

الضمانات الخاصة ببيع العقار في مرض الموت

Guarantees related to the real estate sale in deadliest disease

Rokaya messaoud boureghda

Faculty of Law

University constantine 1

laboratoire of contract and business law

algeria

Rokaya.messaoudboureghda@umc.edu.dz

رقية مسعود بورغدة

كلية الحقوق

جامعة قسنطينة 1

مخبر العقود وقانون الأعمال

الجزائر

Rokaya.messaoudboureghda@umc.edu.dz

تاريخ القبول: 2022/05/30

تاريخ الاستلام: 2021/05/26

ABSTRACT:

The legislator is keen in its directions to respect the principle of the authority of the will as it is one of the most important guarantees in financial transactions, and its approval of special guarantees that correspond to the real contractual will, not the sham, for real estate disposal in the disease of death is nothing but an attempt to establish legal security and reach the right, if the will does not prevail in isolation from the law So, by the formal will, as a requirement or as an inevitability, it should not deviate from this direction.

Keywords: will, special guarantees, real estate behavior, deadliest disease, formalities.

ملخص باللغة العربية:

يحرص المشرع في توجهاته على احترام مبدأ سلطان الإرادة كونه أحد أهم الضمانات في المعاملات المالية، وإقراره لضمانات خاصة تتوافق والإرادة التعاقدية الحقيقية لا الصورية للتصرف العقاري في مرض الموت، وما هو إلا محاولة لتكريس الأمن القانوني والوصول للحق، فإن كانت الإرادة لا تتسبب بمعزل عن القانون فحري بالإرادة الشكلية كمطلب أو كحتمية أن لا تحيد عن هذا الاتجاه.

كلمات مفتاحية: الإرادة، ضمانات خاصة، التصرف العقاري، مرض الموت، الشكلية.

مقدمة:

إن الحرية في التملك والحرية في التعاقد لها ضوابط وأقر لها المشرع ضمانات ليس من باب التوجه الاجتماعي (طغيان الوظيفة الاجتماعية على التوجهات التشريعية) في الحالة الأولى ولا من باب موضوعية الإرادة في الحالة الثانية، وإنما من باب حماية الحقوق وحفظ النظام العام الذي يسمو على كل مطلب. فطالما تم شرح القوة الملزمة بتقديم تبريرين من خلال مبدأ استقلالية الإرادة ويضاف له مفهوم منفعة العقد الاجتماعي، والأخذ بهذا الفكر يدفعا في نطاق أحكام بيع العقار في مرض الموت إلى تمييز مرحلتين (قبل الموت وبعد الموت)، وبما أن نطاق دراستنا هو المادة 408 من القانون المدني¹ (بعد تحقق الموت)، -تم استبعاد الأحكام الخاصة بالبيع العقاري في مرض الموت التي تنصرف إلى كل من البائع مالك العقار قبل موته وإلى الغير الذي اكتسب بعوض حقاً عينياً على العقار المبيع، وهذا حتى نتمكن من بلوغ المقصد من الدراسة وإيصال الفكرة بأسلوب أبسط- فلقد أورد المشرع قيود على إرادة المريض مرض الموت وإن كانت لاحقة إلى ما بعد الموت، إلا أنها تطال حتى الإرادة الشكلية طالما أن التصرف وارد على عقار، ولم يقتصر المشرع على هذا الحد فأخذه بتبرير المنفعة الاجتماعية للعقد جعله مثلاً في ظل هذه المعاملة يدرج نظام الميراث على رأس هذه المنافع.

وطالما أن الأحكام التي أوردها المشرع الجزائري بشأن البيع في مرض الموت أحكام مستقلة و متميزة عن غيرها من الحالات المفترضة لوجود التحايل، ذلك أن هذه الأحكام وإن كانت مرتبطة بثمن المبيع وجوداً وعدمياً في الإخلال والنفاد ويتقرر الإجازة، إلا أنها تركز على مرحلة مختلفة تماماً ومرتبطة ارتباطاً وثيقاً بحالة البائع مالك العقار، وهو ما دفع المشرع بإيرادها ضمن البيوع الخاصة.

1 أمر رقم: 75-58، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الموافق (26 سبتمبر 1975)، الصادر في الجريدة الرسمية عدد 78 الموافق (30 سبتمبر 1975)، <https://www.joradp.dz/HAR/Index.htm> (تاريخ الإطلاع 28 سبتمبر 2020)، الجزائر، الأمانة العامة للحكومة.

حيث يسري على البيع أحكام المادة 351 من القانون المدني، إلا أنه في الحالة التي يتم فيها البيع في مرض الموت يندرج ضمن الأحكام الخاصة للبيع المادة 408 من القانون المدني التي تقتض وجود تحايل، مما جعل المشرع يضفي صفة التبرع على التصرف، ولقد أورد المشرع الجزائري الحكم العام في تصرفات المريض مرض الموت أيًا كان هذا التصرف بنص المادة 776 من القانون المدني. شمل الحكم الوارد في نص المادة 776 من القانون المدني كل التصرفات القانونية الصادرة في مرض الموت مخصصة بحكم متفرد لتعلق حقوق الورثة بمال مورثهم في هذا الظرف، فبغض النظر عن التسمية التي أعطيت لهذا التصرف (بيع، هبة، إبراء...)¹، طالما يندرج فيه التوازن العقدي² لتوافر قصد التبرع³، فضلاً على باقي مقوماته⁴، فيعتبره القانون وصية مستترة وتسري عليه أحكامها، وهذا ما يتفق والحكم الوارد في المادة 408 من القانون المدني.

وإن كان المشرع الجزائري نصّ بموجب المادة 105 من القانون المدني على أن: "إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر فإنّ العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توفّرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تتصرف إلى إبرام هذا العقد"، لكنه ذهب أبعد من ذلك إذا كان العقد مبرم في مرض

1 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، تأليف أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية (حق الإنتفاع وحق الإرتفاق)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، (الإصدار 3، المجلد 1. الجزء 9، صفحة 758)، 2015، ص 222.

2 سوهيلة حاج مخناش، إشكالات التبرع في مرض الموت. المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، المجلد 13، العدد 02، ص ص 224-249، 2018، ص 231.

3 كمال كمال صمامة، تصرفات المريض مرض الموت في الوصية بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، الجزائر، المجلد 10، العدد 01، ص ص 400-415، 2019، ص 413.

4 خالد سماحي، النظرية العامة لعقود التبرعات -دراسة مقارنة-. أطروحة دكتوراه (357 ص)، القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2013، ص 20.

الموت حيث لم يكتفي بتصحيح العقد بناء على نية الأطراف المتعاقدة وإنما وضع قرينة قانونية على وجود نية التبرع، وكيف التصرف على أنه وصية متى أبرم في مرض الموت حسب مقتضيات المادة 776 من القانون المدني، هذا فضلاً عن الحكم الوارد في نص المادة 199 من القانون المدني: "إذا أخفى المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي".

وعليه فالضمانات التي وضعها المشرع بصدد البيع المنصب على عقار في مرض الموت ليست مجردة وإنما هي في ظل وحدة النظام الذي يتفاعل مع حركية انتقال الملكية العقارية ومطالب وحتميات هذه الحركية من الأمن بشتى أبعاده، إلا أن وضع هذا التصور تنبعث منه معضلة قانونية بحثة تشكل موضوع بحثنا.

– ماهي الضمانات القانونية الخاصة بالبيع العقاري في مرض الموت ومدى فعاليتها في حماية الحق والوصول له بما يكفل اليقين القانوني؟

– إذا كان الأمن التعاقدى يتعلق بضمان تحقيق القوة الملزمة للعقد فهل يمكن التأثير على هذه القوة من خلال مبادئ أخرى تسود في ميدان التعاقد، لاسيما العدالة العقدية والأمن القانوني؟

– وهل هذه الضمانات فعالة بما يضمن قابليتها لاحتواء المستجد من النوازل؟ وبما يحقق الطمأنينة لاستقرار العلاقات التعاقدية كنتيجة للوصول للحق العقاري؟

لمناقشة الإشكالية اعتمدنا في دراستنا على تحليل المعطيات القانونية للموضوع واستقراء الأحكام من خلال التطرق إلى تحول العقد (المبحث الأول)، وإقرار التصرف (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تحول العقد الخاص بالبيع العقاري في مرض الموت.

