جامعة قاصدي مرباح – ورقلة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الليسانس

التخصص : القانون الخاص

إعداد الطالب : الأخضر حفاف

بعنوان:

# عقد البيع في مرض الموت

## فى التشريع الجزائري

نوقشت و أجيزت بتاريخ : .....

أمام اللجنة المكونة من السادة :

الأستاذة صفية سنوسي .....( أستاذ مساعد أ – جامعة قاصدي مرباح – ورقلة ) رئيسا

الأستاذة إنتصار مجوج.....( أستاذ مساعد أ – جامعةقاصدي مرباح – ورقلة ) مشرفا

الأستاذة صباح عبد الرحيم .....( أستاذ مساعد أ – جامعةقاصدي مرباح – ورقلة ) مناقشا

السنة الجامعية: 2013/2012

# كلمة الشكر

أول ما نبدى به الثناء و الحمد و الشكر لله على ما أولانا به من الفضل و الامتنان في انجاز هدا العمل المتواضع ثم الصلاة والسلام على رسول الله وعلى اله وصحبه اجمعين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين

نتوجه بجزيل الشكر إلى الاستادة الفاضلة - انتصار مجوج - المشرفة على هدا البحث فكانت لنا نعم الاستادة الناصحة و الصابرة فلها علينا دين سنبقى عاجزين على أدائه .

- إلى اساتدتي الأعزاء في جميع أطوار الدراسة

الأخضر حفاف

# الإهداء

إلى من يشتهي اللسان نطقها و ترف العين لوحشتها إلى من تخشع

الأحاسيس لذكرها إلى من يحن القلب لتقبيلها وتشتاق الأذن لسماع

دعواتها أمي الغالية رحمها الله

إلى من علمني أبجدية الحياة وسقاني كأسها حلوها ومرها إلى من

ناضل لأجلي وتعب لارتاح وهيا لي أسباب النجاح

أبـــي العزيز

إلى كل العائلة إلى جميع زملاء الدراسة و رفقاء

الدرب إلى كل هؤلاء اهدي ثمرة جهدي المتواضعة

الأخضر حفاف

# مقـدمة

الأصل أن الإنسان حر في أن يستغل ملكه أو لا يستغله ،يستعمله آو لا يستعمله و لا يترتب على عدم استعماله أو استغلاله سقوط حقه فيه ، و المشرع أعطى للشخص الحرية في إبرام تصرفات قانونية ورتب أحكامها مادامت مستوفية لشروطها وأركانها كما حددها القانون هده الإجازة في إبرام تصرفات في أي وقت شاء الشخص . و من اشد تلك التصرفات خطورة هو البيع في مرض الموت .

إلا أن الحرية قيدتها القوانين الوضعية، والفقه الإسلامي استثناء لما يتقيد للغير من الحقوق على الشيء ، فهناك ما هو إرادي بما لها من سلطان ، وهناك ما هو قانوني وهو ما مقرر للمصلحة العامة وكذلك المصلحة الخاصة.

ومن هدا فان القيود قد يتصرف المالك في مرض الموت بتصرفات تعود بالضرر ، على الدائنين و الورثة كالبيع لأنه في هدا يحس بدنو اجله و يتصرف في ملكه كما يريد دون مراعاة نتائج تصرفاته و خاصة عند محباه طرف على الأخر وبعض الورثة على بعض فهدا يورث العداوة والبغضاء فتنقطع بينهم صلة الرحم التي وصان بها الله سبحانه وتعالى .

و قد نظمت الشريعة الإسلامية أحكام تصرفات المريض مرض الموت،و دلك بتحديدها الجزء المحابي و الجزء الذي يتبرع منه المريض لدرء الشبهة و المحافظة على حقوق الورثة .

ولقد استمد القانون أحكام تصرفات المريض مرض الموت من الشريعة الإسلامية وفصلها وجعلها تسير على هده القواعد .

إن موضوع مرض الموت من المواضيع المهمة ولا يمكن أن تحيط به هده الدراسة حيت أثرنا الاقتصار على عدة جوانب ذات الأهمية من وجهة نضرنا فألزمنا أنفسنا بتحديد معنى هدا المرض وتمييزه مما يشتبه به وتحديد معايير مرض الموت بوجه عام وكذلك شروط مرض الموت و أثباته وأحكامه وحالات تصرفات الأصحاء التي لها حكم التصرفات في مرض الموت.

و قد تنتاب الشخص حال حياته فترة مرض تؤدي به إلى الوفاة حتما . أو مرض يغلب فيه الهلاك .و يشع فيه المريض بدنو اجله .وهي حالة تعرف فقها وقانونا بمرض الموت .

وفيها قد يجري المريض تصرفات قانونية للوارث أو لغيره ،لداما أهمية خصوصية أحكام التصرفات في مرض الموت، وما هي الغاية العملية لخصوصية أحكام التصرف في مرض الموت، فهل عامل القانون المريض مرض الموت معاملة الصحيح .أم انه أعطى له إحكام أخرى. ولإجابة على إشكالية ، يتم تقسيم الدراسة إلى فصلين خصصنا أولها بحكم العام في

تصرفات المريض مرض الموت وثانيها عل ى خصوصية أحكام عقد البيع في مرض الموت،أما منهج البحث فقد اخترنا المنهج التحليلي الاستقرائي لمعالجة هدا الموضوع مع الالتزام بالموضوعي.

# الفصل الأول

# حكم العلم و تصرفات مرض اطوت

## الفصل الأول: حكم العام و تصرفات مرض الموت

لم يأتي المشرع بتنظيم دقيق لمرض الموت ،ولم يبين تعريفه وماهيته واكتفى بإيراد حالات خاصة فيه بما جاء به في قرينة المادة 776 مدني ،الخاصة في مرض الموت او أحكام البيع فيه،ولدلك وجب علينا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية إعمالا للمادة الأولى فقرة 2 مدني ،و التي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

كما وضع الشارع: القواعد العامة في تصرفات المريض مرض الموت في المادة 776 مدني جزائري (تقابله المادة 916 مدني مصري )وتتضمن هده المادة قاعدتين الأولى موضوعية، والثانية من قواعد الإثبات.

**1 – القاعدة الموضوعية :** نصت الفقرة الأولى على أن " كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت ، وتسري عليه أحكام الوصية أيان كانت تسمية التي تعطى إلى هدا التصرف "

والمعنى هنا أحكام الوصية تطبيق أحكامها بعد وفاة المريض ادا لا يعتبر المريض مرض الموت إلا ادا اتصل به الموت فعلا.وتبرع هدا المريض ياخد حكم الوصية فيما يتعلق بعدم نفادها في حق الورثة فيما زاد على ثلث التركة ادا كانت لغير وارث . ويهدا تقرر المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري على أن ( تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة )

أما ادا كانت لوارث فإنها تتوقف كلها على قرار الورثة لان الوصية يحكمها الأحوال الشخصية ، حيت نصرت المادة 775مدني التي تنص: " يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية و النصوص القانونية المتعلقة بها "

المادة 775 مدني جزائري إن هدا القانون تحكمه قواعد الشريعة الإسلامية عملا بالمادة ثانية فقرة الأولى من القانون المدني .وكذلك قررت المادة 189 من قانون الأسرة على انه (لا وصية لوارث إلا ادا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي).

وقد أجاز الشارع للإنسان أن يوصي للأجنبي بثلث ماله بعد إيفاء ما عليه من الديون ، وليس للورثة أي اعتراض على الوصية بالثلث للأجنبي.ومن الناحية الأخرى فقد منع الشارع الوصية لوارث إلا ادا أجازه الورثة.[1]

**2– قاعدة الإثبات :** وردت في الفقرة الثالثة "ادا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس دلك " .

[1] – كتاب المعاملات الشرعية للإستاد احمد إبراهيم، القاهرة 1986،ص.255 و ص. 263

وضع الشارع للقرينة على نية التبرع أيا كانت التسمية التي أعطاها المتعاقدان للعقد فإنها قرينة تقبل العكس و لا يجوز الاحتجاج على الورثة بالعقد الصادر من مورثهم إلا اذا كان للعقد تاريخا ثابتا ،و العلة في دلك ترجع إلى اعتبار الوارث في حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من مورثه في مرض الموت أضرارا بحقه المستمد من القانون.

هدا هو الحكم في التصرفات المريض مرض الموت سواء كان التصرف بيعا أو غيره وقد نص المشرع فضلا عن دلك على أحكام بيع المريض مرض الموت في المادتين 408 و 409 من القانون المدني .

كما خص أيضا قانون الأسرة تصرفا أخر من التصرفات القانونية التبرعية وهي الهبة بنصه في المادة204 على "الهبة في مرض الموت ،والإمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية"

كذلك وضع الفقهاء القانون المدني المعاصر عدة تعريفات له،وهي في جملتها لا تختلف عن تلك التي وضعها فقهاء الشريعة الإسلامية من قبلهم. وتجدر الإشارة أيضا أن القضاء لم يقف موقفا سلبيا ،بل اجتهد هو الأخر في وضع تعريف له رغم قلة اجتهاده في هده المسائل في القضاء الجزائري و عليه سنتطرق أولا ماهية مرض الموت في المطلب الأول واثبات مرض الموت المطلب الثاني تم سبب تقيد تصرفات المريض مرض الموت .

## المبحث الأول : مفهوم مرض الموت

**لم يتطرق المشرع الجزائري لتعريف مرض الموت ،ولهدا كان لزاما الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الرسمي الثاني في القانون طبقا لنص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري. وعند الرجوع اليها نعتر على العديد من التعريفات والتي تختلف حسب شخصية كل فقيه.كما لصاحب المصلحة الذي يطعن في تصرف الصادر في مرض الموت ،أن يثبت واقعة المرض. و بهدا وجب علينا أن نبين بدقة ماهية هدا المرض، وطبيعته، و خصوصيته القانونية في النقاط التالية:**

### المطلب الأول: تعـريف مرض الموت

**إن القوانين العربية بما فيها القانون المدني الجزائري،استمد أحكام تصرفات المريض مرض الموت من الشريعة الإسلامية ، وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد أن هناك سيلا من التعريفات لمرض الموت.لدا فإننا سنخصص تعريف مرض الموت في كل من القضاء والمشرع والفقه**

**1 – مفهوم مرض الموت فقها:**

يعرف فقهاء الشريعة الإسلامية : " بأنه المريض الذي يغلب فيه الهلاك ويعجز الشخص عن القيام بمصالحه ويتصل الموت به فعلا ولو كان المريض قد توفي لسبب أخر ، كحادث مثلا مادامت وفاته قد وقعت في أثناء هدا المرض[2] "

وقد جاء في ابن العابدين ((في الهندية " المريض مرض الموت من لا يخرج لحوائج نفسه وهو الأصح " )).

