الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة 20 اوت 1955

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مرض الموت وأثره على التصرفات التبرعية الواردة على العقار في التشريع الجزائري

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص : قانون الأسرة

من تقديم الطالب(ة) :

- مسعود دبيح فيروز

تحت إشراف الأستاذة:

- مايا دقايشية

لجنة المناقشة :

الإسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة
د. كيفاجي الضيف	أستاذ محاضر	رئيسا
الأستاذة مايا دقايشية	أستاذة مساعدة	مشرفا ومقررا
الأستاذة وسيلة مقيمح	أستاذة مساعدة	مناقشا

السنة 2020/2019

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهـداء

أهدي هذا العمـــل إلى أبي الغالي

و العائلة الكريمة وأساتذتي الأفاضل

شكـــــر وتقدير

أحمد الله عز وجل على منه و كرمه أن وفقني إلى إتمام البحث

وأسدي أسمى عبارات العرفان والشكر للأستاذة الفاضلة

مايا دقايشية

على مساندتها لي و توليها الإشراف على بحثي

ويسر لي المثول بين خيرة أساتذة

كلية الحقوق بجامعة 20/08/ 1955 بسكيكدة

الدكتور كيفاجي الضيف والأستاذة المتألقة مقيمح وسيلة

و أشكر كل من ساهم في مساعدتي على إنجاز هذا العمل

لكم مني أساتذتي كل الحب و التقدير، أدام الله عطائكم

"

قائمة المختصرات :

-(د م ن): دون مكان نشر.
-(د ت ن): دون تاريخ نشر.
-(د ط): دون طبعة.
-(ط): طبعة.
-(ج): جزء.
_(ج ر): جريدة رسمية.

مـــــقـــــدمـــــــة

التعريف بالموضوع وأهميته:

حب التملك فطرة بشرية جبل عليها الإنسان تدفعه للسعي إلى كسب المال و تعزيز ذمته المالية، وتحتل الملكية العقارية هرم غاياته لما تتميز به من ثبات و تحققه من ائتمان، لذلك فالإنسان في حركة دائمة لإثراء المعاملات المالية المبنية على التصرفات القانونية التي أساسها الإرادة، انطلاقا من كونه حر في التصرف في ما يملكه أيا كان طبيعة التصرف وفي أي صورة كانت، غير أنه قد تعتريه حالات طارئة أو عوامل طبيعية تؤثر فيه، كمرض الموت الذي يجعله يقوم بتصرفات ناقلة للملكية بعوض أو على وجه التبرع غالبا، بدافع الإحساس بدنو أجله فيزهد في الحياة ويقبل على التصدق ابتغاء الأجر وقربة لله تعالى أو مكافأة أجنبي أو مأثرة وارث قد يكون ساهم في تكوين ثروته.

لذلك تبنى التشريع الجزائري تنظيم العلاقات المالية بتكريس حرية التصرف في الملكية الفردية وتقييدها دون حظرها، مظنة الإضرار بالخلف العام و حق الدائنين، مستمدا توجهه من الشريعة الإسلامية، حيث تولى الشارع الحكيم تبيين أحكام الميراث التي تنظم الخلافة الإجبارية في التركة بمجرد الوفاة، فلا يسوغ لأحد مخالفتها حتى ولو كان المورث نفسه لأنها من النظام العام، وقد جعل حق الدائنين مقدم عليها وأولى بالوفاء.

فمرض الموت نظرية شرعية تنذر بوفاة الفرد ويترتب عليها حقوق الدائنين والورثة الذين يترصدون تصرفات المريض مرض الموت ومن في حكمه لتعلق حقوقهم بالتركة منذ مرضه، فأجازها التشريع الجزائري تحقيقا للموازنة بين رغبة المورث ومصلحة الدائنين وخلفه العام، وخصها بأحكام تمتاز بالعمومية وتفتقد للدقة والتفصيل، فخلفت تباينا في الممارسة التطبيقية والقضائية زاد في النزاعات بين الورثة والغير بعد موت المتبرع .

وجلي للبيان صلة مرض الموت بحياة الفرد الشخصية والاجتماعية فأي شخص معرض له يقدم على تصرفات تبرعية لملكيته العقارية قد يجهل آثارها، فتكون صحيحة حال حياته منشأة لمراكز قانونية وتبطل بعد وفاته لعلة مرض الموت مخلفة آثارا يصعب تلافيها قد تمتد حتى إلى ارتكاب الجرائم، لذلك كان أساس تقييد تصرفات المريض مرض الموت أن لا يمنع الأجر ولا يضار ذوي المصلحة.

ومن الأهمية ضبط مفهوم هذا النظام وعدم دمجه مع الأهلية كما يتصور الكثيرين وحتى العاملين في المجال القانوني، وتوضيح مايكتنفه من غموض لضمان استقرار المعاملات الواردة على الملكية العقارية.

أسباب اختيار الموضوع:

إن الدوافع التي قادتني إلى اختيار موضوع مرض الموت وأثره على التصرفات التبرعية الواردة على العقار في التشريع الجزائري متنوعة بين الذاتية والموضوعية يأتي بيانها أدناه:

الدوافع الشخصية:

- إثارة حسي البحثي لارتباطه بالمعاملات المالية التي محلها الملكية العقارية وهي مجال العمل التوثيقي الذي يشكل تخصصي الأكاديمي والمهني.
- إثراء الموضوع بإضفاء الجانب العملي و التطبيقي على الإطار المفاهيمي ومحاولة الإلمام بجزئياته وتحديد آثاره القانونية في الممارسة القضائية.

الدوافع الموضوعية:

- نقص الإلمام بأحكام تصرفات المريض مرض الموت عن الممارسين في الميدان القانوني.
- قلة البحوث العلمية الأكاديمية المتخصصة في الموضوع، والذي تحكمه عدة قوانين كقانون الأسرة وقانون الأوقاف، القانون المدني، والتشريعات العقارية المختلفة غير المقننة في مدونة واحدة.
- صعوبة معرفة حالات مرض الموت وتأثيرها على حالة الشخص النفسية والاجتماعية وما يترتب على ذلك من آثار قانونية.
- تعدي أثار تصرفات المريض مرض الموت إلى الغير، ونشرح الأهمية في بيان ذلك في البحث.

إشكالية الموضوع:

يبتغي البحث الإجابة على الإشكالية الأساسية الآتية:

ما مدى نفاذ التصرفات التبرعية الواردة على العقار للمريض مرض الموت في التشريع الجزائري؟

وللإجابة عليها نجزّء التساؤل إلى الإشكالات الفرعية الآتية:

ما هو مرض الموت، وما هي شروطه وصوره؟.

كيف يثبت مرض الموت وما هي أسس تقييد التصرفات التبرعية عند ثبوته؟.

ما مدى تقييد التبرع بالعقار في مرض الموت أو بطلانه؟.

المنهج المتبع:

للإجابة عن الإشكالية المبرزة سابقا، وقصد الوصول إلى الأهداف المرجوة ، اقتضت مني الدراسة سلوك المناهج الآتية :

- المنهج الاستقرائي: وذلك باستقراء ما جاد به الفقه الشرعي، و تقصي النصوص القانونية و الاجتهاد القضائي.

- المنهج الوصفي و التحليلي: وذلك ببيان الرأي الفقهي وتحليل النصوص القانونية على ضوء الأحكام القضائية.

- المنهج المقارن: تمثل في المقارنة بين الفقه الشرعي والمنظور القانوني من نصوص وأحكام قضائية.

أهداف الدراسة:

تهدف دراسة مرض الموت وأثره على التصرفات التبرعية الواردة على العقار في التشريع الجزائري إلى جملة من الغايات تشمل ما يلي:

- تسليط الضوء على المفهوم الصحيح لمرض الموت ورفع اللبس عنه وتمييزه عن المفاهيم المشابهة لتلافي نقض التصرفات التبرعية لمريض مرض الموت.
- بيان مدى صحة تبرع المريض مرض الموت ونفاذها بعد وفاته.
- التأكيد على أن التبرع بالملكية العقارية في مرض الموت غير منحصر في أحكام قانون الأسرة والقانون المدني وقانون الأوقاف بل يتعداه إلى التشريعات العقارية.
- إظهار الثغرات التي تشوب النصوص القانونية المنظمة لتبرعات المريض مرض الموت.
- بيان الجانب العملي و التطبيقي للموضوع من خلال الممارسة التوثيقية والعمل القضائي.

الدراسات السابقة:

عني موضوع البحث بأهمية من طرف الباحثين، ومن الدراسات السابقة التي مهدت لي طريق البحث والمعتمد عليها، منها الفقهية ومنها القانونية المعززة بالاجتهاد القضائي أذكر أهمها:

_ أ.د وهبة الزحيلي، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، ، ط2، دار الفكر العربي، سوريا، 1998.

شمل هذا الكتاب أحكم تبرعات المريض مرض الموت في الوصية والوقف من المنظور الشرعي باستقصاء أراء المذاهب الفقهية مع الإشارة إلى القانون المدني المصري والسوري، وقد أفادني في معرفة نظرية مرض الموت الشرعية و تأثيرها على الموصي والواقف في أمواله بصفة عامة، ومع هذا اقتضى البحث اللجوء إلى الكتب القانونية المتخصصة في التبرعات بالملكية العقارية.

_د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني العقود التي تقع على الملكية البيع و المقايضة، ج 4، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، والوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود التي تقع على الملكية الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، ج 5، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.

أسهب الفقيه د.عبد الرزاق السنهوري رحمة الله عليه في بيان التصرفات الناقلة للملكية في مرض الموت من الناحية القانونية وتعرض للهبة مستدلا بالأحكام القضائية والقوانين المقارنة والمذكرات الإيضاحية للقانون المدني المصري التي أفادتني في تحديد نطاق مرض الموت من حيث تكييف تبرعات المريض مرض الموت وآثارها القانونية، غير أن الموضوع استلزم البحث في المراجع الخاصة بالتشريع الجزائري .

_ د. محمد بن أحمد تقية، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003.

مكنني كتاب الدكتور محمد بن أحمد تقية من الولوج في أحكام الهبة في الفقه الشرعي والقوانين الوضعية مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، وقد استندت عليه في الجزء المخصص بالهبة و تكييف إرادة المريض مرض الموت في قانون الأسرة، ورغم غنى الكتاب بالمعلومات حول الهبة فإن الإحاطة بموضوع البحث تستدعي التعرض لأثار هبة العقار في مرض الموت من الناحية العملية و في الممارسة القضائية.

_حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، د ط، دار هومة، الجزائر، 2014.

عمر حمدي باشا، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا ومحكمة التنازع، ط15، دار هومة، الجزائر، 2017.

ساهم القاضي حمدي باشا عمر من خلال كتاب عقود التبرعات في تبيين أحكام الهبة والوصية والوقف وتعرض لها في مرض الموت معززا بالاجتهاد القضائي و مبرزا الإشكالات التي تثيرها في الحياة العملية أما كتاب القضاء العقاري الذي بين مسار الاجتهاد القضائي في التبرعات بالملكية العقارية في مرض الموت فقد استندت عليه في بيان موقف القضاء من مرض الموت مقارنة بإطاره في الفقه الشرعي.

_ عبد العزيز محمودي، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري التصرف في مرض الموت مع الاحتفاظ بالحيازة والمنفعة مدعم بتطبيقات قضائية، د ط، قصر الكتاب، الجزائر، 2006.

تناول الكتاب التصرفات في مرض الموت واستدل بأحكام قضائية للمحاكم الجزائرية ومحكمة النقض المصرية، واستندت عليه في بيان مخالفة المريض مرض الموت لأحكام الميراث وشروط اعتبار التصرفات تبرعية وكذلك أحكام الهبة الغير تامة التي تكون باحتفاظ الواهب بحق الانتفاع والتخلي عن ملك الرقبة إضافة لأحكام الوصية، غير أن الموضوع يبتغي توضيح الإجراءات العملية للتبرع بالملكية العقارية في مرض الموت.

_ جليلي ابتسام، تصرفات المريض في مرض الموت، مذكرة ماجستير تخصص عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر 1، سنة 2017-2018.

تناولت هذه المذكرة تصرفات المريض مرض الموت الشخصية والمالية في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية اعتمدت عليها في دراسة مفهوم مرض الموت و صوره، و مع هذا اقتضى البحث دراسة التصرفات التبرعية بتفصيل أوفى.

_ فطيمة نساخ، أثر مرض الموت على عقد البيع، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية و الاقتصادية، المجلد: 56، العدد:03، السنة 2020.

عالج المقال أحكام البيع في مرض الموت في القانون المدني مقارنة بالشريعة الإسلامية استندت عليه في دراسة مرض الموت في التشريع الجزائري بين قانون الأسرة والقانون المدني وتأثيره على إرادة المتصرف وابتغى الموضوع الرجوع إلى المراجع المتخصصة في التبرعات في مرض الموت.

_ دريسي نور الهدى، مقال وقف المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، د ت ن، الجزائر.

تناول المقال وقف المريض مرض الموت من المنظور الشرعي و التشريع الجزائري، و مكنني من معرفة مدى توافق النصوص القانونية المنظمة للوقف في مرض الموت مع الشريعة الإسلامية، غير أنه تناول الوقف من الناحية الأكاديمية ولم يتعرض للجانب الإجرائي وإشكالاته العملية.

إضافة لمراجع أخرى جادت بها أقلام من سبقونا في دراسة الموضوع وكان لكل مرجع جانبا في خدمة الموضوع، وتبقى الإحاطة بأثر تبرع المريض مرض الموت بملكيته العقارية موضوع تتجاذبه قوانين عدة، يستدعي البحث والتقصي للإمام بأحكامه.

صعوبات الدراسة:

_ نقص المراجع المتخصصة الملمة بجزئيات الموضوع.

_ تبعثر النصوص القانونية التي تحكم الموضوع خاصة العقارية بسبب عدم تقنينها في مدونة واحدة.

_يشمل الموضوع التصرفات التبرعية للملكية العقارية لمريض مرض الموت بكل تفاصيله وكل جزئية تستدعي الدراسة المستوفية، غير أن عامل الوقت كان له خصوصية شديدة بسبب جائحة كورونا والتي أغلقت بسببها معظم المكتبات الوطنية مما اضطرني للتركيز والاستعانة بالبحوث الإلكترونية.

الخطـــة:

قسمنا موضوع مرض الموت وأثره على التصرفات التبرعية الواردة على العقار في التشريع الجزائري، إلى فصلين، يتناول الفصل الأول الإطار المفاهيمي لمرض الموت من خلال مبحثين.

يعالج المبحث الأول: مفهوم مرض الموت وقد حوى مطبين، الأول تعريف مرض الموت وشروطه، والمطلب الثاني يخص صور مرض الموت والملحقون به وعلة الحماية القانونية لتصرفات المريض مرض الموت.

أما المبحث الثاني: فقد عالج تكييف مرض الموت وإثباته وتم تقسيمه إلى مطلبين، عني المطلب الأول بالتكييف الشرعي والتكييف القانوني والمطلب الثاني بعبء الإثبات في مرض الموت وطرق إثباته.

أما الفصل الثاني: فقد تناول أحكام التصرفات التبرعية بالعقار في مرض الموت، وتم تقسيمه إلى مبحثين، خصص المبحث الأول لدراسة أحكام التبرعات المنشأة بالإرادة المنفردة وتم تقسيمه إلى مطلبين،

يعالج المطلب الأول حكم الوصية بالعقار في مرض الموت وإجراءاتها وآثارها، أما المطلب الثاني يخص حكم وقف العقار في مرض الموت وإجراءاته وآثاره.

أما المبحث الثاني فيعالج حكم هبة العقار في مرض الموت وإجراءاتها وآثارها وقد حوى ثلاث مطالب: المطلب الأول تناول القواعد العامة للهبة من تعريف وأركان وشروط صحة، أما المطلب الثاني فخص صور الهبة في مرض الموت، وتم تناول إجراءات الهبة وآثارها في المطلب الثالث.

واختتم البحث بخاتمة تحوي أهم النتائج والتوصيات المتوصل إليها.

الفصل الأول:

الإطار المفاهيمي لمرض الموت

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لمرض الموت

مرض الموت من المواضيع المتعلقة بالحالة الشخصية للإنسان ويمتد إلى حالته المالية، فتصبح محل اعتبار لدى خلفه العام والخاص فيترقبون تصرفاته التي تنبأ عن ضعف ذمته المالية وتهدد خلافتهم له، لكن لا يمكن القول بأن أي سقم يصيب الشخص مرض موت، فهو يتميز بشروط ويخضع لقواعد إثبات تكفل الحماية القانونية لذوي المصلحة، ولتوضيح هذا نقسم الفصل إلى مبحثين نعالج فيهما:

المبحث الأول: مفهوم مرض الموت.

المبحث الثاني: إثبات مرض الموت.

المبحث الأول: مفهوم مرض الموت

يصيب الإنسان أثناء حياته فترات مرض قد يتعافى منه وقد يشتد فيؤدي إلى موته، والمرض المقصود بالدراسة هو ذلك الذي يفتك بصاحبه و ينهي حياته، ولتمييزه عن المرض المعتاد نبحث في معناه من خلال هذا المبحث المقسم إلى ثلاث مطالب، يعنى المطلب الأول بتعريف مرض الموت مع بيان شروطه، ثم نتعرف على حالات الأصحاء الذين تلحق تصرفاتهم بتصرفات مرضى الموت و أساس الحماية القانونية لتصرفات مريض الموت في المطلب الثاني، لننتهي في المطلب الثالث بالوقوف على تكييف مرض الموت وإثباته.

المطلب الأول: تعريف مرض الموت وشروطه

إن دراسة مرض الموت تستدعي البحث في مدلوله وشروطه لتحديد نطاقه وأحكامه، فنتناوله في فرعين أستعرض في الفرع الأول معناه اللغوي و الاصطلاحي، ثم نعالج شروطه في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف مرض الموت

لتحديد مرض الموت أتناول معناه اللغوي ثم الاصطلاحي.

الفقرة 1: تعريف مرض الموت لغة

مرض الموت مصطلح مركب يتكون من كلمتين مرض وموت لذلك أتولى تعريف كل كلمة على حدة على النحو الآتي:

المرض: له معاني كثيرة نكتفي بذكر أهمها وهو(السقم أي نقيض الصحة)[1]، وعرفه البعض بأنه(إظلام الطبيعة واضطرابها بعد صفائها واعتدالها)[2]، وفي مواضع أخرى عرف أنه (مرض القلب بأنه فتورعن الحق، وفي العين فتور النظر وفي الأبدان فتور الأعضاء)[3].

أما الموت: فهو(زوال الحياة عن كل كائن حي)[4]،كما يطلق الموت على السكون عند العرب[5].

ويعرف مرض الموت بأنه(العلة التي تصيب الإنسان فتغير صحته بعد اعتدالها وتؤدي إلى زوال حياته لأنه لا علاج له).[6]

---

(1) إبراهيم مصطفى وأحمد حسن الزيات وآخرون، **المعجم الوسيط**، ج 2، د ط، مطبعة مصر، د س ن، 1960، ص 170.
(2)مجمع اللغة العربية، **المعجم الوسيط**، ج2، د ط، دار الدعوة، القاهرة، د س ن، ص 863.
(3)ابن منظور، **لسان العرب**، ج7، ط3، دار المعارف، بيروت، 1414هـ، ص232.
(4) ابن فارس، **معجم مقاييس اللغة**، ج5، د ط، دار الفكر، د م ن، 1979، ص 105.
(5)ابن منظور، **لسان العرب**، ج2، د ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1999، ص92.
(6) معجم المعاني الجامع،www.almaany.com ،(تاريخ الدخول يوم 2020/03/19 الساعة الثانية).

الفقرة 2: التعريف الاصطلاحي لمرض الموت

يشمل تعريف مرض الموت اصطلاحا دراسته من زاويتين، الأولى نورد فيها إسهامات الفقهاء المسلمين في الموضوع، ثم ننتقل في الفقرة الثانية إلى تعريفه قانونا.

أولا: تعريف الفقه الشرعي لمرض الموت

أسهب فقهاء المسلمين في تعريف مرض الموت واختلفوا في العلامات الدالة عليه، وفرقوا بينه وبين الأمراض الأخرى بيانا لأهميته وخطورة التصرفات الناتجة عنه، وعليه نستعرض بعض التعاريف بدئا من:

1/ تعريف الفقه الحنفي:

عرف الحنفية مرض الموت بأنه (المرض الذي يخاف منه الهلاك ويتصل بالموت ولو وقع الموت لسبب آخر غير المرض، وأن يكون صاحب فراش قد أضناه المرض، فأما الذي يجيء ويذهب في حوائجه فليس بمريض)[1]، وأضافوا أن (حدّ مرض الموت الذي يصير الزوج بالطلاق فيه فارّا ولا يصح من المريض تبرعا)[2]، و جاء في المادة 1595 من مجلة الأحكام العدلية للفقه الحنفي أن (مرض الموت هو المرض الذي يعجز المريض فيه عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره إن كان من الذكور، و يعجز عن رؤية المصالح الداخلة في داره إن كان من الإناث، والذي يكون فيه خوف الموت في الأكثر ويموت وهو على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء كان ملازما للفراش أو لم يكن وإذا امتد مرضه وكان دائما على واحد ومضى عليه سنة يكون في حكم الصحيح وتكون تصرفانه كتصرفات الصحيح مالم يشتد مرضه ويتغير حاله أما إذا اشتد مرضه وتغير حاله وتوفي قبل مضي سنة فيعد مرضه اعتبار من وقت التغيير إلى الوفاة مرض موت)[3].

2/ تعريف الفقه المالكي:

ذهب المالكية إلى القول بأن مرض الموت هو(المرض المخوف الذي حكم الطب بكثرة الموت به أي بسببه أو منه ولو لم يغلب، بحيث يكون الموت منه شهيرا ولا يتعجب منه)[4].

3/ تعريف الفقه الشافعي:

اعتبر الشافعية مرض الموت هو(كل مرض كان الأغلب فيه الموت[5]، وأنه كل ما يستعد بسببه للموت

(1) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب البدائع**، ج3، ط1، مطبعة الجمالية، القاهرة، 1910، ص224.
(2) برهان الدين البخاري الحنفي، **المحيط البرهاني في الفقه النعماني**، ج3، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2004، ص 412.
(3) مجموعة من العلماء، **مجلة الأحكام العدلية**، د ط، نور محمد، كارخانه تجارت كتب، آرام باغ، كراتشي، د ت ن، ص314.
(4) محمد الدسوقي المالكي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، ج3، د ط، دار الفكر العربي، د ت ن، ص306.
(5) أبو حامد الغزالي، **الوسيط في المذهب**، ج 4، ط1، دار السلام، القاهرة، 1410 هـ، ص421.

بالإقبال على العمل الصالح[1]).

4/ تعريف الفقه الحنبلي:

عرف الحنابلة مرض الموت بأنه(المرض الذي يكثر حصول الموت منه واتصل به، وليس المراد بالكثرة أن يغلب على الظن الموت منه، وإنما يكفي أن يتساوى في الظن جانب البقاء والموت بسببه...و ما أشكل من الأمراض يرجع فيه إلى قول أهل المعرفة من الأطباء، ولا يقبل إلا قول طبيبين مسلمين ثقتين بالغين، لأن ذلك يتعلق به حق الوارث وأهل العطايا)[2].

وهناك تعاريف أخرى ذكرها الفقهاء المعاصرون، منها أن المريض مرض الموت هو من لا يقدر على أداء الصلاة قائما، أو أنه من لا يقدر على المشي إلا أن يتحاذى بين اثنين، ومن القائل أن علامته أن لا يخطو الشخص ثلاث خطوات من غير أن يستعين بغيره، وقيل من يزداد مرضه، وآخرين قالوا أن مرض الموت ما يغلب فيه الهلاك ويعقبه الموت فعلا[3].

نلاحظ مما عرض من التعاريف أن فقهاء المسلمين اتفقوا على أن مرض الموت هو المرض المخوف الذي يغلب فيه الهلاك ويتصل به الموت، و تباينت آرائهم حول أماراته المادية وأكدوا على ضرورة تحقق شرطين لاعتبار المرض مرض موت يأتي تفصيلها على النحو الآتي:

1/غلبة الهلاك في المرض:

اشترط فقهاء المسلمين في مرض الموت أن يكون مخوفا و يغلب فيه الهلاك، فلوأصيب الشخص بأنفلونزا أو مرض في جهازه التناسلي أو الهضمي وأدى به إلى الوفاة لا يعد مرض موت لأنها أمراض غير مخوفة يغلب فيها الشفاء[4]، ويرجع تقدير غلبة الهلاك إلى رأي الأطباء، ومن هذه الأمراض السرطان، خاصة سرطان الرئة والكبد والبنكرياس، ومرض فقدان المناعة المكتسبة، كما تعد الجلطة الدماغية التي تصيب الأشخاص أقل من 40 من الأمراض التي يغلب فيها الهلاك[5].

2/اتصال المرض بالموت:

يجب أن ينتهي المرض المخوف بالموت يعقبها ولا يفصل بينهما فترة صحة سواء كان الموت بسبب المرض أو بسبب آخر[6]، هذا وتعتبر الأمراض الممتدة من أمراض الموت إذ تبدأ بسيطة غير مخوفة ثم

---

(1)أبو اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف بن فيروز ابادي الشيرازي، **المهذب في فقه الإمام الشافعي**، ج1، ط2، مطبعة دار المعرفة، بيروت، 1959، ص 460.

(2) موفق الدين ابن قدامة، **المغني**، ج 6، د ط، مطبعة الإمام، مصر، د س ن، ص507.

(3) رشاد السيد ابراهيم عامر، **تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري مقارنة بالشريعة الإسلامية والقوانين الأخرى**، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، 1989، ص 32.

(4)أ.د محد يوسف الزعبي، **العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني**، د ط، مكتبة دار الثقافة، عمان، 2004، ص 504.

(5) سليمان مرقس، **شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد البيع**، ط 4، عالم الكتب، القاهرة، 1980، ص563.

(6) زهدور محمد، **الوصية في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية**، د ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991، ص 131.

تشتد وتتفاقم فيغلب على الشخص بسببها خوف الموت، فلا يعد إصابة الشخص بمرض يقعده عن إتيان حوائجه المعتادة ثم يشفى منه مرض موت، وعليه فإن تصرفه يكون صحيح لصدوره من شخص صحيح، ولو كان الواقع أن المريض لم يبرمه إلا لاعتقاده بدنو أجله، فلا يجوز لورثته الطعن فيه لصدوره من مريض موت، لكن يجوز لمن صدر منه التصرف الطعن فيه بالغلط في الباعث، بأن يثبت بأنه تصرف معتقدا أنه في مرض الموت[1].

أما عن تحديد مدة المرض فقد اختلف الفقهاء حولها، فمنهم من يرى أن لا عبرة بتحديد المدة، في حين رجح الحنفية ومن حدا حدوهم تحديد المرض بسنة للدقة، إذ يجب أن يموت الشخص قبل سنة من تاريخ عجزه عن القيام بأعماله المعتادة إذا لم يتزايد المرض، فإن كان يتزايد فهو مرض موت ولو استمر سنين كثيرة[2]، ومنه استمدت مجلة الأحكام العدلية أحكامها في المادة 1595 التي جاء فيها(لو اشتد المرض بعد سنة وساءت حالة المريض حتى أصبحت تنذر بدنو أجله واستمر المرض في الاشتداد حتى انتهى بالموت فعلا فإنه يعتبر مرض موت من الوقت الذي اشتد فيه)[3] ، بمعنى إذا امتد مرض الإنسان لأكثر من سنة وكان متفاقما فإنه يعد مرض الموت إذا انتهى بالوفاة من وقت تفاقمه.

و يعتبر غلبة الهلاك وانتهاء المرض بالموت شرطين اتفق فقهاء المسلمين باختلاف مذاهبهم على توافرهما لتحقق مرض الموت، ومنهم من أضاف شرط ثالث هو عجز الإنسان عن إتيان مصالحه، كالحنفية في مجلة الأحكام العدلية[4] وحتى بعض التشريعات العربية الحديثة كالتشريع الأردني[5]، وذهب رأى آخر إلى أن شرط غلبة الهلاك يغني عن قعود المريض عن إتيان مصالحه واعتبروها أمارة مادية تظهر فيها غلبة خوف الموت لدى المريض وتغني عنها أي علامة أخرى تنبئ عن هذا الشعور[6]دون حاجة لاشتراطه بصفة مستقلة.

ونخلص مما تقدم أن التعريفات التي ذكرها فقهاء المسلمين لمرض الموت متقاربة المعنى وإن تباينت في الأمارات المادية فإنها تتفق على أنه المرض المخيف الذي يغلب الهلاك فيه ويجر حتما إلى الموت.

---

(1) د.عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني العقود التي تقع على الملكية البيع و المقايضة**، ج 4، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص318.* عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود التي تقع على الملكية الهبة و الشركة والقرض والدخل الدائم والصلح**، ج 5، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 109.

(2) أ.د وهبة الزحيلي، **الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي**، ط2، دار الفكر العربي، سوريا، 1998، ص 129.

(3) مجموعة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص314.

(4) د. إياد محمد جاد الحق، **هبة المريض مرض الموت في مجلة الأحكام العدلية** دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الجامعة الإسلامية، كلية الحقوق، فلسطين، مجلد19، 2011، عدد2، ص515.

(5)تنص المادة 543 من القانون المدني الأردني على". مرض الموت هو المرض الذي يعجز فيه الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة ويغلب فيه الهلاك ويموت على تلك الحالة قبل مرور سنة، فإن امتد مرضه وهو على حالة واحدة دون ازدياد سنة أو أكثر تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح"، يراجع أ.د محد يوسف الزعبي، مرجع سابق، ص 503

(6) د. إياد محمد جاد الحق، مقال سابق، ص 524.

الفقرة 2: تعريف مرض الموت في الاصطلاح القانوني

لم يختلف الفقهاء المعاصرون عن سلفهم في تعريف مرض الموت، حيث ذكروا بأنه(المرض الذي يكون من شأنه خلق الشعور باليأس من الحياة ودنو الأجل ويموت المريض على تلك الحال بسبب المرض أو غيره من الأسباب)[1]، وقالوا فيه كذلك (يكون الشخص في حال يغلب فيها الهلاك ويتوقعه وتكون تصرفاته لخوف الموت المترقب المرصود)[2]، واعتبروا أن العجز بسبب المرض يكون بتوقف الإنسان عن القيام بواجباته اليومية، كتوقف الزوجة عن ممارسة أعمالها المنزلية المعتادة، أما العاجز عن مباشرة الشاق من الأعمال في مهنته بسبب المرض إذا كان محترفا حرفة شاقة لا يستطيع مباشرتها إلا وهو في كامل عافيته، يعتبر صحيحا[3].

وعد رأي آخر أصحاب الحرف في مرض الموت إذا توقفوا عن ممارسة مهنهم وامتد بهم المرض إلى أقل من سنة انتهت إلى وفاتهم إذا توافرت سائر الشروط الأخرى، أما توقف الشخص عن ممارسة نشاطات ثانوية كالرياضة أو غيرها لا يعد عجز طالما ظل يمارس عمله الأساسي[4].

أما التشريع الجزائري فقد سلك منحى بعض التشريعات التي لم تعرف مرض الموت تكريسا لخاصيتي العمومية والتجريد التي تتسم بها القاعدة القانونية، تاركا مهمة ذلك للقضاء والفقه، واكتفى بذكر حكم تصرفات مريض الموت في القانون المدني[5] في الباب السابع الخاص بالعقود المتعلقة بالملكية بالفصل الأول المتعلق بعقد البيع في القسم الثاني الخاص بأنواع البيوع، في البند الرابع بعنوان "البيع في مرض الموت" من خلال المادتين 408 و409، وورد كذلك في الكتاب الثالث، بالفصل الثاني بعنوان طرق اكتساب الملكية بالقسم الثاني الخاص بالوصية من خلال المادتين 776 و777.

أما قانون الأسرة[6] فقد ذكر مرض الموت بالمادة 44 الخاصة بالنسب وفي المادة 204 الخاصة بالهبة في الفصل الثاني من الكتاب الرابع المتعلق بالتبرعات، و كذلك في الفصل الثالث الخاص بالوقف، من خلال المادة 215 التي أحالت على أحكام المادة 204 منه، كما ذكر في القانون الخاص بالأوقاف[7].

---

(1) د. إياد محمد جاد الحق، مقال سابق، ص 524.

(2)الإمام محمد أبو الزهرة، **الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية**، د ط، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976، ص299.

(3) د.عبد الرزاق السنهوري،(البيع والمقايضة)، ج 4، مرجع سابق، ص315.

(4) أ.د محد يوسف الزعبي، مرجع سابق، ص 504.

(5) الأمر75-58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني، ج ر78، سنة 1975، المعدل و المتمم بالقانون 07-05 المؤرخ في 2007/05/13، ج ر عدد31 لسنة 2007.

(6) القانون رقم 84-11 الصادر في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة، ج ر24، سنة 1984 المتمم والمعدل بالأمر 05-02 الصادر في 2005/02/27، ج رعدد 15 لسنة 2005، الموافق عليه بالقانون 05-09 المؤرخ في 2005/05/04، ج ر عدد 43 لسنة 2005.

(7) قانون الأوقاف 91-10، مؤرخ في 1991/04/27، ج ر عدد 21، سنة 1991، المعدل بالقانون01-07 مؤرخ في 2001/05/22، ج ر عدد رقم 29، سنة 2001، والقانون02-10 مؤرخ في 2002/12/14، ج ر عدد 83 لسنة 2002.

وفي غياب النص القانوني اجتهد القضاء الجزائري في تعريف مرض الموت معتمدا على مبادئ الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الرسمي الثاني لحكم القاضي طبقا للفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني التي نصت على(وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية). وأحكام المادة 222 من قانون الأسرة التي قضت بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد نص بشأنه.

وقد نتج عن الفراغ التشريعي اختلاف بين القرارات القضائية بمختلف مستوياتها، نذكر أهمها القرار رقم 33179 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا في1984/07/09 الذي جاء في حيثياته "من المقرر شرعا أن *مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا ويجر إلى الموت، وبه يفقد المتصرف وعيه، وتمييزه*، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقواعد الفقهية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي السائد بشأن هذا الخصوص." [1]

ويستشف من هذا القرار أن مرض الموت هو المرض الأخير إذا كان خطيرا، مميتا ويفقد التمييز، وقد ركز قضاة المحكمة العليا على شرطي غلبة الهلاك وانتهاء المرض بالموت، ولم يذكروا عجز المريض عن إتيان حوائجه، وأضافوا فقدان التمييز والوعي شرطا لاستكمال تحقق مرض الموت.

ثم صدر القرار رقم 85260 بتاريخ 1992/10/27 الذي ورد فيه "...إن قضاة الموضوع سلكوا سلوكا غريبا بقولهم أن *الواهبة كانت صحيحة بكامل قواها العقلية والجسمية* بدليل أنها انتقلت إلى مكتب التوثيق بنفسها ولو كانت تعاني من مرض عضال(سرطان) وخطير لم يمنعها ذلك من التحرك بدليل تنقلها للعلاج بين الجزائر وتونس ..."[2] .

وعرف القرار الصادر في 1996/09/24 مرض الموت"... حيث أن *المرض الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا، ويجر إلى الموت و به يفقد المتصرف وعيه وتمييزه*"[3].

كما جاء في حيثيات القرار الصدر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث رقم 237858 صادر في 2000/02/22 ".. عندما تصرف والدهم المرحوم بإجراء عقد الهبة لصالح المطعون ضدها كان في حالة مرض الموت، وذلك بصحة شهادة الشهود، كما أن النصوص الفقهية نصت على *أن مرض الموت هو المرض الذي يغلب فيه موت المريض ويعجز هذا الأخير على رؤية مصالحه في إجراء أي تصرف*".[4]

---

(1) المجلة القضائية، سنة 1989، عدد3، ص51.

(2) مشار إليه ب: د.محمد بن أحمد تقية، **دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن**، ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003، ص 116* جليلي ابتسام، **تصرفات المريض في مرض الموت**، مذكرة ماجستير تخصص عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر1، سنة 2017-2018، ص 21.

(3) مشار إليه بالمذكرة نفسها، ص21.

(4) مشار إليه بالمذكرة نفسها، ص 21.

وقضت غرفة الأحوال الشخصية والمواريث للمحكمة العليا في القرار رقم 256869 ،المؤرخ في 2001/02/21، بأن " ...أن الموكل كان حين عقد الهبة *مريضا بالسرطان كما هو ثابت من المستندات وهو مرض يغلب فيه الهلاك* وقد دخل المستشفى في 1996/12/23، وقد لازمه المرض حتى مات به في 1997/08/17 ولما كان ذلك فإن الموكل لا يستطيع أن يؤدي بنفسه العمل الذي وكل فيه، *متى كان غيرسليم العقل وقت مباشرة العقد لذلك لا تصح الوكالة حتى وإن كان سليم العقل وقت تحريرها، لذلك تعتبر الهبة باطلة* "[1].

أما القرار رقم 237858 المؤرخ في2001/04/18 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث للمحكمة العليا، تضمن"...بينما عقد الهبة المحرر لفائدة المدعى عليهم في الطعن، تم يوم 1996/09/12 *قبل وفاة الواهبة بشهر واحد و ثلاث وعشرين يوم عن عمر يناهز 90 عاما، وهي حالة مرض أنهك قواها وأقعدها وأثر على مداركها العقلية، وأدى إلى وفاتها وتحققت بذلك علاقة السببية بين المرض والموت*".[2]

و من خلال القرارات المذكورة يتضح أن المحكمة العليا ربطت المرض العضوي للشخص بسلامة قدراته العقلية و لم تكتف بواقعة الوفاة بعد المرض العضوي، وهو المسلك الذي يجعل التساؤل يتبادر هل يشترط في مرض الموت فقدان المريض للتمييز والوعي ؟

وللجواب على هذا التساؤل أستقرأ وأتتبع القرارات القضائية الآتية، حيث صدر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا قرار رقم 283817 مؤرخ في 2004/07/21 عرف مرض الموت" ... حيث أنه من المتفق عليه فقها وقضاء *أن مرض الموت هو الذي يغلب فيه الهلاك ويتصل به الموت فعلا* وأنه لذلك يشترط القول أن يكون *الشخص قد أبرم التصرف وهو يعاني من مرض يؤدي في الغالب إلى الموت، وأن يتصل الموت بالمرض بحيث لا تفصل بين المرض والوفاة فترة شفاء واحدة* "[3].

وكذلك القرار رقم 318360 المؤرخ في 2004/12/01 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث للمحكمة العليا الذي جاء فيه "...مما يعني أن عقد الهبة كان تم خلال فترة مرض الموت، للإشارة يجب التذكير أنه يجب *توافر ثلاث شروط لوصف المرض بأنه مرض الموت، وهي على التوالي: المرض يقعد المريض عن أداء مصالحه، يغلب في المرض خوف الموت، وينتهي المرض بالموت فعلا* "[4].

---

(1) المجلة القضائية، لسنة2002، عدد 2، ص 428.

(2) قرار غير منشور، مشار إليه ب فطيمة نساخ، **أثر مرض الموت على عقد البيع**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية و الاقتصادية، المجلد: 56، السنة 2020، العدد:03، ص 447* مشار إليه ب:جليلي ابتسام، مذكرة سابقة، ص 21.

(3) مشار إليه ب: حمودي عبد الرزاق، **الموسوعة القضائية في القضايا العقارية**، د ط، روافد العلم، الجزائر، 2015، ص 105 *مشار إليه أيضا ب: فطيمة نساخ، مقال سابق، ص 447* مشار إليه أيضا ب: جليلي ابتسام، مذكرة سابقة، ص 32.

(4) مشار إليه ب: حمودي عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 105.