عند وفاة المورث يحل الورثة الحائزون أهلية التقاضي¹ محل مورثهم بقوة

1 عواطف زرارة، أهلية التقاضي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية. الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، المجلد 05، العدد 03، ص ص 264-274، 2012، ص 272.

القانون في الذمة ومال التركة¹، ولو قبل إجراءات نقل الملكية باسمهم²، حيث جاء في المادة 127 قانون الأسرة³: "يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي".

لكن من ما ينبغي معرفته أي من صور مرض الموت التي تنطبق على الموت الذي سببه الإصابة ب"كوفيد-19"⁴.

إن الثابت المستقر أن مرض الموت هو الذي ينتهي بالموت واشتداد العلة لكن قبل التطرق إلى صورته ارتضينا وضع تعريف لمرض الموت بأنه: "وضع اللأمن المتصل بالموت فعلا المترصد في أجل سنة"، وقد اختلف الفقهاء في تعريفه وتحديد شروطه إلا أنها تجتمع في أربع نوجزها في:

1- يقعد المريض عن قضاء حوائجه.

2- يغلب على المرض خوف الموت.

3- أن ينتهي المرض بالموت فعلا.

4- أن يتحقق الموت في أجل سنة.

بالرجوع لصور مرض الموت فهو صورتان:

1 محمد أبو زهرة، أحكام التركات والموارث، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1963، ص ص 9-8.

2 قرار المحكمة العليا الغرفة العقارية، ملف رقم 348247 الصادر بتاريخ 17/05/2006 المجلة القضائية- العدد الثاني 2006، ص 395.

3 قانون 84-11، يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، الموافق (09 جوان 1984)، الصادر في الجريدة الرسمية عدد 24 الموافق (12 جوان 1984)، <https://www.joradp.dz/HAR/Index.htm> (تاريخ الإطلاع 28 جوان 2020) الجزائر، الأمانة العامة للحكومة.

4 رقية مسعود بورعدة، "كوفيد-19" وتأثيره على الأمن القانوني، ملتي دولي الأمن الإنساني في ظل التحديات العالمية المعاصرة، ملتي دولي الأمن الإنساني في ظل التحديات العالمية المعاصرة، كلية العلوم القانونية الإقتصادية والإجتماعية، جامعة ابن زهر، أكادير، المغرب، 5 و 6 جانفي 2021.

الصورة الأولى: وهي المرض الحقيقي، أي الأمراض التي تعد في وقتنا الحاضر أمراض موت وفقاً لما استقر عليه القضاء ومن أهم الأمراض التي تؤدي إلى الموت نذكر: مرض السرطان، مرض الربو، داء الكلى، ضغط الدم والسكري، الإيدز، السل...الخ¹.

الصورة الثانية: هي المرض الحكمي، حيث يأخذ فيها الأصحاء حكم مرض الموت لفلسفة تشريعية وهي عدم استقرار وضع الشخص النفسي، فيلحق بالأحكام الخاصة بتصرفات المريض مرض الموت تصرفات كل الأصحاء الذين يكونون في أحوال تجعلهم يترقبون الموت، ويغلب عليهم فيها اليأس على الرجاء والموت على الحياة والهلاك على النجاة وينتهي بهم الأمر إلى الموت، فإنه حينئذ يأخذ كل تصرف يسبق الموت حكم الوصية وهناك عديد الحالات التي يكيفها فقهاء القانون مستمليين بضابط المعيار النفسي، منها ما هي وقائع قانونية وأخرى وقائع مادية²، وسماها القانون الجزائري الحالات المخيفة في المادة 204 من قانون الأسرة موافقين بذلك الفقه الإسلامي، ومن أمثلة ذلك نذكر: الحرب والقتال - ركوب البحر المضطرب - إذا افترس السبع شخصاً.

فإذا أردنا دمج "كوفيد-19" في نطاق أحكام مرض الموت وجب أن نتحرى الشروط التي وقع فيها الموت، خاصة في ظل تراص الدراسات التي تعتبره قوة قاهرة ومنها ماميزته بشرط الخارجية³، هذا فضلاً على اجتياحه وسرعة تحوره وفي ظل غياب اللقاح، ووجب التنويه إلى أن مسألة تحقق شروط مرض الموت هي مسألة

1 أندرو ميشيل يوسف حفيوي، التصرفات القانونية الصادرة في مرض الموت وفق مجلة الأحكام العدلية - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير (210ص)، جامعة القدس، فلسطين، 2018، ص 43.

2 ابتسام جليلي، تصرفات المريض في مرض الموت. رسالة ماجستير (122ص)، جامعة الجزائر 1، الجزائر، الجزائر، 2018، ص 34.

3 عبد المغيث الحاكمي، دور القانون والقضاء في الحد من تأثير كورونا على العلاقات التعاقدية. مجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية، المغرب، العدد 17 (عدد خاص)، ص ص 34-50، 2020، ص 40

واقع تخضع للمعيار الشخصي وهي مناطة بالقاضي المختص، إلا أن من واجب الفقهاء والمختصين توفير الأرضية العلمية حتى يسهل الفهم ويستقيم الحكم، وعلى هذا ارتضينا البحث في هذه الجزئية بما توفر لدينا ويمكننا القول بناء على المادة العلمية المطلع عليها، وفي ظل تحري الشروط والميكانيزمات القانونية لمرض الموت¹ فإنه إذا كان وضع اللأمن هو:

- الحالة الصحية والموت يرتبط بالإصابة بـ: "كوفيد-19" فمرض الموت حقيقي.
- الحالة المخيفة والموت يرتبط بجائحة "SARS-CoV-2" فمرض الموت حكمي.

هذا وينبغي التأكيد على ملاحظة هامة وهي أن هذا الموضوع من المواضيع الديناميكية؛ أي أن أحكامه تستقى من الواقع فما يعتبر اليوم مرض موت قد يكون واقعة عادية في فترة زمنية أخرى أو في منطقة أخرى.

فماذا يقع على عاتق الورثة بالنسبة للتركة المتصرف فيها في مرض الموت؟

وجب قبل الإسهاب في جزئيات الموضوع التذكير بتفصيل هام وهو المركز القانوني للوارث، فحسب قانون الأسرة هو ركن من أركان الميراث ويراد به الشخص المستحق لنصيب من الإرث المفروض شرعاً وقانوناً، يدلي إلى المورث بسبب مشروع زوجاً أو ذوي قربي يستوي أن يكون صاحب فرض أو عصبه أو من ذوي الأرحام، طالما انتفت بحقه موانع الميراث المستوجبة للحرمان، وثبوت المركز القانوني للشخص كوارث ينصرف إلى تاريخ وفاة المورث.

ولقد ألقى المشرع الجزائري عبء إثبات صدور التصرف من المورث في مرض الموت على عاتق الورثة المتمسكين بحقهم بصفتهم مدعين -ينازعون في

1 عبد النور حمادي، مرض كوفيد-19، مقارنة قانونية مع النظام القانوني لتصرفات المريض مرض الموت. المجلة الجزائرية للقانون المقارن، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، المجلد 03، العدد 05، ص ص 30-36، 2020، ص 22.

صحة التصرف أو في نفاذه في حقهم- والبينة على من ادعى، وإثبات أن التصرف في العقار بالبيع قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت للورثة طريقتان:

الطريقة 1: إثبات مرض موت مورثهم في الفترة التي أبرم فيها البيع، ولهم في ذلك التمسك بكافة الوسائل القانونية المقررة للإثبات¹، ويدخل في ذلك البينة والقرائن المستخلصة من ظروف المرض، لأنهم إنما يثبتون واقعة مادية².