وعرفه البعض الآخر بأنه المرض الشديد الذي يغلب على الضن موت صاحبه عرفا او بتقدير الأطباء،ويلازمه دلك المرض حتى الموت وان لم يكن أمر المرض معروفا لدى الناس بأنه من العلل المهلكة،فضابط شدته واعتباره مرض الموت أن يعجز غير العاجز من قبل عن قيام بمصالحه الحقيقية خارج البيت،فيجتمع فيه تحقيق العجز و غلبة الهلاك واتصال الموت به [3].

وكذلك نصت المادة 1595 من مجلة الأحكام العدلية – وهي تقنين للفقه الحنفي – على ما يأتي: " مرض الموت هو الذي يغلب فيه خوف الموت ، ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجا عن داره إن كان من الذكور و عن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث ، و يموت على دلك الحال قبل مرور سنة ، سواء كان صاحب فراش او لم يكن .وان امتد مرضه ومضت عليه سنة وهو على حال واحدة ، كان في حكم الصحيح ،و تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه و يتغير حاله. ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ومات قبل مضي سنة ، يعد حاله اعتبارا من وقت التغير إلى الوفاة مرض الموت[4]" و على هده التعريفات:

1.لا يعتبر مريضا مرض الموت الذي لا يقعد مرضه عن أداء شؤونه العادية ومصالح.

2.لا يعتبر مريضا مرض الموت الذي يقعد مرضه مدة ،ثم يشفى مولا يغلب فيه الهلاك و الموت.

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

ومن خلال هده التعريفات أن مرض الموت شرعا الذي تتوفر فيه شروط الثلاثة وهي:

1. أن يقعد المريض مرض الموت عن قضاء مصالحه.

2 . أن يكون المريض مما ينتهي بالموت غالبا.

3 . أن يموت المريض بالفعل موتا متصلا.

---

[2] - د.محمد حسنين – عقد البيع في القانون المدني الجزائري –ديوان المطبوعات الجامعية الجزائري الطبعة الرابعة 1994 ص216 .

[3] - 57 احمد عبد الرزاق السنهوري–الوسيط في شرح القانون المدني الجديد –المجلد الرابع –العقود التي تقع على ملكية –البيع و المقايضة– القاهرة دار النهضة العربية 314 .

[4] احمد عبد الرزاق السنهوري–الوسيط في شرح القانون المدني الجديد –المجلد الرابع – العقود التي تقع على ملكية –البيع و المقايضة– القاهرة دار النهضة العربية ص3

## 2 – مفهوم مرض الموت تشريعيا ، قانونيا:

رأى المشرع الجزائري أن يفرض على التصرفات المريض مرض الموت قيودا سواء كانت تبرعا أو بيعا كالتي قيد بها الوصية وكذلك فرق بين الوارث والأجنبي عن البائع وهدا ، بنص المادة 408 من القانون المدني : " ادا باع المريض مرض الموت لوارث فان البيع لا يكون ناجزا إلا ادا اقره باقي الورثة.

أما ادا ثم البيع للغير في نفس الظروف فانه يعتبر غير مصادق عليه و من اجل دلك يكون قابلا للإبطال."

وقد نصت كلك المادة 409 من القانون المدني : "لا تسري أحكام المادة 408 على الغير حسن النية ادا كان الغير قد كسب عوض حقا عينيا على الشيء المبيع .

**3– مفهوم مرض الموت قضاء:**

لم يتطرق القضاء الجزائري في كنير من المسائل المتعلقة بمرض الموت إلى تعريفه عكس نضيره المصري ،أما ما تعلق بقضاء الجزائري من مفهوم مرض الموت نجد القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 09 جويلية 1984 يعرفه على انه :

"...يتضح من الدعوى أن القضية تدور حول إبطال تصرف في حالة مرض صاحب مرض الموت وفي هدا فان المعروف فقها واجتهادا أن المريض الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير ادا كان خطيرا يجر إلى الموت ويفقد به المتصرف وعيه وتمييزه..."[5]

كما نجد قرار آخر صادر بتاريخ 23 نوفمبر 1993 ينص على ما يلي : "... وان حالة المحبس (ع م) الذي أقام الحبس موضوع النزاع في آوت 1987 كان يعاني مند سنة 1985 من مرض خطير لازمه إلى وفاته في 03 نوفمبر 1987..."[6]

كما نجد في قرار أخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 18 ابريل 2001 ينص على ما يلي :"... بينما عقد الهبة المحرر لفائدة المدعى عليهم في الطعن تم يوم 1996/09/12 قبل وفاة الواهبة بشهر واحد وثلاثة وعشرون يوما عن عمر يناهز 90 عاما وهي في حالة مرض أنهك قواها وأقعدها واثر على مداركها العقلية وأدى إلى وفاتها تحققت بدلك علاقة السببية بين المرض و الموت ..."[7] .

---

[5] – قرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية تحت رقم 33719بتاريخ 09 جويلية 1984منشور بالمجلة القضائية لسنة1989العدد الثالث ص 51

[6] – قرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية تحت رقم 96675بتاريخ 23نوفمبر1993 منشور بالمجلة القضائية لسنة2001عدد خاص ص 302

[7] – قرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية تحت رقم 260066بتاريخ 18 افريل 2001 " غير منشور"

## المطلب الثاني: شروط مرض الموت

لم يتفق الفقهاء في شروط مرض الموت، والراجح عندهم يوجب توافر الشروط التالية :

**أولا : أن يقعد المريض مرض الموت عن قضاء مصالحه**

يقصد بالمصالح تلك المصالح المألوفة من العادة أن يقوم بها وهو في صحته من دلك أعمال المهنة و التسوق،و ليس من الواجب أن يقعده الفراش، وقد يقع أن يعجز الإنسان عن قضاء مصالحه دون مرض،فلا يعتبر في مرض الموت من دلك حالة الشيخوخة،دون مرض، وقد قضت محكمة الاستئناف بان: "مرض الموت هو المرض الذي يفاجئ الإنسان في صحته،و ينتهي بالموت بحيث يشعر المصاب بقرب وانتهاء اجله،وليست الشيخوخة من أمراض الموت[8] ". ومنهم من يقول أن علامته أن لا يخطوا ثلاث خطوات عن غيرأن يستعين بغيره ومنهم من يقول انه لا يقدر على الصلاة قائما .

ما على العكس من دلك أن يكون محترفا حرفة شاقة لا يستطيع مباشرتها إلا وهو في كامل عافيته، فيقعده مرضه عن دلك دون أن يعجزه عن مباشرة المألوف من الأعمال بين الناس،فلا يكون في هده الحالة مريضا مرض الموت[9] ، أن يعجز عن قضاء حوائجه العادية المألوفة والتي يستطيع الأصحاء عادة مباشرتها واذا كانت من الإناث أن تقعدها عن قضاء مهامها المنزلية وليس لازما أن يلزم المريض الفراش.

**ثانيا : أن يغلب في مرض الموت الهلاك وخوف الموت**

لا يكفي قعود المريض عن قضاء مصالحه،بل يجب أن تغلب فيه خشية الهلاك والموت،ويستبعد تلك الأمراض التي يشفى منها المريض عادة،ولا يغلب فيها خوف الموت حتى وان زادت شدة المريض فيها، حيث يكون المرض قد بدا بسيطا ثم أخد يتطور حتى بات يخشى على صاحبه الهلاك

فتكون تصرفات المريض في هده الحالة حكمها حكم حالة صحة،و تاخد نفس الحكم تلك التصرفات التي تصدر عمن أصيبوا بأمراض مزمنة ادا طالت بحيث يطمئن المريض إلى ابتعاد خطر لموت[10].

أما ادا لم يصل المرض إلى حد من الخطورة،سواء كانت في بدايته أو في منتصفه أو في أخره فلا يعتبر مرض الموت ولو اعجز المريض عن قضاء مصالحه.كان يصاب شخص برمد في عينه

---

[8]– احمد عبد الرزاق السنهوري–الوسيط في شرح القانون المدني الجديد –المجلد الرابع –العقود التي تقع على ملكية –البيع و المقايضة– القاهرة دار النهضة العربية ص314

[9]– 60 احمد عبد الرزاق السنهوري–الوسيط في شرح القانون المدني الجديد –المجلد الرابع –العقود التي تقع على ملكية –البيع و المقايضة– القاهرة دار النهضة العربية ص315

[10] – احمد عبد الرزاق السنهوري–الوسيط في شرح القانون المدني الجديد –المجلد الرابع –العقود التي تقع على ملكية –البيع و المقايضة– القاهرة دار النهضة العربية ص317

فيعجز عن الرؤية،آو مرض في ساقيه فيعجز عن المشي، فلا يستطيع القيام بأعماله المألوفة ، فهدا لا يعتبر المريض مرض الموت .

إن قعود المريض عن قضاء مصالحه ليست شرطا أساسيا من شروط مرض الموت لأنه هناك أمراض يتولد فيها شعور لدى المريض بخوف الموت وتنتهي بالموت فعلا إلا أن هده الأمراض لا تقعد المريض عن قضاء حاجته و قد لا يدري فيها المريض و لا تظهر إلا بعد وفاته ففي هده الحالة تعتبر تصرفات المريض تصرفات صحيحة.

وعليه تاخد تصرفاته حكم تصرفات الصحيح. ولقد اخدت جل المحاكم في مصر بتفسير امتداد بسنة،وقصت : " على الوارث الذي يطلب بطلان البيع الحاصل من مورثه لأحد الورثة، لحصوله في مرض الموت أن يثبت أن هدا المورث الذي مات بمرض السرطان أو السل لم يمكث مرضه أكثر من سنة ".[11]

كذلك من الملقحون بالمريض مرض الموت من الأصحاء الدين حل بهم حالة نفسية يعتبرون في حكم المريض مرض الموت لان اعتقادهم يدنوا اجلهم يثير لديهم هده الحالة وتكون تصرفاتهم في حكم تصرف المريض ولو لم يكن مريضا أصلا مثل المحكوم عليه بالإعدام و ينتظر التنفيذ أو من كان في السفينة على وشك الغرق آو من كان محاصرا في حرب وأيقن انه مقتول تعتبر تصرفات هؤلاء في حكم التصرفات الصادرة من الشخص في مرض الموت.وكذلك من بين الأمراض التي تلحق بالأصحاء .

