الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الدكتور يحي فارس بالمدية

كلية الحقوق.

مذكرة نهاية الدراسة للحصول على شهادة الماستر

تخصص: قانون عقاري

بعنوان:

النظام القانوني لحماية الورثة من الوصايا المستترة الواردة على العقار

من إعداد الطالبة:

- فاطمة سعيداني

إشراف الأستاذ:

- الطاهر غياطو

السنة الجامعية: 2014/2013

دعـــــاء

يا رب ... يا حي يا قيوم ... يا من أنار دربنا بالعلوم وأبعد عنا الجهل وما يتبعه

من هموم

اللهم يسر لنا أعمالنا ووفقنا لما تحبه وترضاه

يا رب ... إن نجحنا بارك لنا وإن فشلنا ألهمنا من عندك الصبر ولا تخيب آمالنا

يا رب ... ارزقنا من لدنك الشجاعة وثبت أقدامنا كي نسمو إلى أعلى المراتب

برضاك عنا

وآخر ما نختم به دعاءنا هو الصلاة على نبينا محمد صلى الله عليه وسلم فصلوا عليه

وسلموا تسليما.

شكـــر وعرفـــان

إن أصبنا فمن الله، وإن أخطئنا فمن أنفسنا ومن الشيطان

نحمد الله تعالى القدير في انجاز هذا العمل المتواضع، كما نتقدم بامتناننا وتشكرنا إلى من قدم لنا يد المساعدة في انجاز هذا العمل.

وبالشكر الجزيل إلى الأستاذ خياطو طاهر الذي كان سندنا وموجهنا في إنجاز هذا العمل متمنيين له الصحة والعافية

وإلى جميع أساتذة كلية الحقوق الذين كان لهم الفضل في وصولنا إلى مراكب النجاح

إهـــداء

إلى من أمر الله بطاعتها ووضع الجنة تحت أقدمها

إلى من مازال حليبها في فمي وكلامها في أذني إلى أمي الغالية

إلى من كان سندا لي في دربي وإلى تاج رأسي وانتسابي والدي الغالي

إلى أخي وتوأمي محمد الذي ساندني وهو بعيد

إلى أخواتي سارة، ياسمينة، وإلى آخر العنقود هبة

وإلى الغاليتين صديقاتي أحلام ونسيمة من ساندتاني في العمل

إلى صديقتي إيمان وصديقي وأخي إسماعيل اللذان ساعداني في هذا العمل

إلى كل من تذكرهم ذاكرتي نسيتهم مذكرتي

فاطـمـة

مقدمة :

هناك ارتباط وثيق بين الملكية و المال في حياة الإنسان، و لعل سعي المرء يظل يوما بعد يوم مرتبط بذلك، و لما كان تنظيم المجتمعات يحتاج إلى قانون يضبط سلوك الأفراد، ويكبح جماح النفس كان من باب أولى تنظيم العلاقات المالية بينهم، باعتبارها هم الأفراد وشغلهم الشاغل تبيان طرق تداولها وانتقالها وتعديلها لذلك اضطلعت معظم تشريعات العالم تنظيم طرق اكتساب الملكية وتجريم الاعتداء عليها.

ولا يختلف من رجال القانون على أن من بين أسباب كسب الملكية تلك الواقعة المادية المتمثلة في الوفاة، باعتبارها نهاية طبيعة لأي إنسان، يتحدد بها الميراث والوصية وتلحق بها حالة مرض الموت لإتحاد العلة، ذلك أن المرض سبب الوفاة و أن الأمور تحلق بأسبابها.

بيد أن واقعة كسب الملكية بالميراث تنفرد بخصوصية التنظيم السابق لها، فالمشرع اعتبرها موضوعا أصيلا من مواضيع الملكية، لتجري على أحكامها قواعد الأحوال الشخصية، لاسيما فيما يتعلق بتحديد الورثة و أنصبتهم في الإرث، و كون الإنسان وارث أو غير وارث أو يستقل بالإرث أو يشاركه فيه غيره و إن الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الأول له بينت أن الشارع الحكيم تولى الميراث و بينه أحسن تبيان، على هذا الأساس اعتبرت أحكام الميراث من النظام العام، و أنه تبعا لذلك كانت الخلافة على المال في الميراث تتم بقوة القانون لا دخل لإرادة المورث أو الوارث فيها.

فالميراث سبب للحفاظ على انتقال الملكية الفردية بين مستحقيه وإن المال لا ينتقل إلى أجنبي، بل كثيرة هي الحالات التي يشارك فيها مستحقيه جمع مال المورث، أو أن فيهم من الصغير الذي يحتاج المال لنفقات معيشته ودراسته،...الخ.

كلها أسباب و أخرى موجبة لحماية حقوق الوارث ورد التحايل على أحكامه أمام الجهات القضائية، فإن حدث ذلك أبيح للوارث التداعي و الطعن في تلك التصرفات الضارة بحقه في الإرث، وهو يستمد ذلك من القانون مباشرة لأن القانون هو من اختص بتنظيم حقوق الوارث، ومسالة الموازنة بين حق المورث في التصرف في أمواله حال حياته وقيود ذلك، و متى يحظر عليه المساس بقواعد الميراث التي هي من النظام العام.

فعلى هذا تبقى نظرة المشرع الجزائري دائما تهدف إلى الموازنة بين المصالح فمن الإجحاف تقييد حرية الإنسان من التصرف في ماله مطلقا، لا لشيء إلا أن له وارث محتمل إذ أن أغلبية التشريعات ومنها في التشريع الجزائري أقر حق الشخص في الإيصاء من خلال التصرف المضاف إلى ما بعد الموت، فحق الوارث في المال يمس بالوصية، مع أن للوارث إبان حياة مورثه حقا يتقيد به عن التصرف للوارث الآخر، أو إلى أجنبي إلا بالقدر المحدد في ذلك دفعا لأي ضرر بالوارث وحقه المحتمل في التركة .

وقد تنتاب الإنسان فترة مرض تؤدي به إلى الوفاة حتما ، تكون سببا مباشرا ومتصلا للخلافة الإجبارية في مال المورث، أو يكو ن في حالة تلحق بمرض الموت ولو كان أهل صحة، إذ أن حالة الصحة هي الأصل، و المرض استثناء و تبعا لذلك تنجز آثار قانونية جعلت الشريعة الإسلامية فيها حق الورثة يتعلق بأموال المريض، وتقيدت تصرفات المريض مرض الموت في هذه المرحلة لاتسامها بالشك والريبة اضرار بحقوق الورثة، وبهذا التصرف من المريض في هذه المرحلة بدعوى عفة نفسه للمال ومآثرة حبيب أو قريب له من الباب التصديق و طلب الأجر أو السبب يقدره.

إن الباحث يجد نفسه أحيانا حين التطرق إلى الميراث و الوصية ، أو مرض الموت أو حالة تصرف المورث لوارث مع الاحتفاظ بالحيازة والانتفاع بالعقار مدى الحياة مقيد بتلك العموميات أو الدراسات العامة للموضوع، سواء تعلق الأمر دراستها كسبب من أسباب كسب الملكية، أو من خلال التطرق لهم في الأحوال الشخصية، إلا أن النظرة المنتجة والدقيقة وتداعيات الجانب العلمي، و نتائج البحوث السابقة لأولئك المجتهدين والباحثين، تقودنا في هذا البحث إلى دراسة كيفية حماية حق الوارث في مال مورثه، لأهمية بقاء تداول الملكية الفردية بين مستحقيها في وجه تصرف المورث متى انطوت على الإضرار بهذا الحق .

وإن مجال البحث يتحدد بالوصايا الحكمية التي يآثر الفقه تسميتها بالوصايا المستترة من خلال قرينتي التصرف في مرض الموت والتصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحيازة والانتفاع بالشيء مدى الحياة المنصوص عليها ضمن المادتين 776-777 من القانون المدني الجزائري مسترشدين في ذلك بمنهجين متكاملين هما المنهج الاستدلالي والمنهج التحليلي لنصي المادتين السالفتا الذكر، ولما كانت البحوث العلمية في الميدان القانوني

وافتقار المكتبة القانونية لدارسة تسلط الضوء على القانون الجزائري بشكل أدق جعلنا ذلك نحدد دراسة الموضوع في القانون الجزائري، مع أن أصوله تقتضي العودة إلى الشريعة الإسلامية .

مع العلم أن التستر المقصود في بحثنا هذا، ليس هو ذلك التستر المادي أو الصوري بالمفهوم الفني، وإنما التستر الحكمى الذي ألحقه المشرع نتيجة بالوصية في حالة المادتين 776-777 من القانون المدني وأخضعه لحكمها وبهذا تخرج من إطار دراستنا الوصايا بالمفهوم الوارد في الأحوال الشخصية ومنه تناولنا في الفصل الأول قرينة المادة 776 من القانون المدني والمتمثلة في تصرفات المريض مرض الموت الواردة على العقار وكان هذا هو عنوان الفصل الأول لمذكرتنا، وبما أن نص المادة جاء بلفظ عام وأخضع كل التصرفات بحكم الوصية إذا أبرمها صاحب مرض الموت المتحققة فيه الشروط التي تلحق المرض متى حل بالشخص بحكم المريض مرض الموت، و نحن بدورنا عنونا المبحث الثاني من الفصل الأول بالتصرفات التبرعية في مرض الموت استنادا إلى المادة 776 من القانون المدني الجزائري و نحن نتفحص مواد القانون المدني وجدنا مادة من مواده تناولت أحكام البيع في مرض الموت و هي المادة 408 من ذات القانون فتناولنها نحن بدورنا في مبحث ثالث بشيء من التفصيل.

وتناولنا في فصل ثان قرينة المادة 777 من التقنيين المدني الجزائري و التي تنص احتفاظ المورث المتصرف لأحد ورثيته، بالحيازة وحق الانتفاع مدة حياته مع انتقال الملكية أو حق الرقبة للمتصرف إليه الوارث فتناولناها و تطرقنا إلى شروط الأخذ بهذه القرينة في مبحث أول، وفي المبحث الثاني تطرقنا إلى أحكام التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحيازة وحق الانتفاع ولما كانت مسألة حماية الورثة هدفنا من هذه الدراسة ارتأينا طرح الإشكالية التالية:

هل حقق المشرع الجزائري القدر الكافي من الحماية للورثة من خلال قرينتي المادتين 776-777 من التقنين المدني وهما التصرف في مرض الموت وتصرف الوارث مع الاحتفاظ بالحيازة وحق الانتفاع؟

وهل حقق المشرع هدفه هذا في ظل التواطئ والتحايل و ستر لوصايا لا تعد ولا تحصى والضارة بحق الإرث والماسة بصميم الملكية الفردية العقارية؟

تمهيد:

للشخص الحرية الكاملة في أن يتصرف في أمواله بعوض أو بدون عوض، وسواء كانت هذه الأموال منقولات أو عقارات، طالما أن التصرف ينتج آثاره حال حياته، غير أنه قد تنتاب الشخص حال حياته فترة مرض تؤدي به إلى الوفاة حتما أو مرض يغلب فيه الهلاك، ويشعر فيه المريض بدنو أجله وهي حالة تعرف فقها وقانونا بمرض الموت.

وفيه قد يجري المريض تصرفات قانونية للوارث أو لغيره، فأي لباس تلبسه هذه التصرفات القانونية باعتبار أن من قام بها لا يمكن ولا يصح قانونا اعتباره شخص طبيعي تصرف حال صحته.

وهذا ما سنعالجه بشيء من التفصيل في هذا الفصل فسنتطرق في مبحث أول إلى مفهوم مرض الموت مبوب بدوره إلى مطالب ثلاث، وتناولنا في مبحث ثان تلك التصرفات القانونية التي وفقا للقانون المدني الجزائري هي تصرفات تبرعية مضافة إلى ما بعد الموت وتسري عليها أحكام الوصية.

المبحث الأول: مفهوم مرض الموت

لم يأت المشرع بتنظيم دقيق لمرض الموت، ولم يبين تعريفه وماهيته، واكتفى بإيراد حالات خاص فيه بما جاء به في قرينة المادة 776 من التقنين المدني، الخاصة بالتصرف في مرض الموت أو أحكام البيع فيه، ولذلك وجب علينا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية إعمالا للمادة الأولى في فقرتها الثانية من التقنين المدني والتي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يوجد في حكمه نص قانوني.[1]

المطلب الأول: التعريف بمرض الموت

اقتصر المشرع في التقنين المدني على بيان أحكام البيع في مرض الموت –كما سبق ذكره- دون أن يبين المقصود بهذا المرض.[2]

الفرع الأول: تعريف مرض الموت

بالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد هناك سيلا من التعريفات لمرض الموت.

من فقهاء الشريعة الإسلامية من عرفه بأنه :"هو المرض الذي يغلب فيه الهلاك، ويقعد الشخص عن القيام بمصالحه ويتصل به الموت فعلا ومباشرة سواء مات الشخص بسبب ذلك المرض أو بسبب مرض آخر طارئا، طالما الوفاة وقعت أثناء المرض".[3]

وعليه فالتعريف الصحيح هو: أن المرض الذي يجب اعتباره مرض الموت هو الذي يجتمع فيه وصفان، أولهما أن يغلب فيه الهلاك عادة، ويرجع في هذا إلى الأطباء في طبيعة الأمراض، وثانيهما أن يعقبه الموت مباشرة، سواء أكان الموت بسببه أم بسبب آخر خارجي، كقتل أو حريق أو تصادم.[4]

---

[1]- د. محمودي عبد العزيز، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، البليدة، 2006، ص 32

[2]- أ. نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ص 5

[3]- د. محمودي عبد العزيز، المرجع السابق، ص 32-33

[4]- أ. نبيل صقر، المرجع السابق، ص 9

وعلى هذه التعريفات فإنه:

1- لا يعتبر مريضا مرض الموت الشخص الذي يقعد بمرضه مدة ثم يشفى منها عادة ولا يغلب فيه الهلاك والموت.

2- لا يعتبر مريضا مرض الموت الشخص الذي لا يقعده مرضه عن أداء شؤونه العادية ومصالحه.

3- ليس في حكمه من لم ينته مرضه بالموت فعلا.

الفرع الثاني: شروط مرض الموت

لم يتفق الفقهاء في حصر شروط مرض الموت، ومع ذلك فإن الراجح عندهم يوجب توافر الشروط التالية: [1]

أولا: أن يقعد المريض مرض الموت عن قضاء مصالحه

يقصد بالمصالح تلك المصالح المألوفة التي من العادة أن يقوم بها وهو في صحته من ذلك أعمال المهنة والتسوق، وليس من الواجب أن يقعده الفراش، وقد يقع أن يعجز الإنسان عن قضاء مصالحه دون مرض، فلا يعتبر في مرض الموت من ذلك حالة الشيخوخة فليست من أمراض الموت، ذلك أن مرض الموت هو ذلك الذي يفاجئ الإنسان في صحته، وينتهي بالموت بحيث يشعر المصاب بقرب وانتهاء أجله.

ثانيا: أن يغلب في مرض الموت الهلاك وخوف الموت

لا يكف قعود المريض عن قضاء مصالحه، بل يجب أن تغلب فيه خشية الهلاك والموت، وتستبعد تلك الأمراض التي يشفى منها المريض عادة، ولا يغلب فيها خوف الموت حتى وإن زادت شدة المرض فيها، فتكون تصرفات المريض في هذه الحالة حكمها حكم حالة الصحة، وتأخذ نفس الحكم تلك التصرفات التي تصدر عمن أصيبوا بأمراض مزمنة إذا طالت، بحيث يطمئن المريض إلى ابتعاد خطر الموت، وفسر بعض الفقهاء

[1]- محمد العمراني، الميراث في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، طبعة أولى، المؤسسة الوطنية للنشر والإشهار والاتصال، الجزائر، 2000، ص 153.

امتداد المرض بسنة فإذا بقي المريض بعلته ما يزيد عن سنة يعد تصرفه بعدها كتصرف الصحيح ما لم تتغير حالته.

وبالتالي على ورثة المورث الذي أبرم عقد بيع على عقاره مثلا فإنه وبعد موت المورث على الورثة الدفع ببطلان عقد البيع بإثبات أن المرض الذي مات به مورثهم لم يمكث أكثر من سنة.[1]

ثالثا: إنتهاء المرض بالموت فعلا

الأصل ما لم ينته المرض بالموت فعلا، يبقى تصرف المريض حكم تصرفه في حال صحته حتى ولو أقعده المرض عن قضاء مصالحه وغلبة فيه خشية الموت، ولا يجوز للوارث الطعن والاعتراض على تصرف مورثه المريض ما دام حيا، والجدير بالذكر أن المريض الذي تصرف وهو يعتقد أنه مشرف على الموت ثم تماثل للشفاء، له الحق في الطعن في تصرفاته للغلط في الباعث نعيا منه على ركن السبب فيكون التصرف قابلا للإبطال.

وتجدر الإشارة إلى أنه هناك أمراض مزمنة والتي تمتد بالمريض ومع ذلك لابد له كغيره من تصرفات يقوم بها في حياته، ولو أخذنا بمنطق تقيد تصرفه بعلة مرضه لشلة إرادته، ومن ثمة وجبت معاملة قانونية لحالته، فهل تقيد تصرفاته ويخضع لحكم المريض مرض الموت؟، أو هو في حكم الأصحاء؟

إنه من الاجتهاد الحاصل في الفقه الإسلامي:

"أنه لا يعتبر مريضا مرض الموت من كان مصابا بمرض مزمن، إلا إذا اشتدت وطأته وساءت حالته وانتهى بالموت متصلا، فقيل أن العلة إذا امتدت عاما من غير تبديل فإنه تصرفات المريض بعد السنة كتصرفات الصحيح، والقول إذا ساءت حالة المريض وغلب هلاكه ابتداء من وقت التغيير، هو في حكم المريض".

[1]- د. محمودي عبد العزيز، المرجع السابق، ص 33-34

وتبعا لما تقدم من الفقهاء من قيد مرض الموت بسنة، أي أن المريض يموت خلال السنة من اشتداد المرض.[1]

غير أن القضاء في أحكام أخرى لم يتقيد بمدة السنة، وجاءت بعض أحكامه مهتدية لكن خالفتها باختلاف ظروف وملابسات المرض[2]، وقد حكم بأن المرض يعتبر مرض الموت ولو وقع منذ أكثر من سنة قبل الوفاة، إذا أخذنا بالازدياد والشدة حتى الوفاة فعلا.

وقد جاء في أسباب الحكم ما يلي: "وحيث أنه ظهر جليا من التحقيق حرم "زوجته"، المستأنف التي مرضت من سنة 1901 بقيت على هذه الحالة التي كانت دائما في ازدياد لغاية وفاتها الحاصلة في سنة 1907، ولم يثبت أن هذا المرض تحسن تحسنا محسوسا.

في بحر هذه المدة من شأنه وقف السير البطيء لهذا المرض الذي انتهى بالموت... وحيث أن التفسير القاضي بتحديد المدة القانونية لمرض الموت الذي يقع في السنة السابقة على الوفاة ليس تحديدا حتميا، لكن ينطبق فقط في أكثر الأحوال التي يكون فيها المرض طويلا، فيشتد تارة إلى الخطورة وتارة يعود فيها المريض إلى صحته.

الفرع الثالث: من يلحق بالمريض مرض الموت من الأصحاء

الأصل في الإنسان أن يعتبر في حال صحة، وحالة المرض طارئ عليه و يجب للإدعاء بها ممن يركن إليها أن يتقدم بالدليل الذي يثبت للمحكمة بابتداء حالة المرض، غير أنه هناك من الحالات التي لا يتقدم فيها المدعي بدليل يثبت المرض ضد من طعن في صحة تصرفه الصادر في مرض الموت، غير أنه يحكم له بذلك، تلك هي حالة من يأخذ حكم المريض مرض الموت.

[1]- أ. فشار عطاء الله، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 24-25

[2]- قرار رقم 139123 المؤرخ في 09-07-1996، مجلة القضائية الجزائرية العدد 2، لسنة 1998 ص 36

يلحق بالمريض مرض الموت من الأصحاء من كان في حالة نفسية تجعله يشعر بدنو أجله ولو كان سليما في بدنه، بل وحتى وإن لم يكن مريضا أصلا، فالعبرة في الحالة النفسية للمريض في حالة يغلب فيها الهلاك، وتتصل بالموت فعلا.

كالمحكوم عليه بالإعدام والجندي في ساحة القتال، فتصرف الشخص في هذه الفترة يأخذ حكم تصرف المريض مرض الموت.

إنه بالنظر لما سبق فإن مرض الموت ذو طبيعة موضوعية تختلف باختلاف حالة وظروف المريض ونوعية المرض، ولذلك تبعا لإختلاف المحاكم في التطبيقات القضائية لمرض الموت.

هذا و ما تجب الإشارة إليه في التطبيقات القضائية أنه باعتبار الحالة موضوعية بالنسبة لمرض الموت، وأن القضاء في حاجة إلى رأي تقني في هذا المجال لا بنفي سلطته الأصلية المنوطة به، عادة ما يلجأ إلى ندب خبير بعد الدفع من قبل صاحب المصلحة أو الاستماع إلى شهادة الطبيب المعالج.

وتبعا لهذا الأمر لا يمكن حصر الأمراض التي تعد مرض موت حصرا دقيقا، بل متى تحققه علة التصرف اعتبر التصرف صادرا في مرض موت، وهذا ما ذهب إليه الفكر الإسلامي إذ ألحق بعض الأصحاء بحكم المريض مرض ، بالرغم من عدم توافر المرض أصلا، لكن يجب على قضاة الموضوع تكييف المرض تكييفا دقيقا للقول انه مرض الموت وإستجلاء جميع ظروف وملابسات والقرائن الدالة على ذلك، مع تسبيب حكمهم تسبيبا واضحا حتى تتمكن المحكمة العليا من بسط رقابتها في اقتناع قضاة الموضوع، ذلك أن الوارث الطاعن عليه أن يثبت أن التصرف وقع في مرض الموت، حتى يستفيد بما هو مقرر له من بطلان تصرفات المريض مرض الموت، وسريان حكم الوصية على التصرف. [1]

[1]- أ. فشار عطاء الله، المرجع السابق، ص 26

المطلب الثاني: إثبات مرض الموت.

تجدر الإشارة إلى أن المكلف بإثبات المرض هو الوارث الذي يدعي للحصول التصرف في مرض الموت ويطلب البطلان، لأنه مدعي.[1]

الفرع الأول: مرض الموت واقعة مادية.

مرض الموت حالة مرضية يغلب فيها الهلاك على الشخص ويحصل به الموت فعلا، من شروطه –كما سبق بيانه- قعود المريض عن قضاء مصالحه، وغلبة الموت فيه، وانتهائه بالموت فعلا، كل هذه الأمور موضوعية تقيم في نفس المريض حالة نفسية بأنه مشرف على الموت، وإن ضبطها يستلزم الوقوف عند هذه الضوابط الموضوعية، للتدليل على الأمور الذاتية، فإنه لأجل ذلك يسترشد بهذه العلامات المادية للوقوف على الحالة النفسية للمريض، والتي يعتبر من خلالها في حكم المريض مرض الموت ويلحق بذلك من كان في الحالة النفسية للمريض لسبب غير المرض كالمحكوم عليه بالإعدام المنتظر لتنفيذ الحكم.

إن مرض الموت بالشروط والضوابط السابقة واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات، بما فيه البينة والقرائن، وتعتبر الشهادات الطبية دليلا قويا وعمليا للإثبات عند إنتداب أهل الخبرة.

حيث جاء في حيثيات القرار الصادر عن مجلس قضاء البليدة "...وحيث أن مرض الموت واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة الطرق، وحيث تبين من الملف الطبي أن الواهبة كانت تعاني من داء الكلى، وأن مرضها هذا كان في مرحلته الأخيرة وأن الواهبة ماتت بعد مرور أقل من عشرة أشهر،تعين إبطال الهبة عملا بالمادة 204 أسرة...". [2]

[1]- عبد الحكم فودة، النظام القانوني لحماية الورثة، دار المطوعات الجامعية، اسكندرية، 2005، ص 50

[2]- قرار مجلس البليدة- الغرفة المدنية – المؤرخ في 01 - 04 - 2000 ، تحت رقم 99/1100.

الفرع الثاني: قاعدة الإثبات لمصلحة الوارث.

إن الوارث الذي يطعن في تصرف مورثه بأنه صدر في مرض الموت يقع عليه عبء إثبات مرض الموت، ولما كان من المستقر عليه قانونا أن الوارث خلف عام لمورثه، فإنه يتقيد في إثبات التصرف المطعون فيه بما تم بين مورثه والمتصرف إليه، إذا كان التصرف مكتوب وجب أن يثبت مزاعمه بالكتابة، غير أن إثبات الواقعة المادية لمرض الموت فقط دون تاريخ التصرف قرر لمصلحة الوارث الذي يستعمل كافة أدلة الإثبات، وله أن يركن حتى إلى الشهود بالمفارقة بين تاريخ المرض وتاريخ التصرف لاسيما في تلك التصرفات العرفية، ويطعنون بتقديم التاريخ عمدا لإخفاء أن التصرف وقع في مرض الموت، وإن تاريخ السند العرفي صوري، ولهم أن يثبتوا ذلك جميع الطرق لأنهم يثبتون غشا والغش واقعة مادية، وينجر على ذلك أنهم أصبحوا من الغير من حيث سريان التصرف، فالمصلحة واضحة في أمرين.

يتعلق الأول بمخالفة ما هو ثابت قانونا من أن الوارث خلف عام لمورثه إلا في مرض الموت.

والأمر الثاني يتعلق بحرية إثبات التصرف، ولا يتقيد الوارث بما هو ثابت بسند التصرف المراد إهداره.[1]

وعلى العموم فمن مصلحة أي وارث الطعن بمرض مورثه مرض موت ليأخذ التصرف حكم الوصية خاصة إذا كان هذا الأخير (التصرف) يشمل كل أموال المورث ذلك أن حق الوارث يتعلق قانونا بأموال مورثه بمجرد تحقق مرض الموت بمورثهم لاتصال هذا المرض بالموت الذي تنفتح به تركة المورث، وبالتالي فإن تصرف المورث يمس حق الوارث في التركة ويعتبر أنه تم تحايلا على قواعد الإرث التي نظمها القانون وبالتالي يجوز للوارث إثبات صورية التاريخ العرفي وتوافر عناصر مرض الموت بكافة الطرق المقررة قانونا، إذ يعتبر الوارث حينئذ من طبقة الغير بالنسبة لهذا التصرف، متى تمسك الورثة بأن التصرف صدر في مرض موت مورثهم، قضت المحكمة بإحالة الدعوى إلى

[1]- صالح جبيك، الميراث في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2000، ص 96 وما بعدها.