الطريقة 2: إثبات أن البيع صادر في مرض الموت، ويمكنه أيضاً في ذلك أن يأخذ إحدى الطريقتين إما:

أ- **الطعن في واقعة التقرير:** من بين بيانات الورقة الرسمية تاريخ إبرام التصرف، وكل تاريخ وارد في ورقة رسمية يعتبر ثابتاً³ وهو من البيانات التي تناط بمسؤولية الموثق، ولأن في الطعن مساس بأمانة الموثق وزعزعة لثقة المشرع فيه، الذي أضفى على الورقة الرسمية حجية لا تدحض إلا إذا لجأ من ينكرها إلى الطعن بالتزوير⁴، وهو المبدأ الذي كرسته المحكمة العليا⁵ متى تمسك الورثة بإثبات أن التاريخ قد قدم عمداً لإخفاء أن البيع قد صدر في مرض الموت، وأن

1 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. تأليف نظرية الإلتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الإلتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، (الإصدار 3، الجزء 2، صفحة 1265)، 2015، ص ص 150-154.

2 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، (المجلد 1، الجزء 9)، المرجع السابق، تهميش 2، ص 222.

3 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، (الجزء 2)، المرجع السابق، تهميش 2 ص 147.

4 انظر المواد 214 إلى 218 أمر 66-156، يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، الموافق (08 جوان 1966)، الصادر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 49 الموافق (11 جوان 1966)، <https://www.joradp.dz/HAR/Index.htm> (تاريخ الإطلاع 28 سبتمبر 2020)، الجزائر، الأمانة العامة للحكومة، وأيضاً: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، (الجزء 2)، المرجع السابق، تهميش 1 ص 150.

5 المحكمة العليا الغرفة العقارية في قرارها، ملف رقم 739034 الصادر بتاريخ 2012/11/14 المجلة القضائية- العدد الثاني 2013، ص 315.

التاريخ الحقيقي الذي صدر فيه التصرف متأخر عن التاريخ السوري المذكور في التصرف ويقع في وقت كان فيه المورث في مرض الموت.

ب- **الطعن في صحة التقرير**: يجوز إنكار صحة التقرير وإثبات العكس بأن يتمسك الوارث بصورية البيع وله أن يقيم الدليل عليه وفقاً للقواعد العامة في الإثبات دون حاجة إلى الطعن بالتزوير¹، "فالوارث لا يعتبر في حكم الغير بالنسبة إلى التصرف الصادر من المورث إلى وارث آخر إلا إذا كان طعنه على هذا التصرف هو أنه وإن كان ظاهره بيعاً منجزاً إلا أنه في حقيقته وصية إضراراً بحقه في الميراث أو أنه صدر في مرض موت المورث فيعتبر إذ ذاك في حكم الوصية لأنه في هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه من القانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه التي قصد بها التحايل على قواعد الإرث.

أما إذا كان مبنى الطعن في العقد أنه صوري صورية مطلقة، فإن حق الوارث في الطعن في التصرف في هذه الحالة إنما يستمد من مورثه وليس من القانون ومن ثم لا يجوز له إثبات طعنه إلا بما كان يجوز لمورثه من طرق الإثبات"².

ومتى تقرر ذلك تقوم قرينة قانونية لمصلحة الورثة تقتضي إعفائهم مؤقتاً من عبء إثبات أن مورثهم قصد التبرع من التصرف، لكن قد يتبادر هنا السؤال عن سبب امتداد هذه الأحكام لعقد البيع رغم أنه ليس تبرعاً بل معاوضة؟ والجواب أن البيع رغم كونه من عقود المعاوضة إلا أنه قد ينطوي على تبرع ومحاباة لا تقتصر في صورتها على صورية الثمن فقط، ويظهر هذا في البيع بثمن تافه، أما إذا كان البيع بثمن المثل أو بثمن أكبر من قيمة المبيع فلا محاباة ولا تبرع.

1 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (الجزء 2)، المرجع السابق، ص 153.

2 كمال عزت، الوجيز في تصرفات المريض مرض الموت - دراسة فقهية قضائية معلقاً عليها بآراء الفقهاء وأحدث أحكام محكمة النقض-، دار الفكر القانوني للنشر والتوزيع، طنطا، مصر، الطبعة 2، 2007، ص ص 105-106.

كما أن العقد التوثيقي لا يمكن أن يكون حاجزاً أمام حق الورثة¹ ولا يحول دون الطعن في البيع فالعقد الصادر من المورث الذي في حقيقته وصية، فإنه لا يكون لتسجيل العقد حال حياة البائع أي أثر في تصحيح التصرف أو نقل الملكية لأن التسجيل لا يصحح عقداً باطلاً ولا يحول دون الطعن فيه بأنه يخفي وصية².
وطالما أن الحماية القانونية المقررة للورثة ترتبط أساساً بدعم حججهم واستثناء بدحض الإدعاء، يقع على المشتري نقض القرينة وإثبات العكس بأن يثبت أنه دفع ثمناً لا يقل عن قيمة المبيع ولا يعتد بالإقرار الصادر من المريض مرض الموت بقبض الثمن وإن كان متضمناً في العقد ذاته لقيام شبهة التواطؤ³.
فإذا أثبت المشتري أنه دفع ثمناً لا يقل عن قيمة المبيع اعتبر التصرف صحيحاً نافذاً في حق الورثة سواء كان البيع لوارث أو لغير وارث⁴، أما إذا لم يستطع إثبات ذلك أو ثبت أن الثمن الذي دفعه أقل من قيمة المبيع، اعتبر الفرق بين الثمن الثابت دفعه إلى قيمة المبيع قدر ما يحابى فيه، في الفرض الأول لكون التصرف في حقيقته هبة صورية وفي الفرض الثاني لاعتباره وصية مستترة، فيعتبر البيع تصرف مضاف إلى ما بعد الموت طالما أن التصرف تم في مرض الموت وثبتت نية التبرع فيخضع لأحكام الوصية في كلا الفرضين تطبيقاً لنظرية تحول العقد⁵ وهذا

- 1 زكية تشوار حميدو، موقف الإجتهد من بعض أحكام الهبة الناقلة للملكية العقارية في القانونين الجزائري والتونسي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والإقتصادية، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر، الجزائر، المجلد 46، العدد 03، ص ص 231-249، 2009، ص 240.
- 2 أنور طلبية، نفاذ وانحلال البيع. إبرام البيع، أنواع البيوع، الوكالة والسمسرة، الحقوق والإلتزامات، دعوى صحة التعاقد، دار الكتب القانونية، مصر، الطبعة 1، 2005، ص 133.
- 3 لا يعتد بالإقرار الصادر من المريض مرض الموت بقبض الثمن وإن كان متضمناً في العقد ذاته لقيام شبهة التواطؤ. أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. تأليف العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، (الإصدار 3، المجلد الجزء 4، صفحة 883)، 2015، تهميش 3، ص 327.
- 4 أنور طلبية، المرجع السابق، ص ص 596-597.
- 5 أمينة لرجم، تحول العقد. رسالة ماجستير (110ص)، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، الجزائر، 2016، ص 24.

في محاولة من المشرع التصدي للتحايل على أحكام الميراث وحفظ النظام العام، وحمایته للثقة المشروعة والأوضاع الظاهرة.

المبحث الثاني: إقرار التصرف الخاص بالبيع العقاري في مرض الموت.

إن البطلان هو الجزء الذي رتبته المشرع في حالة البيع في مرض الموت بمجرد قيام سببه مما يستلزم وقبل كل شيء معرفة سبب بطلان بيع عقار المريض مرض الموت؟.