- **هل الشيخوخة مرض الموت؟:**

لا تعتبر مرض الموت وإنما هي دور من ادوار الحياة،حتى وان وصل الإنسان إلى سن متقدمة تجعله غير قادر على مباشرة الأعمال المألوفة ، وتبقى تصرفاته تبعا لدلك مثل تصرفات الأصحاء .[12]

نضرا لاعتبار حالة المريض حالة موضوعية فانه لا يمكن حصر الأمراض التي تعد مرض الموت حصرا دقيقا، بل متى تحققت علة التصرف اعتبر التصرف مرض الموت. وهدا ما دهب به الفكر الإسلامي اد الحق بعض من الأصحاء بحكم المريض مرض الموت بالرغم من عدم توافر المرض أصلا .

---

[11] – ا.عامر رشاد، المرجع السابق ص.44

اجتهاد "إن عدم قعود المريض مرض الموت عن قيام بمصالحه وعدم علمه بأنه مريض بمرض خبيث يؤدي إلى الموت وعدم وجود شعور لديه بالخوف من الموت ينفي توفر شروط مرض الموت "

(نقض سوري قرار1388اساس 2674 تاريخ 1980/09/29 التقنين المدني السوري الجزء الخامس 4224)

[12] – احمد عبد الرزاق السنهوري– البيع و المقايضة– المرجع السابق ص315

ولكن يجب على قضاة الموضوع تكييف المرض تكيفا دقيقا للقول انه مرض الموت. حتى يمكن للوارث الطاعن عليه أن يثبت أن التصرف وقع في مرض الموت حتى يستفيد بما هو مقرر له من بطلان تصرفات المريض مرض الموت ، وسريان حكم الوصية التصرف.

**ثالثا : انتهاء المرض بالموت فعلا**

وهو شرط أساسي ولا يكفي أن يصيب المرض شخص يقعده عن عمله ويصيبه بخوف الموت فحسب بل لابد ان يتصل المريض بالموت،وادا أصيب شخص بمرض أقعده وخاف الموت لكنه شفي لا يعتبر مرض الموت و يقع تصرفه صحيحا.

إن الإمراض قد تطول عدة سنوات في الإنسان ، ثم تنتهي بالموت ، وهو ما يحصل في الأمراض المزمنة و القاعدة في معالجة مثل تلك الحالات ، أن المرض هنا لا يعتبر للوهلة الأولى مرض موت ادا طال دون أن يشتد المرض بحيث يطمئن المريض بان المرض قد وقف سيره ، ولم يعد منه خطر ولو كان قد أقعده المرض ما دام لا يعد يغلب فيه خطر الموت الحال.

لكن ادا اشتدي المرض، أصبح يندر بدنو الأجل بعد الاشتداد حتى انتهى بالموت فعلا فانه يعتبر مرض موت من الوقت الذي اشتدي فيه وقبل مرور سنة من اشتداده.

الأصل ما لم ينته المريض بالموت فعلا،يبقى تصرف المريض حكم تصرفه في حال الصحة،حتى ولو أقعده المرض عن قضاء مصالحه وغلبت فيه خشية الموت ،ولا يجوز للوارث الطعن والاعتراض على تصرف المريض ما دام حيا،[13]كان تصرفه حكم الأصحاء ونرى من دلك أن المريض بمرض يقعد عن قضاء، مصالح ويغلب فيه خوف الموت ادا تصرف في ماله أثناء هدا المرض،كان تصرفه معتدا به حال حياته،ولا يجوز للورثة الاعتراض عليه ما دام المريض حيا.فادا انتهى المرض بالموت أو بسبب أخر يتبين عند دلك أن التصرف وقع في مرض الموت،وجاز الطعن فيه على هدا الأساس.

أما ادا شفي المريض، تبين أن التصرف الذي صدر منه لم يقع في مرض الموت،فلا يجوز الطعن فيه بدلك من الورثة،ولكن يجوز لمن صدر منه التصرف نفسه أن يطعن في تصرفه بالغلط في الباعث بان يثبت انه إنما تصرف وهو معتقد انه في مرض الموت،ولو اعتقد انه سيشفى ما كان ليتصرف.وفي هده الحالة يكون التصرف قابلا للإبطال للغلط ويجوز للمتصرف ان يبطله لهدا العيب.

و هناك من الأمراض التي تنتهي بالمريض مرض الموت فعلا رغما امتدادها منها وتلحق بالأصحاء منها :

---

[13]– احمد عبد الرزاق السنهوري–الوسيط في شرح القانون المدني الجديد البيع و المقايضة المرجع السابق، ص 319

**اجتهاد**

"إن مرض الموت هو الذي يعجز فيه الرجل عن رؤية مصالحه الخارجية و يموت قبل مرور السنة فادا امتد مرضه لاكثر من سنة سيكون في حكم الصحيح ما لم تتغير حاله من وقت التغير الى الوفاة مرض الموت ضمن حدود السنة "

(نقض قرار 713 أساس 138 تاريخ 14.05.1978 مجلة المحامون ص 289 لسنة 1978)

- **هل يعتبر مرض السرطان مرض الموت؟.** قضت محكمة الاستئناف المصرية:" مرض السرطان كمرض السل، يجوز أن يظل اكتر من سنة قبل أن يأتي على الحياة المصاب به،وتعتبر زيادته كأنها غبر موجودة فتصرفه خلال هده الفترة كتصرف الصحيح تنفذ في جميع ماله من غير إجازتها من قبل الورثة.."[14]

- **هل مرض السل مرض الموت؟.** دخل المريض مرض الموت في حالة اشتداد واتصل به الموت فعلا، يجعل تصرفاته تقبل الإبطال بين تاريخ المرض و الموت متصلا[15].

إن في ما يخص كذلك عن المرض المزمن نجد أن المشرع الجزائري لو يوضح كثيرا وهدا الشرط سيطرح إشكال حالة الأمراض المزمنة بغرار نضيره المشرع المصري الذي تكلم عن حالة المريض بأمراض المزمنة وأوضح .

- **الأمراض المزمنة و مرض الموت:**

هناك من الأمراض التي تمتد بالمريض ،ومع دلك لابد له كغيره من تصرفات يقوم بها في حياته ،ولو أخدنا بمنطق تقيد تصرفه بعلة مرضه لشلت إرادته ،ومن تما وجبت معامله قانونية لحالته ،فهل تقيد تصرفاته ويخضع لحكم المريض مرض الموت ؟ ،أوهو في حكم الأصحاء ؟.

انه من الاجتهاد الحاصل في الفقه الإسلامي : "انه لا يعتبر مريضا مرض الموت من كان مصابا بمرض مزمن ،إلا ادا اشتدت وطأته وساءت حالته وانتهى بالموت متصلا، فقيل إن العلة ادا امتدت عاما من غير تبدل فان تصرفات المريض بعد السنة كتصرفات الصحيح ،والقول ادا ساءت حالة المريض وغلب هلاكه ابتداء من وقت التغير ،هو في حكم المريض "[16]

وبعض من الفقهاء من قيد مرض الموت بالسنة ، مستدلا دلك بان المريض يموت خلال السنة من اشتداد المرض.

وهناك كذلك من القضاة في أحكام أخرى لم يتقيد بمدة سنة ،وجاءت بعض أحكامه مهتدية لكن خالفتها باختلاف الظروف و ملابسات المرض .فحكم على هدا المرض بأنه يعتبر مرض الموت ولو وقع مند اكتر من سنة قبل الوفاة ادا أخد بالازدياد والشدة حتى الوفاة فعلا.

هده الشروط الثلاثة ادا توافرت في المريض يمكن القول عنه انه مرض الموت ليست إلا مارة مادية على القيام حالة نفسية مؤداها انه مشرف على الموت لا محالة،فأية حالة أخرى مادية غير المريض

---

[14] – ا. عامر رشاد السيد المرجع السابق، ص. 42.

[15] – نفس المرجع السابق، ص. 42.

[16] – د. شفيق طعيمة وآخرون ،التقنين المدني السوري" نصوص قانونية، مذكرات المشروع التمهيدي ،اجتهاد قضائي ،تعليقات فقهية" الجزاء الخامس ،دمشق الطبعة الثانية 1994.ص.351

تجعل الإنسان يعتقد يدنوا اجله يكون من شانه أن تثير هده الحالة بالذات،وتكون لتصرفات المريض مرض الموت ولو انه لم يكن مريضا أصلا.

## المطلب الثالث: أثبات مرض الموت من التصرف

### أولا : مرض الموت واقعة مادية

مرض الموت حالة مرضية يغلب فيها الهلاك على الشخص و يتصل به الموت فعلا ،من شروطه قعود المريض عن قضاء مصالحه، وغلبة الموت فيه، وانتهاء بالموت فعلا ، كل هده الأمور موضوعية تقيم في نفس المريض حالة نفسية بأنه مشرف على الموت ، وان ضبطها يستلزم الوقوف عند هده الضوابط الموضوعية للتدليل على الأمور الذاتية فانه لأجل دلك يسترد شد بهده العلامات عند هده الضوابط الموضوعية للتدليل على الأمور الذاتية .

فانه لأجل دلك يسترد شد بهده العلامات المادية للوقوف على الحالة النفسية للمريض، و التي يعتبر من خلالها في حكم المريض الموت ، ويلحق بدلك من كان في الحالة النفسية للمريض لسبب غير المريض كالمحكوم عليه بالإعدام .[17]

إن مرض الموت بالشروط و الضوابط السالفة الذكر لا يمكن أن يكون إلا واقعة مادية وهده الأخيرة تثبت بكافة طرق الإثبات بما في دلك البينة و القرائن وخاصة شهادات الأطباء المختصين كما تثبت كذلك بشهادة الشهود ودلك بتقصي حياة المريض في أخر أيامه ، ومن أمثلة القرائن التي يستخلص بها صدور التصرف في مرض الموت، أن يكون البيع محررا بخط المشتري ولم يسجل لا قبل وفاة البائع بيومين ، وان يكون العقد قد حرر قبل الوفاة بأيام قليلة ما لم يكن البائع قد مات فجأة [18].

