنين في الإبطال يتهدد مركز الغير ، و تحقيقا للمصالح وجب حمايتها ، وهو ما جعل المشرع الجزائري ينص في المادة 409 قانون مدني على أنه : " لا تسري أحكام المادة 408 على الغير حسن النية ، إذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع " . و عليه فالقانون يحمي من كسب حقا عينيا من طلب الورثة والدائنين بالإبطال على أساس المادة 408 و هذا بشرطين جاءت بهما المادة 409 و هما :

– أن يكون الغير حسن النية و هذا معناه أن يكون جاهلا وقت تعامله مع المشتري بأن التصرف السابق كان فيه البائع في مرض الموت ، أما إذا كان المشتري سيء النية بأن أخبره الورثة قبل أن يقدم على الشراء بذلك ، فلا يجوز لهذا الغير أن يطلب الحماية .

1– حسين محمود عبد الدايم عبد الصمد، المرجع نفسه ، ص193.

2– حسين محمود عبد الدايم عبد الصمد، المرجع نفسه، ص194.

- أن يكسب الغير حقا عينيا و أن يكسبه بعوض ، إذ تنص المادة 409 قانون مدني " ... إذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع " و إلا فإن الورثة يكونون أولى منه بالحماية إذا إنتقل إليه تبرعا ، بحيث يجوز للورثة أن يتبعوا العقار في يد المتبرع له ، و أن يستوفوا حقهم "[1].

ولكن قبل التطرق إلى ذلك لا بد من معرفة من هو الغير في الفرع الأول أما الفرع الثاني الشروط الواجب توفرها ليكون الغير حسن النية.

الفرع الأول: المقصـــــــــــود بالغـــــير

الغير هو من كسب حقا عينيا على العين التي باعها المريض مرض الموت إلى المشتري كأن يكون المريض مرض الموت قد باع عقارا إلى المشتري (ب) ثم قام هذا الأخير ببيع العقار إلى الغير (ج) في هذه الحالة فإنه متى إكتسب الغير (ج) ملكية العقار المبيع بعقد مشهر في المحافظة العقارية وكان حسن النية ، أي لا يعلم وقت الشراء بان لورثة المريض حقا فيه ، فإن حسن نيته تجعل من حقه في ملكية المبيع حقا جدير بالحماية ، في إستعمال كل من له مصلحة حقه في استرداد العين من المشتري عند إثبات ان البيع تم من المريض في مرض الموت[2].

الفرع الثاني : شروط الغير حسن النية

وهي حسب نص المادة 408 مدني متمثلة في مايلي :

أولا – أن يكسب الغير حقا عينيا و أن يكسبه بعوض ، حسب نص المادة 409 قانون مدني الجزائري إذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع ، بحيث يجوز للورثة أن يتبعوا العين في يد المتصرف له، و أن يستوفوا منها حقهم[3].

سواء كان حقا عينيا أصـــــــليا كحق الملكية أو الانتفاع أو الارتفاق ..الخ أو حقا تبعيا كحق الرهن[4] .

ثانيا – أن يكون الغير حسن النية و هذا معناه أن يكون جاهلا أو كان لا يستطيع أن

---

1 – أسعد فاطمة ، المرجع السابق ، ص 390–391

2 – حسين محمود عبد الدايم عبد الصمد ، المرجع السابق ، ص199.

3 – عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص ، 334.

4 – حسين محمود عبد الدايم عبد الصمد، المرجع السابق، ص 200.

يعلم وقت تعامله مع الوارث بأن التصرف صدر عن المريض في مرض الموت إلى الوارث بالتبرع ، أما إذا كان المشتري سيء النية بأن أخبره الورثة قبل أن يقدم على الشراء أو بعدم إقرارهم لتصرف مورثهم الذي تم في مرض موته، فلا يجوز لهذا الغير أن يطلب الحماية [1] .

ثالثا – أن يكون هذا الغير قد إتخذ الإجراءات المتعلقة بالتوثيق والتسجيل والشهر[2].

و عليه إذا توافر الشروط السالفة الذكر فإن الغير يحتفظ بحقه الذي كسبه على العين المبيعة، فإن كان قد تلقى الملكية عن الوارث فلا يجوز نزعها منه، و إن كان قد ترتب له حق عيني آخر على المبيع فإن هذا الأخير يعود إلى التركة مثقلا بحق الغير كالانتفاع أو الارتفاق أو الرهن مثلا.

ولا يبقى للورثة في هذه الحالة الا بالرجوع بحقهم على من تصرف له المريض[3].

و في هذا قضت المحكمة العليا " أن الطاعنة طلبت الاستفادة من نص المادة 409 من القانون المدني الخاصة بعد خضوعها لأحكام المادة 408 من نفس القانون ، فان المجلس عندما حكم بإبطال عقد البيع بسبب مرض المزعوم ، يكون قد طبق أحكام المادة 408 على غير حسن النية خطأ ، حيث بعد مراجعة القرار المطعون فيه ، يستنتج بأن قضاة الموضوع أسسوا قضاءهم على أحكام المادة 408 من القانون المدني ، لكن حيث بعد الرجوع إلى نص المادة 408 من القانون المذكور أنها توضح إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة ، حيث أن المادة 409 من نفس القانون تنص بأنه لا تسري أحكام المادة 408 على الغير الحسن النية إذا كان الغير قد كسب بعض الحق عينيا على الثمن المبيع ، حيث أن حسب عقد البيع أنه تم بحضور شاهدين وزوجة البائع السيدة ش ح، الذي فوض لها الأمر بقبض ثمن المبيع من مكتب الموثق.

حيث لذلك فإن شروط البيع متوفرة ولا داعي تطبيق عليها نص المادة 408 من القانون المدني ، حيث أن كما فصلوا فإن قضاة الموضوع عرضوا قرارهم للنقض [4].

---

1 – حسين محمود عبد الدايم عبد الصمد، المرجع نفسه، ص،201.

2 – أنظر : المادة 324 مكرر1،الأمر 58/75، السابق ذكره ، والمواد 15و16 ، الأمر 74/75، السابق ذكره.

3 – عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق، ص ،335 .

4– أنظر: قرار المجلس الأعلى، الغرفة المدنية ملف رقم ،62156 ،بتاريخ 1990/07/09 ، المجلة القضائية ،العدد 4 ، 1991.

المبحث الثاني: التصرفات بالتبرع في الملكية العقارية لمريض الموت

إن فترة مرض الموت تتسم بالشك والريبة، لأن المريض يحس بدنو أجله وعفة نفسه للمال، فقد يحابي وريث له، أو أجنبي خدمه ، فيتصرف له دون مقابل ، ونظرا لتأثير التصرفات التبرعية على الورثة والدائنين ، على إعتبار أنهم أصحاب حقوق متعلقـــــة بأمواله ، لذلك وجب توفير الحماية القانونية لضبط وتقييد تلك التصرفات.[1]

ولقد أورد المشرع الجزائري الحكم العام الذي يؤطرها في نص المادة 776 من القانون المدني التي جاء فيها: " كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف"[2] .

ويستنتج من هذه الفـــقرة أن التصرف الصادر عن المورث ويكون مقصودا بـــــه التبرع، يعتبره القانون وصية مستترة ، وتسري عليه أحكام الوصية ، لذلك فإن مثل هذا التصرف لا ينفذ في حق الورثة إلا باعتباره وصية في حدود الثلث ، ولا ينفذ فيما عـدا ذلك إلا إذا أجازوه ، فالنص إذا عمم فأعطى حكم الوصية لكل عمل قانوني يقصد به التبرع يصدر في مرض الموت .

ويلاحظ 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 تبرعيـــــة التصرف، ولكن يقع عبء إثبات التصرف غير التبرعي على عاتق المتصرف إليه، فيجوز لمن صدر له التصرف أن يدحض هذه القرينـــــــة القانونية بأن يثبت أنه دفع عوضا للمورث ، فإذا أثبت ذلك نفذ التصرف في حق الورثـــة ، أما إذا ثبت التصرف وكان فيه

1- إياد محمد جاد الحق، (هبة المريض مرض الموت في مجلة الأحكام العدلية)، مجلة الجامعة الاسلامية – سلسلة الدراسات الاسلامية- ، المجلد 19، العـــدد 02،الأردن ، 2011، ص316.

2- نبيل صقر، المرجع السابق، ص56.

محاباة ، فإن هذا التصرف تسري عليه أحكام الوصية[1].