ثم صدر القرار رقم 284783 عن الغرفة المدنية بتاريخ 2005/02/02، و جاء في تأسيسه".....من المعلوم بالضرورة أن مرض الموت الذي يقيد تصرفات المريض، حدد *له الفقه والقضاء شروط ثلاثة وهي: أن يقعد المرض صاحبه على قضاء مصالحه، وأن يغلب فيه الموت، وينتهي بالموت فعلا*، وهذه العلامات المجتمعة وهي أمور موضوعية، *من شأنها أن تقيم في نفس المريض حالة الشعور بأنه مشرف على الموت، وأنه يكفي بهذه العلامات المادية*، ليستخلص منها القضاة أن المريض *وهو يتصرف كانت تقوم به حالة نفسية، هي أن أجله قد دنى، فيفسر تصرفه على ضوء هذه الحالة*".[1]، وبتاريخ 2005/11/23 أصدرت غرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا قرار رقم312593 ورد فيه"..أن قضاة الموضوع قد بينوا وبأسباب كافية أن الواهب *تصرف في مرض الموت، وأثبتوا بتوافر ثلاثة شروط فيه وهي: أن يقعد المرض صاحبه عن قضاء مصالحه، و أن يغلب فيه الموت، وأن ينتهي بالموت، وقد تأكدوا من توافر الشروط الثلاثة.*"[2] ، وفي 2013/11/13 صدر القرار رقم 0799759 عن المحكمة العليا الذي جاء في حيثياته" أن *مرض الموت هو المرض الذي يحث فيه الموت غالبا وشعور المريض أن أجله دنا وأن مرضه هذا ينتهي بوفاته حتما وأن يموت هذا المريض موتا متصلا بهذا المرض..."*[3].

ويتضح جليا من خلال القرارات المذكورة تغير توجه الاجتهاد القضائي الذي كان يشترط فقدان المريض لقواه العقلية وقدرته الجسدية لتحقق مرض الموت، رغم أن فقهاء الشريعة الإسلامية المتقدمين منهم والمعاصرين اعتبروا مرض الموت لا يعدم الأهلية ولا ينقصها ولكن يحد من تصرفات المريض، ولم يشترطوا فقدان المريض تمييزه وإدراكه.

ثم بعد سنة2001 تقيد قضاة المحكمة العليا بالشروط المستمدة من الفقه الإسلامي وهي قعود المريض عن إتيان مصالحه،غلبة الهلاك، واتصال المرض بالموت، دون أن يلتزموا بالتحديد الزمني للمرض المقدر بسنة كما ذكرها الفقهاء الشرعيون.

و يبدو أن اتجاه المحكمة العليا متضاربا، إذ يظهر أن القضاة استندوا في تفسيرهم لمرض الموت على النص الفرنسي للمادة 408 من القانون المدني والذي يختلف مضمونها عن النص العربي حيث ذكرت شرطي شدة المرض واتصال الموت بالمرض،واعتبرت أن البيع في مرض الموت يكون دون رضا صحيح و عليه فهو قابل للإبطال، وهو ما لم يرد في نص المادة المحررة باللغة العربية والتي جاء فيها (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)وجاء في النص الفرنسي

---

(1) مشار إليه ب: جليلي ابتسام، مذكرة سابقة، ص 32.

(2) مشار إليه بالمذكرة نفسها، ص 33 * مشار إليه أيضا ب: فطيمة نساخ، مقال سابق، ص 447.

(3) مجلة المحكمة العليا، سنة 2013، عدد2، ص 311، مشار إليه ب: حمدي باشا عمر، **القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا ومحكمة التنازع**، ط15، دار هومة، الجزائر، 2017 ، ص 309.

§La vente consentie par un malade dans la période aigue de la maladie qui a entraine sa mort a un de ses héritiers n'est valable que si elle est ratifié par les autres héritiers.

La vente consentie, dans les mêmes conditions, a un tiers est présumé avoir été faite sans consentement valable et ce fait est annulable. §

غير أنه في حال اختلاف صياغة النصوص القانونية بين اللغة العربية والفرنسية، ترجح النسخة العربية، باعتبار أن اللغة العربية هي اللغة الرسمية[1]، وكان من الصواب التقيد بالنص العربي الذي لم يتطرق إلى إرادة مريض الموت، ملتزما في ذلك بالفقه الإسلامي الذي استقى منه أحكامه.

فضلا عن أن المشرع الجزائري عندما نص على تصرفات مريض الموت التبرعية في قانون الأسرة و رغم خطورتها لم يشر إلى إرادة المريض، لذلك يعد الاستناد على النص الفرنسي للمادة 408 في الحكم على تصرفات مريض الموت تعميما قاصرا.

و مما تقدم نستنتج أن القوانين والاجتهادات القضائية المذكورة قيدت تصرف مريض الموت وبحدة أكثر التصرفات التبرعية، لكن تباينت في حكم التصرف وفي أهلية مريض الموت بين من يعتبره كامل الأهلية، وبين من يعد أهليته معتلة.

وأمام تأرجح الاجتهاد القضائي حبذا لو تصدى المشرع الجزائري لتحديد مرض الموت وشروطه بصفة قطعية كما فعل المشرع الأردني، في صياغة موحدة غير متباينة مادام قد أفرد تصرفات مريض الموت بأحكام خاصة.

---

(1)ينظر المادة 5 من دستور الجزائر المؤرخ في1963 المعدلة بالمادة 3 من الأمر 76-97 المؤرخ في 1976/11/22 المتضمن إصدار الدستور، ص 1294، المعدلة بالدستور الصادر في 1989/02/28، ج رعدد 29 لسنة 1989، والمعدلة بدستور الجزائر الصادر في 1996/11/28، ج ر عدد 76 لسنة 1996، والمعدلة بالقانون 16-01 المؤرخ في 2016/03/06 المتضمن دستور الجزائر،ج ر عدد 14 التي تنص على (اللغة العربية هي اللغة الوطنية والرسمية).

تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري ساير بعض التشريعات التي لم تعرف مرض الموت كالتشريع المصري، وعرفته محكمة النقض بأنه " المرض الشديد الذي يغلب على الظن موت صاحبه بتقدير الأطباء، ويلازمه ذلك المرض حتى الموت، وإن لم يكن أمر المرض معروف من الناس بأنه من العلل المهلكة، فضابط شدته واعتباره مرض موت أن يعجز غير العاجز عن القيام بمصالحه خارج البيت فيجمع فيه تحقق العجز و غلبة الهلاك و اتصال الموت به"، يراجع عزت كامل، **الوجيز في تصرفات المريض مرض الموت**، د ط، دار الفكر القانوني، مصر، 2007، ص27.

ولم يختلف القانون العراقي عن المصري حيث تدخلت محكمة التمييز لتعريف مرض الموت في غياب النص التشريعي المحدد له بنصها" إن مرض الموت هو الذي يمنع المريض من مزاولة أعماله المعتادة والذي يغلب فيه الهلاك ويؤدي إلى وفاة المريض."، يراجع مقال **البيع في مرض الموت**، م .م آمال أحمد ناجي، مجلة الجامعة الإسلامية، كلية الحقوق، جامعة بغداد، د ت ن، عدد 24، ص37.

وخلافا للتشريعات المذكورة سلك المشرع الأردني مسلك الفقه الحنفي في تعريف مرض الموت من خلال الفقرة الأولى للمادة 543 من القانون المدني المذكورة سابقا، ص 12 .

وحتى بعض التشريعات الغربية لم تعرف مرض الموت و ذكرت أحكام التبرعات فيه كقانون الكيبك الكندي الذي نص على بطلان الهبة و الوصية في مرض الموت في المادة 1820:

Art 1820 C.C.Q §la donation faite durant la maladie réputée mortelle du donateur subi ou non de son décès est nulle comme faite a cause de mort si aucune circonstance n'aide a la valider néanmoins si le donateur se rétablit et laisse le donataire en possession paisaible pendant 3 ans le vise disparait .§

ME Claudia cote**, dons planifies**, cotclaudia blogspot.com،(تاريخ الزيارة 2020/03/01، الساعة الثانية والنصف).

الفرع الثاني: شروط اعتبار تصرف مريض الموت تبرعي

تكتسي التصرفات التبرعية أهمية خاصة في المعاملات التي يجريها الشخص لما يترتب عنها من إنقاص للذمة المالية لمن صدرت عنه واغتناء ذمة المتبرع له، وتزداد خطورتها متى كان المتبرع في مرض الموت لذلك أسقط المشرع الجزائري حكم الوصية عليها متى استوفت الشروط المقررة قانونا أولها صدور التصرف في مرض الموت الذي تعالجه الفقرة الأولى وأن يتوافر قصد التبرع لدى المتصرف في الفقرة الثانية.

الفقرة 1: صدور التصرف في مرض الموت

اعتبر المشرع الجزائري التصرفات التبرعية من الأحوال الشخصية لذلك نظم أحكامها في قانون الأسرة، كما أدرج أحكاما للوصية في القانون المدني من المواد 775 إلى 777، لإلحاق حكمها على تصرفات ظاهرها غير ما يبطن صاحبها، وخصت مريض الموت الذي كثيرا ما يقوم بتصرفات ناقلة للملكية تكون في شكل معاوضات كالبيوع والمقايضات، لكن نيته الحقيقية تبرع.

وقد أحالت المادة 775 منه على أحكام قانون الأسرة التي نصت على (يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها)، فإطار تطبيق المواد المذكورة هي تبرعات مريض الموت المكتسية بثوب المعاوضة، و يخرج عن نطاقها الهبة والوقف في مرض الموت لأنها مشمولة بأحكام المادة 204 من قانون الأسرة[1].

حيث نصت المادة 776 من القانون المدني على(كل تصرف قانوني يصدر عن الشخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، تسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف.

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

لقد أقرت الفقرة الأولى من المادة قاعدة موضوعية تتمثل في حكم تصرف مريض الموت، أما الفقرة الثانية جاءت بقاعدة إثبات تمثلت في قرينة قانونية[2] مفادها أنه متى ثبت أن التصرف كان في مرض الموت عد تبرعا ما لم يثبت المتصرف إليه خلاف ذلك، حيث أطلق المشرع حرية إثبات مرض الموت للورثة الذي يتوجب عليهم إثبات أن التصرف صدر حال مرض موت مورثهم بالتقارير الطبية والشهود وحتى القرائن.

---

(1) محمودي عبد العزيز، **رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري التصرف في مرض الموت مع الإحتفاظ بالحيازة والمنفعة** مدعم بتطبيقات قضائية، د ط، قصر الكتاب، الجزائر، 2006، ص 48.

(2) مرجع نفسه، ص 49-50.

فإذا طعن الورثة في تصرف مورثهم بعد وفاته وثبت أنه تصرف حال المرض وتعين تاريخه، عليهم أن يثبتوا أنه تصرف بعد التاريخ الذي ابتدأ فيه المرض فيكفي مقارنة تاريخ العقد بتاريخ بدء المرض للجزم بصدور التصرف في مرض الموت،[1] فيعتبر تبرعا ويلحق بالوصية حكما حتى ولو كان ظاهره معاوضة.

وبما أن مرض موت واقعة مادية فهي تخضع لمطلق سلطة القاضي في حدود طرق الإثبات المقدمة من الورثة، فلا يخضع فيها لرقابة محكمة القانون التي تحتفظ برقابة تكييف المرض الذي صدر التصرف في أثنائه[2]، وهي قرينة قانونية تغنيه عن الإثبات بطريق آخر فينتقل عبء الإثبات إلى المتصرف له صاحب المصلحة،[3] أن التصرف معاوضة لا محاباة فيه وأنه دفع ثمن لا يقل عن قيمة المبيع.

<u>الفقرة 2:</u> توافر قصد التبرع في التصرف

ساوى المشرع الجزائري من خلال المادة 776 من القانون المدني بين مركز الورثة و المتصرف له، فمن جهة جعل عبئ إثبات مرض الموت على الورثة و متى أثبتوا ذلك، اعتبر التصرف تبرعا، ومن جهة أخرى جعل على من صدر التصرف لفائدته أن يثبت خلاف ذلك، إذ عليه إثبات أن التصرف معاوضة وأنه دفع الثمن حقيقة، "وتسري عليه في هذه الحالة الأحكام الخاصة بالبيع في مرض الموت وتخضع المحاباة في الثمن إلى حكم الوصية"[4].

وذهب بعض شارحي القانون إلى عدم الاعتداد إلى إقرار البائع بقبض الثمن وذكر ذلك في العقد، لأنه يعد إقرار من مريض في مرض الموت لا يعتد به فالشبهة قائمة في أن البائع والمشتري متواطئان على تصوير أن هناك ثمن دفع، لذلك يجوز إثبات المعاوضة بكافة الطرق ولو كانت قيمة العقد تجاوز نصاب البينة[5] .

و في اعتقادي أن هذا الرأي لا يستقيم مع التشريع الجزائري الذي أقر قاعدة الرسمية واعتبر العقد الرسمي حجة بين المتعاقدين وورثتهم وذوي المصلحة بنص المادة 324 مكرر 6 من القانون المدني التي جاء فيها (يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة وورثتهم وذوي الشأن)، وعليه فإنه لا يمكن للبينة أو الشهود والقرائن أو حتى الكتابة أن تضحد مضمون العقد الرسمي، إذ من المقرر قانونا أنه لا يقبل الإثبات بالشهود فيما يقل عن النصاب المقدر ب100.000 دج فيما يخالف مضمون العقد الرسمي حسب المادة 334 من القانون المدني.

---

(1)د.سليمان مرقس، مرجع سابق، ص571.

(2) مرجع نفسه، ص565.

(3) محمودي عبد العزيز، مرجع سابق، ص 70.

(4) د.رمضان أبو السعود، **<u>الوجيز في الحقوق العينية الأصلية أحكام الحقوق العينية الأصلية ومصادرها</u>**، د ط، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 1998، ص 198.

(5) د.سليمان مرقس، مرجع سابق، ص571.

وتأسيسا عليه لا يمكن للمتصرف إليه إثبات ما يخالف أن التصرف تبرعا، إلا من خلال تقديم الدليل على دفع ثمن المثل بوسائل الدفع المقررة قانونا وفق ما سنه المشرع الجزائري منها إيداع خمس الثمن لدى الموثق حسب المادة 256 من قانون التسجيل[1]، ومقتضيات المادة 2 من المرسوم التنفيذي 153/15 [2] التي أوجبت أن يتم الدفع عن طريق القنوات البنكية والمالية تحت طائلة العقوبات الجزائية فيما يجاوز قيمة المبيع خمس ملايين دينار جزائري.

فإذا لم يستطع إثبات ذلك عد التصرف تبرعا مضافا لما بعد الموت ويسري عليه حكم الوصية مهما كانت التسمية التي أعطاها المتعاقدين له.

المطلب الثاني: صور مرض الموت والملحقون به وعلة الحماية فيه

لما كان لتصرفات مريض الموت أحكام خاصة لعلة تعلق حق الخلف العام والدائنين بماله، كان لزاما البحث في الأمراض التي تندرج في مفهومه، كما قد يتعرض الشخص الصحيح لأوضاع يجعل تصرفه حال تصرف مريض الموت حكما، فهل عالج المشرع الجزائري هذه الحالات؟.

نتعرف على هذه الحالات من خلال دراسة صور مرض الموت في الفرع الأول، والفئات الملحقة بمرضى الموت في الفرع الثاني و أساس الحماية القانونية للتصرفات في مرض الموت في الفرع الثالث.

الفرع الأول: صور مرض الموت

إن احتكاك الشعوب بعضها ببعض أدى إلى اتساع دائرة المعارف بينهم، فبجانب التبادل الاقتصادي والتجاري، كان التعاون العلمي في كل المجالات وأهمها الطبي الذي أثر على صحة الفرد وحسن معدل حياته من خلال اكتشاف العلاجات لأمراض كانت مستعصية تفتك بمصابها، فما عد مرضا مميتا قديما لا يعتبر كذلك حاليا، لذلك اقتضى الموضوع التعرض إلى الأمراض الخطيرة الأكثر شيوعا بالفقرة الأولى والأمراض المزمنة في الفقرة الثانية.

الفقرة1: الأمراض الخطيرة:

الأمراض الخطيرة أو المخوفة هي الأمراض التي يخاف منها ولا يتعجل موت صاحبها يقينا كالبرسام والرعاف الدائم لأنه يصفي الدم فيذهب القوة[3]، كذلك الطاعون والحمى المطبقة والسل في انتهائه، حيث

---

(1) ينظر المادة 256 من القانون76-105 المتضمن قانون التسجيل مؤرخ في 1976/12/09،ج رعدد81، المعدلة بالمادة 82 من قانون المالية لسنة 2020، الصادر في2019/12/11 بموجب القانون 14/19، ج ر عدد81، سنة 2019.

(2) ينظر المرسوم التنفيذي، المؤرخ في 2015/06/16، المتضمن الحد الأدنى المطبق على عمليات الدفع التي يجب أن تتم بوسائل الدفع الإلكترونية عن طريق القنوات البنكية، ج ر عدد 33 لسنة 2015، و تنص المادة 2 "..كل المبادلات التي تساوي أو تفوق المبالغ المحددة أسفله بوسائل الدفع الكتابية عن طريق القنوات البنكية والمالية: 5.000,000 دج لشراء أملاك عقارية..".

(3) حسني محمود عبد الدايم، **مرض الموت وأثره على عقد البيع دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الاسلامي**، ط1، دار الفكر الجامعي، مصر،2007، ص 134.

ذكرت المادة927 من مجلة الأحكام الشرعية بنصها"الأمراض الممتدة كالسل والجذام والفالج لا تعد من الأمراض المخوفة إلا إذا صار صاحبها صاحب فراش"[1].

ويقابله المرض الغير مخوف الذي لا يخاف منه في العادة كالجرب ووجع الضرس[2]، والضابط في تقدير المرض هو غلبة الموت منه، بناء على تقدير أهل الاختصاص من الأطباء.

ومن الأمراض التي درج القضاء على اعتبارها خطيرة تليف الكبد ومرض سرطان الرئة والدم والبنكرياس، من خلال عدة قرارات صادرة عن المحكمة العليا، ومنها القرار الصادر عن الغرفة المدنية في 2008/06/18 الذي جاء في حيثياته" ..إن الهالك قبل وفاته كان يعاني من مرض الزهايمر والسرطان وأنه توفي بعد أن بقي مدة في الإنعاش.."[3]، وكذا القرارين السابق ذكرهما، الأول يحمل الرقم 85260 الصادر بتاريخ 1992/10/27[4] الذي اعتبر مرض السرطان خطير، والقرار الثاني رقم 256869 المؤرخ في2001/02/21 [5] الذي ذكر أن السرطان يغلب فيه الهلاك، وقد اعتمد القضاة معيار الأمراض الخطيرة كأمراض موت، في القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2005/06/15، وجاء في حيثياته ".. بالرجوع إلى أحكام المادة 204 من قانون الأسرة فلنا أن نعتمد *معيار الأمراض المخيفة كأمراض موت*، ووفق القرار الوارد فإن الواهب كان مصاب بمرض عضال ومزمن... حيث أن النفقة القانونية التي قطعت فيها المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2001/06/20 هي توجيه قضاة الموضوع إلى التحقيق والتوضيح ما إذا كان الواهب يعاني فعلا من مرض من الأمراض المخيفة المنصوص عليها بالمادة 204 من قانون الأسرة وهذا ما قام به قضاة المجلس بناء على دراسة الوثائق *والشهادات الطبية المقدمة بالملف التي تثبت مرض موت مورث الأطراف الذي كان يعاني من مرض خطير وهو مرض فقر الدم* كون مورث الأطراف كان مريضا أثناء الفترة القصيرة التي عاشها بين تاريخ إبرام العقدين الذي يمكن اعتباره وتاريخ وفاته بحيث لا تتعدى السنتين، وكان يصارع الموت فيها. "[6]

البرسام: أو ذات الجنب هو التهاب في الغشاء المحيط بالرئة.

الجذام: هو مرض جلدي يؤدي إلى تقرحات جلدية شديدة االفاقم لتسبب تلف في الأعصاب يسمى كذلك هاتسن وهو ليس شديد العدوى.

الفالج: هو أشد أنواع الخزل الشقي أو الشلل النصفي www.almaany.com، اطلع عليه 2020/03/21، التاسعة والنصف.

السرطان: مرض يصيب الخلايا المنقسمة لها القدرة معلى غزو الأنسجة وتدميرها موقع www. Webtet.com (تاريخ الزيارة 2020/09/23 الثانية والنصف).

(1) أحمد بن عبد الله القادري، دراسة وتحقيق د.عبد الوهاب ابراهيم أبو سليمان د.محمد ابراهيم أحمد علي، **مجلة الأحكام الشرعية**، ط1، تهامة، المملكة العربية السعودية،1981، ص 129.

(2) د.وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي و أدلته**، ج 8، ط2، دار الفكر، دمشق، 1985، ص129.

(3) قرار غير منشور، مشار إليه ب: فطيمة نساخ، مقال سابق، ص 448.

(4) القرار رقم 85260 المذكور سابقا، ص 14.

(5) القرار رقم 256869 المذكور سابقا، ص 15.

(6) نشرة القضاة، سنة 2006، عدد 59، ص231.

كما تندرج بعض الأمراض المعدية ضمن الأمراض الخطيرة، (وهي التي تصيب أي من الكائنات الحية ويكون للفيروس والميكروب المسبب للمرض القابلية للانتقال إلى كائن حي آخر من نفس الفصيلة كمرض الجذري والطاعون)[1]، وحتى وإن تراجعت نسبة الوفيات في العالم منها، فتنتهي ثلث الإصابات بالجذري بالموت خلال 3 إلى 5 أيام بعد نزيف في المسالك التنفسية أو في الجهاز الهضمي، وكذلك الطاعون الذي لا زال منتشر في مناطق في العالم، لذلك فهي اعتبرت أمراض قاتلة لأنها تضعف الجهاز المناعي[2].

و قد تكون الأمراض المعدية غير مخوفة كالأنفلونزا والزكام إذ يشفى المريض منها، وعليه فهي ليست بالأمراض الخطيرة، ويعتبر فقدان المناعة المكتسبة من الأمراض المعدية التي تفتك بصاحبها، حيث أصدر المجمع الفقه الإسلامي في دورة المؤتمر التاسع المنعقدة في دولة الإمارات العربية المتحدة في أبو ظبي قرار يقضي بأن نقص المناعة المكتسبة يعد مرض موت شرعا، إذ اكتملت أعراضه وأقعد المريض عن ممارسة الحياة العادية واتصل بالموت[3].

الفقرة 2: الأمراض المزمنة

هي الأمراض الممتدة التي تدوم فترات طويلة وتتطور بصورة بطيئة عموما، ويموت نتيجتها حوالي63 % من مجموع الوفيات حسب موقع منظمة الصحة العالمية[4]، وهي أمراض غير معدية ولا علاقة لها بالفيروس أو البكتيريا وهي بطيئة الحدوث لا تظهر أعراضها على المريض في بادئ الأمر قبل ظهور المضاعفات، وترتبط بشكل كبير بمستوى سلوك الفرد الغذائي والحركي وممارسته[5].

وسنتعرض لأهم الأمراض المزمنة المنتشرة في العصر الحالي ومنها:

1/ مرض السكري:

وهو أكثر الأمراض المزمنة شيوعا، ناجم عن الخلل في إفراز كمية الأنسولين في الدم، ويصيب فئات عمرية متفاوتة، وتؤدي مضاعفات مرض السكري إلى فقدان البصر والقصور الكلوي الحاد و تسبب أزمات قلبية، ولا يعتبر مرض موت إلا إذا اشتد و تفاقم حتى يغلب خوف الموت على الفرد ويعقبه.

---

(1) الأمراض الخطيرة، موقع منظمة الصحة العالمية، www.who.int/topics/chronic-diseases:/ar،(اطلع عليه يوم 2020/04/29 الواحدة زوالا).

(2)أنواع الأمراض المزمنة، على موقع www.mawdoo3.com ، (يوم الزيارة 2020/03/21 العاشرة).

(3) حبيب إدريس عيسى المزوري، **تصرفات المريض مرض الموت**، د ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2011، ص60.

(4) الأمراض المزمنة على موقع منظمة الصحة العالمية، www.acu-sy.org، (اطلع عليه يوم 2020/03/22 التاسعة).

(5) الأمراض المعدية على موقع www.wikipedia.org>wiki، (اطلع عليه يوم2020/03/21 الخامسة).

الفيروسات: هي كبسولات بروتينية تحتوي على مادة وراثية، تستخدم الخلايا للتكاثر، فلذلك تعتبر غير حية خارج الخلية.

البكتيريا: هي وحيدة الخلية تتكاثر بسرعة وقد تفرز مواد كيميائية تسبب المرض.

2/ داء الكلى:

يعد مرضا مزمنا وهو ناتج عن فقدان وظائف الكلى على مدى شهور أو سنوات ومنها القصور الكلوي المزمن[1]، وينبغي التنويه أن الأمراض المزمنة أو الممتدة لا تعد مرض موت إلا إذا تغير حال المريض واشتد وخيف منه الهلاك، فيكون حال التغير مرض موت إن اتصل بالموت[2].

3/ أمراض القلب:

وهي الأمراض المزمنة التي تؤدي إلى تعطيل وظائف القلب وتكون في شكل ألم في الصدر وصعوبة التنفس، نتيجة ضيق أوانسداد الأوعية الدموية مما يؤدي إلى نوبات قلبية، أوذبحة صدرية أو سكتة دماغية أو ارتفاع ضغط الدم، وهي من الأسباب الأولى في الوفيات في الولايات المتحدة الأمريكية وإنجلترا[3].

وقد اعتبرت المحكمة العليا مرض القلب مرض موت، حيث جاء في القرار رقم 111721 المؤرخ في 1994/12/14، "... أن مرض القلب مصنف طبيا في خانة الأمراض الخطيرة المؤدية للموت في كل ساعة بل في كل لحظة وأن الموت المفاجئ حتى وإن كانت الأعمار بيد الله فصاحب هذا المرض مقتنع هو نفسه بدنو أجله وقرب موته وهذا يشكل اضطرابا نفسيا واضطرابا جسديا يتعدى مقاومة المصاب به ويخلق شرخا في جميع أعماله.."[4].

ويبقى الضابط في اعتبار مرض موت خطورته وغلبة الموت فيه، أما إن طال مرض الإنسان عدة سنوات ثم انتهى بالموت وهو ما يحصل في الأمراض المزمنة، فمتى زادت حدة المرض وغلب على المصاب خطر الموت الحال عد مرض الموت، أما إذا طال المرض دون أن يشتد بحيث يطمئن المريض بأن المرض قد وقف سيره ولم يعد منه خطر ولو أقعد صاحبه، مادام لم يعد يغلب فيه خطر الموت المحدق[5]، لا يعد مرض موت.

وهو ما يفسر تأرجح الاجتهاد القضائي في تكييف الأمراض المزمنة، حيث قضت الغرفة المدنية للمحكمة العليا في القراررقم 283817 المؤرخ في 2004/07/21 الذي جاء في حيثياته".. حيث بالرجوع إلى الشهادة الطبية التي قدمها المستأنفان، يتبين أنه ما ورد فيها لا يكفي لاعتبار المرحوم(ف ع) كان مريضا

---

(1) الأمراض المزمنة على موقع www.mayoclinic.org>plague (اطلع عليه يوم 2020/03/23، الساعة الثالثة زوالا).
(2) الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ص 7.
(3) الأمراض المزمنة على موقع www.wikipedia.org>wiki ، (اطلع عليه يوم2020/03/21، الساعة الخامسة والنصف زوالا).
(4) قرار مشار إليه ب: نبيل صقر، **تصرفات المريض مرض الموت** الوصية–البيع–الهبة–الكفالة–الإبراء–الإقرار–الخلع–الطلاق، د ط، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص 18.
(5)سارة خضر ارشيدات، **البيع في مرض الموت**، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2014، ص 29.

مرض موت إذ أنه يظهر منها أن المرحوم كان مصابا *بمرض القلب وهو مرض درج الفقه و القضاء على عدم اعتبار من كان مصابا به شأنه شأن جميع الأمراض المزمنة مريض مرض الموت لأن هذا المرض قابل للشفاء وهو غير مانع للمريض من مباشرة أعماله* في الفترات التي تتخللها النوبات وهو لا يغلب فيه الهلاك فقد يعيش صاحبه مدة طويلة دون أن تدركه الوفاة."[1]

و غني للبيان أن القاضي ملزم بالفصل في النزاع بما احتواه ملف الموضوع لكل دعوى، حيث يختلف المرض في بدايته من حدته، كما تختلف مضاعفاته من مريض لآخر فالذي يعاني من مرض القلب فقط غير مريض القلب المصاب بأمراض أخرى، ولا يثبت ذلك إلا التقارير الطبية من ذوي الاختصاص.

و لهذا يرى بعض شارحي القانون أن ثمة أمراض لا تستمر طويلا بحيث أن المريض بها يبرأ أو يموت في زمن غير بعيد، فإن صح صاحب التصرف أو مات تسري عليه أحكام الأصحاء أو المرضى، والعكس ثمة أمراض قد تمكث طويلا، فاختلف الأقوال في اعتبار تصرف المريض صحيحا أو مريضا مرض الموت، بعضهم يقول مادام يزداد ما به فالغالب عليه الهلاك فيعتبر مريضا مرض الموت، وإن لم يزداد اعتبر صحيحا.[2]

ومما تقدم نخلص أن معيار تحديد مرض الموت من المرض العادي نسبي يتغير بالزمان والمكان فما اعتبر مرض مخوف فتاك سابقا لا يعتبر كذلك حاليا نتيجة التطور العلمي السائد في مجال الطب، وما يعد مرض موت في منطقة معينة لا يعتبر كذلك في منطقة أخرى من العالم بسبب اختلاف الدول و تفاوت مستوى المنظومة الصحية لكل دولة.

الـفرع الثاني: الملحقون بمرض الموت

قد تطرأ على الإنسان حالات فجائية تجعل حالته النفسية مضطربة فيعتريه الخوف بدنو أجله، فيتصرف في ماله تصرف المريض الذي يتلقفه الموت في كل لحظة، لذلك ألحق فقهاء المسلمين حالات مختلفة وعديدة ليس فيها مرض أو اعتلال صحة مطلقا بالمريض مرض الموت حكما[3]، من خلال مجلة الأحكام العدلية للفقه الحنفي ومجلة الأحكام الشرعية للفقه الحنبلي.

---

(1) القرار رقم 283817 المذكور سابقا، ص 15.

(2) اد.الياسين ناصيف، **الوصية للمسلمين وفي القانون الدولي الخاص**، ج 2، د ط، منشورات الحلبي الحقوقية، د م ن، 2007، ص 558.

اعتبرت محكمة التمييز الأردنية في القرار رقم 2425 الصادر في1991/06/30 السرطان مرض موت، للتفصيل يراجع سارة خضر ارشيدات، مذكرة سابقة، ص 29.

وقضت محكمة الإسكندرية الابتدائية بأن تصلب الشرايين وإصابة القلب والكلى بالتلف من الأمراض المزمنة التي لا يصح اعتبارها في الأصل مرض موت لبطئ سيرها وعدم إحساس المريض بخطورتها، ولكن إذا اشتدت هذه الأمراض وفجأة شعر المريض بتفاقم خطورتها ومات بها، اعتبر مرض الموت، يراجع: رشاد السيد إبراهيم عامر، مذكرة سابقة، ص 49.

وكذلك عد القضاء الكندي سرطان البروستات مرض موت في القرار الصادر عن محكمة الكيبك بتاريخ 2009/09/25، ME Claudia cote ,Op.cit.

(3) الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ص 6.

حيث اعتبروا أن الظروف التي يحيط فيها الإنسان خطر الموت ويغلب في أمثالها الهلاك إذا مات الشخص فيها يعتبر موته نتيجة مرض الموت[1]، فأية حالة مادية تجعل الإنسان يعتقد بدنو أجله من شأنها أن تثير في نفسه هذه الحالة بالذات[2].

والعلة في تقييد تصرف الإنسان في هذه الحالات يقينه بأن موته قريب الاحتمال[3] بسبب الخطر الذي يحيط به، فيدفعه إلى تصرفات قانونية فيها محاباة إضرارا بالورثة والدائنين، وهي تختلف من عصر لآخر، وقد ذكر الفقهاء أحوال عدة نذكر الشائع منها:

الفقرة 1: حالة المحارب و المحكوم عليه بالإعدام

وتعتبر أبرز الحالات التي تعرض لها الفقه الإسلامي حالة المحارب و المحكوم عليه بالإعدام، سنفرد كل منهما بالدراسة على النحو الآتي:

أولا: حالة المحارب:

وتتجسد في حالة الإنسان الذين يكون في منطقة حرب أهلية أو جنديا محاربا مع الجيش ضد العدو وعلل الفقهاء ذلك بأنه(إن توقع التلف هاهنا كتوقع المرض أو أكثر فوجب أن يلحق به، ولأن المرض إنما جعل مخوفا لخوف صاحبه وهذا كذلك)[4]، واعتبروا الأسير كالمقاتل فإذا أسر المحارب أو حبس ليقتل عد في حكم مريض الموت، أما إذا نجا وعاش تكون تصرفاته صحيحة نافذة[5]، حيث جاء في الفتاوى الهندية (أنه إذا كان بصف القتال فحكمه حكم الصحيح وإذا خرج ليقتل فحكمه في تلك الحالة حكم المريض، ولو كان في مبارزة مع آخر فحكمه حكم المريض ولو عاد بعد القتال إلى المعسكر أو مدينته أو بيته أو عقب انتهاء المبارزة فحكمه كالذي برئ وشفي من مرضه)[6]، وقيل كذلك(فالمقاتل في الحرب مع قلة سلاحه وضعفه وقوة العدو وعظم عدته تكون حاله كحال الشخص في مرض الموت فهو يتوقع القتل كتوقع الموت لذلك يجب أن يلحق به[7].

الفقرة 2: حالة المحكوم عليه بالإعدام

يعتبر المحكوم عليه بالإعدام في حكم المريض مرض الموت بسبب الحالة النفسية التي تتسم بالخوف الشديد، وذكر في الفتاوى الهندية أنه لا يعد مريضا ما لم يحضر إلى ميدان القصاص، فيكون الشخص

(1) محمد يوسف الزعبي، مرجع سابق، ص 505.

(2)عبد الرزاق السنهوري، (البيع والمقايضة)، ج 4، مرجع سابق، ص 321.

(3) د/أحمد نجيب الهلالي ود/حامد زكي، **شرح القانون المدني عقود البيع والمقايضة و الحوالة**، ط3، دار الفجالة الجديدة، القاهرة، 1954، ص199- 201.

(4)ابن عابدين، **رد المحتار على الذر المختار**، ج 2، د ط، المطبعة الأميرية، مصر، 1299هـ، ص 717.

(5)ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج4، ط2، دار المعرفة ، لبنان، د ت ط، ص 42-46.

(6)الإمام فخر الدين حسن بن منصور الأوزجندي الفرغاني، **الفتاوى الهندية**، ج 4، ط2، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1310 هـ، ص 176.

(7) د.عبد الرزاق السنهوري، (البيع والمقايضة)، ج 4، مرجع سابق، ص 321.

في حالة خوف سواء أريد قتله لقصاص أو غيره، لأنه غلب عليه اليأس من الحياة فهو كالمريض[1]، حيث نصت المادة 929 من مجلة الأحكام الشرعية " من قدم لقتل أو حبس لأجله... أو كان بين الصفين في الحرب عند تكافؤ الطائفتين أو كان من الطائفة المقهورة حكمه حكم المريض مرضا مخوفا[2].

كذلك من كان محكوما عليه بالإعدام وهو في السجن ينتظر التنفيذ فإن حالته النفسية تكون كحالة المريض مرض الموت، فإذا ما صدر عفو عنه من قبل السلطات المختصة لا يعتبر في حكم المريض مرض الموت بل يعتبر كالمريض الذي برئ من مرضه فلا يكون للورثة حق الطعن في التصرف الذي أجراه، ولكن للمتصرف نفسه أن يطعن في تصرفه بالغلط إذا كان المتعاقد الآخر على علم بذلك[3].

أما التشريع الجزائري فخالف الفقه الإسلامي في إلحاق المحكوم عليه بالإعدام بمريض الموت، حيث يعده محجور عليه قانونا طبقا للمادة 9 مكرر[4]من قانون العقوبات ويمنع من ممارسة حقوقه المالية، لأن الحجر القانوني عقوبة تكميلية في الجناية تقضي به المحكمة وجوبا مع العقوبة الأصلية ، وعليه تغل يد المحكوم عليه بالإعدام عن التصرف في أمواله.

الفقرة 3: حالة انتشار الأوبئة

من الأمراض المعدية من تكون مستعصية العلاج ولا يرجى شفائها بسبب عدم توصل الطب إلى لقاحات مضادة تقي الإنسان منها أو أدوية لعلاجها، وهو حال الأوبئة التي تنتقل عن طريق الحشرات كالملاريا أو عن طريق القوارض أو حيوانات أخرى[5] و هي سريعة الانتشار، ولم يخف هذا الأمر على فقهاء المسلمين فقد ذكرت هذه الحالة في مجلة الأحكام الشرعية بالمادة 929 منه".. من قدم لقتل أو حبس لأجله أو كان ببلد انتشر فيه الطاعون.."[6].

---

(1)الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ص 176-177.

(2) مجلة الأحكام الشرعية، مرجع سابق، ص 319.

(3) د.عباس الصواف، **شرح البيع في القانون الكويتي**، ط1، دار البحوث العلمية، الكويت، 1975، ص687.

(4) ينظر المادة 9 مكرر من الأمر 66-15، المؤرخ في 1966/07/08، المتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد 49، المعدل والمتمم بالقانون 06-23 المؤرخ في 2006/12/24، ج ر عدد 84 والتي نصت على " في حالة الحكم بعقوبة جنائية تأمر المحكمة وجوبا بالحجر القانوني الذي يتمثل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية."، و المعدل والمتمم بالقانون20-06، الصادر في 2020/04/28، ج ر عدد 20.

تتم إدارة أمواله طبقا للإجراءات المقررة في حالة الحجر القضائي."

(5) الأمراض المعدية على موقع www.wikipedia.org>wiki، (تاريخ الزيارة يوم2020/03/21 الخامسة).

(6)مجلة الأحكام الشرعية، مرجع سابق، ص177.

وأخر ما تفشى في العالم فيروس كورونا كوفيد19، ويعتبر من الحالات الفجائية فإذا ما انتشر في منطقة يغلب على ساكنتها خوف الموت فتكون لتصرفاتهم حكم مريض الموت، وقد أدى تفشي هذه الجائحة بفرنسا إلى تسارع مواطنيها إلى القيام بهبات ووصايا، حيث تلقت مكاتب التوثيق بها إلى عدد كبير من الوصايا، مما استدعى إلى فتح مكاتب التوثيق بقرار من الحكومة استجابة لطلبات المواطنين[1]، وحتى بالجزائر فقد تهافت مواطنين إلى إبرام تصرفات تبرعية وأغلبها هبات لم يكونوا ليقوموا بها لولا جائحة كورونا.

وقد أضاف الفقهاء حالات عديدة لأشخاص أصحاء تأخذ تصرفاتهم حكم تصرفات مرضى الموت، كالذي ركب البحر و كان ساكنا فليس بمخوف، وإن تموج واضطرب وهبت الريح العاصف وخيف الغرق فهو مخوف[2]، وكذلك المرأة الحامل إذا أتاها الطلق فما فعلته في تلك الحالة يعتبر من ثلث مالها وإن سلمت من ذلك جازما فعلته من ذلك كله[3]،واعتبرت المادة 930 من مجلة الأحكام الشرعية الحامل عند المخاض حتى تنجو من نفاسها في حكم المريض مرضا مخوفا[4].

ولكن مع تطور العلم لا يتصور خطورة وغلبة خوف الموت في عدة حالات ذكرها الفقهاء وبالنتيجة يستبعد معها إلحاق الشخص بمريض الموت، كحالة المرأة الحامل حيث تيسرت طرق الوضع وتدنت نسبة وفيات النساء الحوامل عند المخاض، واستحدثت حالات أخرى في الوقت الحاضر لم تكن معروفة في العصر الماضي مثل المقدم على السفر في مركبة فضائية أو غواصة بحرية إذ يكون الشخص بحكم الصحيح فإذا ظهر عطل مهم في المركبة أو الغواصة يكون في حكم مريض مرض الموت، أوفي منطقة كوارث، أو انهيارات أرضية ضخمة[5].