### ثانيا: قاعدة الإثبات لمصلحة الوارث

إن الوارث الذي يطعن في تصرف مورثه بأنه صدر في مرض الموت، يقع عليه عبئ إثبات مرض الموت، ولما كان من المستقر عليه قانونا أن الوارث خلف عام لمورثه ،فانه يتقيد في إثبات التصرف المطعون فيه بما تم بين مورثه والمتصرف أليه،فادا كان المتصرف مكتوب وجب أن يثبت مزاعمه بالكتابة،غير أن إثبات الواقعة المادية لمرض الموت فقط ، دون تاريخ التصرف قرر لمصلحة الوارث الذي يستعمل كافة أدلة الإثبات،

ويقول البعض على أن التصرف مؤرخا تاريخا عرفيا وقد ثبت أن المورث لم يكن فيه مريضا،كان هدا التاريخ العرفي حجة عليهم

---

[17] – ا.رشاد السيد المرجع السابق،ص.41

[18] – فتحي حسن مصطفى– الملكية بالميراث في ضوء الفقه والقضاء منشاة المعارف الإسكندرية 1992.

ولكن لهم أن يثبتوا أن هدا التاريخ قد قدم عمدا لإخفاء أن التصرف قد صدر في مرض الموت وان التاريخ الذي صدر فيه التصرف متأخر عن التاريخ الصوري المذكور في التصرف،ويقع في وقت كان فيه المورث في مرض الموت نفادا اثبتوا دلك أصبحوا من الغير من سريان التصرف في حقهم[19].

وقد أخد المشرع الجزائري بدلك في المادة (2/776) من قانون المدني حيث تنص: " على ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات دلك بجميع الطرق ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد ادا لم يكن هدا التاريخ ثابتا".

كما أعفى المشرع بعد إثبات صدور التصرف في مرض الموت باعتبار أن التصرف برعي، اد نصت المادة ( 3/776) قانون المدني : " ادا اثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف دلك كل هدا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه "

أي أن المشرع قد انشأ قرينة قانونية بسيطة على إن كل تصرف يثبت وقوعه في مرض الموت يكون تبرعا،وبالتالي تسري عليه أحكام الوصية ما لم يثبت المتصرف إليه أن التصرف لم يكن تبرعا بل بمقابل ،وحينئذ لا تسري عليه حكم المادة (776)بل يسري عليه حكم المادة (408)الخاصة بالبيع في مرض الموت .

## المبحث الثاني : إلحاق التصرف مريض مرض الموت بالوصية

إن أي شخص يمكن أن يتصرف في جميع أمواله لمن يريد ، وحرصه على أن لا يتجرد من ماله حال حياته ،فيجوز له أن يبيع او يهب أمواله كلها او قليل منها من غير أن يكون لأحد حق مراجعته او مجرد الاعتراض عليه لأنه إنما يتصرف في خالص حقه.

أما إن احتفظ بأمواله طوال حياته وتصرف فيها كلها او بعضها تصرفا لا ينفد إلا بعد موته،فان هده التصرفات لا يعود عليها منها أي ضرر طالما أنها لن تنفد حال حياته،وإنما يقتصر أثرها على إخراج المال المتصرف فيه من تركته، فيضار الورثة بدلك من دونه.

وهدا هو شان الوصية، لدلك فرض المشرعين في أكثر البلدان قيودا على الحق في الايصاء ، و ادا أراد أي شخص أن يتصرف إلى غيره تبرعا بكل ماله او بما يجاوز عن القدر الجائز الايصاء به، لم يكن له من سبيل إلى دلك إلى أن يهب غيره هدا المال حال حياته ، فتنفد الهبة في حقه أولا نتم في حق ورثته من بعده.

[19] – احمد عبد الرزاق السنهوري– المرجع السابق، ص 322

ولم ير المشرع داعيا لتقيد حق الشخص في التبرع حال حياته ، لأنه قدر حرص المرء على أن لا يجرد نفسه من ماله بالحد من رغبته في التبرع ، طالما بقي له أمل في حياته لا يعرف مداها ، لكنه قدر أيضا أن هدا الحرص يزول متى يشعر الشخص بدنو اجله انتقال أمواله إلى ورثته ، اد تنطلق حينئذ رغبته في إيثار بعض الورثة على البعض الأخر او بعض الناس على ورثته كلهم ،آو بعضهم .

ولدلك رأى المشرع الجزائري أن يفرض على تصرفات المريض مرض الموت قيودا سواء أكانت تبرعا أم بيعا ن كالتي قيد بها الوصية.

و قد نصت المادة 408 من القانون المدني على انه : " ادا باع المريض مرض الموت لوارث، فان البيع لا يكون ناجزا إلا ادا اقره باقي الورثة.

أما ادا تم البيع للغير في نفس الظروف ، فانه يعتبر غير مصادق عليه و من اجل دلك يكون قابلا للإبطال " .

لذا سنقسم بحتنا هدا إلى مطالبين :

المطلب الأول : سبب تقيد المريض مرض الموت

المطلب الثاني : حكم الوصية في مرض الموت

## المطلب الأول : أساس إلحاق حكم تصرفات المريض مرض الموت بالوصية

و اذا كان التصرف الذي يصدر في مرض مقيدا،فسبب التقيد لا يرجع إلى أهلية المريض ولا إلى عيب في إرادته .فالمريض مرض الموت لا يفقد أهليته ، بل ولا تنتقص هده الأهلية،فما دام حيا حافظا لقواه العقلية فانه يبقى متمتعا بأهلية الكاملة إلى آخر لحظة من حياته.[20]

كما ما هو ثابت في الشريعة الإسلامية،أن التصرفات الشخص في مرض موته يختلف حكمها عن تلك التي تقع حال صحته،

وان القانون المدني حال تنظيمه لتصرفات المريض مرض الموت لم يتطرق إليها بالتدقيق ، ولم يبين أساس حكمها،**فما هو سبب تقيد تصرف المريض مرض الموت؟.**

لم يبين المشرع الجزائري سوى بقرينة التصرف في مرض الموت سبب تقيد تصرف مريض مرض الموت، المنصوص عليها في المادة (776) قانون المدني، ولا في أحكام البيع في مرض الموت سبب تقيد تصرف المريض مرض الموت،أهي عارضة في أهليته آو عيب في إرادته؟، بل جاءت نصوص القانون في دلك عامة، سواء في القانون المدني آو في قانون الأسرة،لدلك وجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بموجب أحكام المادة 2/1من القانون المدني،اد القاعدة الشرعية

[20] – ا.رشاد السيد المرجع السابق،ص.59 .

تقضي بعدم نفاد تصرفات المريض مرض الموت الضارة بالورثة وتعطيها حكم الوصية1 ونوضح دلك في .

**أ: تعلق حق الورثة بأموال المريض**

إن اذا تعمقنا في النصوص أي القانون إلا ولنص علة جاء بها، فادا كان القانون المدني جاء دون مذكرة توضيحية له، مختلط بين القانون المصري و الفرنسي مع ترجمة غامضة في الحالة الأخيرة، كما أن أحكام البيع في مرض الموت نقلت عن المشرع المصري.

وكما أن أحكام الفقه الإسلامي قررت "...إن العلة هي بلا ريب منع الضرر الواقع بالوارث من تصرفات المريض، سواء كانت إنشائية او إخبارية حق الورثة من نزول المريض "[21].

فلما كان القانون الجزائري لم يأتي بتفصيل كامل لكل تصرفات المريض مرض الموت،فان القضاء مأمور بتطبيق أحكامه، اجتهادا منه بما هو ثابت في فقه الشريعة الإسلامية من أحكام ،اد أقرت باضطراد أن تقيد تصرفات المريض مرض الموت في الشريعة الإسلامية ليس بسبب عدم أهلية المريض،وعيب في إرادته في دلك ،إنما بعلة المحافظة على حق الورثة ومنع المورث من تفضيل بعضهم على بعض وهو في مرض الموت لان أهلية المريض كاملة مثل أهلية الأصحاء تماما وأهل لتصرف .

المحكمة العليا في قرار لها مؤرخ في1984.07.09 تحت رقم 33719قضت: "... من المقرر فقها و قضاء أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المريض الأخير ادا كان خطيرا، ويجري إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه،فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقواعد الفقهية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي السائد"[22].

ففي القرارات آخرة للمحكمة العليا خالفت هدا القرار محل التوضيح، ودلك في قرار لها مؤرخ في 1986.05.05 تحت رقم 41111 قضت: " من المقرر شرعا و قانونا بانت يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل وان يصدر تصرفه في مرض الموت ،وتعتبر الهبة وصية"[23] .

وعلى هدا الأساس تقيد تصرفات المريض مرض الموت لم تكن إطلاقا بما هو ثابت في الشريعة الإسلامية،وأحكام القضاء متعلقة بعارض في الأهلية آو عيب في الإرادة غير أن بعض التشريعات ومن الفقهاء من قالوا بدلك،فالنسخة الفرنسية لنص المادة 408 من القانون المدني اعتبرته عيب في التراضي (sans consentement)، و من اجل دلك كانت بيوع المريض مرض الموت قابلة للإبطال.

---

[21] – أنور الخطيب،حماية فاقدي الأهلية مطبعة دار الكتب،ص160

[22] –– قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية مؤرخ في1984.07.09 تحت رقم 33719مجلة قضائية عند 3لسنة 1989

[23] – قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية مؤرخ1986.05.05 تحت رقم 41111 غير منشور مشار اليه مبادئ الاجتهاد القضائي المرجع السابق ص 191

**ب: أهلية المريض مرض الموت في الشريعة الإسلامية و القانون**

وبعض الفقهاء راو مرض الموت عارض في الأهلية ومنهم الدكتور شفيق الجراح[24]، أن وفق أسس قانونية ثابتة إن حكم المشرع الفرنسي، وبعض الفقهاء القائل بان مرض الموت عارض بالأهلية القانونية للشخص من غير أسس قانوني ، لدا سنبين أسباب تقيد تصرفات المريض مرض الموت تتعلق بحق الورثة في مال المريض.

كما أن الإنسان دون غيره من سائر المخلوقات هو الذي يكلفه الله بما يترتب عليه صلاح حاله وحاله المجتمع في الدنيا .

1 – من ثابت قانونا انه يعتبر تحت طائلة البطلان المطلق تصرف ناقص الأهلية الضار به محضا،فان كان كذلك وادا سلمنا

المريض مرض الموت ناقص الأهلية فان وصيته للأجنبي باطلة بطلان مطلقا

2– ادا كان تصرف ناقص الأهلية بالتبرع باطل بطلان مطلق فانه لا يحقق لورثة المريض مرض الموت أن يجيزوا تصرفا تبرعيا لمورثهم المريض على أساس أن الإجازة لا تلحق العقد الباطل بطلانا مطلقا لما هو مقرر شرعا وقانونا2[25]

3 – أن ناقص الأهلية يرجع قانونا إلى عارض الأهلية آو عيب في الإرادة ولم يقل في الفقه في الشريعة الإسلامية ، إن المريض مرض الموت به عيب من هده العيوب او عارض عليها.