ولابد أن يتم التفريق بين نوع التصرف التبرعي ، وتطبيق أحكامه على حسب إن كان بين وارث أو أجنبي ، وعلى هذا الأساس سوف تتم في المطلب الأول دراسة الوصية في مرض الموت ، ثم بعد ذلك في المطلب الثاني تطبيق أحكام الهبة في مرض الموت وهي أكثر التصرفات التبرعية شيوعا ، وفي المطلب الثالث والأخير الوقف .

المطلب الأول: الوصية في مرض الموت

نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة بما يلي " الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريقة التبرع" [2].

إن المقصود بعبارة "مضاف إلى ما بعد الموت" ، هو أن الوصـــية تنفذ إلا بعد موت الموصي ، فأثر الوصية ينعدم في الفترة بين صدورها عن الموصي ووفاته عكس الهبة التي تنتج آثارها في الحال[3].

والأصل أن الوصية تثبت بموجب عقد تصريحي يحرر من قبل الموثق، تراعي فيه جميع الإجراءات والترتيبات الواجب توافرها في العـــــقود الاحتفالية ، بحضور الشهود والموصي أو وكيله ، أما الاستثناء فتثبت بموجب حكم قضائي ، يؤشر به على هامش أصل الملكية[4].

ويجدر الإشارة إلى أن الوصية مقدمة على الميراث، فيأخذ الموصى لهم ومن في حكمهم بعد سداد الديون بما لا يجاوز ثلث وما يجاوزه إلا برضى الورثة أما الباقي للورثة[5].

الفرع الأول: الوصية في مرض الموت لوارث في الملكية العقارية

إذا كانت الوصية لوارث في الملكية العقارية فإنها لا تنفذ في شيء من التركة ، كثيرا كان أم قليلا إلا بإجازة الورثة[6] .

وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 189 من قانون الأسرة : "لا وصية

1- إبتسام جليلي ، المرجع السابق، ص 96.

2 - أنظر : المادة 184 ، القانون 11/84، السابق ذكره.

3 - محمد زهدور،المرجع السابق ، ص32 .

4 - حمدي باشا عمر، عقود التبرعات الهبة- الوصية -الوقف، دار هومة، الجزائر، 2014، ص73.

5 - أسعد فاطمة، المرجع السابق، ص401.

6- أسعد فاطمة، المرجع نفسه، ص335.

لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي"[1].

وتجد الإشارة هنا أن حماية حقوق الورثـــــــــة والدائنين مكفولة قانونا إذا كانت الوصية لوارث، ويشرط في الإجازة أن يكون المجيز من أهل التبـــــــرع ، فإن لم يكن كذلك فلا تصح إجازته، وينبني على ذلك أن إجازة كل من الصبي والمجنون والمعتوه غير معتد بها لأن كلا منهم ليس أهلا للتبرع ، وكذلك المحجور عليه لسفه ومثله المريض مرض الموت، فهو محجور عليه في ثلث إذا كان المجاز له غير وارث له[2].

الفرع الثاني: الوصية في مرض الموت لغير وارث في الملكية العقارية

إن الوصية في الملكية العقارية لغير وارث في التشريع الجزائري موقوفة فيما زاد عن ثلث التركة على إجازة الورثة، وهذا ما نص عليه المشرع في نص المادة 185 في حدود ثلث التركة، وما زاد عن الثلث تتوقف على إجازة الورثة[3] .

وتجدر الإشارة هنا أن الفقهاء يرون أن الوصية لغير وارث إذا تجاوزت الثلث فإنها تقع باطلة بالنسبة للزيادة أما إذا أجازها الورثة فإنها تأخذ حكم الهبة من أموالهم[4].

والسؤال المطروح هنا هو في حالة عدم وجود ورثة أصلا للمريض مرض الموت، فكيف سيتم تطبيق نص المادة 185 من قانون الأسرة وهو مالم نجد إجابة في التشريع الجزائري.

وهناك رأي للمالكية مفاده: أنه إذا لم يكن للموصى من وارث فالزيادة على الثلث باطلة تؤول إلى الخزينة العامة ، تعد الوصية من أصل الأحوال الشخصية، لذا فإن المشرع نص بالمادة 775 من القانون المدني[5] ، على سريان قانون الأحوال الشخصية و النصوص المتعلقة بها عليها، وذلك في الفصل المتعلق بطرق اكتساب الملكية ، و أورد أحكامها في قانون الأسرة بالمواد من 184 إلى 201 منه[6].

وللوصية تعريفات متعددة ، حيث عرفـــها البعض بأنها تبرع مضاف إلى ما بعد الموت ، أما الدكتور علي علي سليمان فقد عرفها بأنها "تصرف في التركة يضاف إلى ما بعد

1- أنظر: المادة 189 ،القانون11/84، السابق ذكره.

2- إبتسام جليلي المرجع السابق، ص 94.

3- أسعد فاطمة، المرجع السابق، ص397.

4- حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 74.

5- أنظر : الأمر 58/75 ، السابق ذكره.

6- أنظر: القانون 11/84، السابق ذكره.

الموت" مستخدما مصطلح "يضاف" بدلا من "مضاف"، مؤكدا بذلك على الأثر المستقبلي لنفاذ التركة .

كما أن قانون الأسرة لم يبتعد عن هذا التعريف في المادة 184 منه حيث نصت على أن : "الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع".

و يستخلص من ذلك ما يلي :

– إن إستعمال مصطلح "تمليك" يجعل هذا التعريف جامعا و شاملا لكل أنـــواع الوصايا، سواء كانت منقولات أو عقارات.

– إن المقصود بعبارة "مضاف إلى ما بعد الموت" هو أن الوصية لا تنفذ إلا بعد الموت الموصي، و بالتالي يخرج عن هذا التعريف الهبة .

– يستخلص من مصـــــطلح "تبرع" إخراج الوصايا التي موضوعها على بيع أو إيجار لشخص ما ، وذلك باعتبار الوصية تتم بدون عوض.

بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة و الشريعة الإسلامية ، فإنها تشترط لإنشاء الوصية توافر جملة من الأركان قسمها معظم الفقهاء إلى أربعـــــــــــــــــة، وهـــــي الصيغة، الموصي، الموصى له و الموصى به، نفصلها على النحو التالي :

أولا : الصيـغة

إن الأصل في فيها أن تكون منجزة ، و لا يخرج عن هذه القاعدة إلا الوصية ، و ذلك بحكم طبيعتها لأنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، و بالتالي فإن صيغتها لا تكون إلا مضافة إلى أجل[1]، و الأجل هنا هو وفاة الموصي ، كما يمكن أن تكون صيغة الوصية معلقة على شرط بحيث إذا تحقق هذا الشرط أصبحت الوصية قائمة ، و رغم ذلك تظل مضافة إلى أجل .

وقد إختلف الفقه في ركن الصيغة من حيث توافق الإرادتين ، أي الإيجاب و القبول وإنقسموا في ذلك إلى آراء :

فمنهم من يقول أن الوصية تلزم بالموت من غير حاجـــــــــة إلى قبول ، وأنها لا ترتد بالرد عنده ، وحجته أن ملك الموصى له يثبت بالخلافة كما يثبت ملك الوارث[2].

1 – حمدي باشا عمر ،عقود التبرعات الهبة – الوصية – الوقف، المرجع السابق ، ص 75.

2 – حمدي باشا عمر ،عقود التبرعات الهبة – الوصية – الوقف، المرجع نفسه ، ص 76.

و يرى جمهور الفقهاء أن للموصى له حق الرد، لأنه لا شيء يدخل في ملك الإنسان جبرا عنه غير الميراث ، و لأن الموصى له يجب أن يعطى حق الرد دفعا لاحتمال الضـــرر [1].

و قد إتفق الفقهاء على ما يلي :

– أن القبول لا يكون إلا بعد الوفاة ، و لا عبرة به في حياة الموصي .

– أن الوصية تنشأ بما يجاب من الموصي ، و لكن شرط ثبوت الملكية أو لزومها هو القبول بعد وفاته ، لأن القبول إنما هو لثبوت الملكية لا لإنشاء التصرف .

– أن القبول أو الرد لا يشترط فور وفاة الموصي، بل يثبت على التراخي ، و أنه يقبل عن المجنون و المعتوه و الصبي غير المميز ممن له الولاية عليه.

أما قانون الأسرة فقد اشترط في المادة 191 فقرة1 منه تصريح الموصي بالوصية فقط دون حاجة لاقترانه بالقبول من الموصى له و أكدت المادة 197[2] منه على ما يلي "يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي"، وهذا ما يبين نية المشرع في اعتبار الوصية تصرفا ينشأ بالإرادة المنفردة للموصي، بحيث أكد على وقوع القبول بعد الوفاة و بالتالي عدم اقترانه بالإيجاب، و عليه فإن القبول لا يكون إلا شرطا للزوم الوصية ، و به تثبت ملكية الموصى به.