أما التشريع الجزائري فلم يذكر الملحقون بمرض الموت، وإنما ذكر في المادة 204 من قانون الأسرة على الحالات المخيفة التي جاء فيها (الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية)، دون أن يوضحها، وحتى القضاء الجزائري لم يبينها ولم يتطرق إليها إلا في قرارات قليلة، ولم يفرق بينها وبين مرض الموت كالقرار رقم197335 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث بتاريخ

---

(1)التوثيق في مواجهة كوفيد 19، مقال منشور على صفحة مجموعة خبايا التوثيق، نقلا عن الأستاذ/ بوجملين عبد السلام موثق بسطيف، (اطلع عليه يوم 2020/03/27، الساعة الثانية وأربعين دقيقة).

(2) الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ص7.

(3)أحمد بن يحي بن المرتضى، **البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار**، ج5، د ط، السنة المحمدية، القاهرة، 1969، ص508.

(4)مجلة الأحكام الشرعية، مرجع سابق، ص 319.

(5)سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 505.

1998/06/16[1]، ولم تشير أغلب التشريعات العربية إلى الأصحاء الملحقون بمرضى الموت إلا القانون الأردني الذي ذكرها في المادة 543[2].

أما بالنسبة للتشريع الجزائري فكان عليه توضيح المقصود بالحالات المخيفة، تمييزا لها عن الأمراض فلا يستقيم اعتماد معيار الأمراض الخطيرة كحالات مخيفة طالما أن المادة 204 ذكرت الهبة في مرض الموت بصفة مستقلة عن الحالات المخيفة، والأرجح المقصود بها الحالات الفجائية التي تجعل الإنسان يعتقد أن الموت قريبة الاحتمال.

الفرع 3: أساس تقييد تصرفات مريض الموت

الأصل حرية التصرف في الملكية العقارية، لكنها ليست مطلقة فهي مقيدة بحق الدائنين و الخلف العام الذي اكتسبه من القانون، لذلك نظمت الشريعة الإسلامية والتشريعات القانونية ومنها التشريع الجزائري تصرفات الشخص بضوابط حفاظا على مصلحة من يتعلق حقوقهم به، ويعتبر مرض الموت من الحالات التي تغل فيها يد صاحبه عن التصرف المطلق في ماله.

حيث ألحق تصرفات مريض الموت بحكم الوصية فأحال على النصوص القانونية التي تنظمها من حيث القدر المسموح الإيصاء به، والموصى له، فتنشأ التصرفات المبتغاة كما ارتضاها وتنتهي وصية حكما إذا ما طعن ذوي الشأن فيها وأثبتوا أنها أبرمت في مرض الموت.

فالتصرفات المنجزة الصادرة من المورث حال حياته تعتبر صحيحة ولو ترتب عليها حرمان الورثة كلهم أو بعضهم من الميراث أو المساس بأنصبتهم فيه[3]، ومثالها الهبة تكون وقت إبرامها صحيحة نافذة ولو صدرت أثناء مرض الواهب، فإذا شفي بقيت صحتها وإلا أصبحت غير نافذة في حق ورثته بعد موته[4]، إذ العلة في تقييد تصرفات مريض الموت تعلق حق الدائنين والورثة بماله، لكن لابد من التفرقة بين حاجات المريض مرض الموت الشخصية الخارجة عن دائرة المنع وبين التصرفات التي تمس بحق من تعلقت حقوقهم بماله والتي يكون التصرف فيها موقوف النفاذ إلا بإقرار الورثة والدائنين[5]، والتي يتم التفصيل فيها على النحو الأتي:

الفقرة1: تعلق حق الدائنين والخلف العام بمال مريض الموت

للمريض مرض الموت أثناء مرضه التصرف في أملاكه وليس لأحد عليه من سلطان وإنما يكون للورثة والدائنين الاعتراض على تصرفاته بعد الوفاة إذا تجاوزت الحد المقرر شرعا وقانونا فتكون موقوفة على

(1) المجلة القضائية، لسنة 2001، عدد خاص، ص281.

(2) نصت المادة 2/543"‥ يعتبر في حكم مرض الموت الحالات التي يحيط بالإنسان فيها خطر الموت ويغلب في أمثالها الهلاك ولو لم يكن مريضا"، للتفصيل يراجع د. سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 503.

(3)د. أنور طلبة، **عقد البيع في ضوء قضاء النقض**، د ط، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1985، ص 77.

(4) د.سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 566.

(5) د. محمد بن أحمد تقية، مرجع سابق، ص 122.

إجازة الورثة، ومادام المرض لا يتبين مرض موت إلا إذا اتصل به فعلا فليس للورثة الاعتراض قبل تحقق السبب المنشئ لحق الاعتراض، وكذلك الدائنين ليس لهم الحق في أموال المريض إلا إذا ثبت أن المرض مرض موت[1]، لذلك كان لزاما حماية دائني المتبرع و خلفه العام.

فالمريض إذا تبرع بماله يقصد نقل المال إلى غيره بعد موته لا في المدة المحدودة القصيرة التي تقدر له الحياة فيها ولا يستطيع أحد أن ينقل ماله بعد موته بتصرف إرادي إلا إذا كان ذلك عن طريق الوصية بقيودها المعروفة[2]، لذلك تعلق حق الغرماء والورثة بمال مريض الموت لا يثبت بوفاته وإنما منذ المرض[3]، و لكن يقدم حق الدائنين على حق الورثة فالمال المستغرق بالدين لا يثبت فيه ميراث حتى يسدد الدين، وفقا لقاعدة " لا تركة إلا بعد سداد ديون"، التي أخذ المشرع الجزائري بها في المادة 180 من قانون الأسرة التي تنص على (يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي:

1-مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع.

2- الديون الثابتة في ذمة المتوفى.

3-الوصية...)

فأموال المدين جميعها ضامنة لديونه، ولا يسوغ للمدين الاحتجاج بتصرفه التبرعي على الدائن طبقا للمادة 192 من القانون المدني، ويكون للدائن كما للوارث الحق في طلب عدم نفاذ التصرف وفقا لمقتضيات المادة 191 من القانون المدني، وقد كرست المحكمة العليا هذا في القرار رقم 09580066 الصادر عن غرفة شؤون الأسرة والمواريث في 2016/03/09 الذي جاء في مبدئه" عقد *الهبة المحرر من الزوج الواهب لزوجته بعد حلول أجل الدين المنصب على عقار داخل في أصول المدين الضامنة للوفاء بالدين، يعد تصرفا ضارا بالدائن يحق له المطالبة بعدم نفاذه*."[4]، وكذلك القرار رقم 799759، الصادر عن الغرفة العقارية في 2013/11/13 وجاء في حيثياته". وحيث أن *التصرف بالهبة جاء تاليا لحلول أجل الدين*، والمبدأ القانوني المنصوص عليه بالمادة 188 من القانون المدني، وأن المبدأ القانوني الأخر المنصوص عليه بالمادة191 من القانون المدني أن لكل دائن حل دينه وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم النفاذ.."[5].

وألحق التشريع الجزائري تبرعات مريض الموت بالوصية فلا تنفذ في أزيد من الثلث إلا بإجازة الورثة، الذي يثبت لهم هذا الحق بوفاة مورثهم طبقا للمادة 127 من قانون الأسرة التي نصت على(يستحق

---

(1)الإمام محمد أبو زهرة، **أحكام التركات و المواريث**، د ط، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976، ص 12.

(2)محمد بن أحمد تقية، (مرجع سابق)، ص 123 * د. عبد الرزاق السنهوري، (البيع والمقايضة)، مرجع سابق، ص 323.

(3)محمد أبو زهرة، (أحكام التركات والمواريث)، مرجع سابق، ص 14.

(4) قرار غير منشور، مشار إليه ب: حمدي باشا عمر،(القضاء العقاري)، مرجع سابق، ص309.

(5)المجلة القضائية، لسنة 2013، عدد 2، ص 311.

الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي)، متى استوفوا شروط استحقاق الإرث طبقا لأحكام المادتين 128 و135 من قانون الأسرة، فأي تصرف بقصد التبرع فيما يجاوز ثلث التركة ليس باطلا أو قابل للإبطال، وإنما يكون موقوف النفاذ إلا بإقرار الورثة، فإن لم يكن له ورثة نفذ التصرف في المال كله[1].

ومما تقدم يتبين أنه على الرغم من وحدة الهدف الذي يسعى إليه القانون فإنه لم يخول للدائن بنص خاص ما خوله للوارث من الاعتراض على تصرفات مريض الموت[2]، ويبقى على الدائن الاحتكام للقواعد العامة التي تعطي له هذا الحق متى أثبت أن التصرفات ضارا به.

الفقرة 2: التحايل على أحكام القانون

نظم المشرع الجزائري أحكام الميراث والتركات في الكتاب الثالث من قانون الأسرة من المواد 126 إلى 184 واستمدها من الشريعة الإسلامية وجعلها من النظام العام، غير أن فئة من الناس يتهربون من أحكامه ومن هؤلاء من يكون في مرض الموت.

فالعلة من تقييد تصرفات مريض الموت هو حماية للدائنين وورثته لئلا يعبث بحقوقهم فيغني أحدهم ويحرم الباقي من حق يستمده من الشرع والقانون، فلا يملك جبرا إلا الميراث، رغم أن الشارع الحكيم أجاز التصدق بثلث المال بضوابط عادلة حتى لا يلجأ الشخص إلى قسمة تركته وفقا لأهوائه[3].

وأكثرما يشيع في الحياة العملية قيام الشخص حال مرض الموت بحرمان ورثة شرعيين من نصيبهم، كحال من له البنات فقط فيعمد إلى التبرع بماله لهن في صورة بيع منجز حتى يمنع عصبته من نصيبهم

يري المالكية، الحنفية والحنابلة أنه لا تركة إلا بعد سداد ديون، أما الشافعية فيرون أن التركة تثبت للورثة فور وفاة مورثهم سواء كانت مستغرقة بالدين أو غير مستغرقة مستندين على حديث الرسول صل الله عليه وسلم" من ترك مالا فلورثته" وفي رواية أخرى" من ترك مالا أو حقا فلورثته" و فرقوا بين حالتين:

1/ حالة استغراق التركة بالديون:

سواء سددت الديون أولم تسدد فحق الدائنين في هذه الحال أن تسلم قيمتها لهم وكل تصرف حدث في أثناء المرض لا يمس القيمة في جملتها فهو نافذ وإن لم يجيزوه، وكل تصرف يمسها فهو غير ملزم لهم ولهم نقضه بعد وفاته، وذهب بعض الفقهاء إلى عدم انتقال التركة للخلف لأن الذمة المالية للسلف مشغولة بالدين.

2/ حالة عدم استغراق التركة بالدين:

في هذه الحالة إذا كان تبرع مريض الموت يمس ثلثا التركة فإنه قابل للنقض بعد وفاته من طرف الورثة أو يتوقف نفاذه على إجازتهم، و ينتقل المتبقي من التركة بعد سداد الديون إلى الورثة" للتفصيل ينظر الإمام محمد أبو زهرة، (أحكام التركات والمواريث)، مرجع سابق، ص12.عبد الحميد عثمان، أثر الموت على حق الدائنية، على الموقع www.https://avocatalgerie.alafdal.net، ص63 (اطلع عليه يوم 2020/05/17 الساعة التاسعة).

(1) أحمد محمد علي داود، **القضايا والأحكام في المحاكم الشرعية**، ج 2، د ط، دار الثقافة، عمان، 2009، ص 283-284* محمد بن أحمد تقية، مرجع سابق، ص 123.

(2) عبد الحميد عثمان، مرجع سابق، ص79.

وجدير بالذكر أن فقهاء المسلمين اختلفوا في تكييف حق الورثة، فمنهم من اعتبره حق ملكية كامل في الثلثين المتبقين من التركة، وحسبهم لو كانت ملكية المورث ثابتة لنفذ تبرعه في أزيد من الثلث دون إجازة الورثة، أما المتأخرين فقالوا بأن الحق المقرر للورثة حق خلافة لأن التصرفات الصادرة من المورث حال حياته وهو بكامل أهليته لا يتقرر للوارث إجازتها أو نقضها إلا بعد الموت ويثبت لهم الحق في أموال مريض الموت متى أثبتوا أن تصرفه كان حال مرضه المتصل بالموت. للتفصيل ينظر الإمام محمد أبو زهرة، (أحكام التركات والمواريث)، مرجع سابق، ص14.

(3)د. محمد بن أحمد تقية، مرجع سابق، ص125.

المفروض متجاوزا بذلك قواعد التوريث ومثالها الهبة المستترة أو هبة ملك الرقبة مع الاحتفاظ بحق الانتفاع والحيازة مدى الحياة.

فأي اتفاق ينطوي على التصرف في حق الإرث قبل انفتاحه لصاحبه أو استحقاقه إياه يؤدي إلى المساس بحق الإرث في كون الإنسان وارث أو غير وارث وكونه يستقل بالإرث أو يشاركه فيه غيره هو اتفاق مخالف للنظام العام يعد تحايلا على قواعد الإرث و يقع باطلا بطلانا مطلقا لا تلحقه إجازة ويباح إثباته بكافة طرق الإثبات ولو كان الوارث طرفا في الاتفاق[1] طبقا للمادة 92 من القانون المدني التي نصت على (.. غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون)، و قد عمل القضاء الجزائري على تطبيق هذه الأحكام في عدة قرارات منها القرار رقم10365 الصادر عن الغرفة العقارية في 1994/11/09، وجاء في مبدئه " التصرف على أساس الهبة المنفذة بعد وفاة المورث في تركته يأخذ حكم الوصية."[2]

ونخلص مما ذكر أن القاعدة التي تحكم تصرفات مريض الموت هي عدم جواز الإضرار بالغرماء والورثة لذلك ألحقها المشرع الجزائري بالوصية، ويقع على القضاء تكييف الحالة التي تصرف أثنائها الشخص وعلى الوارث والدائن إثبات أن التصرف وقع حال مرض الموت حتى يستفيد من الحماية القانونية له.

المبحث الثاني: تكييف مرض الموت و إثباته

يعتبر تكييف مرض الموت مسألة جوهرية يتعين على القضاة التأكد منها بصفة دقيقة للفصل في النزاع وذلك من خلال الأدلة و القرائن التي تثبت الحالة الصحية للمتصرف، ومن خلال هذا المبحث المقسم إلى مطلبين نتعرض في المطلب الأول لتكييف مرض الموت ثم إثباته في المطلب الثاني.

المطلب الأول: تكييف مرض الموت

كل التصرفات الصادرة عن الشخص حتى تقع صحيحة منتجة لآثارها ومنشئة للمراكز القانونية لا بد أن تتوافر لديه الأهلية، ولطالما ارتبط مرض الموت بها فاعتبره البعض أنه يعيب الإرادة، ومنهم من جعل لتصرف مريض الموت حكم ناقص الأهلية ومنهم من أخرجه من دائرة التمييز والإدراك وعده حالة مرضية[3] وللتعرف على الإطار القانوني لمرض الموت، نخص بالدراسة في الفرع الأول التكييف الشرعي له، والفرع الثاني التكييف القانوني.

الفرع الأول: التكييف الشرعي لمرض الموت

تعتبر الشريعة الإسلامية هي المصدر التي استقت منه عدة قوانين أحكامها فيما يخص مرض الموت،

---

(1)د.عبد المنعم فرج الصدة، شرح القانون المدني الأردني، **الحقوق العينية الأصلية أسباب كسب الملكية والحقوق المشتقة من حق الملكية**، ج 2، د ط، دار الثقافة، الأردن، 1974، ص 842.

(2) نشرة القضاة، المحكمة العليا، الجزائر، لسنة 1997، عدد 51، ص 67.

(3)محمد بن أحمد تقية، مرجع سابق، ص 122.

فهي لم تحد من عقود المريض مرض الموت وتصرفاته لانعدام أهليته أو نقصها[1]، واعتبر الفقهاء أنه يصح التصرف من كل بالغ عاقل مختار غير محجور عليه لحق نفسه كالسفيه أو لحق غيره كالمدين[2]، وأكدوا أن آفة العقل تؤثر في الأهلية وهي مناط صحة التصرف و بطلانه بخلاف آفة الجسم[3]، وذهبوا أن الإنسان إذا مرض مرضا مخوفا أو اتصل به الموت اعتبر في حكم الميت لقيام سبب العجز به، فلا يقدر على السعي كما كان حال صحته، وبهذا تضعف ذمته عن تحمل ما عليه من ديون لغيره فيتعلق حق الدائنين بماله ويتعلق حق الورثة بذلك المال أيضا[4].

لذلك اعتبروا مرض الموت ينقص من أهلية الأداء لضعف ذمة صاحبه وتعلق حق الغرماء بأمواله و قرب انتقال ملكيته إلى الورثة فتحد تصرفاته ويكون محجور عليه شرعا فتصح تصرفاته التي لا تمس حقوق الدائنين ولا الورثة وإنما الحجر عليه كان لأمر خارج عن الأهلية[5]، أما إذا كان عقل المريض أيف بسبب المرض أو بسبب آخر فإن التصرفات في هذه الحالة لا تعتبر تصرفات مريض بجسمه وإنما تعتبر تصرفات مؤوف بعقله فتطبق عليه أحكام تصرفات المجنون و المعتوه بصرف النظر عن مرضه[6].

ويجوز الحجر على مريض الموت لحق الورثة في تبرعاته فيما زاد عن ثلث التركة حيث لا دين، أي أن حكم تبرعاته كحكم وصيته تنفذ في الثلث وتكون موقوفة عن إجازة الورثة في الزائد عن الثلث، فإذا برئ من مرضه صح تبرعه، فإذا استغرقت الديون جميع التركة حجرعليه جميع تصرفاته دون النظر إلى الثلث رعاية لحقوق الدائنين والورثة[7].

أما تصرفات المريض لحاجاته الضرورية وأسرته فهي نافذة دون إجازة أحد، فإذا شفي المريض من مرضه ولو برهة من الزمن نفذت جميع تصرفاته التي صدرت عنه ولا اعتراض لأحد من الدائنين والورثة على شيء مما صنعه وذلك لزوال العلة التي أوجبت الحجر عليه[8].

الـفرع الثاني: التكييف القانوني لمرض الموت

العقد عملا قانونيا قوامه الإرادة يكون التراضي فيه صادر من ذي أهلية[9]، ولم يختلف موقف فقهاء القانون عن الفقهاء الشرعيين في اعتبار مريض الموت لا يفقد أهليته ولا تنتقص، فمادام حي حافظ لقواه

---

(1) رشاد السيد ابراهيم عامر، **تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري مقارنة بالشريعة الإسلامية والقوانين الأخرى**، بحق للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1989، ص52- 53)

(2) وهبة الزحيلي، (**موسوعة الفقه الإسلامي و القضايا المعاصرة**، ج 5، ط3، دار الفكر، دمشق، 2012، ص 268.

(3) الشيخ احمد إبراهيم بك، إعداد المستشار واصل علاء الدين إبراهيم بك، **التركة والحقوق المتعلقة بها المواريث والوصية و تصرفات المريض مرض الموت**، د ط ، د م ن، ص 108.

(4) المستشار عزت كامل، **الوجيز في تصرفات المريض مرض الموت**، د ط، دار الفكر القانوني، مصر، 2007، ص 13- 16.

(5) وهبة زحيلي،(الوصايا والوقف في الفقه الاسلامي)، مرجع سابق، ص114.

(6) عزت كامل، مرجع نفسه، ص 35-36.

(7) وهبة الزحيلي،(**موسوعة الفقه الإسلامي و القضايا المعاصرة**)، ج 5، مرجع سابق ، ص 328- 329.

(8) مرجع نفسه، ص 296.

(9) حماداش مقران، **البطلان في القانون المدني**، د ط، دار الأمل، الجزائر، 2018، ص27.

العقلية فإنه يبقى متمتعا بأهليته الكاملة إلى آخر لحظة من حياته ولو وقع أن المرض أفقده التمييز فإن التصرف الذي يصدر منه يكون باطلا لانعدام التمييز[1]، فحالة مرض الموت هي حالة خاصة لا علاقة لها بالأهلية ولا بعيوب الرضا[2]، وإنما يرجع تقييد التصرف في مرض الموت إلى حق الورثة بأموال المريض من وقت المرض[3].

غير أنه ينبغي التفرقة بين وجود الرضا وسلامة الرضا، فالرضا الغير السليم يكون مشوب بعيوب الغلط، الإكراه، التدليس والاستغلال ويكون نتيجتها العقد قابل للإبطال من طرف المتعاقد نفسه فإرادته تكون موجودة لكنها معيبة صادرة من شخص غير حر أو على غير بينة من أمره[4]، أما التصرف الصادر من إرادة معدومة هي التي يفتقد صاحبها التمييز كالمجنون والصبي الغير مميز فلا عبرة ولا أثر لتصرفه لأنه باطل أصلا[5]، و يرى شارحي القانون أن حكم التصرف في مرض الموت يختلف باختلاف تأثيره على إرادة الشخص فإذا كان له تأثير يصل إلى درجة العته والجنون فإن التصرف لا يعتد به ويكون باطلا لانعدام الرضا، و أما التأثير المعيب للإرادة فيكون بشعور المريض بدنو الأجل الباعث على عدم الاكتراث بالآثار المترتبة على تصرفاته المالية، فله طبيعة خاصة تتميز على عيوب الإرادة المعروفة في القواعد العامة فإذا برئ الشخص صح تصرفه ولا اعتراض لخلفه عليه[6]، و قد أدرج المشرع الجزائري مرض الموت في القانون المدني ضمن البيوع الخاصة من خلال المادة 408، و ينبغي التنويه أن النص الفرنسي للمادة أخضع مريض الموت للنظرية العامة للعقد التي تستوجب توافر الرضا في الشخص الراشد الذي يتمتع بأهلية كاملة[7]، والتي ذكرت فيها عبارة "غير مصادق عليه" التي فسرها بعض شارحي القانون بعدم النفاذ واعتبروها مصطلح غريب على أحكام القانون المدني وغير قانوني لم يذكر في جل التشريعات[8].

وقد تأرجح الاجتهاد القضائي في تكييف تصرفات مريض الموت، حيث اعتبرت بعض القرارات أن مرض الموت عارض من عوارض الأهلية، أبرزها القرار رقم 33179 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية في 1984/07/09[9] المشار إليه سابقا، الذي واكب صدور قانون الأسرة حيث استوجب فقدان المتصرف لتمييزه كشرط لمرض الموت، في حين احتكمت قرارات أخرى إلى الفقه الإسلامي الذي جعل لمريض

---

(1)عبد الرزاق السنهوري،(البيع والمقايضة)، ج4، مرجع سابق، ص323.
(2)علي فيلالي، **العقود الخاصة البيع**، د ط، موفم للطبع، الجزائر، 2018 ، ص 73.
(3)عبد الرزاق السنهوري (البيع والمقايضة)، ج4، مرجع سابق، ص 323.
(4)نبيل صقر، مرجع سابق، ص21.
(5)محمودي عبد العزيز، مرجع سابق، ص95.
(6)عبد الحميد عثمان، مرجع سابق، ص 24.
(7) فطيمة نساخ، مقال سابق، ص 438.
(8) علي علي سليمان، **ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري**، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص129.
(9) القرار رقم 33179، المذكور سابقا، ص 14.

الموت أحكام استثنائية خاصة، منها القرار رقم 283817 المؤرخ في 2004/07/21 السابق ذكره، الذي لم يعتبر فقدان المريض لقدراته العقلية مرض موت[1]، وكذلك القرار رقم 41111 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث بتاريخ 1986/05/05 الذي ورد فيه " من المقرر شرعا وقانونا بأنه يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل وإن صدر تصرفه في مرض الموت.."[2].

وعليه فإن تقرير قابلية العقد للبطلان في المادة 408 من القانون المدني حتى و إن اعتبره بعض شارحي القانون بطلان من نوع خاص يهدف إلى تقييد الشخص في التصرف في أمواله لمصلحة الورثة[3] فهو لا يتماشى وأحكام البطلان المقررة بالمادة 99 من القانون المدني[4]، وفي رأي مجانبا للصواب لأن مرض الموت لا يندرج ضمن عيوب الإرادة ولا عوارض الأهلية، كما أن قابلية العقد للبطلان حق يتمسك به لمن تقرر لمصلحته فقط، والمصلحة انتهت بوفاة المريض، ولا يمكن أن نكون أمام مرض الموت إذا لم تتحقق الموت فعلا[5]، فضلا أن التصرفات التبرعية لناقص الأهلية باطلة بطلانا مطلقا طبقا لأحكام المادتين83 و 85 من قانون الأسرة غير قابلة للإجازة لأنها صادرة من إرادة معدومة أصلا، في حين أقر قانون الأسرة تبرعات مريض الموت في المادة 204 من قانون الأسرة وألحقها بالوصية تأسيا بالفقه الإسلامي و حتى في المادتين 776 و777 من القانون المدني.

وتأسيسا على ما تقدم فإن مرض الموت لا يرادف فقدان الأهلية ما لم يضعف القوى العقلية للشخص، لكنه لا يعدو أن يكون حالة نفسية تصيب المريض بسبب غلبة الهلاك في المرض، فمتى توافرت شروطه التي حددها فقهاء المسلمين وثبت تبرع الإنسان خلاله، كان تصرفه صحيحا وعد وصية.

المطلب الثاني: إثبات مرض الموت

الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتب آثارها[6]، وإثبات مرض الموت أمر بالغ الأهمية يتوقف عليه نفاذ تصرفات مريض الموت، وسواء في الشريعة الإسلامية أو القوانين الوضعية فهو واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات، وبناء عليه قسمنا المطلب إلى فرعين، الأول يخص عبئ الإثبات والثاني يعالج طرق الإثبات.

(1) القرار رقم 283817، المذكور سابقا، ص 15.
(2) قرار غير منشور، مشار إليه ب:بلحاج العربي، **مبادئ الاجتهاد القضائي**، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 191.
(3) حوحو يمينة، **عقد البيع في القانون الجزائري**، ط1، دار بلقيس، الجزائر، 2018، ص210.
(4) تنص المادة 99 من القانون المدني على "إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق".
(5)محمدي عبد العزيز، مرجع سابق، ص 96.
(6) حبيب إدريس عيسى، د.عباس زبون العبودي، **إثبات تصرفات المريض مرض الموت**، مجلة الرافدين، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، مجلد 16 رقم 59، سنة 2018، ص289.

الفرع الأول: عبئ الإثبات

عبئ الإثبات هو إثبات الوقائع المتنازع عليها أمام القضاء بالوسائل المقررة قانونا من الطرف المكلف بالإثبات للحصول على الحماية القانونية التي تضمن له المحافظة على حقه[1].

حيث يتمحور جوهر تقييد تصرفات مريض الموت خاصة التبرعية منها إلى تعلق حق الورثة والدائنين بأمواله، لذلك كان لزاما عليهم إثبات أن تصرفه كان في مرض الموت، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة 776 من القانون المدني(.. وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا).

وقد خص المشرع الجزائري الورثة دون غيرهم بإثبات تصرف مورثهم في مرض الموت، رغم أنه قد يتحقق حق غير الوارث بتركة مريض الموت وهو الذي تكون له مصلحة كالدائن الذي يقع عليه هو كذلك إثبات أن تصرف المدين كان حال مرض موت، ولذا كان لكل من الفريقين نقض التصرفات في مرض الموت إذا كانت ضارة بحقوقهم، ويعتبر وارث أو غير وارث وقت موت المورث حقيقة أو حكما[2]، لا وقت التصرف، أما من كان وارثا وقت التصرف وأصبح غير وارث وقت موت المورث، فلا يعتبر وارثا في هذه الأحكام[3].

وقد ألقى المشرع الجزائري عبئ الإثبات على الورثة لارتباط صفة التقاضي بمصلحة المتقاضي ولم يقيدهم حيث جعلت لهم الفقرة 3 للمادة 776 من القانون المدني قرينة قانونية على أن التصرف الصادر في مرض الموت تبرعا متى أثبتوا أن تصرف مورثهم كان في مرض موته، وعجز المتعاقد معه إثبات أن التصرف كان بعوض مساوي ثمن المثل، حيث جاء فيها(إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع مالم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه).

و تطبق القواعد العامة في إثبات تصرف المورث إبان مرض الموت، غير أنه لا يحتج على الورثة بالعقد إذا لم يكن ثابت التاريخ، ولأن الخلف امتداد للسلف فيسري في حقهم ما كان ساريا في حق مورثهم، ومن ثم لا يجوز للمتعاقدين أو خلفهم العام إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة[4] ، إلا أنه متى صدر التصرف

---

(1)د.عبد الرزاق السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الإلتزام بوجه عام آثار الالتزام)، ج2، مرجع سابق، ص13-14.

(2)أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص 142-152.

(3)د. عبد الرزاق السنهوري، (البيع والمقايضة)، مرجع سابق، ص 329.

(4) د.محمد حلمي عيسى، **شرح البيع في القوانين المصرية والفرنسية وفي الشريعة الإسلامية**، د ط، مطبعة المعارف، مصر،1916، ص 315 *محمودي عبد العزيز، مرجع سابق، 60.

في مرض الموت وأثبتوا ذلك لا يسري التبرع في حقهم وله إثبات ذلك بكافة وسائل الإثبات، ويعتبرون غيرا مع مورثهم[1]، وهو استثناء من الأصل مبني على اعتبار أن للوارث حقا شخصيا في تركة مورثه لا يستمده منه وإنما من القانون فيثبت حقه في الثلثين وتبعا لذلك لا يستطيع المورث أن يمس هذا المقدار سواء بالوصية أو أي تصرف آخر[2].

وقد حددت المادة 328 من القانون المدني حالات ثبوت تاريخ العقد العرفي حصرا حيث نصت على(لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت ويكون تاريخ العقد ثابتا ابتدائا من:

يوم تسجيله، من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام، من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص، من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط وإمضاء، غير أنه للقاضي تبعا للظروف رفض تطبيق هذه الأحكام فيما يخص المخالصة).

وينبغي التنويه بأن إعطاء المشرع لحجية العقد العرفي الثابت التاريخ بموجب المادة 2/776 من القانون المدني المدرجة في القسم الثاني من الفصل الثاني الخاص بطرق اكتساب الملكية لا يستقيم مع قاعدة الرسمية التي فرضها في التصرفات الناقلة للملكية العقارية، بدئا من الأمر 91/70 المنظم لمهنة التوثيق[3]، في المادتين 12 و13 منه و التي تم إدراجهما بالمادة 324 مكرر 1 بموجب تعديل القانون المدني سنة 1988 بعد إلغاء الأمر السابق الذكر، حيث نصت على(زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أوكل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها،أو عقود إيجار تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية، أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد).

---

(1) د.سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 569-570.

(2) د. رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 197. * محمودي عبد العزيز، مرجع سابق، ص 60.

تجدر الإشارة أن المادة 916 القانون المدني المصري تقابل المادة 776 من القانون المدني و تنص على " كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصود به التبرع، يعتبر تصرفا مضافا لما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف.

وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم، وهو في مرض الموت، ولا يحتج على الورثة بسند التصرف إلا إذا كان ثابت التاريخ"، للتفصيل يراجع عبد الرزاق السنهوري،(البيع و المقايضة)، مرجع سابق، ص 326 يراجع د. سليمان مرقس، مرجع سابق، ص566*.

و كذلك المادة 1128 من القانون الأردني التي جاء فيها" كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصود به التبرع، يعتبر تصرفا مضافا لما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا بجميع الطرق أن التصرف قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت، ولا يحتج على الورثة بسند التصرف إلا إذا كان ثابت التاريخ ثبوتا رسميا." للتفصيل يراجع د.إياد محمد جاد عبد الحق، مقال سابق، ص 525.

(3) ينظر الأمر 91/70 الصادر في 1970/12/15 الخاص بالتوثيق، الذي دخل حيز التطبيق في1971/01/01، ج رعدد 107 لسنة 1970، الملغي بالقانون 27/88 الصادر في 1988/06/02، ج ر عدد 28 لسنة 1988 ، الملغى بالقانون 02/06 الصادر في 2006/02/20، ج ر عدد 14 لسنة 2006.

فضلا لما تضمنه الأمر 75-74 الخاص بإعداد المسح العام وتأسيس السجل العقاري، الذي أوجب المشرع من خلاله إستيفاء إجراءات الشهر العقاري عند التصرف في الملكية العقارية إضافة للرسمية، حيث نصت المادة 16 منه على(إن العقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقة العقارية)[1].

وفي نفس المسار جاء القانون 90-25 الخاص بالتوجيه العقاري بفرض الرسمية وإجراءات الشهر العقاري في الملكية العقارية في المادة 29 التي نصت على(يثبت الملكية الخاصة للأملاك العقارية والحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري)[2]، وترتيبا عليه فإن العقود العرفية الصادرة بعد 1970/01/01 تعد باطلة ولا تنتج أي أثر، أما الصادرة قبل هذا التاريخ يجب أن تستكمل إجراءات التسجيل لتكون ثابتة التاريخ طبقا للمادة 328 من القانون المدني، وقد ألغي هذا الإجراء بموجب قانون المالية لسنة 1992، حيث يمنع مفتشو التسجيل القيام بتسجيل المحررات العرفية طبقا للمادة 63 منه[3].

وحتى بالرجوع إلى الاجتهاد القضائي ظلت المحكمة العليا تكرس حجية العقود العرفية في الملكية العقارية شأنها شأن العقود الرسمية إلى غاية 1997/02/18 صدور القرار رقم156136 الذي اجتمعت فيه المحكمة العليا بجميع غرفها، وورد في حيثياته" حيث أن الشكل الرسمي في عقد البيع، شرط ضروري لصحته، وأن تحرير عقد البيع في شكل آخر يخالف القانون ويؤدي إلى بطلان العقد"[4].

وتأسيسا على ما ذكر يكون موقف المشرع الجزائري بالاعتداد بالعقد العرفي الثابت التاريخ في المادة 776 في غير محله و مجانب للصواب، فكان عليه تعميم الأحكام القانونية عند سنها، خاصة وأن الأمر 75-74 صدر تزامنا مع القانون المدني.

أقام المشرع الجزائري قرينة قانونية على أن التصرف تبرع متى أثبت الوارث أن مورثه تصرف في مرض الموت ولم يثبت المتعاقد معه أن التصرف معاوضة بغير محاباة، باتخاذ كافة طرق الإثبات[5] التي نستعرضها فيما يلي:

---

(1) ينظر الأمر 75-74، يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الصادر في 1975/11/12 المعدل والمتمم، ج ر عدد 92 لسنة 1975 المعدل والمتمم بالقانون 2017-11، مؤرخ في 2017/12/27 المتضمن قانون المالية لسنة 2018، ج ر عدد 76، المعدل والمتمم بالقانون 18-18 المؤرخ في 2018/12/30 المتضمن قانون المالية لسنة 2019، ج رعدد 79 لسنة 2018.

(2) ينظر القانون 90-25 ، مؤرخ في 1990/11/18، المتضمن التوجيه العقاري،ج ر عدد 49 لسنة 1990، المعدل والمتمم بالأمر 95-26 المؤرخ في 1995/09/25، ج ر عدد 55 لسنة 1995 .

(3) تنص المادة 63 من القانون 91- 25، المتضمن قانون المالية لسنة 1992 الصادر في 1992/12/16، ج ر عدد65 " يمنع مفتشو التسجيل القيام بإجراء تسجيل العقود العرفية".

(4)مجلة المحكمة العليا، سنة 1997، عدد1، ص 10.

(5)محمد بن أحمد تقية، ص 124.

الفرع الثاني: طرق إثبات مرض الموت

مرض الموت واقعة مادية متى توافرت شروطه، كان للخلف والغرماء اتخاذ جميع الوسائل لإثباته وفقا لحرية الإثبات التي أقرتها الفقرة الثانية من المادة 776 من القانون المدني وكرستها قرارات المحكمة العليا أهمها القرار رقم 41111 الصادر في 1986/05/05 والذي جاء فيه"... ويجب على الورثة أن يثبتوا أن الهبة قد صدرت من مورثهم وهو في مرض موته ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق"[1] المذكور سابقا، وقد نظم المشرع الجزائري وسائل الإثبات في الفصل الأول من الباب السادس من القانون المدني من خلال المادة 323 وما بعدها، لذلك سيتناول هذا الفرع بالدراسة طرق إثبات مرض الموت وأهمها الأدلة الطبية والقرائن بأنواعها القانونية، القضائية والطبيعية، و شهادة الشهود.

الفقرة 1: الأدلة الطبية

تعد الأدلة الطبية من خبرة وشهادات أهم الوسائل على الإطلاق لإثبات مرض الموت، فالخبرة المنجزة من طرف أطباء مختصين بناء على حكم قضائي تثبت العلاقة السببية بين المرض والموت بصفة علمية محضة، وهي وسيلة أقرتها عدة تشريعات ومنها التشريع الجزائري الذي نظم أحكامها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث نصت المادة 125 على(تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي)[2]، حيث يستعين القاضي بها لاستكمال قناعته[3]، ولأن مرض الموت من المسائل الفنية الدقيقة التي قد يختلف فيها ذوي الاختصاص أنفسهم فإن القضاة يستندون على الخبرة الطبية بصفة أولية ويرجحونها على طرق الإثبات الأخرى، حيث ورد في القرار رقم 273529 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث للمحكمة العليا في 2002/02/13 " يثبت المرض العقلي الذي يبطل التصرف القانوني(هبة) بخبرة طبية صادرة عن طبيب مختص وليس بشهادة الشهود"[4]، كما أنه أكثر ما يثبت الحالة الصحية للمريض الشهادات الطبية في أواخر أيامه، و قد أكد ذلك القرار رقم219901 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث للمحكمة العليا المؤرخ في 1999/03/16 وورد في حيثياته".. حيث أن الطاعن قد أثبت أن الهبة موضوع النزاع قد وقعت في مرض الموت سواء من ملاحظة الموثق نفسه أو من التقرير الطبي.."[5].

---

(1) القرار رقم 41111، المذكور سابقا، ص 34.
(2) ينظر القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المؤرخ في 2008/02/25، ج ر عدد21 لسنة 2008.
(3)حبيب إدريس عيسى، د.عباس زبون العبودي، مقال سابق، ص278.
(4)المجلة القضائية، سنة2003، عدد2، ص289.
(5) مجلة الاجتهاد القضائي، سنة 2001، عدد خاص، ص287.

و قد يكتفي القضاة بإجراء تحقيق بسماع الطبيب[1] المعاين وهذا يغنيهم عن الشهادات الطبية.

الفقرة 2: القرائـــن:

القرينة هي استنباط أمر غير ثابت مجهول من أمر ثابت معلوم على أساس أنه غالبا ما يتحقق الأمر الأول إذا ما تحقق الأمر الثاني من الناحية العملية[2]، و تعتبر من وسائل الإثبات التي أقرها القانون المدني في الفصل الثالث من الباب السادس من خلال المواد 337 إلى 340، والقرائن على أنواع ثلاث، قانونية نص عليها القانون، قضائية يستنبطها القاضي من الدعوى أو طبيعية ومثالها أن يثبت وفاة شخص في تاريخ معين فإنه يعد قرينة قاطعة أنه كان حي قبل هذا التاريخ[3].

و من القرائن على صدور التصرف في مرض الموت خروج المريض على كل ما يملك وقت اشتداد المرض عليه، وهو أكبر مظهر من مظاهر مرض الموت، وأن يكون العقد محررا قبل الوفاة بأيام قليلة إلا إذا وجد في الدعوى ما يدل على أن الوفاة كانت فجأة[4]، ومع ذلك قرب تاريخ التصرف من تاريخ الوفاة لا يعد قرينة على مرض موت المتصرف إلا بتوافر ما يعزز هذه القرينة، وكذلك اجتماع عدة أمراض في الشخص ذاته، و يرجع للقاضي الدور الأساسي في استنباط هذه القرائن.[5]

وقد أقر المشرع الجزائري قرينة قانونية مفادها أنه متى أثبت الورثة أن التصرف صدر في مرض الموت اعتبر تبرعا مهما كانت التسمية التي أضفيت عليه، وفي المقابل ألقى على المتصرف له عبئ إثبات خلاف ذلك أي أنه سدد ثمن المثل للمبيع.