4 – إن القول بقابلية إبطال تصرف المريض مرض الموت لنقص أهلية يستتبع بالنتيجة إمكانية استعمال حق الإبطال منه فقط على أساس أن قابلية الإبطال يتمسك بها من تقررت لمصلحته ، وان المصلحة انتهت بوفاة المريض موتا فعلا متصلا.[26]

5 – لو كانت تصرفات الدائرة بين النفع والضرر قابلة للإبطال فنه لا يكون إلا لمن شرع الإبطال لمصلحته ،و ادا مات انتهى بموته هدا الحق وصار التصرف صحيحا.

6 – و ادا كان للورثة حق إبطال تصرفه فان حقهم هدا شخصي لم يرثوه عن مورثهم بل أنهم يستعملونه لدفاع عن حقوقهم لا عن حق مورثهم.

## المطلب الثاني: شروط أحكام الوصية على تصرف المريض مرض الموت

بما أن للوصية كاصطلاح شرعي تعريفات متعددة، حيث عرفها البعض بأنها تبرع مضاف إلى ما بعد الموت ،

---

[24] – د.شفيق الجراح،عقد البيع،الطبعة التعاونية،دمشق 1985،ص.83.

[25] –ا عامر رشاد السيد ،المرجع السابق ص 62

[26] – د.عبد المنعم فرج الصدة ،المرجع السابق ص 842

وعرفها الكاساني : "بأنها اسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد الموت " .

وقال الكرخي : " بأنها ما أوجبه الموصي في ماله تطوعا بعد موته أو في مرضه الذي مات فيه [27] " .

كما عرفها ابن عابدين أنها " تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع " وهو اصح التعريفات واشملها باعتبارها تعريفا جامعا مانعا يشمل كل شيء يوصي به شخص بعد وفاته كما يشمل قيام الموصي على أولاده الصغار و رعايتهم.

وكذلك في قانون الأسرة انه لم يبتعد كثيرا عن هده التعريفات في المادة 184 منه حيث نصت على ان :"الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"

ومن هدا تعريف نلاحظ ما يلي:

– إن استعمال المصطلح "تمليك"يجعل هدا التعريف جامعا وشاملا لكل أنواع الوصايا ،سواء كانت واجبة أو مندوبة ،وسواء كانت بالمال أو غيره، فهي بدلك تشمل التمليك ،والإسقاط،وتقرير مرتبات

–إن المقصود بالعبارة "مضاف إلى ما بعد الموت" هو أن الوصية لا تنفد إلا بعد موت الوصي ،وبالتالي يخرج عن هدا التعريف الهبة لان الهبة تمليك بلا عوض في الحال.

– ولان الوصية "تبرع "اخرج الوصايا التي تنبني على بيع أو أبجار لشخص ما ، ودلك باعتبار الوصية تتم بدون عوض باعتباره ما أوجبه الموصي في ماله تطوعا بعد موته.

ومن هده التعريفات على الوصية يتبين لنا من خلال المواد أنها

نصت المادة (1/776) من القانون المدني الجزائري على ما يلي:«كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، و تسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف.»

اعتبر المشرع أن كل تصرف يصدر عن الشخص في مرض الموت يقصد التبرع ايا كانت التسمية التي تعطى له[28] تبرعا مضاف إلى ما بعد الموت وأعطاه حكم الوصية.

فالظاهرة من هده المادة أن العبرة تكون بالقصد أي بالنية وليس بظاهر العقد أو شكله ،على أن تخضع هده المسالة لسلطة التقديرية للقاضي بالنضر في الموضوع.

ونستنتج من نص هذه الفقرة أن التصرف الصادر عن المورث في مرض الموت و يكون مقصودا به التبرع، يعتبره القانون وصية مستترة، و تسري عليه أحكام الوصية، و لذلك فإن مثل هذا التصرف لا ينفذ في حق الورثة إلا باعتباره وصية في حدود الثلث، و لا ينفذ فيما عاد ذلك إلا إذا أجازوه،

---

[27] – محمد ابو زهرة،شرح قانون الوصية .دارالفكر العربي مصر.1988 ،ص 11.

[28] – ا.نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت:الوصية البيع الهبة الوقف الكفالة الإبراء الإقرار الخلع دار الهدى والنشر والتوزيع الجزائر في لسنة 2008 ص 8 .

فالنص إذا عمم، فأعطى حكم الوصية لكل عمل قانوني يصدر في مرض الموت، كالبيع و الهبة و الإقرار و الإبراء ...الخ .

كذلك نص المشرع الجزائري في المادة (2/776)مدني ما يلي : " وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات دلك بجميع الطرق ،ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد ادا لم يكن هدا التاريخ ثابت" وهدا يعني أن القانون المدني الجزائري الحق بالوصية تصرفين قانونيين أعطاهما حكمهما وهما:تصرفات المريض مرض الموت و التصرف لوارت مع الاحتفاظ بالحيازة.منه أن عبء إثبات التصرف في مرض الموت يقع على عاتق الورثة الدين لهم أن يثبتوا دلك بجميع طرق الإثبات بما فيها البينة و القرائن. [29]

ولذلك وجب أن يتوافر التصرف شرطان:

**الشرط الأول:** أن يكون تصرفا صادرا في مرض الموت.

**الشرط الثاني:** أن يكون مقصودا به التبرع.

## الشرط الأول: أن يصدر التصرف من المورث في مرض الموت

من الواضح أن كلمة "تصرف" تتسع للتبرعات و المعاوضات لأنها كلمة عادية، و لذلك فالنص لا يقتصر على البيع، بل يشمل كل تصرف أو عمل قانوني صدر من المورث، و أيا كان هذا التصرف و الاسم الذي أعطي له من أطرافه، و أن يصدر التصرف في مرض الموت وهو المرض الذي يتصل بالموت فعلا، و يقع عبء الإثبات بأن التصرف قد تم أثناء مرض الموت على الورثة، و يقومون بإثبات ذلك بكافة الطرق بما فيها البينة و القرائن، إذ أنهم يثبتون واقعة مادية، فيصبح الإثبات بتقارير الأطباء و بغيرها من الأدلة و القرائن المستخلصة من ظروف المرض، كأن يكون البيع محررا بخط المشتري و لم يحرر إلا قبل وفاة البائع بأيام، و منها أيضا تسجيل العقد تسجيلا يكون البائع قد حرر العقد قبل و فاته بأيام قليلة ما لم يكن قد مات فجأة، ولا مانع أيضا من الطعن في التصرف بأنه صادر في مرض الموت بعد الطعن فيه بالتزوير.

## الشرط الثاني: أن يكون القصد من التصرف هو التبرع:

فقد يحدث العكس و يتضح أن التصرف و إن كان قد صدر عن المورث في مرض الموت، أنه قبض مقابلا لما تصرف، و أكثر ما يقع ذلك في عقد البيع، فإن كان الثمن لا محاباة فيه، فإن البيع ينفذ في حق الورثة، و تسري عليه أحكام عقد البيع، و لكن إذا كان في هذا المقابل محاباة للمتصرف إليه فإن هذا القدر المحابي فيه هو الذي تسري عليه أحكام الوصية.

---

[29]– مرض الموت واقعة مادية يجوز اثباتها بكل طرق الإثبات فينبت بالشهادة الشهود الطبية غير مشكوك في صحتها و سلامتها وشهادات الشهود و بتقصي حالة المريض في أيامه الأخيرة و بالخبرة الفنية في تفصيل هده المسالة يراجع محمودي عبد العزيز/ رد التحاليل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري:التصرف في مرض الموت والتصرف مع الاحتفاظ بالحيازة و المنفعة مدعم بتطبيقات قضائية المرجع السابق ،ص 38-39.

ويلاحظ في هذا الشأن أن المشرع قد أقام قرينة على انه إذا صدر التصرف من المورث في مرض الموت فإنه يعد قد صدر تبرعا، فالإنسان عادة لا يتصرف في مرض موته إلا على سبيل التبرع، لذلك أعفى المشرع الورثة من إثبات تبرعية التصرف، و لكن يقع عبء إثبات التصرف الغير تبرعي على عاتق المتصرف إليه، فيجوز لمن صدر له التصرف أن يدحض هذه القرينة القانونية بأن يثبت انه دفع عوضا للمورث، فإذا أثبت ذلك نفذ التصرف في حق الورثة، أما إذا اثبت العوض و كان في العوض محاباة له، فإن هذا القدر المحابي به هو الذي تسري عليه أحكام الوصية.

ونجد في هذا الجانب بعض القرارات الصادرة عن المحكمة العليا منها مايلي:

القرار الصادر بتاريخ 16 جوان1998 الذي جاء في حيثياته:".....حيث أن المادة 204 من قانون الأسرة نصت على أن الهبة في مرض الموت و الأمراض المخفية تعتبر وصية، إضافة إلى أن مرض الواهب هو حالة مادية ظاهرة لا يمكن إخفاؤها و يجوز إثباتها بشهادة الشهود زيادة على الشهادات الطبية المحتج بها و عليه فالوجه مؤسس، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه و إحالة لنفس المجلس.

وفي قرار أخر: ".....من المقرر قانونا أن اله " .

ولما كان ثابتا- في قضية الحال- أن الواهب كان في مرض الموت بشهادة الموثق و الشهود و الشهادات الطبية.

فإن قضاة الموضوع بقضائهم برفض دعوى الطاعن على أساس أن العقد التوثيقي لا يمكن إبطاله إلا في حالة الطعن بالتزوير مع أن الدعوى كانت ضد التصرف الذي أقامه الواهب و ليس ضد شكلية العقد رغم ثبوت أن الهبة موضوع النزاع كانت في مرض الموت فعلا فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون و عرضوا قرارهم للنقض.

إن أحكام المادة 108 من القانون المدني التي تنص على ما يلي : "ينصرف العقد إلى المتعاقدين و الخلف العام ،ما لم تبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هدا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل دلك مع مراعيات القواعد المتعلقة بالميراث"

ويراد بالخلف العام :الوارث الوصي له يجزئ معين من التركة كالربع أو الثلث [30] ويعطي الدكتور علي علي سليمان تفسيرا لعبارة:"...القواعد المتعلقة بالميراث مع مراعاة..." المحتواة في صدر المادة 108 من القانون المدني السابقة : "...إن القانون أعطاء للورثة حق الطعن في تصرفات مورثهم اد ابرمها وهو في مرض الموت ،فلا تسري في حقهم هده التصرفات اد اثبتوا أنها تمت خلال مرض الموت ،بل تعتبر في حكم الوصية..."[31]

[30] – د.علي علي سليمان،النظرية العامة للالتزام ،المرجع السابق، ص.86

[31] – د. المنعم فرج الصدة ،المرجع السابق ،ص.817.