أما بالنسبة للتعبير عن هذه الصيغة ، فقد اختلفت المذاهب في وسائله من عبارة وكتابة و إشارة...إلخ[3] ، و بالرجوع إلى الأحكام العامة للقانون المدني فإن التعبير عن الإرادة حسب المادة 60 منه يكون باللفظ ، و بالكتابة ، أو بالإشارة المتداولة عرفا ، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه ، و يجوز أن يكون ضمنيا حسب الفقرة الثانية منها .

هذا بالنسبة لركن الصيغة، أما بقية الأركان من موصي، وموصى له ، وموصى به فإن بعض الفقهاء يوردها في باب شروط الوصية ويعتبرونها شروطا لا تصح الوصية إلا

2– أحمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، د ط ، دار الفكر العربي ،مصر ، 1988، ص18.

2 – أنظر: القانون 11/84، السابق ذكره.

3 – أحمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، المرجع السابق ، ص 18 .

بها[1].

ثانيا : المـوصي

نصت المادة 186 من قانون الأسرة على شروط يجب توافرها في الموصي لصحة الوصية بقولها: "يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغا من العمر تسعة عشرة (19) سنة على الأقل". أي أنها تشترط أن يكون الموصي من أهل التبرع بتوافر ما يلي :

1- **سلامة العقل** : تطبيقا للمادة 186 السابقة الذكر[2] فإن وصية المجنون تعد باطلة بطلانا مطلقا باعتباره عديم الأهلية ، كما ينطبق هذا الحكم أيضا على المعتوه ، وحسب المـــــــذهب المالكي، فإن الوصية متى صدرت صحيحة لا تبطل بزوال أهلية الموصي بعد ذلك .

2- **البلوغ** : إن الوصية تبرع مالي، وهي من التصرفات الضارة ضررا محضا، إذ لا يقابلها عوض ، و عليه فإن الوصية الصادرة عن صبي مميز تكون باطلة بطلانا مطلقا ، و لذا فإن المشرع أكد على شرط البلوغ تنص المادة 186 من قانون الأسرة ، و هو المبدأ الوارد بنص المادة 40 من القانون المدني التي تحدد سن الرشد القانوني ببلوغ 19 سنة كاملة ، و التي هي نفس السن الواردة بالمادة 186 من قانون الأسرة .

3- **الرضا** : يجب أن يتوافر رضا الموصي بالإيصاء ، كما هو الحال في باقي التصرفات خاصة في الهبات و التبرعات ، و إلا كانت غير صحيحة ، و لهذا فمن المتفق عليه فقها و قضاء أن وصية المكره و المخطىء باطلة ، كما لا تصح وصية السكران ، لأنه لا قصد له و الوصية هنا تضر بورثته ، إذ القاعدة المقررة في هذا الشأن أنه "لا ضرر و لا ضرار"[3].

ثالثا : الـموصى لـه

يشترط في الموصى له أن يكون موجودا، معلوما، أهلا للتملك، و الإستحقاق، ، و لا قاتلا للموصي .

1- **أن يكون الموصى له موجودا** : و هذا عند إنشاء الوصية ، و وجوده قد يكون

---

1 – احمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، المرجع نفسه ، ص 51.

2 – أنظر: القانون 11/84، السابق ذكره.

3 – حمدي باشا عمر ، عقود التبرعات الهبة – الوصية – الوقف، المرجع السابق، ص 76.

حقيقة ، أو حكما كالحمل.

فقد تعرضت لمسألة الوصية للحمل كل من المادة 187 من قانون الأسرة التي نصت على أنه : "تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا..." ، والمادة 134 منه التي جاء فيها : "لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا، و يعتبر حيا إذا ولد صارخا ، أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة" ، وكذا المادة 25 من القانون المدني التي تنص في فقرتها الثانية : "على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا" .

و إتفقت كل هذه المواد في ضرورة الولادة المصحوبة بعلامة ظاهرة للحياة [1] ، و هذا ما جاء موافقا لما ذهبت إليه أحكام الفقه الإسلامي .

2- **أن يكون الموصى له معلوما** : وذلك بالتعيين بالإشارة أو بالإسم أو جهة معينة ، و يقصد بهذا الشرط ، ألا يكون الموصى له مجهولا جهالة مطلقة و فاحشة لا يمكن دفعها ، وإلا بطلت الوصية ، كما لو أوصى شخص لطالب من الجامعة مثلا دون ذكر إسمه ، و يرجع تقدير معلوم الموصى له للقاضي .

3- أن يكون الموصى له أهلا للتملك و الإستحقاق ، أما قانون الأسرة فقد أغفل هذا الشرط ، و قد يفهم ذلك حسب بعض الفقهاء ، من أن الوصية لمن ليس أهلا للإستحقاق قد تكون صحيحة في بعض الحالات ، كالوصية لبناء مسجد أو مدرسة لكنها لا تكون للتمليك ، بل مجرد وصية بتصرف ، أي إخراج مال من تركته [2] .

4- **ألا يكون الموصى له جهة معصية** : و يقصد بالجهة المعصية الجهة المحرمة شرعا ، و قانونا، فالوصية شرعت لتكون قربة أو صلة ، و شرعت للإصلاح و الخير ، لا من أجل الفساد و المنكر و الخروج عن المعقول .

و لذا فلا يصح للمسلم أن يوصي لجهة حرمتها الشريعة الإسلامية كالوصية لدور اللهو، و الكنائس، و المعاهد التي لا تخص المسلمين[3] .

و بالرجوع إلى القانون المدني فإننا نجده أقرب إلى هذا الرأي من خلال المواد 97 و98

---

1 - العربي بلحاج ،الوجيز في شرح قانون الأسرة ،الجزء الثاني ، الميراث و الوصية ،الطبعة الثالثة ،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر ،د ت ن ، ص 257.

2 - العربي بلحاج ، المرجع نفسه ، ص 259.

3 - العربي بلحاج ، المرجع نفسه ، ص 260.

منه [1].

5- ألا يكون الموصى له قاتلا للموصي

بالرجوع إلى قانون الأسرة ، فإنه اشترط قتل الموصى[2] ، فالعبرة إذن بالقتل العمد عدوانا بدون حق و ليس بالقتل الخطأ ، و هذا ما يساير ما جاءت به احكام قانون الأسرة المتعلقة بالميراث بصفة عامة [3]، وعليه فإنه لا يستحق الوصية قاتل الموصي عمدا سواء كان فاعلا أصليا أو شريكا أو شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام و تنفيذه ، و لا يستحقها من كان عالما أو مدبرا للقتل و لم يخبر السلطات المعنية ، و يشترط هنا أن يكون الموصى له أهلا للمسؤولية الجزائية دون عذر قانوني ، و ألا يكون في حالة دفاع شرعي .

و لقد خالف المشرع الجزائري أغلب القوانين العربية في شرط ألا يكون الموصى له وارثا للموصي و هذا في المادة 189 من قانون الأسرة التي تنص على أنه : "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي" ، و اعتبر الوصية لوارث صحيحة ، و لكنها موقوفـــة على إجازة خاصة من الورثة ، و يستخلص ذلك من النسخة الفرنسية لهذه المادة التي تعتبر أن الوصية لوارث لا تنتج أثرها إلا إذا أجـــازها الورثة بعد وفاة الموصي ، و عليه فهي صحيحة ، و لكن أثرها لا يسري إلا بإجازة الورثة ، و يجب الإشارة هنا أنه إذا أجاز بعض الورثة الوصية و لم يجزها البعض الآخر كانت نافذة في حق من قبلها دون أن تنفذ في حق من لم يقبلها من الورثة [4].

و المشرع الجزائري بهذا الموقف قد تفادى خلق الشقاق و الأحقاد بين الورثة، بمنع الوصية للوارث بصفة مطلقة، ، وذلك تجاه بعض الحالات المشروعـــة كالولد المصاب بعاهة أو مرض مزمن، و يريد والده الإيصاء له لتأمين حياته و لعلاجه ، كما انه قد اجتنب أيضا ما قد يثير البغضاء بين آحاد الأسرة بالسماح المطلق لنظام الوصية للوارث [5].

1 – أنظر: الأمر 58/75، السابق ذكره.

2 – أنظر: المادة 88 ، القانون 11/88 ، السابق ذكره .

3– أنظر: المادة 137 ،القانون 11/88، السابق ذكره .

4 – حمدي باشا عمر ، عقود التبرعات الهبة – الوصية – الوقف، المرجع السابق ، ص 80.

5 – حمدي باشا عمر ، عقود التبرعات الهبة – الوصية – الوقف المرجع نفسه ، ص 80.