الملاحظ أن البطلان في حالة البيع في مرض الموت يندرج ضمن الأحكام الخاصة لأنواع البيوع، فإذا أسقطنا عليه ما سنه المشرع في النظرية العامة بشأن البطلان والمقرر بموجب المادة 101 من القانون المدني، فما هو التكييف القانوني لسبب البطلان الذي يتوافق مع حالة البيع في مرض الموت؟ أو بعبارة أخرى ما هي الحالة التي يدرج ضمنها هذا الأخير والتي تتوافق مع الأحكام العامة لنظرية العقد؟، إذ حسب نظرية البطلان المقررة في القانون المدني الجزائري نستند في تقرير البطلان إما إلى عارض من عوارض الأهلية أو عيب من عيوب الإرادة، أم أن المشرع الجزائري يقرر طريق استثنائي للبطلان في هذه الحالة والذي يتوافق وأحكام الشريعة الإسلامية باعتباره حكماً متفرداً غير متأثر بالنظام المصوبغ بالقانون الفرنسي؟

بالرجوع لنص المادة 408 فقرة 2 قانون مدني أساس القابلية للإبطال هو أن البيع غير مصادق عليه إلا أن المشرع لم يوضح ممن تصدر المصادقة وأيضاً ما يقصد بالمصادقة خاصة وأنه مصطلح غريب على أحكام القانون المدني¹، لكن الأغرب من ذلك هو قلة حيلة المشرع في صياغة النص إذ يورد مصطلحا في النص الفرنسي المقابل و يعتبر أن البيع في نفس الظروف قد تم دون رضا صحيح أي أن أساس الإبطال هو عيب شاب الرضا، ليوافق به ما ذهب إليه المشرع الفرنسي الذي اعتبر مرض الموت عارض من عوارض الأهلية (المادة 909 من

1 علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص 129.

القانون المدني الفرنسي)¹ أي العلة في مرض الموت تكمن في ضعف القوى العقلية للمريض التي تؤدي إلى نقص أهليته، وأن عدم الأهلية الوارد في المادة 909 السالفة الذكر أساسه حماية المرضى أنفسهم من استغلال من يقومون بعلاجهم ومنح العطايا لهم وهم على هذه الحالة².

وبالرجوع إلى الأحكام العامة للقانون المدني فإن طلب الإبطال يكون لصالح من شاب رضاه عيب، فإذا اعتبرنا أن رضا المريض مرض الموت قد شابه عيب فيكون له وحده حق طلب الإبطال، وهنا المريض قد مات، ولا ينتقل حق طلب الإبطال للورثة لأنهم ليسوا خلفا عاما بالنسبة لتصرفاته في مرض الموت³، وليس من المعقول تصور طلب الإبطال من شخص ميت !.

كما أنه لو فرضنا أن رضا المريض كان غير صحيح فإن رضاه يشوبه نفس العيب عند البيع لأحد الورثة فلماذا فرق القانون بين التصرفين واعتبر البيع لوarith صحيح لكن لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة، أما البيع لغير وارث فيعتبر غير مصادق عليه ومنه يكون قابلا للإبطال⁴.

وإذا كان البطلان مقرر لعيب في الرضا فلما أقرن المشرع صحة التصرف بعدم استغراق قيمته ما يجاوز ثلث التركة بدل أن يلحق البطلان بكل التصرف مع العلم أن التصرفات التبرعية يلحقها ضرر محض لدى لا يكتفى بأهلية التصرف وإنما تستلزم أهلية التبرع.

1 civil, C. (s.d.). Modifié par loi n°2007-308- art.9 (JORF 7 mars 2007 en vigueur le 1er janvier 2009). portant réforme de la protection juridique des majeurs (2020). REPUBLIQUE FRANCAISE: (Légifrance cité par <https://www.legifrance.gouv.fr> visité le 28 juin 2020).

2 رشاد السيد ابراهيم عامر، تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري مقارنا بالشريعة الإسلامية والقوانين الأخرى. رسالة ماجستير (203 ص)، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزائر، 1989، ص ص181 إلى 183.

3 علي علي سليمان، المرجع السابق، ص ص128-132.

4 محمد حسنين، الوجيز في عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة 5، 2006، ص 219.

وإن كان التصرف من قبيل التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فإن طلب الإبطال لا يكون إلا لمن شرع الإبطال لمصلحته¹، إلا أن الورثة هنا يدخل لهم حق إبطال التصرف في مرض الموت استنادا لحق شخصي بمقتضى القانون؟.

طالما اللبس التشريعي قائم حول تكييف إرادة المريض مرض الموت، ومن ثم سبب بطلان تصرفه ما دفعنا إلى تتبع المسار التأصيلي للقاعدة القانونية المتجذرة في الشريعة الإسلامية وباعتبارها المصدر الرسمي الثاني من مصادر القانون المدني الجزائري، إلا أن النصوص التي استقيت منها وتم نقلها بحيث أصبحت مصدرا تشريعا وهو الحال الذي يسري على حالة البيع في مرض الموت² لم يعد الفقه الإسلامي سوى مصدرا تاريخيا لها وهنا أمامنا مصدرين رئيسيين في تفسيرها³:

أولاً: القضاء الجزائري في ما استقر عليه من مبادئ.

وسنحاول عرض بعض قرارات المحكمة العليا على سبيل الإستأناس لا الإلزام باعتبارها مصدرا تفسير إذ أن تكييف العقد لا يقتصر على ما يضيفه الأفراد من أوصاف على تصرفاتهم فالعبرة بحقيقة الوقائع، وتسد هذه العملية الى السلطة القضائية بموجب المادة 29 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁴، حيث يشمل

1 إيمان معمري، مدى تأثير أهلية المريض مرض الموت على عقود التبرعات - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، الجزائر، المجلد 11، العدد 01، ص ص 650-679، 2020، ص ص 662-663. أيضاً: محمد كامل مرسي، الوصية وتصرفات المريض مرض الموت في القانون المصري والقوانين الأجنبية، المطبعة العالمية، القاهرة، مصر، 1950، ص 257.

2 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. تأليف النظريات الفقهية والعقود، دار الفكر، دمشق، سوريا، (الإصدار 2، الجزء 4، صفحة 910)، 1985، ص 332.

3 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. تأليف نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، (الطبعة 3، المجلد 1، الجزء 1، صفحة 734)، 2015، ص ص 60-61.

4 قانون 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الموافق (25 فيفري 2008)، الصادر في الجريدة الرسمية عدد 21، الموافق (23 أفريل 2008).
<https://www.joradp.dz/HAR/Index.htm> (تاريخ الإطلاع 28 جوان 2020). الجزائر، الأمانة العامة للحكومة.

التكليف تفسير العقد وفق ضوابط تشريعية ثم إعطائه الوصف القانوني الصحيح¹. وما يمكن ملاحظته بعد الإطلاع على بعض قرارات المحكمة العليا²- الملفين تم إدراجهما كمثال فقط وغيرهما كثير- أن الإختلاف الوارد في تكليف الموت دليل على عدم إمكانية انسجام مفهوم مرض الموت في بعده الشرعي مع أحكام القانون المدني، فوفق المحكمة العليا وكأن الأمر يتعلق بأحكام الأهلية فهي لاتأخذ بواقعة الوفاة المباشر بعد المرض بل لابد أن يكون المتوفي أصيب في قدراته العقلية والجسدية³.

ثانياً: الفقه الإسلامي فيما لا يوجد له تفسير في القضاء الجزائري.

إذا كان التصرف الذي يصدر في مرض الموت مقيداً فسبب التقييد لا يرجع إلى أهلية المريض ولا إلى عيب في إرادته، كما لا يقتصر الأمر فيه على أن يكون تصرفاً غير نافذ في حق الورثة لصدوره في مرض الموت، وإنما يرجع تقييد التصرف في مرض الموت حسب ما هو مقرر في الفقه الإسلامي إلى تعلق حق الورثة بأموال مورثهم المريض لا من وقت موته فحسب بل من وقت المرض الذي يموت فيه⁴، ومرض الموت عند الشرعيين وإن كان من عوارض الأهلية التي تقتضي تغييراً في بعض الأحكام فإنه لا ينافي أهلية الوجوب وأهلية العبارة⁵.