و يكتسي تاريخ التصرف القانوني الصادر من مورثهم المريض أهمية بالغة بالنسبة إلى تحديد أثار العقد للورثة الدائنين ومصلحة جوهرية للطعن في صحة هدا التاريخ المدون على ورقة.

فمن المقرر قانونا أن للورثة خلفا عاما لورثهم ولا يعتبرون في حكم الغير في تصرفات مورثهم ،وانه تبعا لدلك لا يجوز للمتعاقدين أو خلفهم العام إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة.إلا انه متى صدر التصرف في مرض الموت ،ولهم إثبات دلك بكافة وسائل الإثبات.وكان هدا استثناءا فلا يستطيع تبعا لدلك أن يمس هدا المقدار سواء بالوصية كما ورد بنص المادة 185 من قانون الأسرة،أو بأي تصرف أخر ينطوي على تحايل على نظام الإرث[32].

وبموجب هده القرينة اعتبر المشرع أن أي تصرف قانوني يقع في مرض الموت بقصد التبرع يعتبر مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية ولا يحتج عليهم بالتاريخ الثابت بها خلافا للواقع ،بل وخلافا للقانون بما تقضي به المادة 328 مدني: "...لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه ألا مند أن يكون له تاريخ ثابت..."

و التاريخ الثابت يكون بتسجيله، فقد جاء شرح الإستاد سليمان مرقس على الأشخاص الدين يعتبرون من الغير بأنهم يكتفي منهم التمسك بعدم ثبوت تاريخ المحرر العرفي بوجه رسمي ولا يطالبون بإقامة الدليل على عدم صحته .إلا انه لسريان هدا الحكم لا بد من الورثة الطاعنين أن يثبتوا أن

1 – إثبات أن المورث المنوفي كان في مرض الموت:مرض الموت واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة وسائل الإثبات بما فيها البينة و القرائن ،و يقع عبئ ،دلك على الورثة ، فالبينة على على من ادعى [33]

2 – إثبات أن تاريخ التصرف وقع في مرض الموت:تبعا لشرط الأول لبدا من إثبات تاريخ التصرف وقع فيه للمقارنة بينهما ،فان كان التصرف سابقا عن المرض اعتبر تصرفا صحيحا.أما ادا كان لاحقا في هده الحالة تسري عليه أحكام التصرف التبرعي في مرض الموت.

لكن المشكل يكمن كيف يمكن إثبات تاريخ التصرف ،وما الذي يترتب على ثبوت التاريخ لتحديد موقف الورثة من دلك من الناحية القانونية بشكل أدق ؟ وما بهمنا في دلك هي مسالة التصرف في مرض الموت وتاريخ السند المثبت له بين الوجه الرسمي و العرفي.كما أن المادة 2/776 من القانون المدني تنص: "وعل الورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت،ولهم إثبات دلك بجميع الطرق ،ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد ادا لم يكن هدا التاريخ ثابتا ".

وبمفهوم المخالفة للمادة 2/776 وبما جاء في مضمون العقد وعليه يجب أن نفرق بين.

---

[32] – د.رمضان ابو السعود ،الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ،المرجع السابق ،ص 197

[33] – د.فرج الصدة ،المرجع السابق ،ص.837.

**أ:إثبات التصرف في سند رسمي:** وهو أوسع في المعنى القانوني من العقد الرسمي ،ليشمل الأحكام القضائية و العقود الرسمية

تنص المادة 324 مدني على ما يلي : " العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي او شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من دوي الشأن، ودلك طبقا للإشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه "

في هده المادة أن تاريخ التصرف الذي يكون قد وقع في مرض الموت يثبت في عقد البيع ،الهبة او الوصية .

ولحجية هدا العقد حسب ما نصت به المادة 325مكرر5: " يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة يثبت تزويره" وان العقد ملزم بين طرفيه ولورثتهما ودوي الشأن،"

إن الهبة في الشكل الرسمي بناءا على نص المادة 206 من القانون الأسرة أو ثم الوقف في ذات الشكل بناءا على نص المادة 41 من القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف فان تاريخ التصرف يثبت رسميا

" إن الشكلية الرسمية الشهر لدى المصلحة بالمحافظة العقارية " في جميع التصرفات الواردة على العقار سواء بموجب المادة 12 من الأمر المتعلق بالتوثيق الصادر91/70 الملغى[34], وأمام ثبوت تاريخ السند رسميا،فانه يكون التاريخ ومحتوى التصرف حجة في وجه المتعاقدين وورثتهما ، ولا يمكن دحضه إلا بديل مواز له،أو بدعوى تزوير طبقا للإشكال القانونية المطلوبة والجهات القضائية المختصة.[35]

**ب – إثبات التصرف العرفي:** إن تعريف السند العرفي حسب المادة 327 مدني :" يعتبر العقد صادرا ممن واقعة ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط وإمضاء،أما خلفه فلا يطلب منهم الإنكار ،و يكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء هو لمن تلقوا منه هدا الحق ".

لدا فانه يشترط للورقة العرفية شرطان

**الأول :** يتعلق بالكتابة من مصدرها

**الثانية:** بالإمضاء،ودلك إثباتا لواقعة قانونية ،ويجب إن تكزن موقعة من الشخص المنسوبة إليه يتعلق ولحجية الورقة العرفية فإنها لا تتمتع مثل الورقة الرسمية من حجية لان تحريرها يتم بمعزل عن ضمانات الورقة الرسمية ،وبشروطها تكون حجة على المتعاقدين وورثتهم .

---

[34] –الغى هدا الامر واستحدث قانون التوثيق 88.27 المؤرخ في 12 يوليو 1988،ولم تات به هده المادة كما هي بل بقي النص عليها في القانون المدني. المادة 324 مكرر من القانون المدني.

[35] –مقال ا.شعبان محمد بعنوان :" وجوب تطبيق الظر القانةني على ماهو معمول به واقعيا "مجلة المواثق العدد 4 لاسنة 1998،ص.31.

أما بالنسبة للغير فلا بد من أن تكتسب تاريخا ثابتا لها ،ودلك حسب ما قضت به المادة 328 من القانون المدني بأنه " لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه الا مند ان تكون له تاريخ ثابت و يكون تاريخ العقد ثابتا :

- من يوم تسجيله
- من يوم ثبوت مضمونه في عقد أخر حرره موظف عام
- من يوم وفاة احد الدين لهم على العقد خط وإمضاء...

غير انه يجوز للقاضي تبعا لظروف رفض تطبيق هده الأحكام فيها يتعلق بالمخالصة ".

**ملخص الفصل الأول :**

للشخص الحرية الكاملة أن يتصرف في أمواله بعوض أو بدون عوض.طالما أن التصرف ينتج أثاره حال حياته.و غني عن البيان أن التصرف القانوني الذي يجريه الشخص لا بد من أركان و شروط صحة يلتزم بها المتعاقدان.

إلا أن الحرية قيدتها القوانين الوضعية ، والفقه الإسلامي استثناء لما يتقيد للغير من الحقوق على الشئ لان جل القوانين استمدت من أحكام الشريعة الإسلامية. فكانت دراسة بحتنا هدا أولا في توضيح معنى مرض الموت وهدا حسب ما عرفه الفقه والقانون ثم اجتهاد القضاء.الذي لم يختلف عما سواه في، ذكر الشروط التي تضع حالات التي يتصرف فيها المريض مرض الموت. و إثبات مرض الموت ما هي إلا واقعة مادية . حيت يغلب فيها الهلاك على الشخص ويتصل به الموت فعلا ، كما أن هناك بعض الأمراض تلحق بمريض مرض الموت من الأصحاء. وهؤلاء الدين بهم حالة نفسية لان اعتقادهم يدنوا اجلهم يثير لديهم هده الحالة.فكانت بعض الحالات التي تلحق مريض مرض الموت من الأصحاء.منها ما هو في الإشكالية بالتحاقها بمريض مرض الموت.

إلا إن التصرفات الصادرة في مرض الموت مقيدة وهدا راجع إلى أهلية المريض ولا إلى عيب في إرادته.لكن التصرفات الملحقة بالوصية على ضوء رأي الفقهاء المسلمين واجتهاد المحكمة العليا بأنه دلك المرض الذي يقعد المريض عن قضاء مصالحه.فبينا التصرفات التي تصدر من المورث وكدا التي يكون القصد منها التبرع .

فكانت حوصلة لمجمل بحتنا هدا في الفصل الأول.

# المبحث الثاني

# الآثار المترتبة عن قيام حق الإنتفاع

# الفصل الثاني: خصوصية أحكام عقد البيع في مرض الموت

إن القواعد الخاصة التي وضعها المشرع في نصوص القانون المدني الجزائري:

حيت أن أحكام بيع المريض مرض الموت في المادتين 408 و 409 مدني جزائري 3/776 ،وتطبيق هده القواعد يقتضي أن يثبت أولا عكس القرينة التي نصت عليها المادة بان يكون المتصرف له قد اثبت أن العقد بيع وليس تبرعا.

**أولا:** تنص المادة 408 من القانون المدني الجزائري على انه (إذا باع المريض مرض الموت لوارث، فان البيع لا يكون ناجزا إلا إذا اقره باقي الورثة ،أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فانه يعتبر غير مصادق عليه ومن اجل دلك يكون قابلا للإبطال).

يتبين من المادة 408 أنها عبارة عن تطبيق للقواعد العامة سابقة الذكر حيت إذا لم يقم الدليل على اعتبار التصرف الصادر من المريض مرض الموت ،على انه تبرع ،وإنما بيع ، فالمشرع في هده الحالة يفرق بين أمرين:

**الآمر الأول**– إذا وقع البيع من المريض مرض الموت لأحد الورثة ،فان البيع لا يكون ناجزا إلا في حالة إقراره من باقي الورثة،ومن تم ،إذا لم يقر الورثة البيع بقي الشيء المبيع كعنصر منم عناصر التركة ،و بالتالي ،على لبائع أن يرد الثمن للمشتري الذي يكون قد دفعه كثمن للمبيع[36].

**الآمر الثاني** – إذا وقع البيع للغير من المريض مرض الموت، فان البيع يعتبر غير مصادق عليه،ومن تم ،يكون قابلا للإبطال لمصلحة المريض ،و إذا تقرر البطلان بناء على طلب ممن تقرر البطلان لمصلحته ، على البائع أن يرد الثمن الذي ثبت دفعه للبائع وان يرد المشتري المبيع للبائع.