رابعا : المـوصى بـه

يشترط في الموصى به وهو في موضوع دراستنا محله العقار بأن يكون قابلا للتوارث ، و أن يكون قابلا للتمليك ، كما يشترط أن يكون موجودا عند الوصية وغير مستغرق بالدين و ألا يزيد عن ثلث التركة .

1- أن يكون الموصى به مالا قابلا للتوارث :

وهذا ما جاء في قانون الأسرة ، في مادته 190 التي تنص : " للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها و التي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة" ،و عليه فقد أجاز الوصية بالمنافع لمدة معينة أو غير معينة و في هذه الحالة الأخيرة تنتهي بوفاة الموصى له .

2- أن يكون الموصى قابلا للتمليك :

أما قابلية الموصى به للتمليك فيقصد بها أن يكون مما يجوز تملكه بعقد من العقود كالبيع أو الهبة بإعتبار الوصية تمليكا (المادة 184 من قانون الأسرة)، و عليه لا تصح الوصية بالأموال المباحة غير المملوكة بعقد معين ، و لا بالوظـــائف العامة أو الأموال العامة ، و غيرها من الحقوق الشخصية و المهنية المحضة [1].

3- أن يكون الموصى به موجودا عند الوصية : و هذا الشرط متفق عليه إذا كان المال معينا بالذات أو جزء شائعا في مال معين، فيجب أن يكون الموصى به هنا في ملك الموصي عند إنشاء الوصية، و لذا لا تصح الوصية بملك الغير حتى و إن ملكه بعد الوصية ثم مات، و إن أجازها الغير بعد الوفاة فيكون ذلك هبة منه و لا تتم إلا بالقبض[2] .

و هذه الأحكام أكدها المشرع الجزائري في المادة 190 من قانون الأسرة التي تشترط أن يكون الإيصاء بالأموال التي يملكها الموصي عند الوصية ، و يقصد هنا الأشياء المعينة بالذات ، أما إذا كان الموصى به غير معين بالذات و لم يكن جزء في شيء معين و لا نوع معين ، بل كان شائعا في المال كله فيشترط وجوده عند الوفاة ، وإلا بطلت الوصية .

إلا أن هناك مسألة تصح فيها الوصية مع أن الموصى به غير موجود وقت الوصية و لا وقت الوفاة، و ذلك إذا ما أوصى بمحصول بستانه ما دام حيا، لأن الوصية بالمحصول من قبيل الوصية بالمنافع ، و هذه الأخيرة تجوز الوصية بها مع أنه يحصل عليها

1 – حمدي باشا عمر ، عقود التبرعات الهبة – الوصية – الوقف ، المرجع السابق، ص 55.

2 – أحمد أبو زهرة ،شرح قانون الوصية، المرجع السابق ، ص 100.

وقتا بعد آخر في المستقبل بعد وفاة الموصي[1].

4- **ألا يكون الموصى به مستغرقا بدين** : يشترط لنفاذ الوصية ألا يكون الموصي مدينا بديون تستغرق جميع ماله ، وذلك لأن ديون العباد مقدمة على الوصية و الإرث لتعلق حق الدائنين بأموال المدين ، فالديون تأتي في المرتبة الثانية بعد المصاريف الشخصية كالدفن بالقدر المشروع حسب المادة 180 من قانون الأسرة ، فأداؤها واجب بينما الوصية في غير الواجبات مندوبة أو مباحة ، و الواجب مقدم على المندوب و المباح في أحكام الفقه .

وقد تصح الوصية بمال مستغرق بالدين إذا أبرأه الدائنين و أسقطوا ديونهم ، أو إذا أجازوا إنفاذ الوصية قبل الدين [2].

5- **ألا يزيد الموصى به عن ثلث التركة** : نصت المـــادة 185 من قانون الأســـــــرة على أنه : " تكون الوصية في حدود ثلث التركة ، وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة" ، وهذه هي الحدود الشرعية و القانونية للوصية .

وبوصف الوصية تصرفا في التركة مضافا إلى ما بعد الوفاة ، تتحقق فيها الخلافة في المال بالوفاة ، فهي تقترب من الميراث كسبب من أسباب كسب الملكيـــة ، و تختلف عنه من حيث الإختيار، فالمشرع لما نظم حدود الوصية وجعل أحكامها كوسيلة للحماية من تصرفات المريض مرض الموت ، خطر التصرفات التبرعية أكبر سواء تمت لـــوارث أو لغيره ، وذلك باعتبار الوصية مساسا في الصميم بالتركة التي ستؤول إلى الورثة المحتملين .

و تطبيقا لقاعدة عدم جواز الإيصاء لوارث إلا بإجازة الورثـــــــــــة الآخرين ، يجب الإشارة إلى أن العبرة في تحديد صفة الوارث هي من تاريخ وفـــاة الموصي ، لا من تاريخ إنشاء الوصية ، كما أن العبرة بالإجـــازة التي يعبر عنها بعد وفاة الموصي لأن الوصية تمليـــــــك مضاف إلى ما بعد الموت ، وهذا ما جاءت به المادة 189 من قانون الأسرة .

و يشترط في صحة الإجازة ، أن تقع فيما يملك الورثة ، كما أن الوارث الذي تعتبر إجازته هو الوارث الذي يكون أهلا للتبرع ، وهو كامل الأهلية ، البالغ ، العاقل ،الذي لم يحجر عليه وذلك لأن الإجازة تبرع و التبرع تصرف ضار ضررا محضا ، لذا فإذا كان الوارث عديم الأهلية أو ناقصها للأسباب التي يقررها القانون ، فإن تصرفه بالإجازة يكون

1 - أحمد أبو زهرة ،شرح قانون الوصية، المرجع السابق ، ص 102.

2 - أحمد أبو زهرة ،شرح قانون الوصية، المرجع نفسه ، ص 104.

باطـــــــلا بطلانا مطـلقا طبقا للمواد 40، 42، 43، و 44 من القانون المدني و المواد 81، 82،و 83 من قانون الأسرة [1].

إضافة إلى ذلك لا بد أن يكون الوارث عالما علما كاملا بالوصية ليجيزها لأن الجهالة تمنع صحة التصرف ، ومن القيود الواردة على الوصية ما تعلق بالموصى به، و المتمثلة في إشتراط حدود للوصية هي عدم تجاوز الموصى به ثلث التركة ، و قد نصت المادة 185 من قانون الأسرة على ما ذلك بـ " تكون الوصية في حدود ثلث التركة ، و ما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة" ، بالرجوع إلى المادة 185 من قانون الأسرة نجدها اكتفت بالنص على أن الوصية تكون في حدود الثلث و أن ما زاد عنه يتوقف على إجازة الورثة ، و تجدر الإشارة إلى أنه لو أجاز بعض الورثة الزيادة عن الثلث ، و امتنع بعضهم عن الإجازة نفذت الوصية في حق المجيز، و بطلت الزيادة عن الثلث في حق غيـــــر المجيز، و الإجازة المعتبرة تكون بعد الوفاة ، و لا عبرة بالإجازة قبل الوفاة ، لأن تنفيذ الوصية هو وقت الوفاة و قبل ذلك لا يعرف الورثة على التعيين ، كما أن الصفة التي هي سبب الحق لم تتحـــــقق بعد ، والإجازة تبرع بحق و لا يكون التبرع قبل ثبوت الحق كما أنه يجب أن تكون الإجازة صريحة لا يساورها أدنى شك ، و يشترط في الوارث المجيز أن يكون أهلا للتبرع كما سبق بيانه ، و عليه لا يثور الإشكال في حالة تجاوز الموصى به ثلث التركة و وجد ورثة يجيزونه أو يرفضونه ، و إنما يطرح في حالة عدم وجود ورثة للموصي ، أما قانون الأسرة فإنه أغفل هذه الفرضية – أي عدم وجود الورثة – و ذلك بعدم النص عليها ، لكن بالرجوع للقواعد العامة في الميراث الواردة بالمواد من 126 إلى 183 من قانون الأسرة فإن المادة 4/180 منه تنص على أنه في حالة عدم وجود وارث فإن التركة تكون من حق الخزينة العامة[2].

وإضافة إلى ما سبق ، يجب لتطبيق هذه الأحـــــــــكام أن نحدد وقت تقدير الثلث وكيفية تقديره ، فبالنسبة لوقت تقـــــدير الثلث ، فقد اختلفت في ذلك آراء الفقهاء ، و الخلاف قائم على أساس استقرار الملكية، و الزيادة أو النقصان في التركة بعد موت الموصي و قبل القسمة ، فالرأي المشهور عند المالكية و الأحناف أن وقت تقدير ما يتركه الموصي هو وقت القسمة، و قبض كل من الورثة و الموصى له حقوقهم؛ لأنه الوقت الذي تنفذ فيه الوصية ،

1 – أحمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية، المرجع السابق ، ص 105.