التحقيق ليثبت الورثة صدور العقد في مرض موت مورثهم، لينفي المتصرف إليه ذلك، ويكون للأخير نفي ما يثبته الورثة ولو لم يصرح له الحكم بذلك، فإذا قام الدليل على صدور التصرف في مرض الموت، ولم ينف المتصرف إليه ذلك وعجز عن إثبات أن التصرف تم معاوضة، قامت قرينة على أنه تبرعا وخضع لأحكام الوصية. [1]

حيث وافق القانون المدني الجزائري الفقه الإسلامي وجعل تصرفات المريض مرض الموت تسري عليها أحكام الوصية كما أنه لم يجعل مرض الموت من عوارض الأهلية، وإنما جعل المرض مؤثرا في التصرفات حماية الحقوق الورثة والغير[2]

المطلب الثالث: سبب تقييد المريض مرض الموت من التصرف

متى كان من المقرر فيما هو ثابت في الشريعة الإسلامية، أن تصرفات الشخص في مرض موته يختلف حكمها عن تلك التي تقع حال صحته وإن القانون المدني حال تنظيمه لتصرفات المريض مرض الموت لم يتطرق إليها بالتدقيق، ولم يجمع كل أجزائها، ولم يبين أساس حكمها، فما هو سبب تقييد تصرف المريض مرض الموت؟ وهل يتعلق الأمر بنقص بأهلية، أو عارض بها، أو عيب شاب إرادته؟

لم يبين المشرع الجزائري سواء بقرينة التصرف في مرض الموت والمنصوص عليها بالمادة 776 من القانون المدني، ولا في أحكام البيع في مرض الموت، سبب تقييد تصرف المريض مرض الموت أهي لعارض في أهليته أو عيب في إرادته؟ بل جاءت نصوص القانون في ذلك عامة، سواء في القانون المدني او في القانون الأسرة علما أن عوارض الأهلية وفقا للمواد 42، 43 من القانون الأول والمادة 85 من القانون الثاني هي: الجنون، العته، السفه والغفلة، بينما عيوب الإرادة هي: الغلط، التدليس، الإكراه والاستغلال

[1]- أ. أنور طلبة، العقود الصغيرة الهبة والوصية، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2004، ص 277.

[2]- د. حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، مرض الموت وأثره على عقد البيع، دار الفكر الجامعي، طبعة أولى، الإسكندرية، 2008، ص 203.

المنصوص عليها بالمواد 80 وما بعدها من القانون المدني والتي تجعل التصرف قابلا للإبطال.[1]

لذلك وجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بموجب أحكام المادة 02/01 من القانون المدني، إذ القاعدة الشرعية تقضي بعدم نفاذ تصرفات المريض مرض الموت الضارة بالورثة وتعطيها حكم الوصية، ونبين ذلك في نقطتين هما:

الفرع الأول: تعلق حق الورثة بأموال المريض

إن كان القانون المدني الجزائري لم يأت بتفصيل كامل لكل تصرفات المريض مرض الموت، فإن القضاء مأمور بتطبيق أحكامه، اجتهادا منه بما هو ثابت في فقه الشريعة الإسلامية من أحكام، إذ أقرت باضطراد أن تقيد تصرفات المريض مرض الموت في الشريعة الإسلامية ليس بسبب عدم أهلية المريض أو عيب في إرادته في ذلك، إنما بعلة المحافظة على حق الورثة ومنع المورث من تفضيل بعضهم على بعض وهو في مرض الموت، فأهلية المريض أهلية كاملة مثل أهلية الأصحاء تماما، وأهل للتصرف.

إلا أن المحكمة العليا في قرار لها والمؤرخ في 09-07-1984 تحت رقم 33719 قضت: "...من المقرر فقها وقضاءا أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا ويجر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقواعد الفقهية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي السائد".[2]

ولعله من البين أن هذا الاجتهاد لا يستقيم مع ما انتهى إليه فقهاء الشريعة الإسلامية، من أن مرض الموت يخرج عن إصابة المريض بفقدان وعيه، وتمييزه، بل أن أهليته مثل أهلية الصحيح تماما، وبينوا أن مرض الموت مقيد لحرية التصرف لتعلق حق الورثة بأموال المريض وحماية لهم، ثم أن المحكمة العليا في قرارات أخرى خالفة هذا

[1]- د. محمودي عبد العزيز، مرجع سابق، ص 40-41.

[2]- القرار رقم 33719 المؤرخ في 1984/07/09، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية، عدد 3، لسنة 1989

القرار محل التوضيح، وذلك في قرار لها والمؤرخ في 05-05-1986 تحت رقم 41111 فقضت "من المقرر شرعا وقانونا بأنه يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل وإن صدر تصرفه في مرض الموت، وتعتبر الهبة وصية".[1]

ومنه نبين أن أسباب تقييد تصرفات المريض مرض الموت تتعلق بحق الورثة في مال المريض ، ونورد فيما يلي مناقشة في ذلك:

1- من الثابت قانونا أنه يعتبر تحت طائلة البطلان المطلق تصرف ناقص الأهلية الضار به ضررا محضا، فإن كان كذلك وإذا سلمنا أن المريض مرض الموت ناقص الأهلية فإن وصيته للأجنبي باطلة بطلانا مطلقا ولم يقل بذلك أحد.

2- إذا كان تصرف ناقص الأهلية بالتبرع باطل بطلان مطلق فإنه لا يحقق لورثة المريض مرض الموت أن يجيزوا تصرفا تبرعيا لمورثهم المريض على أساس أن الإجازة لا تلحق العقد الباطل بطلانا مطلقا لما هو مقرر شرعا وقانونا.[2]

3- إن نقص الأهلية يرجع قانونا إلى عارض بالأهلية أو عيب في الإرادة ولم يقل من فقيه في الشريعة الإسلامية، أن المريض مرض الموت به عيب من هذه العيوب أو عارض عليها.

4- إن القول بقابلية إبطال تصرف المريض مرض الموت لنقص أهلية يستتبع بالنتيجة إمكانية استعمال حق الإبطال منه فقط على أساس أن قابلية الإبطال يتمسك بها من تقررت لمصلحته، والمصلحة انتهت بوفاة المريض موتا فعلا متصلا.

[1]- القرار رقم 41111 المؤرخ في 1986/05/05، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، غير منشور.

[2]- صالح جبيك، المرجع السابق، ص 70

الفرع الثاني: تحايل المريض مرض الموت على أحكام القانون

يلجأ المريض مرض الموت إلى إيثار بعض الورثة على الآخرين وقد يستعمل تحايلا على القانون، أو يعطي لتصرفه الضار بحق الورثة أسماء ينجز بها عمله القانوني، كل ذلك مخالف للقانون.

فإذا كانتا حرية الإيصاء وتصرف المريض مرض الموت مقيدتان لصالح الورثة والدائنين لتعلق أموالهم بمال مورثهم فاللدائن كما للوارث مصلحة في أن يكشف عن الوصايا المستترة بل وإن مصلحته في ذلك ترجح على مصلحة الوارث، ذلك أنه متى ثبت أن التصرف وصية في حقيقته فإنه لا يسري أصلا في حق الدائن إذ الديون تقدم على الوصايا، في حين أنه يسري في حق الوارث فيما يجاوز تلك التركة، ومن أجل ذلك يكون للدائن ما للوارث في كل ما يعطى من حق للوارث في الطعن على تصرفات المورث بأنها وصية مستترة، مع العلم أن القانون المدني الجزائري لم يتطرق بالتفصيل لجميع التصرفات التي يبرمها المريض مرض الموت وخاصة تلك التي محلها العقارات.[1]

أولا: ستر الوصية تحت وصف عقد البيع العقاري.

لما كانت حرية الإيصاء مقيدة من ناحيتين، إذ أنها لا تجوز للوارث حتى في حدود الثلث إلا إذا أجازها باقي الورثة طبقا لنص المادة 189 من قانون الأسرة الجزائري، وأنها تجوز لأجنبي في حدود ثلث التركة وما زاد اقترن بحق الورثة، وتوقف عن إجازتهم للقدر الزائد عن الثالث، ذلك اعتماد على نص المادة 185 من القانون السالف الذكر، وإن مرض الموت بسبب تعلق حق الورثة بمال مورثهم المريض من نزول المرض به، احتجت حرية تصرفه بما هو مقيد بأحكام مرض الموت لصالح الورثة، لكل هذا قد يلجأ المتصرف إلى ستر تصرفه التبرعي بتصرف منجز خلافا لما يثبت من الناحية الواقعية، ويشيع في العمل تستر الوصية تحت اسم بيع عقاري ونحن بدورنا نركز على حالة البيع لعقار صاحبه في مرض الموت لما للبيع من أهمية عملية تبررها أهميته كعقد مسمى رسمي ومحله عقاراً

[1]- محمد محده، التركات والمواريث في الشريعة الإسلامية، طبعة أولى، مطبعة الفن القرافيكي، 1982، ص244.

وإن المريض عادة ما يقر أنه قبض مقابلا حتى وإن أقرّ بالثمن صوريا، وعليه سنتطرق في هذه الدراسة إلى النقاط التالي ذكرها.

أ- البيع في مرض الموت وتمييزه عن الوصية

قد يلجأ المتصرف إلى التصرف بالبيع للورثة ويحدث أكثر ما يحدث في مرض الموت، ويقوم بالظهور بالبيع حقيقة ساترا للتصرف المضاف إلى ما بعد الموت [1]

وقد يخرجه في مظهر صوري، ولعل أحكامه كما سنرى في هذا المطلب الذي نتولاه بالدراسة بتقسيمه أولا فيما تخص البيع العقاري ثم مسألة المقارنة بين البيع والوصية، ثم معاينة تكييف العقد بين الحقيقي والساتر لمعرفة القانون الواجب التطبيق.

1- مفهوم عقد البيع العقاري.

يعتبر عقد البيع أهم العقود المسماة تداولا من الناحية العملية بين الأشخاص وأهميته تظهر من ناحية أخرى كونه العقد الأول الذي بدأ المشرع الجزائري بتنظيمه بأحكامه خاصة. [2]

- **تعريف عقد البيع العقاري.**

يعتبر عقد البيع من العقود التي يتم بموجبها إلزام البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر، ويلزم المشتري بأن يدفع للبائع مقابلا لذلك ثمنا نقديا، إذن فهو عقد ملزم لجانبين.

هذا هو تعريف فقهي لعقد البيع العقاري لأبي الفقهاء الدكتور السنهوري في كتابه الوسيط في شرح القانون المدني في جزئه الرابع، أما قانونا فقد أوردت المادة 351 من القانون المني الجزائري تعريفا لعقد البيع على النحو الآتي: "البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينتقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي"، ونتناول المشرع

[1]- د. محمودي عبد العزيز، مرجع سابق، ص 73-74

[2]- د. محمودي عبد العزيز، مرجع سابق، ص 74

الجزائر أحكامها بالتفصيل في الباب السابع من التقنين المدني الذي عنوانه العقود المتعلقة بالملكية. [1]

- **خصائص عقد البيع العقاري**

على ضوء التعريف الوارد في نص المادة 351 من القانون المني الجزائري يمكن القول أن عقد البيع يتميز بأنه:

- **عقد البيع عقد ملزم لجانبين:**

إذ يلتزم البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر ويلزم المشتري بأن يدفع ثمنا نقديا آخر حيث يتب التزامات متقابلة في ذمة الطرفين.

- **عقد البيع عقد معاوضة:**

فالبائع يأخذ ثمنا مقابل المبيع والمشتري يأخذ المبيع مقابل الثمن، وبهذا يخرج البيع عن دائرة التبرعات.

- **عقد البيع رضائي:**

إذ عموما ينعقد بمجرد تراضي المتعاقدين (البائع والمشتري)، ولم يشترط القانون لانعقاده شكلا خاصا، إلا ما استثنى بنص فيما يتعلق بالبيوع العقارية أو الحقوق العينية أصلية كانت (حق الملكية) أو متفرعة عن حق أصلي عيني (حق الانتفاع)، أو بعض المنقولات الخاصة تطبيقا لنص المادة 324 مكرر من القانون المدني الجزائري.

- **عقد ناقل الملكية:**

يعتبر البيع عقدا ناقلا للملكية وهذه أهم خاصية فيه فإذا كان محل عقد البيع عقارا من العقارات كان العقد لا ينقل الملكية، وإنما يتأخر هذا الأثر إلى أن يتم اتخاذ إجراءات الشهر

[1]- م. عبد الوهاب عرفة، المطول في الملكية العقارية والعقود المدنية العقارية، الجزء الثاني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص 393-394

وبعد أن يحرره في شكل رسمي ويسجله لدى مصلحة الضرائب [1] فهذه الثلاثية لا تفارق عق البيع إذا ورد عل عقار. [2]

وقد عرف المشرع الجزائري العقد الرسمي في المادة 324 من القانون المدني على أنه: "عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف لخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه" ومما يلاحظ أن هذه المادة في صياغتها الأولى أي قبل تعديل سنة 1988 الذي مازال ساري المعول كانت تشير إلى الورقة الرسمية بينما صياغتها الحالية تشير إلى العقد الرسمي، وهناك فرق بين التصرف القانوني الذي يسمى بالعقد من جهة وأداة إثباته أي الورقة الرسمية من جهة أخرى، فقد يكون التصرف القانوني صحيحا و الورقة الرسمية غير صحيحة وقد يحصل العكس، وبغض النظر عن معنى الألفاظ فإن التعريف الوارد في نص المادة 324 من القانون المدني يشمل الشكلية الرسمية كونها ركنا في العقد العقاري[3]، كما لا يخفى على دارس القانون العقاري أن المادة 683 من القانون المدني عرفت العقار بأنه: "كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك فهو منقول".

- **الثمن النقدي:**

ما يميز عقد البيع التزام المشتري فيه بدفع ثمن نقدي، ويعد محورا هاما للتمييز بين البيع والتصرفات الأخرى، ومن بينها الوصية فالثمن هو عبارة عن مبلغ نقدي يلتزم المشتري بدفعه للبائع مقابل نقل ملكية الحق العيني المبيع، ويشترط فيه أن يكون نقدا ولا يشترط فيه أن يكون معجلا بل قد يكون مؤجلا كما قد يكون مقسطا أو إيرادا [4]، مؤبدا

[1]- أنظر المادة 61 من الرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976، المتعلق بتأسيس السجل العقاري، جريدة رسمية 30 لسنة 1976.

[2]- د. محمودي عبد العزيز، مرجع سابق، ص 75.

[3]- عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 58- 59.

[4]- أ. أديب اسطنبولي ، التقنين المدني السوري، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية، دمشق، 1994، ص 4287

أو لمدى حياة البائع، ولا يصح أن يكون الثمن أوراقا مالية كأسهم أو سندات، أما إذا حدد الثمن نقدا ثم اشترط أن يدفع المشتري الثمن عينا أو سهما أو سندات كان التصرف بيعا، وهذا باتفاق المتعاقدين وإن الأوراق التجارية من شيك وسفتجة وسند لأمر تحل في الوفاء بالثمن هذا ولا يمكن أن يكون الثمن سبائك ذهبية أو فضية لأنه بذلك نقترب من عقد مقايضة لا بيع، كما يجب أن يكون الثمن جديا حيث فيه تتجه إرادة الطرفين إلى إلتزام المشتري باعتباره حقا مقابلا حقيقيا للمبيع، ولا يكون الثمن جديا إذا كان صوريا أو تافها، أما الثمن البخس فقد ينعقد به العقد، كما يجب أن يكون الثمن مقدرا أو قابل للتقدير، والثمن الصوري هو الثمن المسمى في العقد لكن لا يلتزم به المشتري، كأن يسمى ثمن ما لبيع عقار لقاصر مع انه لا يدفع لوالده البائع مقابل، وبهذا يبطل البيع كبيع حينئذ يكيف التصرف هبة مستترة في صورة بيع وهو مناط الحديث آنفا، فمن المقرر أنه إذا باع شخص لآخر شيئا كعقار مثلا وثبت أن الثمن الذي أثبت في العقد صوري، إما لإثبات ثمن يقل عن الثمن الحقيقي أو يزيد عنه، وإما لتثبيت حالة كمورث باع عقارا لإبنه، ففي هذه الحالة وإن تحققت الصورية فقد يقع وأن البائع والمشتري قد دونا بالعقد ثمنا يزيد عن الثمن الحقيقي، ليثبطا همة الشفيع في استعمال حقه أو قصد التهرب من الضرائب والرسوم، أو أن يكون عقد بيع المورث لابنه يخفي هبة أو وصية ، أو تصرفا مضافا لما بعد الموت[1].

تبعا لأهمية ركن الثمن في عقد البيع وفي معرفة تستر البيع أو التصرف من عدمه، ومسألة تكييف العقد بين حالات الهبة والوصية والبيع، وتطرقنا لبعض الحالات للثمن، كحالة الثمن الصوري ، التافه، والثمن البخس، ويجب في كل هذه الحالات السابقة إعمال ملابسات وظروف التصرف للتدليل على نوعية العقد المقصود من التصرف دون الوقوف عند الثمن المحدد من الطرفين، وهي من مهام القاضي الأصلية تخضع لمطلق تقديره مع رقابة نوعية فيما يخص السبب حيث يفترض في هذا الأخير أن يكون مشروعا ما لم يقم الدليل على ذلك، فإذا قام الدليل على أن المتعاقد التزم لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام، أو للآداب العامة كان العقد باطلا. [2]

[1]- د. محمودي عبد العزيز، مرجع سابق، ص 76.

[2]- المواد 97، 98 من القانون المدني.

من المقرر قانونا أن العقد ينعقد بتوفر إرادتين على إحداث أثر قانوني، وإلى جانب ذلك يجب أن يكون للعقد محل وسبب، ويضيف القانون إلى هذه الأركان الثلاثة ركل الشكل بالنسب لبعض الأنواع من العقود، كالعقود الواردة على العقار، أو بعض المنقولات الخاصة كالمحل التجاري والسفن والطائرات، إذا انعدام أحدها يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا ويجعل القانون لكل ركن شروط معينة إذا اختلت اختل الركن، ولعل النصوص القانونية جاءت واضحة في اشتراط الشكلية في البيوع العقارية، وبعض المنقولات الخاصة كالقواعد التجارية، بل وأن الاجتهاد القضائي قد فصل في تلك البيوع العرفية الواقعة على العقار خلافا للقانون من هذه القوانين نذكر:

القانون المدني: لاسيما المواد 324 مكرر، 792، والمادة 793 منه حيث تنص المادة 324 مكرر: "زيادة على العقود التي يأمر القانون إخضاعها إلى الشكل الرسمي يجب تحت طائلة البطلان تحديد العقود التي تتضمن نقل ملكية العقار أو حقوق عينية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد"[1]

الأمر رقم 75-74: والمؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري لاسيما المادة 16 منه بنصها: "...إن العقود المتعلقة بحق ملكية عقارية والحقوق العينية المتعلقة بها لا وجود لها بالنسبة للغير ولا أثر لها بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية"

المرسوم رقم 76-63: والمؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري لاسيما المادة 61 من: "كل عقد يكون موضوع إشهار في المحافظة العقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي"

القانون التجاري: لاسيما المادة 79 منه التي تشترط الشكلية في البيع الوارد على المحل التجاري والقواعد التجارية.

[1]- وهذه المادة تقابل نص المادة 12 من الأمر رقم 70- 91 من قانون التوثيق الملغى، والذي استحدث مكانه قانون رقم 88-27 المتعلق بالتوثيق، والساري به العمل حاليا.

من خلال هذه النصوص القانونية فإن عقد البيع العقاري أو ذلك العقد الوارد على المنقولات الخاصة، لابد أن يكون موثقا. [1]

كما يجب إشهاره حتى يرتب أثره العيني، ومن ثم نقل الملكية ولعله تجب الإشارة في هذا السياق إلى تلك البيوع المستترة فقد ترد الهبة مستورة في شكل عقد بيع، فنكون أمام عقدان ظاهره بيع وغير مقصد للمتعاقدين وحقيقته هبة نية الطرفين ففي هذه الحالة تسري أحكام الصورية إلا أنه لكي تصح الهبة مستورة في شكل عقد بيع يلزم من توافر شروطها إلا شرط الشكل، بل وأن المتصرف يعمد أيضا إلى ستر وصيته باعتبارها تصرف لما بعد الموت في شكل بيع، مما يثير مسألة تكييف التصرف.

2- تمييز البيع عن الوصية.

تبعا لتعريفات المقدمة لعقد البيع وخصائصه، ولتحقيق هدف الدراسة لهذا المبحث كان لابد من التعرض لتمييز البيع عن الوصية، حتى يتسنى معرفة التستر القانوني وأبعاده، وذلك في النقاط التالية:

- **من حيث التكييف.**

البيع ملزم لجانبين يقوم متى التزم أحد الطرفين بمنح أو فعل شيء يعتبر معادلا لما يمنح أو يقدم له، في حين أن الوصية تعتبر تصرف بإرادة الموصي وقد ورد في الفصل 173 من الكتاب الخامس من مدونة الأحوال الشخصية المغربية، أن الوصية عقد يوجب حق ثلث مال عاقده يلزم بموته، غير أنه الكثير من يرى بعدم صحة هذا الاتجاه من حيث التكييف لأن الوصية لا تنعقد لتطابق الإيجاب والقبول حتى تسمى عقدا، بل تنعقد بإرادة الموصي.

[1]- د. محمودي عبد العزيز، مرجع سابق، ص 80-81

- **من حيث الأثر**

عقد البيع هو عقد منجز، أي ينجز أثره في الحال يلتزم بمقتضاه البائع بنقل للمشتري ملكية شيء أو حق مالي أو حق عيني في مقابل ثمن نقدي.[1]

في حين أن الوصية هي تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع، ذلك أن أثر الوصية ينعدم في الفترة ما بين صدورها من الوصي إلى غاية وفاته وعليه يملك الموصي حق الرجوع فيها حال حياته، إذ أن الوصية لا تلزم إلا بالوفاة[2]

غير أن عقد البيع قد يشترك مع الوصية ويعد تمليكا مضافا أيضا، ولكن إلى ما بعد تحقق المحل إذ يمكن أن ينعقد البيع لمحل مستقبلي بشرط أن يكون محققا، إلا أن تعامل الإنسان في تركته حال حياته باطل ولو وقع برضاه،[3] ولعل هدف الموضوع ينصب على حماية الورثة من تصرفات مورثهم التي تعد من النظام العام.

- **من حيث الأركان**

البيع يقوم على الأركان الثلاث: الرضا، المحل والثمن إضافة إلى ركن الشكلية إذا كان محل البيع عقارا أو حقا عينيا عقاريا، أما الوصية فالركن الوحيد فيها هو الإيجاب وبصدوره تبرم الوصية.

- **من حيث المقابل.**

البيع لابد فيه من مقابل وهو الثمن، بينما الوصية لا تشترط ذلك لأنها تبرعية، أي أن البيع عقد معاوضة والوصية ليست كذلك.

---

[1]- د. عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، الجزء الرابع، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ص 314.

[2]- المواد 184 وما بعدها من قانون الأسرة.

[3]- المادة 92 من القانون المدني.

- **من حيث الشكل**

البيع الذي محله عقار يجب أن يتم وفق الإجراءات القانونية –كما سبق تفصيل ذلك- لاسيما إذا انصبت على عقار، وفي تكييف الوصية أنها ليست بعقد، وعليه إذا كان محل الوصية عقارا وهو في الغالب دوما كذلك فلا يشترط فيها الرسمية، ذلك أن الشكل لا يعد ركنا لانعقاد الوصية ، فالوصية تصرف صادر من جانب واحد ذو طابع رضائي.

وتشترك الوصية مع البيع في كونهما ينقلان الملكية، ويثور الشبه حينما تتستر الوصية تحت اسم البيع، ويكون في حالة ما إذا تصرف الشخص في مرض الموت، فغالبا ما يكون ذلك بمقصد التحايل على القانون، لأنه وإن كانت الوصية مقررة قانونا إلا أن حرية الإيصاء مقيدة بالثلث وما زاد عن ذلك توقف على إجازة الورثة حيث تنص المادة 189 من قانون الأسرة: "تكون الوصية في حدود الثلث، وما زاد على الثلث توقف على إجازة الورثة"، فهذا هو دافع الأشخاص إلى التحايل لاسيما وإن وقع التصرف في مرض الموت، وإن التصرف يعد صوريا يخفي وصية حقيقية، ويكون لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالتصرف الحقيقي، وأنه يثبت بجميع الوسائل صورية البيع الذي أضر به، وتثور في هذه الحالة مسألة التكييف.

3- تكييف التصرف عمل القاضي.

تظهر عمليا حينما تتحقق حالة تستر الوصية بالبيع أو الهبة في حالات أخرى، أن تثار مسألة تفسير وتكييف التصرف، وهما من مسائل عمل القاضي:

- **تفسير العقد مسألة موضوعية**

يدفع الطاعن صاحب المصلحة أن العقد الذي اتجهت إليه إرادة الطرفين وصية وليس بيعا، ولكل أحكامه، ومن ثمة يجد القاضي نفسه مجبرا على تحديد الوصف القانوني للعقد محل النزاع بهدف معرفة القانون الواجب التطبيق، وعملية التكييف تستلزم تفسير إرادة المتعاقدين. [1]

[1]- د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 315

وهي مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة المحكمة العليا على أن يكون استنتاج القاضي مستساغا وحكمه في ذلك مسببا بعد إعمال نصوص المواد 111-112 من القانون المدني الجزائري، فتفسير إرادة المتعاقدين من صميم عمل القاضي للتعرف على نية المتعاقدين في التوجه إلى إبرام عقد ما، على أن التكييف مسألة قانونية محضة يقع على القاضي واجب التصدي لها من تلقاء نفسه من غير أن يلقي على عاتق العاقد عبء تقديم الدليل، ولا يختلط هذا الأمر مع أحكام الصورية المنصوص عليها بالمواد 198-199 من القانون السابق الذكر التي تختلف عن التكييف، إذ أنها تعتبر مسألة موضوعية يتعين على من إدعى بها تقديم الدليل عليها، فلما يعمد المتعاقدان إخفاء حقيقة تصرفهما بمظهر عادي كنا أمام عقدان الأول عقد ظاهر والثاني حقيقي اتجهت إليه إرادتهما فعلا، فمن إدعى بالصورية يقع عليه عبء إثباتها، وعليه أن يقدم دليلا كتابيا متى كان العقد الظاهر ثابتا بالكتابة، ويستمد الطاعن حقه في هذه الحالة من المورث وليس من القانون مباشرة.