1 سليمان مرقس، شرح القانون المدني، العقود المسماة - عقد البيع-، عالم الكتب، القاهرة، مصر، الطبعة 4، 1980، ص ص من 39 إلى 43.

2 المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية قرار. (09 07، 1984). ملف رقم 33719 . 03(1989). الأبيار، الجزائر: مجلة المحكمة العليا، ص 51؛ أيضاً: المحكمة العليا الغرفة المدنية قرار. (09 07، 1991). ملف رقم 62156. 04 (1991)، مجلة المحكمة العليا، ص 68.

3 Ali Filali :bilinguisme et bi juridisme , *l'exemple du droit Algérien le bilinguisme juridique dans les pays du Maghreb*, colloque international , perpignan 2 , 3 avril 2012 . Université d'alger 1. ALGER. numéro spécial 02-2012, pp. 70-115. 2012, p 106 .

4 هذا ما انعقد عليه اجماع الفقه المصري، انظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء 4، المرجع السابق، تهميش 1، ص 323.

5 إيمان معمري، المرجع السابق، ص 663. وأيضاً: محمد كامل مرسي: المرجع السابق، ص 258.

وعليه يمكننا القول أن خروج المشرع عن النظرية العامة في تنظيم تصرفات المريض مرض الموت يمتنع معه القول أن سبب البطلان ليعيب في الرضا، كما أن المشرع لم يعتبر مرض الموت مساساً بإرادة المريض بل إرادته صحيحة وأهليته كاملة بل بنوعها ما يستوجب معه القول بصحة تصرفاته¹ طالما أنه كامل الأهلية وخال من عوارضها غير محجور عليه، وطالما أن المرض لم يؤثر في قدرته على التمييز²، وما مرض الموت إلا ضعف لكن هذا الضعف لا يعدم لا إرادته ولا ذكائه، فالمريض مرض الموت ليس بالضرورة مجرد من قدراته النفسية الضرورية لنشاطه القانوني³، وهنا حري التمييز بين آفة العقل وآفة الجسم⁴ فإذا اجتمعتا انصرف النظر عن مرضه لكون آفة العقل تؤثر في الأهلية ويعتد بها في تحديد مناط التصرف وحكمه وما يستوجب من ضرورة تقصي العارض حتى يعرف الحكم ويستقيم.

والبيع العقاري في مرض الموت قابل للإبطال من الآراء من لا يدع مجالاً لهذا القول طالما أن مدار الحديث حول نفاذ الوصية وذلك استناداً إلى مجموعة من الأسس⁵ - إلا أنه ينقلب صحيحاً بوجه بات ويستقر وجوده نهائياً غير مهدد بالزوال إذا لحقته الإجازة، فما هي الإجازة؟

1 سري زيد الكيلاني، حجية إقرار المريض مرض الموت بالحق المالي في الفقه الإسلامي والقانون الأردني، دراسات-علوم الشريعة والقانون- الجامعة الأردنية، الأردن، المجلد37، العدد01، ص 22-49، 2010، ص40.

2 محمد جاد الحق إياد، هبة المريض مرض الموت في مجلة الأحكام العدلية -دراسة تحليلية مقارنة- مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، الجامعة الإسلامية غزة، فلسطين، المجلد 19، العدد02، ص ص 515-544، 2011، ص 528.

3 فطيمة نساخ، أثر مرض الموت على عقد البيع. المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والإقتصادية، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر، الجزائر، المجلد57، العدد01، ص ص 436-451، 2020، ص ص 443-444.

4 إيمان معمري، المرجع السابق، ص 665.

5 عبد النور حمادي، المرجع السابق، ص ص 24-25.

الإجازة تصرف قانوني تبرعي بإرادة منفردة¹ هي إرادة الوارث، يقصد بها إسقاط حقه² وتنفيذ ما صدر عن مورثه³، فهي تصرف لاحق مقيد لتصرفات المورث (المريض مرض الموت) في ثلثي ماله مقرر لمصلحة الورثة - وهنا يجب التمييز بين وجود حقين مشتركين مختلفين؛ أحدهما شخصي، والآخر يستند إلى حق الإرث⁴ - تعكس إرادة التنازل عن حق التمسك بإبطال العقد إما عن طريق الدعوى وإما كوسيلة دفع⁵.

وقد أخذ المشرع الجزائري بما ذهب إليه جمهور فقهاء الشرع الإسلامي في تكييف الإجازة⁶ بأنها محض تنفيذ لا عطية مبتدئة وهو ما يستشف من النص 408 من القانون المدني السالف ذكره.

بما أن الإجازة من التصرفات التبرعية فيشترط في الوارث الذي يتمسك بها تحت طائلة البطلان أن يكون أهلاً للتبرع كامل الأهلية، بالغاً سن الرشد وغير محجور عليه، وألا يشوبها عيب من عيوب الإرادة⁷.

1 محمد عبد الرحمان أحمد شوقي، إجازة العقد القابل للإبطال، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، كلية الحقوق جامعة المنصورة، مصر، 1983، ص 8.

2 يعتبر الوارث من الغير ويتلقى حقه من القانون لامن المورث في الوصايا المستترة وفي كل تصرف يصدر عن المورث وينطوي على اعتداء على حقه في الإرث. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، (المجلد 1. الجزء 9)، المرجع السابق، تهميش 1، ص 219.

3 نذير بن ناصر، إجازة الورثة لتصرفات المورث - دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والفقہ الإسلامي. مجلة الدراسات القانونية، جامعة يحيى فارس بالمدينة، الجزائر، المجلد 03، العدد 01، ص ص 303-315، 2017، ص 2.

4 Pradel, J. *La condition civile du malade*. Revue internationale de droit comparé, PARIS, vol. 16 N°02, pp 458-461. 1964, p 460.

5 غنيمية لحو خيار، نظرية العقد، بيت الأفكار، الجزائر، طبعة 2018، 2018، ص 133.

6 موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني. تأليف كتاب الوصايا، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، (الإصدار 3، الجزء 8، صفحة 643)، 1997، ص ص 396-397.

7 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، (المجلد 1، الجزء 1)، المرجع السابق، فقرة 317، ص 567.

إجازة الورثة أو رفضهم للتصرف لايعتد به إلا بعد وفاة المورث¹، وهو المناط القانوني لاكتساب هذا الحق وثبوت الصفة²، حيث يتبين النصيب القانوني بعد حصر التركة ومستحقها، لكن ماذا بشأن آثار البيع في مرض الموت هل تتصرف إلى تاريخ إبرام التصرف أم إلى تاريخ وفاة المالك؟

إن تاريخ وفاة المورث هو الزمن المرجعي الذي يستند إليه في: حصر التركة ومستحقها (فإذا مات الشخص زال عنه الملك لزوال أهليته في التملك، وتنتقل بذلك أملاكه إلى خلفه، لتقسم التركة حسب درجة الإستحقاق بالترتيب الذي أوردته المادة 180 قانون الأسرة)، تقييم المبيع (تقدير نسبة الثمن إلى قيمة المبيع وقت الموت)، تقدير قيمة الوصية (المقدرة بالثلث شرعا داخلا فيها المبيع ذاته)، تحديد المركز القانوني للمتصرف له (المشتري) إلى المورث إن كان وارثاً أو أجنبياً، تحديد الورثة ونصيب ما لكل وارث، هذا فضلاً عن تصفية التركة إن كانت مستغرقة بالديون، وكل هذه العمليات تدخل في إطار تصفية التركة.

والإجازة حق قانوني خوله المشرع للورثة لنهاذ التصرف في مواجهتهم ، لتعلق حقهم بمال مورثهم لابذمتهم فقط في المرحلة التي يكون فيها مريضاً مرض الموت³،

1 وهو المبدأ الذي أقرته المحكمة العليا غرفة شؤون الأسرة والموارث، ملف رقم 0940782 قرار بتاريخ 2015/09/10 المنشور في موقع المحكمة العليا <http://www.coursupreme.dz> تاريخ الإطلاع 2020/09/01 على الساعة 10:00. (الإجازة المعتمدة شرعا وقانونا هي التي تصدر بعد وفاة الموصي).