2 – أحمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، المرجع نفسه ، ص 105.

أما الشافعية و الحنابلة فإنهم يرون أن وقت تقديره وقت الوفاة؛ و ذلك لأن الوصية تلزم بالموت من جهة الموصي و يثبت بها الملك للورثة، و الموصى له [1].

والقانون الجزائري لم يورد نصا فيما يخص هذه المسألة، و عليه يستوجب الرجوع إلى ما جاء به في الشريعة الاسلامية تطبيقا للمادة 222 من قانون الأسرة .

أما بالنسبة لكيفية تقدير التركة ، فيجب أولا توضيح أن تقدير التركة لا يكون إلا بعد سداد الديون ، فالثلث المعتبر هو مما يكون تركة خالصة من كل دين ، لأن الورثة يخلص لهم ثلثا الباقي بعد سداد الديون ، وهذا ما يستشف من المادة 185 من قانون الأسرة بقولها : "تكون الوصية في حدود ثلث التركة" .

المطلب الثاني: الهبة في مرض الموت

لقد نصت المادة 204 من قانون الأسرة والمادة 776 من القانون المدني على أحكام الهبة في مرض الموت.

حيث جاء في نص المادة 204 من قانون الأسرة على أن:" الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية" ، ويستفاد من هذه المادة أن الواهب إذا تصرف في أمواله بأن وهب جزءا منها أو كلها وهو في مرض الموت أو تصرف بذلك وهو في حالة من الحالات المخيفة، فإن تصرفه هذا يأخذ حكم الوصية.[2]

ولقد جاءت هذه المادة تكريسا للقواعـــــــد العامة لما نصت عليه المادة 776 من القانون المدني، والتي تنص على أن " كل تصرف قانوني يصدر عن الشخص في مرض الموت بقصد التبرع يعني تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت تسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف" ، والهبة إذا كان موضوعها تصرفا في عقار، فإنه يشترط فيها الرسمية للانعقاد طبقا لنص المادة 206 من قانون الأسرة إذ جاء فيها: " تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم الحيازة مع مراعاة أحكام التوثيق في القارات والإجراءات الخاصة في المنقولات" [3].

ويحق لصاحب المصلحة الطعن فيها بعد الوفاة إذا ثبت أن المتصرف أبرم الهبة في

---

1 – العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص 297.

2– إبتسام جليلي ، المرجع السابق، ص 102.

3 – إبتسام جليلي ، المرجع نفسه ، ص 102.

العقار في مرض الموت لكي نستفيد من أحكام الوصية وهي الحماية القانونية لحقوق الورثة ولدائنين ، هذا مالم يثبت من صدر التصرف خلاف ذلك، وأنه قدم عوضا لذلك وبالتالي لا يتأثر بإجازة الورثة وتقييد تصرف المريض ، وتجدر الإشارة هنا أن التقيد لا علاقة له بنقص أو إنعدام الأهلية ، فالمريض يكون كامل الأهلية فلو إنعدمت وأثبت ذلك ، فتخرج في هذه الحالة من دائرة حكم تصـرفات مرض الموت، وتسري عليها أحكام نقص أو انعدام التمييز على حسب الأحوال[1].

الفرع الأول: هبة المريض مرض الموت لوارث

الهبة عقد يتم حال الحياة لأنها تنتج أثرها في حياة الواهب ، على خلاف الوصية التي تنتج أثرها بعد وفاة الوصي ويستوي أن يكون محل التزام الواهب نقل ملكية عقار أو أي حق عيني آخر متفرع عن حق الملكية كحق الانتفاع أو الاستعمال ، والأصل في الهبة أنها تتم دون عوض ، حيث لا يتلقى الواهب مقابلا لها ، إلا أن هذا لا يمنع أن يشترط القيام بالتزام معين دون أن يتجرد الواهب عن نية التبرع ، فإذا تمت الهبة لأحد ورثته فهنا تتوقف على إجازة الورثة، أو تكون باطلة لأن المشرع الجزائري طبق على التصرفات التبرعية أحكام الوصية طبقا لنصوص المواد 204 من قانون الاسرة والمادة 776 من القانون المدني[2].

وتجدر بنا الإشارة هنا أن المشرع الجـــــــــزائري حكم وفق ما تقتضيه الشريعة الاسلامية ، والجدير بالذكر أن أحكام المادة 777 من القانون المدني التي تعتبر كل تصرف قانوني يحتفظ فيه بحيازة العين وصية مستترة ، حيث حسم هذا الخلاف بأن قرر أن التوثيق والإجراءات الخاصة بالتسجيل والشهر للعقار المتصرف فيه بالهبة لوارث تغني عن الحيازة.

حيث نص المشرع في المادة 208 من قانون الأسرة على: " إذا كان الواهب ولي الموهوب له، أو زوجه أو كان الموهوب مشاعا، فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة " [3].

وبالتالي يكون بقاء الحيازة في يد الواهب الذي هو ولي الموهوب أو زوجه ليس دليلا ماديا ولا قرينة قانونية أو قضائية على صورية الهبة ، لأنه في الأحوال العادية يكون الولي

1- إياد محمد جاد الحق، المرجع السابق، ص 528.

2- إياد محمد جاد الحق، المرجع نفسه، ص 534.

3- إياد محمد جاد الحق، المرجع نفسه، ص 534.

وصيا على القاصر وتكون أمواله تحت حيازته ، الفعلية وبالتالي يكفي أن تقوم إجراءات التوثيق محل الحيازة[1].

وإجازة الورثة بعد إثبات وقوع التصرف في مرض الموت، يطبق عليها أحكام التصرفات التبرعية، بحيث لابد أن تصـــــــــدر ممن يجوز له التصرف، وقد يجيز التصرف جزء من الورثة فقط، وهنا يحسب نصيب كل وارث حسب قيمة العقار.

الفرع الثاني: هبة المريض مرض الموت لغير وارث

حسب نص المادة 185 من قانون الأسرة ، فإن الهبة في العقار الذي لا تزيد قيمتها عن ثلث التركة إذا كان التصرف صادرا في مرض الموت، فإن الهبة تصح ولا تتوقف على إقرار الورثة[2].

لأنه تطبق عليها أحكام الوصية حسب نص المادة 204من قانون الأسرة والوصية موقوفة على ثلث التركة، إذا كانت لغير وارث، وتطبق أحكامها بعد إستيفاء الديون ولم تكن التركة مستغرقة، فإن كانت كذلك فإن حكم الهبة كأن لم تكن ، و في حالة عدم وجود ورثة للمريض مرض الموت ، الذي أبرم تصرف للهبة في العقار بما يزيد عن الثلث ماهو مصير هذا العقد ، وكيف يتم تطبيق نص المواد 204 من قانون الأسرة وكذلك نص المادة 776 مدني ، وما يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يبين أحكام تضبط هذه الحالة لذلك وجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية ، كما تجدر الإشارة أن الهبة للعقار بمرض الموت لصالح المنفعة العامة ، تأخذ حكما خاصا جاء في نص المادة 212 من قانون الأسرة : " الهبة بقصد المنفعة العامة ، لا رجوع فيها" [3].

ويلاحظ في نصل المادة 212 من قانون الأســــــــــرة أنها أعطت حكما خاص مخالفا لما سبق، وهذا حماية للمنفعة العامة والمصلحة العامة للأفراد.

المطلب الثالث: وقف المريض مرض الموت للعقار

الوقف هو حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق[4]، وحسب

1- نبيل صقر، المرجع السابق، ص107.

2- نبيل صقر، المرجع نفسه، ص 109.

3- نبيل صقر، المرجع نفسه، ص 109.

4- أنظر : المادة 213، القانون 11/84،السابق ذكره .

نص المادة 214 من قانون الأسرة التي جاء نصها: " يجوز للواقف أن يحتفظ بمنفعة الشيء المحبس مدة حياته على أن يكون مال الوقف بعد ذلك إلى الجهة المعنية".

وتجدر الإشارة هنا أن الوقف يطبق عليه أحكام الهبة، حيث نصت على ذلك المادة 215 من قانون الأسرة بـ " يشترط في الوقـــــــف والموقوف ما يشترط في الواهب والموهوب" ، وتستوجب المادة 41 من القانون 91-10 المتعلق بالأوقاف المعدل المتمم، بأن يقيد الوقف بقيد رسمي لدى الموثق، وأن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري ، هذا العقد الرسمي يجوز المطالبة بإبطاله طبقا لنص المادة 32 من القانون 91-10 المتعلق بالأوقاف المعدل المتمم ، من قبل الدائنين وكان الدين يستغرق جميع أملاكه [1].