- **تكييف التصرف مسألة قانونية**

لما كانت أحكام الميراث من النظام العام، وأن الوصية تصرف في التركة ينفذ بعد الوفاة فإن ذلك يدفع إلى التحايل، إذ يلتجأ الشخص إلى ستر التصرف في مظهر بيع منجز سواء حال الصحة أو في مرض الموت مما ينبغي معه تكييف التصرف تكييفا صحيحا، فالقاضي يكيف في هذه الحال ويصحح هذا التكييف الذي اعتمده المتعاقدان لعقدهما ويردهما بذلك على نقيض قصدهما، ومثل ذلك من أراد أن يعطي شخص أكثر من ثلث التركة بعد موته، بالرغم من وجود ورثة له. [1]

فيعمد إلى البيع أو الهبة، ويتجرد من الملك في الحال، وقد يشترط لنفسه المنفعة طول حياته، فالبين أنه فعلا أراد بهذا الهبة وذلك بتجرده من ملكية الرقبة في الحال، فالتكييف صحيحا لكن التصرف قصد من ورائه التحايل على القانون، فيبقى التصرف هبة ويعامل بقيود الوصية نقيض قصده في الثلث، ويجعل للتصرف قيد الهبة وذلك من حيث عدم جواز الرجوع فيها إعمالا للتكييف الحقيقي لها، فإن تداعى الوارث صاحب المصلحة قضائيا استمد حق طعنه من القانون مباشرة، وله في ذلك كافة الأدلة في إثبات طعنه ولا

[1]- د. محمود عبد العزيز، مرجع سابق، ص 84-85

تقف عبارات العقد الدالة على تنجيزه حائلا في ذلك، فالعبرة بالواقع وليس بما يضيفيه الأشخاص، وللقاضي – كما تقدم- أن يثبت أن العقد وصية وليس بيعا، ويستعين في إجلاء الحقيقة من الظروف الملابسة للقضية وملف الدعوى والقرائن التي تساعد على ذلك، مثل عدم إنتقال الملكية في التصرف في الحال أو التصرف للقاصر مع ذكر ثمن لا يقوى القاصر على دفعه، أو عدم شهر العقد إذا كان المبيع عقار أو حالة ما إذا كان الثمن تافها، ففي كل هذه الحالات زيادة عن القرينة المستحدثة بالمادة 777 من القانون المدني الجزائري، التي اعتبرت مثل هذه التصرفات وصية لا بيعا أو هبة، يجب التفرقة بين إعمال الدفع بالصورية والدفع بالتحايل على نظام الإرث.

- **الدفع بالصورية والدفع بالتحايل على نظام التوريث.**

إن قصد الحماية المقررة للوارث بموجب أحكام هذه الموضوع هو ما كان متعلق بالتحايل على القانون، ومن ثمة استمد الوارث الطاعن حقه في الطعن من القانون مباشرة[1]

وأن الدفع بالصورية هو دفع مقرر طبقا للقواعد العامة يستمد ه الوارث الطاعن من مورثه وهو في ذلك لا يجوز له إثبات طعنه إلا بما كان يجوز لمورثه من طرق إثبات وتبعا لذلك يتغير المركز القانوني للوارث من الغير إلى الخلف العام في الصورة الأخيرة إذن فالدفع المأخوذ من التحايل على تقييد حرية الإيصاء هو دفع مستمد من التحايل على منظومة الميراث بكاملها باعتبار أن التركة حق مقرر للوارث وإن الوصية لا تنفذ إلا بعد وفاة المورث وبذلك متى تعدت نصابها مست بالميراث كل هذا جعل الأمر يتعلق بالنظام العام ويجوز للوارث استثناءا من قاعدة عدم جواز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة أن يستعمل في ذلك كافة طرق الإثبات على أساس وجود غش أو تحايل على القانون.

ب- أحكام البيع من المريض مرض الموت.

يجري المريض مرض الموت تصرفه بالبيع، وله أحكام خاصة لافتراض شبهة إنعدام الثمن أو ستره لتصرف تبرعي كوصية أو هبة لاسيما إذا ما تم للوارث فخصه المشرع بأحكام خاصة تختلف عما ورد بقرينة التصرف بالتبرع في مرض الموت، فقد

[1]- أنور العمروسي، التعليق على القانون المدني المعدل، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1983، ص 322.

يكون البيع للوارث أو لأجنبي أو يصدر ممن لا وارث له، ولكل البيوع أحكام مختلفة لذلك نقسم المطلب هذه إلى فروع ثلاث هي:

1- البيع في مرض الموت للوارث.

تنص الفقرة الأولى من المادة 408 من القانون المدني الجزائري:

"إذا باع المريض مرض الموت لوارثه فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة. أما إذا تم البيع للغير...". [1]

فرق المشرع في هذه المادة بين صدور البيع للوارث ولغير الوارث، وذلك على أساس أحكام الوصية المقررة بموجب المادتين 185-189 من قانون الأسرة لجزائري بخلاف المشرع المصري وكل من حذا حذوه في قبول الوصية للوارث في حدود الثلث، فلم يكن له المبرر في تفصيل ما ورد بالمادة 408 من القانون المدني الجزائري أعلاه.

وعلى حكم الفقرة الأولى من المادة 408 فإن بيع المريض مرض الموت لوارثه يكون صحيحا بين عاقديه، غير أنه لا ينفذ في حق الورثة إلا إذا أقروه، والمقصود بالورثة من تثبت لهم صفة وقت وفاة المريض المورث وليس وقت البيع وفي ذلك جاء حكم المادة 477 من القانون المدني المصري صريح: "إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت..."، بخلاف نص المادة 408 من القانون المدني الجزائري، التي لم تبين بدقة تقدير قيمة المبيع بالنظر إلى التركة المورثة.

وبذلك فإن الوارث الذي لم تكن له هذه الصفة وقت انعقاد البيع، وتحققت له وقت الوفاة له حق الاعتراض وعدم قبول نفاذ البيع الذي أجراه مورثه بقدر حصته، لأن صفة الوارث تتحقق بها، وأن حقه تعلق بأعيان التركة ومن ثم استمد حقه في الطعن، هذا ومرد تحديد صفة الوارث من حيث القانون الواجب التطبيق ، يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي تقضي: "... إجازة الوارث للتصرف الصادر من مورثه لا يعتد بها إذا حصلت بعد

[1]- د. محمودي عبد العزيز، مرجع سابق، ص 86-87.

وفاته ذلك لأن صفة الوارث التي تخول له حق التركة لا تثبت له إلا بهذه الصفة (الوفاة)"[1]

فالمشرع فرق بين إقرار الورثة للمبيع ولم يقل بإجازتهم له وهو مصيب في ذلك لأن الإجازة تلحق التصرف –العقد- القابل للإبطال وتصدر من أطراف التصرف، ولا تلحق العقد الباطل بطلانا مطلقا، فلا تصحيح عليه فهو في حكم العدم، في ذلك تنص المادة 100 من القانون المدني الجزائري: " يزول العقد بالإجازة الصريحة أن الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون الإخلال بحقوق الغير"

وإن الإجازة تكون للقاصر إذا بلغ سن الرشد ولمن عيبت إرادته بغلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال حين زوال السبب ويجب أن نفرق بين إقرار الورثة للبيع وحالة عدم إقرارهم له حتى يمكن تحديد آثار وأحكام هذا البيع.

- **حالة إقرار وقبول الورثة للبيع.**

على ثبوت حق الورثة في الإرث بعد وفاة مورثهم، يمتلكون إقرار البيع من مورثهم حال مرضه، ويشترط لصحة إقرار الورثة زيادة على صدوره بعد الموت ما يشترط لأي تصرف تبرعي آخر فيجب أن يكون الوارث المقرر للبيع أهلا للتبرع عاقلا بالغا راشدا تحت طائلة بطلان إقراره بطلانا مطلقا وعلى ذلك لا يصح الإقرار الصادر من الصبي، المجنون أو المحجوز عليه، أو ثبوت حالة مرض موت في المقر نفسه، - واعتمادا على ما تقدم- فلا عبرة بإقرار الورثة السابق لموت مورثهم ولو دونوه كتابة على أساس أن لا حق لهم مطلقا على مال مورثهم إلا من يوم الوفاة.

فإذا تم الإقرار بشروطه اعتبر التصرف بالبيع الصادر للوارث في حق باقي الورثة كما لو صدر التصرف من مورثهم في حال صحته. [2]

[1]- د. محمودي عبد العزيز، مرجع سابق، ص 87-88

[2]- د. محمودي عبد العزيز، مرجع سابق، ص 89

- **عدم إقرار الورثة للبيع الصادر عن مورثهم.**

إذا كان الورثة يمتلكون إقرار البيع من مورثهم وهو في مرض موته إلى وارث منهم، كان لبعضهم أن يجيزه دون باقي الورثة منهم وهم يستعملون خالص حقهم في ذلك ويستمدون حقهم من القانون مباشرة وحماية لهم في أموال مورثهم من لحظة نزول المرض.

وبهذا فإن البيع ينقض في حق من أقروه فقط وبنسبة أنصبتهم في الميراث، ولا ينفذ في حق الآخرين بالنسبة لأنصبتهم أيضا، ولهم أن يرفعوا دعوى ببطلان البيع الذي أجازه مورثهم في مرض موته وعدم نفاذه في حقهم بمقدار أنصبتهم ويجب أن يثبتوا حال المرض ولهم في ذلك جميع طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود وذلك بطلب إجراء تحقيق طبقا لما هو مقرر بالمادة 01/776 والمادة 408 من القانون المدني الجزائري والمواد 61 من قانون الإجراءات المدنية وما بعدها. [1]

2- البيع في مرض الموت لغير وارث وممن لا وارث له.

تبعا للحكم المعمول به في قانون الأسرة، والذي يفرق بين الوصية للوارث ولغير الوارث، فقرت المادة 408 المتعلقة بالبيع في مرض الموت كذلك، وجاءت الفقرة الثانية منها تبين أحكام البيع لغير وارث، ونورد أيضا حال البيع في مرض الموت ممن لا وارث له، وذلك في نقطتين: [2]

- **بيع المريض مرض الموت لغير وارث**

تنص المادة 02/408 من القانون المدني الجزائري: "أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ولأجل ذلك يكون قابلا للإبطال"، وتنص المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة".

[1]- الأمر رقم 66-54 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات لمدنية، المعدل والمتمم في سنة 2008 بالقانون رقم 08-09 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[2]- د. محمودي عبد العزيز، مرجع سابق، ص 89-90.

جاء حكم المادة الأولى سالفة الذكر في حالة ما إذا تم البيع لغير الوراث وإذا كان وارثا وقت البيع ثم لم يكن كذلك وقت الوفاة قابلا للإبطال، وجاءت هذه الفقرة بحكم غريب لم يعرفه القانون المدني إطلاقا "...غير مصادقا عليه..."، ولا ندري أي معنى قانوني بقصد المشرع من ذلك، بل أن المشرع وعلى خلاف بعض التشريعات الأخرى كالمصري لم يبين هل أن البيع تم دون ثمن أصلا أو بأقل من قيمة المبيع، أو إذا كانت محاباة تجاوز ثلث التركة ولكل أحكام خاصة بها للمقارنة بين قيمة المبيع وتقدير التركة ونسبة الثمن إليها وعلى ذلك لابد من أن نبين الفرضيات التالية:

- **التصرف بالبيع دون ثمن أصلا:**

الثمن النقدي من الخصائص الأساسية في عقد البيع العقاري، ولا يستقيم المعنى القانوني لعقد البيع دون توافر خاصية الثمن طبقا للمادة 351 من القانون المدني، فإذا لم يستطع المشتري أن يثبت دفعه الثمن اعتبر التصرف هبة، وكان لها حكم الوصية في مرض الموت وخضعت في ذلك لأحكام الوصية تطبيقا لنص المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري، والمادة 776 من القانون المدني الجزائري.[1]

وعلى ذلك إذا كانت قيمة المبيع لا تزيد عن ثلث التركة داخلا فيها المبيع ذاته، نفذ التصرف في حق الورثة دون حاجة لإجازتهم، وفيما زادت قيمة المبيع على ثلث التركة داخلا فيها المبيع ذاته، لم تنفذ فيما جاوز الثلث، إلا بإجازة الورثة فإن لم يجيزوا وجب على المتصرف له أن يرد على التركة ما جاوز ثلثها إلى حد تكملة الثلثين في مال الورثة، وليس للمورث أن يتصرف فيها بالوصية تطبيقا لقيودها طبقا للمادة 185 من قانون الأسرة الجزائري.

- **البيع بما لا يقل عن القيمة:**

الثابت قانونا إذا أثبت المشتري أنه دفع للبائع ثمنا لا يقل عن قيمة المبيع، اعتبر هذا البيع صحيحا منتجا لآثاره ونافذا في حق الورثة دون حاجة لإجازاتهم، لانتفاء شبهة المحاباة في الثمن، وهو حكم جل التشريعات العربية، والتي عملت بأحكام الشريعة

[1]- د. محمودي عبد العزيز، مرجع سابق، ص 90-91

الإسلامية وهو ليس بحكم القانون المدني الجزائري، الذي جاء حكمه عاما من أن البيع قابل للإبطال لمصلحة الوارث.

- **البيع بأقل من القيمة بما لا يجاوز ثلث التركة:**

إذا كان مقدار ما دفعه المشتري ثمنا للمبيع وقت الموت لا يجاوز ثلث التركة داخلا فيهما المبيع نفسه، كان من المفروض أن يكون البيع صحيحا نافذا في حق الورثة دون حاجة لإجازاتهم، لأن هذا يعتبر وصية لغير وارث فتأخذ حكمها، حيث يجوز الإيصاء لغير الوارث في حدود الثلث، لكن بما أن التصرف تم في شكل بيع فيخضع لنص المادة 02/408 ولأجل ذلك يكون قابلا لإبطال.[1]

- **البيع لمن لا وارث له**

إن مبنى فكرة بطلان تصرفات المريض مرض الموت ليست بأحكام أهلية ولا الحجر عليه، وإنما الثابتة فقها أنها تتعلق بحق الورثة في الميراث ورجحان شبهة الشك والريبة في المريض، ومن ثم فإن تصرفات المريض في هذه الحالة تعتبر صحيحة ولو تناولت جميع ماله، بشرط أن لا يكون دينه مستغرقا لأمواله، إذ أنه قد يلجأ المدين إلى هذا التصرف للإضرار بدائنيه، فيتواطئ مع مشتري صوري على إخراج أمواله (المبيع) من الضمان العام، الذي يستطيع الدائنون العجز عليه لاستيفاء ديونهم.[2]

3- تقدير نص المادة 408 من القانون المدني الجزائري

تنص المادة 408 من القانون المدني الجزائري: "إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة.

أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه، ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال".

[1]- د. محمودي عبد العزيز، مرجع سابق، ص 91-92

[2]- د. محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص 273

جاء هذا النص في عقد البيع تطبيقا للحكم العام المنصوص عليه، بالمادة 776 من القانون المدني الجزائري، التي تنص في فقرتها الأولى "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطي لهذا التصرف".[1]

ويثير تطبيق نص المادة 408 من قانون مدني جزائري إشكاليات قانونية يصل مداها إلى حد التناقض الموضوعي، وفي الأساس بين القانون المدني وقانون الأسرة الجزائريين، ولا يقع تطبيق المبدأ المعمول به قانونا الخاص يقيد العام حائلا لتلافي هذا التناقض ولأجل هذا يعتبره بعض فقهاء القانون الخاص نصا معيبا خالف به المشرع الجزائري معظم التشريعات العربية الأخرى، كالمصري مثلا، ولم يبين تشريعنا بالتفصيل حالات البيع بمثل القيمة أو بأقل منها أو دون قيمة أصلا أو القدر المحابى به، وهو ما جاء به حكم الشريعة الإسلامية بالثلث، وهو حكم المادة 477 من القانون المدني المصري.

وإنه اعتمادا على نص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري وعلى أساس أن الشريعة الإسلامية، كما بينا تعتبر مصدرا للموضوع، كان لابد أن تقنن أحكام الفقه الإسلامي في بيع المريض مرض الموت، ونذكر في هذا الصدد ما يلي:

- **التعارض بين النسخة العربية والفرنسية لنص المادة 408.**

يعتبر هذا التعرض سيمة واضحة في مواد القانون المدني ناجمة عن ترجمة ضعيفة لبعض مواده أو بسبب انعدام مذكرة إضاحية تبين المصدر الأصلي لمواده، حيث أن النسخة للنص الفرنسي تشترط أن يتم البيع في اشتداد المرض، وهو شرط لم يرد في النسخة العربية، وما قال به أحد من فقهاء الشريعة الإسلامية التي هي مصدر تصرفات المريض مرض الموت.[2]

فاشتداد المرض ميزة مرض الموت لأنه من العادة أن الإشتداد ينتهي بالموت فعلا وهو أمر كان من المفروض أن يبقى أمره إلى تقدير قضاة الموضوع دون رقابة من

[1]- د. محمودي عبد العزيز، مرجع سابق، ص 92

[2]- د. محمودي عبد العزيز، مرجع سابق، ص93-94.

المحكمة العليا بشرط استساغة الدليل وتسبيب الحكم تسبيبا كافيا، وبالنسبة لنص المادة 02/408 بنسختها العربية "أما إذا تم البيع للغير ... يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال"، حيث حكم هذا النص أن البيع غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال، أما النسخة الفرنسية لها فتبين حكما مفاده أن البيع تم بدون رضا فهو صحيح.

ومن ثمة فالنص العربي كان أساس القابلية للإبطال يعود إلى أن البيع غير مصادق عليه فممن تصدر هذه المصادقة؟

حيث يرى فقهاء القانون أن هذا التعبير (غير مصادق) هو اصطلاح غريب عن أحكام القانون المدني، بل هو مصطلح غير قانوني لم تأت به جل التشريعات، أما النص الفرنسي فإنه يبني أساس قابلية الإبطال إلى عيب شاب الرضا، والإشكالية تطرح في معرفة مصدر هذا العيب.

- **من حيث الحكم الذي جاءت به المادة 408 بنسختها العربية والفرنسية**

بموجب هذا الحكم يتوقف التصرف للوارث على إجازة باقي الورثة، وعلى قابلية التصرف للغير للبطلان، وهو حكم غير صحيح على إطلاقه من حيث اختلاف الجانب الموضوعي للمادة 02/408 من القانون المدني عما هو مكرس بالمادة 185 من قانون الأسرة الجزائري حيث نصت "تكون الوصية في حدود الثلث، وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة"[1]

ففي الوصية لغير الوارث تتفق القوانين الوضعية مؤيدة بإجماع الفقه الإسلامي على أنها تنفذ (الوصية) في حدود الثلث دون إجازة الورثة و لقد جاءت أحكام نص المادة 360 من مرشد الحيران لتبين بدقة أحكام البيع لغير وارث و اعتدت بالمحاباة في الثمن بالنظر إلى ثلث التركة بما فيها المبيع ذاته و قد الموت على ذلك فإن نص المادة 02/408 خاطئ موضوعا و متعارض مع النص المادة185 من القانون الأسرة الجزائري و مخالف إجماع

[1]- د. محمودي عبد العزيز، مرجع سابق، ص 95-96.

الفقه الإسلامي ، و من ثم وجب تعديله لأنه ليس صحيحا ان الوصية للغير في حدود الثلث قابلة للإبطال .

ومن جهة أخرى فمن القواعد القانونية المقررة أن الحق في الإبطال شرع لمن الحق رضاه عيب من عيوب الرضا،[1] وهذا ما لم نصرح به في تصرف المريض مرض الموت، وعلى نص المادة 02/408، و أن للمريض مرض الموت الحق في طلب الإبطال تأسيسا على الحكم الموضوعي لها وعلى أساس:

- وإنه حتى تكون أمام مرض الموت يجب أن يتحقق الموت فعلا[2].
- أن الوصية لا تنفذ إلا بوفاة الموصي طبقا لما هو وارد في نص المادة 197 من القانون الأسرة الجزائري التي تنص : " يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بحد وفاة الموصي".
- إن الوصية حسب مذهب الإمام مالك لازمة بعد وفاة الموصي ولا يجوز إبطالها أو تعديلها أو الرجوع فيها إلا حال الحياة و منه فإن حق الإبطال شرع لمن تقرر لمصلحته فقط .

وبالرجوع إلى المادة 108 من القانون المدني الجزائري فإن حقوق المورث تنقل لورثته إلا أن هذا القول لا يستقيم و النعي بأن الورثة هم في حكم الغير بالنسبة إلى تصرفات مورثهم المريض مرض الموت، وعلى هذا الأساس أجيز لهم الطعن في هذا التصرفات، ولا يحتج عليهم بها إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل مرض الموت طبقا للمادة 776 /02 من القانون المدني الجزائري ، وعلى هذا الأساس فإن الحق في الإبطال لا ينتقل إلى ورثته لأنهم ليسوا خلفا عاما في هذه التصرفات الصادرة عن مورثهم في مرض الموت.

وتبعا لهذه الأسس السابقة فإنه لا مجال للقول بقابلية الإبطال ، وإنما مدار الحديث حول نفاذا الوصية أم لا ، لاسيما وأن الإبطال لا يقع إلا بحكم قضائي ، ومن ثم وجب

[1]- تنص المادة 99 من القانون المدني الجزائري:" إذا جعل القانون الأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس المتعاقد الأخر أن يتمسك بهذا الحق"

[2]- أنظر في مرض الموت و شروطه، ص 8 ، وما يعدها من هذا الفصل

تطبيق أحكام المادتين 185-189 من قانون الأسرة الجزائري ، في جواز نفاذ الوصية للوارث أو للغير في ثلث مال التركة .

وخلاصة القول إن نص المادة 02/408 خاطئ سواء في نص التقنين المدني العربي أو الفرنسي ، إذ أن الاعتماد على النصين بالنسختين العربية و الفرنسية في نفس الوقت فيه إهدار لأساس الطعن ببطلان تصرف المريض مرض الموت و باعتبارها ما قررت إلا لتعلق حق الورثة بمال المريض من نزول المرض و حماية لهم لذا وجب تعديل نص المادة 02/408 المنتقدة ليتفق حكم قانون المدني مع قانون الأسرة على أن تكون الترجمة الفرنسية متفقة مع النص العربي[1].

ج- حماية الغير حسن النية في بيع المريض مرض الموت

قد يكسب المتصرف إليه حقا عينيا على المال المتصرف به من طرف المورث وقد يقع أن يقوم بشهره، ويطمئن إلى ذلك، كما يقع أن يتصرف مشتري العقار المبيع من المريض مرض الموت إلى آخر بالبيع أو أن يرتب له حقا عينيا عليه، كما لو باعه إلى شخص ثالث أو رهنه لديه، وغالبا ما تمضي فترة قصيرة بين صدور البيع في مرض الموت وبين وفاة المتصرف فباستعمال حق الورثة المتضررين في الإبطال يتهدد مركز الغير ومن ثمة استقرار للتعامل وتحقيقا للمصالح وجب حماية هذا الغير، حيث في كثير من الأحوال يكون الغير حسن النية وتلقى المبيع بعوض وسنتطرق إلى تفصيل هذا المطلب:

1- شروط تمسك الغير بالحماية القانونية المقررة بالمادة 409 من القانون المدني الجزائري.

يحمي القانون الغير الذي كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع في مرض موت البائع ضد الورثة الذين يطالبون بعدم نفاذ ما فاق الثلث من التركة تطبيقا للمادة 408 من القانون المدني الجزائري بتوافر شرطين:

[1]- أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 325

- **يجب أن يكون الغير قد كسب حقه بعوض.**

تنص المادة 409 من القانون المدني الجزائري: "لا تسير أحكام المادة 408 على الغير حسن النية... قد كسب بعوض ...".

حتى يستفيد الغير من الحماية المقررة بموجب المادة أعلاه، يجب أن يكون اكتسابه للمبيع بعوض وإلا فإن الورثة أولى بالحماية لاتسام فترة مرض الموت بالشك بالريبة[1]

فإذا كان المبيع عقارا وجب أن يوثق ويشهر ويلحق بهذا التصرف جميع التصرفات الواردة على العقار طبقا لها هو مكرس في القانون المدني و الإجراءات الخاصة بالشهر العقاري، فمتى تخلفت الشكلية في هذا البيع و لم يشهر المتصرف إليه الثاني أو الثالث العقار لن يستفيد من هذه الحماية ، إذ أن ورثة البائع يعتبرون من الغير في التصرفات التي يبرمها المشتري ، و إن كان حقا عينا تبعيا فلا بد من قيد هذا الحق طبقا للمادة 409 قانون مدني جزائري.

- **يجب أن يكون الغير حسن النية .**

تبعا لنص المادة 409 السابقة فإنها تشترط حسن نية المتصرف إليه الثاني الذي لا يعلم تلك المحاباة الواقعة بين بائعة و بين المريض والعلم يجب أن يكون عند الشراء، فلا يكفي أن يكون بعده، وبذلك لا سبيل للورثة لإبطال حق مكتسب.

2- أحكام حماية الغير حسن النية.

بتوافر الشروط الموضوعية لحماية الغير يجب مع ذلك أن يكون هناك موازنة بين نتائج تطبيق المادة 409 من التقنين المدني الجزائري و الضرر الحاصل بالورثة مستعملي حق الإبطال المقر لهم قانونا، و بهذا تطرح مسالة مصير الورثة.

[1]- د. محمودي عبد العزيز ، مرجع سابق ، ص 99 -100

إن حق الورثة في إبطال العقد عندما يكون الغير سيء النية بحيث يعلم أنه سبيل لهم عليه في وجه الحماية المكسوبة بموجب المادة 409 من القانون المدني، غير أن الورثة محميين في وجه المشتري الأول- من المريض- من خلال عدم إجازة البيع وإبطاله.[1]

إلا أنه يرى بعض الفقهاء بأن للورثة إلزام المشتري الأول بتكملة الثمن إلى الحد الذي لا يتجاوز فيه المورث بمحاباته ثلث التركة و هذا تطبيق للقاعدة: " إذا تعذر الأصل يرد إلى البدل"، ولما كان الحق الأصلي هو الإبطال فإنه تعذر الأصل لخروج المال المبيع من يد المشتري إلى آخر حسن النية، جاز لهم رفع دعوى تكلمه الثمن مع التعويض عند الاقتضاء [2].