الفقرة 3: الشهود:

يعتبر الشهود من وسائل الإثبات التي أقرها المشرع الجزائري في الفصل الثاني من الباب السادس من القانون المدني من المواد 333 إلى 336، ونظم أحكام وإجراءات سماع الشهود في قانون الإجراءات

---

(1)استعان الفقهاء المسلمون بالأطباء في تحديد مرض الموت من عدمه، حيث قال الشافعية" ولو شككنا في كونه مخوفا لم يثبت إلا بقول طبيبين عالمين حرين عدلين أي مسلمين بالغين عاقلين فلا يثبت كون المرض مخوفا أو غير مخوفا بقول نسوة ولا بقول رجل و امرأتين، وإذا كان المرض علة باطنة بامرأة لا يطلع عليها الرجال غالبا تثبت بشهادة النساء للتفصيل يراجع محتبس الدين الخطيب، **مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، ج 3، د ط، مطبعة مصطفى الباقي الحلبي، القاهرة، 1955، ص 55.

وكذلك قال الحنابلة يستحكم أهل المعرفة وهم الأطباء، وذهب الحنفية إلى اشتراط إسلام الطبيب، واختلفوا في شروط الأطباء من حيث الجنس والعدد والصفات للتفصيل يراجع كمال الدين بن الهمام، **فتح القدير**، ج 2، ط1، مطبعة الأميرية، القاهرة، 1315هـ، ص272 .

وقد جاء في المادة 928 من مجلة الأحكام الشرعية(يثبت كون المرض مخوفا بقول عدلين من أهل الطب.) للتفصيل يراجع مجلة الأحكام الشرعية، مرجع سابق، ص319.

(2)د. محمد يحي مطر، **الإثبات في المواد المدنية والتجارية**، د ط، الدار الجامعية، لبنان، 1987، ص127.

(3) حبيب إدريس عيسى، د.عباس زبون العبودي، مقال سابق، ص287.

(4) نبيل صقر، مرجع سابق، ص 17.

(5) حبيب إدريس عيسى، د.عباس زبون العبودي، مقال سابق، ص288.

اعتبر بعض شارحي القانون أنه من القرائن التي تدل على غلبة الهلاك ألا يستمر المرض أكثر من سنة فإن زاد على سنة تبين أنه مرض غير خطير و لا يغلب فيه الهلاك وتكون تصرفات المريض في هذه الحالة صحيحة، للتفصيل يراجع محمد كامل مرسي باشا، **الوصية وتصرفات المريض مرض الموت**، د ط، المطبعة العالمية، مصر، 1950، ص35.

المدنية والإدارية بالمواد 150 إلى 163، ويعد الشهود من أهم طرق إثبات الحالة الصحية للمتصرف، كما أن أغلب القرارات القضائية المشمولة بالدراسة، ومنها القرار رقم111721 الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1994/12/14 [1] الذي جاء في متنه".. فصاحب هذا المرض مقتنع هو نفسه بدنو أجله وقرب موته و هذا يشكل اضطرابا نفسيا واضطرابا جسديا يتعدى مقاومة المصاب به ويخلق شرخا في جميع أعماله وتصرفاته *وهذا التضارب والاضطراب مستفاد من قول الشاهد الثالث الذي صرح بأن الهالكة ندمت عن بيع المسكن موضوع* الخصام ولو أنه سمع من غير أداء اليمين فإن شهادته تقرب الأقصى بغير موجز"، وأكد القرار رقم 197335 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث في 1998/06/16 الذي ورد فيه".. مرض الواهب هو حالة مادية ظاهرة لا يمكن إخفائها ويجوز إثباتها بشهادة الشهود زيادة على الشهادات الطبية المحتج بها.."[2]، كما ورد في القرار رقم 237858، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث في 2000/02/22 " عندما تصرف والدهم المرحوم بإجراء عقد الهبة لصالح المطعون ضدها كان في حالة مرض الموت، وذلك بصحة شهادة الشهود[3].

ويبقى القاضي ملزما بتقصي الحالة الصحية للمتصرف ومدى توافر شروط مرض الموت في الدعوى حتى يجنب حكمه النقض ويبني اقتناعه على ما يقدمه الأطراف من أدلة تعزز مزاعمهم، وقد قضى القرار رقم 62156 الصادر عن الغرفة المدنية في 1990/07/09 بنقض قرار المجلس بسبب عدم مناقشة قضاة الموضوع الحالة الصحية للمريض وجاء فيه ".. أنه كان لابد على قضاة المجلس مناقشة الحالة الصحية التي كان عليها البائع"[4].

وفي النهاية يرجع للقاضي بعد سماع رأي الأطباء وتمحيص الأدلة تقدير ما إذا كان المرض مما يغلب فيه الهلاك عادة وهو يراعي في هذا التقرير ظروف كل دعوى على حدة بترجيح رأي أهل الاختصاص من أطباء.

---

(1) القرار رقم 111721 المذكور سابقا، ص 24.
(2)القرار رقم197335 المذكور سابقا، ص25.
(3) قرار غير منشور، مشار إليه ب: جليلي ابتسام، مذكرة سابقة، ص 21.
(4) المجلة القضائية، سنة 1991، عدد4، ص68.
(5) المجلة القضائية، قسم الوثائق والمستندات، المحكمة العليا، الجزائر،1991، عدد4، ص 68.
جاء في قرار صادر عن محكمة النقض السورية أنه " يمكن إثبات مرض الموت بشهادة الشهود" للتفصيل يراجع م.م آمال أحمد ناجي، مقال سابق، ص 39.

خلاصة الفصل الأول:

من خلال ما تقدم نخلص إلى أن مرض الموت يتميز بطبيعة خاصة فهو مرتبط أساسا بالحالة الصحية التي تعتري الشيخ والشاب على حد سواء، فهو غير محدد بمرحلة عمرية معينة للإنسان، فمتى أقعد المرض صاحبه عن إتيان مصالحه المألوفة، وكان مخوفا يغلب فيه الهلاك، وانتهى بالموت فهو مرض موت، ولا علاقة له بنقص أو انعدام الأهلية، فإذا أثر المرض على إدراك الشخص وتمييزه تسري عليه الأحكام الخاصة بعوارض الأهلية و ليس مرض الموت.

لذلك رتب عليه التشريع الجزائري أحكاما خاصة فقيد تبرعات مريض الموت دون أن يبطلها وبسط الحماية القانونية لخلفه العام والدائنين منعا لتحايله، فخول للورثة إثباته كواقعة مادية بكافة طرق الإثبات من أدلة طبية و قرائن وشهادة الشهود، وأقر لهم قرينة قانونية مؤداها أن أي تصرف يصدر من الشخص ثبت أنه في مرض الموت عد تبرعا ويلحق بالوصية حكما، إلا إذا أثبت المتصرف له خلاف ذلك بأن يقدم أنه دفع ثمن المثل.

الفصل الثاني:

أحكام التبرعات بالعقار في مرض الموت في التشريع الجزائري

الفصل الثاني: أحكام التبرعات بالعقار في مرض الموت في التشريع الجزائري

تصرفات مريض الموت تكون إما منجزة حالة أو مضافة لما بعد الموت تتراخى آثارها إلى بعد وفاته، وقد خصها المشرع الجزائري بأحكام استثنائية خاصة التبرعات الواردة على العقار، لما للملكية العقارية من أهمية في الحياة الاجتماعية، فضبط حرية التبرع بقواعد موضوعية وإجرائية أتعرض لها بالدراسة في هذا الفصل من خلال تقسيمه إلى مبحثين:

المبحث الأول: أحاكم التبرعات بالعقار المنشأة بالإرادة المنفردة في مرض الموت.

و المبحث الثاني: يخصص لحكم هبة العقار في مرض الموت في التشريع الجزائري.

المبحث الأول: أحكام التبرعات بالعقار المنشأة بالإرادة المنفردة

التصرفات التبرعية التي أقرها الإسلام وأجازها التشريع الجزائري قد تكون منجزة أو مضافة لما بعد الموت، كما قد تصدر بتوافق إرادتين كالهبة أو تنشأ بالإرادة المنفردة للشخص كالوقف والوصية، وهما محل الدراسة في هذا المبحث الذي يتفرع إلى مطلبين، يتناول المطلب الأول حكم الوصية بالعقار في مرض الموت، ويخصص المطلب الثاني لوقف مريض الموت لعقاره.

المطلب الأول: حكم الوصية بالعقار في مرض الموت في التشريع الجزائري

تعد الوصية من التبرعات الهامة في التشريع الجزائري الذي استمد أحكامها من الشريعة الإسلامية، ولمعرفة أثر مرض الموت على الوصية بالعقار، ينبغي معرفة القواعد العامة بدئا من التطرق لمعنى الوصية ثم أركانها.

الفرع الأول: تعريف الوصية

نبحث في هذا الفرع المعنى اللغوي للوصية و تعريفها الاصطلاحي في الفقه الشرعي والقانوني.

الفقرة 1: التعريف اللغوي للوصية

الوصية لغة مشتقة من أوصى إيصاء، ووصى الشيء بالشيء أي وصله ويقال أوصى الرجل ووصاه أي عهد إليه[1] في القيام بفعل أمر ما حال حياته أو بعد مماته، ويقال أوصيت له أو إليه، جعلته وصيا وهذا المعنى اشتهر به لفظ الوصاية، وتطلق أيضا على جعل المال للغير[2]، وسميت وصية لاتصالها بأمر الميت[3]، لأن الموصي لما أوصى بها وصل ما بعد الموت بما قبله في نفوذ التصرفات[4].

الفقرة 2: التعربف الاصطلاحي للوصية:

يشمل التعريف الاصطلاحي للوصية تبيين معناها في الفقه الشرعي وتعريفها قانونا.

أولا: تعريف الوصية في الفقه الشرعي:

الوصية عند الحنفية تبرع مضاف إلى ما بعد الموت[5]، أما المالكية فقالوا بأنها عقد يوجب حقا في ثلث عاقده يلزم بموته أو يوجب نيابة عنه بعده[6]، وعرفوها كذلك بأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع[7].

---

(1)الفيروز أبادي، **القاموس المحيط**، ج 4، ط 3، المطبعة الميرية، مصر، 1301هـ، ص 392.
(2)أ.د وهبة الزحيلي،(الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي)، مرجع سابق، ص 12.
(3) ابن منظور، **لسان العرب**، تحقيق على عبد الرحمن وأخرون، ج 6، دار المعارف، مصر، ص4853.
(4) د.أحمد فراج حسين، **أحكام الوصاية والأوقاف في الشريعة الإسلامية**، د ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2003، ص 11.
(5) محمد بن أحمد السرخسي، **المبسوط**، ج12، د ط، دار المعرفة، لبنان، 1993، ص47.
(6)أبو عبد الله المواق المالكي، **التاج و الإكليل لمختصر الخليل**، ج 8، ط1، دار الكتب العلمية، د م ن، 1994، ص513.
(7) الحطاب، **مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل**، ط3، دار الفكر، د م ن، 1992، ص364.

وعرف الشافعية الوصية بأنها تبرع بحق مضاف ولو تقديرا لما بعد الموت[1]، و قال الحنابلة بأنها (التبرع بالمال بعد الموت[2]).

ويتضح من خلال التعاريف المذكورة أنه رغم اختلاف الفقهاء في العبارات إلا أنهم اتفقوا في المعنى وهو التبرع المضاف لما بعد الموت.

ثانيا: تعريف الوصية قانونا

من التعاريف التي أعطيت للوصية أنها(تصرف مضاف إلى ما بعد الموت يكون للموصي بمقتضاه أن ينقل بعض ماله إلى الموصى له أو يخوله حقا يتعلق بهذا المال.)[3]

وقد نظم المشرع الجزائري أحكامها في الكتاب الرابع الخاص بالتبرعات واستهل بها الفصل الأول بدئا من المواد 184 إلى 201 من قانون الأسرة، و كذلك في القانون المدني في القسم الثاني من الفصل الثاني من الكتاب الثالث من المواد 775 إلى 777 وجعلها سببا من أسباب إكتساب الملكية، واعتبرها تبرع مضاف لما بعد الموت وميزها بأحكام خاصة من حيث القدر المتصرف فيه وصفة الموصى له، حيث عرفتها المادة 184 من قانون الأسرة بأنها(الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع.)، وهو تعريف المالكية المستمد من مواهب الجليل، والذي اعتمده القضاء في القرار رقم116375 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث للمحكمة العليا بتاريخ 1995/05/02 والذي جاء فيه" من المقرر قانونا أن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"[4]، وعده بعض شارحي القانون تعريف جامع لأنه شمل جميع أنواع الوصايا واجبة أو مندوبة وسواء بالمال أو بغيره ولفظ " تمليك" يحوي الأعيان من منقول وعقار وكذا الوصية بالمنافع من سكنى الدار أو زراعة الأرض[5].

غير أنه لم يتضح في التعريف الطبيعة القانونية للوصية إن كانت عقد أو تصرف ينشأ بالإرادة المنفردة، إلا أن النص الفرنسي للمادة (... LE TESTAMENT EST L ACTE) حدد الوصية بأنها تصرف، كما أكدت ذلك المادة 197 من قانون الأسرة بنصها (يكون القبول صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي.) و المادة 191 من قانون الأسرة التي جعلت إثبات الوصية يكون بتصريح الموصي أمام الموثق، و على نحو ما تقدم يتبين أن الوصية تصرف قانوني من جانب الموصي، ولكن إثباتها يقتضي إفراغها في عقد رسمي[6].

---

(1)زكريا الأنصاري، **أسنى المطالب في شرح روض الطالب**، ج 3، د ط، دار الكتاب الاسلامي، د م ن، د ت ن، ص29.

(2) عبد الرحمن بن قاسم النجدي، **حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع**، ج 6، ط1، دار الجيل، على موقع المكتبة الشاملة، www.shamela.ws.index.book ، (تاريخ الزيارة 2020/10/15، الساعة الثانية.)، ص40.

(3)د.عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص 707.

(4) المجلة القضائية، سنة 1996، عدد1، ص108,

(5) أ.د بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الميراث والوصية**، ج 2، ط 5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص231.

(6) مايا دقايشية، **أحكام الرجوع في عقود التبرعات دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري** مدعمة بأحدث الاجتهادات القضائية، ط 2، دار هومة، الجزائر، 2018، ص 28.

الفرع الثاني : أركان الوصية

تتكون الوصية من أركان أربعة[1] في التشريع الجزائري وهي الموصي و والصيغة و الموصى له والموصى به، ولكل ركن شروط يتم التفصيل فيها تباعا على النحو الآتي:

أولا/ الموصي:

الموصي هو الشخص المتبرع و لصحة تصرفه يجب أن يستوفي الشروط المنصوص عليها بالمادة 186 من قانون الأسرة وهي أن يكون أهلا للمتبرع كامل الأهلية بدئا من بلوغ سن الرشد القانوني[2] طبقا للمادة 2/40 من القانون المدني، وجاء فيها(يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغا من العمر تسع عشر سنة كاملة على الأقل)، بالإضافة للرضا الذي يعد شرط أساسي في صحة المعاملات المالية فإذا انعدم كان التصرف غير صحيح[3]، ولهذا لا تصح وصية السكران لأنه لا قصد له لأنها تضر ورثته[4]، ومن المتفق عليه في الفقه والقانون والقضاء أن وصية المكره والسكران والهازل والمخطئ باطلة[5]، وبصفة عامة يشترط في الموصي ما يشترط في كل متبرع.

ثانيا/ الصيغة:

تنعقد الوصية بتصرف انفرادي من الموصي وذلك بتصريح لدى الموثق طبقا لأحكام المادة 191 من قانون الأسرة، فإذا تعذر عليه إبرام الوصية لدى موثق[6] لسبب قاهر بإمكانه إثبات حجيتها بحكم قضائي يؤشر به على أصل الملكية طبقا للفقرة الثانية من المادة 191 من قانون الأسرة التي نصت على(وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم ويؤشر به على هامش أصل الملكية.) ، ولما كانت الوصية من العقود الإحتفائية يتم إبرامها بحضور الشهود تحت طائلة البطلان، طبقا للمادة 324 مكرر3 من القانون المدني التي نصت على(يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الإحتفائية بحضور شاهدين).

---

(1)استمد المشرع الجزائري أركان الوصية من المذهب المالكي، للتفصيل يراجع ابن رشد الحفيد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد، د ط، المطبعة الجمالية**، د ت ن، ص 280.

(2) اعتبر الفقهاء لصحة الوصية أن يكون الموصي بالغا، عاقلا، لأن الوصية تصح بالقول ولا قول للمجنون والمعتوه والصبي الغير مميز، كما لا تصح ممن لهم ولاية عليهم لأنها تبرع لا يعود عليهم بالنفع لا في الحال ولا في المآل، أما الرشد فليس شرط صحة في الوصية فالسفيه وذو الغفلة تصح وصيتهما في وجوه الخير ولوكانا محجورين إنما حجر عليهما لحفظ مالهما وليس للوصية إضاعة له، كما اشترطوا الحرية فلا تصح وصية عبد. للتفصيل براجع وهبة الزحيلي، (الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي)، مرجع سابق، ص 27. د.أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص 67.

(3)بلحاج العربي، (الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الميراث والوصية) مرجع سابق، ص 255.

(4) د. محمد زهدور، مرجع سابق، ص 71.

(5) بلحاج العربي، (الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الميراث والوصية) مرجع سابق، ص 255.

(6)عرفت المادة 3 من قانون 02/06 في 2006/02/20، المتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج ر14، (الموثق ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطائها هذه الصبغة.)

وبهذا النص تكون الشكلية[1] في الوصية شرط إثبات في التشريع الجزائري، وقد أكد هذا المبدأ القرار رقم 160350 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث للمحكمة العليا بتاريخ 1997/12/23 والذي جاء في حيثياته"..فإن قضاة المجلس بقضائهم باستبعاد الوصية الشفوية لسبب عدم التصريح بها أمام الموثق طبقوا صحيح القانون.."[2] ، وهو الرأي الذي يؤيده الكثير من شارحي القانون.

وفي رأي أنه إذا كان الموصى به عقار تصبح الشكلية شرط للانعقاد طبقا للمادة 324 مكرر 1 التي فرضت الرسمية في المعاملات العقارية تحت طائلة البطلان، لأنه رغم أن أثر الوصية يتراخى إلى ما بعد وفاة الموصي، تبقى تصرف ناقل للملكية وقد كرست هذا المبدأ المحكمة العليا في القرار رقم 211880 الصادر عن الغرفة العقارية في2001/05/30 وجاء في مبدئه" من المقرر قانونا أن أي *عقد يعتبر تصرفا ما بعد الموت(وصية) لا يشترط فيه الشهر* "[3].

و تنشأ الوصية بإيجاب الموصي الذي يكون بكل باللفظ أو الكتابة أو الإشارة[4] التي تنطوي على قصد التمليك بعد الموت[5]، فإذا كان الموصي مصاب بعاهتين واستحال عليه التعبير عن إرادته تعين له المحكمة مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته تطبيقا لأحكام المادة 80 [6]من القانون المدني، فإذا عين له مساعدا قضائيا فإن الوصية الصادرة في غياب هذا الأخير بعد صدور قرار المساعدة تكون قابلة للإبطال، وإن كان الموصي مبتور اليدين فلا يحول هذا دون إمكانيته للإيصاء، إذ يتلقى الموثق تصريحه ويذكر المانع في العقد ويوقع بمعية الشهود[7].

---

(1) أسند المشرع الجزائري مهام توثيقية للقناصل، بموجب الأمر 77-12 المؤرخ في 1977/03/02، المتضمن تنظيم الوظيفة القنصلية، ج رعدد81 لسنة 1977، حيث وخولت المادة 2/37 للقنصل صلاحية تحرير وصايا المواطنين الجزائريين المقيمين بالخارج، وكذلك المرسوم الرئاسي 02-407) المؤرخ في 2002/11/26 ، ج ر 79 حيث نصت المادة 7 منه(القنصل مؤهل لممارسة المهام ذات الطابع التوثيقي، وذلك طبقا للتشريع الجزائري وبطريقة ملائمة لقوانين وأنظمة بلد الإقامة)، للتفصيل يراجع بن النوي نوال، **تنفيذ الوصية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، ص218.

(2) نشرة القضاة، سنة 2006، عدد 57، ص229.

(3) نشرة القضاة، سنة 2006، عدد 57، ص229

(4)تنشأ الوصية بالكلام أو الكتابة باتفاق الفقهاء واختلفوا في وسائل التعبير عنها، فالحنفية يرون أن من كان عاجزا عن النطق كالأخرس ومعتقل اللسان والمريض و لكنه قادر على الكتابة لا تقبل منه الإشارة، كما لا تقبل الإشارة ممن هو قادر على النطق والكلام لأن الأصل في الدلالة هي المشافهة بالألفاظ، للتفصيل يراجع ابن عابدين، رد المحتار، ج5، مصدر سابق، ص 58. ويرى المالكية أن الكتابة ممن كان قادرا على العيارة هي أقوى في الدلالة عند الحاجة لإثبات، لكن تصح الوصية بالإشارة المفهمة ممن كان قادرا على العبارة أو الكتابة. للتفصيل يراجع أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي الشهير بالصاوي المالكي، **الشرح الصغير للشيخ الدردير**، ج4، د ط، دار المعارف، د ت ن، ص58.

تأسى المشرع الجزائري بالفقه الإسلامي في اعتماده الشكلية في الوصية للإثبات، إذ روي عن الإمام أحمد بن حنبل أن الوصية المفضلة في عصر الصحابة كانت الوصية المكتوبة بعلم الشهود، حيث كان عمر رضي الله عنه أنه أراد السفر يكتب وصيته ويختمها ثم يسلمها لمن يأتمنه بحضور عدد من الشهود.للتفصيل يراجع (الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الميراث والوصية) مرجع سابق، ص245.

(5)د.زهدور محمد، مرجع سابق، ص 65.

(6) تنص المادة 80 من القانون المدني على (إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم أو أعمى أبكم، وتعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته.

ويكون قابلا للإبطال كل تصرف عين من أجله مساعد قضائي إذا صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته بدون حضور المساعد بعد تسجيل قرار المساعدة.)

(7)حمدي باشا عمر، **عقود التبرعات**، الهبة الوصية الوقف، د ط، دار هومة، الجزائر، 2014، ص 64.

ثالثا/ الموصى له

الموصى له هو من أنشأت الوصية لفائدته سواء شخص أو جهة، ويشترط فيه الوجود فإن كان معينا يشترط وجوده وقت الوصية وإن لم يكن معين فيشترط وجوده وقت موت الموصي سواء وجود حقيقي أو تقديري كالحمل[1]، حيث أقر قانون الأسرة الوصية للحمل بالمادة 187، والمقصود هنا أن يكون الموصى له معلوما ينفي الجهالة معين باسمه أو بتعريفه بالوصف كفقراء البلدة المعينة، فلا تصح وصية لموصى له مجهول جهالة لا يرفع اللبس عنها، فلا يستوي التمليك للمجهول، والوصية كما سبق ذكره هي صلة يصل بها الموصي حياته بعد مماته بتبرعه ببعض ماله لمن هو في حاجة إليه من ذوي القربى أو جهات البر المستحقة لها وفقا لتعاليم الشريعة الإسلامية[2] مصداقا لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم(إن الله أعطاكم ثلث أموالكم في آخر آجالكم زيادة في حسناتكم)[3]، لذلك لا تصح لجهة معصية كالملاهي أو الكنائس، كما يجب أن لا يكون الباعث محرما فقد يكون الموصى له جائز الإيصاء له، لكن الباعث محرم كوصية شخص لخليلته بمال قصد استمرار العلاقة المحرمة شرعا[4]، فإن إذا كانت الوصية لجهة معصية بطلت لأن في تنفيذها إقرار بالمعصية[5].

و لا يستحق الوصية قاتل الموصي عمدا طبقا لأحكام المادة 188 من قانون الأسرة ويستثنى مرتكب القتل خطئا أو بدافع شرعي، فمن استعجل أمرا قبل أوانه عوقب بحرمانه.

3/ الموصى به:

الموصى به هو محل الوصية الذي يجب أن يستوفي شروط صحة وشروط نفاذ حتى تكون للوصية الفعالية القانونية و يتم معالجتها على النحو الآتي:

أولا/ شروط صحة الموصى به:

يشترط في الموصى به أن يكون مالا متقوما يصح بأن يكون محلا للتعاقد حال حياة الموصى كالعقارات والمنقولات والمنافع، فقد تتعلق الوصية بالعين ذاتها أو بجزء شائع منها[6]، فقد يوصي الشخص بعقار في منطقة ما كما قد يوصي بجزء شائع منه، حيث نصت المادة 190 من قانون الأسرة (للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة.) ويندرج فيها أموال الموصي مهما كانت طبيعتها سواء كانت في حيازته أو يحوزها غيره.

---

(1)أحمد إبراهيم بك رفع عبد الرحمن النجدي، **المعاملات الشرعية المالية**، ج 2، د ط، دار الأنصار، مصر، 1936، ص266.

(2) حمدي باشا عمر، (عقود التبرعات)، ص 65.

(3)رواه أحمد والترمذي والنسائي وابن ماجة و البزار، يراجع الإمام المحدث جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي، **نصب الراية لأحاديث الهداية**، ج 4، د ط، د ت ن، ص 399-400.

(4)حمدي باشا عمر،(عقود التبرعات)، مرجع سابق، ص 65.

(5)شيخ نسيمة، مرجع سابق، **أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري الهبة، الوصية، الوقف**، د ط، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 211 .

(6) بلحاج العربي، (الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الميراث والوصية) مرجع سابق، ص 295.

وقد ذكر المشرع الجزائري العمرى[1] في المادة 196 من قانون الأسرة التي نصت على(الوصية بمنفعة لمدة غير محددة تنتهي بوفاة الموصي له وتعتبر عمرى.)، وأقرها من قبل القانون المدني في المادة 844[2] التي تقضي بانتهاء حق الانتفاع بموت المنتفع إذا لم يحدد بمدة، وعليه فإن مالك الرقبة يسترجع حق الانتفاع بوفاة المنتفع وفي حال وفاته يؤول إلى ورثته.

ويجب أن يكون الموصى به قابل للتمليك أي مما يجوز تملكه بعقد من عقود الملكية ومالا يقبل التمليك لا تنعقد الوصية به[3]، فإذا كان الشيء معين بالذات يجب أن يكون ملك للموصي عند الوصية.

ثانيا/ شروط نفاذ الموصى به:

أهم شرط نفاذ الوصية أن لا يكون الموصى به مستغرقا بالدين، لأن الديون الثابتة في ذمة الموصي عند موته تكون مقدمة في التعليق عن كل حق بعد مصاريف تجهيز الميت بالقدر المشروع، و الواجب مقدم على المباح فأداء الدين واجب والوصية مندوبة[4]، وتعتبر وصية المدين صحيحة مادامت مستوفية لشرائطها ولا يكون للدين أثر إلا عند تنفيذها، ولم تتعرض أحكام الوصية لهذا الشرط، فإذا كان الدين غير مستغرق للتركة نفذت الوصية في حدود الثلث بعد سداد الديون[5]، طبقا للمادة 180 من قانون الأسرة التي جعلت تقسيم التركة يكون وفقا لقاعدة" تدوم".

أما ثاني شرط هو عدم تجاوز قدر الوصية النصاب الشرعي وهو الثلث، طبقا لنص المادة 185 من قانون الأسرة التي نصت على(تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة.) وهي مستمدة من الحديث النبوي الذي جاء فيه (أن رسول الله دخل على سعد يعوذه بمكة فبكى فقال ما يبكيك؟ فقال خشيت أن أموت بالأرض التي هاجرت منها ....قال يارسول الله إن لي مالا كثيرا وإنما يرثني ابنتي، أ فأوصي بمالي كله؟ قال لا، قال: فبثلثين؟ قال: لا، قال: فبالنصف، قال: لا، قال فبالثلث؟ قال: الثلث والثلث كثير..)[6]، فإذا أوصى الشخص بأكثر من الثلث لغير وارث، صحت الوصية في ثلث التركة وما زاد عليه توقف على إجازة الورثة لتعلق حقهم بثلثي مال الموصي بعد وفاته، أما إذا لم يكن للموصي ورثة صحت الوصية في ثلث التركة فقط ولم تصح في الزيادة التي تؤول إلى

---

(1) العمرى هي المنفعة التي تجعل للإنسان طول عمره مثل أن بقول الرجل أعمرتك داري، وهي هبة منفعة، للتفصيل يراجع د.محمد بن أحمد تقية، مرجع سابق، ص168.* يراجع نبيل صقر، مرجع سابق، ص100.

(2) تنص المادة 2/844 من القانون المدني على" يجوز أن بوصي يوصي بحق الإنتفاع لأشخاص متعاقدين إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية كما يجوز أن يوصى بها للحمل المستكن."

(3)حمدي باشا عمر،(عقود التبرعات)، مرجع سابق، ص 68.

(4)محمد مصطفى شلبي، **أحكام الوصايا والوقف**، ط 4، الدار الجامعية، لبنان، 1982، ص 73.

(5)شيخ نسيمة، مرجع سابق، ص 218- 219 .

(6) مسلم بن الحجاج بن مسلم، **صحيح مسلم**، ج 2 ط1، دار السلام، الرياض، 1998، 715.

الخزينة العامة طبقا للمادة 793 من القانون المدني الجزائري[1]، وكذلك أحكام المادة 62 [2] من قانون الأملاك الوطنية على أساس المصلحة لا الإرث، لأن ميراث الموصي يعتبر ميراث للمسلمين ولا مجيز له منهم[3].

ومما تقدم يتجلى أن الوصية تصرف إنفرادي ينعقد بإيجاب الموصي الذي يتلقاه الموثق إلا في حالة قوة قاهرة يثبت بحكم قضائي، ويستلزم لصحتها توافر شروط في الموصي والموصى له والموصى به والصيغة المنشأة لها، ويعتبر قبول الموصى له بعد وفاة الموصي شرطا لثبوت ملكية الموصى به للموصى له.

الفرع الثالث: إجراءات الوصية بالعقار في مرض الموت وآثارها

الوصية من التصرفات الإرادية التي يتراخى أثرها إلى بعد وفاة الموصي خلافا للتصرفات التبرعية التي تكون منجزة حال حياة المتبرع، وبالرجوع لقانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري لم يفرد لها حكم خاص في مرض الموت كما فعل مع الهبة والوقف، غير أن أحكام المادة 776 من القانون المدني اعتبرت تصرفات مريض الموت معاوضة كانت أو تبرعا وصية أيا كانت التسمية التي تعطى للتصرف، ويشمل هذا الحكم الوصية في مرض الموت التي تنطوي صراحة على معنى التبرع[4] ، ولأنها تصرف في التركة مضاف لما بعد الموت، فلا تأثير لمرض الموت في صحة الوصية[5]، فأحكامها شرعت في حالتي الصحة والمرض لوارث ولأجنبي مادام المريض ثابت العقل كامل الإدراك والشعور[6].

ولخصوصية الوصية التي محلها عقار نعالج في الفقرة الأولى الجانب الإجرائي لها ثم نتعرف على آثار وصية مريض الموت بعقاره في الفقرة الموالية لها.

الفقرة 1: إجراءات وصية مريض الموت لعقاره

تنشأ الوصية بالتصرف الإرادي للموصي الذي يتلقاه الموثق وفقا للشكليات[7] التي نص عليها المشرع في المواد 324 مكرر2 و324 مكرر3من القانون المدني مع ذكر البيانات الواجب توافرها في العقد التوثيقي

---

(1) تنص المادة 793 من القانون المدني(تعتبر ملكا من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون من غير وارث أو الذين تهمل تركتهم).

(2) ينظر القانون 90-30 المؤرخ في 1990/12/01 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج رعدد 52 ، سنة 1990، تنص المادة 62 منه (عندما لا يكون لعقار ما مالك معروف أو في حالة وفاته دون وارث له يحق للدولة أن تطالب بواسطة الأجهزة المعترف بها قانونا بالمقاضاة وباسمه أمام الهيئات القضائية المختصة قصد الحصول على حكم مثبت لانعدام الورثة..).

(3) بلحاج العربي، (الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الميراث والوصية) مرجع سابق، ص 271.*بن النوي نوال، مذكرة سابقة، ص 103.

(4) كمال صمامة، **تصرفات المريض مرض الموت في الوصية بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري**، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة بسكرة، المجلد10، 2019،عدد01، ص 413.

(5) د.ياسين ناصيف، الوصية مرجع سابق، ص557.

(6)أحمد ابراهيم، **الهبة والوصية وتصرفات المريض**، د ط، مطبعة العلوم، القاهرة، 1993، ص280.

(7) بن النوي نوال، مذكرة سابقة، ص216.

حسب المواد 26 و29 [1]من قانون التوثيق والتي تخص إسم ولقب وصفة وموطن وتاريخ ومكان ولادة الأطراف وجنسيتهم بما فيهم الشهود، و تعيين الموصى به، و يجوز للموصي توكيل غيره للقيام بالتصريح نيابة عنه على أن تكون الوكالة رسمية وخاصة مستوفية لأحكام المادة 574 من القانون المدني التي نصت على(لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة لاسيما في البيع والرهن والتبرع والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء.) يحدد فيها نوع التبرع[2].

وبعد تأكد الموثق من هوية الموصي من خلال شهادة الميلاد وبطاقة التعرف الوطنية وتمتعه بكامل أهليته القانونية، ورضاه وعدم تجاوز الموصى به ثلث التركة[3]، و بعد التحقق من أن العقار الموصى به ملك للموصي بموجب سندات ملكية مشهرة معينا فيها تعيينا نافيا للجهالة، يتحقق من أن الموصى له معلوما من خلال وثائق الحالة المدنية كشهادة ميلاد، يتلقى تصريحه بحضور الشاهدين الذين يوقعون معه العقد، ثم يقوم بتسجيل العقد بمفتشية التسجيل والطابع في أجل شهر من تحرير العقد طبقا لأحكام قانون التسجيل[4]، و يجدر التنويه أن القانون لم يشترط الشهر العقاري للوصية التي محلها عقار، رغم أن المادة 16 من الأمر 75-74 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري نصت على (.. إن العقود الإرادية أو الاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية)، وكذا المادة 793 من القانون المدني التي أوجبت في نقل الملكية العقارية مراعاة قوانين الشهر العقاري لأن هذه الأحكام تتنافى مع طبيعة الوصية التي يتوقف نقل الملكية فيها على موت الموصي وقبولها من طرف الموصى له، وقد جاء في القرار رقم 211880 الصادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا بتاريخ 2005/05/30 ".. لكن حيث أنه و *لتعلق الأمر بتصرف ما بعد الموت(وصية)*

---

(1)ينظر المادة 26 من القانون 06-02 الخاص بمهنة الموثق، التي تنص على (تحرر العقود التوثيقية تحت طائلة البطلان، باللغة العربية في نص واحد وواضح تسهل قراءته وبدون اختصار أو بياض أو نقص...). ينظر المادة 29 من نفس القانون (..يجب أن يتضمن العقد الذي يحرره الموثق البيانات الأتية: اسم ولقب الموثق ومقر مكتبه.
اسم ولقب وصفة وموطن وتاريخ ومكان ولادة الأطراف وجنسيتهم.
اسم ولقب وصفة وموطن وتاريخ ومكان ولادة الشهود عند الإقتضاء.
اسم ولقب وموطن المترجم عند الإقتضاء،
تحديد موضوعه،
المكان والسنة والشهر واليوم الذي أبرم فيه،
وكالات الأطراف المصادق عليها التي بجب أن تلحق بالأصل،
التنويه على تلاوة الموثق على الأطراف النصوص الجبائية و التشريع الخاص المعمول به،
توقيع الطراف والشهود والموثق والمترجم عند الإقتضاء.
(2)بن النوي نوال، مذكرة سابقة، ص 217.
(3) مرجع نفسه، 121.
(4) ينظر قانون التسجيل 76-105 المعدل والمتمم حيث تنص المادة 59 منه على(إن العقود الموثقة التي تفتح الحق في الرسوم الثابتة تقدم من أجل تأشيرة التسجيل خلال الشهر الذي يلي شهر إعداد هذه العقود..)

فإن القانون لا يشترط شهر العقد.."[1]، وكذلك القرار المؤرخ في 2011/07/04 الصادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا والذي جاء فيه" تصح الوصية بمجرد تحريرها أمام الموثق، *شهر الوصية واجب لنقل الملكية بعد الوفاة*."[2] والقرار الصادر عن الغرفة العقارية المؤرخ في2001/05/30 [3].

وأعتقد أن عدم إخضاع المشرع الوصية لإجراء الشهر وانعقادها بإيجاب الموصي لوحده يثير إشكالات عملية أبرزها، تصرف الورثة في العقار الموصى به وتضرر الموصى له الذي لا سبيل له للعلم بالوصية[4] مما يؤي إلى اضطراب في المعاملات العقارية وهو ما يتنافى مع نظام الشهر العقاري[5]، وهذا من الأسباب التي جعلتها أقل شيوعا مقارنة مع باقي التصرفات التبرعية بسبب إحجام الناس عليها.

لذلك يستحسن تدخل المشرع بتبني آلية من الآليات المقترحة من طرف القانونيين كالقيد المؤقت للوصية في المحافظة العقارية عند إبرامها، أو إنشاء مكتب خاص على مستوى المحكمة أو مصالح التسجيل خاص بمتابعة الوصايا بحيث لا يحرر الموثق الفريضة إلا بعد حصول الورثة على شهادة تفيد عدم قيام المورث بتحرير وصية[6]، أو أي إجراء آخر لإعلام الغير.

و هذه الإجراءات الخاصة بإبرام الوصية بصفة عامة سواء صدرت من الموصي في حال الصحة أو في مرض الموت، و نتعرف على آثارها القانونية في الفقرة الموالية.

الفرع الثاني: آثار الوصية بالعقار في مرض الموت

لا تثبت ملكية العقار الموصى به إلا بعد وفاة الموصي و قبولها من طرف الموصى له، طبقا للمادة 197 من قانون الأسرة التي نصت على(يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي)،

---

(1)قرار غير منشور، مشار إليه ب: حمدي باشا عمر،(عقود التبرعات)، مرجع سابق، ص 85.

(2) مجلة المحكمة العليا، سنة 2011، العدد2، ص172.

(3)القرار رقم 211880 الذكور سابقا، ص 47.

(4) علاوة بو تغرار، **العوائق والصعوبات العملية والتطبيقية الكامنة في المواد 153،188،171،172 من قانون الأسرة**، مجلة الموثق، الجزائر، 2001. ع 2، ص12.

(5)حمدي باشا عمر، (عقود التبرعات)، ص 86.

نظم القانون الفرنسي الذي كان مطبق على الجزائر إبان الإستعمار ثلاثة أشكال للوصية:

الوصية المحررة بخط يد الموصي: Testament Olographe تودع الوصية بعد وفاة الموصي لدى الموثق الذي بفتحها ويرسل نسخة منها إلى كاتب ضبط المحكمة الواقع بدائرة اختصاصها افتتاح التركة وتظهر أهمية التاريخ في تحديد أهلية الموصي وقت الوصية.

الوصية السرية: Testament Mystique تكتب من الموصي بيده أو بالآلة أو من طرف شخص آخر يكلفه ثم يوقعها و يكون الورق أو المظروف مطويا ومختوما وإذا كان الموصي لا يحسن التوقيع يعلم الموثق وتسلم مغلقة للموثق الذي يحرر محضر بذلك بين فيه تاريخ و مكان الوصية يوقعه بمعية الموصي والشاهدين.

الوصية الرسمية: Testament fait par acte publique تحرر هذه الوصبة لدى موثقين أو لدى موثق واحد بحضور شاهدين فرنسيان راشدين ومتمتعين بكامل حقوقهما المدنية ولا تجوز شهادة الزوجين معا وتحرر الوصية وجوبا بحضور الشاهدين إذا كانت أمام موثق واحد. للتفصيل يراجع بن النوي نوال، مذكرة سابقة، ص 208-209.

(6)علاوة بو تغرار، مقال سابق، ص 13.