2 إذا كان الشخص غير وارث عند البيع ثم صار وارثاً لسبب من أسباب الميراث القرابية أو الزوجية، في الفترة الممتدة مابين البيع والموت، صارت الوصية موقوفة، ولو كان وارثاً عند إنشاء البيع، وعند الموت صار غير وارث إما لأسباب طبيعية الوفاة أو لأسباب ترتبط اساساً بقواعد الميراث كالحجب أو المنع، هنا الوصية نافذة وهذا ماأشار إليه وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. تأليف تنمة الأحوال الشخصية، الوصايا والوقف والميراث والفهرسة الألفبائية للمسائل الفقهية، دار الفكر، دمشق، سوريا، (الإصدار 2، الجزء 8، صفحة 744)، 1985، ص 42.

3 يعتبر الوارث في الوصايا المستترة وفي كل تصرف يصدر عن المورث وينطوي على اعتداء على حقه في الإرث من الغير يتلقى حقه من القانون لامن المورث، ومن ثم لايعتبر في هذه التصرفات خلفاً للمورث ولاتسري في حقه. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، (المجلد 1. الجزء 9)، المرجع السابق، تهميش 1، ص 219.

فإذا تم التصرف في هته الفترة التي يكون فيها المورث هالكا بمرض أدى به إلى الموت يصبح التصرف متوقفا على إقرار ورثته وإن كان إقرار التصرف لاحق إلى مابعد وفاة المورث، إلا أنه يجيز التصرف ويصبح نافذا في حقهم من تاريخ إبرامه لأن للإجازة أثر رجعي بحيث يستقر وجود العقد نهائيا غير مهدد بالزوال وينقلب صحيحا بوجه بات، دون الإخلال بحقوق الغير ممن كسب حقا عينيا على المبيع، وإن رفضوه يكون غير نافذ في مواجهتهم وقد يترتب عليه فسخ العقد، دون أن يكون لهم الحق في طلب الإبطال إذ أن موقفهم في حالة عدم الإجازة سلبي¹.

فهل البيع بمقابل للوارث يشترط فيه الإجازة ؟

إن تطبيق القواعد الخاصة بالبيع في مرض الموت يقتضي أولا دحض ادعاء الورثة ونفي القرينة القانونية بأن يثبت المشتري أن العقد بيع وليس تبرع ، و هذا الحكم ينطبق على البيع فقط وعلى من صدر في حقه التصرف إثبات أن هذا التصرف تم بعوض نقدي رغم صدوره في مرض الموت وأنه لم يكن تبرعا ولا عبرة بالثمن المذكور في العقد، غير أن بعض التشريعات العربية تعتبر أنه إذا أثبت المشتري أنه دفع للبائع ثمنا لا يقل عن قيمة المبيع أعتبر هذا البيع صحيحاً منتجاً لآثاره وناظا في حق الورثة دون حاجة لإجازتهم عكس المشرع الجزائري الذي يخضعه لأحكام المادة 408 من القانون المدني.

والقاعدة أن الإجازة عمل رضائي بحيث يجوز التعبير عن الإرادة بالإجازة صراحة أو ضمنا²، لكن وبما أننا بصدد دراسة على أحد أهم التصرفات العقارية التي تتطلب أن يفرغ العقد في شكل رسمي، فهل تحتاج إجازته إلى نفس الشكل الواجب بالنسبة للعقد الأصلي؟، وهل يلزم بالتالي توافر الرسمية في إجازة البيع العقاري في مرض الموت، طالما أن الرسمية في هذا العقد ركن شكلي في تكوينه؟³.

1 رشاد السيد ابراهيم عامر، المرجع السابق، ص 74.

2 لحو خيار غنيمة، المرجع السابق، ص 132.

3 محمد عبد الرحمان أحمد شوقي، المرجع السابق، ص 21.

المسلم به أن العقد القابل للإبطال له وجود قانوني ثابت ويرتب آثاره القانونية كاملة¹، وطالما أن العقد المنصب على عقار ومن بينها البيع يتقرر له من الأحكام منها ما هو موضوعي والآخر شكلي، فمتى استوفى الأحكام القانونية المتطلبة لنشوئه وقع صحيحا لأن التصرف هو سبب ومصدر وجود الحق العيني²، وإذا أخذنا بالطبيعة الإنفرادية للإجازة وبكونها تصرف قانوني قائم بذاته يتضمن النزول عن الحق في التمسك بإبطال العقد من تاريخه ويقتصر أثرها على زوال هذا الحق ومن ثم فهي لا تصحح العقد، وبما سبق عرضه بشأن تكيف الإجازة كونها تصرف مبتدئ فهي كاشفة لا تنشئ الآثار القانونية التي ترتبت بناء على العقد الأصلي، سلمنا بعدم لزوم الإجازة للشكل الرسمي المتطلب في عقد البيع العقاري³.

وطالما أن القول بشكالية الإجازة من جهة تتأثر بالرأي المرجح بمسألة هامة ينبغي الإشارة إليها وهي ما إذا كان الإبراء إسقاط محض للحق أم أنه إسقاط فيه معنى التملك⁴، من جهة أخرى تتأثر كذلك بتكيف طبيعة حق الورثة المتعلق بأموال مورثهم من وقت مرض الموت⁵ حول ما إذا كان حق ملكية أم حق إرث⁶.

إلا أننا لن نخوض في هذه الجدالات الفقهية حتى لانتشتت أجزاء الموضوع، ونفصل فيها لعدم وجود نص خاص بتطبيق ما هو مقرر في القواعد العامة حيث

1 محمد عبد الرحمان أحمد شوقي، المرجع السابق، ص 48.

2 جمال بوشنافة، الأثر المنشئ للشهر وأثره على العقد كأهم أسباب كسب الملكية العقارية - دراسة تحليلية على ضوء التشريع والإجتهد القضائي الجزائري، دفاثر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرياح ورقلة، الجزائر، المجلد 03، العدد 04، ص ص 110-136، 2011، ص 133.

3 محمد عبد الرحمان أحمد شوقي، المرجع السابق، ص 08.

4 حازم اسماعيل عبد الرحمن جاد الله، التنازل عن الحق والرجوع عنه وأثره في الفروع الفقهية، رسالة ماجستير (162ص)، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2016، ص ص 51-52.

5 فهي خلافة إجبارية ملزمة قبل الوفاة، ويثبت الحق في هذه الخلافة من وقت نزول مرض الموت وهو قول محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 7.

6 خالد بن حمودة، وعلال طحطاح: الطبيعة القانونية لحق الورثة في مال مورثهم المريض مرض الموت، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، الجزائر، المجلد 07، العدد 01، ص ص 1325-1346، 2020.

بالرجوع الى القانون المدني المادة 306 منه تنص على: "تسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع.

ولا يشترط فيه شكل خاص ولو وقع على التزام يشترط لقبامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان"، إلا أنه ينبغي الإشارة إلى أن الإجازة هنا كونها تصرف قانوني بإرادة منفردة ينصب على عقار فهو قابل للدليل المهيأ¹، كما أن التعبير عن الإرادة بإجازة التصرف صراحة يكون بوسائل إثبات الوصية إسقاطاً لما هو مقرر في الرجوع.

الخاتمة:

إنّ التصرف بالبيع في مرض الموت المنصب على عقار هو النموذج المثالي الذي يواكب ويبرز تداخل بقية النظم مع نظام العقد الشكلي، في محاولة لرصّ هذه الأولويات بما يقتضيه تجسيد اليقين القانوني.

إذ أن الضمانات القانونية في بيع العقار في مرض الموت لاكتفي بتوافر وصحة الأركان الموضوعية والشكلية لنفاذ العقد فقد يكون لاستيفاء هذه الأخيرة الأثر المعدم في انتقال الحقوق بطريق البيع وإن كان لها آثار أخرى لم يتسع المجال هنا للخوض فيها، ولأنها ترتبط بحقوق الورثة في هذه المرحلة لم يكن هناك بُدّ من إقرار ضمانات خاصة تكفل لهم الحماية متى وجدوا.