ولعل إعمال نص المادة 124 من القانون المدني الجزائري و التي تنص: " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض."، و منطق العدالة يقتضي ذلك.

[1] – د. محمودي عبد العزيز ، مرجع سابق، ص 100.

[2] – د.عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 320.

المبحث الثاني: التصرفات التبرعية في مرض الموت

يندر أن يتخذ تصرف المريض مرض الموت الشكل المعاوض بل أن لجوءه إلى التصرف في آخر حياته لم يكن إلا بسبب شعوره بدنو أجله وعفة نفسه للمال، ورغبة منه في محاباة وريث له، أو أجنبي خدمه، وتشيع في الحياة العملية تلك التصرفات التبرعية التي يجريها المريض وخاصة تلك المتعلقة بالعقارات كهبة قطعة أرض أو وقف أخرى وغيرها من التصرفات الأخرى.

فإذا كان المشرع قيد حرية الإيصاء بالثلث بعلة نفاذ التصرف بعد الموت من نزول المريض، بل أن حاجة التقييد تلح أكثر لخطر التصرف التبرعي على مال المتصرف معافى أو مريضا.

فما هو حكم التصرفات التبرعية التي يجريها المريض مرض الموت؟ وأية حماية قانونية للورثة خصها المشرع بالتنظيم؟

المطلب الأول: أحكام التصرفات التبرعية في مرض الموت

تنص المادة 776 من القانون المدني الجزائري[1] على انه كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا لما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية، أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف حيث جاء اللفظ عاما.[2]

وللورثة إثبات بكل الطرق أن التصرف القانوني صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت، ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك .

كما أنه جاء في المذكرة التوضيحية للمادة 916 من القانون المدني الفرنسي المقابلة للمادة776 من القانون المدني الجزائري مايلي:"...لقد وضع المشرع في هذه المادة قرينة

[1]- راجع المادة من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78 لسنة 1975، المعدل المتمم بالقانون رقم 07-05، المؤرخ في 13 ماي 2007، الجريدة الرسمية، العدد 31 المؤرخة في 13 ماي 2007.

[2]- محمد محده، المرجع السابق، ص 246

قانونية على أن التصرف الذي يتم في مرض الموت، وصية مستترة تحت ستار تصرف آخر ولمصلحة الورثة، في الإثبات لأن الشارع جعل حق الوارث متعلق بالتركة..."

الفرع الأول: شروط إعمال أحكام التصرف بالتبرع في مرض الموت

تطبيقا لأحكام المادة 776 من القانون المدني لا يمكن الأخذ بالأحكام الخاصة بالتصرف التبرعي في مرض الموت إلا بتوافر الشروط التالية:

أولا: وقوع التصرف في مرض الموت

لإعمال أحكام التصرف التبرعي في مرض الموت، حيث عرفه الفقهاء وهو مرض يغلب فيه الهلاك ويعجز الشخص عن القيام بمصالحه ويتصل به الموت فعلا.

وعلى ذلك تخرج تلك التبرعات والهبات التي يجريها الشخص حال حياته فلا معقب للورثة أو الدائنين لإنتفاء علة الأضرار، وقد جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية ما يلي: "التصرفات المنجزة الصادرة من المورث حال حياته تعتبر صحيحة وجائزة شرعا، ولو ترتب عليها حرمان الورثة كلهم أو بعضهم من الميراث أو المساس بأنصبتهم فيه".[1]

ويقع عبء إثبات أن التصرف وقع في مرض الموت على الورثة ولهم كل طرق الإثبات بما ذلك البيئة والقرائن، بما فيها الركون إلى تقارير الأطباء الذين من العادة قد يكونون ممن وقفوا على علاج المريض في آخر حياته، وبغيرها من القرائن المستخلصة من ظروف المرض، كأن يسجل البائع العقد ويشهره قبل وفاته بأيام قلائل أو الوفاة بعد قيام عقد البيع، وقبل شهره أو من ذلك استدعاء الموثق إلى منزله قبل الوفاة، ومع ذلك لا مانع بأن يطعن بالتصرفات التي تمت في نفس الحال بالتزوير متى قدمت مبرراته، ويجب في هذه الحالة أن تراعي الشروط الشكلية ومسائل الاختصاص في ذلك من الانتقال إلى القضاء الجزائي، إذ أن الوارث ينتقل إلى حكم الغير وما يترتب على ذلك من آثار لاسيما في الإثبات –كما سنبينه لاحقا.

[1]- الإمام أبو زهرة، شرح قانون الوصية، دار الفكر العربي، 1988، ص 10

ثانيا: أن يكون التصرف تبرعا.

تدق معرفة هذه الحالة في تلك التصرفات المستترة والصورية وفي كل التصرفات التي يجريها المريض تحايلا إل أحكام القانون الآمرة، خاصة إذا أقر قبض مقابلا لمال قدّمه.

إلا أننا في هذه الحالة أقررنا بالتبرع الحقيقي في تصرف المريض، فمتى توافر هذين الشرطين سرى على التصرف حكم الوصية طبقا لنص المادة 1/776 من القانون المدني: "...وتسري عليه أحكام الوصية، أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف"[1].

وتنص المادة 775 من نفس القانون على أنه: "يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والقوانين المتعلقة بها"، فإذا تصرف المريض مثلا بالهبة سرى على هذا التصرف حكم الوصية هذا ما تأكده المادة 204 من قانون الأسرة: "الهبة في مرض الموت، والحالات المخيفة، تعتبر وصية"، ولم يخالف المشرع هذا الحكم رأي الجمهور في الشريعة الإسلامية التي تعتبر في نفس الحكم وقت المريض في مرض الموت وصية.

إن عبء إثبات أن التصرف الصادر من المورث في مرض موته قصد منه التبرع يقع على من صدر له التصرف، وليس كما هو ثابت من أن الورثة يقع عليهم عبء إثبات أن التصرف وقع في مرض الموت، وبهذا يكون المشرع قد أقام قرينة قانونية على أن التصرف قصد منه التبرع متى حدث في مرض الموت على أن هذه القرينة ليست بالقاطعة بل تقبل إثبات العكس من قبل المتصرف إليه وذلك من خلال إثباته أنه دفع عوضا للمورث، وتسري عليه في هذه الحالة أحكام البيع في مرض الموت، وتخضع المحاباة في الثمن إلى حكم الوصية.[2]

[1]- إن قانون الأحوال الشخصية عندنا يعرف بقانون الأسرة الصادر تحت رقم 84-11 المؤرخ في 09-06-1984، الجريدة الرسمية 24 السنة 1984، ص 10، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27-02-2005، الجريدة الرسمية، العدد 15، سنة 2005.

[2]- د. محمودي عبد العزيز، مرجع سابق، ص 49-50.

الفرع الثاني: خضوع التصرف بالتبرع في مرض الموت لحكم الوصية.

متى أثبت الوارث الطاعن مرض موت مورثه، وبأن تصرف مورثه المريض مرض الموت كان فعلا تبرعيا، مستعملا كافة وسائل الإثبات بما فيها البينة والقرائن، وأن التصرف بالتبرع مقارنة بين تاريخ الوفاة وتاريخ التصرف، ووقع في الفترة الممتدة بين اشتداد المرض والموت فعلا، سرت عليه أحكام الوصية على التصرف واستفادة الوارث بما هو مقرر له من تقييد حرية الإيصاء والإثبات، فبتوافر شرطي قرينة المادة 776 من القانون المدني الجزائري السابقة، وتبعا لذلك متى تمت الوصية للوارث لا تجوز ولا تنفذ، وتبقى متوقفة على إجازة الورثة من غير التقيد بالنصيب المتصرف فيه بالنظر إلى التركة عند الوفاة طبقا لنص المادة 189 من قانون الأسرة: "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي"، إلا إذا لم يكن للمتصرف وارثا يخلفه في ماله، أما إذا تمت لغير وارث فتنعقد صحيحة ونافذة في ثلث التركة داخلا فيها الحق الموصى به وما زاد على الثلث توقف على إجازة الورثة للوصية تطبيقا لنص المادة 185 من قانون الأسرة إلا انه قد يتصرف المورث بالهبة أو الوقف... فكل هذه التصرفات التبرعية إذا ما تمت للورثة لا تجوز، وتتوقف على إجازة الورثة بعد وفاة مورثهم المتصرف، ويجب النظر فيها بنوع من التدقيق لتسهيل التطبيق القضائي حال النزاع.[1]

المطلب الثاني: تبرعات تلحق بحكم الوصية في مرض الموت.

بينت قرينة المادة 776 من القانون المدني أن كل تصرف بنية التبرع يأخذ حكم الوصية، فمن باب أولى أن التصرفات التبرعية الصريحة من هبة ووقف...، والتي محلها عقارات المورث، تأخذ نفس الحكم، لأن المتصرف لا يأخذ مقابلا لما يعطي، وهذه التصرفات منها ما هو منجز حال الحياة كالهبة مثلا، ومنها ما هو مضاف لما بعد الموت كالوقف، والأمر سيان في المساس بحقوق الورثة لإشراف المريض على الوفاة.

[1]- أ. زهدور محمد، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991، ص 09

الفرع الأول: أحكام الهبة في مرض الموت.

الهبة كونها تصرف بلا عوض، تأخذ هي الأخرى حكم الوصية إذا ما قام بها الشخص وهو في مرض موته، وسنفصل كالآتي.

أولا: تعريف الهبة.

تنص المادة 202 من قانون الأسرة: "الهبة تمليك بلا عوض، ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشرط"، على ذلك يوصف الهبة تمليك بلا عوض في الحال كانت من أشد التبرعات الضارة بالمتصرف ضررا محضا، ويحيطها المشرع بضوابط هامة لاسيما تلك المتعلقة بأهلية التبرع، وإنها تعتبر العقد العيني الوحيد في التشريع الجزائري، ويشترط المشرع فيها الرسمية للانعقاد طبقا لنص المادة 206 من قانون الأسرة حيث لا تنعقد الهبة بمجرد الإيجاب والقبول إذا تعلق الأمر بالعقارات بل أوجبت نفس المادة مراعاة أحكام قانون التوثيق حيث في هذه الحالة تخضع لنفس الأحكام المطبقة على باقي العقود التي يكون محلها عقار، كالرسمية، التسجيل والشهر.[1]

ولا تتم بموجب عقد عرفي، فإذا كان الواهب أهلا للتبرع من غير المرض جاز له أن يهب شرعا وقانونا كل أمواله لمن يشاء وارثا كان أو أجنبي، طبقا للمادة 205 من قانون الأسرة التي تنص "يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا أو منفعة أو دينا لدى الغير".

ويترتب على ذلك بداهة أن الهبة الصادرة من المورث في حال صحته لأحد ورثته تكون صحيحة لخروجها من نطاق التحايل على قواعد الإرث، إلا أن تصرفات الشخص لا تتقيد إلا بابتداء مرض الموت، ويحق لصاحب المصلحة الطعن فيها بعد الوفاة، لأن صفة الوارث التي تخول له حقا في التركة لا ثبت له إلا بهذه الوفاة.

[1]- أ. زهدور محمد، المرجع السابق، ص 11-12

ثانيا: خضوع الهبة في مرض الموت إلى حكم الوصية.

نص المادة 204 من قانون الأسرة: "الهبة في مرض الموت، والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية"

بادئ ذي بدء نرى أن المشرع أضاف حالة لم تتطرق لها جل التشريعات أو الفقه الإسلامي ألحقها بمرض الموت فيما سماها بالحالات المخيفة، ولعل هذا الوصف هو حكم غريب يحتاج إلى تفسير من قبل القضاء من خلال الإجتهاد، ويعد الخبراء - بعد تعيينهم بحكم قضائي حال نزاع قائم –هم أدرى الناس لتفسيرها كالأطباء.[1]

أما عن حكم الهبة في مرض الموت فإن المشرع أعطاها بنص صريح حكم الوصية، وعلى هذا الرأي قال جمهور الفقهاء إذ اعتبروا أن الواهب المريض مرض الموت تأخذ هبته حكم الوصية وبذلك إذا كانت الهبة لوارث فلا تنفذ إلا بإجازة الورثة والعبرة بصفة الوارث وقت الموت لا وقت الهبة، وسواء تمت بأقل من الثلث أو بأكثر منه لأن الهبة في مرض الموت وصية، وأنه لا وصية لوارث لتحقيق إيثار بعض الورثة على البعض الآخر طبقا لنص المادة 189 من قانون الأسرة.

هذا وإن الإجازة التي تصدر من الورثة يجب أن تتم بعد الموت، فلا معنى لها قبل وفاة المريض، أما إذا تمت لغير وارث فإنها تجوز في ثلث التركة وقت الوفاة داخلا فيها الشيء الموهوب وما زاد على الثلث توقف على إجازة باقي الورثة بعد وفاة الواهب المريض، تطبيقا لأحكام الوصية المادة 185 من قانون الأسرة، ووجب عليه أن يرد إلى التركة ما جاوز الثلث.

الفرع الثاني: أحكام الوقف في مرض الموت.

الملاحظ أن المشرع لم يتطرق إلى كل تصرفات المريض مرض الموت شأنه شأن معظم القوانين العربية وبخلاف الشريعة الإسلامية التي اعتبرت وأنزلت وقف المريض

[1]- د. محمودي عبد العزيز، مرجع سابق، ص 52-53.

مرض الموت منزلة الوصية، واعتبرته من ثلث المال المتبرع به على أساس أنه تبرع تتراخى آثاره بعد الموت.[1]

والجدير بالذكر أنه أدرج الوقف في الفصل الثالث من الكتاب الرابع من قانون الأسرة المواد 213-219 منه، ثم صدر بعد ذلك قانون خاص بالأوقاف[2] رقم 91-10 وتنص المادة 222 من قانون الأسرة "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، وعرفت المادة 04 من القانون المتعلق بالأوقاف على النحو التالي: "الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة...".

على هذا الأساس وتطبيقا لأحكام الشريعة الإسلامية يأخذ الوقف في مرض الموت حكم الوصية، ويجب في ذلك إعمال حالات التفرقة بين الوقف للوارث أو لغير الوارث وما إذا كان الوقف يخرج عن ثلث التركة أو يساويه أو يزيد عنه أو كان المريض مدينا أو غير مدين، إلا أن المشرع لم يأت بالوقف في مرض الموت سوى فيما يتعلق بحقوق دائني المريض الواقف، فقد جاء في المادة 32 من ذات القانون ما يلي: "يحق للدائنين طلب إبطال وقف الواقف في مرض الموت وكان الدين يستغرق جميع أملاكه".

وتستوجب المادة 41 من القانون رقم 91-10 توثيق الوقف إذ تنص: "يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد رسمي لدى الموثق وأن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات لها..."، حيث يعتبر الوقف عقد تبرعي صادر عن إرادة منفرة ويشترط تحريره رسميا ويخضع لإجراءات الشهر، إذا ما أوقف المريض مرض الموت عقار مملوك له.[3]

هذا وتجدر الإشارة إلى أنه هناك فيض من التصرفات القانونية التبرعية، تلحق بالهبة والوقف، وتأخذ حكم الوصية كالإبراء مثلا في مرض الموت، فنزول المريض

---

[1]- أ. عبد الرؤوف مصطفى العلونة، تصرفات المريض مرض الموت في الشريعة الإسلامية، جامعة الأردن، 1994، ص 77

[2]- القانون رقم 91-10 ، المؤرخ في 27 أفريل 1991، يتعلق بالأوقاف، جريدة رسمية رقم 21 لسنة 1991، المعدل والمتمم.

[3]- أ. عبد الرؤوف مصطفى العلونة، المرجع السابق، ص 113

مرض الموت عن دينه، يأخذ حكم الوصية، ففي هذا أيضا تطبيق لحكام الشريعة الإسلامية[1]

المطلب الثالث: موقف ورثة المريض من التصرف التبرعي في مرض الموت.

باعتبار أن التصرف التبرعي ضار بالورثة ضررا محضا من وجهين، الأول كونه صادر في مرض الموت، والثاني أصل فيه يتعلق بالتبرع وافتقار الذمة، وجب أن يتخذ الوارث موقفا قانونيا في ذلك يكفل له الحماية، لذلك نبين المطلب في فرعين هما:

الفرع الأول: ورثة المريض مرض الموت في حكم الغير.

بناءا على مبدأ نسبية آثار العقد فإن آثاره تنصرف إلى المتعاقدين وخلفهما لعام تأسيسا على أحكام المادة 108 من القانون المدني الجزائري التي تنص: "ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم تبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث".[2]

ويراد بالخلف العام: الوارث والموصى له بجزء معين من التركة كالربع أو الثلث، ويرد كذلك بالعبارة "... مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث ..." المحتواة في صدر المادة 108 من القانون المدني السابقة أن القانون أعطى للورثة حق الطعن في تصرفات مورثهم إذ أبرمها وهو مرض الموت، فلا تسري في حقهم هذه التصرفات إذ أثبتوا أنها تمت خلال مرض الموت،بل تعتبر في حكم الوصية وتجري عليها أحكامها.

يكتسي تاريخ التصرف القانوني الصادر من مورثهم المريض أهمية بالغة بالنسبة إلى تحديد آثار العقد للورثة والدائنين ومصلحة جوهرية للطعن في صحة هذا التاريخ المدون على الورقة، أو السند المثبت للتصرف المطعون فيه، بالنظر إلى بداية المرض والوفاة ولعله من الثابت عمليا أن السلف المورث لتفادي أحكام القانون الأمر وتصرفات المريض مرض لموت، ومن التقييدات الواردة في ذلك غالبا ما يعمد إلى تقديم تاريخ تصرفه الماس

[1]- راجع المادة 306 من التقنين المدني الجزائري.

[2]- أ. أديب اسطنبولي، المرشد في قانون الأحوال الشخصية (الوصية والمواريث)، الجزء الثاني، المكتبة القانونية، دمشق، 1994، ص 956

بحق الخلف، ويجعله سابقا على انتقال الحق للمريض أيضا، حتى ينصرف أثره إلى الخلف ويحتج عليه بالمحرر الذي تضمنه.

فمن المقرر قانونا أن الورثة خلف عام لمورثهم ولا يعتبرون في حكم الغير في تصرفات مورثهم، وأنه تبعا لذلك لا يجوز للمتعاقدين أو خلفهم العام إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة، إلا أنه متى صدر التصرف في مرض الموت، وأثبت الورثة ذلك اعتبروا من الغير ولهم إثبات ذلك بكافة وسائل الإثبات.[1]

وهذا استثناء من الأصل مبني على اعتبار أن للوارث حقا شخصيا في تركة مورثه لا يستمده منه وإنما من القانون مباشرة، ومن باب أولى يثب حقه في الثلثين، فلا يستطيع تبعا لذلك أن يمس هذا المقدار سواء بالوصية كما ورد بنص المادة 185 من قانون الأسرة، أو بأي تصرف آخر ينطوي على تحايل على نظام الإرث.

وتنص المادة 2/776: "على الورثة أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد يصدر عن مورثهم وهو في مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق،لا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكون هذا التاريخ ثابتا".

وبموجب هذه القرينة اعتبر المشرع أن أي تصرف قانوني يقع في مرض الموت بقصد التبرع يعتبر مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية بغض النظر عن التسمية التي يعطيها المتعاقدين، لا يحتج عليهم بالتاريخ الثابت بها خلافا للواقع، بل وخلافا للقانون بما تقضى به المادة 328 من القانون المدني: "لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت..."

والتاريخ الثابت يكون بتسجيله، فقد جاء شرح على الأشخاص الذين يعتبرون من الغير بأنه يكتفي منهم التمسك بعدم ثبوت تاريخ المحرر العرفي بوجه رسمي ولا يطالبون بإقامة الدليل على عدم صحته وذلك فإنه بإلقاء عبء إثبات التصرف على الورثة في صدر

[1]- د. محمودي عبد العزيز، مرجع سابق، ص 59-60

المادة 776 يجعل النعي القانوني لا يستقيم بين المادتين 328 و776 من القانون المدني، يجعل من الورثة الطاغين مجبرين على إثبات ما يلي: [1]

أولا: إثبات أن المورث المتوفى كان في مرض الموت.

مرض الموت واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة وسائل الإثبات بما فيها البنية والقرائن، ويقع عبئ ذلك على الورثة، فالبنية على من إدعى ، وتنهض الشهادات الطبية دليلا قويا لاسيما تلك الموقعة في مصالح الطب الشرعي المؤهلة وذلك على أساس أن الطبيب مختص ومؤهل للقول في مثل حالات المرض، وغالبا ما يركن قضاة الموضوع لهذه الوسيلة ويعتبرونها دليلا حاسما في الدعوى، وتدعم في مثل هذه الحالات إذا ما التمس المدعي إجراء تحقيق وغالبا ما يتم هذا -بشهادة الشهود الذين عايشوا المتوفي في آخر أيامه، بل وقد يلجأ قضاة الموضوع إلى القرائن في ذلك، كأن يوثق العقد قبل الوفاة بمدة قليلة ويستمر بعد الوفاة وتنتقل الملكية نقلا تاما.

ثانيا: إثبات أن تاريخ التصرف وقع في مرض الموت.

يتعين تبعا لشرط الأول المتعلق بإثبات مرض الموت، إثبات أن تاريخ التصرف وقع فيه للمقارنة بينهما، فإن كان التصرف سابقا عن المرض اعتبر تصرفا صحيحا ولا اعتراض للورثة عليه بهذا الوجه.

أما إذا كان لاحقا للمرض في هذه الحالة يسري عليه أحكام التصرف التبرعي في مرض الموت، لأجل ذلك تخضع لأحكام الوصية غير أن المشكل الذي يصادفنا هو كيف يمكن إثبات تاريخ التصرف، وما الذي يترتب على ثبوت التاريخ لتحديد موقف الورثة من ذلك من ناحية القانون بشكل أدق؟[2]

وما يهمنا في ذلك هي مسألة التصرف في مرض الموت وتاريخ السند المثبت له بين الوجه الرسمي والعرفي.

---

[1]- أ. أديب اسطنبولي، المرجع السابق، ص 957

[2]- د. محمودي عبد العزيز، مرجع سابق، ص 61-62.

تنص ماد 02/776 من القانون المدني: "وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على ورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا"

وبمفهوم المخالفة للمادة 2/776 أنه إذا كان تاريخ السند ثابتا رسما يحتج على الورثة بذلك وبما جاء في مضمون العقد وعليه يجب أن نفرق بين إثبات التصرف بسند رسمي وإثباته بسند عرفي.

1- إثبات التصرف في سند رسمي:

السند الرسمي أوسع في المعنى القانوني من العقد الرسمي، ويتسع ليشمل الأحكام القضائية والعقود الرسمية، ويختص بدراسة العقد الرسمي كسند مثبت للتصرف لاعتماده وشيوعه، ونبين بوجه أخص ورود هذا العقد على العقار لما يشيع في العمل من قيام التصرفات القانونية عليه تبعا لأهميته.

1-1- مفهوم العقد الرسمي.

تنص المادة 324 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي، أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه" ما نبينه في هذه المادة أن تاريخ التصرف الذي يكون قد حرره الموثق أو الشخص نفسه في الحالات التي يعتد بها.[1]

وتاريخ تلك الشهادات الطبية التي تقدم من المصالح الطبية، لاسيما الطب الشرعي يتبع ثبوت مضمون العقد وحجيته.

[1]- د. رمضان أبو السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، النظرية العامة للإثبات، الدار الجامعية، لبنان، 1993، ص 308

1-2- حجية العقد الرسمي:

تنص المادة 325 مكرر 5: "يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره..." وأن العقد ملزم بين طرفين ولورثتهما وذوي الشأن".

فتبعا لهاتين المادتين إذا ما تمت الهبة في الشكل الرسمي بناءا على نص المادة 206 من قانون الأسرة، أو تم الوقف ي ذات الشكل بناءا على نص المادة 41 من قانون الأوقاف، فإن تاريخ التصرف يثبت رسميا كما يثبت محتواه، والثابت أن النصوص القانونية صريحة في اشتراط "الشكلية الرسمية، الشهر لدى المصلحة المختصة بالمحافظة العقارية".

في جميع التصرفات الواردة على العقار سواء بموجه المادة 12 من الأمر المتعلق بالتوثيق الصادر بالأمر رقم 70-91[1] ، والتي تقابل المادة 324 مكرر من القانون المدني التي استحدثت بموجب تعديل سنة 1988 بالقانون رقم 88-14 من القانون المدني وعلى ذلك إذا كان تاريخ التصرف ثابتا على الوجه الرسمي يجعل المتصرف له يحتج بتاريخ العقد المثبت لتصرفه، لاسيما إذا ما تم قبل مرض موت المورث ولا يقدح ذلك طعن الوارث بأن المتصرف تواطأ في تقديم تاريخ التصرف.[2]

فإذا ما تمت الهبة وتوثقت واكتملت أركانها صحت وأصبح المتصرف إليه مالك للعين الموهوبة، فيصبح من الصعب على الوارث بذلك إثبات عكس ما وردفي هذا العقد الرسمي.

وأمام ثبوت تاريخ السند رسميا، فإنه يكون التاريخ ومحتوى التصرف حجة في وجه المتعاقدين وورثتهما، ولا يمكن دحضه إلا بدليل مواز له، أو بدعوى تزوير طبقا للأشكال القانونية المطلوبة والجهات القضائية المختصة.

[1]- الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970، جريدة رسمية العدد 107 لسنة 1970، المعدل والمتمم بالقانون رقم 88-27 المؤرخ في 12 يوليو 1988

[2]- د. محمودي عبد العزيز، مرجع سابق، ص 63.

2- إثبات التصرف في سند عرفي.

2-1- مفهوم السند العرفي.

تنص المادة 327 من القانون المدني الجزائري: "يعتبر العقد العرفي صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط وإمضاء أما خلفه فلا يطلب منهم الإنكار، ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء هو لمن تلقوا منه هذا الحق".

إن الورقة العرفية يشترط فيها شرطان الأول يتعلق بالكتابة من مصدرها والثاني بالإمضاء، وذلك إثباتا لواقعة قانونية، ويجب أن تكون موقعة من الشخص المنسوب إليه.

2-2- حجية السند العرفي.