وعلى هذا الأساس ستتم دراسة هذا الطلب على أساس إذا كان المريض مرض الموت مدينا للغير، وفي حالة ما إن لم يكن مدينا.

الفرع الأول: وقف المريض مرض الموت وهو مدين

نظرا للأهمية البالغة للوقف ، بإعتباره وجه من وجوه البر والإحسان ، إذ يقصد من ورائه التصدق بالمنفعة فوقف المريض يعامل كوصيته ، إذ ينفذ من الثلث للأجنبي ، أما ما زاد عن الثلث فمتوقف عن إجازة الورثة أو يتعرض للبطلان ، وهذا على إعتبار أن الديون مقدمـــــــة على الوقف ، وهذا إعـــمالا لمبدأ أن الدين مقدم على التبرع ، فإذا كان الواقف مدينا بدين مستغرق ماله كله ، فلا ينفذ وقفه إلا إذا أجازه الدائنين ، وهذا لأن المدين بدين مستغرق قد يأخذ الوقف وسيلة للتهرب من حقوق الدائنين وإلحاق الضرر بهم ، وعلى هذا الأساس يبقى وقفه متوقفا على إجازة الدائنين ، وإلا طالبوه بإبطال الوقف طبقا لنص المـــــــادة 32 من قانون 91-10 المتعلق بالأوقاف المعدل المتمم ، لأن مرض الموت يترتب عليه تعلق حقوق الدائنين ، بمال المريض من وقت نزول المرض ، حتى لا يتصرف بماله تصرفا يؤدي إلى ضياع حقوقهم.[2]

الفرع الثاني: وقف المريض مرض الموت وهو غير مدين

الوقف إما أن يكون منجزا حال الحياة ، أو مضاف إلى ما بعد الموت، أما المنجز فينفذ بمجرد صدوره من الواقف، ويجوز ان يكون في المال كله أو في نصيب معين وفقا لرغبة

1- نبيل صقر، المرجع السابق، ص 124.

2- نبيل صقر، المرجع السابق ، ص 122.

الواقف ووقف المريض مرض الموت ، إذا لم يكن مدينا يأخذ حكم الوصية ، ويكون صحيحا ونافذا ، إن كان ما وقفه لا يزيد عن الثلث ، ويتوقف فيما زاد عن الثـــــلث على إجازة الورثة لأن مورثهم غير مدين ، وبالتالي فإنهم يستحقون التركة بعد تنفيذ الوصية ، لأن الوصية مقدمة على التركة فإن أجازوه نفذ وإن لم يجيزوه بطل وإن أجازه البعض دون البعض نفذ الوقف في حق من أجازه وبطل في حق من لم يجزه[1].

ملخص الفصل الثاني :

أورد المشرع الجزائري الحكم العام الذي يحكم تصرفات المريض مرض الموت ، في المادة 776 من القانون المدني ، فالبيع العقاري يكون بإلتزام البائع بأن ينقل ملكيـــــة العقار ، أو حقا عينيا آخر في مقابل إلتزام الطرف الثاني ، وهو المشتري بثمن نقدي ، وللعقد ثلاثة أركان وهي الرضا والمحل والسبب ، وإذا تخلف أحدها لا ينعقد العقد ويكون باطلا بطلانا مطلق ، ويعتبر الشكل في التصرف المنصب على عقار ركنا ، وجزاء تخلفه البطلان المطلق ، وهذا ما يعرف بحماية التصرف بصفة عامة ، إلا أن المشرع وضع حماية خاصة تضاف إلى ماسبق ، في حالة صدور هذا التصرف من مريض الموت ، وهذا طبقا لنص المادة 408 من القانون المدني الجزائري ، في الفقرة الأولى بقولها نجد أن البيع لوارث يكون صحيحا بين المتعاقدين ، ولكنه غير نافذ في حق باقي الورثـــــة ، إلا إذا أقروه ، لأن المشرع أعطى قرينة التبرع أيا كانت التسمية التي أعطاها المتعاقدان للعقد ، وهي قرينة تقبل إثبات العكس ، و تقييد تصرفات المريض لا يرجع إلى نقص أهلية المريض ، أو عيب في إرادته لأنه لا يفقده أهليته ، بل حفاظا على حقوق الورثة و الدائنين .

و نص المشرع الجزائري على حكم بيع مريض الموت للغير في نص المادة 408 من القانون المدني ، ولقد جاء هذا الحكم غريبا لم يعرفه القانون المدني إطلاقا "...غير مصادق عليه..." و لا ندري أي معنى قانوني يقصد المشرع من ذلك ، بل أن المشرع لم يبين هل أن

1 – نبيل صقر، المرجع نفسه ، ص 122.

البيع تم دون ثمن أصلا أو بأقل من قيمة المبيع ، أو إذا كان فيه محاباة تجاوز ثلـــث التركة ، بل جاء حكمه عاما من أن البيع قابلا للإبطال لمصلحة الوارث .

هذا وقد وضع المشرع حكما خاصا لحماية الغير حسن النية ، اذا كسب عقارا أو حقا عينيا من طلب الورثة والدائنين بإبطال التصرف ، في المادة 409 قانون مدني .

ولقد أورد المشرع الجزائري حكم التبرع في نص المادة 776 من القانـــــــــون المدني ، ويلاحظ أنه قد أقام قرينة على أنه إذا صدر التصرف من مريض الموت ، فإنه يعد قد صدر تبرعا لذلك تسري عليه أحكام الوصية ، مهما كانت تسميته ، فإذا كانت الوصية لوارث في الملكية العقارية ، فإنها لا تنفذ في شيء من التركة ، كثيرا كان أم قليلا إلا بإجازة الورثة ، أما الوصية في الملكية العقارية لغير وارث ، فهي موقوفة فيما زاد عن ثلث التركة على إجازة الورثة ، وهذا ما نص عليه المشرع في نص المادة 185 في حدود ثلـــــث التركة ، وما زاد عن الثلث تتوقف على إجازة الورثة .

أما حكم الهبة في مرض الموت ، فهي كأصل عام تعتبر عقدا يتـــم حال الحـــــــياة ، لأنها تنتج أثرها في حياة الواهب ، على خلاف الوصية التي تنتج أثرها بعد وفاة الوصي ويستوي أن يكون محل إلتزام الواهب نقل ملكية عقار أو أي حق عيني آخر متفرع عن حق الملكية كحق الانتفاع أو الاستعمال ، فإذا تمت الهبة لأحد ورثته فهنا تتوقف على إجازة الورثة ، أو تكون باطلة وهذا لأن المشرع الجزائري طبق على التصرفات التبرعية أحكام الوصية ، و أيضا حسب نص المادة 185 من قانون الأسرة ، فإن الهبة في العقار الذي لا تزيد قيمتها عن ثلث التركة ، إذا كان التصرف صادرا في مرض الموت للغير، فإن الهبة تصح ولا تتوقف على إقرار الورثة ، لأنه تطبق عليها أحكام الوصية حسب نص المادة 204 والوصية موقوفة على ثلث التركة ، وتطبق أحكامها بعد إستيفاء الديون إن لم تكن التركة مستغرقة ، فإن كانت كذلك فإن حكم الهبة كأن لم تكن .

وحكم الوقف في العقار في مرض الموت أنه يقيد بعقد رسمي لدى الموثق الذي يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري ، وعلى إعتبار أن الديون مقدمـــــــة علـــــى الوقف ، وهذا إعـــمالا لمبدأ أن الدين مقدم على التبرع ، فإذا كان الواقف وهو المريض مرض الموت مدينا ، بدين مستغرق للعقار كله، فلا ينفذ وقفه إلا إذا أجازه الدائنين، وهذا لأن المدين بدين مستغرق ، قد يأخذ الوقف وسيلة للتهرب من حقوق الدائنين وإلحـــاق الضرر بهم ، لأن

مرض الموت يترتب عليه تعلق حقوق الدائنين بمال المريض ، من وقت نزول المرض ، حتى لا يتصرف بماله تصرفا يؤدي إلى ضياع حقوقهم .

ووقف المريض مرض الموت ، إذا لم يكن مدينا يأخذ حكم الوصية ، ويكون صحيحا ونافذا إن كان ما وقفه لا يزيد عن الثلث ، أما فيما زاد عن الثـلث فيتوقف على إجــازة الورثة ، لأن مورثهم غير مدين، وبالتالي فإنهم يستحقون التركة بعد تنفيذ الوصية ، لأن الوصية مقدمة على التركة ، فإن أجازوه نفذ ، وإن لم يجيزوه بطل ، وإن أجازه البعض دون البعض ، نفذ الوقف في حق من أجازه وبطل في حق من لم يجزه.