فأتجاه الإرادة إلى إحداث آثار قانونية قد يلحقها وصف الصحة أو البطلان أو عدم النفاذ، وهذا الحكم الذي ارتضاه المشرع في بيع العقار في مرض الموت ليس بالضرورة لمخالفة نظام العقد وإنما لضبط التحايل الذي لا يقتصر في صورته على التّدخل الخارجي، بل من المالك في حدّ ذاته -ولو من غير تواطؤ- حماية للنظام العام الذي يظلّ أسمى النُظم، فقصد الضرر محقق على السواء إما بعقود التبرع أو بعقود المعاوضة التي فيها محاباة.

1 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، (المجلد الجزء 2)، المرجع السابق، فقرة 193، ص ص 376-377.

وعلماً - في الوضع الراهن- أن سلطة الإرادة ليست مطلقة لأنها تصطدم بالحقائق الخارجية وبضرورة التنظيم الإجتماعي، فإن الحق الذي يتمسك به الورثة المخول لهم أساساً بطريق الإجازة بالقبول أو الرد وسلوك طريق الطعن، لا يستند إلى أثر العلاقة التعاقدية النمطية وإنما يستند إلى حق شخصي أقره لهم القانون في حالة التصرف الصادر في مرض الموت.

وطالما أن الوصول للحق يظل هو المطلب الأسمى الذي يتغلغل في كل نظام، فعلى الرغم من النقد المتواصل للترسانة التشريعية العقارية من ناحية التضخم والفعالية إلا أنه يمكننا القول إنطلاقاً مما توصلنا إليه في بحثنا حول الضمانات الخاصة بالبيع العقاري في مرض الموت أن فعالية النظام ليست رهينة بإمكانية الوصول للحق، وباقي المطالب كالأمن القانوني في مظاهرها لا تتعدى إلا أن تكون وسيلة لذلك.

أهم النتائج المتوصل إليها:

- الحق هو المصلحة الثابتة التي يقرها المشرع للشخص على سبيل الإختصاص والإستأثار وعليه فلا الإرادة ولا حتى الشكلية منها تتسيد بمعزل عن القانون.
- إن بيع العقار في مرض الموت صحيح، والمتصرف أهل للتصرف بالتبرع وغيره، ولكن لأمر خارج عن ذاتية عقده أقر الشارع ثم القانون ضمانات لنفاذ بيع العقار أراد بها صيانة حق الوارث لابصفته وارثاً يمثل مورثه في كل حقوقه وعهوده بل بصفته أجنبياً (*tiers*) تعلقت له في ذمة المتصرف حقوق أقرها القانون.
- كل عقار تم بيعه أثناء مرض الموت لا يمس القيمة في جملتها فهو نافذ وإن لم يجيزوه الورثة فهو غير ملزم لهم.
- الصياغة القانونية لها دور مهم في وضوح القاعدة وبالتالي فهمها وإدراكها من طرف الجميع وقابليتها للتطبيق وهي أحد العناصر المهمة في فكرة اليقين القانوني.
- صورة العدالة العقدية بإعادة تكييف بيع العقار في مرض الموت إن كانت تهز بالمبادئ التقليدية لنظام عقد بيع عقار، إلا أنها شرط لشرعية مبدأ القوة الملزمة للعقد.

- ما يحسب للمشرع الجزائري أنه جاء بالمادة 773 من القانون المدني ونص على إعادة التكييف القانونية من باب العدالة العقدية لكن ما يأخذ عليه هو الزيادة في عبئ إثبات قيمة التصرف على عاتق المتصرف له (المشتري) لعدم الأخذ بالإقرار، إذا ماهي مسؤولية المشتري حسن النية (الذي لا يعلم بحالة البائع وقت إبرام التصرف)؟.
- ما يحسب للمشرع الجزائري كذلك إحالتها لمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية على التوالي بموجب المادتين 1 من القانون المدني و222 من قانون الأسرة فيما لم يورد له نص، لكن ما يأخذ عليه أن هذه الإحالة جاءت على إطلاقها من غير التقيد بمذهب محدد مازاد في تشتت الأحكام وتغير الأسانيد، وهنا نصبح أمام مسألة تدرج الأحكام فتضارب القرارات بلغ أعلى هرم قضائي رغم تشابه الحيثيات، هذا والآراء الفقهية القانونية ليست في منأى عن هذا التأثير، إذا ماهي مسؤولية المتقاضي في الطلب أو الدفع المسبب والمستتبط من رأي لايوافق وعقيدة القاضي؟

التوصيات:

- إن جودة القانون كمطلب وكضرورة وخاصة في المجال العقاري لاتتأتى إلا بإمكانية الوصول الفكري للقانون وعلى هذا يجب أن تخضع عملية سن التشريعات إلى معايير الجودة ولايكتفي بالجانب الشكلي والإجرائي وإنما بقيم أخرى كالوضوح على أن يراعي في وضعها تقنيات تشريعية منها البساطة ودرجة الدقة، وعلى هذا يجب التدقيق في صياغة النصوص القانونية (غير ناجز، غير مصادق عليه)، حتى يفهم النص ويستقيم الحكم.
- إيراد مذكرة توضيحية عند صياغة القوانين يرجع إليها لفهم توجهات النص، حتى تتمكن من ضبط المفاهيم القانونية والتي من بينها مفهوم مرض الموت.
- العمل بنظرية السوابق القضائية الملزمة تأسيا بالنظام الأنجلوسكسوني لما لعبته من دور هام في تطوير هذا الأخير، وهذا لتفادي تهجين النظام الإسلامي ومن

أجل تحقيق التناسق المنهجي للعدالة في ضوء الواقع الإجتماعي، على الرغم مما فيه من ازدواجية الأنظمة إلا أنه السبيل الآني الأكثر أمنا واستقرارا.

قائمة المراجع:

أولاً: الكتب:

- أنور طلبة، نفاذ وانحلال البيع. إبرام البيع، أنواع البيوع، الوكالة والسمسرة، الحقوق والإلتزامات، دعوى صحة التعاقد، دار الكتب القانونية، مصر، الطبعة 1، 2005.
- سليمان مرقس، شرح القانون المدني، العقود المسماة - عقد البيع -، عالم الكتب، القاهرة، مصر، الطبعة 4، 1980.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. تأليف نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، (الطبعة 3، المجلد 1، الجزء 1، صفحة 734)، 2015.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. تأليف نظرية الإلتزام بوجه عام، الإثبات - آثار الإلتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، (الإصدار 3، المجلد الجزء 2، صفحة 1265)، 2015.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. تأليف العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، (الإصدار 3، المجلد الجزء 4، صفحة 883)، 2015.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. تأليف أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية (حق الإنتفاع وحق الإرتفاق)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، (الإصدار 3، المجلد 1. الجزء 9، صفحة 758)، 2015.
- علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.

- غنيمة لحو خيار، نظرية العقد، بيت الأفكار، الجزائر، طبعة 2018، 2018.
- كمال عزت، الوجيز في تصرفات المريض مرض الموت - دراسة فقهية قضائية معلقا عليها بآراء الفقهاء وأحدث أحكام محكمة النقض-، دار الفكر القانوني للنشر والتوزيع، طنطا، مصر، الطبعة 2، 2007.
- محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، دار الفكر العربي، القاهرة، 1963.
- محمد حسنين، الوجيز في عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة 5، 2006.
- محمد عبد الرحمان أحمد شوقي، إجازة العقد القابل للإبطال، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، كلية الحقوق جامعة المنصورة، مصر، 1983.
- محمد كامل مرسي، الوصية وتصرفات المريض مرض الموت في القانون المصري والقوانين الأجنبية، المطبعة العالمية، القاهرة، مصر، 1950.
- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني. تأليف كتاب الوصايا، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، (الإصدار 3، المجلد الجزء 8، صفحة 643)، 1997.
- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. تأليف النظريات الفقهية والعقود، دار الفكر، دمشق، سوريا، (الإصدار 2، المجلد الجزء 4، صفحة 910)، 1985.
- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. تأليف تنمة الأحوال الشخصية، الوصايا والوقف والميراث والفهرسة الألفبائية للمسائل الفقهية، دار الفكر، دمشق، سوريا، (الإصدار 2، المجلد الجزء 8، صفحة 744)، 1985.