لا تتمتع الورقة العرفية بما تتمتع الورقة الرسمية من حجية لأن تحريرها يتم بمعزل عن ضمانات الورقة الرسمية، وبشروطها تكون حجة على المتعاقدين وورثتهم، أما بالنسبة للغير فلابد من أن تكتسب تاريخا ثابتا لها، وذلك حسب ما قضت به المادة 328 من القانون المدني بأنه: "لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت ويكون تاريخ العقد ثابتا ابتداءا:

- من يوم تسجيله
- من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام
- من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط وإمضاء.

غير أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف رفض تطبيق هذه الأحكام فيما يتعلق بالمخالصة".[1]

[1]- د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 310

بموجب هذه المادة لا يجوز الاحتجاج على الغير بتاريخ الورقة العرفية، إلا إذا كانت ثابتة التاريخ بوجه رسمي لإحتمال التواطؤ بين العاقدين بتقديم التاريخ أو تأخيره[1] تعارض المادتين 328 و 776 من القانون المدني الجزائري فيما يتعلق بالاحتجاج وبالورقة العرفية.

إن ما هو وارد بالمادة 776 بفقرتيهما 2 و3: "... وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً.

إذ اثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر لهم التصرف خلاف ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه".[2]

يجعل النص معيب في صياغته إذ يفيد أن الورثة من الغير فيما يتعلق بالاحتجاج بتاريخ السند العرفي، ويلقى عليهم في نفس المادة 776 إثبات صدور التصرف في مرض الموت فهم ليسوا من الغير فيما سبق، وهو موطن للحجز والقصور مع القواعد العامة في القانون التي تعتبر تاريخ التصرف المثبت في السند العرفي حجة على الورثة.

طبقا للمادة 328 أعلاه، فإن الوارث ليس من الغير بالنسبة للورقة الصادرة من مورثه، ولقد تفطن المشرع الكويتي حين استبعد في نص المادة 942 من القانون المدني الكويتي عبارة: "ولا يحتج على الورثة بسند التصرف إلا إذا كان ثابت التاريخ ثبوتا رسميا".

وعلى أساس ذلك فإنه يحتج على الوارث بتاريخ التصرف من مورثه ولو لم يكن ثابت التاريخ، وله إثبات عدم صحة التاريخ بكافة الطرق باعتبار تقديمه غش، والغش واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات.

[1]- وتخرج من دائرة ذلك تلك العقود الواردة على العقار بعد صدور أمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني وتداعيات تطبيق المادة 27 من الأمر رقم 70-91 المتعلق بالتوثيق والملغى، والتي تقابل المادة 324 مكرر المستحدثة بتعديل 88-14 للقانون المدني.

[2]- د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 312

فبهذا المعنى إن عبارة النص "... لا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن ثابتا "غير دقيقة مع أنه حسب القواعد العامة فإن هذا التاريخ يحتج به حتى وإن لم يكن ثابتا، وإنما يكون لهم حق إثبات العكس، بل إنه من المسلم به في القواعد العامة أن كل شخص يكون التاريخ العرفي حجة عليه، ويستطيع أن يثبت عم صحة هذا التاريخ، فما الحاجة لإيراد مثل هذا الحكم البديهي في هذا النص؟

حيث اعتبرت المحكمة الوارث من الغير بالنسبة إلى أثر التصرفات الصادرة من المورث في مرض الموت، ولاحظ أن الغيرية هذه ليست هي تلك الغيرية بالنسبة إلى ثبوت التاريخ، بالنسبة إلى أثر التصرفات، والحكمة فيما يتعلق بهذه المسألة لم تكتف من الوارث بأن يتمسك بعدم ثبوت تاريخ التصرف بوجه رسمي، بل ألقت عليه عبء إثبات صحة التصرف المدون بالورقة، وأن التصرف أبرم في مرض الموت. [1]

فإن نجح في ذلك اعتبر من الغير بالنسبة إلى أثر التصرف واستفادة من قيود الوصية، فالوارث يبقى خلفا عاما لمورثه فيتعلق بحجية تاريخ المحرر العرفي، فإذا تمكن من إثبات ما يدعيه من عدم صحة هذا التاريخ ومن وقوع التصرف في مرض الموت اعتبر من الغير بالنسبة إلى أثر التصرف، وإن طعن الوارث في العقد بأنه صوري صورية مطلقة، وان سبب الصورية ليس التحايل على الإرث وإنما إعطاء أحد الورثة مظهر الشراء فقط فإن حق الوارث في الطعن إنما يستمد من المورث لا من القانون ولأجل ذلك له إثبات طعنه بما كان لمورثه من طرق إثبات فقط.

الفرع الثاني: عدم سريان التصرف في حق الورثة الطاعنين.

إن الأمر الذي يتحقق من جراء طعن الوارث في التصرف التبرعي الذي ثبت بالسند العرفي أو الرسمي في مرض الموت هو سريان حكم الوصية عليه، وبمعنى أنه لا ينفذ في حق الورثة فيما زاد على ثلث التركة وهو طعن موجه ضد المورث بالذات، وبهذا يتقلب الوارث من الخلف العام إلى طبقة الغير من حيث نفاذ التصرف لا من الغير من حيث ثبوت التاريخ الذي يبقى حجة عليه، حتى يثبت عدم صحته، وقضت محكمة النقض المصرية: "إن مجرد طعن الوارث على التصرف بأنه صدر في مرض الموت إضرار

[1]- د. محمودي عبد العزيز، مرجع سابق، ص 65-66

بحقوقه في الإرث لا يكفي، بل يجب على الوارث أن يقيم الدليل على إدانته، فإن عجز في ذلك التصرف حجة عليه، وملزماً له، ولا يعتبر الوارث في حالة عجزه عن إثبات طعنه في حكم الغير، ولا يعدو أن يكون الطعن الذي أخفق في إثباته بمجرد إدعاء لم يأثر بدليل، وبالتالي يكون التصرف حجة على الوارث[1] باعتباره خلفا لمورثه.

المطلب الرابع: تقدير القرينة الخاصة بالتصرف التبرعي في مرض الموت.

كما سبق بيانه صدر القانون المدني بالأمر رقم 75-58 متطرقا لتصرفات المريض مرض الموت، من خلال القرينة القانونية الخاصة بالتصرف بنية التبرع في مرض الموت – محل الشرع-، وأحكام بيع المريض مرض الموت، ولعل ذلك يطرح إشكالية سريان هذه القرينة القانونية من حيث الزمان، فهل جاءت مستحدثة أم تطبق بأثر رجعي لاسيما أن القانون الفرنسي لا يعرف تطبيق أحكام تصرفات المريض مرض الموت إلا فيما يخص حالة التصرف للأطباء والصيادلة ورجال الدين؟

الفرع الأول: القاعدة في سريان القانون من حيث الزمان وموقع المادة 776.

تنص المادة الثانية من القانون المدني: "لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل ولا يكون له أثر رجعي..."، ويرد على هذا الأصل استثناءات حيث يسري القانون بأثر رجعي على الوقائع التي وقعت قبل صدوره وسنذكرها لاحقا.

لم ترد في القانون الفرنسي، قرينة المادة 776 من القانون المدني الجزائري محل الشرح والخاصة بالتصرف بنية التبرع في مرض الموت، بل استحدثت في القانون المدني الصادر بالأمر قم 75-58 والمؤرخ في 26 سبتمبر 1975، وإنها لم يرد بها نص خاص يؤكد سريان هذه القاعدة بأثر رجعي، حيث يتحدد نطاق تطبيق القاعدة القانونية من حيث الزمان بمبدأين أساسين[2] :

[1]- د. عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت، ص 830

[2]- د. محمودي عبد العزيز، مرجع سابق، ص 68-69

الأول يتعلق بالأثر المباشر للقانون، وبه يسري القانون على كل الوقائع من يوم نفاذ القانون إلى تاريخ إلغائه، والثاني مبدأ عدم رجعية القانون وعد سريانه على الماضي، وتثير عملية تنازع القوانين بين القواعد القانونية مشكلة عملية، لاسيما إذا جاء القانون الجديد بقاعدة لم تكن تعرف في ظل القانون السابق كما الحالة في المادة 776 من القانون المدني الجزائري، كان لابد من أن لا تطبق على جميع التصرفات التي أبرمت قبل نفاذ هذا القانون، وهو 05 يوليو 1975، فبمقتضى المادة 1003 منه صدر القانون المدني كاملا بأثر رجعي إذ تنص هذه الأخيرة: "يسري مفعول هذا الأخير ابتداءا من تاريخ 25 جمادى الثانية عام 1935 الموافق لـ 05 يوليو 1975".

فهل يعني هذا تطبيق قرينة التصرف في مرض الموت المنصوص عنه بالمادة 776 من التقنين المدني أثناء سريان القانون المدني الفرنسي؟

لعل النص بالمادة 1003 أعلاه على سريان القانون المدني بأثر رجعي فيه مساس بالمراكز القانونية للأشخاص الذين قد تطبق عليهم أحكام قانونية لم تعرف أثناء إنعقاد التصرف وهذا إجحاف بالنسبة للأشخاص.

الفرع الثاني: المشاكل العملية لسريان قرينة المادة 776

كما سبق الإشارة إليه تعتبر قرينة المادة 776 من القانون المدني الجزائري مستحدثة، تلك القرينة الخاصة بالتصرف في مرض الموت[1]

ولا يكون لها أثر رجعي إلا بقدر النص الصريح للمادة 1003 من القانون المدني التي جاءت بسريان القانون المدني بأثر رجعي إلى 05 يوليو 1975، وعلى هذا الأساس لا تطبق على التصرفات التي أبرمت قبل تاريخ نفاذ هذا القانون ذلك أن: "...القرينة القانونية تكون على صلة بالناحية الموضوعية للحق، شانها شأن الأدلة التي تعد مقدما وهي الأدلة الكتابية، وتأخذ حكمها"،[2] ويلاحظ أن القرينة بهذا الشكل إنما تقوم على تصوير ذهني بحت، وذلك بناء على الاحتمالات الراجحة في العمل بحيث يتأتى تعميمه في الاتجاه العادي

[1]- د. عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 831

[2]- د. محمودي عبد العزيز، مرجع سابق، ص 69-70

والطبيعي للأمور والقرينة القانونية لها دور هام من ناحيتين: الأولى: بناء القاعدة القانونية كاستنباط بلوغ العقل رشده لمن بلغ إحدى وعشرين سنة، والثانية تيسير الإثبات أو بمعنى أصح الإعفاء من الإثبات، وعليه كانت القرينة القانونية تتميز من حيث:

أولا: خروجها عن القاعدة العامة في الإثبات

إذ بها يصبح الإثبات سهلا فينتقل العبء الحقيقي للإثبات إلى عاتق الطرف الآخر في الخصومة، أوقد يعفى من قررت القرينة لمصلحته من الإثبات تماما.

على أن القرينة في مجال الإثبات قد تكون بسيطة[1] وذلك عندما يسمح المقنن بإثبات عكس ما تسلم به القرينة.

كما في قاعدة الحيازة في المنقول بسبب صحيح وحسن نية تكسب الملكية للحائز فحسن النية والسبب الصحيح، قرينة بسطة تجعل من الحائز للمنقول مالكا، أما الحيازة نفسها فهي قاعدة موضوعية لا يجوز دحضها بحال من الأحوال، لذلك أجاز القانون إثبات عكس هذه القرينة بإثبات سوء نية واضع اليد، أو عدم قيام السبب الصحيح للحيازة، وقد تكون القرينة قاطعة، وذلك عندما لا يسمح المشرع بإثبات عكس ما تسلم به القرينة، من ذلك قرينة الوفاء بحقوق بعض الأشخاص. [2]

ثانيا: مخالفتها مبدأ اقتناع القاضي.

المبدأ الثابت حياد القاضي في النزاع المعروض أمامه، إلا أنه متى توافرت شروط القرينة الخاصة بالتصرف في مرض الموت لصالح الوارث الطاعن وجب على القاضي الأخذ بها، دون إعمال لسلطته التقديرية لمدى مطابقتها للواقع، لأن إعمال هذه السلطة يكون أكثر ما يكون في القرائن القضائية على أن القرينة محل الشرح هي قرينة قانونية وإن كانت تقبل إثبات العكس. [3]

---

[1]- د. محمود عبد الرحيم الدّيب، الحيل في القانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص 64-65

[2]- د. محمود عبد الرحيم الدّيب، المرجع السابق، ص 65.

[3]- د. محمودي عبد العزيز، مرجع سابق، ص 70.

خلاصة الفصل الأول:

من خلال ما تناولناه بشيء من التفصيل في الفصل الأول من هذا الموضوع توصيلنا إلى بعض النتائج القانونية التي نرجو ان تزيل علامة الاستفهام تلك ، حول الشطر الأول من دراستنا – تصرفات المريض مرض الموت الواردة على العقار – و منها انه باعتبار الوصية تمليك مضاف لما بعد الموت وتنعقد بها الخلافة الاختيارية في مال المورث، وفيه مساس بما سيؤول للورثة من مال مورثهم الموصي ، فإنه دافع المشرع لتقييدها بالثلث يقدر بتاريخ الوفاة لا بتاريخ التصرف.

والوصية المستترة ليست بالوصية محل الشرع بالنقطة الأولى والسابقة والمنصوص عليها بالمادة 124 من القانون الأسرة الجزائري، و ليست بالوصية وفق ما نص عنه بالمادة 776 من القانون المدني الجزائري، والخاصة بالتصرف في مرض الموت و أن العلة بإلحاق المشرع قرينة المادة السابقة بحكم الوصية هو الحفاظ على مال الوارث و حماية له .

والجدير بالذكر هو أن التستر المراد به في مفهوم هذا البحث يختلف عن التستر المنصوص عنه بالصورية، ذلك أن الصورية محل الدراسة و المعتمدة في المادة 776 مدني المراد منها التحايل على القانون و التهرب من تطبيق نصوصه الآمرة، و تبعا لذلك أجيز للمتعاقدين وخلفهما العام إثبات الصورية وتستر التصرف بكافة الطرق ردا على التحايل المراد من النيل من قواعد الوصية و الميراث إضرارا بالوارث.

تمهيد:

لقد ظهر في العمل أن المورث رغبة منه في محاباة بعض الورثة عل أخريين، قد يعمد إلى إخفاء وصيته على صورة تصرف آخر، كان يقوم بإخراجها في صورة بيع منجز أو هبة مع الاحتفاظ بحيازة المال والانتفاع به مدى حياة المتصرف والمقصود به هنا هو المورث، وحقيقة التصرف وصية ، لذلك سبيلنا هو نص المادة 777 من القانون المدني الجزائري ، حيث اعتبرت كل تصرف من المورث في حكم الوصية، و إذا ما تصرف هذا الأخير لأحد ورثته، واستثنى لنفسه حيازة الشيء المتصرف فيه و الانتفاع به مدة حياته، ما لم يكن هناك دليل يخالف ذالك.

باستقراء المادة نستخلص قرينة قانونية مفادها أنه إذا تصرف المورث حال حياته وهو في صحته إلى حد ورثه وكان مقيدا بتصرفه هذا بشروط معينة تتعلق باحتفاظ المتصرف بحيازة العين والانتفاع بها مدى حياته باستعماله مظهر البيع أو الهبة ، كان تصرفه هذا في حكم الوصية و يعامل بذلك على نقيض قصده.

هذا ما سنحاول التفصيل فيه في هذا الفصل الثاني بالتطرق إلى قرينة المادة 777 من القانون المدني الجزائري في خطة فرعية خاصة بهذا الفصل، جاهدين لمحاولة التفصيل في هذه القرينة القانونية .

المبحث الأول: شروط قرينة المادة 777 من القانون المدني الجزائري.

حتى تقوم القرينة القانونية الواردة في المادة 777 من القانون المدني الجزائري والخاصة بالتصرف لوارث، مع الاحتفاظ بحيازة الشيء و الانتفاع به مدى بالتصرف لوارث، مع الاحتفاظ بحيازة الشيء والانتفاع به مدى الحيازة، ينبغي توافر شروط معينة نعالجها من خلال المطالبة التالية: [1]

المطلب الأول : أن يكون التصرف لأحد الورثة.

توجب المادة من القانون المدني أن يتم التصرف من المتصرف المورث إلى الوارث و ذلك بصريح العبارة، و معنى هذا ترتيب القانون لآثار قانونية تتبع نتائج الأخذ بهذه الصفة، و عليه نبين المطلب في نقطتين هما:

الفرع الأول: انعقاد التصرف للوارث

يجب لكي يأخذ التصرف حكم الوصية تطبيقا للمادة 777 من القانون المدني الجزائري، أن يكون تاما من قبل المورث حال حياته لأحد ورثته فإن كان لغيره (الوارث)، لا تقوم القرينة القانونية وإن كان البعض يرون أن المورث قد يلجأ إلى الوصية المستثمرة للإيصاء لغير الوارث بأكثر من ثلث التركة لوجود علاقة قوية بينهما و يلتمسون تطبيق أحكام المادة محل الشرح مع العلم أن بعض الفقهاء يرون أن التصرف لغير وارث مع الاحتفاظ بحيازة العين و الانتفاع بها[2] مدى الحياة إن لم يصح كقرينة قانونية، فلا يقل عن اعتباره قرينة قضائية [3] فهو في الحالتين يقبل إثبات العكس سواء كانت قرينة قانونية أو قضائية، والعبرة في تحديد الوارث بوقت وفاة المتصرف، لا بوقت إنعقاد التصرف فيعتبر وارثا من أصبح كذلك وقت وفاة المتصرف و لو كان وارثا وقت التصرف، والوارث الذي يطعن في التصرف الصادر من مورثه في صورة بيع منجز بأن حقيقته

---

[1]- القرينة القانونية هي وسيلة بهدف بها المشرع إلى إثبات واقعة غير معلومة و لم يقم أي دليل على " ثبوتها بالاستناد إلى أمور أخرى ثابتة معلومة .

[2]- د/ أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، الحقوق العينة الأصلية و الحقوق العينة المتفرعة عنه ، منشئة المعارف، الإسكندرية ، 2004 ، ص 199 .

[3]- القرينة القضائية هي استنباط القاضي لأمر مجهول وغير ثابت ، من أمر معلوم و ثابت و هي التي يستنتجها القاضي باجتهاده و ذكائه في موضوع الدعوى و ظروفه و هذا سميت القرائن القضائية ، نص عليها المشرع الجزائري في المادة 340 من القانون المدني الجزائري

وصية وأنه قصد به الاحتيال على قواعد الإرث المقررة شرعا إضرارا بحقه يجوز له إثبات هذا التحايل بأي طريقة من طرق الإثبات .

حيث يعد الوارث بذلك من الغير لأن حقوقه تعلقت بثلثي التركة فليس للمورث أن يمس هذه الحقوق، ولذلك اعتبر القانون المدني الوارث من الغير بالنسبة لمورثه، في هذه الحالة لا يعتبر خلفا عاما له وأجيز له الطعن في هذا التصرف على اعتباره من الغير لا يسرى في حقه إلا بما هو ثابت من تقييد .

الفرع الثاني: نتائج الأخذ بصفة الوارث في تطبيق المادة 777 من القانون المدني الجزائري .

إن حق الوارث المتعلق بالطعن في تصرفات مورثه تطبيقا لأحكام المادة من القانون المدني الجزائري، مصدره القانون مباشرة، وليس بحق يتلقاه من مورثه ، باعتبار أن التصرف لأحد ورثته مع الاحتفاظ بالحيازة والانتفاع مدى الحياة يفترض فيه قصد التحايل على نظام الإرث المقرر شرعا، و أن هذا الحق لا ينشأ إلا بعد وفاة المورث و به تثبت الصفة الشرعية للطاعن كوارث، ومن ثم فإذا صادف أن أجرى المريض التصرف لأجنبي فإن تطبيق نص المادة 777 من التقنين المدني الجزائري سالفة الذكر يتعطل بوصفه قرينة قانونية، و يطبقه القاضي في النزاع على أساس أنه قرينة قضائية، كأن يكون البيع محررا بخط المشتري ولم يسجل إلا قبل وفاة البائع بيومين أو تسجيل العقد قبل الوفاة بمدة قليلة ثم شهره بعد الوفاة مباشرة .

وإن القضاء حر بما هو ثابت في مبادئ القانون من أن يأخذ بهذه القرينة أو لا يأخذ لأنها تعتبر كسائر القرائن القضائية تخضع لمطلق تقديره وواسع نظرة رقابة المحكمة العليا فيما يخص التسبيب، و الذي يعتبر وجها من أوجه الطعن بالنقض حين إثارته طبقا لما هو منوه عنه قانونا بنص المادة 4/233 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المطلب الثاني: أن يحتفظ المتصرف بحيازة العين المتصرف فيها مدى الحياة.

تبعا للشرط الأول المتعلق بتطبيق المادة 777 قانون مدني، يجب على الوارث أن يثبت أن المتصرف يحوز العين المتصرف فيها مدى الحياة فهل هذه الحيازة مشترطة في

هذه المادة محل الشرح هي نفسها تلك الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية؟ أم لها طابع خاص؟[1] .

ولذلك يجب أن نبين المطلب في النقطتين التاليين:

الفرع الأول: المقصود بالحيازة.

يقصد بالحيازة المؤدية لكسب الحق العيني السيطرة الفعلية من جانب الحائز على شيء يصلح للتعامل فيه، عن طريق القيام بأعمال مادية يقتضيها مضمون هذا الحق ، بنية اكتساب الحق العيني المتوافق مع السلطات التي يباشرها، سواء أكان هذا الشخص هو صاحب الحق أو لم يكن كذلك، وتتحقق هذه السيطرة الفعلية لمباشرة أعمال تتفق و مضمون الحق وعادة ما يباشرها المالك نفسه، و المالك هنا هو المتصرف المورث.

فإذا لم يعرف القانون المدني الجزائري الحيازة تعريفا مباشرا، فإن القانون المدني الأردني مثلا، عرفها بما يلي: " الحيازة سيطرة فعلية من الشخص بنفسه أو بواسطة غيره على شيء أو حق يجوز التعامل به "

على هذا التعريف كان لابد للحيازة من توافر عنصران أساسيان هما:

أولا: العنصر المادي

الحيازة وضع مادي يسيطر به الشخص سيطرة مادية فعلية على الشيء الذي يجوز التعامل فيه، أو يستعمل عليه بالفعل حقا من الحقوق وتتمثل السيطرة المادية في استعمال الشيء من خلال القيام بالأعمال المادية التي يقتضيها هذا الاستعمال، وذلك كالأعمال التي يقوم بها المالك عادة في استعماله لحق الملكية، حيث يستعمل الشيء ويستغله ويتصرف فيه كمالك له، مثال ذلك سكنى الدار أو تأجيرها أو زراعة الأرض ويمكن التصرف فيها بالبيع أو الهبة أو الرهن وغير ذلك من التصرفات [2]

ولا ننسى أن الحيازة تقتصر على الحقوق العينية، ولا ترد على الحقوق الشخصية، فالمستأجر لا يعتبر حائزا قانونيا بل هو حائز عرضي خوله القانون دعاوى

[1]- د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 249

[2]- د. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعية الجديدة الإسكندرية، 2007، ص 531-532 .

الحيازة على سبيل الاستثناء، و لا يجوز له إكتساب ملكية الشيء المؤجر أو أي حق عني آخر عليه بالحيازة العرضية[1]، و ترد الحيازة على الحقوق العينية الأصلية وكذلك الحقوق العينية التبعية[2]

ثانيا : العنصر المعنوي

إذا كان محل الحيازة حق الملكية فإن العنصر المعنوي يتمثل في قيام الحائز بتلك الأعمال كمالك أو بنية التملك، وتبدو أهمية النية في أنها تساعد على تعيين الحق محل الحيازة ، فزراعة الأرض كعنصر مادي يمكن أن تصدر عن المالك الذي هو المورث الحائز، أو عن صاحب حق الانتفاع.

والأصل أن العنصر المعنوي أو القصد لا تجوز مباشرته بالواسطة لان القصد أمر شخصي لابد من وجوده عند شخص الحائز، ومع ذلك فإنه يجوز استثناء لغير المميز أن يكتسب الحيازة عن طريق من ينوب عنه نيابة قانونية.

وعنصر القصد، أي نية التملك، من مسائل الواقع ولمحكمة الموضوع السلطة التامة في التعرف على نية واضع اليد من جميع عناصر الدعوى، مادامت هذه العناصر مدونة في حكمها.

ويتعين التمييز بين الحائز والمالك الظاهر، فالمالك الظاهر يعد أنه مالك استنادا إلى خطأ شائع ففكرة الملكية الظاهرة تقوم أساسا على الاعتقاد العام والخاطئ الذي لا يطابق الحقيقة بان شخصا هو المالك، أما الحيازة فتقوم على سلوك الحائز الذي يسيطر على الشيء ويظهر بظهر صاحب الحق العيني وهو ليس كذالك إذا يحميه القانون بدعاوى تعرف بدعاوى الحيازة طبقا لها هو منصوص بالمواد 817 و ما بعدها من القانون المدني.

[1]- تكون حيازة عريضة إذا فقدت الحيازة العنصر المعنوي لها ، حيث يحوز الحائز الشيء حيازة مادية لحساب غيره و ليس لديه قصد استعماله لحساب نفسه فهو وإن كانت لديه السيطرة المادية على الشيء ، إلا أنه لا يظهر بمظهر المالك في مباشرة السلطات عليه

[2]- د. محمد حسين منصور، المرجع السابق ، ص 529 .

الفرع الثاني: الحيازة مدى الحياة كشرط في إعمال قرينة المادة 777

الحيازة بركنيها المادي والمعنوي تعد كسبب للملكية العقارية أي أنها تعكس سلطة غير المالك على شيء بوضع يده عليه، ويظهر بصورة المالك الحقيقي الذي له حق التصرف في الشيء محل الحيازة، غير أن الحيازة التي تعد شرطا لقرينة المادة 777 من القانون المدني الجزائري تختلف عن الحيازة كسب من أسباب كسب الملكية، إذا أنه لتجسيد الركن المادي لمالك على شيء وإن تصرف فيه إلا أنه بإعمال أحكام الوصية يظل مملوكا له. غير أن البعض من الفقه يرى أن احتفاظ المتصرف بحيازة العين بأي طريقة معناه أن يكون حائزا باعتباره منتفعا لا مالكا، وهو قول مردود عليه ذلك أن المشرع اعتبر هذا التصرف وصية الموصي يبقى مالكاً للشيء الموصي به ونحن نعلم أن الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت ، و من ثمة فإنه يجوز حسب القاعدة العامة للموصي الرجوع في وصيته ومن ثمة له أن يتصرف في ماله فيكون تصرفه صحيحا لأنه مالك [1]

كما أن احتفاظ المتصرف بحيازة العين المتصرف فيها عبارة عن واقعة مادية يجوز إثباتها بكل الطرق.