الخاتمـــة

من خلال الدراسة للموضوع تبين أن المريض مرض الموت ، هو كل شخص أعجزه المرض عن القيام بمصالحه المعتادة ، سواء ألزمه البيت أم لم يلزمه ، وتبين أنه من الأمراض الخطيرة التي تولد في النفس خوف الموت ، ثم يموت بالفعل بعد تصرفه في الملكية العقارية .

فجميع تصرفاته التي يبرمها في فترة المرض ، تأخذ أحكاما تختلف عن أحام الأصحاء والسبب في ذلك يرجع إلى تعلق حق الورثة والدائنين بأموال المريض ، وبغض النظر عن نوع هذا التصرف سواء كان بيعا أو تبرعا بالمحاباة ، لوارث أو لأجنبي ، فإنه معلق على إقرار الورثة بنسبة حصة كل منهم من الميراث ويطبق على الإقرار ما يطبق على التصرف بالتبرع .

وأورد المشرع الجزائري الحكم العام ، الذي يحكم تصرفات المريض مرض الموت في المادة 776 من القانون المدني ، فالتصرف العقـــــــاري في مرض الموت ، يكون صحيحا بين المتعاقدين ، ولكنه غير نافذ في حق باقي الورثة إلا إذا أقروه ، لأن المشرع أعطى قرينة التبرع أيا كانت التسمية التي أعطاها المتعاقدان للعقد ، وهي قرينة تقبل إثبات العكس ، و تقييد تصرفات المريض ، لا يرجع إلى نقص أهلية المريض أو عيب في إرادته لأنه لا يفقد أهليته ، بل حفاظا على حقوق الورثة و الدائنين .

ويستنتج من الدراسة لأحكام تصرفات المريض مرض الموت وفقا لنصوص المشرع الجزائري مايلي :

- أن المشرع الجزائري لم يبين المقصود بمرض الموت ولم يحدد شروط تحققه .
- ألحق المشرع الجزائري الأمراض المخيفة بمرض الموت .
- عبء إثباته مرض الموت على الورثة ، أما عبء إثبات التصـــــــرف على المتصرف له ، وكفل للورثة إثبات الواقعة المادية بكافة وسائل الإثبات .
- أن التصرفات العقارية في مرض الموت تخضع للقواعد الخاصة بالشكلية والتسجيل والشهر
- أن المشرع أعطى حكم الوصية ، لجميع تصرفات المريض مرض الموت في الملكية العقارية التي لم يتم فيها إثبات أن التصرف معاوضة خاليه من المحاباة .

التوصيات :

وجوب إعادة النظر في نص المادة 408 من القانون المدني في النقاط التالية :

* تعديل المادة بإضافة نص صريح لحالة إقرار الورثة لبـــــيع المريض مرض الموت لأجنبي.

* تفسير اللبس الحاصل في مصطلح "غير مصادق"، والتي انفرد بها المشرع الجزائري دون غيره

* وكذلك تفسير حكم الإبطال لبيع المريض لغير وارث .

* وضع أحكام تضع قيمة العقار المتصرف به في الحسبان لتفريق البيع بالمحاباة عن البيع الحقيقي

* وضع أحكام صريحة للدائنين .

* الترجمة الدقيقة للمادتين بالنسخة العربية والفرنسية.

قائمة المصادر

والمراجع

أولا: قائمـــــة المصـــــادر

1- الأوامـــــر:

- الأمر 91/70 ، المؤرخ في 1970/12/15 ، يتضمن قانون التوثيـــق ، ج ر رقم 107 ، الصادرة بتاريخ 1970/12/25 .
- الأمر 58/75، المؤرخ في 1975/12/26، يتضمن القانون المدني، ج ر رقم 78، الصادرة بتاريخ 1970/09/30.
- الأمر 74/75، المؤرخ في 1975/11/12، يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج ر رقم 92، الصادرة بتاريخ 1975/12/18.
- الأمر 105/76، المؤرخ في 1976/12/09، يتضمن قانون التسجيل، ج ر رقم 81 ، الصادرة بتاريخ 1977/12/18 .
- الأمر 03/06، المؤرخ في 2006/07/15، يتضمن القانون الأساسي العـــام للوظيفة العمومية، ج ر رقم 46، الصادرة بتاريخ 2006/07/16.

2- القــوانين:

- القانون11/84، المؤرخ في 1984/07/09 ، يتضمن قانون الأســـرة ، ج ر رقم 24 ، الصادرة بتاريخ 1984/07/12 ، المعدل والمتمم .
- القانون 25/90، المؤرخ في 1990/11/18، المتضمن التوجيه العقاري، ج ر رقم 49، الصادرة بتاريخ 1990/11/18، المعدل والمتمم.
- القانون 30/90، المؤرخ في 1990/12/01، المتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج ر رقم 52، الصادرة بتاريخ 1990/12/02، المعدل والمتمم.
- القانون 02/06، المؤرخ في 2006/02/20، المتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج ر رقم 12، الصادرة بتاريخ 2006/03/01.
- القانون 03/06، المؤرخ في 2006/02/20، المتضمن تنظيم مهنة المحضـــر القضائي، ج ر رقم 12، الصادرة بتاريخ 2006/03/01.

- القانون 09/08، المؤرخ في 2008/09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج ر رقم 21، الصادرة بتاريخ 2008/04/23.

3 – المراسيم:

- المرسوم التنفيذي، 63/76،المؤرخ في 1973/03/25، المتضمن تأسيس السجل العقاري، ج ر رقم30، الصادرة بتاريخ 1976/04/13.

- المرسوم التنفيذي، 454/91،المؤرخ في 19991/11/24، المحدد لشروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة للدولة وتسييرها ويضبط كيفيات ذلك السجل العقاري، ج ر رقم52، الصادرة بتاريخ 1991/11/24.

ثانيا: قائمة المراجع :

1– قائمة الكتب :

- إبراهيم أبو النـــــــجا، السجل العيني في التشريع المصري، د ط، دار الفـــــكر العربي،مصر، 1987.

- أحمد إبراهيم بيك و علاء الدين أحمد إبراهيم واصل، انتقـــال ما كان يملكـــــــه الإنسان حـــال حياتـــه إلى غيـــره بعد المـــوت التركـــة و الحقوق المتعلقة بها المواريـث علـما و عمـــلا الوصيـــة تصرفات المريـض مرض الموت، الطبعـــة الثانية ، د د ن ، مصر 1999.

- أحمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، د ط، دار الفـــــكر العربي، مصر، د ت ن .

- أحمد أبو زهرة،شرح قانون الوصية، د ط ، دار الفكر العربي ، مصر، 1988.

- أحمد سلامة، المدخل لدراسة القانون، الكتاب الثاني (مقدمة القانون المدني " أو نظرية الحق")، طبعة 1974، دار النهضة، مصر، د. ت. ن .

- العربـي بلحاج ، الوجـيز في شـرح قانـون الأسرة ، الجـزء الثاني ، الميراث و الوصية ،الطبعة الثالثة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، د ت ن.

- جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقاريـــــة في التشريـــع الجزائري، د ط ، دار الخلدونية ، الجزائر، 2006.

- حسين محمود عبد الدائم عبد الصمد ، مرض الموت وأثره على عقد البيع دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي ، د ط ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، 2008.

- حسين عبد اللطيف حمدان ، أحكام الشهر العقاري ،د ط ، الدار الجامـــــعية للطباعة والنشر، بيروت، د ت ن .

- حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، د ط، دار هومة، الجزائـــر ،2003.

- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات الهـــبة –الوصـــية –الوقــف، د ط، دار هومة، الجزائر ،2014.

- سليمان مرقس، شرح القانون المدني العقود المسمات عقد البيع، الطبــعة4، دار الهناء للطباعة، مصر 1980.

- شمـــــس الديـــن السرخســـي، المبســـوط، الـــجزء الســـادس، د ط ، دار المعرفة ،بيروت،1989.

- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني (04) العقود التي تقــع على الملكية ، المجلد الأول: البيع و المقايضة ، د ط ، دار أحيـــاء التـــراث العربي ، بيروت ، د ت ن.

- علـــى فيـــلالي، الالـــتزام (النظـــرية العامـــة للعقـــد)، د ط، موفم للنشر، عين مليلة ،2008.

- فاروق بـــكداش، دروس في مـــادة التسجيـــل، المدرســـة الوطنيـــة للضرائب، د ط، القليعة ، د ت ن .

- فريدة محمدي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق) ، د ط ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر،2002.