والقبول المعتبر قانونا هو الصادر من الموصى له البالغ الراشد، أما بالنسبة للجنين والقاصر و المحجور عليه فإن القبول أو الرد يكون ممن له حق الولاية على ماله[1]، فإن توفى الموصى له قبل الرد ينتقل الحق لورثته وفقا لأحكام المادة 198 من قانون الأسرة، و يجدر الذكر أن قانون الأسرة قد أغفل تحديد أجل الرد في الوصية وهو أمر فيه إضرار بالورثة و بالعقار الموصى به، فحبذا لو استدرك المشرع الأمر و وضع أجلا للرد على الوصية، وإذا كان الموصى له مؤسسة إدارية أو هيئة عمومية يتم قبول الموصى به وفقا لمقتضيات أحكام المواد 43 [2] و45 من قانون الأملاك الوطنية.

فإذا حدث وادعى الورثة أن الموصي كان في مرض الموت وثبت ذلك فإن الوصية تكون صحيحة، فإن كانت لغير وارث نفذت في الثلث دون إجازتهم و وما تجاوز الثلث توقف على إجازتهم طبقا للمادة 185 من قانون الأسرة التي تنص على(تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة.)، وهذا ما كرسته المحكمة العليا في القرار رقم 0725847 المؤرخ في 2013/05/09 الذي جاء في".. كما أن موافقة الورثة ليس شرطا لصحة *الوصية لغير وارث إلا فيما زاد على ثلث التركة*"[3]، و كذلك القرار رقم 75598 المؤرخ في 1991/02/24 الذي ورد فيه".. و ما دامت الوصية صحيحة وفق ما قرره قضاة الموضوع فإنه *يجب تنفيذها بعد وفاة الموصي مباشرة سواء أراد الورثة ذلك أو لم يريدوا*.."[4]، أما إن كانت الوصية لوارث فلا تصح في أكثر من الثلث وتكون موقوفة النفاذ على إجازة الورثة، فإن لم يعارض الورثة تنفيذ الوصية تثبت ملكية الموصى به في ذمة الموصى له من خلال إيداع الوصية لدى الموثق لتنفيذها بقبول الموصى له.[5]

و يكون ذلك بعد تحرير فريضة الموصي يشار فيها إلى وجود وصية ثم يتعين القيام بجرد التركة للتحقق بأن الموصى به في حدود الثلث[6]، بعد استيفاء الديون إن وجدت، وبعدها يقوم الموثق بتلقي قبول الموصي وإيداع الوصية تماشيا وأحكام المادة 10 من القانون 06-02 المتضمن تنظيم مهنة الموثق التي نصت على(يتولى الموثق حفظ الحقوق التي يحررها أو يتسلمها للإيداع ويسهر على تنفيذ

---

(1) بلحاج العربي، (الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الميراث والوصية)، مرجع سابق، ص 277.

(2)تنص المادة 43 من قانون 90-30 المتضمن قانون الأملاك الوطنية (تقبل الهبات والوصايا التي تقدم للدولة بمقتضى قرار يتخذه الوزير المكبف بالمالية وان اقتضى الامر يقبل بمقتضى قرار وزاري مشترك لبين الوزير المكلف بالمالية والوزير المكلف بضمان تخصيص هذه الهبات..)، و تنص المادة 45 (يقبل أو برفض المجلس الشعبي الولائي أو البلدي الهبات والوصايا التي تقدم للولاية أو البلدية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الاداري..)

(3)قرار مشار إليه ب: حمدي باشا عمر(القضاء العقاري)، مرجع سابق، ص 320.

(4) مرجع نفسه، ص 321.

(5)علاوة بوتغرار، **التصرفات الملحقة بالوصية في التشريع الجزائري دراسة نظرية وتطبيقية مدعمة بالإجتهاد القضائي**، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية المدنية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، 2008-2009، ص31.

(6)مذكرة نفسها، ص 32.

الإجراءات المنصوص عليها قانونا لاسيما تسجيل وإعلان ونشر وشهر العقود في الآجال المحددة قانونا) وبعدها يستكمل الموثق إجراءات التسجيل والشهر العقاري بالمحافظة العقارية الواقع بدائرتها العقار محل الوصية لنقل ملكيته لفائدة الموصى له تطبيقا لأحكام المادة 16 من الأمر 75-74، و هذا المبدأ كرسته المحكمة العليا في القرار رقم 116375 المؤرخ في 1995/05/02 الذي جاء في مبدئه" *تصح الوصية بمجرد تحرير تصريح أمام الموثق وشهر الوصية واجب لنقل الملكية بعد الوفاة*"[1]، وكذا القرار رقم 663688 المؤرخ في 2011/07/14 الذي ورد فيه" .. *وأن أثرها لا يترتب في حياة الموصي بل بعد موته وبالتالي فإن حق الموصى له ينشأ بمجرد وفاة الموصي..*)[2].

ومما تقدم يتجلى بأن إجراءات وصية مريض الموت بعقاره لا تختلف عن إجراءات وصية الصحيح لعدم تفرد الوصية في مرض الموت بحكم خاص في التشريع الجزائري وفقا لما سبق ذكره.

---

(1) المجلة القضائية، سنة 1996، عدد 1، ص 108.

(2) مجلة المحكمة العليا، سنة 2011، عدد2، ص 172-174.

المطلب الثاني: حكم وقف العقار في مرض الموت في التشريع الجزائري

يكتسي الوقف أهمية بالغة بين التصرفات التبرعية فهو أوسع أبواب البر ونظام شرعي بطبيعة خاصة تميزه عن باقي التبرعات، فهو من الصدقات الجارية التي تظل ثمارها إلى بعد وفاة صاحبه الذي يتجرد من ملكيته لينتفع بها غيره دون أن تدخل في ذمته، ومن هذا المنطلق يكون مدخل دراستنا بيان معنى الوقف في الفرع الأول ثم أركانه في الفرع الثاني لنصل إلى معرفة إجراءات وآثار وقف مريض الموت لعقاره في الفرع الثالث.

الفرع الأول: تعريف الوقف

نوضح في هذا الفرع المقصود من الوقف بدئا من التعريف اللغوي له في الفقرة الأولى ثم توضيح معناه الاصطلاحي.

الفقرة 1: التعريف اللغوي للوقف

لغة الوقف هو الحبس عن التصرف، مشتق من مصدر الفعل وقف، ويقال وقفت الشيء أقفه وقفا ولا يقال أوقفت[1]، و يشمل الوقف و التحبيس والتسبيل معنى واحد فالحبس ضد التخلية، ووقف الأرض على المساكين يعني حبسها وجعلها في باب البر والإحسان[2]، ووقف الضيعة هو حبسها عن تملك الواقف وغير الواقف واستغلالها للصرف إلى ماسمي من المصارف ولذا سمي حبيسا[3].

الفقرة 2: التعريف الاصطلاحي للوقف

و يشمل توضيح معنى الوقف في الفقه الشرعي ثم في الاصطلاح القانوني:

أولا: تعريف الوقف في الفقه الشرعي:

اختلف الفقهاء باختلاف مذاهبهم في تعريف الوقف، ونورد أهمها:

عرف الحنفية الوقف بأنه (حبس العين من ملك الواقف، وعن التمليك والتصدق بالمنفعة)[4].

الوقف عند المالكية: (إعطاء منفعة شيء مدة وجوده، لازما بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديرا)[5].

الشافعية عرفوا الوقف بأنه (حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه على مصرف مباح موجود)[6].

---

(1)ابن منظور، **لسان العرب**، تحقيق علي عبد الرحمن وآخرون، ج6، د ط، دار المعارف، مصر، ص 4898.

(2)الفيروز أبادي، **القاموس المحيط**، ج 3 د ط، ، المطبعة الميرية، مصر،1351ه، ص 199.

(3) نجم الدين النسفي، **طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية**، ج 2، د ط، المطبعة العامرة، بغداد، 1311ه، ص 293.

(4)حسام المعاني الثاني برهان الدين ابن موسى بن أبي بكر، **الإسعاف في أحكام الأوقاف**، ط 2، المطبعة الهندية، مصر، د ت ن، ص3.

(5) أبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، **شرح حدود ابن عرفة الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية** ، ج01، ط1، دار المغرب الإسلامي، لبنان، 1993، ص 539. * محمد بن عبد الله بن علي الخرشي، **حاشية الخرشي على مختصر سيدي الخليل**، د ط، ج7، دار الكتاب العربي، مصر، 1393ه، ص361.

(6) شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي، **حاشية القليوبي على كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين**، ج3، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1424ه، ص148. الخطيب الشربيني،* **مغني المحتاج**، ج 2، د ط، دار الفكر، لبنان، 1984، ص186.

أما الحنابلة عرفوا الوقف بأنه (تحبيس المالك مطلق التصرف في ماله المنتفع به، مع بقاء عينه بقطع تصرفه وغيره في رقبته يصرف ريعه إلى جهة تقربا إلى الله تعالى)[1]، وقالوا فيه كذلك هو(حبس الأصل وتسبيل المنفعة)[2].

نخلص من هذه التعريفات أن الوقف حبس العين التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء أصلها ومنع تصرف الواقف فيها بأي نوع من أنواع التصرفات سواء كانت بعوض أو بغير عوض[3].

الفرع الثاني: تعريف الوقف قانونا

نظم المشرع الجزائري أحكام الوقف[4] في قانون الأسرة في الفصل الثالث من الكتاب الرابع الخاص بالتبرعات من المواد 213 إلى 220، ثم سن قوانين مستقلة به بدئا من قانون الأوقاف رقم91-10 [5]، والقانون01-07 [6] و القانون 02-10 [7]، التي أتطرق إليها تباعا.

وقد عرف قانون الأسرة الوقف في المادة 212 بنصها(الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق.) ، ثم ذكر قانون الأوقاف رقم 91-10 في مادته الثالثة تعريفا أكثر دقة والتي جاء فيها (الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أوعلى وجه من وجوه البر و الخير.)، وحدد هذا التعريف طبيعة الوقف من حيث التأبيد، الدوام والتصدق بالمنفعة دون العين مع تجريد الواقف من ملكية العين الموقوفة[8] دون أن ينقلها إلى ملكية الموقوف عليهم وهو مستمد من المذهب الشافعي والحنبلي[9]، وهو ما أكدته المادة 17 من قانون الأوقاف91-10 التي جاء فيها (إذا صح الوقف زال حق ملكية الواقف ويؤول حق الانتفاع إلى الموقوف عليه في حدود أحكام الوقف وشروطه.)، ونظرا للمكانة الخاصة التي يكتسيها الوقف في المجتمع الجزائري فقد أدرج قانون التوجيه العقاري 90-25 الأملاك الوقفية ضمن تصنيف الأملاك العقارية في المادة 23 منه التي نصت على (تصنف الأملاك العقارية على اختلاف أنواعها ضمن الأصناف القانونية الآتية:

---

(1)مرعي بن يوسف الكرمي الحنبلي، **غاية المنتهى**، ج2، ط1، مؤسسة الفراسن، الكويت، 2008، ص5.

(2)ابن قدامة، مرجع سابق، ص185.

(3)شيخ نسيمة، مرجع سابق، ص 252.

(4) نظم الوقف في الجزائر قبل صدور قانون الأسرة بنصوص قانونية لا تكاد تذكر أولها المرسوم التنفيذي المؤرخ في 1964/10/07 رقم 64-283، المتضمن الأموال الحبسية، ثم القانون 71-73 الخاص بالثورة الزراعية الذي أدمج الأراضي الزراعية الموقوفة إلى صندوق الثورة الزراعية وتم نتيجته الاستيلاء على الأوقاف العمومية بصفة واسعة، للتفصيل يراجع مايا دقايشية، مرجع سابق، ص 208. ، وخلال هذه الفترة استدل القضاء الجزائري بأحكام الشريعة الإسلامية وخاصة ما جاء في المذهب الحنفي إلى غاية تقنين أحكام الوقف في قانون الأسرة.

(5) القانون 91-10، مؤرخ في 1991/04/27، المتضمن قانون الأوقاف، ج ر عدد21، لسنة 1991.

(6) القانون01-07 مؤرخ في 2001/05/22 ، المعدل والمتمم لقانون الأوقاف، ج ر عدد 29، لسنة 2001.

(7) القانون02-10 مؤرخ في 2002/12/14، المعدل والمتمم لقانون الأوقاف، ج ر عدد 83 ، لسنة 2002.

(8) محمد كنازة، ، **الوقف العام في التشريع الجزائري دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والقرارات القضائية**، د ط، دار الهدى، الجزائر، 2006، د ط، دار الهدى، الجزائر، 2006، ص 11.

(9) حمدي باشا عمر،(عقود التبرعات)، مرجع سابق، ص 91.

-الأملاك الوطنية.

- أملاك الخواص أو الأملاك الخاصة.

- الأملاك الوقفية).

ولا خلاف بين الفقهاء في أن الوقف من التصرفات التي توجد وتتحقق بإرادة منفردة[1]، وقد أخذ المشرع بهذا الرأي في المادة 4 من قانون الأوقاف91-10 التي نصت على أن (الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة)وهي صياغة غير منسجمة حيث تضمنت عبارة "عقد" التي توحي بوجوب توافق الإرادتين بتلاقي إيجاب الواقف مع قبول الموقوف له[2]، و" تبرع صادر عن إرادة منفردة "[3]، في حين أن الوقف تصرف وحيد الطرف ينشأ بالإرادة المنفردة للواقف، غير أن الصياغة الفرنسية[4] للمادة كانت أكثر دقة و انسجاما.

ومما تقدم نخلص أن الوقف ينفرد على التصرفات التبرعية الأخرى في أنه يجوز أن يكون منجزا أو مضافا لما بعد الموت، وهو ما يستدعي التطرق لأركانه وما يقتضيه كل ركن من شروط صحة.

الفرع الثاني: أركان العقد

أخذ المشرع الجزائري برأي الجمهور[5] في اعتبار أن للوقف أركان أربعة حسب المادة9 من قانون الأوقاف 91-10 وهي الواقف، محل الوقف، صيغة الوقف والموقوف عليه، والتي نتناولها بالدراسة فيما يلي:

أولا / الواقف:

هو الشخص الذي يصدر منه الإيجاب بإنشاء الوقف الذي يكون أهلا للتبرع، غير محجور عليه وقد اشترط المشرع فيه شروط ذكرتها المادة 10 من قانون الأوقاف 91-10 التي نصت على(يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحا، أن يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكا مطلقا، وأن يكون ممن يصح تصرفه في ماله غير محجور عليه لسفه أو دين.)، وهي شروط موافقة للفقه الإسلامي، وأكدها الاجتهاد القضائي في عدة قرارات منها القرار رقم 46546 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث في 1988/11/21 حيث جاء في مبدئه "*من المقرر شرعا وقانونا أنه يشترط في الواقف أن يكون أهلا للتبرع، رشيدا لا مكرها..، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية والقانون*."[6]، و الملاحظ أن المادة اشترطت أن لا يكون الواقف محجور عليه لدين، غير أنه

---

(1)د.أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص 245.

(2) شيخ نسيمة، مرجع سابق، 255.* حمدي باشا عمر، (عقود التبرعات)، مرجع سابق، ص 101.

(3) للعقد معنيان عام وخاص، فالمعنى العام يقصد به كل التزام ينشأ عنه حكم شرعي سواء صدر من طرف واحد أو من طرفين ويكون بهذا المعنى مرادف للتصرف والالتزام، ومعنى خاص هو تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر ويتم بإرادتين متقابلتين وعرف المشرع الجزائري العقد في المادة 54 والتصرف الانفرادي في المادة 123 مكرر، للتفصيل يراجع مايا دقايشية، مرجع سابق، ص 211-212.

(4) L'article 4 de la loi de wakfs 91-10 :(Le wakf est un acte par lequel une volonté individuelle s'engage a faire une donation.)

(5) يرى الحنفية أن للوقف ركن وحيد هو الصيغة، أما الجمهور وهم المالكية والشافعية والحنابلة يضيفون الواقف والموقوف عليه والمال الموقوف إلى جانب الصيغة. للتفصيل يراجع سالم روضان الموسوي، **أحكام الوقف والتولية**، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2016، ص 88.

(6) المجلة قضائية، لسنة1991، عدد02، ص 60.

بالرجوع لأحكام الحجر القضائي المنصوص عليها في قانون الأسرة من المواد101 إلى108 ذكرت أسباب الحجر حصرا وهي عوارض الأهلية الجنون، والعته والسفه ولم تذكر حالة المديونية، وحتى حالات الحجر القانوني المقررة في قانون العقوبات كعقوبة تكميلية محددة على سبيل الحصر في المادة 9 مكرر[1] منه لم تذكرها، خلافا للفقه الإسلامي الذي أقر الحجر الشرعي لحق الغير بسبب المديونية[2]، وعليه يجدر بالمشرع إعادة صياغة المادة 2/10 من قانون الأوقاف بما يتلائم والأحكام القانونية السارية كما يلي(أن يكون ممن يصح تصرفه في ماله غير محجور عليه.)

و يشترط أيضا لصحة ونفاذ الوقف أن لا يكون الواقف في مرض الموت مدينا بدين يستغرق كل تركته طبقا للمادة 32 من قانون الأوقاف 91-10 التي نصت على(يحق للدائنين طلب إبطال وقف الواقف في مرض الموت وكان الدين يستغرق جميع أملاكه.)، وقد أحالت المادة 215 من قانون الأسرة الخاصة بشروط الواقف والموقوف إلى المادتين 204 و205 من نفس القانون بنصها(يشترط في الواقف والموقوف ما يشترط في الواهب والموهوب طبقا للمادتين 204 و205 من هذا القانون)، وفي الحقيقة هي إحالة في غير محلها لأن شروط الواهب وهي العقل والرشد وأن يكون غير محجور عليه منصوص عليها في المادة 203 و ليس في المادة 204 و205 .

ثانيا / محل الوقف:

نصت المادة 216 من قانون الأسرة على شروط صحة المال المحبس و أوجبت أن يكون مملوكا للواقف، معلوما متقوما عقارا كان أو منقولا أو منفعة[3] طبقا لما جاء في المادة 11 من قانون الأوقاف91-10 التي جاء فيها(يكون محل الوقف عقارا، منقولا أو منفعة.)، مع مراعاة حصول الفائدة المشروعة منه[4]، وقد أكد القضاء على ضرورة ملكية الواقف للعين الموقوفة في عدة قرارات منها القرار رقم 198940 الصادر عن الغرفة العقارية في 2001/04/25 وجاء في مبدئه "من المقرر قانونا أنه *يشترط لصحة الحبس أن يكون المحبس مالكا* ."[5]، وكذلك القرار رقم 46546 المؤرخ في 1991/11/21 والذي ورد فيه" من المقرر شرعا وقانونا أن يكون المال المحبس *ملكا للوقف وإلا لما جاز له أن يكون معينا غير مجهول وخاليا من كل نزاع ولو كان هذا المال في الشياع.*"[6]

وقد أجاز المشرع الجزائري وقف المال المشاع القابل للقسمة منذ تقنينه لأحكام الوقف في قانون الأسرة بالمادة 216 وكذلك في قانون الأوقاف 91-10 بالمادة 11 التي نصت على (يكون محل الوقف عقارا،

---

(1) تنص المادة 9 مكرر من قانون العقوبات المعدل والمتمم على (في حالة الحكم بعقوبة جنائية تأمر المحكمة وجوبا بالحجر القانوني الذي يتمثل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية.)

(2) أحمد بن ادريس القرافي، **الذخيرة**، ج 6، ط1، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1994، ص 301.

(3) عبد الرزاق بن عمار بوضياف، **مفهوم الوقف كمؤسسة مالية في الفقه الإسلامي والتشريع**، د ط، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص76.

(4)عيسى بن محمد بوراس، **توثيق الوقف العقاري في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري**، ط1،سكيل فيزيون، الجزائر، 2012، ص61.

(5) مجلة الاجتهاد القضائي، ج1، 2004، عدد خاص، ص 151.

(6)المجلة القضائية، عدد2، ص 60، مشار إليه ب: حمدي باشا عمر (عقود التبرعات)، مرجع سابق، ص 222.

منقولا أو منفعة، ويجب أن يكون محل الوقف معلوما، محددا ومشروعا ويصح وقف المال المشاع، وفي هذه الحالة تتعين القسمة)، فإذا كان المال غير قابل للقسمة مناب مشاع في شقة سكنية غير قابل للانتفاع به بعد القسمة لا يمكن وقفه، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار رقم 940198 الصادر في 2001/04/25 عن الغرفة العقارية الذي جاء في مبدئه"..يحق للمالك في الشيوع تحبيس نصيبه"[1] ، فلا تصح القسمة الإمتلاكية في المال الوقفي وإنما يجوز قسمته مهايأة أي قسمة انتفاع أو حفظ، وهو ما كرسه القضاء في القرار رقم 501389 الصادر عن الغرفة العقارية في 2009/02/11 "*لا يجوز شرعا وقانونا قسمة الأملاك المحبسة قسمة ناقلة للملكية*."[2]، لأن طبيعة الوقف الخاصة تخرج ملكية المال الموقوف من الواقف ودون أن تنقلها إلى الموقوف عليه الذي يؤول له حق الانتفاع، وفقا لمقتضيات المادة 18 من قانون الأوقاف 91-10 التي جاء فيها(ينحصر حق المنتفع بالعين الموقوفة فيما تنتجه وعليه استغلالها استغلالا غير متلف للعين وحقه حق انتفاع لا حق ملكية).

ولم يتعرض المشرع الجزائري لوقف المال الموهون رغم أنه أجاز التصرف فيه في المادة 894 من القانون المدني التي نصت على (يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون، على أن أي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن)،ورجح شارحي القانون عدم إمكانية وقفه لأنه مهدد بالزوال[3] ذلك أن الرهن تأمين عيني قد يؤدي إلى بيع المال الموقوف ضمانا للدين الذي تقرر لأجله [4]، وقد ذكر المرسوم التنفيذي 381/98 رهن الموقوف في المادة 21 [5] التي رتبت البطلان لرهن ناظر الوقف للعين الموقوفة دون إذن السلطة المكلفة بالأوقاف، ولتحقيق المنفعة المرجوة من الوقف، على الواقف مراعاة طبيعة العين المحبسة فإذا كان عقارا يجب أن يكون مستوفي للشكلية المستوجبة في العقار من حيث الرسمية و إجراءات الشهر العقاري حسب ما اقتضته أحكام المادة 41 من قانون 91-10 التي نصت على(يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق وأن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك وإحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف.)، وقد أحالت المادة 217 من قانون الأسرة على أحكام المادة 191 من نفس القانون فيما يخص إثبات الوقف وجاء في نصها(يثبت الوقف بما تثبت به الوصية طبقا للمادة 191 من القانون)، و بالتالي فلا يثبت الوقف إلا بعقد رسمي مشهر بالمحافظة العقارية المختصة وما يجوز إثباته بكافة وسائل الإثبات هو وقف المنقول[6] حيث نصت المادة 35 من قانون الأوقاف على (يثبت الوقف بجميع طرق الإثبات الشرعية والقانونية)،

---

(1)مجلة الإجتهاد القضائي، ج1، 2004،ص 151.

(2)مجلة المحكمة العليا، الجزائر،2010، عدد2، ص 228.

(3) حمدي باشا عمر،(عقود التبرعات)، مرجع سابق، ص94.

(4) خالد رمول، **الإطار القانوني والتنظيمي للأملاك الوقفية في الجزائر**، د ط، دار هومة، الجزائر، 2004، ص81.

(5) ينظر المرسوم التنفيذي رقم 98-381 المؤرخ في 1998/12/01 الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، ج ر عدد 90، سنة 1998 في المادة 21 منه التي تنص(...في حالة رهن أو بيع المستغلات دون إذن كتابي، يعتبر الرهن أو البيع باطلين بقوة القانون، ويتحمل الناظر تبعات تصرفه .

(6)مايا دقايشية، مرجع سابق، ص218.

و حسب رأي و تماشيا مع قواعد الشهر العقاري المذكورة سابقا و أحكام المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني و وفقا للمادة 41 من قانون الأوقاف التي أوجبت أن يكون الوقف في عقد رسمي مشهر، فإن الشكلية في وقف العقار تكون شرطا للانعقاد وليس للإثبات لأنه تصرف منجز ومؤبد وهذا لتحقيق الاستقرار و استمرارية الانتفاع بالعقار الموقوف و درئا للنزاعات المحتملة.

ثالثا/ صيغة الوقف:

يقصد بها الإيجاب الصادر من الواقف الدال على إنشاء الوقف بالألفاظ الدالة على معنى الوقف بإرادة الواقف نفسه[1]، و تكون قولية أو مكتوبة أو بالإشارة مع الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية فيما نظمته من أحكام حسب ما نصت عليه المادة 12 من قانون الأوقاف 91-10(تكون صيغة الوقف باللفظ أو الإشارة حسب الكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم مع مراعاة أحكام المادة 2 أعلاه.)، ويجب أن تكون صيغة الوقف منجزة حالة غير معلقة بشرط ولا مضافة إلى المستقبل[2]، كما يصح الوقف المضاف إلى ما بعد الموت إذا مات الواقف مصرا عليه ويأخذ حكم الوصية[3].

و ينشأ الوقف بصيغة جازمة تفيد التأبيد ولا يذكر فيها ما يوحي التأقيت[4]، فلا يصح الوقف المحدد بمدة لأن الوقف إخراج المال على وجه القربة لله تعالى، حيث نصت المادة 28 من قانون الأوقاف 91-10 على (يبطل الوقف إذا كان محدد بزمن) .

و الصيغة المنشأة للوقف يجب أن لا تقترن بشرط باطل طبقا لما أوجبته المادة 12 من قانون الأوقاف 91-10 التي نصت على(لا يصح الوقف شرعا إذا كان معلقا على شرط يتعارض مع النصوص الشرعية، فإذا وقع بطل الشرط وصح الوقف.)، فمن الشروط الباطلة التي خول قانون الأوقاف للقضاء إبطالها طبقا للمادة 16 من قانون الأوقاف 91-10 ، رجوع الواقف عن وقفه إذ نصت على(يجوز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي اشترطها الواقف في وقفه إذا كان منافيا لمقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم.) أو شرط تأقيت الوقف وهو منافي لأحكام المادتين 3 و28 من قانون الأوقاف، وقد كرس القضاء هذا في عدة قرارات منها القرار رقم 204958 الصادر عن الغرفة العقارية في 2001/01/31 الذي اعتبر الحبس تصرف نهائي في الأملاك لا يجوز للواقف التراجع عليه[5]، وكذلك القرار رقم 223224 المؤرخ في 2001/12/19 الصادر عن الغرفة العقارية، الذي ورد في مبدأه "من الثابت شرعا أن عقد الحبس لا يجوز التراجع عنه إلا إذا تم وفقا للمذهب الحنفي"[6].

---

(1) دريسي نور الهدى، **مقال وقف المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي والقانون الجوائري**، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، ص 470.

(2)شيخ نسيمة، مرجع سابق، ص273.

(3)د.أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص249.* شيخ نسيمة، مرجع سابق، ص 273.

(4) وليد رمضان عبد التواب، **الوقف شرعا وقانونا**، ج1، دار شادي للموسوعات القانونية، القاهرة، 2008، ص107.

(5) المجلة القضائية، سنة 2002، عدد2، ص 378.

(6) مجلة الاجتهاد القضائي، ج1، 2004، عدد خاص، ص147.

ثالثا/ الموقوف عليه:

شرع الوقف للتقرب إلى الله تعالى لذلك يشترط في من يستحق الانتفاع بالعين الموقوفة أن تكون جهة بر و خير حسب ما جاء في المادة 13 من قانون الأوقاف 91-10 التي نصت على(الموقوف عليه في مفهوم هذا القانون هو شخص معنوي لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية، فإذا كانت الجهة الموقوف عليها قربة في نظر الإسلام وغيره من الديانات كالوقف على المحتاجين فلا أثر لاختلاف الديانة فيصح الوقف عليها من المسلم وغير المسلم[1]، ولم يشترط المشرع الدين الإسلامي في الواقف ومن ثم يصح الوقف على الموقوف عبه في نظر الإسلام سواء أكان الواقف مسلما أو غير مسلم[2].

و الجهة الموقوف عليها يجب أن تكون غير منقطعة بحكم أن الوقف مؤبد غير منتهي، فإن لم تكون معلومة يكون الوقف غير محدد الجهة يصرف ريعه في سبيل الخيرات وفقا لمقتضيات المادة 6 من قانون الأوقاف 91-10 والتي جاء فيها(...وقف يحدد فيه مصرف معين لريعه فيسمى وقفا عاما محدد الجهة، ولا يصح صرفه إلى غيره إلا إذا استنفذ.

وقف لا يعرف فيه وجه الخير الذي أراده الواقف فيسمى وقفا عاما غير محدد الجهة، ويصرف ريعه في نشر العلم وتشجيع البحث وفي سبل الخيرات.)

و يجدر التنويه إلى أن المادة 2/13 من القانون 91-10 كانت تعتبر قبول الموقوف شرط لاستحقاق الوقف، وفي حال عدم قبوله يصير الوقف الخاص وقفا عاما حسب أحكام المادة 7 من قانون الأوقاف 91-10، وبعد التعديل الذي جاء به القانون 02-10، ألغي الوقف الخاص وانحصر الوقف في الأشخاص المعنوية دون الطبيعية وهو ما يفسر عدم ذكر قبول الموقوف له في الوقف العام، إذ يعتبر شرط استحقاق متى كان الموقوف عليه معينا[3]، وهو ما يؤكد أن الوقف ينعقد بإيجاب الواقف ولا يتطلب نفاذه قبول الموقوف عليه إذا كان جهة بر غير معينة.

و باكتمال أركان الوقف المستوجبة قانونا ينشأ الوقف صحيحا بتصرف انفرادي للواقف يرتب المنفعة الدائمة التي ارتضاها له، وهنا يثور التساؤل عن مآل الوقف الصادر في مرض موت الواقف، والذي يكون محل الدراسة في الفرع الموالي.

الفرع الثالث: إجراءات وقف العقار في مرض الموت وآثاره

ذكر المشرع الجزائري الوقف في مرض الموت بالمادة 215 من قانون الأسرة التي أحالت على أحكام الهبة في مرض الموت والحالات المخيفة، وجاء فيها(يشترط في الواقف والموقوف ما يشترط في الواهب

(1) حمدي باشا عمر،(عقود التبرعات)، مرجع سابق، ص 97.
(2) محمد كنازة، مرجع سابق، ص 75.
(3)مايا دقايشية، مرجع سابق، ص 213.

والموهوب طبقا للمادتين 204 و205 من هذا القانون.)، وبنصه على الوقف في مرض الموت بالمادة 32 من قانون الأوقاف 91-10 التي جاء فيها(يحق للدائنين طلب إبطال وقف الواقف في مرض الموت وكان الدين يستغرق جميع أملاكه.)، والملاحظ أنه خلافا لباقي التصرفات التبرعية أقر المشرع أقر حق الدائنين في إبطال وقف مريض الموت لأن الدين حق للغير واجب عليه سداده فلا يحل تركه لسنة[1] وإن كانت قربة لله تعالى، وبما أن للوقف طبيعة خاصة تميزه عن الوصية والهبة لأنه يصح منجزا ومضافا إلى ما بعد الوفاة، نتعرض لإجراءاته من خلال الفقرة الموالية:

الفقرة 1: إجراءات وقف العقار في مرض الموت

ينشأ الوقف بتصرف إرادي للواقف والذي يكون بتصريح لدى الموثق طبقا لمقتضيات المادة 41 من قانون الأوقاف 91-10 والمادتين 217 و191 من قانون الأسرة، الذي يتحقق من استيفاء الشروط المذكورة بدئا من أهلية الواقف من خلال الوثائق الثبوتية لهويته وهي شهادة الميلاد وبطاقة التعريف الوطنية و يتأكد من ملكيته للعقار الموقوف المثبتة بسندات ملكية مشهرة، يتولى الموثق تحرير العقد وفقا للشكليات المنصوص بالمواد 26 و29 من قانون التوثيق والتي توجب ذكر إسم ولقب وصفة وموطن وتاريخ ومكان ولادة الواقف وجنسيته بما فيهم الشهود، و تعيين العقار محل الوقف تعيينا كافيا نافيا للجهالة، ثم يتلقى رضا الواقف بحضور الشهود طبقا لأحكام المادة 324 مكرر3،لأن الوقف من العقود الإحتفائية، و بعد تلاوة مضمون العقد والتأكيد على أحكامه، يوقع الواقف بمعية الشهود والموثق، طبقا لأحكام المادة 324 مكرر2، ويجوز للواقف توكيل غيره بالتصريح نيابة عنه بموجب وكالة رسمية وخاصة طبقا لأحكام المادة 574 من القانون المدني يحد فيها نوع التبرع[2].

ثم تستكمل إجراءات تسجيل العقد بمفتشية التسجيل والطابع طبقا لأحكام المادة 58 من قانون التسجيل[3]، وتتبع بشكلية الإشهار العقاري بالمحافظة العقارية المختصة إقليميا، وبعد إشهار العقد يسلم الموثق عقد الوقف للواقف الذي يسلمه للجهة الموقوف عليها.

وهذه الإجراءات المبينة في وقف العقار سواء أكان الواقف صحيحا أو في مرض الموت ويعتبر الوقف صحيحا نافذا إلى أن يتوفى الواقف ويطعن ذوي المصلحة بأنه تم في مرض موت الواقف.

الفقرة الثانية: آثار وقف العقار في مرض الموت

إن الوقف المستوفي للشروط والشكل القانوني يكون صحيحا نافذا حال حياة الواقف، فإذا توفى وأثبت الورثة أو الدائنين أن الوقف تم خلال فترة مرض الواقف الخطير، الذي يغلب فيه الموت وتوفى وهوعلى

---

(1)محمد رافع يونس، **أحكام وقف المريض مرض الموت**، مجلة الرافدين، كلية العلوم ، جامعة الموصل، حجم10، رقم 38، سنة 2008، ص79.

(2) بن النوي نوال، مذكرة سابقة، ص 217.

(3) تنص المادة 58 من قانون التسجيل على (يجب أن تسجل عقود الموثقين في أجل شهر ابتدائا من تاريخها باستثناء الحالة المنصوص عليها في المادة 64 أدناه، وتسجل على الخصوص في الأجل المنصوص عليه في المقطع أعلاه العقود التالية:
1/ العقود التي تتناول نقل الملكية أو حق إنتفاع للأموال العقارية..).

تلك الحالة خلال سنة، وقدموا الشهادات الطبية التي تثبت أن الوقف تم بعد مرضه بالمقارنة بين تاريخها مع تاريخ العقد، فإنه يأخذ حكم الهبة في مرض الموت وتسري عليه أحكام الوصية طبقا لأحكام المادة 204 من قانون الأسرة، من حيث مقداره إذا كان يخرج عن الثلث أو يساويه، فينفذ في ثلث التركة وما زاد عن الثلث يتوقف على أجازة الورثة إن وجدوا أما إذا لم يكن للواقف ورثة نفذ وقفه[1]، وبما أن الوقف الخاص ألغي بموجب المادة 6 من قانون الأوقاف 02-10 التي تنص على(الوقف العام هو ما حبس على الجهات الخيرية من وقت إنشائه ويخصص ريعه للمساهمة في سبل الخيرات وهو قسمان ..)، فلا مجال للحديث عن الوقف لوارث[2].

و قد خص قانون الأوقاف 91-10 الدائنين بحق إبطال الوقف حيث يختلف حكم المرض مرض الموت تبعا لحاله إذا كان مدينا أو غير مدين وفقا لما أقرته أحكام المادة 32 من التي نصت على(يحق للدائنين طلب إبطال وقف الواقف في مرض الموت وكان الدين يستغرق جميع أملاكه) ونتناول هذه الحالات تباعا:

أولا: حالة وقف المريض مرض الموت المدين:

الأصل أن الوقف في مرض الموت لازم بعد وفاة الواقف في ثلث ماله سواء أكان ناجزا أو مضافا إلى ما بعد الموت[3]، إلا إذا كان الواقف مدينا فإن الحكم يختلف حسب حال الدين إن كان مستغرقا للتركة أ م لا. فإذا كان الدين مستغرق لتركة الواقف المريض مرض الموت فإن وقفه في هذه الحالة يتوقف على إجازة دائنيه [4]، فإن لم يجيزوه حق لهم إبطال الوقف واستيفاء دينهم، لأن الدين مقدم على الصدقة وهو أولى بالوفاء، وقد قضى المجلس الأعلى بإبطال الوقف في مرض الموت في القرار الصادر بتاريخ 1971/03/03 الذي جاء في مبدئه" من *المقرر شرعا وقانونا أنه يشترط في الواقف أن يكون أهلا للتبرع، رشيدا لامكرها*." [5] ، أما إذا كان الدين غير محيط بالمال كله، فيخرج الدين أولا ثم ينظر إلى الموقوف مما بقي بعد سداد الديون[6]، وكذلك القرار رقم 43301 المؤرخ في 1986/09/22 الذي جاء في حيثياته" .. *إن المحبس كان في حالة مرض خطيرة وتصرفاته غير نافذة*.."[7].

---

(1) محمودي عبد العزيز، مرجع سابق، ص 56.
(2) دريسي نور الهدى، مقال سابق، ص 473.
(3) د.زهدي يكن، **أحكام الوقف**، ط1، منشورات المكتبة العصرية، دار النهضة العربية، لبنان، ص80.
(4) رمول خالد، المرجع السابق، ص 75.
(5) مشار إليه ب: حمدي باشا عمر،(عقود التبرعات)، مرجع سابق، ص 92 * مشار إليه أيضا حمدي باشا عمر (القضاء العقاري)، مرجع سابق، ص 329.
(6) محمد عبيد عبد الله الكبيسي، **أحكام الوقف**، ج1، د ط، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1977، ص 338.
(7) مشار إليه ب: حمدي باشا عمر، (القضاء العقاري)، مرجع سابق، ص 337.

ثانيا: حالة وقف المريض مرض الموت الغير مدين:

إذا كان مريض الموت غير مدين فإن وقفه يلحق بالوصية حكما طبقا لأحكام المادة 217 و 204 من قانون فينفذ في ثلث التركة وما جاوزه موقوف على إجازة الورثة طبقا لأحكام المادة 185 من قانون الأسرة وأما إذا لم يكن للواقف ورثة فإن وقفه يصح سواء في كل المال أو بعضه لعدم تعلق حق لأحد بالمال الموقوف[1]، وهذا ما أكده القرار رقم 96675 الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1993/11/13 الذي جاء في مبدئه" من المقرر قانونا أنه يبطل الحبس في مرض الموت ويعتبر وصية، و متى كان ثابتا في قضية الحال أن المحبس الذي أقام الحبس كان في حال مرض خطير لازمه إلى يوم الوفاة، وعليه فإن القرار المنتقد لما قضى بإلغاء حكم المحكمة القاضي ببطلان الحبس والقضاء من جديد برفض الدعوى يكون قد أخطأ في تطبيق التشريع والقانون."[2]

ويتجلى مما سبق أن المشرع الجزائري ساير أحكام الفقه الإسلامي فيما يخص الوقف في مرض الموت، فهو ينزله منزلة الوصية[3]، غير أنه لم يتعرض إلى حالة الحجر على المدين في أحكامه، كما أنه يصعب العلم بأن الواقف محجور عليه بسبب عارض من عوارض الأهلية، رغم أن قانون الحالة المدنية 08/14 أوجب تقييد منطوق الأحكام القضائية في سجلات الحالة المدنية لإعلام الغير بحالة الشخص، حيث تنص المادة 2 منه على (يمكن لرئيس المجلس الشعبي البلدي وتحت مسؤوليته أن يفوض إلى نائب أو عدة نواب إلى المندوبين البلديين أو إلى المندوبين الخاصين وإلى أي موظف بلدي مؤهل المهام التي يمارسها كضابط للحالة مدنية لتلقي التصريحات بالولادة والزواج والوفيات وتسجيل *وقيد جميع العقود أو الأحكام في سجلات الحالة المدنية*..)[4]، وكذلك المادة 489 من ق ا م التي جاء فيها(يؤشر على هامش *عقد ميلاد المعني في سجلات الحالة المدنية بمنطوق الأمر القاضي بافتتاح أو تعديل أو رفع التقديم بأمر من النيابة العامة وبعد هذا التأشير إشهارا* .)، غير أن هذا الإجراء غير معمول به عمليا الأمر الذي ينجم عنه تصرف المحجور عليهم في أملاكهم.