ثانياً: الأطروحات والرسائل الجامعية:

- خالد سماحي، النظرية العامة لعقود التبرعات -دراسة مقارنة-. أطروحة دكتوراه (357 ص)، القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2013.

- ابتسام جليلي، تصرفات المريض في مرض الموت. رسالة ماجستير (122 ص)، جامعة الجزائر1، الجزائر، 2018.
- أمينة لرجم، تحول العقد. رسالة ماجستير (110 ص)، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، 2016.
- أندرو ميشيل يوسف حفييري، التصرفات القانونية الصادرة في مرض الموت وفق مجلة الأحكام العدلية- دراسة مقارنة- رسالة ماجستير (210 ص)، جامعة القدس، فلسطين، 2018.
- حازم اسماعيل عبد الرحمن جاد الله، التنازل عن الحق والرجوع عنه وأثره في الفروع الفقهية، رسالة ماجستير (162 ص)، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2016.
- رشاد السيد ابراهيم عامر، تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري مقارنا بالشريعة الإسلامية والقوانين الأخرى، رسالة ماجستير (203 ص)، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزائر، 1989.

ثالثاً: المقالات العلمية:

- إيمان معمري، مدى تأثير أهلية المريض مرض الموت على عقود التبرعات - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري-، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، المجلد 11، العدد01، ص ص650-679، 2020.
- جمال بوشنافة، الأثر المنشئ للشهر وأثره على العقد كأحد أهم أسباب كسب الملكية العقارية -دراسة تحليلية على ضوء التشريع والإجتهد القضائي الجزائري. دفاثر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، المجلد 03، العدد04، ص ص 110-136، 2011.
- خالد بن حمودة و علال طحطاح، الطبيعة القانونية لحق الورثة في مال مورثهم المريض مرض الموت، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، الجزائر، المجلد 07، العدد 01، ص ص 1325-1346، 2020.

- رقية مسعود بورعدة، "كوفيد-19" وتأثيره على الأمن القانوني، ملتقى دولي الأمن الإنساني في ظل التحديات العالمية المعاصرة، كلية العلوم القانونية الإقتصادية والإجتماعية، جامعة ابن زهر، أكادير، المغرب، 5 و6 جانفي 2021.
- زكية تشوار حميدو، موقف الإجتهد من بعض أحكام الهبة الناقلة للملكية العقارية في القانونين الجزائري والتونسي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والإقتصادية، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر، الجزائر، المجلد 46، العدد 03، ص ص 231-249، 2009.
- سري زيد الكيلاني، حجية إقرار المريض مرض الموت بالحق المالي في الفقه الإسلامي والقانون الأردني، دراسات-علوم الشريعة والقانون-الجامعة الأردنية، الأردن، المجلد 37، العدد 01، ص ص 22-49، 2010.
- سوهيلة حاج مخناش، إشكالات التبرع في مرض الموت. المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، المجلد 13، العدد 02، ص ص 224-249، 2018.
- عبد المغيث الحاكمي، دور القانون والقضاء في الحد من تأثير كورونا على العلاقات التعاقدية، مجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية، المغرب، العدد 17 (عدد خاص)، ص ص 34-50، 2020.
- عبد النور حمادي، مرض كوفيد-19، مقارنة قانونية مع النظام القانوني لتصرفات المريض مرض الموت. المجلة الجزائرية للقانون المقارن، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، المجلد 03، العدد 05، ص ص 30-36، 2020.
- عواطف زرارة، أهلية التقاضي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، المجلد 05، العدد 03، ص ص 264-274، 2012.
- فطيمة نساخ، أثر مرض الموت على عقد البيع، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والإقتصادية، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر، الجزائر، المجلد 57، العدد 01، ص ص 436-451، 2020.

- كمال صمامة، تصرفات المريض مرض الموت في الوصية بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري. العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، الجزائر، المجلد 10، العدد 01، ص ص 400-415، 2019.
- محمد جاد الحق إيداد، هبة المريض مرض الموت في مجلة الأحكام العدلية - دراسة تحليلية مقارنة-، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، الجامعة الإسلامية، غزة، المجلد 19، العدد 02، ص ص 515-544، 2011.
- نذير بن ناصر، إجازة الورثة لتصرفات المورث -دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والفقہ الإسلامي. مجلة الدراسات القانونية، جامعة يحيى فارس بالمدينة، الجزائر، المجلد 03، العدد 01، ص ص 303-315، 2017.

رابعاً: النصوص القانونية:

- أمر 66-156، يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، الموافق (08 جوان 1966)، الصادر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 49 الموافق (11 جوان 1966)، <https://www.joradp.dz/HAR/Index.htm> (تاريخ الإطلاع 28 سبتمبر 2020)، الجزائر، الأمانة العامة للحكومة .
- أمر 75-58، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الموافق (26 سبتمبر 1975)، الصادر في الجريدة الرسمية عدد 78 الموافق (30 سبتمبر 1975)، <https://www.joradp.dz/HAR/Index.htm> (تاريخ الإطلاع 28 سبتمبر 2020)، الجزائر، الأمانة العامة للحكومة.
- قانون 84-11، يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، الموافق (09 جوان 1984)، الصادر في الجريدة الرسمية عدد 24 الموافق (12 جوان 1984)، <https://www.joradp.dz/HAR/Index.htm> (تاريخ الإطلاع 28 جوان 2020). الجزائر، الأمانة العامة للحكومة.
- قانون 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الموافق (25 فيفري 2008)، الصادر في الجريدة الرسمية عدد 21، الموافق (23 أفريل 2008).

(تاريخ الإطلاع 28 جوان 2020). الجزائر، الأمانة العامة للحكومة. <https://www.joradp.dz/HAR/Index.htm>

خامساً: القرارات والأحكام القضائية:

- المحكمة العليا العرفة العقارية قرار. (17 05، 2006). ملف رقم 348247. 02(2006). الأبيار، الجزائر، مجلة المحكمة العليا.
- المحكمة العليا العرفة العقارية قرار. (14 11، 2012). ملف رقم 739034. 02(2013). الأبيار، الجزائر، مجلة المحكمة العليا.
- المحكمة العليا العرفة المدنية قرار. (09 07، 1991). ملف رقم 62156. 04 (1991). الأبيار، الجزائر، مجلة المحكمة العليا.
- المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية قرار. (09 07، 1984). ملف رقم 33719 . 03(1989). الأبيار، الجزائر، مجلة المحكمة العليا.
- المحكمة العليا غرفة شؤون الأسرة والمواريث قرار. (10 09، 2015). ملف رقم 0940782. الأبيار، الجزائر، مجلة المحكمة العليا.

سادساً: باللغة الأجنبية:

1. Conférences et revues scientifiques

- Ali Filali, bilinguisme et bi juridisme , *l'exemple du droit Algérien le bilinguisme juridique dans les pays du Maghreb*, colloque international, perpignan 2, 3 avril 2012. Université d'alger 1. ALGER. numéro spécial 02-2012, pp. 70-115. 2012.
- Pradel, J. *La condition civile du malade*, Revue internationale de droit comparé, PARIS, vol. 16 N°02, pp 458-461. 1964.

2. Textes juridiques :

- civil, C. (s.d.). Modifié par loi n°2007-308- art.9 (JORF 7 mars 2007 en vigueur le 1er janvier 2009). portant réforme de la protection juridique des majeurs (2020). REPUBLIQUE FRANCAISE: (Légifrance cité par <https://www.legifrance.gouv.fr> visité le 28 juin 2020).