- مجيد خلوفي، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر،2017.

- مجيد خلوفي، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الطبعة الثالثـــــة، دار هومة، الجزائر،2011.

- محمد حسين ، عقد البيع في القانون المدني الجزائري ، د ط ، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر، 2004.

- محمـــد زهـــدور، الوصـــية فـــي القانـــون المدنـــي الجـــزائـــري والشـــريعـــة الإسلامية ، د ط ، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائري، الجزائر، 1991.

- محمد صبري السعـــدي، الواضح في شرح القانون المدنـــي الإثبات في المـــواد المدنية والتجارية ، د ط، دار الهدى، عين مليلة، 2009.

- محمـــود العنابي، قانون التسجيل العقاري التونسي علما وعملا، د ط ، مطبعـــة الجيلاوي ، مصر،1973.

- معـــوض عـبد الـــتواب، الشـــهر العقـــاري عـــلما وعمـــلا، د ط، منشـأة المعارف ، الإسكندرية ، 1986.

- نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت ، د ط ، دار الهدى ، الجزائر، 2008.

- ياسين غانم ،القضاء العقاري ، الطبعة الثانية ، مطبعة كرم سوريـــا ، 1994.

- يحـــي بكـــوش أدلـة الإثبات فـــي القـــانون المدنـــي الجزائـــري و الفقـــه الإسلامي، د ط ، الشركة الوطنية للنشر و التوزيع ، الجزائر ،1981.

2– قائمة الأطروحات والمذكرات:

أ – أطروحات الدكتوراه:

- فاطمة أسعد ، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانـــون المدني ، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون ، جامعة مولود معمري بجاية ، 2015.

- صنوبر احمد رضا ، الحماية القانونية لحق الملكية العقارية الخاصة ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ، 2015-2016.

أ – مذكرات الماجستير :

- ابتسام جليلي، تصرفات المريض مرض الموت، مذكرة مقدمـــــة للحصول على درجة ماجستـــير تخصص عقــود و مسؤوليـة ، كليـة الحقوق جامعة الجزائر رقم 1 ،2017-2018 .

- عبد العليم عبد الرشيد ، مرض الموت وأثره على الأحكام في الشريعة و القانون ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة ، الجامعة الإسلامية العالمية ، كلية الشريعة و الحقوق ، إسلام آباد ، 1990.

- رشاد السيد إبراهيم عامر ، تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري مقارنا بالشريعة الإسلامية والقوانين الأخرى ، بحث للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق والعلوم الإدارية ، الجزائر ، 1989.

2 – قائمة المقالات العلمية :

- محمد أحمد البديرات ، مدى اعتبار الإيدز مرض موت وتأثيره في تصرفات المريض في القانون الأردني والفقه الإسلامي دراسة مقارنة ، مجلة جامعة دمشق في العلوم الاقتصادية و القانونية ، المجلد 22، العدد الأول ،2006.

- مازن مصباح مصباح ، الوصية في مرض الموت دراسة فقهية مقارنة ، مجلة العدل ، مركز البحوث ، وزارة العدل ، المملكة العربية السعودية ، العدد 59،رجب 1334هـ.

- إياد محمد جاد الحق، هبة المريض مرض الموت في مجلة الاحكام العدلية ، مجلة الجامعة الإسلامية–سلسلة الدراسات الاسلامية–،المجلد 19،العدد 02،الأردن ، 2011.

3 – قائمة المجلات:

- المجلة القضائية، العدد 03، 1989.
- المجلة القضائية، العدد 04، 1991.
- المجلة القضائية،عدد خاص،2001.

خلاصة الموضوع

خلاصة الموضوع :

مرض الموت هو واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة الطرق القانونية ، والتصرف الصادر من مرض الموت في الملكية العقارية ، تحكمه القواعد الخاصة بالتصرفات العقارية ، بحيث لا يمكن أن تكون في شكل عرفي ، لأنها باطلة ، فالتصرف المنصب على عقار لا تتنقل ملكيته إلى المتصرف له ، إلا بعد احترام الإجراءات الشكلية ، ولقد أورد المشرع الجزائري حكم الوصية على تصرفات المريض التبرعية ، ويلاحظ أنه قد أقام قرينة الشك في التصرف – إلا أنها قابلة لإثبات العكس – سواء تم لوارث في الملكية العقارية ، فإنها لا تنفذ في شيء من التركة ، كثيرا كان أم قليلا إلا بإجازة الورثة ، أما التصرف لغير وارث ، فهو موقوف فيما زاد عن ثلث التركة على إجازة الورثة ، وعلى إعتبار أن الديون مقدمة على التركة ، فإن حقوق الدائنين محمية من خلال حماية حقوق الورثة ' وسبب هذة الحماية هي دفعا للإضرار بها فهي متعلقة بمال المريض ، من وقت نزول المرض ، حتى لا يتصرف بماله تصرفا يؤدي إلى ضياع حقوقهم .

ABSRACT

The Algerian legislator cited the rule of the commandment on the actions of the legitimate patient and notes that he has set up the presumption of doubt in the conduct – the opposite is proved – in case on inheriting the estate it won't be practiced if it is much or little only the heirs accept .

Thanking into consideration that the debt is submitted to the estate. The creditors' rights are protected by the rights of the heirs. The reason is not to harm them and this is related to the patient's money from the time of his illness, so that he cannot do any action leads to the loss of their right.

الفـــــهرس

فهرس الموضوعات

تصرفات المريض مرض الموت في الملكية العقارية	
المحتوى	الصفحة
شكر وعرفان	/
إهداء	/
مقدمة	4-1
الفصل الأول : الإطار المفاهيمي لتصرفات المريض مرض الموت في الملكية العقارية	
المبحث الأول : ماهية مرض الموت	6
المطلب الأول : مفهوم مرض الموت	6
الفرع الأول : تعريف مرض الموت	8 - 6
الفرع الثاني : شروط مرض الموت	13-9
المطلب الثاني : تمييز مرض الموت عن غيره من الحالات	14
الفرع الأول : الحالات المخيفة	17-15
الفرع الثاني : الحالات غير المخيفة	18
المطلب الثاني : إثبات مرض الموت	19
الفرع الأول : عبء الإثبات	21-20
الفرع الثاني : طرق الإثبات لمرض الموت	25-22
المبحث الثاني : القواعد الخاصة بالتصرفات العقارية في مرض الموت	26
المطلب الأول : الرسمية في التصرفات العقارية	26
الفرع الأول : شروط صحة السند الرسمي	31-28
الفرع الثاني : حجية السند الرسمي	35-32
المطلب الثاني : تسجيل التصرفات العقارية	36
الفرع الأول : تعريف التسجيل	36
الفرع الثاني : حجية التسجيل في الإثبات	38-37
المطلب الثالث : شهر التصرفات العقارية	39

فهرس الموضوعات

الفرع الأول : نظام الشهر الشخصي	41
الفرع الثاني : نظام الشهر العيني	43-42
ملخص الفصل الأول	45-44
الفصل الثاني : أحكام تصرفات المريض مرض الموت في الملكية العقارية	
المبحث الأول : التصرف بعوض في الملكية العقارية لمريض الموت	48
المطلب الأول : بيع مريض الموت العقار لوارث	49
الفرع الأول : إقرار الورثة	56-50
الفرع الثاني : عدم إقرار الورثة	59-56
المطلب الثاني : بيع مريض الموت لغير وارث	58
الفرع الأول : حكم بيع العقار لغير وارث في القانون المدني	63-58
الفرع الثاني : حالات بيع العقار لغير وارث في مرض الموت	63-62
المطلب الثالث : حماية الغير حسن النية في بيع مرض الموت	64
الفرع الأول : المقصود بالغير	64
الفرع الثاني : شروط الغير حسن النية	66-65
المبحث الثاني : التصرف بالتبرع في الملكية العقارية لمريض الموت	67
المطلب الأول : الوصية في مرض الموت	68
الفرع الأول : الوصية في مرض الموت لوراث في الملكية العقارية	68
الفرع الثاني :الوصية في مرض الموت لغير لوراث في الملكية العقارية	77-69
المطلب الثاني : الهبة في مرض الموت	78
الفرع الأول : هبة المريض مرض الموت لوارث	79
الفرع الثاني : هبة المريض مرض الموت لغير لوارث	80
المطلب الثالث : وقف المريض مرض الموت للعقار	81
الفرع الأول : وقف المريض مرض الموت وهو مدين	81
الفرع الثاني : وقف المريض مرض الموت وهو غير مدين	82
ملخص الفصل الثاني	84-83
الخاتمة:	86-85

فهرس الموضوعات

قائمة المصادر والمراجع:	/
خلاصة الموضوع	/