و يبقى وقف مريض الموت المدين يثير إشكالات عملية أبرزها عدم إمكانية العلم بمديونيته عند إنشاء الوقف، وقيمة الدين المقرر عليه إن كان يستغرق كل أملاكه أم لا؟ و كان جديرا بالمشرع الجزائري إيجاد آلية لتبين حالة الواقف المالية عند الوقف حتى لا يعرض للابطال بعد وفاته.

---

(1) محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص349.

(2)مجلة الاجتهاد القضائي، عدد خاص، 2001، ص 302، مشار إليه ب: دريسي نور الهدى، مقال سابق، ص474.

(3) دريسي نور الهدى، مقال نفسه، ص473.

(4) الأمر رقم 70-20 الصادر في 1970/02/19 المتضمن قانون الحالة المدنية، المعدل والمتمم بالقانون 14-08 المؤرخ في 2014/08/20 ، ج ر عدد 49 ، المعدل والمتمم بالقانون 03/17 المؤرخ 2017/01/11، ج رعدد02.
للإشارة أن المحاكم سابقا كانت تزود مكاتب التوثيق بأحكام الحجر والأحكام الصادرة برفع الحجر وكان يعلق لوح خاص بالمحجور عليهم قضائيا، للتفضيل يراجع حمدي باشا عمر، (عقود التبرعات)، مرجع سابق، ص 31.

المبحث الأول: حكم هبة العقار في مرض الموت في التشريع الجزائري

خول المشرع الجزائري للشخص مطلق الحرية في التصرف في أمواله بعوض وبغير عوض ولا يتقيد حقه في التصرف إلا إذا تعلق حق الورثة والغرماء به إذا ما دنى أجله وقام بالتبرع بممتلكاته، لهذا ضبط قانون الأسرة تبرعات مريض الموت ومنها الهبة بأحكام خاصة، والتي نتناولها بالدراسة في هذا المبحث المقسم على ثلاث مطالب بدءا من بيان القواعد العامة للهبة في المطلب الأول ثم نتعرض لصورها في مرض الموت في المطلب الثاني، ونوضح إجراءات إبرامها وما ينتج عنها من أثار قانونية في المطلب الثالث.

المطلب الأول: القواعد العامة للهبة

تعتبر الهبة أبرز التصرفات التبرعية وأكثرها شيوعا بين الناس أصّل لها الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه، وأقرها القانون الجزائري و مختلف التشريعات، ولمعرفة أحكام هبة العقار في مرض الموت نوضح المقصود من الهبة في الفرع الأول، ثم نبين أركانها وشروط الصحة فيها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف الهبة

نستهل دراستنا ببيان المعنى اللغوي للهبة ثم المعنى الاصطلاحي.

الفقرة 01: التعريف اللغوي للهبة

الهبة لغة: هي مصدر الفعل وهب ووهبت له هبة بمعنى أعطيته، وهبّ من نومه يعني استيقظ، وقيل هبوب الرياح لما في ذلك من العطاء[1]، وهي التبرع أو العطية الخالية من الأعواض والأغراض فإذا كثرت سمي صاحبها وهابا[2] ، وقيل هي التفضل والإحسان بشيء ينتفع به الموهوب له، والهبة مأخوذة من هب بمعنى مرّ، لمرورها من يد لأخرى.[3]

الفقرة 02: التعريف الاصطلاحي للهبة

الهبة في معناها الاصطلاحي لم تختلف عن المعنى اللغوي، فهو نقل الإسم العام إلى الخاص لأنها لا تكون إلا في مال[4]، سواء في الاصطلاح الشرعي أو القانوني كما سيأتي بيانه.

---

(1) د.سعد بن عبد الله الحميد، خلاصة القول في الهبة والوديعة والعارية والوكالة و الحوالة، على موقع www.alukah.net، (تاريخ الزيارة 2020/09/29، الساعة الثانية)، ص1.

(2) ابن منظور، مصدر سابق، ج 6 ،ص4929 .

(3) الرملي، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، ج5، د ط، دار الفكر، لبنان، 1984، ص404.

(4) علي حيدر خواجة أمين أفندي، تعريب المحامي فهمي الحسيني، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، ج 2، ط1، دار الجيل، د ب ن 1991، ص 389.

أولا: تعريف الهبة في الفقه الشرعي:

أسهب فقهاء المذاهب الأربعة في تعريف الهبة وتميز كل منهم بتفاصيل دقيقة نورد أهمها على النحو الآتي:

الهبة عند الحنفية (تمليك بلا شرط العوض في الحال) ، وهذا يعني أن الواهب لا يمنع من أن يشترط العوض مقابل ما يهب من مال [5].

الهبة عند المالكية[6](تمليك بلا عوض ولثواب الآخرة صدقة)[7].

عرف الشافعية الهبة أنها(تمليك العين بلا عوض في الحياة تطوعا)[8]، ويبرز إختلاف هذا التعريف عن سابقيه في إضافة لفظ الحياة، أي أن الهبة تكون حالة منجزة وتطوعا لا وجوبا.

هذا وقال فيها الحنابلة (الهبة والصدقة والهدية والعطية معانيها متقاربة وكلها تمليك في الحياة بغير عوض)[9]، و كذلك قال أصحاب هذا المذهب بإيقاع الهبة حال حياة العاقدين.

و يلاحظ من هذه التعريفات وإن اختلفت في العبارة، فإنها اتفقت في أن مقومات الهبة في الفقه الإسلامي هي تمليك المال للغير مجانا بنية تبرع.

ثانيا: تعريف الهبة في التشريع الجزائري

نظم المشرع الجزائري أحكام الهبة في قانون الأسرة في الفصل الثاني من الكتاب الرابع الخاص بالتبرعات من المواد 202 إلى 212، وعرفتها المادة 202 بأنها(تمليك بلا عوض)، وهذا التعريف مستمد من المذهب المالكي، ولدراسة حكم الهبة في مرض الموت يستلزم التعرض لشروط انعقادها وصحتها.

الفرع الثاني: أركان الهبة

الهبة في التشريع الجزائري عقد رضائي تسري عليها القواعد العامة للعقد من رضا، محل و سبب إضافة للشكلية إذا كان محلها عقار أو حق عيني والحيازة طبقا لأحكام المادة 206 من قانون الأسرة التي جاء فيها(تنعقد الهبة بالإيجاب و القبول، وتتم بالحيازة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق والإجراءات الخاصة في المنقولات)، و نتعرض لدراسة كل ركن بالتفصيل:

---

(5)ابن قدامة، مصدر سابق، ص 246.

(6)الخرشي، **شرح مختصر خليل**، ج 7، د ط، دار الفكر، د م ن، د ت ن، ص102.

(7) عرف المالكية الهبة أيضا(الهبة تمليك لذات بلا عوض لوجه الموهوب له وحده وتسمى هدية) للتفصيل ينظر عبد الرحمن الجزيري، **الفقه على المذاهب الأربعة**، ج 4، ط 6، دار الفكر، د م ن .، د ت ن ، ص207.

(8) الخطيب الشربيني، مصدر سابق، ص396.

(9) موفق الدين بن قدامة، مصدر سابق، ص 246.

أولا/ التراضي:

الهبة من التصرفات التبرعية التي أوجب فيها المشرع التراضي[1] خلافا للوصية والوقف اللذان ينشأن بالإرادة المنفردة للمتبرع، فتوافق إرادة الواهب بقبول الموهوب له ركن جوهري فيها، ومنه لا يصح للموهوب له عند القبول تعديل أو تقييد إيجاب الواهب طبقا للقواعد العامة التي أقرتها المادة66 من القانون المدني التي تنص على(لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجابا جديدا.)

فإذا كان الموهوب له عديم التمييز يتولى القبول عنه ممثله القانوني(وليه، وصيه، أو القيم عليه)، وإذا كان الموهوب له ناقص الأهلية جاز له قبول الهبة بنفسه طبقا لأحكام المادة 83 من قانون الأسرة، إلا إذا كانت الهبة مشروطة أو مقترنة بالتزامات فإنها هبة بعوض تأخذ حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر التي تتوقف على إجازة ممثله القانوني[2].

ثانيا/ المحل في الهبة

الهبة عقد يلتزم بمقتضاه الواهب بإعطاء كل ممتلكاته أو جزء منها إلى الموهوب له و يسري على الشيء الموهوب ما يسري على محل العقد طبقا للأحكام العامة في التعاقد، أي أن يكون مملوكا للواهب [3] وموجودا وقت التعاقد لأن الهبة من العقود المنجزة الحالة، و أن يكون معلوما علما كافيا نافيا للجهالة، معينا، وأن يكون صالحا للتعامل فيه[4]، وألا يكون مستحيلا أو مخالفا للنظام العام والآداب العامة.

---

(1) تجدر الإشارة أن مذاهب الفقه الإسلامي لم تتفق على انعقاد الهبة ومس الاختلاف أصحاب المذهب الواحد، ففي الفقه الحنفي لعقد الهبة، يرى أبا حنيفة و صاحباه أن الإيجاب من الواهب هو الركن الوحيد أما القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانا و إن كان معدودا منه و إنما شرط لثبوت الملك لا شرط لنشوء الهبة، أما زفر يشترط القبول والقبض يراجع عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق ، ص293.

الفقه المالكي: يرى فريق من مذهب مالك أن الهبة تملك بالإيجاب والقبول، أما قبضها فليس بشرط في التمليك على المشهور، فإذا اقترن الإيجاب بالقبول صحت الهبة ولا يمكن للواهب الرجوع فيها فإذا امتنع عن تسليم الموهوب يرفع الأمر للحاكم، ويشترط الفريق الأخر منهم لتمام الهبة القبض، للتفصيل يراجع ابن عمر يوسف القرطبي، **كتاب الكافي لفقه أهل المدينة المالكي**، تحقيق محمد أحيد ولد ماريك الموريتاني ج2، ط1، مكتبة الرياض الحديثة، د ت ن، ص 999.* محمد كامل مرسي باشا، **شرح القانون المدني الجديد، العقود المسماة**، **الهبة العارية القرض الدخل الدائم المرتب مدى الحياة المقامرة والرهان الشركة**، ج2، ط2، مطبعة لجنة البيان العربي، القاهرة، 1952، ص27.

(2) شيخ نسيمة، مرجع سابق، ص59.

(3) يجب مراعاة أحكام الشهر العقاري في التصرفات الناقلة للملكية أهمها قاعدة الأثر النسبي أو الشهر المسبق حسب المرسوم 76-63 المتضمن تأسيس السجل العقاري، المؤرخ في 1976/03/25، ج ر عدد 30 لسنة 1976، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 93-123 مؤرخ 1993/05/19 ج ر عدد24 لسنة 1993، طبقا للمادة 88 منه التي تنص" لا يمكن القيام بأي إشهار في المحافظة العقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارن للعقد أو القرار القضائي أو شهادة الانتقال عن طريق الوفاة، يثبت حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير وذلك مع مراعاة أحكام المادة 89."

(4) يجب أن لا يكون محل الهبة غير قابل التعامل فيه كأن تكون العين الموهوبة محبسة طبقا للمادة 23 من القانون 91-10 الخاص بالأوقاف الصادر في 1991/04/21 التي نصت على"لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي المنتفع به بأية صفة من صفات التصرف بالبيع أو الهبة أو التنازل أو غيرها.

ثالثـا/ السبب في الهبة

تسري على الهبة نظرية السبب التي تفرضها القواعد العامة في التعاقد بأن يكون الباعث مشروع غير مخالف للنظام العام والآداب العامة وإلا كانت الهبة باطلة[1]، ويقصد بالسبب بمعناه الحديث لا التقليدي وهو الباعث أو الدافع للواهب على الهبة[2]، كأن يهب شخص لأخر شيء على أن يقتل الموهوب له خصم الواهب، واعتبر القضاء الفرنسي تبرع الواهب بنية إقامة علاقة غير مشروعة مع الموهوب لها باعثا غير مشروع يترتب عليه البطلان[3]، أما إذا كان الباعث في التبرع تعويض العشيقة عن الضرر الذي لحقها بسبب المعاشرة الغير شرعية فيعتبره القضاء سببا مشروعا[4].

رابعـا/الحيازة:

الحيازة في الهبة هي تمكين الموهوب له من السيطرة المادية على المحل الموهوب قصد الظهور بمظهر صاحب الحق، وقد تكون فعلية بوضع الموهوب تحت تصرف الموهوب له وتمكينه من التصرف فيه و الانتفاع به، كما قد تكون الحيازة حكمية بأن يكون الموهوب موجود في حيازة الموهوب له فلا يحتاج إلى استيلاء مادي جديد حتى تتم الهبة، وإنما يتفق الواهب مع الموهوب له على أن يبقى الموهوب في حيازته بصفته مالكا له[5]، ونصت عليها المادة 207 من قانون الأسرة التي جاء فيه(إذا كان الشيء الموهوب بيد الموهوب له قبل الهبة تعتبر حيازة وإذا كان بيد الغير وجب إخباره بها ليعتبر حائزا).

و قد انقسم شارحي القانون بين من يعتبر الحيازة ركن و من يعدها شرط تمام، فمنهم القائل بأن المشرع الجزائري جعل الحيازة ركن على غرار بعض التشريعات المقارنة كقانون الموجبات والعقود اللبناني والقانون المدني العراقي، فلا تتم الهبة إلا بالتسليم الذي يعد ركن فيهالا التزام يقع على عاتق الواهب[6]، و لأن المادة 206 من قانون الأسرة في فقرتها الثانية رتبت البطلان على تخلف الحيازة في الهبة، وقد انتقل هذا الاختلاف إلى القضاء، حيث كرس هذا الرأي القرار رقم 26990 الصادر عن المحكمة العليا في 1982/02/22 الذي جاء في حيثياته".. يستوجب نقض القرار الذي قضى بصحة الهبة استنادا على التصريح الوارد بالعقد المتمثل في انتقال الحيازة إلى الموهوب له دون التأكد من وقوع الحيازة الفعلية.."[7] ،

---

(1)نصت المادة 97 من القانون المدني(إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب العامة كان العقد باطلا.)

(2) السبب وفق النظرية التقليدية هو الغرض المباشر أما السبب وفق النظرية الحديثة الغاية البعيدة التي قصد المتعاقد الوصول إليها. للتفصيل يراجع شيخ نسيمة، مرجع سابق، ص41.

(3) د.عبد المجيد الحكيم، **مصادر الالتزام**، ط2، د م ن، سنة 1963، ص 216.

(4) حمدي باشا عمر،(عقود التبرعات)، مرجع سابق، ص 28.

(5) شيخ نسيمة، مرجع سابق، ص 53.

(6)عبد الرزاق السنهوري، (الهبة و الشركة)، ج5، مرجع سابق، ص 45.

(7)نشرة القضاة، المحكمة العليا، الجزائر، 1982، عدد خاص، ص 273.

وكذلك القرار رقم 40651 الصادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا في 1986/02/24 [1] الذي أكد مضمون المادة 206 من قانون الأسرة، وتجدر الإشارة إلى أنه حتى قبل صدور قانون الأسرة أوجب القضاة الحيازة في الهبة مستندين على الفقه الإسلامي ، حيث جاء في القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1969/04/09 " إن القاعدة الشرعية لصحة الهبة أن يليها فورا تسليم الشيء الموهوب إلى الموهوب له ومن ثم فإن الحكم الذي يخالف هذا المبدأ يستحق النقض"[2].

أما الفريق الآخر من شارحي القانون الذين يعتبرون أن الحيازة شرط تمام في الهبة، فهم لا يعدون الهبة باطلة إذا لم يمكن الواهب الموهوب له من حيازة الموهوب وظهر هذا في عدة قرارات، منها القرار رقم 25554 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا في 1982/01/11 الذي جاء في مبدئه" من المقرر شرعا أن الهبة تنعقد وتصح بمجرد القبول والقبض،.. على أن الحيازة من شروط الكمال..، *هذه الحيازة التي هي شرط تمام*.. "[3] ، و حتى إن تباينت الآراء حول اعتبار الحيازة ركن أو شرط فالأكيد وجوب توافرها في الهبة، و تخلفها يبطل العقد، فإذا ما وهب شخص لوارثه عقار واحتفظ بحيازته عد تصرفه وصية[4] طبقا للمادة 777 من القانون المدني التي نصت على(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)، وهذا المبدأ الذي أكدته المحكمة العليا في القرار رقم 59240 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا في 1990/03/05 وجاء في مبدئه " من المقرر قانونا أنه يعتبر التصرف وصية وتجري *عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه و الانتفاع به مدة حياته*.."[5]، وتأسيسا على ما تقدم فإن الأرجح أن تكون الحيازة ركن في الهبة.

خامسا/ الشكلية:

جعلت المادة 206 من قانون الأسرة الشكلية ركن في الهبة وهي تتفرع إلى شقين هما الرسمية وثانيها إجراءات الشهر العقاري.

1- الرسمية:

الرسمية أو الشكلية المباشرة هي ركن في الهبة وتعني وجوب إفراغ عقد الهبة التي محلها عقار أو حقوق عقارية في شكل رسمي يحرر من قبل الموثق تحت طائلة البطلان، طبقا للمادتين 206 من قانون الأسرة

---

(1)قرار مشار إليه ب: جمال سايس، **الإجتهاد الجزائري في القضاء العقاري**، ج2، ط2، منشورات كليك، الجزائر، 2013، ص1149.
(2)قرار صادر في النشرة السنوية، سنة 1969، مشار إليه ب: حمدي باشا عمر، (القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا ومحكمة التنازع)، مرجع سابق، ص299.
(3)نشرة القضاة ، المحكمة العليا، الجزائر، سنة 1982، عدد خاص، ص 225.
(4) مايا دقايشية، مرجع سابق، ص 125.
(5) المجلة القضائية، سنة 1992، عدد3، ص57.

و المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، وقد أوجب المشرع الجزائري الشكلية في الهبة الواردة على العقار لحماية للواهب وخلفه العام و تنبيهه إلى خطورة تصرفه، لما في الشكل الرسمي من إجراءات مركبة تفرض العلانية[1]، وهي ضمان وحماية للموهوب له نفسه وحجة لا يمكن دحضها لما يتمتع به العقد الرسمي من حماية قانونية، طبقا لأحكام المادة 324 مكرر 1/6 (يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة وورثتهم وذوي الشأن.)، ولذلك إذا حررت هبة محلها عقار عرفيا تكون باطلة ولا يعتد بها لتخلف ركن من أركانها و هذا ما أكده القضاء حيث قضت الغرفة العقارية للمحكمة العليا بنقض قرار المجلس الذي اعتد بصحة الهبة المحررة عرفيا في القرار رقم45371 الصادر عن الغرفة العقارية في 1987/04/20، والذي جاء في مبدئه" من المقرر قانونا أن العقد العرفي للهبة مخالف للمادة 206 من قانون الأسرة، فإن المجلس تجاوز حدوده باعتبار الهبة وصية وهذا لا يصح حسب قواعد الشريعة الإسلامية كما ذكر الشيخ خليل في الجزء4 ص92."[2] ، وكذلك القرار رقم 81376 المؤرخ في 1992/02/18 الصادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا والذي ورد في متنه "..لذا فإن الهبة الواردة في الشكل العرفي تعد باطلة لعدم استيفائها الشروط الجوهرية."[3]، كما نقض القرار رقم 302316 المؤرخ في 2003/07/30 [4] ، الصادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا قرار المجلس القاضي بصحة الهبة المحررة عرفيا.

هذا وقد فرض المرسوم76-63 الشكل الرسمي في المحررات الخاضعة للإشهار العقاري بموجب المادة 61 التي نصت على (كل عقد يكون موضع إشهار في المحافظة العقارية يجب أن يقدم في الشكل الرسمي.)، وللأهمية التي أولاها المشرع للرسمية في عقد الهبة، فقد أعفى قانون الأسرة المتعاقدين من الحيازة في وجودها في حالات حددتها المادة 208 بنصها(إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجه أو كان الموهوب مشاعا فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة)، وحسنا فعل المشرع الجزائري إذ من المنطق أن تنتفي الحيازة إذا كان الواهب ولي الموهوب له، أو زوجه فلا يمكن اشتراط الحيازة في الهبة مادامت الزوجية قائمة رفعا للحرج لإشتراك الزوجين في معيشة واحدة قد يتعذر معها الحيازة الفعلية للمال الموهوب[5] ، وهذا ما كرسه القضاء في عدة قرارات، منها القرار رقم 0803432 الصادر عن المحكمة العليا المؤرخ في 2013/11/13 والذي جاء فيه" ..إن عقد الهبة قد حرر بتاريخ 1998/11/28 وكانت زوجة المطعون عليها آنذاك ولم تطلق منه إلا بتاريخ 2008/09/27 وبالتالي

---

(1) محمد بن أحمد تقية، مرجع سابق، ص 202.

(2) قرار غير منشور مشار إليه ب:جمال سايس، ج2، مرجع سابق، ص1150* حمدي باشا عمر(القضاء العقاري)، مرجع سابق، ص301.

(3) المجلة القضائية، قسم الوثائق والمستندات، المحكمة العليا، الجزائر، 1993، عدد4، ص92.

(4) قرار مشار إليه ب:جمال سايس، ج2، مرجع سابق، ص1106.

(5) مايا دقايشية، مرجع سابق، 126-127.

تكون إجراءات التوثيق والإشهار تغني عن الحيازة.."[1]، والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري لم يحدد مدة معينة للحيازة، وهو المنحى الذي سار عليه القضاء، حيث اعتبر القرار رقم 664121، الصادر عن الغرفة العقارية في1995/06/07".. أن قضاة الموضوع كانوا على صواب عندما لم يحددوا مدة معينة للحيازة لأن الموهوب لها كانت تعيش مع الواهب لذلك فقد استبعدوا تطبيق المادة 208 من قانون الأسرة."[2]

وقد أوجب المشرع الجزائري على الموثق تحرير عقد الهبة بحضور شاهدين طبقا لمقتضيات المادة 324 مكرر3 من القانون المدني التي نصت على(يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الإحتفائية بحضور شاهدين)[3]، وتعتبر الهبة من العقود الإحتفائية LES ACTES SOLENNELS

شأنها شأن الوصية والوقف والزواج التي تحرر بحضور شاهدين وجوبا، وهو ما أكده القضاء من خلال عدة قرارات منها القرار رقم 307934 الصادر عن المحكمة العليا المؤرخ في2005/10/19 [4]، و القرار رقم 389338 الصادر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا بتاريخ2007/11/21، والذي ورد في متنه " يشترط القانون تحرير عقد الهبة وجوبا تحت طائلة البطلان بحضور شاهدين"[5]، لكن المادة 324 مكرر3 من القانون المدني ذكرت الشهود بصفة العمومية دون تخصيص شهود عدل أم إثبات، فاعتبر بعض شارحي القانون أنه يستوجب تحرير الهبة بحضور شهود[6] عدل الذين لا تربطهم بالواهب علاقة قرابة كي يبصرونه بما هو مقبل عن فعله[7]، لا شهود إثبات[8] الذين قد يكونون من قرابته فيؤثرون عليه في غير مصلحته.

في اعتقادي أنه ينبغي التفرقة في الإشهاد في الهبة بين ما إذا كان للواهب ورثة أم لا، وتحديدا أبناء، فإن كان له أبناء يستحسن أن يكونوا هم الشهود في الهبة، تحصينا لتصرفه من أي مزاعم يدعونها مستقبلا فهم من كان عالما بالهبة وشاهدا على إرادته الحرة و على تمتعه بأهلية التبرع التامة، أما إذا لم يكن للواهب ورثة فلا خلاف في الأمر فيمكن لأقاربه أن يكونوا شهودا في العقد، لأنه قد يكون تأثير

---

(1) مجلة المحكمة العليا، سنة 2013، عدد2، ص326-327.

(2) المجلة قضائية، سنة 1995، عدد01، ص111.

(3) أدرج المشرع المادة 324 مكرر3 بموجب القانون 88-14 المعدل للقانون المدني، وتم تعديلها بالقانون 10-05 صادر في 2005/06/20 حيث خصت العقود الإحتفائية دون العقود الرسمية بحضور الشاهدين.

(4) مجلة المحكمة العليا، سنة 2005 ،عدد2، ص195.

(5) مجلة المحكمة العليا، سنة 2008، عدد2، ص 159.

(6) للإشارة فإن المادة 324 مكرر3 تجد أصولها في قانون فانتوز الفرنسي المعدل بالمرسوم المؤرخ في 1902/08/12، الذي نصت المادة 9 منه على "يجب على الموثق أن يحرر العقود الإحتفائية بشاهدي عدل أو موثقين تحت طائلة البطلان، إذا كانت الأطراف المتعاقدة لا تحسن الإمضاء أثناء قراءة العقد" ، وكانت هذه الأحكام مطبقة على التصرفات في الجزائر إبان الحقبة الاستعمارية، للتفصيل يراجع بوحلاسة عمر ، **شهادة الشهود في العقود التوثيقية**، مجلة الموثق، سنة 2003، عدد9، ص26.

(7)حمدي باشا عمر(عقود التبرعات)، مرجع سابق، ص 18.

(8) نصت المادة 20 /2 من قانون 06-02 المتعلق بمهنة الموثق " غير أنه يجوز لأقارب أو أصهار الأطراف المتعاقدة أن يكونوا شهود إثبات" و جدير بالذكر أن شهود الإثبات أو التعريف هم الشهود الذين يؤكدون الحالة المدنية للمتعاقدين في غياب الوثائق الثبوتية ، للتفصيل يراجع عمر بوحلاسة، مقال سابق، ص 25.

الشاهد الغير قريب في غير مصلحة الواهب أشد من تأثير الشاهد القريب.

2/الإشهار العقاري:

يندرج الإشهار العقاري[1] ضمن الشكلية غير المباشرة، وعرف بأنه مجموع الإجراءات والقواعد قانونية و التقنية التي تشمل كل التصرفات القانونية المنصبة على العقارات سواء كانت كاشفة، منشئة، ناقلة، معدلة أو منهية لحق عيني عقاري أصلي أو تبعي بغض النظر عن نوع التصرف عقدا كان أو حكما أو قرارا إداريا وسواء كان مصدر الحق تصرفا قانونيا أو واقعة مادية[2]، وقد أخضع المشرع الجزائري التصرفات العقارية لإجراءات الإشهار العقاري ولم يكتفي بالرسمية، إذ نصت المادة15 من الأمر75-74 على (.. 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)، وهذا لما يوفره الشهر العقاري من ضمان وحماية أكبر خاصة إذا كان التصرف هبة يتجرد فيه الواهب من ملكيته بدون عوض، كما أكد هذا القانون المدني في المادة 793 منه التي نصت على (لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا رعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون و بالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار)، وقد كرس القضاء هذه النصوص القانونية في القرار رقم 0990737 الصادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا بتاريخ 2016/06/16 والتي أثارت فيه الطاعنة دفعا يتعلق بانعقاد الهبة في مرض موت الواهب الذي فقد ذاكرته وتوفى قبل إشهار العقد، وجاء في حيثياته «حيث أن عملية شهر الهبة تمت بعد وفاة الواهب، ..وأن عقد الهبة إذا لم يتم شهره في حياة الواهب فإن ملكية العقار تنتقل بقوة القانون إلى الورثة بمجرد الوفاة، بحيث إذا كان العقد غير مشهر في حياته فهذا يؤدي بالضرورة إلى اعتبار حيازة العقار الموهوب لم تتم، لذلك كان يجب شهر عقد الهبة أثناء حياة المورث تحت طائلة البطلان."[3]

---

(1) اختلف فقهاء القانون في تعريف الإشهار العقاري كما اختلفوا في تسميته منهم من اصطلح عليه الإشهار و منهم من سماه الشهر العقاري ومنهم من أطلق عليه مصطلح" القيد"، وقد استعمل المشرع الجزائري مصطلح الإشهار العقاري في الأمر75-74 والمرسوم 76-63 ، في حين استعمل الشهر في المادة 793 من القانون المدني، للتفصيل يراجع علي فيلالي، **العقود الخاصة البيع**، موفم للنشر، الجزائر، 2018، ص 182.

(2)زروقي ليلى وحمدي باشا عمر، **المنازعات العقارية**، دار هومة، الجزائر، 2003، ص63.

يهدف نظام الإشهار العقاري إلى تحديد هوية العقار وتثبيت ملكيته من طرف هيئة عمومية تسمى المحافظة العقارية يديرها المحافظ العقاري الذي يتولى مسك وحفظ السجلات العقارية، و يحكم الإشهار العقاري في الجزائر نظامان، نظام الشهر الشخصي الذي يعنى بتسجيل أسماء التصرفات باسم مالكي العقارات ونظام الشهر العيني الذي يسجل التصرفات على أساس العقارات لا مالكيها، وقد تبنى المشرع الجزائري نظام الشهر العيني بموجب الأمر75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، وفي انتظار إتمام المسح العام الذي يتطلب آجال طويلة وتكاليف باهظة لازالت الجزائر تعمل بنظام الشهر الشخصي في المناطق التي لم يشملها المسح، للتفصيل يراجع علي فيلالي، مرجع سابق، ص188.

(3) قرار غير منشور، صفحة مجموعة خبايا التوثيق، نقلا عن الأستاذ/ بوجملين عبد السلام، (تاريخ الدخول 2020/08/22 الساعة العاشرة).

ونفس المبدأ أكده القرار رقم10365 الصادر عن الغرفة المدنية المحكمة العليا في 1994/11/09 الذي اعتبر التصرف بالهبة وصية لأن شهر العقد تم بعد وفاة الواهب وجاء فيه" وحيث أن ملكية العقار الموهوب عند وفاة الواهب لم تنتقل إلى الموهوب لها ولم يتم تنفيذ هذا التصرف إلا بعد وفاة المورث.."[1]، وكذلك القرار رقم 307934 الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2005/10/19 [2].

يستشف من القرارات المذكورة أن القضاء غيب إرادة الواهب و أرسى مكانها الإشهار العقاري الذي اعتبره منشأ لحق الملكية، فإذا سلمنا بذلك، فما محل التراضي من أركان العقد، وهل الإشهار يغني عن الرسمية، ومادام الأمر 75-74 المتضمن إعداد المسح العام وتأسيس السجل العقاري الخاص يجعل التصرف منعدم ولا وجود له إذا لم يقيد في البطاقة العقارية فهل يعد العقد الغير مشهر باطلا ؟.

إن الإشهار العقاري هو إجراء تترتب بموجبه أثار التصرفات القانونية المنشأة لحق الملكية العقارية، وليس هو المنشأ لها، فهو إجراء من إجراءات الشكلية الغير مباشرة التي لا تمس بالتصرف القانوني فلا علاقة له بصحة التصرف[3]، ذلك أن المشرع عندما بسط الرسمية في التصرفات القانونية على الملكية العقارية قد جعل لها الحجية بين أطراف العقد والورثة وذوي المصلحة طبقا لمقتضيات المادة 324مكرر 6 من القانون المدني وهذا ما أكده القضاء في عدة قرارات منها القرار رقم 37117 الصادر في 1985/04/20 الذي جاء في مبدئه" من المقرر قانونا أن *للعقد الرسمي حجيته أمام أطرافه فيما أقروا به أمام الموثق وأنه لا يجوز عرقلة تنفيذه* اعتمادا على مجرد قرائن مستنتجة من ملابسات ووقائع النزاع ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد إهدار لقوة العقد الرسمي التنفيذية وخرقا لمقتضيات القانون"[4]، وكذلك القرار رقم 293970 الصادر عن المحكمة العليا في 2005/04/27 الذي ورد في حيثياته " حيث أنهم استخلصوا من ذلك أن العقد الرسمي صحيح ومنتج لآثاره القانونية اتجاه الأطراف والغير مادام أنه لم يثبت تزويره فيه...."[5].

إذن يتبين الفرق الجوهري بين الشهر والرسمية فالشهر رغم أهميته لا يعتبر ركنا يترتب على تخلفه بطلان التصرف القانوني، في حين أن الرسمية في العقود التي تستوجبها ومنها هبة العقار ركن في العقد[6]، وما الإشهار إلا وسيلة لتنفيذ التصرف ولا يؤثر على وجوده ولا صحته[7]، وكون عقد الهبة تمليك

---

(1)نشرة القضاة، 1997، عدد 51، ص67.

(2)مجلة المحكمة العليا، 2005، عدد02، ص195.

(3)علي فيلالي، مرجع سابق، ص 191.

(4)المجلة قضائية، قسم الوثائق والمستندات، المحكمة العليا، الجزائر، سنة 1990، عدد1، ص 110.

(5) مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق والمستندات، المحكمة العليا، الجزائر، سنة 2005، عدد2، ص197.

(6)د.بلحاج العربي، **مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري**، ج1، د ط، دار هومة، الجزائر، 2014، ص 596.

(7) هناك من شارحي القانون الذين يرون أن تعليق نقل ملكية الحقوق العقارية بالإشهار العقاري وضعا خاصا يخرج عن القواعد القانونية المتعارف عليها استحدثه المشرع الجزائري قد يؤدي إلى ضياع الحقوق وتراجع قيمة الرسمية التي فرضها المشرع بعنوان الثقة والائتمان. للتفصيل يراجع علي فيلالي، مرجع سابق، ص 193.

منجز ليس معناه أن نقل الملكية ركن من أركان انعقادها أو شرط من شروط صحتها، فالملكية تكتسب بالعقد وتنتقل بالإشهار العقاري[1]، وقد كرس الاجتهاد القضائي صحة عقد الهبة الغير مشهر في القرار رقم 854885 الصادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا بتاريخ 2014/05/15 والذي جاء في مبدئه" عقد الهبة غير المشهر عقد صحيح يرتب جميع آثاره القانونية وينشأ في ذمة الواهب إلتزاما شخصيا بتنفيذه عينا."[2]

وقد أدت الإشكالات العملية العديدة التي خلفها تطبيق المادة 15 من الأمر 75-74، بالمشرع الجزائري إلى تدارك الأمر وتعديلها بموجب المادة 92 من قانون المالية لسنة2018 التي نصت على" تعدل أحكام المادة 15 من الأمر 75-74 المؤرخ في ... وتحرر كما يلي:

المادة 15: (.. كما *تسري من تاريخ الوفاة أيضا الحقوق التي تم التصرف فيها من طرف المورث قيد حياته بموجب عقود في الشكل الرسمي والتي لم تشهر بعد عند يوم الوفاة* وإذا تبين أنه تصرف فيها، فإنها تخضع لقانون الشهر العقاري)[3]، ويترتب عليه أن وفاة الواهب قبل إشهار العقد لا يجعل تصرفه

مضافا لما بعد الموت ويلحقه بالوصية وإنما يظل التصرف هبة صحيحة منتجة لأثارهما كما أنشأها أطرافها.

و على ضوء ما تقدم فإن قواعد الإشهار العقاري لا تغير من طبيعة الهبة في كونها عقد رضائي أساسا وإنما جعل الشهر لنقل الملكية للموهوب له.

الفرع الثالث: شروط الصحة:

إضافة للأركان تستوجب الهبة توافر شروط صحة تخص الواهب، وتتمثل في الأهلية وخلو الإرادة من العيوب، حيث نصت المادة 203 من قانون الأسرة على(يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، بالغا تسع عشرة 19 سنة غير محجور عليه) ، وميز قانون الأسرة بين أهلية الواهب والموهوب له، حيث كان أكثر شدة بالنسبة للواهب لأنه يقوم بعمل ضار ضررا محضا، فأوجب وأن يكون راشدا بالغا تسع عشر سنة طبقا للمادة 40 من القانون المدني، متمتعا بكامل قواه العقلية، ليس بالمجنون ولا المعتوه[4]، وأن يكون أهلا للتبرع لأن الهبة الصادرة من فاقد الأهلية و ناقصها باطلة، وإذا كان الواهب أصم أبكم، أو

(1) عبد الحميد عثمان، مرجع سابق، ص 43.
(2)مجلة المحكمة العليا، سنة 2015، عدد 1، ص203.
(3)ينظر القانون 2017-11، المؤرخ في 2017/12/27 المتضمن قانون المالية سنة 2018، ج ر عدد 76 لسنة 2017.
(4) محمد ين أحمد تقية، مرجع سابق، ص96.

أعمى أصم، أو أعمى أبكم فتسري عليه الأحكام المقررة بالمادة 80 [1] من القانون المدني والتي تستوجب عليه التصرف بمعية المساعد القضائي التي تعينه المحكمة.

وكذلك تكون الهبة قابلة للإبطال إذا اعترى إرادة المتعاقدين وبالأخص إرادة الواهب عيوب الإرادة وهي الغلط، التدليس، الإكراه والاستغلال المنصوص عليها بالمواد 81،82،83،84،85 من القانون المدني، فإذا شاب إرادة الواهب عيب من هذه العيوب جاز له طلب إبطالها[2] وفقا لما قرره نص المادة 99 من القانون المدني.

أما بالنسبة للموهوب له فقد خفف المشرع من أهليته ويكفي فيه أهلية التمييز[3]، لأن الهبة من الأعمال النافعة نفعا محضا، يجوز له قبولها بنفسه طبقا للمادة 83 من قانون الأسرة، وإن كان الموهوب له غير مميز فيتولى قبولها وليه أو وصيه، فإن كانت الهبة مقرونة بشروط أو التزامات فإن قبولها يكون بإذن من القضاء[4].

إذا صحت أركان الهبة و اكتملت شروطها المذكورة أعلاه أنتجت آثارها القانونية المبتغاة من المتعاقدين، لكن قد يتحايل الواهب وهو في مرض الموت فيلجأ إلى تصرفات قانونية حقيقتها هبة وظاهرا غير ذلك سنتناول بعض هذه التصرفات بالدراسة من خلال المطلب الموالي.

المطلب الثاني: صور الهبة

لما كانت قواعد الميراث من النظام العام لا يجوز مخالفتها، غالبا ما يلجأ مريض الموت إلى التحايل على أحكامها بإخفاء هبة أمواله العقارية في شكل تصرفات معاوضة تهربا من دائنيه وتجنبا لغضب ورثته منه و للتعرف على ذلك نعالج الفرع في فقرتين، نتناول في الفرع الأول الهبة المستترة وفي الفرع الثاني هبة ملك الرقبة.

---

(1)اعتبرت المادة 42 من القانون المدني الصبي الغير مميز والمجنون والمعتوه فاقدي الأهلية وورد بالمادة 82 من قانون الأسرة أن جميع تصرفات الصبي الغير مميز باطلة، أما المادة 85 من قانون الأسرة فنصت على أن تصرفات المجنون والمعتوه "غير نافذة" وليست باطلة، ومعلوم أن التصرفات الباطلة في حكم العدم لا تصحح بالإجازة، أما التصرفات الغير نافذة، تصرفات موقوفة على الإجازة لكنها غير باطلة، إذ جعل القانون المدني للمجنون والمعتوه والصبي الغير مميز حكم واحد "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية" أي أن المعتوه في القانون المدني فاقد للأهلية وفي القانون الأسرة ناقص الأهلية، أما نص المادة 85 باللغة الفرنسية فقد اعتبرهم فاقدي أهلية بترتيب البطلان على تصرفهم « NULS » وليس « NON VALIDES ».

(2)عبد الرزاق السنهوري، (الهبة والشركة)، ج5، مرجع سابق، ص 107.

(3)محمد كامل مرسي باشا، مرجع سابق، ص95.

(4) عبد الرزاق السنهوري، (الهبة والشركة)، ج5، مرجع سابق، ص 105.

الفرع الأول: الهبة المستترة

الهبات المستترة هي الهبات الموصوفة بصفة عقد آخر، أقرتها بعض التشريعات العربية كالقانون المصري والسوري[1]، ويرى بعض شارحي القانون بطلانها[2]، وإن لم تقرها كل التشريعات فإنها شائعة و مجال تطبيقها خاصة عند إصابة الشخص بمرض الموت فيعمد إلى إيثار وارث على بقية الورثة وفي حالات آخرى يتبرع إلى غير وارث في صورة عقد معاوضة.