**ثانيا:** تنص المادة 409 من القانون المدني على انه (لا تسري أحكام المادة 408 على الغير حسن النية إذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع)

يتبين من المادة 409 أن المشرع أراد حماية الغير حسن النية الذي يتعامل مع المشتري وهو يجهل العيب الذي لحق سند سلفه والدي يثمل بعدم نفاد التصرف إلا إذا اقره الورثة البيع وخاصة إذا كان الغير قد كسب حقه بعوض على الشيء المبيع ،ومن تم إذا لم يقر الورثة التصرف الصادر للمشتري ،فان الشيء المبيع يعود إلى التركة محملا بحق الغير (الخلف الخاص)

---

[36] –انظر في هدا السنهوري الوسيط السابق فقرة 54 ص104–انظر بودري وسينا السابق فقرة252–وانظر اوبرى ورو السابق فقرة 351 هامش رقم 17 – بلانيول وربير وهامل السابق 58 – و يمكن أن يلحق بهدا النوع من النيابة،المصفي للتركة أو الشركة.

## المبحث الأول : مفهوم عقد البيع

**قد يلجا المتصرف بالبيع للورثة ويحدث اكتر ما يحدث في مرض الموت،ويقوم بظهور بالبيع حقيقة ساترا التصرف المضاف إلى ما بعد الموت، وقد يخرجه في مظهر صوري، ولكل أحكامه كما سنرى في هدا المبحث الذي نتولاه بتقسيمه أولا فيما يخص تعريف عقد البيع وهدا في المطلب الأول تم في المطلب الثاني خصائص عقد البيع تم تميز البيع عن الوصية وهدا في المطلب الثالث.**

### المطلب الأول : مفهوم عقد البيع

عرف الفقهاء ومنهم الدكتور شفيق الجراح عقد بما يلي" البيع عقد بموجبه يقوم احد الأشخاص و يدعي بائعا بنقل و ضمان ملكية شيء ما او حقا ماليا إلى شخص أخر يدعى مشتري و ذلك بمقابل ثمن نقدي يلتزم المشتري به [37]. و أوردت المادة 351من القانون المدني تعريفا لعقد البيع على النحو الأتي " البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء او حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي ". وعرفته مجلة الأحكام العدلية في المواد "101-403" بأنه عقد يقوم على أساس مبادلة مال بمال "[38] .

### المطلب الثاني : خصائص عقد البيع

**أولا:** يتضح من تعريف عقد البيع انه يتميز بجملة من الخصائص الأساسية والتي هي تمرة تميزه عن العقود الآخرة .

**1 عقد البيع ملزم للجانبين:**

أي يلتزم البائع بنقل الملكية الشيء أو حقا ماليا للمشتري مقابل التزام.

**2-عقد البيع عقد معاوضة :**

فالبائع يأخذ ثمنا مقابل المبيع و المشتري يأخذ المبيع مقابل الثمن ويهدا يخرج البيع عن دائرة التبرعات .

**3 عقد البيع عقد رضائي :**

---

[37] – محمد حسين المرجع السابق ص 14

[38] – مجلة الأحكام العدلية هي تقنين الأحكام المذهب الحنفي

إذ ينعقد بمجرد تراضي المتعاقدين (البائع و المشتري) .ولم يشترط القانون لانعقاده شكلا خاصا .إلا ما استثنى بنص في ما يتعلق بالبيوع العقارية أو بعض المنقولات الخاصة تطبيق النص المادة 324مكررمن القانون المدني و قوانين الشهر العقاري[39].

**4 –عقد ناقل للملكية :**

يرتب في ذمة البائع التزاما بنقل ملكية المبيع أو الحق المالي إلى المشتري.

**5– الثمن النقدي :**

عبارة عن مبلغ نقدي يلتزم المشتري بدفعه للبائع مقابل نقل ملكية الحق المبيع .ويشترط فيه أن يكون نقد. جديا و مقدرا أو قابل للتقدير.

**الشرط الأول أن يكون ثمن النقدي**

يشترط في الثمن أن يكون النقدي.طبقا لنص المادة 351المدني .ولا يشترط فيه أن يكون معجلا بل قد يكون مؤجلا كما قد يكون مقسطا أو إيراد مؤبدا أو لمدى حياة البائع .و لا يصح أن يكون الثمن وراقا مالية كأسهم أو سندات .أما إذا حدد الثمن نقدا ثم اشترط أن يدفع المشتري عينا أو سهما أو سندات كان التصرف بيعا .وهدا باتفاق المتعاقدين.و أن الأوراق التجارية من شيك و سفتجة وسند لأمرا تحل في الوفاء بالثمن.هدا ولا يمكن أن يكون الثمن سباتك ذهبية أو فضة لأنه بدلك نقترب من عقد مقايضة لابيع .

**الشرط الثاني أن يكون جديا**

وفيه تتجه إرادة الطرفين إلى إلزام المشتري باعتباره حقا مقابلا حقيقيا للمبيع ولا يكون الثمن جديا آدا كان صوريا أو تافها أما الثمن البخس فقد ينعقد به العقد [40] تبعا لأهمية ركن الثمن في عقد البيع وفي معرفة تستر البيع أو التصرف من عدمه .و مسالة تكييف العقد بين حالات الهبة والوصية والبيع .فننا نورد بعض الحالات للثمن كما يلي .

**أ: حالة ما إذا كان الثمن صوريا :**

الثمن الصوري هو الثمن المسمى في العقد لكن لا يلتزم به المشتري كان يسمى ثمن ما لبيع عقار لقاصر مع انه لا يدفع لوالده البائع مقابل و يهدا يبطل البيع كبيع . ويكيف التصرف حينئذ هبة مستترة في صورة بيع وهو مناط الحديث في حينه[41] .

---

[39] – محمد حسين المرجع السابق ص 29

[40] –د. احمد عبد الرزاق احمد السنهوري ،المرجع السابق، ص 364.

[41] – من المقرر انه آدا باع شخص لأخر شيئا كعقار مثلا وثبت إن الثمن الذي اثبت في العقدالصوري .إما لإثبات تمن يقل عن الثمن الحقيقي او يزيد عنه .و إما لتثبيت حالة كمورث باع عقارا لابنه ففي هده الحالات وان تحققت الصورية فقد يقع و إن البائع و المشتري قد دونا بالعقد ثمنا يزيد عن الثمن الحقيقي ليثبطا همه الشفيع في استعمال حقه او قصد التهرب من الضرائب و الرسوم .او أن يكون عقد بيع المورث لابنه يخفي هبة او وصية .او تصرفا مضافا لما بعد الموت – أنضر في دلك – د.عبد المجيد ألشواربي و عزا الدين الدينصوري المرجع السابق380

**ب: حالة ما إذا كان الثمن تافها:**

هو الثمن الذي يتناسب إطلاقا مع قيمه الشئ بقيمة مائة دينار وهو في الواقع يقدر بألف دينار .و يهدا يبطل البيع كبيع و يكيف التصرف على انه هبة سافرة لها أحكام خاصة بها تختلف اختلافا كليا عن البيع .

**ج: حالة ما إذا كان الثمن بخسا [42]:**

هو الثمن الذي يقل كثيرا عن الشئ المبيع دون أن يصل إلى قيمة التفاهة في الثمن .فهو بدلك جدي و ينعقد به البيع يجب في كل الحالات السابقة إعمال ملابسات و ظروف التصرف للتدليل على نوعية العقد المقصود من التصرف دون الوقوف عند الثمن المحدد من الطرفين.وهي من مهام القاضي الأصيلة تخضع لمطلق تقديره مع رقابة نوعية في ما خص السبب. و يهدا المعنى يكون الثمن سببا في تعاقد البائع مع المشتري .و يفترض ان يكون سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على دلك فادا قام الدليل على أن المتعاقد التزم لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام .أو لآداب العامة كان العقد باطلا[43]

**ثانيا: أركان عقد البيع:**

من المقرر قانونا أن العقد ينعقد بتوفر إرادتين على أحدات اثر قانوني. و إلى جانب دلك أن يكون للعقد محل وسبب .و يضيف القانون إلى هده الأركان الثلاثة ركن الشكل بالنسبة لبعض الأنواع من العقود كالعقود الواردة على العقار .او بعض المنقولات الخاصة كالمحل التجاري و السفن و الطائرات .آدا انعدم احدها يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا . ويجعل القانون لكل ركن شروطا معينة آدا اختلت اختل الركن[44] و ننظر فيما يلي إلى هده الأركان.

**1 – ركن تراضي :**

التراضي هو تلاقي إرادتين من خلال تطابق إيجاب وقبول .ويجب أن يكون هدا التراضي صحيحا و صادرا من ذي أهلية . وهي بلوغ المتعاقدين السن القانوني 19 سنة كاملة حسب ما نصت المادة 40 من القانون المدني آد تنص : "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقوة العقلية و لم يحجز عليه, يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد

---

[42] – قضت محكمة النقض في حكم لها .لا يشترط ان يكون المقابل في عقد البيع – الثمن –متكافئا .مع قيمة المبيع .بل كل ما يشترط فيه الا يكون تافها . فالثمن البخس يصح مقابلا لالتزامات البائع وادعاها الأخيرة بأنه باع بما دون القيمة على علم منه بدلك تخلص من تعرض الغير له في الأراضي المبيعة و عجزه عن تسليمها لا يكفي لابطال المبيع الا ان يكون قد شاب رضاه إكراه مفسد نقض 1951.08.01 – انظر فى دلك – التعليق على هدا الحكم د.عبد الحميد ألشواربي. و المستشار عزا لدين الدناصوري نفس المرجع .ص 376

[43] – المواد 97–98 من القانون المدني .

[44] –قضت محكمة النقض المصرية . الحكم الذي اعتبر ما ثم بين طرفي الخصومة بيعا يجب أن يكون قد اثبت توافر جميع أركان البيع من تراضي و مبيع وثمن .ولا ينعقد البيع إلا ادا اتفق العاقدان على طبيعة العقد الذي يقصدان إبرامه بحيث يتوافر الإيجاب و القبول على حصول البيع – أنضر في دلك –تعليق د–عبد السيد تناغوا. المرجع السابق ص. 37

19 عشر كاملة"كما انه يلزم إن تكون إرادة المتعاقدان خالية منم عيوب الإرادة وهي : الغلط و التدليس والإكراه والاستغلال[45].