على هذه الأسس اختلفت الحيازة المنوه بها بالمادة 777 من القانون المدني الجزائري عما سواها لأن المشرع يعالج بها أمرا بالغ الأهمية يتعلق بالتحايل على الميراث المتعلق بالنظام العام ويسهل الإثبات بهذه القرينة واتصلت هذه القرينة بالجانب الموضوعي اتصالا وثيقا.

المطلب الثالث: أن يحتفظ المتصرف بالانتفاع بالعين مدى الحياة.

يتعلق الشرط الثالث والأخير للعمل بالمادة 777 من القانون المدني الجزائري بان يحتفظ المتصرف بالانتفاع بالعين مدى حياته أي مدى حياة المورث المتصرف، مما يثير هذا المطلب مسالة المفارقة بين حق الانتفاع طبعا للقواعد العامة و بين ما هو معمول به في هذه المادة لذلك و جب تبيانه في نقطتين:

[1]- د. محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء الثاني ، الطبعة الثانية ، دار الهدى عين مليلة – الجزائر، 2004، ص 107-108 .

الفرع الأول: المقصود بالإنتفاع

لم يورد التقنين المدني تعريفا لحق الانتفاع جريا على عادته في الإقلال من التعريفات قدر المستطاع، و نستأنس بتعريف القانون المدني الأردني له بموجب المادة 1205 منه بنصها: "الانتفاع حق عيني للمنتفع باستعمال عين تخص الغير، واستغلالها ما دامت على حالها و إن لم تكن رقبتها ملك للمنتفع "

إن الانتفاع هو حق عيني يخول للمنتفع الانتفاع بشيء مملوك للغير، فتكون له سلطة استعماله و استغلاله مع التزامه بالمحافظة على هذا الشيء ورده لصاحبه عند نهاية حق الانتفاع والذي ينقضي حتما بموت المنتفع[1]

من خلال هذين التعريفين فإن حق الانتفاع و الذي يتميز بالخصائص التالية :

1- حق الانتفاع حق عيني يخول صاحبه سواء كان مالكا أو مجرد منتفع مزيتي التقدم والتتبع.

2- حق الانتفاع يولي صاحبه استعمال شيء يخص الغير واستغلاله .

3- حق الانتفاع حق مؤقت محدود بحيازة المنتفع .

فالمنتفع له سلطة الاستعمال والاستغلال، ويقع على عاتقه التزام المحافظة على الشيء، أما رد هذا الشيء إلى صاحب عند نهاية الانتفاع فهو لا يعد التزاما إذا كان حق الانتفاع مدى الحياة بقدر ما هو نتيجة لوفاة المنتفع.

الفرع الثاني : الإنتفاع مدى الحياة كشرط في إعمال قرينة المادة 777

من خلال المادة السالفة فإن المتصرف يشترط لنفسه حق الانتفاع مدى الحياة، أي استعمال الشيء المتصرف فيه استغلاله مدى الحياة

حيث يرى بعض الفقه أن احتفاظ المورث بحق الانتفاع طول حياته كاف وحده لقيام القرينة القانونية محل الشرح، فهو يتضمن اشتراط الانتفاع بالعين مدى الحياة واستفاء الحيازة في يده بصفته منتفعا، و قد يضيف إلى ذلك عدم تسجيل البيع و تصرفه في العين تصرف المالك، فيكون بذلك قد قوى القرينة.

[1]- د. محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 108-109

ويلاحظ أن المقصود من الاحتفاظ بالحق في الانتفاع وفقا للمادة 777 من القانون المدني الجزائري، هو أن يكون المتصرف ينتفع بالعين مدة حياته مستندا إلى حق ثابت لا يستطيع المتصرف إليه تجريده منه.[1]

كما أنه يجب أن يقوم المتصرف باستغلال العين المتصرف فيها لحسابه لا لحساب غيره، في هذا السياق ذهبت محكمة النقض المصرية في حكم صدر عنها بتاريخ 25-04-1923 إلى أن القرينة التي تضمنها المادة 917 من القانون المدني المصري التي تقابل المادة 777 من القانون المدني الجزائري لا تقوم إلا بتوافر شرطين أولهما هو احتفاظ المتصرف بحيازة العين المتصرف فيها، و ثانيهما احتفاظه بحقه في الانتفاع بها على أن يكون الاحتفاظ بالأمرين مدى حياته.

وقد جاء في منطوق حكم محكمة النقض المصرية ما يلي : " فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى بأسباب سائغة إلا أن حيازة المورث للأعيان المبيعة منه إلى ورثته و استغلاله لها يعد البيع لم يكن لحساب نفسه ولكن لحسابهم تنفيذا للتوكيل الصادر منهم إليه فإن الحكم يكون نفى احتفاظ المورث بحقه في الانتفاع بالأعيان المتصرف فيها مدى حياته مما انتهى إليه في القرينة القانونية الواردة في المادة 917 ".

لكن تجدر الإشارة إلى أن حق الانتفاع به استغلال حق الغير أن المتصرف ينتفع ويستغل ماله الخاص ذلك أنه بإعمال أحكام الوصية فإن المتصرف المورث يبقى مالكا لأمواله المتصرف فيها و انتفاعه منها أساسه ومصدره ملكيته لها غير أن الانتفاع من مال الغير مصدره حق الانتفاع إذا ما تحقق شروطه، وعلى هذا الأساس كان حق الانتفاع الوارد في القواعد العامة يختلف عن ما هو منصوص عليه بالمادة 777 من القانون المدني الجزائري.[2]

وعلى هذا النحو يجب لقيام هذا الشرط المتعلق بالانتفاع مدى حياة المورث المتصرف توافر مايلي:

---

[1]- د.محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 109 – 110.

[2]- د. خليل احمد حسن قدادة ، الوجيز في الشرح القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول – مصادر الالتزام - ، الطبعة الرابعة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2010 ص 114.

أولا: يكون الانتفاع لحساب المتصرف.

فلا يكفي لقيام هذه القرينة أن يحتفظ المتصرف بالإنتفاع بالشيء، أو يضمن العقد شرط يقضي بذلك، بل يجب أن يكون الانتفاع لحساب نفسه لا لغيره، فمتى كان الانتفاع موكلا إلى مشيئة المتصرف إليه، ويستطيع أن ينتزع الإنتفاع من يد المتصرف متى أراد إسقاط تعليق هذا الشرط.

ثانيا : أن يستند حق الإنتفاع إلى مركز قانوني.

فلا يكفي انتفاع المتصرف بالعين فعليا وان كان حتى وفاته ومن ذلك توثيق وشهر العقار لصالح الوارث مع بقاء المورث منتفعا به هذا وأن مجرد الانتفاع الفعلي يسقط قيام القرينة المنوه عنها بنص المادة 777 من القانون المدني الجزائري، وإن بقي لقاضي الموضوع حق استخلاص قرائن قضائية بناءا على دفوع الطاعن في التصرف مع العلم أنه إذا ورد حق الإنتفاع على عقار، اعتبر مالا عقاريا، وبالتالي فإنه يخضع للشهر، كل ذلك مع الأخذ في الاعتبار الطبيعة المؤقتة لحق الانتفاع.

وحق الانتفاع يندر الالتجاء إليه في الحياة العلمية و لكن نصادف حق الانتفاع غالبا في الحياة العملية بصدد الوصية المستترة في شكل تصرف منجز، كبيع أو هبة ، للتحايل على أحكام الوصية، حيث يبيع أو يهب شخص مالا معينا لآخر مع إحتفاظ البائع أو الواهب - الذي هو المورث- بحق الإنتفاع طول حياته، وقد اعتبر المشرع مثل هذا التصرف تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت وأخضعه لأحكام الوصية ما لم يقم دليل يخالف ذلك.[1]

[1]- د. نبيل إبراهيم سعد ، الحقوق العينية الأصلية أحكامها – مصادرها ، دار الجامعية الجديدة للنشر الإسكندرية ، 2006 ، ص 189 -190

المبحث الثاني: أحكام قرينة المادة 777 من القانون المدني الجزائري

إن تصرف المورث إلى أحد ورثته مع استيفاء حيازة الشيء المتصرف فيه والإنتفاع به مدى حياته تسري عليه أحكام الوصية، غير أنه يمكن لمن له مصلحة إثبات ما يخالف هذه القرينة، وللمتصرف إليه حق دحض هذه القرينة مستعينا بوسائل مضادة لتنجيز التصرف وتلافي تطبيق هذه المادة، مع العلم أن قرينة المادة 777 من التقنين المدني الجزائري تسرى على الأفراد من يوم صدورها في القانون المدني للدولة الجزائرية وسنتناول في هذا المبحث الثاني مايلي :

المطلب الأول : خضوع هذا التصرف إلى أحكام الوصية مع إمكانية إثبات أن التصرف لم يكن وصية.

كما سلف ذكره في مقدمة هذا المبحث فإن قرينة المادة تأخذ حكم الوصية، لكن في نفس الوقت على من يتمسك بنفس القرينة سواء أكان وارثا أو غيره إثبات أن التصرف لم يكن وصية حيث هناك إمكانية لذلك.

الفرع الأول : خضوع هذا التصرف إلى أحكام الوصية.

بتوافر الشروط السابقة تقوم قرينة قانونية على أن تصرف المورث لأحد ورثته يعد وصية مستترة، و قد ألحق المشرع هذا التصرف بالوصية و أعطاها حكمها (الوصية) في نص المادة 777 المدني الجزائري وهذه قرينة مستحدثة لم ترد في القانون الفرنسي الملغى، فهذه القرينة أقامها لرد الاحتيال على أحكام الوصي[1].

فقد يعمد المورث إلى ستر وصيته في شكل تصرف منجز كبيع أو هبة ويحتفظ في هذا التصرف بحيازة العين، وبحقه في الإنتفاع بها يعني أن المورث قد يخلع على التصرف وصفا قانونيا غير صحيح، و من ثمة نكون بصدد تكييف غير صحيح أعطي للتصرف عن عمد بغية التحايل على القانون فالتكييف مسالة قانونية يعود لقاضي الموضوع الفصل فيها ويفصل فيها من تلقاء نفسه دون التقيد بالوصف.

[1]- د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 449-450

ومن ثم إذا نجح الطاعن في إثبات طعنه ناعيا على التصرف بأنه وصية مستترة بناء على أحكام المادة 777 مدني فإن الوصية لا تجوز للوارث ومن ثم يبطل التصرف سواء كان عقد هبة أو بيع بإشتراط بقاء الحيازة والانتفاع مدى الحياة للمورث المتصرف.

يجب في ذلك إعمال التفرقة بين انعقاد التصرف لوارث و لغير وارث، وكأن بتعليق حرفية نص المادة 777 مدني نلغي تطبيقها عندما يتم التصرف لأجنبي، ولا يحق للورثة سقوط العمل بالقرينة القانونية لا ينفي العمل بالقرينة القضائية، و على الورثة التدليل بالقرائن وظروف وملابسات التصرف للعمل على إبطاله متى حرموا من الميراث والقاضي سلطة تقدير ذلك.

الفرع الثاني : إمكانية إثبات أن التصرف لم يكن وصية.

إذا قام الدليل على توافر شروط قرينة المادة 777 مدني فيقع عبء الإثبات على من يتمسك بالقرينة سواء كان وارثا أو دائما للتركة تعين على القاضي أن يجري حكم القرينة فيعتبر التصرف وصية ومن ثم لا ينفذ في حق الورثة إلا في حدود الثلث. [1]

ولا ينفد أيضا في حق الدائنين إذا كانت التركة مستغرقة بدين لأن الديون مقدمة على الوصايا، ويكون المتصرف إليه أن يثبت عكس هذه القرينة، كأن يثبت أن التصرف قصد به انتقال الملكية حال حياة المتصرف فإن عجز قامت هذه القرينة، و في هذا السباق ذهبت محكمة النقض المصرية في حكم لها صادر بتاريخ 04-05-1964 في إعفاء من يطعن في التصرف بأنه ينوي على وصية من إثبات هذا الطعن ونقل عبء إثبات على المتصرف إليه ، و قضى المحكمة العليا في قرارها :

"... كون الطاعنة لم تثبت عكس ما جاء في هذا العقد سواء من حيث علاقتها بالواهب (درجة القرابة، وحق الإرث) "، أو من حيث دليل الحيازة الفعلية والمادية للموهوب في الحيازة و عليه فإن ما قضى به مجلس قضاء الأغواط بناء على هذه المادة والمادة 777 من القانون المدني الجزائري، حيث قضوا في حكمهم الصادر في 05-03-1990 تحت رقم 59240 ببطلان وعدم تنفيذ هذا التصرف إنما طبقوا الشريعة الإسلامية إذ لا يجوز الوصية للوارث.

[1]- د. نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق، ص 451

وعليه إذا لم يثبت المتصرف عكس ما ورد في قرينة المادة 777 أنه ليس من ورثته، وأن حيازة المتصرف لم تكن فعلية و أنه لم يستبقها للإنتفاع بها طول حياته، فإنه والحال هذا يسري على هذا التصرف أحكام الوصية، و يبقى طعن الوارث على تصرف مورثه بأنه في حقيقته وصية مستترة لا بيع و لا هبة منجزة و إنما قصد التحايل على نظام الإرث المقرر شرعا سواء جاء التصرف في مثل قرينة المادة 777 من القانون المدني الجزائري، أو حال التصرف في مرض الموت مما سبق شرحه في بحر الفصل الأول – مصدره القانون مباشرة و ليس حق يتلقاه من مورثه باعتباره خلفا عاما له[1].

وعلى ذلك لم يكن الحكم الصادر بحجة البيع و صحته الصادر قبل مورثه إضرار به حجة عليه.

الفرع الثالث: صعوبة إثبات عكس هذا التصرف.

إذا تم التصرف تطبيقا للمادة 777 من القانون المدني الجزائري بموجب عقد رسمي سواء و قع التصرف في شكل عقد بيع أو هبة أو أي تصرف أخر ، و غالبا ما يقع عمليا التصرف بالهبة للعين مع الاحتفاظ بالحيازة والانتفاع مدى الحياة ، يجعل الأمر يصل إلى حد استحالة إثبات عكس هذه القرينة لما للعقد الرسمي من حجية مطلقة في الإثبات لا يدحضه إلا الطعن بالتزوير طبقا للأشكال القانونية المطلوبة، و قد يمكن القول بالدفع بالدليل الموازي للعقد الرسمي لنقض حجية ما أثبته العقد المستتر، وقد يرد أن هذا العقد لا يعدو إلا أن يكون تعديلا للعقد الأول ، ومع هذا فإن المشرع بين بنهاية المادة قبول إثبات عكس هذه القرينة التي جاءت عامة " يعتبر التصرف وصية و تحري عليه أحكامها ...." ، وبهذا فإن هذه المادة تتسع لكل التصرفات القانونية ومنها مالا يستوجب الكتابة الرسمية ، وبهذا يفسح المجال لإثبات عكسها. [2]

[1]- د. نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق، ص 452

[2]- تموح منى، النظام القانوني للمحافظة العقارية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003-2004.

المطلب الثاني: سريان القاعدة من حيث الزمان.

إن قرينة المادة 777 من القانون المدني الجزائري تسري على الأفراد من يوم صدورها في القانون المدني، لكن هل تسري هذه القاعدة بأثر رجعي أو فوري يمتد إلى المستقبل، و نتطرق إلى ذلك فيما يلي[1].

الفرع الأول: القاعدة العامة في سريان القانون من حيث الزمان .

تقضي القاعدة العامة في تطبيق القوانين من حيث الزمان، أنه متى صدر القانون كان واجب التطبيق من اليوم التالي لنشره في الجريدة الرسمية أو من التاريخ الذي يحدده نفس القانون السريان أحكامه مثال ذلك ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 1003 من القانون المدني إذ ينص : " يسري مفعول هذا الأمر إبتداء من تاريخ 25 جمادى الثانية عام 1395 الموافق ل 5 يوليو 1975 و ينشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الديمقراطية الشعبية ".

وتقوم هذه القاعدة على مبدأين هما الأثر المباشر للقانون ويعني أن القانون لا يسري على كل الوقائع و المراكز القانونية التي تحدث من يوم نفاذه إلى يوم إلغاءه، ثاني هذه المبادئ هو عدم رجعية القوانين أي عدم سريان القوانين على الماضي فلو ألغيت قاعدة قانونية وحلت محلها أخرى فإن هذه الأخيرة تسري من يوم نفاذها ولا تسري على الوقائع التي سبقت نفاذها بحيث يقف سريان القاعدة القديمة فتجعل حدا بينهما و بين تطبيق القاعدة من حيث الزمان.

وإذا ما افترضنا أن هناك رجعية القوانين فلا بد لها من أسس كالعدل و استقرار المعاملات والمنطق السليم، و تأكيدا على هذا المبدأ وعلى الأسس القائم عليها أجمعت جل الدساتير والقوانين على العمل به، وهذا ما فعله المشرع الجزائري في المادة 02 من القانون المدني: " لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل و لا يكون له أثر رجعي".[2]

---

[1]- نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق، ص 454

[2]- د. بن شويخ الرشيد ، الوصية و الميراث في قانون الأسرة الجزائري ، الطبعة الأولى ، دار الخلدونية الجزائر ، 2008 ، ص 7-8

إلا أنه يرده على مبدأ عدم رجعية القوانين بعض الاستثناءات حيث لا يطبق بصفة مطلقة و من هذه الاستثناءات:

1- إذا كان مبدأ عدم رجعية القوانين يقيد القاضي و السلطة التنفيذية فيما تصدره من لوائح فإنه لا يقيد المشرع إلا في المجال القضائي، فيمكن له أن يخرج عن هذا المبدأ بقصد تحقيق الصالح العام في حالات تصبح فيها الرجعية ضرورة تفوق ضرورة استقرار المعاملات .

2- القانون الأصلح للمتهم : و مجال هذا الاستثناء هو القانون الجنائي إذا يعد ضمانه للحريات و يشترط الإعمال هذا الشرط مايلي:

- أن يكون القانون الجديد فعلا أصلح للمتهم كأن يبيح فعلا كان معاقب عليه أو يخفف من عقوبة ذلك الفعل.
- أن لا يكون قد صدر حكم نهائي بات في القضية.
- أن لا يكون القانون القديم من القوانين محددة المدة .

الفرع الثاني: سريان قرينة التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحيازة و الانتفاع من حيث الزمان.

لما كانت هذه القرينة المتعلقة بالتصرف لوارث قد استحدثت في القانون المدني الجزائري، و إذ لم يكن معمولا بها في القانون الفرنسي الملغى ، فلا يكون لهما أثر رجعي إذ تنص المادة 02 من القانون المدني على المبدأ العام أن : " لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل و لا يكون له أثر رجعي و لا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لا حق ينص صراحة على هذا الإلغاء ".

باستقراء هذه المادة نستخلص أن القانون المدني بحسب الأصل و كقاعدة عامة يجب أن يسرى بأثر فوري.[1]

لكن المشرع الجزائري في المادة 1003 من القانون المدني يسرى بأثر رجعي ابتداء من 05 يوليو 1975 إلى غاية صدوره و نشره بتاريخ 26 سبتمبر 1975 .

[1]- د. بن شويخ الرشيد ، المرجع السابق ، ص 09

إن هذا النص وإن كان يقصد به المشرع تحقيق الصالح العام إلا أن بعض الفقهاء يؤاخذونه على و قوعه في هذا **" الفراغ القانوني"**، إذ كان عليه أن يمدد العمل بالقانون الفرنسي حتى ينشر القانون الجديد أو كان عليه أن ينشره قبل 05 يوليو.

لأنه ورجوعا للمنطق من غير المستساغ إلزام المواطنين بقانون لم يوجد بعد، وأنه بالنسبة للتصرفات التي أبرمت خلال الفترة التي كان القانون فيها يسرى بأثر رجعي يجب أن تكون محل إعتبار خاص من قبل القضاء طالما أنه حدث خطأ تشريعي، وعليه فالإشكال في المدة ما بين صدور القانون و نشره إشكال قانون كامل لا مادة واحدة ، إذ أنه من المسلم به و استنادا إلى المادة 02 و المادة 1003 من القانون المدني الجزائري أن سريان قاعدة المادة 777 من ذات القانون تبدأ من تاريخ 05 يوليو 1975 ومن ثمة وإمام هذا النص الصريح فلا مجال للكلام عن الأثر الرجعي لهذه المادة على تصرفات التي أبرمت في القانون الفرنسي الملغى.

أما ما تم إبرامه في الفترة ما بين إصداره القانون المدني ونشره بالرجوع إلى المادة 1003 السالف الذكر يستلزم علينا العمل بمبدأ الأثر الرجعي رغم أنه من غير المستساغ الاحتجاج بقاعدة لم تكن موجودة أثناء إبرام التصرف، حيث أنه من اللا معقول أن نطالب الأفراد بتنظيم علاقاتهم القانونية طبقا لأحكام قانون لم يصدر بعد .

كما أنه من الظلم و مما لا يتفق مع العدالة أن نطبقه على علاقات الأفراد وإلا تزعزعت الأمور وساد اللإستقرار بين الناس.

وعلى أية حال حكم كهذا يجعل القضاء مطالب بتقدير الوقائع أحسن تقدير وإعمال التطبيق الصحيح للتصرف حتى نتفادى إضرار الأفراد من خلال تعاملاتهم .

المطلب الثالث : تقدير قرينة التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحيازة و الانتفاع مدى الحياة.

تعتبر قرينة المادة 777 من القانون المدني الجزائري وسيلة من وسائل حماية الورثة من أي تحايل من مورثهم المتصرف على نظام المواريث، وهذا أمر غير مقبول فلا بدمن تعديل القانون لإستبعاد كل تحايل عليه، إذا أن الله سبحانه وتعالى جعل لكل شخص نصيبا ثانيا في التركة، ولا يجوز للشخص أن يتصرف تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت إلا

في حدود ثلث التركة وما زاد تعلق بحق الورثة، حيث تنقل لنفس الورثة بطريق الميراث جميع حقوق التركة، وهي الحقوق المالية التي كانت للمورث سواء كانت حقوق عينية أو شخصية ويستثنى من تلك الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية والتي تنقضي بالموت، كحق الانتفاع و حق الاستعمال والسكنى[1]، ولعل الإعتبارات العملية والمبادئ العامة في القانون توحي بأن هذه القرينة الخاصة بالتصرف لوارث بالذات مع الاحتفاظ في نفس الوقت بالحيازة والانتفاع مدى الحياة، بل وأكثر من ذلك التنصيص عليها في عقد توثيقي متى استلزم ذلك التصرف إحتاج إلى دراسة و تحليل بين البعد القانوني والتطبيق الميداني لها[2]

و سنتناول ذلك إلى فرعين كما يلي:

الفرع الأول : تقدير قرينة المادة 777 من التقنين المدني من الناحية القانونية

الجدير بالبيان أن الموثق يلجأ إلى التخصيص على حيازة المتصرف اللعين والانتفاع بها مدى حياته، و ينقل للموصى له ملكية الرقبة فحسب، على أن يجمع المتصرف إليه بين شقي الملكية -رقبة وانتفاعا- إثر وفاة المتصرف إلا أن التنصيص على هذا الشرط في متن العقد الرسمي يجعل من المستحيل إثبات العكس لما للعقد من حجية حسب ما يقر به نص المادة 324 مكرر التي تنص: "يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره و يعتبر نافذا في كل التراب الوطني"

هذا وان المادة 202 من القانون الأسرة تنص: "... و يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالالتزام يتوقف على انجاز الشرط " ، و بما أن المادة 777 من التقنين المدنيين تعتبر التصرف بها وصية فإن ذلك يصل إلى حد التناقض بينهما...، خاصة و إن المادة 223 من القانون الأسرة تنص: تلقى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون"

فهل يعني هذا أن المشرع ألغى بموجب نص المادة 223 من قانون الأسرة نص المادة 777 من القانون المدني إلغاء ضمنيا؟

[1]- د. نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق، ص 449.

[2]- أنظر التعليمة الوزارية الصادرة عن وزارة المالية الموجهة للسادة مدراء الحفظ العقاري المؤرخة في 12-02-1995 ، تحت رقم 00689 التي أقرت أنه:"...بناء على أحكام المواد 202، 205، 206 من قانون الأسرة و المادة 777 مدني تستعد الهبة الواردة على ملكية الرقبة دون حق الإنتفاع"

لعل عيب المادة 777 من القانون المدني أنها جاءت ضمن الأحكام الموضوعية في القانون المدني، إذ جاءت تحت عنوان الوصية المواد من 775 إلى 777 مع أنها تعتبر من صميم مادة الإثبات باعتبارها قرائن قانونية بل أن ذلك يقف أيضا وراء قصور المشرع الجزائري على تنظيم قانون خاص للإثبات كما فعلت معظم التشريعات المقارنة كالتشريع المصري مثلا:

إن اعتبار الهبة بموجب المادة 206 من قانون الأسرة عقد عيني و شكلي إذ تنص: "تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم الحيازة مع مراعاة قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات وإذا اختل أحد القيود السابقة بطل العقد"

نجد المشرع بهذا يؤكد على إلزامية انتقال الحيازة إلى المتصرف إليه ، إلا أنه بموجب قرينة المادة 777 من القانون المدني الجزائري لاسيما إذا تم العقد رسميا يتعذر ذلك ، إذ أنها تبقى في يد المتصرف الذي استثناها بشرط لنفسه في العقد.

فهل هذا يعني أن عقد الهبة الذي خلى من حيازة المتصرف إليه بالعين الموهوبة باطل بطلانا مطلقا تطبيقا لنص المادة 206 من قانون الأسرة: "إذ اختل أحد الشروط السابقة بطلت الهبة". يعتبر شرط الحيازة جوهري في عقد الهبة وبه تكتمل شرائطها إلا أن المشرع الجزائري بموجب المادة 777 من القانون المدني كيّف العقد الذي احتوى على مثل هذا القيد وصية "[1].