وكون الهبة المستترة لا ينفي ضرورة استيفائها لشروط، وأولها أن يكون العقد الساتر مستوفي للشروط القانونية، و ثانيها أن لا يدل ظاهره على أنه غير حقيقي[3]، أي أن لا تكون الهبة سافرة ينم ظاهرها على أنها مكشوفة[4]، وثالثا وجوب توافر شروط الهبة المقررة قانونا من توافر أهلية التبرع في الواهب، وأن يكون الموهوب له ملك للواهب[5]، فالهبة المستترة في صورة بيع يجب أن تستوفي شروط البيع ظاهريا، حيث يعين فيها المبيع و يحدد الثمن طبقا لأحكام المادة 351 من القانون المدني تجنبا لبطلانه لأن البيع دون ثمن باطل لانعدام السبب[6]، ولكن في حقيقة الأمر لا يكون فيه مقابل مادي أساسا والثمن صوري أو بخس فيه محاباة.

و في حال نزاع يتعين على المشتري تقديم ما يدل على تسديد الثمن الجدي لإثبات عدم صورية التصرف، فالمشرع أقر أحكام لمنع تحايل الناس من خلال النص على طريقة دفع الثمن في البيوع العقارية في المادة 324 مكرر 1/1 من القانون المدني، والمادة 256 [7]من قانون التسجيل المشار إليها سابقا، ومن خلال أحكام المادة 2 من المرسوم التنفيذي 153/15 الذي يتضمن الحد الأدنى المطبق على عمليات الدفع التي يجب أن تتم بوسائل الدفع الإلكترونية عن طريق القنوات البنكية والمالية

---

(1) نصت المادة 488 من القانون المدني المصري على الهبة المستترة في المادة 488" تكون الهبة بورقة رسمية، وإلا وقعت باطلة، ما لم تتم تحت ستار عقد آخر" وكذلك ذكرها القانون السوري في المادة 456، للتفصيل يراجع محمد كامل مرسي، مرجع سابق، ص 90* يراجع محمد بن أحمد تقية، مرجع سابق، ص219.

(2)محمد كامل مرسي باشا، مرجع سابق، ص94.

(3) عبد الرزاق السنهوري، (الهبة و الشركة)، ج5، مرجع سابق، ص 88.

(4)محمد كامل مرسي باشا، مرجع سابق، ص90.

(5)عبد الرزاق السنهوري،(الهبة والشركة)، ج5، مرجع سابق، ص95 * محمد كامل مرسي باشا، مرجع سابق، ص90 *محمد بن أحمد تقية، مرجع سابق، ص221.

تتشابه الهبة المستترة مع الهبة الغير مباشرة ولكنهما ليسوا سيان، فالهبة الغير مباشرة تنشأ من عقد غير الهبة ولا تخفي التبرع الذي تحويه، فتكون كاشفة لنية الواهب كالنزول عن حق شخصي أو حق عيني و الاشتراط لمصلحة الغير على سبيل التبرع، فإذا باع شخص دار لآخر واشترط عليه أن يدفع الثمن إيرادا مرتبا مدى الحياة لوالد البائع دون أن يأخذ البائع مقابلا من والده عن هذا الإيراد، كانت هبة غير مباشرة من البائع لوالده. للتفصيل يراجع محمد كامل مرسي، (مرجع سابق)، ص112،* عبد الرزاق السنهوري، (الهبة والشركة)، ج5، مرجع سابق، ص80-81.

(6) علي فيلالي، **الإلتزامات النظرية العامة للعقد**، ط3، الجزائر، 2013، ص259.

(7)ينظر المادة 82 من قانون المالية لسنة 2020 المشار إليها سابقا والتي بموجبها أصبح المبلغ المودع في البيوع العقارية الخمس بدلا من النصف، المشار إليه سابقا، ص 17.

تحت طائلة العقوبات الجزائية في البيوع التي تتجاوز الخمس ملايين دينار جزائري، وهذه الأحكام للتقليل من الصورية التي تكتسي المعاملات العقارية.

و بالنسبة للمشرع الجزائري لم يخص بالذكر الهبة المستترة كما فعل نظرائه المصري والسوري[1]، ولكن أقر في المادة 199 من القانون المدني نفاذ العقد الحقيقي بين المتعاقدين والخلف العام[2]، وبرأي هذا النص القانوني يشمل الهبة، لأن المادة 776 من القانون المدني عممت حكم الوصية على تصرفات مريض الموت، فإذا ثبت أن تصرف المورث كان هبة مستترة حال مرض موته وعجز المشتري إثبات خلاف ذلك فيكون لتصرفه حكم الوصية[3].

الفرع الثاني: هبة ملك الرقبة

يلجأ بعض الأشخاص لمآرب في أنفسهم ومنهم من كان في حالة مرض الموت إلى هبة أموالهم العقارية دون تمكين الموهوب له من العين الموهوبة خوفا من خطر التجرد من الملكية التامة للعقار وحتى لا ينكشف أمره لباقي الورثة إذا حابى وارث عليهم، ولذلك نخص بالدراسة هبة ملك الرقبة أو الملكية الناقصة كما سماها الفقهاء، وهي أن تكون الملكية لشخص والانتفاع لشخص آخر، حيث يتجزء حق الملكية إلى حق انتفاع وملك الرقبة[4]، وقد نص المشرع الجزائري على حق الانتفاع في الباب الثاني من الكتاب الثالث الخاص بتجزئة حق الملكية من المواد 844 إلى 854 من القانون المدني.

فإذا كان حق الانتفاع حق عيني يخول لصاحبه استعمال واستغلال العين فإن حق الرقبة يجيز لصاحبه جميع أوجه التصرف معاوضة كانت أو تبرعا، وقد أقر المشرع الجزائري تبرع المنفعة في قانون الأسرة في المواد 190، 205 و 214.

ويرغب كثير من الأشخاص في عدم التخلي الكامل عن ملكيتهم العقارية فيتجنبون الهبة التامة بهبة حق الانتفاع فقط، فيظل الواهب مالكا للعين الموهوبة[5]، له حق التصرف فيها على أن يسترد حق الانتفاع هو أو ورثته بانتهاء مدة الانتفاع المحددة في العقد أو بوفاة المنتفع، وهو الأمر الذي أجازته المادة 205 من قانون الأسرة، وشائع التطبيق في الحياة العملية.

---

(1) المادة 488 من القانون المدني المصري مذكورة سابقا، ص 73.

(2)تنص المادة 199 من القانون المدني(إذا أخفى المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد النافذ بين المتعاقدين، والخلف العام هو العقد الحقيقي.)

(3) محمد بن أحمد تقية، مرجع سابق، ص 221.

(4) مقال **حق الانتفاع و ملكية الرقبة**، اطلع عليه على موقع المحامي www. elmouhami.com ، (تاريخ الدخول 2020/08/25، الساعة الخامسة والنصف.)

(5)محمودي عبد العزيز، مرجع سابق، ص 100.

في حين يلجأ البعض الآخر من الناس إلى هبة ملك الرقبة مع الاحتفاظ بحق الانتفاع في العقار الموهوب مخافة الضرر الذي قد يتعرضون له[1] بسبب جحود الموهوب لهم بعد الهبة، و إن كانت هذه الهبة جائزة في بعض التشريعات، فهي مخالفة للتشريع الجزائري لأن الحيازة ركن في الهبة وتخلفها يبطل العقد[2] بنص المادة 206 من قانون الأسرة، وقد كرس الاجتهاد القضائي قاعدة الهبة تلزم بالقول وتتم بالحوز في عدة قرارات تمت الإشارة إليها سابقا.

وقد تصدى المشرع الجزائري إلى هذه الحالة في القانون المدني في القسم الثاني من الفصل الثاني في الكتاب الثالث الخاص بالوصية في المادة 777 من القانون المدني وجاء فيها(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) ، كما أكد القضاء هذا المبدأ و جاء في القراررقم 0980300 الصادر عن غرفة شؤون الأسرة والمواريث للمحكمة العليا في 2016/06/08 "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"[3]، و كذلك القرار الصادر بتاريخ 2005/06/15 الذي قضى بصحة القرار محل الطعن

الذي اعتبر الهبة لوارث مع الاحتفاظ بالحيازة باطل[4]، إضافة للقرار رقم 179724 الصادر في 1998/03/13 [5]عن غرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا الذي اعتبر الهبة المبرمة لفائدة أحد الورثة المضافة لما بعد الموت لها حكم الوصية، و كذا القرار رقم 186058 الصادر 1998/03/17 عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث للمحكمة العليا الذي جاء في مبدئه" من المقرر قانونا أن الهبة لما بعد الموت تكون باطلة لأنها لا تنفذ إلا بموت الواهب وتأخذ حكم الوصية"[6].

ويعد تحايلا على نظام المواريث تصرفات المورث في مرض الموت بهبة عقاره مع الاحتفاظ بالحيازة، فالهبة التي لا تتم فيها حيازة الموهوب إلا بعد وفاة الواهب تأخذ حكم الوصية إذا كانت لوارث ولا تكون نافذة إلا في حدود الثلث متى أجازها باقي الورثة وإلا بطلت، لأن المشرع اعتبر التصرف قرينة على أنه وصية[7]، لذلك كان موقفه معاملة المورث بنقيض قصده.

---

(1) حمدي باشا عمر،(عقود التبرعات)، مرجع سابق، ص22.
(2)مرجع نفسه، ص 24.
(3)قرار غير منشور، مشار إليه ب: حمدي باشا عمر، (القضاء العقاري)، ص 310.
(4) قرار رقم 318410، المذكور سابقا، ص 21.
(5)الاجتهاد القضائي، المحكمة العليا، 2001، عدد خاص، ص277.
(6) المجلة القضائية ، سنة 1999، عدد01، ص119.
(7) محمودي عبد العزيز، مرجع سابق، ص 102.

هذا وخصت المادة 777 من القانون المدني الوارث دون غيره بالأحكام الواردة فيها، أما إذا كان الموهوب له غير وارث فإن الحكم القانوني يختلف تماما إذ تعتبر الهبة باطلة[1] لتخلف الحيازة فيها حسب ما أقرته المادة 206 وكرسه الاجتهاد القضائي السابق ذكره، وتثبت صفة الوارث للمتصرف له عند وفاة المورث وليس وقت انعقاد التصرف.

ولإعمال أحكام المادة 777 من القانون المدني يجب على المورث الاستمرار في الحيازة المادية للعين الموهوبة و التي تقوم على الركن المادي للحيازة بسلوك الحائز الذي يظهر بمظهر صاحب الحق العيني ويسيطر عليها[2]، وهي أساسا واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق، كأن يقام الدليل على أن المتصرف كان يستعمل العين بنفسه أو يقوم بتأجيرها باسمه، وأن يكون حق الانتفاع المحتفظ به مدى الحياة متفق عليه في عقد، فلا يكفي الانتفاع الفعلي الذي لا يستند إلى حق قانوني[3]، طبقا لمقتضيات المادة 844 من القانون المدني، وهذه الشروط يتعين توفرها وبانتفاء أحدها لا مجال لتطبيق الحكم المقرر في المادة 777.

وقد أثارت هبة ملك الرقبة واحتفاظ الواهب بحق الانتفاع إشكالات من الناحية التطبيقية، مما جعل المديرية العامة للأملاك الوطنية تصدر مذكرة في 1995/02/12 تضمنت" فإنه طبقا للمادة 202 من قانون الأسرة التي عرفت الهبة بأنها "تمليك بلا عوض" فإن عقد الهبة يؤدي في الأصل إلى نقل حق الملكية أي ملكية الرقبة وحق التمتع.

لذا فإذا كانت الهبة منصبة على حق الانتفاع أي الواهب يحتفظ بملكية الرقبة فهي صحيحة قانونا، أما الهبة الواردة على ملكية الرقبة فقط دون حق الانتفاع فهي مستبعدة قانونا."[4]

هذا وأثر موقف القضاء وهذه المذكرة إيجابا فلم تعد عقود الهبة المنصبة على ملكية الرقبة دون حق الانتفاع شائعة في الحياة العملية وهو ما كرسه الاجتهاد القضائي من خلال القرار رقم 803432 الصادر عن الغرفة العقارية بتاريخ 2013/11/13 الذي جاء في مبدئه"يجوز للواهب الاحتفاظ بحق الرقبة وهبة حق الانتفاع فقط، لجواز اكتساب حق الانتفاع بالتعاقد."[5]

ولم يحتكم كل القضاة الذين عرضت عليهم دعاوى إبطال الهبة بسبب مرض الموت إلى قانون الأسرة ، فمنهم من جانبه الصواب وقضى ببطلان الهبة ومنهم من طبق صحيح القانون وأجازها في الثلث، كالقرار

---

(1)محمد بن حمد تقية، مرجع سابق، ص 125.

(2)د.رمضان أبو السعود، **الوجيز في الحقوق العينية والأصلية أحكام الحقوق العينية الأصلية ومصادرها**، ط، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 1988، ص327.

(3)دعبد المنعم فرج الصدة، **الملكية في قوانين البلاد العربية**، ط، دار الفكر العربي، د ت ن، ص116.

(4) مديرية الأملاك الوطنية، مذكرة رقم689، مشار إليها ب: حمدي باشا عمر،(عقود التبرعات)، مرجع سابق، ص23.

(5) مجلة المحكمة العليا، سنة 2013، عدد 2، ص326.

رقم 31833، الصادر في1986/10/22 الذي ورد فيه" من المقرر فقها واجتهادا أنه يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، إن صدر تبرعه أثناء مرض الموت تعتبر الهبة وصية"[1]، وقرار آخر رقم 229397 مؤرخ في 2002/04/24، الصادرعن الغرفة العقارية "إن القضاء بإبطال هبة في مرض الموت دون مراعاة المبدأ القانوني الذي يقرر بأن الهبة في مرض الموت تعتبر وصية ويستفيد منها الموهوب له في حدود ما يسمح بذلك موضوع الوصية يعد مخالفا للقانون"[2]، إضافة للقرار رقم 318410 المؤرخ في 2005/06/15 صادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث الذي ورد فيه " متى ثبت أن عقد الهبة قد حرره المالك في فترة مرضه الخطير والمخيف والذي يدخل ضمن الحالات المشار إليها في المادة 204 من قانون الأسرة كان على قضاة الموضوع أن يبطلوا عقد الهبة و يعتبرونه وصية"[3].

في المقابل ذهب بعض القضاة إلى إبطال الهبة لعلة مرض الموت في عدة قرارات منها القرار رقم 234515 الصادر في 2006/01/18 وجاء في حيثياته" يستفاد من تلاوة القرار أن قضاة الاستئناف بعد أن *طبقوا أحكام الفقه الإسلامي فيما يتعلق بإبطال التبرع في مرض الموت*..[4].

المطلب الثالث: إجراءات هبة العقار في مرض الموت وآثارها

وافق المشرع الجزائري رأي الجمهور في جعل الهبة في مرض الموت تأخذ حكم الوصية[5]، حيث جعل في المادة 204 من قانون الأسرة الهبة في مرض الموت تأخذ حكم الوصية، وبذلك إذا كانت الهبة لوارث موقوفة النفاذ على إجازة الورثة، مهما كان مقدار الموهوب له سواء كان الثلث أو أقل منه، ويعد وارثا من توافرت فيه شروط الميراث وقت وفاة الواهب لا وقت انعقاد الهبة، فتطبق عليها أحكام المادة 189 من قانون الأسرة التي نصت على(لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي) وهذا منعا لإيثار وارث على باقي الورثة.

أما إذا كانت الهبة لغير وارث فإنها تسري في حق الورثة ما لم تتجاوز ثلث التركة داخلا فيها الشيء الموهوب، وفي حالة ما إذا كان الموهوب له أزيد من الثلث فإن نفاذ الزائد عن الثلث يكون محل إجازة الورثة بعد وفاة الواهب[6] تطبيقا لأحكام المادة 185 من قانون الأسرة التي نصت على (تكون الوصية في حدود الثلث وما زاد على الثلث توقف على إجازة الورثة)، فإذا لم يجز الورثة الزائد على الثلث وجب

---

(1) نشرة القضاة،_المحكمة العليا، الجزائر، سنة 1989، عدد 03، ص 65.
(2) نشرة القضاة، سنة 2002، ع 2 ، ص387.
(3) مشار إليه ب: حمدي باشا عمر(القضاء العقاري)، مرجع سابق، ص 307.
(4) مشار إليه ب: حمدي باشا عمر، (القضاء العقاري)، مرجع سابق، ص 304.
(5) محمدي عبد العزيز، مرجع سابق، ص 53.
(6) مرجع نفسه، ص 54.

على الموهوب له رد ما يفي الثلثين إلى الورثة[1]، وعدم النفاذ inopposabilité هو عدم سريان أثر العقد في حق الغير ويبقى صحيحا منتجا لأثاره القانونية بين المتعاقدين[2]، ومادام المشرع جعل حكم خاص للهبة في مرض الموت، هل أفرد العقد بإجراءات خاصة؟

ولمعرفة الإجراءات العملية لإبرام عقد هبة عقار في مرض الموت نخصص الفرع الأول لدراستها، ثم نتعرض لحجيتها في مواجهة الغير في الفرع الثاني.

الفرع الأول: إجراءات هبة العقار في مرض الموت

تعتبر الهبة الواردة على العقار عقد رسمي تنعقد بتوافر الأركان الموضوعية لها وتراعى فيها الإجراءات الشكلية الخاصة بالشهر العقاري المنصوص عليها في الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري والمرسوم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري وتبدأ المرحلة الأولية بتأكد الموثق من هوية الواهب وتمتعه بالأهلية الكاملة وتوافر الشروط المنصوص عليها في المادة 203 من قانون الأسرة، وذلك من خلال الوثائق الثبوتية اللازمة وهي شهادة الميلاد وبطاقة الهوية وفقا لما تقتضية البيانات الواجب توافرها في العقد التوثيقي حسب المادتين 26 و29 من قانون تنظيم مهنة الموثق 02/06، فإذا تجاوز الواهب السبعين من العمر يطلب منه شهادة طبية محررة من طرف طبيب مختص في الأمراض العقلية تثبت عدم إصابته بمرض عقلي وتكون متزامنة مع تاريخ العقد، وبعدما يتحقق الموثق من هوية الموهوب له ومشروعية السبب وسند ملكية العقار المشهر، يتلقى تراضي المتعاقدين طبقا لأحكام المادة 206 من قانون الأسرة، بحضور شاهدين وجوبا وفقا للمادة 324 مكرر3 باعتبار الهبة من العقود الإحتفائية، وبعد توضيح مضمون العقد وتلاوته، يوقع أصله بمعية المتعاقدين والشهود ويختم مجلس العقد.

ثم تليها مرحلة الإجراءات الشكلية التي تبدأ بتسجيل العقد لدى مصلحة التسجيل والطابع لاستيفاء رسوم التسجيل النسبية للدولة والمقدرة ب5 % إذا لم يكن بين الواهب والموهوب له علاقة قرابة من الدرجة الأولى، و تعفى من حقوق التسجيل دون حقوق الطابع إذا كان المتعاقدين زوجين أو تربطهما علاقة قرابة مباشرة من الدرجة الأولى طبقا للمادة 231 من قانون التسجيل[3].

وبعد تسجيل العقد تستكمل مرحلة الإجراءات الشكلية بإيداع الموثق لنسخة من العقد لدى المحافظة العقارية المختصة إقليميا طبقا لأحكام المادتين 90 و99 من المرسوم63/76، مع دفع رسوم الشهر

---

(1) حمدي باشا عمر، (عقود التبرعات) ، مرجع سابق، ص 27.

(2) بلحاج العربي،(مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، مرجع سابق، ص 610.

(3) ينظر المادة 231 من قانون التسجيل رقم 105/76، المعدلة بالقانون 13-08 المؤرخ في 2013/12/13 المتضمن قانون المالية 2014، ج ر عدد68، سنة 2013، ونصت المادة 11 منه على (يحصل على الهبات بين الأحياء رسم تسجيل 5% .
غير أن الهبات بين الأحياء الواقعة بين الأصول والدرجة الأولى و بين الأزواج، تستفيد من الإعفاء من رسم التسجيل.)

العقاري المقدرة ب1% من قيمة العقار الموهوب، وبعدها يتم إشهار عقد الهبة وتنقل ملكية العقار إلى الموهوب له.

هذه الإجراءات المتبعة في هبة العقار سواء أكان الموهوب له وارث أو غير وارث، وتعتبر الهبة بداهة صحيحة، لكن إذا ادعى الورثة بعد وفاة مورثهم أن الواهب كان في مرض الموت، فإن لحكمها أحوال وهو ما سأتناوله في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: أثار هبة العقار في مرض الموت

تعد الهبة التي محلها عقار من أخطر التصرفات التبرعية و يقع على الورثة الذين يشككون في صحة هبة مورثهم أن يثبتوا أنه كان يعاني من مرض الموت ووهب عقاره في الفترة الممتدة بين اشتداد المرض والموت فعلا وذلك باستعمال كافة وسائل الإثبات[1] ، وأهمها الشهادات الطبية وشهادة الشهود ليؤكدوا أن الواهب توفي خلال سنة من المرض الخطير الذي كان يعاني منه، والذي أعجزه عن القيام بمصالحه المعتادة بمفرده، ويعتمدوا تاريخ الشهادات الطبية و تاريخ الهبة حجة لادعائهم.

ولإبطال تصرف مورثهم يتعين عليهم رفع دعوى قضائية، تشهر عريضتها الافتتاحية بالمحافظة العقارية المختصة إقليميا طبقا للمادة 85 من المرسوم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري و المادة 16 مكرر[2] من الأمر 74/75 المتعلق بمسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، من أجل إعلام الغير بأن العقار الموهوب محل نزاع، فإذا ثبت لقضاة الموضوع من ملف الدعوى أن المورث حين وهب عقاره كان في مرض الموت ينبغي التمييز بين حالتين:

الحالة الأولى والتي يكون فيها الموهوب له وارثا، فإن الهبة تأخذ حكم الوصية وتسري عليها أحكام المادة 189 من قانون الأسرة، فلا تكون نافذة في حق الورثة[3] و يقضى بعدم نفاذها ويسترد الورثة العقار بعد صيرورة الحكم نهائي ويباشرون إجراءات إيداع الحكم القضائي للشهر العقاري لدى المحافظة العقارية المختصة طبقا للمادة 2/14 [4]من الأمر 75-74 المتعلق بمسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري والمادة 1/353 من قانون التسجيل التي أكدت على إشهار الأحكام القضائية المتعلقة بالحقوق العينية العقارية[5]، ويلغى إجراء شهر العقار باسم الموهوب له في البطاقة العقارية ويعاد قيده باسم الواهب، ثم

---

(1)محمدي عبد العزيز، مرجع سابق، ص 50.

(2)تنص المادة 16 مكرر من الأمر 75-74 على " تشهر بالسجل العقاري الممسوك بالمحافظة العقارية المختصة إقليميا كل عريضة رفع دعوى تتعلق بعقار أو حق عيني عقاري مشهر سنده بعد تسجيلها بأمانة ضبط المحكمة.

لا يترتب عن إشهار عريضة رفع الدعوى تجميد أو تعليق أو منع التصرف في العقار أو الحق العيني العقاري."

(4) مرجع نفسه، ص51.

(5) تنص المادة 2/14 من الأمر 75-74 المتعلق بمسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري على (تلزم الإشارة من أجل مسك مجموعة البطاقات العقارية إلى ما يلي:

..جميع العقود و القرارات القضائية اللاحقة للإجراء الأول الذي كان موضوع تأسيس لمجموعة البطاقات العقارية..)

(6) ينظر المادة 1/353 من قانون التسجيل 105/76، المعدلة بالقانون 03-22 المؤرخ في 2003/12/28 المتضمن قانون المالية لسنة 2004، ج رعدد 83 لسنة 2003.

يقوم الورثة بنقل ملكية العقار وفقا لأنصبتهم الشرعية بموجب الشهادة التوثيقية طبقا لأحكام المادة 91[1] من المرسوم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

أما الحالة الثانية التي يكون فيها الموهوب له غير وارث تنعقد الهبة صحيحة ونافذة في ثلث التركة داخلا فيها الحق الموصى به وما زاد عن الثلث توقف على إجازة الورثة تطبيقا لأحكام المادة 185 من قانون الأسرة[2] ويقضى بعدم نفاذها في ثلثي العقار الموهوب الذي يسترده الورثة، ويتم إيداع الحكم القضائي قصد إتمام إجراءات الشهر العقاري بإلغاء إشهار ثلثي العقار باسم الموهوب له، و يقوم الورثة بنقل ملكية العقار وفقا لأنصبتهم الشرعية بموجب الشهادة التوثيقية، وهذا ما أكده القضاء في القرار رقم 229397 الصادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا في 2002/04/24 وجاء فيه " إن القضاء *بإبطال عقد هبة في مرض الموت دون مراعاة المبدأ القانوني الذي يقرر بأن الهبة في مرض الموت تعتبر وصية* ويستفيد منها الموهوب له في حدود ما يسمح بذلك موضوع الوصية يعد مخالفا للقانون"[3]، والمبدأ نفسه أكده القرار الصادر في 2004/12/01 الذي جاء فيه"...بما أن مورث الأطراف كان قد تصرف في السكن لصالح الطاعنة *وأن باقي الورثة لم يجيزوا هذا التصرف بل طعنوا فيه..، فإنه كان يتعين على المجلس الاستجابة لطلب المطعون ضدهم، وذلك بإبطال عقد الهبة*.."[4].

وقد نتج عن الاختلاف في تفسير مرض الموت إلى تباين في الاجتهاد القضائي حيث ذهب بعض القضاة إلى إبطال الهبة لعلة مرض الموت في عدة قرارات منها القرار رقم 234515 الصادر في 2006/01/18 الذي جاء في حيثياته" يستفاد من تلاوة القرار أن قضاة *الاستئناف بعد أن طبقوا أحكام الفقه الإسلامي فيما يتعلق بإبطال التبرع في مرض الموت*.."[5].

ويعتبر القضاء ببطلان الهبة في مرض الموت واعتبارها وصية مجانب للصواب لأنها عقد صحيح النشأة منتج لآثاره القانونية بين المتعاقدين، لكنه موقوف النفاذ على إجازة الورثة، وبالتالي فلا تسري عليه أحكام البطلان التي قررها القانون عند اختلال ركن من أركان العقد أو تخلف شروط صحته و إنما يسري عليه عدم النفاذ أي عدم جواز الاحتجاج بالعقد في مواجهة الغير[6]، عن طريق دعوى عدم النفاذ للحفاظ على حقوقهم، وينتفي عدم النفاذ عن طريق إقرار الورثة للعقد[7].

---

(1) تنص المادة 91 من المرسوم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري تنص على(كل إنتقال أو إنشاء أو إنقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة ضمن الأجال المحددة في المادة 99، يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة...).

(2) محمودي عبد العزيز، مرجع سابق، ص 50.

(3) المجلة القضائية، سنة 2002، عدد2، ص387.

(4) القرار رقم 318360، المذكور سابقا، ص18.

(5) نشرة القضاة، المحكمة العليا، الجزائر، عدد 59 ، ص 231، مشار إليه ب:حمدي باشا عمر (القضاء العقاري)، مرجع سابق، ص 307.

(6) بلحاج العربي،(مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، ج1، مرجع سابق، ص604.

(7)حماداش مقران، مرجع سابق، ص 13.

وأعتقد أن تأرجح الاجتهاد القضائي مرده إلى تكييف مرض الموت، فالقاضي الذي يعتبر مرض الموت معيب للإرادة ويفقد التمييز يستند لأحكام الأهلية ويبطل التصرف ككل، أما الذي يستند للمفهوم الصحيح لمرض الموت وفقا للضوابط التي بينها الفقه الإسلامي ينزل التصرف منزلة الوصية ويطبق أحكامها بالنظر للمتصرف له والمقدار وهو التوجه الأصوب.

ويجدر التنويه أن المشرع الجزائري لم يتعرض لحكم الهبة المدين في مرض الموت وهي مسألة الجوهرية لأن حق الدائنين مقدم علي كل الحقوق العالقة بالتركة.

وتظل الهبة أكثر العقود التبرعية شيوعا بين الناس وهي ملاذ مرضى الموت وتحتل صدارة التصرفات التبرعية.

خلاصة الفصل الثانى:

لقد جعل المشرع الجزائري لجميع تبرعات المريض مرض الموت المنعقدة بالإرادة المنفردة أو بالتراضي حكم الوصية في اعتبارها من الثلث، مقتفيا بذلك أحكام الفقه الإسلامي، فلم يخص الوصية في مرض الموت بحكم خاص إذ سوى بين وصية الصحيح والمريض مع اختلاف نفاذها بالنظر لصفة الموصى له.
وبحكم الطبيعة الخاصة للوقف الذي تميزه عن باقي التصرفات التبرعية فقد خصه المشرع بقانون خاص يضاف للأحكام المنظمة له في قانون الأسرة، حيث أقر من خلاله الحماية القانونية لدائن المريض مرض الموت بدين مستغرق أملاكه وحصر الموقوف على الأشخاص المعنوية دون الأشخاص الطبيعية منعا لتحايل الواقف.
وتعد الهبة الواردة على العقار أخطر التصرفات التبرعية المنجزة والأكثر شيوعا بين الناس لانعقادها بتراضي المتعاقدين، يلجأ إليها المريض مرض الموت للتحايل على أحكام الميراث والوصية، لذلك أحاطها المشرع بحماية خاصة بدئا من جعل الشكلية فيها ركنا للانعقاد كما أخضعها لقواعد الإشهار العقاري للحفاظ على استقرار الملكية العقارية، وفضلا عن هذا فقد ألحق الهبة المضافة إلى ما بعد وفاة الواهب بحكم الوصية منعا للمحاباة.

خـــــــاتـمـــة

الخاتمة

مما لاشك فيه أن المعاملات المالية للمريض مرض الموت أهمية استثنائية لما لها من آثار على خلفه العام والخاص خاصة منها التبرعية الواردة على أملاكه العقارية، لذلك أفردها المشرع الجزائري بأحكام خاصة تأسيا بالفقه الإسلامي الذي أصل لها وأحاط بكل جزئياتها، غير أن معالجة التشريع الجزائري كانت قاصرة على إدراج الأحكام بصفة عامة دون تفصيل، لأن التصرفات التبرعية وان اجتمعت في خاصية التبرع فإنها تتباين من حيث النشأة والأثر القانوني.

و ختاما فإن الإجابة عن الإشكالية تبين أن المشرع في أحكام تبرعات المريض مرض الموت وازى بين حرية التصرف في الملكية العقارية من جهة وتقييدها بأحكام الوصية حماية للخلف العام والخاص من جهة أخرى، فتكون صحيحة نافذة في الثلث لغير وارث و موقوفة النفاذ على إجازة الورثة إذا كانت لوارث أو تجاوزت الثلث، و على نحو ما تقدم في البحث نعرض أهم النتائج المتوصل إليها، و نقدم الاقتراحات الآتي بيانها:

أولا: النتائج:

1/ من حيث تعريف مرض الموت:

_ مرض الموت هو نظرية شرعية في الفقه الإسلامي اتفق الفقهاء بمختلف مذاهبهم على أنه المرض الذي تجتمع فيه شروط وأمارات تقيم في الإنسان حالة نفسية تشعره بدنو أجله و شروطه، أن يعجز المريض عن إتيان مصالحه المعتادة و يغلب فيه خوف الهلاك وأن ينتهي بالموت.

_الشيخوخة مرحلة عمرية من حياة الإنسان تخرج عن إطار مرض الموت، ولا يشترط في الأمراض العضوية فقدان المريض الإدراك و التمييز لاعتبارها مرض موت، فهو نظام خاص لا تنطبق عليه أحكام الأهلية وعيوب الإرادة، أساسه حماية الخلف العام والدائنين، لذلك أقر الفقه الإسلامي الحجر الشرعي على المريض مرض الموت لمصلحة الغير.

_لم يعرف المشرع الجزائري مرض الموت واختلف القضاء في تعريفه، فسار اتجاه إلى اعتبار الأمراض العضوية التي تجر إلى الموت ويفقد معها المريض التمييز والإدراك وفريق اتخذ الأمراض الخطيرة والمزمنة معيار لمرض الموت متى توفرت فيها الشروط التي أقرها الفقه الإسلامي و دون تحديدها بمدة السنة التي قال بها الحنفية.

_ذكر قانون الأسرة الحالات المخيفة مع مرض الموت تأسيا بالفقه الإسلامي الذي ألحقها في حكمه ومنها المحكوم عليه بالإعدام والمحارب و المرأة الحامل وحالة انتشار الأوبئة كحال اجتياح فيروس كورونا للعالم في مطلع عام 2020 الذي أدى إلى تبرع الناس بملكياتهم العقارية.

ومنها حالات لا تتوافق مع العصر الحالي و التشريع الجزائري، كحالة المحكوم عليه بالإعدام الذي يكون محجور عليه قانونا ويمنع من التبرع بأمواله، وفسرها القضاء بأنها الأمراض الخطيرة.

من حيث إثبات مرض الموت

_تعد تصرفات أصحاب الأمراض المزمنة والأمراض المعدية كتصرفات الأصحاء إلا إذا اشتد المرض وخيف منه الهلاك واتصل بالموت فيعد مرض موت من وقت الاشتداد ويرجع في تقدير ذلك إلى الأطباء.

_مرض الموت واقعة مادية للورثة إثباتها بكافة طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود وتتمتع الأدلة الطبية بالقوة الثبوتية الأقوى، وهو مسألة واقع يرجع إلى الاقتناع الشخصي للقاضي وفقا لملف الموضوع لا يخضع فيه إلى رقابة المحكمة العليا.

_خص المشرع الورثة دون الدائنين بأحكام المادة 776 من القانون المدني الخاصة بإثبات مرض الموت رغم أن حق الدائنية مقدم على الخلافة الإجبارية، ويكون للدائنين الحق في نقض تبرعات المريض مرض الموت بدعوى عدم النفاذ وفقا للقواعد العامة.

2/فيما يخص التبرعات بالملكية العقارية في مرض الموت:

_ التصرفات التبرعية للمريض مرض الموت تكون صحيحة طالما استوفت شروطها ولا يمكن نقضها إلا بعد وفاته، فلا تثبت صفة وارث إلا بوفاة المورث وتوافر شروط استحقاق الميراث فيه و ليس عند التصرف.

_مرض الموت لا يبطل التبرع ولكن يقيده بأحكام الوصية، فلا يصح لوارث و لا ينفذ في أكثر من الثلث إلا بإجازة الورثة.

فيما يخص الوصية

من حيث الانعقاد:

_تنشأ الوصية بتصرف انفرادي للموصي بعقد رسمي و في حال وجود مانع قاهر بموجب حكم قضائي.

_قبول الموصى له بعد وفاة الموصي شرط لاستحقاق العقار الموصى به ينتقل إلى الورثة في حال وفاته.

_ القبول الضمني للوصية لا يستقيم في الملكية العقارية الخاضعة لقواعد الشكلية.

_ حق الرجوع عن الوصية حق شخصي للموصي لا ينتقل إلى الورثة بعد وفاته ويكون صراحة أوضمنا.

_ لم يحدد قانون الأسرة أجلا لرد الموصى له بعد وفاة الموصي وهو أمر فيه إضرار بالعين الموصى بها و حقوق الورثة.

من حيث الإثبات:

_جعل المشرع الشكلية شرط لإثبات الوصية دون إخضاعها للإجراءات الخاصة بالشهر العقاري لأنها تصرف مضاف لما بعد الموت تنفذ بعد وفاة الموصي وقبولها من الموصى له.

_ عدم ترتيب إجراء لقيد الوصية يضر بحق الموصى له الذي قد لا يعلم بالوصية ويتصرف الورثة في العقار سواء عن حسن نية أو بقصد حرمان الموصي من حق تعلق بتركة مورثهم قبل حقوقهم.

من حيث النفاذ:

_الوصية تصرف إنفرادي تبرعي يتراخى أثرها إلى بعد وفاة الموصي تكون صحيحة نافذة في الثلث لغير وارث و موقوفة النفاذ على إجازة الورثة إذا كانت لوارث أو تجاوزت الثلث.

_لم يحدد قانون الأسرة طريقة إجازة الورثة للوصية أتكون بنفس طريقة إثبات الوصية أم تجوز الإجازة الضمنية في ظل الرسمية المستوجبة في المعاملات العقارية.

_لم يفرد قانون الأسرة الوصية في مرض الموت بحكم خاص مقتفيا بذلك أثر الفقه الإسلامي، وبذلك يكون لها نفس أحكام الوصية المنشأة حال الصحة.

فيما يخص الوقف

من حيث الانعقاد:

_نظم المشرع الجزائري أحكام الوقف في قانون الأسرة و القانون الخاص بالأوقاف وجاء تعريف الوقف في المادة 4 منه غير منسجم، حيث جمع بين مصطلح عقد والتصرف بالإرادة المنفردة، خلافا للنص الفرنسي الذي كان أكثر دقة.

_يختلف الوقف عن الوصية والهبة في أنه ينشأ بتصرف انفرادي للواقف و يكون منجزا أو مضافا إلى ما بعد موت الواقف، يتسم بالتأبيد واللزوم ويتشابه مع الوصية والهبة في أنه من العقود الإحتفائية.

_ ألغى المشرع الجزائري الوقف الخاص بموجب القانون 02-10 ردا لاحتيال الواقف، وحصره في الأشخاص المعنوية دون الطبيعية، و يعتبر قبول الموقوف عليه شرط استحقاق الوقف إذا كان الموقوف عليه معين.

من حيث الإثبات:

_جعل المشرع الشكلية شرط لإثبات الوقف كالوصية وفقا لأحكام الأسرة، وأوجب إتمام إجراءات الشهر العقاري في الوقف من خلال القانون الخاص بالأوقاف 91-10.

من حيث النفاذ:

_خول قانون الأوقاف 91-10 للدائن حق إبطال الوقف الصادر من الواقف في مرض الموت إذا كان الدين مستغرق لكل التركة.

_ للوقف في مرض الموت حكم الوصية طبقا لأحكام قانون الأسرة وعليه، فهو يصح في الثلث ويكون موقوف النفاذ على إجازة الورثة فيما تجاوز ذلك إذا لم يكن الواقف مدينا بدين يستغرق تركته.

_ وقف المريض مرض الموت المدين بدين مستغرق تركته موقوف النفاذ على إجازة الدائنين.

_ذكر قانون الأوقاف شروط الواقف ومن ضمنها أن لا يكون محجور عليه لسفه أو دين، ولم يرتب التشريع الجزائري أحكام الحجر على المدين خلافا للفقه الإسلامي الذي أقره لمصلحة الغير.

فيما يخص الـهبة :

من حيث الانعقاد:

الهبة عقد إحتفائي ينعقد بتلاقي إيجاب الواهب بقبول الموهوب له، اشترط فيه المشرع الحيازة وتعد الشكلية فيه ركن للانعقاد.

من حيث النفاذ:

– الهبة في مرض الموت تأخذ حكم الوصية فتكون صحيحة في الثلث لغير وارث و موقوفة النفاذ على إجازة الورثة إذا كانت لوارث أو تجاوزت الثلث.

_هبة ملك الرقبة دون حق الانتفاع لوارث تلحق بالوصية حكما لأنها مضافة إلى مابعد وفاة الواهب طبقا لأحكام المادة 777 من القانون المدني.

_هبة ملك الرقبة دون حق الانتفاع في مرض الموت لغير وارث باطلة و لا تنزل منزلة الوصية لانتفاء الحيازة.

–وفاة الواهب قبل إتمام إجراءات الشهر العقاري لا يلحق الهبة بحكم الوصية طبقا للمادة 15 من الأمر 75-74 الخاص بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري المعدلة بقانون المالية لسنة 2018.

_ لا تسري أحكام البطلان على الهبة في مرض الموت لأنها عقد صحيح وإنما تسري عليها قواعد عدم النفاذ في مواجهة الدائنين و الورثة.

ثانيا/ الإقتراحات:

بعد دراسة الموضوع أقدم الاقتراحات الآتية:

1/ في تعريف مرض الموت:

_إدراج تعريف لمرض الموت على النحو الأتي:

مرض الموت هو المرض الذي يعجز فيه الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة ويغلب فيه الهلاك ويموت على تلك الحالة قبل مرور سنة، فإن امتد مرضه وهو على حالة واحدة دون ازدياد سنة أو أكثر تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح.