ومن ثم لا يستطيع القاضي إعمالا لسلطته التقديرية في تكييف العقود وتفسير إرادة المتعاقدين بشروط المادتين 111-112 من القانون المدني الجزائري أن يعمل بنص المادة 105 من نفس القانون التي تنص : "... إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال و توفرت فيه أركان عقدا آخر، فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت فيه أركان إذ تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد"، ومن ذلك بيع بثمن تافه هو عقد باطل

[1]- و هذا خالف صراحة ما هو ثابت بالقواعد العامة لعقد الهبة إذ أن عقد الهبة في الأصل يؤدي إلى نقل حق الملكية أي الملكية التامة (ملكية الرقبة و حق التمتع)

التفاهة الثمن لمن هو ينقلب إلى هبة صحيحة ولا شك أن نية المتعاقدين المحتملة هي هبة وقد خالف هذا الرأي العميد السنهوري. [1].

ولا بنص المادة 104 من التقنين المدني الجزائري التي تنص: " إذا كان العقد في شق باطلا أو قابلا للإبطال فهذا الشق وحده هو الباطل ، إلا إذا ألا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا، أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله".

من ذلك الشخص يهب لزوجته التي طلقها مالا ويشترط عليها ألا تتزوج، و تبين بعد ذلك أن هذه الهبة هي متعة لتعويضها عن طلاقها، فيكون الشرط باطلا والهبة صحيحة، فالعبرة بالباعث الدافع إلى التصرف.

وقد قضت المحكمة العليا بإبطال التصرف الواقع من المورث للوارث بناء على نص المادة 777 من القانون المدني الجزائري لأنها تمت تحايلا على القانون ، لأن القانون يسمح بذلك و أن إدراج هذا الشرط هو دافع الواهب للهبة وأقرت للوارث الذي ضر من تصرف مورثه بشرائط المادة 777 من القانون المدني الجزائري أن يطعن في التصرف ويبطل عقد الهبة الذي تم بين مورثه الواهب والموهوب له الوراث.

حيث جاء في حيثيات القرار: " حيث أنه يتبن من القرار المطعون فيه ومن الوثائق المقدمة بأن النزاع يتعلق بطبيعة ونوعية عقود الهبة المحررة من الطرف مالك (م.م) بتاريخ 10-11-1989 [2]، واشترط الواهب على الموهوب لها بأن تبق الأموال الموهوبة بحيازته و تحت إدارته و تصرفه إلى ما بعد مماته، وبما أن الطاعنة لم تثبت عكس ما جاء في هذا العقد لا من حيث علاقتها بالواهب أو من حيث التدليل على حيازتها الفعلية والمادية للشيء الموهوب إبان حياة الواهب ، وعلى ذلك لا يعتبر ما قضى به المجلس خرقاً للقانون وبما أن الطاعنة أيضا هي زوجة للهالك الواهب و لها حق إرثه اعتبارا بالشريعة الإسلامية وما تنص عنه المادة الأولى من القانون المدني الجزائري، فعنه و بما ثبته بملف القضية فإن الوصية لوارث لا تجوز إلا إذا أجازها باقي الورثة و أن قضاة المجلس لما قضوا

[1]- د. رامول خالد، سلطات المحافظ العقاري في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2005/2004.

[2]- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 59.249 ، مجلة قضائية العدد الثالث ، لسنة 1993.

ببطلان وعدم تنفيذ التصرف طبقوا الشريعة الإسلامية أحسن تطبيق لكونها هي المطبقة حتى صدور هذا التصرف".

الفرع الثاني : هشاشة المادة 777 من القانون المدني في استقرار المعاملات العقارية

ما من شك أن استقرار المعاملات العقارية بشكل أدق ، هدف كل التشريعات و هو مطلب صعب المنال، وتبقى التشريعات تسعى إليه وتلتمس منه التعديل وأن القرينة الخاصة بالتصرف لوارث مع الاحتفاظ من طرف الواهب بالعينة الموهوبة فيها رد للتحايل الذي يقع على المنظومة الخاصة بالمواريث، التي هي من النظام العام، و إن السماح بإدراج شرط الإحتفاظ بالحيازة والإنتفاع مدى الحياة لاسيما في متن عقد رسمي يجعل الأمر لا يستقيم مع حكم المادة[1]، باعتباره وصية ولا يقدح في ذلك إمكانية إثبات عكس هذه القرينة وفي هذا ترك لإرادة الأفراد لتعبث بمنظومة المواريث شرعا وقانونا، وأنه تبعا لذلك في وسع الشخص التحكم في تركته من غير ارتكابه أي خطأ، غالبا ما يستعمل هذا الشرط لمحاباة بعض الورثة على آخرين مع أن القاعدة في الفقه الإسلامي تنص على المساواة بين الأولاد (الورثة) في العطية.

بحيث إن إعمال المادة 777 من التقنين المدني يفتح المجال واسعا لإبطال هذه العقود خاصة إذ طال التصرف بين تاريخ إبرامه و إبطاله، و من ذلك إبرامه ضد مصلحة الورثة وخاصة القصر منهم، الذين لهم حق الطعن حين رشدهم، و هذا فيه ما فيه من اضطراب لإستقرار المعاملات العقارية، وإذا بقي الأمر على هذا النحو ففي ذلك تشجيع الموثقين لتلقي نظائر العقود التي تبقى عرضة للإبطال في أي وقت، بل وفي ذلك عمل على نحو غير سليم بالنسبة للمحافظات العقارية من خلال التأشير على الدفاتر العقارية لكل عقار بعد إبطاله وقد قضت المحكمة العليا بإبطال الهبة التي أجرها الواهب للموهوب لها الوراثة تطبيقيا لهذه المادة و بالنظر إلى تواريخ التعامل قد تقع سلسلة من التعاملات على هذا العقار مما هو قانوني، و كأن بهذا الأمر دافع وراء التعليمية الوزارية المستند عليها سابقا، التي أنهت العمل بهذه المادة حينما تقع الهبة على ملكية الرقبة دون الإنتفاع ، مما

[1]- د. بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الجزء الثاني ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2007 ، ص 235-236.

يتفق وانسجام الهبة على نحو هذه المادة ومواد قانون الأسرة ، لاسيما 202 و 206 منه[1].

[1]- د. عدنان إبراهيم السرحان ، شرح القانون المدني ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2009 ، ص 178.

خلاصة الفصل الثاني

مما يمكن الخروج به من هذا الفصل هو أن المشرع الجزائري الحق قرينة المادة 777 من القانون المدني بحكم الوصية و تبريره و تبريننا هو الحفاظ على مال الوارث وحماية له، واعتبر قرينة المادة من صلب قواعد الإثبات الموضوعية و ذلك لغياب قانون خاص بالإثبات في المادة المدنية.

من الأمور الواجب التنويه إليها هي مسألة الحيازة التي هي شرط لإعمال قرينة المادة 777 من القانون المدني الجزائري ، هي ليست تلك الحيازة التي تكسب الحائز حق عينا عقاريا بمرور مدة زمنية معينة ، بل الحيازة محل الشرح هي حيازة يمارسها صاحب حق عيني وهو المالك أو بعبارة أدق المورث الذي يبرم تصرفا مع وارث لماله (مال المورث) و يبقى العقار محل التصرف تحت يده إلى غاية وفاته.

ونفس الأمر بالنسبة لحق الانتفاع بحيث يحتفظ المورث المتصرف لوارثه بهذا الحق و ينقل للمتصرف إليه ملكية الرقبة ، على أن يجمع هذا الأخير بين شقي الملكية سواء رقبة أو إنتفاع إثر وفاة المتصرف.

مع التنبيه دائما على قصور المشرع الجزائري في تنظيم قانون خاص للإثبات كما فعلت معظم التشريعات المقارنة.

ملف رقم 139123 قرار بتاريخ 1996/7/9

قضية: ورث (ر ب) ضد: (ش ص)

البيع في مرض الموت – عدم توضيح حالة المرض المثارة من قبل الورثة– نقض

(المادة 408 من القانون المدني)

من المقرر قانونا أن عقد البيع المنجز أثناء مرض الموت، لفائدة الوارث، لا يكون نافذا إلا إذا أقره باقي الورثة.

ولما تبين – من قضية الحال– أن زوجة المورث قد استغلت مرضه لإبرام عقد البيع من قبل وفاته بثلاثة عشر يوما، وأن القرار المطعون فيه قد استثنى العقد المذكور من التركة أثناء القسمة دون أن يبين في حيثياته حالة المرض الذي أثاره الطاعنون فإنه استوجب النقض.

إن المحكمة العليا

في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها الكائن بشارع 11 ديسمبر 1960 بن عكنون الأبيار الجزائر العاصمة.

بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه: وبناء على المواد 231، 239، 244، 257 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية.

بعد الإطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بكتابة الضبط بتاريخ 11 جانفي 1995 وعلى مذكرة الجواب التي قدمها محامي المطعون ضدها.

بعد الاستماع إلى السيد: عبد الكريم إسماعيلي المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب وإلى السيد: عيبودي رابح المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة.

حيث أن الطاعنين ورثة (ر- ب) قد طعـون فـي القـرار الـصادر فـي 1993/6/12 2000 عن مجلس قضاء تلمسان الذي يقـضي بإلغـاء الحكـم المستأنف وقبل الفصل في الموضوع القضاء بتعيين الخبير السيد بن رضـوان الطيب لحصر تركة المورث (ر ب) فـي المنقـولات والعقـارات وبتحريـر مشروع قسمة بين الورثة ما عدى العاقر موضوع العقد التوثيقي المؤرخ فـي 1991/3/12.

حيث استند الطاعنين في طعنهم على خمسة أوجه

حيث ردت المطعون ضدها برفض الطعن

حيث أن النيابة العامة قدمت مذكرة تلتمس فيها نقض القرار

الوجه الأول: المأخوذ من مخالفة الفقرتين 4 و5 من أحكام المادة 144 من ق . أ .م وهو يتكون من فرعين:

الفرع الأول: حاصلة أن القرار المطعون فيه لم يتضمن التأشير على الوثـائق المقدمة وحيث أن التأشير الإجمالي على الوثائق لا يعتبر من الأشكال الجوهرية التي نصت عليها المادة 144 من ق.أ.م وعليه فهذا الفرع غير مؤسس.

الفرع الثاني: حاصلة أن القرار المطعون فيه لم يذكر النصوص القانونية التـي طبقها.

وحيث أنه لا يعيب القرار المطعون فيه إغفاله ذكر النصوص القانونية وهو لم يخالف تطبيقها وعليه فهذا الفرع غير مؤسس أيضا.

عن الوجه الثـاني: المأخوذ من مخالفة المادة 140 من ق.أ. م وفي بيان ذلـك يقول الطاعنون أن القرار المطعون فيه لم يتضح منه أن المقرر بـين مقـاطع النزاع وحلل الوقائع وأوجه دفاع الأطراف.

وحيث أن هذا النعي في غير محله، ذلك أن القرار الطعون فيه قد نص على أن السيد وارس عبد السلام المستشار المقرر قد تلى المكتوب بالجلسة، كما استمع إلى ملاحظات الطرفين وطلبات النيابة ويكون النعي عليه بهذا الوجه على غير أساس.

الوجه الثالث: المأخوذ من مخالفة المادة 363 من ق المدني وفي بيان ذلك يقول الطاعنون أن الدار وحمام وقطعة أرض بيعت في مرض المـــوت دون علمهـــم بذلك مما يتعين نقض القرار.

الوجه الرابع: المأخوذ من مخالفة المادة 408 من القانون المدني، ذلك أن البيع الذي صدر من مورثهم كان من مرض الموت، لذلك لا يسري هذا التـــصرف على الطاعنين لأن زوجة مورثهم قد استغلت مرضه لإجراء عقد البيـــع قبـــل وفاته بثلاثة عشر يوما.

وحيث أن النعي بهاذين الوجهين في محله، ذلك أن القرار المطعـــون فيـــه قـــد خالف ما ورد في المادة 408 من القانون المدني لما بنى قضاءه عـــل اســـتثناء عقد البيع من التركة دون أن يبين حالة المرض الذي أثـــاره الطـــاعنون حـــين إجراء القسمة، مما يتعين معه نقضه دون حاجة إلى مناقشة الوجه الخامس.

فلهذه الأسباب

قررت المحكمة العليا – غرفة الأحوال الشخصية والمواريث – قبول الطعن شكلا وفي الموضوع نقض القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء تلمسان بتاريخ 1993/6/12 وإحالة القضية والأطراف إلى نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى لفصل فيها طبقا للقانون مع إلزام المطعون ضدها بالمصاريف القضائية.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ التاسع من شهر جويلية سنة ستة وتسعين وتسعمائة وألف ميلادية من قبل المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية المتركبة من السادة:

الهاشمي هويدي	رئيس المقرر
إسماعيلي عبد الكريم	المستشار
لعوامري علاوة	المستشار

- قبول الدعوى شكلا وفي الموضوع التصحيح برفض دعوى المدعيان (ع.م) و(ع.ف) لعدم التأسيس وعليهما بالمصاريف القضائية.

بذا صدر هذا الحكم وأوضح به في اليوم والشهر والسنة المذكورين أعلاه وأمضي

أصل هذا الحكم من طرف الرئيس والكاتب.

الكاتب الرئيسي الرئيس

وزارة العدل الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

مجلس قضاء البليدة باسم الشعب الجزائري

الغرفة المدنية قرار مدني

قضية رقم :99/1100 سنة ألفين اليوم الأول من شهر أفريل على الساعة

ع.م (الواحدة زوالا) أصدر مجلس قضاء البليدة الغرفة المدنية

ضد / القسم (المدني) في الجلسة العلانية المنعقدة بمقر المجلس

فريق ع الكائن بسيدي عبد القادر البليدة المذكورة القرار الآتي:

قرار رقم:1099 بين:

الصادر بتاريخ (ع.م) و(ع.ف) الساكنون بنفس العنوان والمستأنفان حاليا

2000.04.01 المباشران الخصام بواسطة الأستاذ (ط.ع).

وبين:

ورثة المرحوم أرملة (ع.ع) وهم (.....) المستأنف عليهم حاليا المباشرين الخصام بواسطة الأستاذ (ب.ع).

بحضور / (م.ع) – موثق – المدخل في الخصام.

إن المجلس القضاء:

بعد الإطلاع على ملف الإجراءات المتبعة بين الأطراف المذكورين أعلاه.

بعد الإطلاع على التكاليف بالحضور المبلغة حسب الطـــرق القانونية.

بعد الإطلاع على مستندات الأطراف ومذكراتهم وطلباتهم.

بعد الإطلاع على المواد من 110 إلـــى 113 مـــن قـــانون الإجراءات المدنية.

بعد تبليغ المبلغ الملف للنيابة العامة للإطلاع عليه طبقا للمادة 141 من ق.إ.م.

بعد الاستماع إلى السيد (ة) ب. س، رئيسا مقررا في تلاوة تقريره.

في جلسة المرافعة ليوم 2000.03.25 والمدرج ذلك التقرير بالملف.

بعد أن قرر المجلس وضع الملف في المداولة والتصريح بالحكم ثم تعين

النطق به في جلسة المداولة ليوم 2000.04.01 وفي جلسة العلنية بعد

المداولة القانونية مع نفس القضاة الذين استمعوا للمرافعة.

.../... القرار رقم : 2000/1099 (ص 2).

وبما أن الوقائع الآتية تستفاد من الطلبات الختامية التي انتهت إليها

الأطراف أمام المجلس القضائي بالبليدة.

حيث أنه بتاريخ 99.03.24 اســـتأنف الأخـــوان ع.م وف. الحكم الصادر عن محكمة البليدة والمؤرخ فـــي 98.11.18 والقاضي في الموضوع برفض الدعوى لعدم التأسيس.

وحيث قدما عريضة استئناف جاء فيها ما يفيد أن مورثتهم المرحومة ع.ع قد وهبت وهي في مرض الموت عقارا من بين عقارين اثنين كانت تملكها للمستأنف عليهم وبأن هذا العقد أبرم بتاريخ 95.03.23 وبعد مرور أقل من عشرة أشهر مانت إذ حدثت وفاتها بتاريخ 98.06.15 واعتبر بأن هاته الهبة قد وقعت في مرض الموت وبأنها لا يقارنها ويعتبرانها باطلة وأنهما لذلك رفعا دعوى قضائية لأجل إبطالها فصدر الحكم المستأنف الذي اعتبراه غير سليم والتمسا إلغاءه والقضاء من جديد بإبطال عقد الهبة الذي أبرمه الموثق م.ع والذي تم شهره بتاريخ 95.09.10 حجم 4440 رقم 53.

وحيث أجاب المستأنف عليهم بواسطة وكيلهم بما يفيد ان الواهبة لما أبرمت عقد الهبة لم تكن في مرض الموت وبأن الموثق تأكد من ذلك وأنه قد عاين الحالة الصحية للواهبة والتي كانت جيدة واعتبروا بأن الحكم سليم وبأن قاضي الدرجة الأولى قد أصاب في حكمه وطبق القانون تطبيقا سليما والتمسوا تأييد الحكم المستأنف والحكم على المستأنفين بأن يدفعا لهم 100.000.00 دج تعويضا عن الاستئناف التعسفي.

وحيث أجاب بعد ذلك كل طرف بما يفيد تأكيده أقواله.

وعليه فإن المجلس

من حيث الشكل: حيث أن الاستئناف قد استوفى أوضاعه وشرائطه القانونية ولذا يتعين قبوله شكلا عملا بالمواد 102، 110، 111 من ق.إ.م.

من حيث الشكل: حيث أن المجلس وبعد إطلاعه على ملف القضية وعلى الحكم المستأنف وعلى مجمل الوثائق المقدمة من قبل كل طرف.

وحيث أن المستأنفين يريدان من المجلس أن يقضي بإلغاء الحكم المستأنف ويقضي أيضا بإلغاء عقد الهبة الذي أبرمته مورثتهما لصالح المستأنف عليهم بدعوى أن الهبة التي أبرمها تمت في مرض الموت .

وحيث أن المجلس وبعد إطلاعه على ملف الطبيب الخاص بالواهبة المرحومة ع. ع.

وبعد إطلاعه على عقد الهبة المراد إبطاله.

.../... القرار رقم 2000/1099 (ص3).

وحيث أن مرض الموت واقعة يمكن إثباتها بكافة الطرق.

وحيث ثبت من خلال الملف الطبي بأن الواهبة كانت تعاني من داء الكلى وأن مرضها هذا كان في مرحلتها الأخيرة.

وحيث أن الواهبة قد ماتت بعد مرور أقل من عشرة أشهر.

وحيث أن المشرع نص في المادة 204 من قانون الأسرة أن الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية.

وحيث أنه وعملا بالمادة 189 من قانون الأسرة والتي تنص على أنه لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة مورثهم.

وحيث اثنين من الورثة لم يرضيا بالهبة ولا بالوصية.

وحيث أن المشرع لم يبين المقصود بمرض الموت كما لم يبين ما هي الحالات المخيفة ولذا وجب الرجوع إلى أحكام

الشريعة الإسلامية في تعريف مرض الموت لأن المرض من مسائل الأحوال الشخصية.

وحيث توجد عدة آراء فقهية تعرف مرض الموت من بينهـا هذا التعريف والذي عرف مرض الموت بأنه الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز المريض عن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الأثاث والموت على ذلك الحال قبل مرور سـنة سواء كان صاحب الفراش أم لم يكن .

وحيث ذهب البعض إلى حالة مرض الموت فيها يغلب عادة دون حاجة إلى قعود المريض عن قضاء مـصالحه مـادام الموت قد اتصل به فعلا.

وحيث يرى المجلس أنه ومادام قد ثبت بأن الواهبـة كانـت مريضة بداء الكلى وبأن مرضها كان في مراحله الأخيـرة فهذا يعني أن الموت قد اتصل بها فعلا عندما أبرمت عقـد الهبة.

وحيث أن المجلس إذن ونظرا لطلبات المستأنفين فهو يـرى بأن عقد الهبة يعتبر إذن وصية وبما أنها تمت لأحد الورثـة ولم يقرها أحد الورثة فهي باطلة.

وحيث يرى المجلس أن يقضي بإلغاء عقد الهبة.

وحيث أن المصاريف القضائية يتحملها المستأنف عليهم.

لهذه الأسباب ومن أجلها

قضى المجلس فصلا في الإستئنافات المدنية علانيا حضوريا ونهائيا بقبول الاستئناف شكلا

وفي الموضوع: إلغاء الحكم المستأنف والقضاء مـن جديـد بإلغاء عقد الهبة المؤرخ في 95.08.23 والمشهور بتـاريخ 95.09.10 حجم 4440 والمعد من قبل الموثق الـسيد م.ع المقيم ببوفاريك .

وبحضور السيد عيبودي رابح المحامي العام
وبمساعدة السيد دليلش صالح كاتب الضبط.

ملف رقم 33719 قرار بتاريخ 1984/07/09

قضية (فريق س ا ع) ضد (فريق س ا ب)

تصرف – مرض صاحبه مرض الموت- إثبات ذلك

(أحكام الشريعة الإسلامية- الاجتهاد القضائي)

متى كان المقرر فقها وقضاء أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا ويجر إلى الموت به يفقد المتصرف وعيه وتمييزه، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا للقواعد الفقهية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي السائد بشأن هذا الخصوص.

إذا كان الثابت أن الطاعنين لم يستطيعوا إثبات أن البائع لم يكن يملك تمييزه ولا صحة إدراكه وقت تصرفه، وأن المرض الأخير الذي اعتبره إلى تصرف باطل، فإن قضاة الموضوع اقتنعوا بما لهم من أدلة بكون المرض الأخير لم يكن مرضا من شأنه أنم يفقد المتصرف مراقبة أمواله وقد وفقوا فما قضوا به في النزاع المطروح أمامهم، ومتى كان ذلك أستوجب رفض الطعن المؤسس على مخالفة أحكام هذا المبدأ.

المجلس الأعلى

في جلسته العلنية المنعقدة بقصر العدالة عبان رمضان الجزائر، بعد المداولة القانونية أصدر القرار الآتي نصه:

وبناء على المواد 231، 239، 244، 257 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية.

بعد الإطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى وعلى عريضة الطعن المودعة يوم 360 ديسمبر 1982 وعلى مذكرة الجواب التي قدمها كل من محامي المطعون ضدهم.

بعد الاستماع إلى السيد قاضي حنيفي المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب، وإلى السيد بن يوسف عبد القادر المحامي العام في طلباته المكتوبة.

وحيث أقام فريق (س ع) طعنا بواسطة محاميهم الأستاذ بن ضيف الله عمور يرمي إلى نقض القرار الصادر عن مجلس الجزائر يوم 12 نوفمبر 1969 قضى بتأييد الحكم المعاد الصادر يوم 20 نوفمبر 1965 والذي قضى بإبطال دعوى الطاعنين الرامية لإبطال عقد الموثق والمحرر يوم 30 جويليت ويوم 4 أت 1964.

وحيث للوصول إلى النقض يستند الطاعنين إلى ثلاث أوجه.

الوجه الأول: مأخوذ من الخطأ في تطبيق أحكام الشريعة في تصرفات المريض مرض الموت لوارث وعدم التعليل وانعدام الأساس القانوني وذلك أنه ثبت بشهادتين أدلى بهما وظروف والقرائن أن (س) كان مريضات مرضا خطيرا من الأمراض التي يغلب فيها خوف الموت وأن المريض اشتد به وقت تحرير عقد البيع المطعون فيه وأن هذا المرض انتهى بالموت فعلا بعد تسعة أيام من يوم تحرير العقد.

وحيث أنه ثابت فقها واجتهادا أن تصرف المورث في حالة مرض الموت مقيد موقوف على إجازة باقي الورثة وهذا ما واقف عليه التقنين الجزائري في أحكام المادة 408.

وحيث أن القرار المطعون فيه أسس قضاءه باعتبار أنه لم يثبت أن المرحوم (س ا ح) لم يكن يتمتع بقواه العقلية وعدم الأهلية للتعاقد.

ولكن حيث أن تقييد التصرف في مرض الموت لا يرجع إلى أهلية المريض ولا إلى عيب في إرادته فإن المريض مرض الموت لا يفقد أهليته مادام حيا حافظا لقواه العقلية فإنه يبقى حافظا لأهليته إلى آخر لحظة من حياته ولو وقع أن المريض افقده التمييز فإن التصرف الذي يصدره في هذه الحالة يكون باطلا

لانعدام التمييز لا لسبب آخر وليست خلافا لما ذكر فإن تقييد التصرف في مرض الموت كما استقر عليه اجتهاد الفقهاء يرجع إلى تعلق حق الورثة بأموال المريض لا من وقت موته فحسب ولكن من وقت المرض الذي يموت فيه ولا يرجع هذا التقييد لانعدام رضائه.

حيث أن القرار المطعون فيه إذا اعتبر أن التصرف الذي أصدره (س ح) في حالة مرض الموت صحيح لأنه كان حافظا لقوا العقلية فإنه يكون قد أخطأ في أحكام الشريعة وأغفل الرد على الدفوع المثارة مما يتعين معه نقضه.

الوجه الثاني: مأخوذ من القصور في التعليل وانعدام الأساس القانوني وذلك أن العارضون دفعوا بأن التصرف الذي صدر من المرحوم (س ح) ينطوي في الحقيقة على تبرع وكان له حكم الوصية، فلا يترتب عليه أي أثر طبقا لأحكام الشريعة وقد أقر التقنين المدني الجديد في المادة 776 نفس هذه الأحكام.

حيث أن القرار المطعون فيه أسس قضاءه أيضا من هذا الوجه باعتبار أن المرحوم (س ح) اعترف بأنه قبض ثمن البيع.

ولكن حيث أنه من المقرر فقها واجتهادا أنه لا يجوز التمسك بإقرار البائع أنه قبض ثمنا ولو ذكر ذلك في عقد البيع لأن هذا الإقرار من مريض في مرض موته فلا يعتد به ولا الشبهة قائمة في البائع والمشتري متواطئان على تصوير أن هناك ثمنا دفع.

وحيث أن القرار المطعون فيه خالف أحكام الشريعة في إقرار المريض مرض الموت واغفل الرد على الوجوه المستدل بها مالها من دلالة تابعة فإنه يكون مشوبا بالبطلان.

الوجه الثالث: مأخوذ من عدم التعليل وانعدام الأساس القانوني.

حيث أن العارضين طالبوا بقسمة تركة الهالك (س ح) مورثهم حسب الفريضة المدلى بها وبتعيين من يتولى تصفية هذه التركة.

حيث أن المدعى عليهم في الطعن قد اعترفوا بحق العارضين في التركة وصرحوا بأن هذه التركة لم تحتوي إلا على مبلغ 30000 دينار.

وحيث حتى في حالة ما إذا رفض قضاة الموضوع إبطال التصرف ليقمان العارضين يستحقون المناب المقرر شرعا في تركة مورثهم.

حيث أن القرار المطعون فيه إذ قضي برفض هذه الطلبات بدون أي تعليل فإنه يكون ناقص البيان مما يستوجب نقضه.

وحيث أجاب المطعون ضدهم بواسطة محاميهم الأستاذين قسول حميد وعلي عمار يردون على الطعن طالبين رفضه لعدم تأسيسه.

حول الوجوه مجموعة: يتضح من الدعوى أن القضية تدور حول إبطال تصرف في حالة مرض صاحب مرض الموت وفي هذا الصدد فإن المعروف فقها واجتهادا أن المرض الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا يجر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه وبحسب ذلك فعلى الطاعنين أن يثبتوا بأن البائع لم يملك تمييزه ولا صحة عقله وأن المريض الأخير الذي انتباه أدى إلى تصرف باطل ولكن قضاة الموضوع اقتنعوا بها وضع من أدلة أن المرض الأخير لم يكن مرضا من شأنه أن يفقد المتصرف مراقبة المال وكان هذا من سلطتهم التقديرية في قضية لا تمس النظام العام وعليه فإن قراراتهم جاء معللا بكما فيه الكفاية.

ولهذه الأسباب

قضى المجلس الأعلى رفض طلب الطعن وعلى الطاعنين بالمصاريف القضائية.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بقصر العدالة نهج عبان رمضان بتاريخ التاسع من شهر جوليت سنة أربع وثمانين وتسعمائة وألف ميلادية من قبل المجلس الأعلى غرفة الأحوال الشخصية والمتركبة من السادة:

حمزاوي أحمد	الرئيس
قاضي حنفي عبد القادر	المستشار المقرر
يسعد أحسن	المستشار

وحمل المستأنف عليهم بالمصاريف القضائية .

تم التصريح بهذا القرار في الجلسة العلانية بمقر المجلس في التاريخ المذكور أعلاه.

وكان المجلس مؤلفا من السادة

ب.ي: رئيسا مقررا.

ع.ب: مستشارا.

ز.غ: مستشارا.

ي.ل: كاتب الضبط.

تم التوقيع على أصل هذا القرار من طرف الرئيس المقرر وكاتب الضبط.

الرئيس المقرر / - كاتب الضبط / -

ملف رقم 59.240 قرار بتاريخ 05 مارس 1990

قضية: (ب.ز) ضد: (م.ج ومن معه).

هبة – إشراط الواهب بقاء الأموال الموهوبة تحت تصرفه إلى ما بعد مماته – وصية – وارث إبطال التصرف

(المادة 777 من ق.م)

من المقرر قانونا أنه يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك، ومن المقرر أيضا أنه لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد يستوجب الرفض.

ولما كان ثابتا – في قضية الحال – أن قضاة الاستئناف لما قضوا ببطلان عقد الهبة وعدم تنفيذ التصرف باعتباره وصية لوارث يكونوا بقضائهم كما فعلوا طبقوا القانون تطبيقا صحيحا.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.

إن المحكمة العليا

في جلستها العلنية المنعقدة بقصر العدالة نهج عبان رمضان الجزائر.

بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه.

بناء على المواد: 231 و 233 و 239 و 244 و 257 وما بعدها من ق.أ . م .

بعد الإطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى، وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بكتابة الضبط بتاريخ 07 جوان 1987 وعلى مذكرة الجواب التي قدمها محامي المطعون ضدهم.

بعد الاستماع إلى السيد علي جماد المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب والى السيد خروبي عبد الرحيم المحامي العام في طلباته المكتوبة.

حيث تبين من ملف الطعن والوثائق المرفقة به، أنه بتاريخ 25 جوان 1985 أصدرت محكمة غرداية حكما في القضية المطروحة أمامها بين (م.ج ومن معه) من جهة والمدعية في الطعن (ب.ز) من جهة أخرى قضى برفض دعوى المدعين فيما يخص طلب إبطال عقد الهبة.

حيث أن المدعين استأنفوا هذا الحكم أمام مجلس قضاء الأغواط، فأصدر حكما بتاريخ 10 مارس 1987 قضى حضوريا بإلغاء الحكم المستأنف، ومن جديد قضى بإبطال عقد الهبة المؤرخ في 10 نوفمبر 1983 المتنازع عليه وبلغ هذا القرار إلى (ب.ز) الطاعنة في 22 أفريل 1987.

وبتاريخ 07 جوان 1987 طعنت بالنقض في هذا القرار (ب.ز) ذلك بواسطة مذكرة رد مقدمة من طرف محاميها الأستاذ ساطور وتضم المذكرة وجهين متعلقين بمخالفة القانون كما تقدمت بوصل يثبت تسديد الرسم القضائي.

حيث أن المطعون ضدهم ردوا عن مذكرة بواسطة محاميهم الأستاذ الغوثي بن ملحة برفض الطعن لعدم تأسيسه.

حيث أن النيابة العامة تقدمت تطلب رفض الطعن لعدم تأسيسه.

بناء على ذلك.

المحكمة العليا: من حيث الشكل: حيث أن الطعن قدم في ميعاده وفقا لأحكام المادة 235 من ق. أ. م. ومذكرة قدمت وفقا لأحكام المادتين 240 و 241 من ق. أ. م والرسوم القضائية مسددة، وعليه فالطعن مقبول شكلا .

في الموضوع: حيث أن الطاعن اعتمد في مذكرة طعنه على وجهين كلاهما يتعلقان:

1) مخالفة القانون، الوجه يتعلق مخالفة القرار المطعون فيه لأحكام المادة 777 من ق. م.، كون المجلس اعتبر الهبة وصية لأن الواهب احتفظ لنفسه بحق التمتع حتى وفاته، بينما النص يخالف هذا واشترط إثبات العكس، وثانيا أنه الواهب سجل عقد الهبة أمام الموثق، والحال أن الوصية ليست ملزمة بالتوثيق والتسجيل، وخاصة أن الأمر يتعلق بمحل تجاري، ان إثبات العكس موجود ضمن العقد.

2) مخالفة أحكام المادة 208 من ق. س.، يكون قضاة الاستئناف قضوا بمخالفة حكم هذه المادة التي تقضي بالإعفاء من الحيازة في حالة إذا ما تمت الهبة بعقد توثيق، وأن تفسير قضاة الاستئناف لأحكام ق. س.، المستمد من الشريعة واستبعادهم له تفسير خاطئ لأن الهبة والوصية وغيرها من نظام الأسرة كانت حتى قبل صدور ق.س.، تحكمه الشريعة الإسلامية.

عن الوجهين معا: حيث أنه تبين من القرار المطعون فيه ومن الوثائق المقدمة بأن النزاع يتعلق بطبيعة ونوعية الهبة المحرر من الهالك (م. م) المحرر بتاريخ 10 نوفمبر 1989، واشترط الواهب على الموهوب لها بأن تبق الأموال الموهوبة بحيازته وتحت إدارته وتصرفه إلى ما بعد مماته، وبما أن هذا النوع من التصرف وصفته المادة 777 من ق. م.، بأنه يعتبر وصية لأن الواهب استثنى لنفسه حيازة الشيء المنصرف فيه والانتفاع به مدة حياته.

وبما أن الطاعنة لم تثبت عكس ما جاء في هذا العقد سواء من حيث علاقتها بالواهب (درجة القرابة وحق الإرث) أو من حيث دليل الحيازة الفعلية و المادية للشيء الموهوب في حياة الواهب، وعليه فإن ما قضى به مجلس قضاء الاغواط بناء على هذه المادة المذكورة لا يعتبر خرقا للقانون بل هو تطبيق سليم له.

وبما أن الطاعنة أيضا هي زوجة الهالك الواهب شرعا ولها حق الإرث منه واعتبارا لأحكام الشريعة وما تنص عليه المادة الأولى من ق.م التي تحيل فيما يخص هذا النوع من التصرفات والعلاقات إلى أحكام الشريعة الإسلامية ،وعليه بما أنه ثبت شرعا فإن الوصية لوارث لا تتم إلا إذا أجازها الورثة، وبما أنه ثبت من ملف القضية، فإن الورثة الآخرون الذين تعرضوا لصحة وتنفيذ هذه الهبة المحمولة قانونا إلى وصية، وعليه فإن قضاة الاستئناف الأغواط حين قضوا ببطلان وعدم تنفيذ هذا التصرف إنما طبقوا الشريعة الإسلامية ولكونها هي المطبقة حتى صدور هذا التصرف الذي أشترط في صحته الحيازة الفعلية ونتيجة لكل ما تقدم فإن ما تدعيه الطاعنة من خرق للقانون أو الشريعة غير مؤسس وتعين رفض الوجهين معا وبالتالي رفض الطعن كله وتحميلها المصاريف القضائية.

لهذه الأسباب

قررت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية قبول الطعن شكلا ورفضه موضوعا وتحميل الطاعنة المصاريف القضائية.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه من قبل المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية المتركبة من السادة:

حمزاوي أحمد	الرئيس.
جماد علي	المستشار المقرر.
يوسف ولد عويل	المستشار.

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة المالية

المديرية العامة
للأملاك الوطنية

الجزائر في 12 فيفري 1995

مديرية عمليات الأملاك الوطنية والعقارات

رقم 00689 وم / م ع أ و/ م ع

مذكرة إلى السادة مديري الحفظ العقاري – كل الولايات –

الموضوع: يوم دراسي حول الإشهار العقاري.

يشرفني أن أنهي إلى علمكم، أنه أثناء انعقاد اليوم الدراسي بالجزائر في 30 نوفمبر 1994، الذي جمع مسؤولي المحافظات العقارية لجهة الجزائر وممثلي الموثقين لجهة الوسط طرحت أسئلة تتعلق بما يلي:

1. العلاقة بين المحافظة العقارية ومكاتب التوثيق،
2. إيداع العقود واستقبال الموثقين،
3. تعيين العقار في الوثائق الخاضعة للإشهار: " العقار الحضري، العقار الريفي، الملكية المشتركة، الملكية الشائعة، العقار المسموح "، 4. مفهوم " الوثائق المرفقة "، 5. طلب معلومات على إجراء، 6. حصة التجزئة، 7. امتياز بائع العقار، 8. العمليات القانونية الواردة على حقوق القصر، 9. الهبة.

المسألة الثانية: تتعلق بعقد الهبة المنصب على ملكية الرقبة دون حق الانتفاع.

في هذا الصدد، فإنه طبقا للمادة 202 من قانون الأسرة التي عرفت الهبة بأنها " تمليك بلا عوض "، فإن عقد الهبة في الأصل يؤدي إلى نقل حق الملكية (أي ملكية الرقبة وحق التمتع)، غير أن المشرع استثنى حق الانتفاع من هذه القاعدة، اذ يمكن أن يكون هذا الحق محل لعقد الهبة بمفرده، وهذا طبقا للمادة 205 من قانون الأسرة.

كما نصت المادة 206 من قانون الأسرة على أركان عقد الهبة، التي هي الإيجاب والقبول والحيازة والشكل الرسمي، فإذا اختل أحد هذه الأركان بطلب الهبة وهذا بصريح الفقرة الثانية من المادة 206 تنص على أنه " وإذا اختل القيود السابقة بطلت الهبة ".

ولذا فإنه إذا كانت الهبة منصبة على حق الانتفاع (أي الواهب يحتفظ بملكية الرقبة) مقبولة قانونا، فإن الهبة الواردة على ملكية الرقبة فقط، دون حق الانتفاع فهي مستبعدة قانونا.

المدير العام للأملاك الوطنية

إمضاء: م. بغدادي.

الخاتمة:

فمن خلال بحثنا هذا تبين أن المشرع سعى إلى بسط حماية للوارث، ليس فقط من تلك التصرفات التي تحمل في طياتها وصايا مستترة سواء كانت هذه الأخيرة لوارث أو لغيره والتي تناولناها من خلال قرينة المادة 776 من القانون المدني الجزائري أو كانت حصرا لوارث دون باقي الورثة وهذا من خلال قرينة المادة 777 من نفس القانون.

بل أن مشرعنا كفل تنظيم خاص ومحكم لنظام المواريث استمد جل قواعده من الشريعة الإسلامية وأكثر من ذلك جرّم التعدي على التركة التي اعتبرها حق خالص للوارث بعد وفاة مورثه، فالحماية الجزائية ذات تطبيق ضيق اتبعها بنظام في المجال المدني قيد من خلاله حرية الإيصاء بالثلث باعتبار الوصية تنفذ بعد وفاة الموصي، وما زاد عن ذلك وجب فيه إقرار الورثة.

كما كفل المشرع الجزائري للورثة من كان مورثهم مريض مرض موت إثبات واقعة المرض بكافة وسائل الإثبات وهذا ما يتناسب مع التصرفات الواردة على العقار وهو ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 776 من التقنين المدني الجزائري، والعبرة بتاريخ التصرف الذي وقع في مرض الموت، وإلا كان التصرف صحيحا، منتجا لآثاره، ولا تسري عليه أحاكم التصرف التبرعي في مرض الموت حيث العبرة في هذا الإثبات هو إضفاء صفة التبرع على تصرف المريض مرض الموت، ونفي صفة العوض عليه.

غير أن الأمر ليس كذلك بالنسبة لنص المادة 408 من التقنين المدني الجزائري والمتعلقة بيع المريض مرض الموت، حيث قد يلجأ المتصرف إلى التصرف بالبيع وهو في مرضه هذا ساترا في حقيقة التصرف وصية مضافة إلى ما بعد الموت.

ومما هو ملاحظ وجوب إعادة النظر فيها حتى يستقيم حكم إبطال بيع المريض مرض الموت مع ما هو ثابت من أساس موضوعي له، وتجب الترجمة الدقيقة للمادتين بالنسخة العربية والفرنسية كما سبق بيانه.

ولا يخفى على دارس للقانون العقاري أنه يعد صدور الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتعلق بالتوثيق أخضع بموجب المادة 12 منه جل التصرفات الواردة على العقار للشكل الرسمي لأن انتقال الملكية للوصي تتوقف على عملية الشهر

وأنه لا شهر إلا على المحررات الرسمية فقط وفقا للمادة 61 من المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 والمتعلق بتأسيس السجل العقاري.

وفي كل الأحوال فإن المادة 15 من الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتعلق بإعداد المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري، جاءت باستثناء ونصت على أن نقل المكية عن طريق الوفاة ينقل الحقوق للورثة والموصى لهم بدون حاجة إلى إجراء شكلي، وأن القيد لا يؤدي دوره المنشئ للحقوق أو الناقل لها، ولكن المشرع اشترط على كل وارث أو موصى له قيد كلما أراد التصرف فيه وذلك من خلال استصدار شهادة رسمية طبقا للمادتين 39، 62 من المرسوم المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

إضافة إلى أن المادة 191 من قانون الأسرة الجزائري أخضعت الوصية لشكلية معينة للإنعقاد لتسهيل إثباتها بين الأطراف كما هو ثابت في البيوع العقارية أو الهبات، ولا تثبت صحيحة الورقة العرفية وأنه للإحتجاج بها على الغير يجب أن ترفع دعوى لإثباتها بعد وفاة الموصي لاسيما إذا ما تمت على عقار على أساس أنها من العادة أن تأتي تسترا، ومن الناحية العملية يؤشر على هامش أصل الملكية السابقة على العقار الموصى به أمام المحافظة العقارية التي يقع بدائرة اختصاصها العقار، وعلى الرغم من صدور تعليمة وزارية تحت رقم 00689 والمؤرخة في 12 فيفري 1995 والموجهة إلى السادة مدراء الحفظ العقاري لم ترد هذا التحايل، ولا يزال الموثقين يلجؤون إلى هذه التصرفات إلى حد هبة ملكية الرقبة فقط وصولا إلى اضطراب لدى جهات الشهر بالمحافظات العقارية.

إن رفض المحافظ العقاري لشهر العقد المكرس بالمادة 777 من القانون المدني يجعل صاحب المصلحة أمام خيار الطعن أما القضاء الإداري، مع أن التطبيق السليم للقانون كان بإمكانه دفع ذلك وتلاقيه، كما أن عدم تدخل الجهات الوصية أمام هذه الحالة أو إجتهاد قضائي فاصل في هذا المجال يترك الأمر يتجه نحو اللا إستقرار في الملكية العقارية.

ومجمل القول أن وقوف المشرع بجانب الوارث ردا للتحايل على أحكام الوصية وحفظ لحقوق الورثة من خلال قرينتي التصرف في مرض الموت والتصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحيازة والانتفاع والمكرسين بالمدتين 776-777 من القانون المدني الذي لا يكفي لتحقيق ما يصبوا إليه، لاسيما وأن التواطؤ كثيرا ما يقع بين المتعاقدين وحتى الضابط العمومي نفسه.

وما يلاحظ هو عدم بسط الحماية لتصل إلى الدائنين صراحة مع أن القواعد العامة تقتضي ذلك، وأن الثابت أن الدين مقدم على الوصايا، وأمام هذه الحالة وجب أن يؤدي القضاء دوره الكامل والمنوط به باعتبار أن القانون مهما نظم الأمور يبقى نسبي وأن القاضي يتصدى باجتهاده من خلال إعمال تفسير العقود، والتكييف الصحيح لتلك التصرفات المستترة الضارة بحق الإرث والماسة بصميم الملكية الفردية.

هذا وإن التصدي لحماية الورثة من الوصايا المستترة يبقى موضوعا يستحق الدراسة والبحث للمقارنة بين الخلفيات النظرية والتطبيقات العملية حفاظا على مصلحة الورثة وحتى الدائنين.

قائمة المراجع

المؤلفات:

1- محمد محده: التركات والمواريث في الشريعة الإسلامية، طبعة أولى، مطبعة الفن القرافيكي، 1982

2- أنور العمروسي: التعليق على القانون المدني المعدل، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1983

3- الإمام أبو زهرة: شرح قانون الوصية، دار الفكر العربي، 1988.

4- زهدور محمد: الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991.

5- رمضان أبو السعود: أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، النظرية العامة للإثبات، الدار الجامعية، لبنان، 1993.

6- أديب اسطنبولي وآخرون: التقنين المدني السوري، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية، دمشق، 1994.

7- أديب اسطنبولي: المرشد في قانون الأحوال الشخصية (الوصية والمواريث)، الجزء الثاني، المكتبة القانونية، دمشق، 1994

8- عبد الرؤوف مصطفى العلونة: تصرفات المريض مرض الموت في الشريعة الإسلامية، جامعة الأردن، 1994،

9- صالح ججيك: الميراث في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2000

10- محمد العمراني: الميراث في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، طبعة أولى، المؤسسة الوطنية للنشر والإشهار والاتصال، الجزائر،2000

11- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان: الحقوق العينة الأصلية و الحقوق العينة المتفرعة عنه ، منشئة المعارف، الإسكندرية 2004 .

12- أنور طلبة: العقود الصغيرة الهبة والوصية، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2004.

13- عبد الحفيظ بن عبيدة: إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.

14- عبد الوهاب عرفة: المطول في الملكية العقارية والعقود المدنية العقارية، الجزء الثاني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004.
15- محمد صبري السعدي: شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء الثاني ، الطبعة الثانية ، دار الهدى عين مليلة – الجزائر، 2004
16- محمود عبد الرحيم الدّيب: الحيل في القانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.
17- عبد الحكم فودة: النظام القانوني لحماية الورثة، دار المطوعات الجامعية، اسكندرية، 2005
18- محمودي عبد العزيز: رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، البليدة، 2006.
19- نبيل إبراهيم سعد: الحقوق العينية الأصلية أحكامها – مصادرها ، دار الجامعية الجديدة للنشر الإسكندرية ، 2006.
20- بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الجزء الثاني ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2007.
21- محمد حسين منصور: الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعية الجديدة الإسكندرية، 2007،
22- حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: مرض الموت وأثره على عقد البيع، دار الفكر الجامعي، طبعة أولى، الإسكندرية، 2008.
23- بن شويخ الرشيد: الوصية و الميراث في قانون الأسرة الجزائري ، الطبعة الأولى ، دار الخلدونية الجزائر2008
24-فشار عطاء الله: أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008
25- عدنان إبراهيم السرحان: شرح القانون المدني ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2009 .
26- خليل أحمد حسن قدادة : الوجيز في الشرح القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول – مصادر الالتزام - الطبعة الرابعة ديوان المطبوعات الجامعية ، 2010.
27- عبد الرزاق السنهوري: الوجيز في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، الجزء الرابع، دار إحياء التراث العربي، لبنان.
28- عبد المنعم فرج الصدة: الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت.
29- نبيل صقر: تصرفات المريض مرض الموت، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر.

مذكرات التخرج:

1- تموح منى، النظام القانوني للمحافظة العقارية ي التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2004/2003.

2- رامول خالد، سلطات المحافظ العقاري في التشريع الجزائري، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2005/2004

النصوص التشريعية والتنظيمية:

1- الأمر رقم 66-54 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات لمدنية، المعدل والمتمم في سنة 2008 بالقانون رقم 08-09 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2- الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970، جريدة رسمية العدد 107 لسنة 1970، المعدل والمتمم بالقانون رقم 88-27 المؤرخ في 12 يوليو 1988

3- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78 لسنة 1975، المعدل المتمم بالقانون رقم 07-05، المؤرخ في 13 ماي 2007، الجريدة الرسمية، العدد 31 المؤرخة في 13 ماي 2007.

4- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09-06-1984، الجريدة الرسمية 24 السنة 1984، ص 10، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27-02-2005، الجريدة الرسمية، العدد 15، سنة 2005.

5- القانون رقم 91-10 ، المؤرخ في 27 أفريل 1991، يتعلق بالأوقاف، جريدة رسمية رقم 21 لسنة 1991، المعدل والمتمم.

6- الرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976، المتعلق بتأسيس السجل العقاري، جريدة رسمية 30 لسنة 1976.

الفهرس

مقدمة أ

الفصل الأول: تصرفات المريض مرض الموت الواردة عل العقار

تمهيد **02**

المبحث الأول: مفهوم مرض الموت **03**

المطلب الأول: التعريف بمرض الموت **03**

الفرع الأول: تعريف مرض الموت **03**

الفرع الثاني: شروط مرض الموت **04**

الفرع الثالث: من يلحق بالمريض مرض الموت من الأصحاء **06**

المطلب الثاني: إثبات مرض الموت. **08**

الفرع الأول: مرض الموت واقعة مادية **08**

الفرع الثاني: قاعدة الإثبات لمصلحة الوارث **09**

المطلب الثالث: سبب تقييد المريض مرض الموت من التصرف **10**

الفرع الأول: تعلق حق الورثة بأموال المريض **11**

الفرع الثاني: تحايل مريض المريض على أحكام القانون **13**

المبحث الثاني: التصرفات التبرعية في مرض الموت **35**

المطلب الأول: أحكام التصرفات التبرعية في مرض الموت **35**

الفرع الأول: شروط إعمال أحكام التصرف بالتبرع في مرض الموت **36**

الفرع الثاني: خضوع التصرف بالتبرع في مرض الموت لحكم الوصية **38**

المطلب الثاني: تبرعات تلحق بحكم الوصية في مرض الموت. **38**

الفرع الأول: أحكام الهبة في مرض الموت. **39**

الفرع الثاني: أحكام الوقف في مرض الموت. 40
المطلب الثالث: موقف ورثة المريض من التصرف التبرعي في مرض الموت 42
الفرع الأول: ورثة المريض مرض الموت في حكم الغير 42
الفرع الثاني: عدم سريان التصرف في حق الورثة الطاعنين 49
المطلب الرابع: تقدير القرينة الخاصة بالتصرف التبرعي في مرض الموت 50
الفرع الأول: القاعدة في سريان القانون من حيث الزمان وموقع المادة 776 50
الفرع الثاني: المشاكل العملية لسريان قرينة المادة 776 51
خلاصة الفصل الأول 53

الفصل الثاني: التصرف لوارث مع الإحتفاظ بالحيازة وحق الإنتفاع مدى الحياة

تمهيد 55
المبحث الأول: شروط قرينة المادة 777 من القانون المدني الجزائري 56
المطلب الأول: أن يكون التصرف لأحد الورثة 56
الفرع الأول: إنعقاد التصرف للوارث 56
الفرع الثاني: نتائج الأخذ بصفة الوارث في تطبيق المادة 777 من القانون المدني الجزائري 57
المطلب الثاني: أن يحتفظ المتصرف بحيازة العين المتصرف فيها مدى الحياة 57
الفرع الأول: المقصود بالحيازة 58
الفرع الثاني: الحيازة مدى الحياة كشرط في إعمال قرينة المادة 777 من القانون المدني الجزائري 60
المطلب الثالث: أن يحتفظ المتصرف بالإنتفاع بالعين مدى الحياة 60

الفرع الأول: المقصود بالإنتفاع 61
الفرع الثاني: الإنتفاع مدى الحياة كشرط في إعمال قرينة المادة 777 من القانون المدني الجزائري 61
المبحث الثاني: أحكام قرينة المادة 777 من القانون المدني الجزائري 64
المطلب الأول: خضوع التصرف إلى أحكام الوصية مع إمكانية إثبات أن التصرف لم يكن وصية 64
الفرع الأول: خضوع هذا التصرف إلى أحكام الوصية 64
الفرع الثاني: إمكانية إثبات أن التصرف لم يكن وصية 65
الفرع الثالث: صعوبة إثبات عكس هذا التصرف 66
المطلب الثاني: سريان القاعدة من حيث الزمان 67
الفرع الأول: القاعدة العامة في سريان القانون من حيث الزمان 67
الفرع الثاني: سريان قرينة التصرف لوارث مع الإحتفاظ بالحيازة والإنتفاع من حيث الزمان 68
المطلب الثالث: تقدير قرينة التصرف لوارث مع الإحتفاظ بالحيازة والإنتفاع مدى الحياة 69
الفرع الأول: تقدير قرينة المادة 777 من التقنين المدني من الناحية القانونية 70
الفرع الثاني: هشاشة المادة 777 من القانون المدني في استقرار المعاملات العقارية 73
خلاصة الفصل الثاني 75
الخاتمة 77
الملاحق 81

قائمة المراجع 99

الفهرس 103