_ تعديل المادة 408 من القانون المدني في صياغتها باللغة العربية والفرنسية مع حذف عبارة sans consentement valable.

_تعميم حرية إثبات مرض الموت ليشمل الخلف العام و الخلف الخاص من دائنين وموصى لهم.

2/ في التبرعات الواردة على العقار في مرض الموت:

بالنسبة للوصية:

_إخضاع الوصية للقيد المؤقت في المحافظة العقارية عند إبرامها، أو إنشاء مكتب خاص على مستوى مصالح التسجيل خاص بمتابعة الوصايا بحيث لا يحرر الموثق الشهادة التوثيقية إلا بعد حصول الورثة على شهادة تفيد عدم قيام المورث بتحرير وصية.

_تحديد أجل شهرين لقبول الوصية درئا لتصرف الورثة في العقار الموصى به، على أن يكون القبول بموجب عقد رسمي يخضع لإجراءات الشهر العقاري .

_تحديد أجل شهرين لإجازة الورثة للوصية بعد إعلامهم من طرف الموصى له بموجب محضر شبه قضائي منعا للإضرار بالموصى له، وحفاظا على الموصى به ولتسريع قسمة التركة وتصفيتها .

_ يعتبر عدم رد الورثة بعد فوات المدة رفض لإجازة الوصية.

_ تكون الإجازة في شكل رسمي وجوبا.

_ جعل الشكلية في الوصية بالملكية العقارية شرط للانعقاد تماشيا وأحكام النصوص القانونية العقارية.

بالنسبة للوقف:

_تعديل المادة 4 من قانون الأوقاف 91-10 على النحو الآتي:

" الوقف إلتزام بتبرع صادر بإرادة منفردة ".

_ تعديل المادة 10 من قانون الأوقاف بما يتلائم والأحكام القانونية السارية كما يلي:

(يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحا مايأتي:

- أن يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكا مطلقا.
- أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله غير محجور عليه.)

_ التفصيل في حكم وقف المدين في مرض الموت مع وضع آلية لتبيين وضعيته المالية من حيث المديونية.

بالنسبة للهبة:

_إدراج نص صريح بعدم جواز هبة ملك الرقبة دون حق الإنتفاع.

_ تعديل نص المادة 83 من قانون الأسرة بجعل تصرفات الصبي المميز النافعة نفعا محضا موقوفة على أجازة الولي حماية له من التبرعات المستترة و الهبات المشروطة.

وأخيرا بالنسبة للاقتراحات العامة:

_سن مدونة قانونية واحدة لعقود التبرعات وتخصيص باب لكل تصرف تبرعي يتضمن القواعد العامة وأحكام تصرف تبرعي لضمان استقرار الملكية العقارية .

_التأشير على هامش شهادات الميلاد بأحكام الحجر و رفعه لإعلام الغير وبالأخص الموثق للامتناع عن تلقي تصرفاتهم.

_ تحديد الجهات المكلفة بقبول الهبات والوصايا والأوقاف لتسهيل و تفعيل التبرعات لدوام البر وتحقيق المنفعة العامة.

_فرض جرد التركة بوفاة الموصي أو الواقف أو الواهب من طرف خبير مختص في التقييم مع تحديد القيمة التجارية الحقيقية للتركة وعدم الاستناد على سندات الملكية وشهادات التصريح بالملكية المودع بمصالح التسجيل في تقييم العقارات.

قائمة المصادر و المراجع

قائمة المصادر والمراجع:

أولا : المصادر القانونية الرسمية:

أ/ القوانين والأوامر:

الدساتير

1-دستور الجزائر المؤرخ في1963 المعدل بالقانون 16-01 المؤرخ 2016/03/06 (جريدة رسمية رقم 14 لسنة 2016).

القوانين:

1- القانون رقم 02/06 المؤرخ في 2006/02/20 المتضمن تنظيم مهنة الموثق،(جريدة رسمية رقم 14 لسنة 2006).

2-القانون رقم 84-11 الصادر في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة، (جريدة رسمية رقم 24 لسنة 1984) المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 الصادر في 2005/02/27، (جريدة رسمية رقم15 لسنة 2005) و الموافق عليه بموجب القانون 05-09 المؤرخ في 2005/05/04، (جريدة رسمية رقم 43 لسنة 2005).

3- القانون رقم 90-25 ، المؤرخ في 1990/11/18، المتضمن التوجيه العقاري، (جريدة رسمية رقم 49 لسنة 1990) المعدل بالأمر رقم 95-26 المؤرخ في 1995/09/25، (جريدة رسمية رقم 55 لسنة 1995).

4- القانون 90-30 المؤرخ في 1990/12/01 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، (جريدة رسمية رقم 52 لسنة 1990) المعدل و المتمم بالقانون 08-14 المؤرخ في 2008/06/20، (جريدة رسمية رقم 44 لسنة 2014.

5- القانون رقم 91-10 المؤرخ في 1991/04/27، المتضمن قانون الأوقاف، (جريدة رسمية رقم 21 لسنة 1991) المعدل والمتمم بالقانون01-07 المؤرخ في 2001/05/22، (جريدة رسمية رقم 29 لسنة 2001)، و القانون02-10 المؤرخ في 2002/12/14،(جريدة رسمية رقم 83 ، لسنة 2002).

6- القانون 91- 25 المؤرخ في 1992/12/18 المتضمن قانون المالية لسنة 1992،(جريدة رسمية رقم 65 لسنة 1992) .

7 -القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، (جريدة رسمية رقم 21 لسنة 2008).

الأوامر:

1- الأمر 66-156 المؤرخ في 1966/07/08 المتضمن قانون العقوبات،(جريدة رسمية رقم 49 لسنة 1966) المعدل والمتمم بالقانون 06-23 المؤرخ في 2006/12/24، (جريدة رسمية رقم 84 لسنة 2006) و المعدل والمتمم بالقانون20-06، الصادر في 2020/04/28، ج ر عدد 20.

2- الأمر75-74، الصادر في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري،(جريدة رسمية رقم 92 سنة 1975) المعدل والمتمم بالقانون رقم 2017-11 المؤرخ في 2017/12/27 المتضمن قانون المالية لسنة 2018، (جريدة رسمية رقم 76 لسنة 2017).

3-الأمر75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني،(جريدة رسمية رقم 78 لسنة 1975) المعدل والمتمم بالقانون رقم القانون 14-88 المؤرخ في 1988/05/03،(جريدة رسمية رقم 18 لسنة 1988) والقانون05-10 المؤرخ في 2005/6/20، (جريدة رسمية رقم 44 لسنة 2005) والقانون 07-05 المؤرخ في 2007/05/13، (جريدة رسمية رقم 31 لسنة 2007).

4- الأمر76-105 المؤرخ في 1976/12/09 المتضمن قانون التسجيل، (جريدة رسمية رقم 81 لسنة 1976) المعدل والمتمم بالقانون 33-22 المؤرخ في 2003/12/28 المتضمن قانون المالية لسنة 2004، (جريدة رسمية رقم 83 لسنة 2003) والقانون رقم 13-08 المؤرخ في 2013/12/13 المتضمن قانون المالية لسنة 2014،(الجريدة الرسمية رقم 68 لسنة 2013) والقانون رقم 18-18 المتضمن قانون المالية لسنة 2019، (جريدة رسمية رقم 79 لسنة 2018) والقانون رقم19-14 الصادر في 2019/12/11 المتضمن قانون المالية لسنة 2020، (جريدة رسمية رقم81 لسنة 2019).

5-الأمر 77-12 المؤرخ في 1977/03/02، المتضمن تنظيم الوظيفة القنصلية،(جريدة رسمية رقم81 لسنة 1977).

المراسيم:

1-المرسوم الرئاسي رقم 02-407 المؤرخ في 2002/11/26 يحدد صلاحيات المراكز القنصلية للجمهورية الجزائرية، (جريدة رسمية رقم 79 لسنة 2002).

2- المرسوم76-63 المتضمن تأسيس السجل العقاري، المؤرخ في 1976/03/25،(جريدة رسمية 30)، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي (جريدة رسمية رقم والثاني رقم 93-123 مؤرخ في 1993/05/19، (جريدة رسمية رقم 24 لسنة 1993).

3-المرسوم التنفيذي رقم 98-381 المؤرخ في 1998/12/01 الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك،(جريدة رسمية رقم 90 لسنة 1998).

4-المرسوم التنفيذي المؤرخ في 2015/06/16 المتضمن الحد الأدنى المطبق على عمليات الدفع التي يجب أن تتم بوسائل الدفع الإلكترونية عن طريق القنوات البنكية،(جريدة رسمية رقم 33 لسنة 2015).

المذكرات:

1-المذكرة الصادرة عن مديرية الأملاك الوطنية في 1995/02/12 (رقم 689 لسنة 1995).

ثانيا/ المؤلفات:

الكتب العامة:

1/ الإمام المحدث جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي، نصب الراية لأحاديث الهداية، ج 4، د ط، د ت ن.

2/مسلم بن الحجاج بن مسلم، صحيح مسلم، ط1، دار السلام، الرياض، 1419هـ-1998.

3/ ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، د ط، المطبعة الجمالية، د ت ن.

4/ ابن عرفة الوافية، تحقيق محمد أبو الأجفان، الطاهر معموري، القسم 01، ط1، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1993.

5/ابن عمر يوسف القرطبي، كتاب الكافي لفقه أهل المدينة المالكي، تحقيق محمد أحيد ولد ماريك الموريتاني ج 2، ط1، مكتبة الرياض الحديثة، د ت ن.

6 / ابن منظور، لسان العرب، ج7، ط 3، دار المعارف، بيروت، 1414هـ.

7/ ابن منظور، لسان العرب، ج 2، د ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1999.

8 / ابن منظور، لسان العرب، تحقيق علي عبد الرحمن وآخرون، ج 6، د ط، دار المعارف، مصر.

9/ ابن نجيم، البحر الرائق، ج 4، ط2، دار المعرفة ، لبنان، د ت ن.

8/ أبو اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف بن فيروز ابادي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج1، ط 2، مطبعة دار المعرفة، بيروت، 1959.

9/ أبو حامد الغزالي، الوسيط في المذهب، ج 4، ط1، دار السلام، القاهرة، 1410 هـ.

10/ أبو عبد الله المواق المالكي،التاج والإكليل لمختصر الخليل، ج 8، ط1، دار الكتب العلمية، د م ن، 1994.

11/ أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي الشهير بالصاوي المالكي، الشرح الصغير للشيخ الدردير، ج 4، د ط، دار المعارف، د ت ن.

12/أبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، شرح حدود ابن عرفة الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية ، القسم 01، ط1، دار المغرب الإسلامي، لبنان، 1993.

13/ أحمد إبراهيم بك رفع عبد الرحمن النجدي، المعاملات الشرعية المالية، ج 2، د ط، دار الأنصار، مصر، 1936.

14/ أحمد بن ادريس القرافي، الذخيرة، ج 6، ط1، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1994.

15/ أحمد بن عبد الله القادري، دراسة وتحقيق د.عبد الوهاب ابراهيم أبو سليمان د.محمد ابراهيم أحمد علي، مجلة الأحكام الشرعية، ط1، تهامة، المملكة العربية السعودية، 1981.

16/ د.أحمد فراج حسين، أحكام الوصاية والأوقاف في الشريعة الإسلامية، د ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2003.
17/ أحمد بن يحي بن المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج 5، د ط، السنة المحمدية، القاهرة، 1969.
18/ أحمد محمد علي داود، القضايا والأحكام في المحاكم الشرعية، ج 2، د ط، دار الثقافة، عمان، 2009.
19/ د. أحمد نجيب الهلالي ود.حامد زكي، شرح القانون المدني عقود البيع والمقايضة و الحوالة، ط3، دار الفجالة الجديدة، القاهرة، 1954.
20/ مجموعة من العلماء، مجلة الأحكام العدلية، د ط، أنور محمد، كارخانه تجارت كتب، آرام باغ، كراتشي، د ت ط.
21/ الإمام فخر الدين حسن بن منصور الأوزجندي الفرغاني، الفتاوى الهندية، ج 4، ط2، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1310 هـ.
22/ الإمام محمد أبو الزهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، د ط، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976.
23/ الإمام محمد أبو زهرة، أحكام التركات و المواريث، د ط، دار الفكر العربي، القاهرة،1987.
24/ شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي، حاشية القليوبي على كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين، ج3، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1424هـ.
25/ برهان الدين البخاري الحنفي، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، ج 3، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2004.
26/ جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء العقاري، ج2، ط2، منشورات كليك، الجزائر، 2013.
27/ خالد رمول، الإطار القانوني والتنظيمي للأملاك الوقفية في الجزائر، د ط، دار هومة، الجزائر، 2004.
28/ د.رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية أحكام الحقوق العينية الأصلية ومصادرها، د ط، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 1998.
29/ الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، ط1، دار القلم الدار الشامية، بيروت، 1412هـ.
30/ الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج5، د ط، دار الفكر، لبنان، 1984.
31/ زهدي يكن، أحكام الوقف، ط1، منشورات المكتبة العصرية، دار النهضة العربية، لبنان.
32/ سالم روضان الموسوي، أحكام الوقف والتولية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2016.

33/ سليمان مرقس شرح القانون المدني العقود المسماة عقد البيع ط 4 عالم الكتب القاهرة 1980.
34/ شمس الدين محمد بن أحمد الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج6، الطبعة الأخيرة، مصطفى باب الحلبي، القاهرة، 1938.
35/ شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج2، د ط، دار الفكر، بيروت.
36/ د.عباس الصواف، شرح البيع في القانون الكويتي، ط1، دار البحوث العلمية، الكويت، 1975.
37/ عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج 4، ط 6، دار الفكر، د م ن، د ت ن.
38/عبد الرحمن بن قاسم النجدي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع، ج6، ط1، دار الجيل،دم ن 1397هـ.
39/ عبد الرزاق حمودي، الموسوعة القضائية في القضايا العقارية، د ط، روافد العلم، الجزائر، 2015.
40/ د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام آثار الالتزام، ج2 ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
41/ د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني العقود التي تقع على الملكية البيع و المقايضة، ج 4، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان2009.
42/ د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود التي تقع على الملكية الهبة و الشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، ج 5 ، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان 2009.
43/عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام، ط2،د م ن، سنة 1963.
44/ عبد الله الكوهجي تحقيق عبد الله بن ابراهيم الأنصاري زاد المحتاج، ج2، ط1، د م ن، 1982.
45/ د.عبد المنعم فرج الصدة، شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية الأصلية أسباب كسب الملكية والحقوق المشتقة من حق الملكية، ج 2، د ط، دار الثقافة، الأردن، 1974.
46/ د.عبد المنعم فرج الصدة، الملكية في قوانين البلاد العربية، د ط، دار الفكر العربي، د ت ن.
47/ عمر حمدي باشا ، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا ومحكمة التنازع، ط15، دار هومة، الجزائر، 2017.
48/عمر يوسف القرطبي، كتاب الكافي لفقه أهل المدينة المالكي، تحقيق محمد أحيد ولد ماريك الموريتاني ج2، ط1، مكتبة الرياض الحديثة، د ت ن.
49/ أ.د العربي بلحاج ، مبادئ الاجتهاد القضائي، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
50/ أ.د العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الميراث والوصية، ج 2، ط 5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
51/ أ.د العربي بلحاج ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، د ط، دار هومة، الجزائر، 2014.
52/ الخرشي، شرح مختصر خليل، ج 7، د ط، دار الفكر، د م ن، د ت ن.

53/ الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج 2، د ط، دار الفكر، لبنان، 1984.
54/ا.د الياسين ناصيف، الوصية للمسلمين وفي القانون الدولي الخاص، ج 2، د ط، منشورات الحلبي الحقوقية، د م ن، 2007.
55/ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب البدائع، ج3، ط1، مطبعة الجمالية، القاهرة، 1910.
56/ علي حيدر خواجة أمين أفندي، تعريب المحامي فهمي الحسيني، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج 2، ط1، دار الجيل، 1411هـ-1991.
57/ علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، 1990.
58/ علي فيلالي، الإلتزامات النظرية العامة للعقد، ط3، الجزائر، 2013.
59/ علي فيلالي، العقود الخاصة البيع، د ط، موفم للطبع، الجزائر، 2018.
60/ عيسى بن محمد بوراس، توثيق الوقف العقاري في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، ط1،سكيل فيزيون، الجزائر، 2012.
61/ كمال الدين بن الهمام، فتح القدير، ج 2، ط1، مطبعة الأميرية، القاهرة، 1315هـ.
62/ ليلى زروقي و عمر حمدي باشا ، المنازعات العقارية، دار هومة، الجزائر، 2003.
63/ مايا دقايشية، أحكام الرجوع في عقود التبرعات دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والتشريع الجزائري مدعمة بأحدث الاجتهادات القضائية، ط 2، دار هومة، الجزائر، 2018.
64/ محمد أمين المعروف بابن عابدين، رد المحتار على الذر المختار، ج 2، د ط، المطبعة الأميرية، مصر، 1299هـ.
65/ د. محمد بن أحمد تقية، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية الجزائر 2003.
66/ محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، ج12، د ط، دار المعرفة، لبنان، 1993.
67/ د.محمد حلمي عيسى، شرح البيع في القوانين المصرية والفرنسية وفي الشريعة الإسلامية، د ط، مطبعة المعارف، مصر،1916.
68/ محمد بن عبد الله بن علي الخرشي، حاشية الخرشي على مختصر سيدي الخليل، د ط، ج7، دار الكتاب العربي، مصر، 1393هـ.
69/ محمد الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، د ط، دار الفكر العربي، د ت ط.
محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا و الوقف، ط 4، الدار الجامعية، لبنان، 1982.
70/ محمد عبيد عبد الله الكبيسي أحكام الوقف ج1 د ط مطبعة الإرشاد بغداد 1977.

71/ مقران حماداش ، البطلان في القانون المدني، د ط، دار الأمل، الجزائر، 2018.
72/ محمد زهدور، الوصية في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، د ط المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر 1991.
73/ محمد كامل مرسي باشا شرح القانون المدني الجديد العقود المسماة الهبة العارية القرض الدخل الدائم المرتب مدى الحياة المقامرة والرهان الشركة، ج 2، ط2، مطبعة لجنة البيان العربي، القاهرة، 1952.
74/ محمد كنازة، الوقف العام في التشريع الجزائري، د ط، دار الهدى، الجزائر، 2006.
75/ د. محمد يحي مطر، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د ط، الدار الجامعية، لبنان، 1987.
76/ أ.د محمد يوسف الزعبي العقود المسماة شرح عقد البيع في القانون المدني د ط مكتبة دار الثقافة عمان 2004.
77/ مرعي بن يوسف الكرمي الحنبلي، غاية المنتهى، ج2، ط1، مؤسسة الفراسن، الكويت، 2008.
78/ نجم الدين النسفي، طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، ج 2، د ط، المطبعة العامرة، بغداد، 1311هـ.
79/ نسيمة شيخ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري الهبة، الوصية، الوقف، د ط، دار هومة، الجزائر، 2012.
80/ وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، ج37، ط1، طبع الوزارة، الكويت، 1997.
81/ وليد رمضان عبد التواب، الوقف شرعا وقانونا، ج1، دار شادي للموسوعات القانونية، القاهرة، 2008.
82/ أ.د وهبة الزحيلي، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، ط2، دار الفكر العربي، سوريا، 1998. 83/ أ.د وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 8، ط2، دار الفكر، دمشق،1985.
84/ وليد رمضان عبد التواب، الوقف شرعا وقانونا، ج1، دار شادي للموسوعات القانونية، القاهرة، 2008.
85/ أ.د وهبة الزحيلي موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج 5، ط3، دار الفكر، دمشق، 2012.
86/ يمينة حوحو، عقد البيع في القانون الجزائري، ط1، دار بلقيس، الجزائر، 2018.

الكتب الخاصة:

1/ أحمد ابراهيم، الهبة والوصية وتصرفات المريض مرض الموت، د ط، مطبعة العلوم، القاهرة، 1993.
2/ احمد إبراهيم بك، إعداد المستشار واصل علاء الدين إبراهيم بك، التركة والحقوق المتعلقة بها المواريث والوصية و تصرفات المريض مرض الموت، د ط، د م ن.
3/ حبيب إدريس عيسى المزوري، تصرفات المريض مرض الموت، د ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2011.

4/ عبد العزيز محمودي ، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري التصرف في مرض الموت مع الإحتفاظ بالحيازة والمنفعة مدعم بتطبيقات قضائية، د ط، قصر الكتاب، الجزائر، 2006.
5/ عمر حمدي باشا، عقود التبرعات، د ط دار هومة، 2014، الجزائر.
6/ المستشار عزت كامل، الوجيز في تصرفات المريض مرض الموت، د ط، دار الفكر القانوني، مصر، 2007.
7/حسني محمود عبد الدايم، مرض الموت وأثره على عقد البيع دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الاسلامي، ط1، دار الفكر الجامعي، مصر،2007.
8/ محمد كامل مرسي باشا، الوصية وتصرفات المريض مرض الموت، د ط، المطبعة العالمية، مصر، 1950، ص35.
9/نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت الوصية–البيع–الهبة–الكفالة–الإبراء–الإقرار–الخلع–الطلاق، د ط، دار الهدى، الجزائر، 2008.

الرســائل والمذكرات:

1/بن النوي نوال، تنفيذ الوصية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2012–2013.
2/ جليلي ابتسام، تصرفات المريض في مرض الموت، مذكرة ماجستير تخصص عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر1، سنة 2017–2018.
3/ رشاد السيد ابراهيم عامر تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري مقارنة بالشريعة الإسلامية والقوانين الأخرى مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية 1989.
4/ علاوة بوتغرار، التصرفات الملحقة بالوصية في التشريع الجزائري دراسة نظرية وتطبيقية مدعمة بالإجتهاد القضائي بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية المدنية،كلية الحقوق والعلوم الإدارية الجزائرية 2008–2009.

رابعا: المقالات:

1/ آمال أحمد ناجي م.م، البيع في مرض الموت، مجلة الجامعة الإسلامية، كلية الحقوق، جامعة بغداد، د ت ن ، عدد24.
2/د. إياد محمد جاد الحق، هبة المريض مرض الموت في مجلة الأحكام العدلية دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الجامعة الإسلامية، كلية الحقوق، فلسطين، مجلد 19، سنة 2011، عدد2.
3/ بوحلاسة عمر شهادة الشهود في العقود التوثيقية مجلة الموثق سنة 2003 عدد9.
4/ دريسي نور الهدى وقف المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان.

5/ حبيب إدريس عيسى، د.عباس زبون العبودي، إثبات تصرفات المريض مرض الموت، مجلة الرافدين، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، مجلد 16 رقم 59، سنة 2018.
6/علاوة بو تغرار العوائق والصعوبات العملية والتطبيقية الكامنة في المواد 153،188،171،172 من قانون الأسرة مجلة الموثق الجزائر 2001 عدد 2.
7/ فطيمة نساخ، أثر مرض الموت على عقد البيع، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية و الاقتصادية، المجلد: 56، العدد:03، السنة 2020.
8/ كمال صمامة، تصرفات المريض مرض الموت في الوصية بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة بسكرة، المجلد10، 2019،عدد01.

القواميس:

1/ ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج5، د ط، دار الفكر، د م ن، 1979.
2/ إبراهيم مصطفى وأحمد حسن الزيات وآخرون، المعجم الوسيط، ج2، د ط، مطبعة مصر، 1960.
3/الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ج 4، ط 3، المطبعة الميرية، مصر، 1301هـ.
4/الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ج 3، د ط، المطبعة الميرية، مصر،1351هـ.
5/مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ج2، د ط، دار الدعوة، القاهرة، د س ن.

خامسا: المجموعات القضائية

1/ نشرة القضاة، المجلس الأعلى، 1972، عدد 02.
2/ نشرة القضاة، المحكمة العليا، الجزائر، سنة 1982، عدد خاص.
3/ المجلة القضائية، قسم الوثائق والمستندات، المحكمة العليا، الجزائر،1989، عدد3.
4/ المجلة قضائية، قسم الوثائق والمستندات، المحكمة العليا، الجزائر، سنة 1990، عدد1.
5/ قضائية، قسم المستندات والوثائق، المحكمة العليا، الجزائر،1991، عدد02.
6/ المجلة القضائية، قسم الوثائق والمستندات، المحكمة العليا، الجزائر،1992، عدد3.
7/ المجلة القضائية، قسم الوثائق والمستندات، المحكمة العليا، الجزائر، 1993، عدد4.
8/ المجلة القضائية، قسم الوثائق و المستندات، المحكمة العليا، الجزائر، 1996، عدد1.
9/ المجلة القضائية، قسم الوثائق والمستندات، المحكمة العليا، الجزائر،1997، عدد1.
10/ نشرة القضاة، قسم الوثائق والمستندات، المحكمة العليا، الجزائر، 1997، عدد 51.
11/ المجلة القضائية، قسم الوثائق والمساندات، المحكمة العليا، الجزائر، 1999، ع01.
12/ المجلة القضائية، قسم الوثائق والمستندات، المحكمة العليا، الجزائر،2001، عدد خاص.
13/ مجلة الاجتهاد القضائي، المحكمة العليا، الجزائر، 2001، عدد خاص.
14/ المجلة القضائية، قسم الوثائق والمستندات، المحكمة العليا، الجزائر،2002، عدد 2.
15/ مجلة القضاة، المحكمة العليا، الجزائر، سنة 2002، عدد2.

16/ المجلة القضائية، قسم المستندات والوثائق، المحكمة العليا، الجزائر،2003، عدد2.
17/ الاجتهاد القضائي، المحكمة العليا الجزائر، ج1، 2004، عدد خاص.
18/ مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق والمستندات، المحكمة العليا، الجزائر، سنة 2005، عدد2.
19/ نشرة القضاة، قسم الوثائق والمستندات، المحكمة العليا، الجزائر،2006، عدد 59.
20/ نشرة القضاة، سنة 2006، عدد 57.
21/مجلة المحكمة العليا، المحكمة العليا، الجزائر،2006،عدد 01.
22/ مجلة المحكمة العليا، المحكمة العليا، الجزائر، سنة 2008، عدد2.
23/ مجلة المحكمة العليا، المحكمة العليا، الجزائر، 2009، عدد1.
24/ مجلة المحكمة العليا، الجزائر،2010، عدد2.
25/ مجلة المحكمة العليا، المحكمة العليا، الجزائر، 2011، عدد2.
26/المجلة القضائية، قسم الوثائق والمستندات، المحكمة العليا، الجزائر،2013، عدد 2.
27/مجلة المحكمة العليا، المحكمة العليا، الجزائر، 2013، عدد 2.

سادسا: المواقع الإلكترونية:

1/ موقع منظمة الصحة العالمية، www.who.int/topics/chronic-diseases:/ar .
2/ موقع منظمة الصحة العالمية، www.acu-sy.org.
3/ الأمراض المعدية و الأمراض المزمنة على موقع www.wikipedia.org>wiki .
4/ الأمراض المزمنة على موقع www.mayoclinic.org>plague .
5/ عبد الحميد عثمان، أثر الموت على حق الدائنية، على الموقع
www.avocatalgerie.alafdal.net.
6/ د.سعد بن عبد الله الحميد، خلاصة القول في الهبة والوديعة والعارية والوكالة و الحوالة على موقع
www.alukah.net.
7/ مقال حق الانتفاع و ملكية الرقبة، اطلع عليه على موقع www. elmouhami.com.
8/ التوثيق في مواجهة كوفيد 19، مقال منشور في مجموعة خبايا التوثيق.
9/ معجم المعاني الجامع،www.almaany.com .
10/ عبد الرحمن بن قاسم النجدي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع، ج 6، ط1، دار الجيل، على
موقع المكتبة الشاملة، www.shamela.ws.index.book.
11/ الأمراض المعدية موقع www. Webtet.com
12/ME Claudia cote, dons planifies, cotclaudia blogspot com .

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات	الصفحة
المقدمة	02
الفصل الأول: الاطارالمفاهيمي لمرض الموت	08
المبحث الاول: مفهوم مرض الموت	08
المطلب الأول : تعريف مرض الموت وشروطه	09
الفرع1: تعريف مرض الموت	09
-الفقرة1: التعريف اللغوي لمرض الموت	10
-الفقرة2: التعريف الإصطلاحي لمرض الموت	10
أولا: تعرف مرض الموت في الفقه الشرعي	11
ثانيا: تعريف مرض الموت في الاصطلاح القانوني	13
الفرع الثاني: شروط اعتبار تصرف مريض الموت تبرع	17
اولا/ صدور التصرف في مرض الموت	17
ثانيا/ توافر قصد التبرع في التصرف	18
المطلب الثاني: صور مرض الموت و الملحقون به وعلة الحماية فيه	20
الفرع الأول/ صور من مرض الموت	21
ثانيا/ الأمراض الخطيرة	22
الأمراض المزمنة	23
الفرع الثاني: الملحقون بمرض الموت	24
أولا: حالة المحارب و المحكوم عليه بالانعدام	25
اولا/حالة المحكوم عليه بالإعدام	25
حالة انتشار الأوبئة	26
ثالثا:أساس تقييد تصرفات مريض الموت	28
أولا/تعلق حق الدائنين و الخلف العام بمال مريض الموت	29
ثانيا/التحايل على أحكام القانون	30
المبحث الثاني/تكييف مرض الموت و إثباته	31
الفرع الاول/التكييف الشرعي لمرض الموت	32
الفرع الثاني/التكييف القانوني لمرض الموت	33
المطلب الثاني: اثبات مرض الموت	34
الفرع 1:عبئ الاثبات	35
الفرع 2:طرق اثبات مرض الموت	36
أولا: الادلة الطبية	37

-القرائن	38
الشهود	39
الفصل الثاني/أحكام التبرعات بالعقار في مريض الموت في التشريع الجزائري	43
اولا/ احكام التبرعات بالعقار في مرض الموت في التشريع الجزائري	43
المبحث الاول/ أحكام التبرعات بالعقار المنشأة بالإرادة المنفردة	44
المطلب الاول / حكم الوصية بالعقار في مرض الموت في التشريع الجزائري	44
الفرع الأول: تعريف الوصية	44
ثانيا: التعريف اللغوي للوصية	44
رابع: تعريف الوصية قانونا	45
-الفرع الثاني: اركان الوصية	46
-أولا: الموصى	46
-ثانيا: الصيغة	46
-ثالثا: شروط صحة الموصى به	47
-رابعا: شروط نفاذ الموصى به	49
الفرع الثالث: اجراءات الوصية بالعقار في مرض الموت واثارها	50
اولا: إجراءات وصية مريض الموت لعقاره	50
ثانيا: أثار الوصية بالعقار في مرض الموت	52
المطلب الثاني: حكم وقف العقار في مرض الموت في التشريع الجزائري	55
الفرع الأول: تعريف الوقف	55
أولا: التعريف اللغوي للوقف	55
الفرع الثاني: التعريف الإصطلاحي	55
الفرع الثاني: اركان الوقف	57
اولا: الواقف	57
ثانيا: محل الواقف	58
-ثالثا: صيغة الوقف	59
رابعا: الموقوف عليه	61
الفرع الثالث: اجراءات الوقف في مرض الموت واثاره	61
أولا: إجراءات وقف العقار في مرض الموت	62
ثانيا: أثار وقف العقار في مرض الموت	62
المبحث الأول: حكم هبة العقار في مرض الموت في التشريع الجزائري	65
المطلب الأول: القواعد العامة للهبة	65
الفرع الاول/التعريف اللغوي للهبة	65
الفرع الثاني: اركان الهبة	66
أولا: التراضي	67

ثانيا: المحل في الهبة	67
ثالثا/ السبب في الهبة	68
رابعا: الحيازة	68
خامسا: الشكلية	69
سادسا: الرسمية	70
ثانيا: الاشهار العقاري	72
الفرع الثالث: شروط الصحة	74
المطلب الثاني: صور الهبة	75
الفرع الاول: الهبة المستترة	76
الفرع الثاني: هبة ملك الرقبة	77
المطلب الثالث: اجراءات هبة العقار في مرض الموت و اثارها	80
الفرع الاول: اجراءات هبة العقار في مرض الموت	81
الفرع الثاني: أثار هبة العقار في مرض الموت	82
الخاتمة	86
قائمة المصادر و المراجع	93
الملخص العام	114
فهرس المحتويات	

الملخص العام:

يعتبر مرض الموت حالة مادية تطرأ على الإنسان تنذره بدنو أجله فيتمرد على فطرة حب التملك لديه إلى الزهد، بالتخلي على أمواله العقارية بتصرفات تبرعية تقربا لله عز وجل، أو لمحاباة أناس على حساب خلفه العام والخاص، لهذا أصّل الفقه الإسلامي لهذه النظرية الشرعية التي تنبأ عن نهاية الفرد و يترتب عليها أحكاما جديدة لصالح الورثة والدائنين، وقد نحى المشرع الجزائري هذا المنحى فأدرج أحكام تبرعات المريض مرض الموت في قانون الأسرة والقانون المدني وقانون الأوقاف دون أن يعرفه، فعرفه القضاء الجزائري بأنه المرض الذي يقعد المريض عن أداء مصالحه ويغلب فيه الموت، وينتهي بالموت فعلا، دون أن يحدده بمدة سنة كما فعلت بعض التشريعات، واعتبر الأمراض الخطيرة والأمراض المزمنة معيارا لمرض الموت متى توفرت فيها الشروط المذكورة.

و لتعلق حق الورثة والدائنين بأموال المريض مرض الموت فقد بسط المشرع الجزائري حماية لهم، فجعل التصرفات التبرعية للمريض مرض الموت من وصية ووقف وهبة تأخذ حكم الوصية، فلا تصح لوارث ولا تنفذ في أكثر من الثلث إلا بإجازتهم.

ونفس المسار نهجه في القانون المدني، حيث عمم حكم الوصية على جميع تصرفات المريض مرض الموت تبرعية كانت أومعاوضة، وأيا كان التسمية التي تعطى للتصرف، متى أثبت الورثة أنه صدر من مورثهم في مرض الموت بقصد التبرع، فيعد ذلك قرينة على أنه تبرعا مضاف لما بعد الموت، فألحقه بالوصية حكما.

فضلا عن ما أقره قانون الأوقاف في أحقية الدائن في إبطال تصرفات المريض مرض الموت المدين، ومع هذا فهي نصوص قانونية عامة لم تشمل الجزئيات التي تتميز بها التصرفات التبرعية الواردة على الملكية العقارية، والتي أخضعها المشرع للشكلية ومنها قواعد الإشهار العقاري الغير مقنن في مدونة قانونية واحدة، الأمر الذي أدى إلى اتساع دائرة النزاعات بين الورثة والمتبرع له، وأحيانا حتى المساجد الموقوف عليها، خلافا للفقه الإسلامي الذي جعله نظرية شرعية شملت أدق الجزئيات.

و لا يعد الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية استئصال للإشكالات العملية التي يواجهها الممارسين في المجال القانوني والقضائي طالما أنها لم تحدد المذهب الواجب إتباعه.

Abstract

The acute illness leading to death is a physical situation from which man is affected. It warns him that he is about to die, so that he overcomes his instinct of appropriation and opts for a hermit attitude, through the transfer of his real estate, adopting an action of donation to get closer to Allah, or to favor someone on the expense of all their successors.

As a result, Islamic "Fiqh" jurisprudence has rooted this legislative theory which announces the end of a person's life and which has generated new provisions in favor of successors and creditors.

The Algerian legislator proceeded in the same way by introducing testamentary dispositions for patients suffering from an acute disease leading to death, in the family, the civil and the Awqafs "Endowment" codes, without defining it.

According to the Algerian justice, it is a disease that prevents the patient from carrying out his tasks; characterized by an obvious and certain death.

It has not been limited by a period of "one year" by law, as certain legislations did, which consider dangerous and chronic diseases a criteria for a fatal disease whenever the required conditions were available.

Since the rights of successors and creditors depend on this disease, the Algerian legislator has provided them with protection by considering "will, waqf "endowment", donation, as testamentary dispositions that can be canceled when they exceed "the third" unless the successors approve it.

The same process was followed with regard to the legislation of general laws, when the provisions of *will* were generalized on all acts made by the patient in the form of a donation or counterpart.

Whatever the name given to the act, when the successors prove that the donation comes from the testator suffering from an acute disease causing death, it proves that this is a post-mortem testamentary disposition attached to the will.

In addition, the law of Awqafs "endowment" affirms that the creditor has the right to cancel the acts of the person suffering from a disease causing death and debtor too. However, these are general legal texts which have not covered the details characterizing the testamentary dispositions of real estate properties, subject by the legislator to formalities, and to the rules of real estate publicity he does not have codified in the same legal code.

Consequently, the conflicts between successors and legatees have increased, reaching beneficiary mosques, contrary to the Islamic jurisprudence "Fiqh" which transformed it into a theory that covers the smallest detail.

The reference made to the provisions of Islamic legislation "Shareeah" cannot - under any circumstances - ignore the practical issues facing practitioners in judicial and legal fields, as long as it does not determine the doctrine to be followed.

Keywords: Islamic jurisprudence- testamentary dispositions- donation- Waqf- Will- testator- legatee.

RESUME FINAL :

La maladie aiguë qui entraîne la mort est une situation physique dont l'homme serait atteint. Elle le prévient que sa mort est proche, ce qui le pousse à transcender son instinct d'appropriation et à opter pour une attitude ermite, et ce, à travers la cession de ses biens immobiliers, en adoptant des actes de donation afin de se rapprocher d'Allah, ou de favoriser les uns au détriment d'autres successeurs quels qu'en soit leur type.

De ce fait, la jurisprudence islamique « Fiqh » a ancré cette théorie législative qui annonce la fin de la vie de la personne et qui a généré de nouvelles dispositions en faveur des héritiers et des créditeurs.

Le législateur algérien a procédé dans cette même optique en introduisant des dispositions testamentaires des malades atteints d'une maladie aiguë entraînant la mort, dans le code de la famille, le code civil et celui des Awqafs « biens de mainmortes », sans pour autant la définir.

La justice algérienne l'a cependant défini en tant que maladie qui empêche la personne qui en est atteinte d'accomplir ses taches, elle est caractérisée par une mort évidente et certaine.

Sa durée n'a pas été déterminée d'une année par la justice comme l'ont fait certaines législations, qui considèrent les maladies dangereuses et chroniques comme critères d'une maladie mortelle lorsqu'elles remplissent les conditions citées.

Etant donné que les droits des héritiers et des créditeurs dépendent de cette maladie, le législateur algérien leur a fourni une protection en considérant le testament, le waqf « biens de la mainmorte », la donation, comme des dispositions testamentaires annulables lorsqu'elles excèdent le tiers sauf si les héritiers le ratifient.

La même démarche a été suivie en matière de législation des lois générales, lorsque les dispositions du testament furent généralisées sur tous les actes faits par le malade sous forme de donation ou de contrepartie.

Quelle que soit l'appellation donnée à l'acte, lorsque les héritiers prouvent qu'il émane du testateur atteint de maladie aiguë entraînant la mort, et en vue de faire donation, ceci prouve qu'il s'agit d'une disposition testamentaire post-mortem jointe au testament.

Outre que la loi des Awqafs « biens de mainmorte » affirme que le créditeur a le droit d'annuler les actes de la personne atteinte d'une maladie aiguë entraînant la mort et endettée.

Pourtant, il s'agit de textes de loi généraux qui n'ont pas englobé les détails qui caractérisent les dispositions testamentaires des propriétés immobilières, soumises par le législateur à des formalités, entre autres à des règles de publicité foncière qu'il n'a pas codifié dans un même code juridique.

Par conséquent, les conflits entre héritiers et légataires se sont amplifiés, allant jusqu'aux mosquées bénéficiaires, contrairement à la jurisprudence islamique « Fiqh » qui le transforma en une théorie englobant le moindre détail.

La référence faite aux dispositions de la législation islamique « Charia » ne peut- en aucun cas- ignorer les problématiques pratiques auxquelles les praticiens du domaine juridique et légal font face, tant qu'elle ne détermine pas la doctrine à suivre.

Mots clés: Jurisprudence islamique- dispositions testamentaires- donation- Waqf- testament- testateur- légataire.