إن جزاء عدم توفر ركن التراضي في عقد البيع هو بطلانا مطلقاُ، بينما يقع قابلا للإبطال العقد الصادر من ناقص الأهلية ومن شاب رضاه عيب من العيوب السابقة الذكر ،وله حق إجازة هدا العقد فيبقى حينها قائما منتجا لأثاره حتى يقضي ببطلانه بحكم قضائي.

**2 ركن المحل( المبيع ):**

تطبيقا لقواعد العامة يجوز ان يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحقق , ويجب أن يكون هدا المحل معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا ، ويشترط أن يكون المحل الالتزام غير مستحل في د ته ، وان لا يخالف النظام العام والآداب العامة.

**3 – ركن السبب:**

يجب أن يكون السبب فيه مشروعا،و يخضع غالى أحكام المواد 97-98 من القانون المدني فيعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالفه ، فادا ادعى بصورية السبب وجب إثبات دلك.

**4 – ركن الشكل:**

عقد البيع كقاعدة عامة رضائي لا يتطلب لإبرامه شكل خاص،إلا انه طبقا للقانون المدني ادا كان محل عقد البيع عقارا فيجب استيفاء ركن الشكل خلافا لتشريعات اخرى كالقانون المصري والفرنسي التي لا تفرق بين العقود سواء كان محلها عقارا او منقولا[46].

## المطلب الثالث : تميز البيع عن الوصية

تبعا لتعريفات المقدمة لعقد البيع وخصائص ،و لتحقيق هدف الدراسة هدا المبحث كان لبدا من التعرض لتميز البيع ،حتى يتسنى معرفة التستر القانوني وإبعاده ،ودلك في النقاط التالية.

**أولا : من حيث التكييف:**

---

[45]– أورد القانون المدني أربع عيوب يمكن أن تشوب الإرادة و تجعل رضاء المتعاقد معيبا لأحدهما و بتالي ناقصا وهي الغلط التدليس الإكراه والاستغلال.

تعريف الغلط l'erreur:الغلط الجوهري هو ما امتنع المتعاقد عن إبرام العقد او لم يقع في هدا الغلط

تعريف التدليسle dol: هو استعمال الطرق الاحتيالية من شائنتا أن تخدع المدلس بهو ــــــــ

تعريف الإكراه contrainte :تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعتها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق تجعله يتعاقد ـــــ

تعريف الاستغلال l'exploitation:هو تفاوت الالتزامات بين المتعاقدان نتيجة استغلال احد المتعاقدان طيش بين او هوى جامح فيالآخر

[46] –د.محمد حسنين المرجع السابق ص 29

البيع عقد ملزم للجانبين يقوم متى التزم احد الطرفين بمنح أو فعل شيء يعتبر معادلا لما يمنح او يقدم له، في حين أن الوصية تعتبر تصرف بإرادة الموصي ، وقد ورد في الفصل 173 من كتاب الخامس من مدونة الأحوال الشخصية المغربية ، إن الوصية عقد يوجب حق في ثلث مال عاقده يلزم بموته.غير أن الإستاد محمد زهدود يرى عدم صحة هدا الاتجاه من حيث التكيف لان الوصية لا تنعقد لتطابق الإيجاب و القبول حتي تسمى عقدا ،بل تنعقد بإرادة الموصي[47] .

**ثانيا: من حيث الأثر:**

عقد البيع هو عقد منجز، أي ينجز أثره في الحال يلتزم بمقتضاه ، البائع بنقل الملكية للمشتري ملكية شيء أو حق مالي أخر، في مقابل ثمن نقدي، في حين أن الوصية هي تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع،دلك أن اثر الوصية ينعدم في الفترة ما بين صدورها من الوصي إلى غاية وفاته ،وعليه يملك الموصي حق الرجوع فيها حال حياته،اد أن الوصية لا تلزم إلا بالوفاة.[48] غير أن عقد البيع قد يشترك مع الوصية وبغد تمليكا مضافا أيضا،ولكن إلى ما بعد المحل اد يمكن أن ينقد البيع لمحل مستقبلي بشرط أن يكون محققا، إلا أن تعامل الإنسان في تركته حال حياته باطل ولو وقع برضاه [49]، ولعل هدف الموضوع ينصب على رد التحايل على أحكام الميراث التي تعد من النظام العام.

**ثالثا: من حيث الأركان:**

البيع يقوم على الأركان الثلاث الرضي ،المحل الثمن إضافة إلى ركن الشكلية آد كان محل البيع عقارا أو حقا عقاريا ،أما الوصية فالركن الوحيد فيها هو الإيجاب و بصدوره تبرم الوصية.

**رابعا: من حيث المقابل:**

البيع لبدا فيه من المقابل و هو الثمن بينما الوصية لاشترط دلك لأنها تبرعية ،أي أن البيع عقد معاوضة و الوصية ليست كذلك.

**خامسا: من حيث الشكل:**

البيع الذي محله عقارا يجب أن يتم وفق الإجراءات القانونية –كما سبق تفصيل دلك – لاسيما إذا انصب على عقار، وفي تكييف الوصية أنها ليست بعقد،وعليه إذا كان محل

---

[47] – ا. زهدود محمد المرجع السابق ،ص –31.

[48] – المواد 184 وما بعدها من قانون الأسرة

[49] –المادة 92 من القانون المدني.

الوصية عقارا و هو في الغالب دوما كذلك فلا يشترط فيها الرسمية ،دلك أن الشكل لا يعد ركنا لانعقاد الوصية ، فالوصية تصرف صادر من جانب واحد دو طابع رضائي.[50]

وتشترك الوصية مع البيع في كونها ينقلان الملكية،و يثور الشبه حينما تتستر الوصية تحت اسم البيع ، ويكون في حالة ما إذا تصرف الشخص في مرض الموت،فغالبا ما يكون دلك بمقصد التحايل على القانون، لأنه وان كانت الوصية مقررة قانونا إلا أن الحرية الايصاء مقيدة بالثلث وما زاد عن دلك توقف على إجازة الورثة،

حيث تنص المادة 189من قانون الأسرة:" تكون الوصية في حدود الثلث ، و ما زاد على الثلث توقف على إجازة الورثة".

فهدا هو دافع الأشخاص إلى التحايل سيما وان واقع التصرف في مرض الموت ، فلنه يعد بيعا صوريا يخفي و صية حقيقية ويكون لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالتصرف الحقيقي، وانه يثبت بجمع الوسائل صورية البيع الذي اضربه وتثور في هده الحالة مسالة التكييف[51].

## المبحث الثاني : القواعد الخاصة البيع في مرض الموت :

يجري المريض مرض الموت تصرفه بالبيع ،و له أحكام خاصة لافتراض شبه انعدام الثمن آو ستره لتصرف تبرعي كوصية أو هيبة ،لاسيما إذا ما تم للوارث فخصه المشرع بأحكام خاصة تختلف عما ورد بقرينة التصرف بالتبرع في مرض الموت، فقد يكون البيع للوارث آو لأجنبي آو يصدر ممن لا وارث له،ولكل هده البيوع أحكام مختلفة لدلك نقسم المبحث إلى مطالبين هي:

المطلب الأول: البيع في مرض الموت للوارث

المطلب الثاني: البيع في مرض الموت لغير الوارث

قبل أن نبين الأحكام المتعلقة ببيع المريض مرض الموت يجب علينا أن نورد ملاحظاتنا على النص المذكور:

1- إن النص في النسخة الفرنسية للتقنين المدني الجزائري أورد شرطا لم يتضمنه النص العربي ،فاشترط أن يتم البيع في فترة حدة واشتداد المرض، في حين أن هدا الشرط لم يقلبه احد فقهاء الشريعة الإسلامية، وهي مصدر حكم البيع في مرض الموت.

---

[50] –د–عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ص.42.

[51] – د. سمير عبد السيد تناغوا، المرجع السابق،ص.6.

2 – إضافة النسخة الفرنسية عبارة لم ترد في النص العربي إذ تقول(يعتبر العقد قد حدث دون رضاء صحيح ).

3 – فرق النص في الحكيم بين البيع لوارث ، و البيع لأجنبي .فجعل صحته في الحالة الأولى متوقفا على إقرار بقية الورثة، أما في الحالة الثانية فجعله قابلا للإبطال إما لأنه غير مصادق عليه كما جاء في النص العربي وإما لعيب في الرضاء كما يقول النص الفرنسي.

نعرض فيما يلي حكم البيع المريض مرض الموت في التقنين المدني الجزائري.تنص المادة 776 من القانون المدني الجزائري على أن ( كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حالة مرض الموت يقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت ، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطي إلى هدا التصرف).

من الفقرة المادة 776 يتبين أن المشرع اعتبر كل التصرفات التي تصدر من شخص وهو في ورض الموت والتي تمت بقصد التبر ع ، تبرعا يضاف إلى ما بعد الوفاة ، وهدا يعني تطبيق أحكام الوصية على هده التصرفات مهما كانت التسمية التي أعطاها المتعاقدان للتصرفات ،وهدا يعني ،أن تبرعات المريض مرض الموت لا يجوز أن تكون قيمتها اكتر من ثلث التركة، أما إذا زادت عن ثلث فإنها تتوقف على إجازة الورثة ،ويهدا تقرر المادة 185 من القانون الأسرة الجزائري على أن(تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة ) و إذا وقعت الوصية لوارث ،فلا تصح ، إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي، ويهدا تقرر المادة 189 من قانون الأسرة على انه (لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي)و يقع على الورثة عبء إثبات وقوع التصرف القانوني من مورثهم أتنا مرض الموت ، و لهم في دلك كافة الطرق ومنها البينة والقرائن ،ولا يجوز الاحتجاج على الورثة بالعقد الصادر من مورثهم إلا إذا كان للعقد تاريخا ثابتا، والعلة في دلك، ترجع إلى اعتبار الوارث في حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من مورثه في مرض الموت إضرارا بحقه المستمد من القانون [52].

ويهدا تقرر المادة (2/776)(وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن ،التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات دلك بجميع الطرق ،ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هدا التاريخ ثابتا). وقد وضع المشرع قرينة على اعتبار التصرف الصادر من المورث في مرض الموت ، انه ثم على سبيل التبرع استطاع الورثة

[52] – ويرجع تقيد المريض مرض الموت في التصرف في أمواله لا لفقدان أهليته ، أو لنقص فيها ، وإنما يرجع إلى تعلق حق المريض بمال المورث بمجرد حصول مرض الموت،ولدلك ،لا يجوز لمورث التصرف الكامل في مال يعتبر في حكم المملوك للورثة –انظر أنور سلطان السابق فقرة 355 ص365

إثبات أن التصرف قد صدر من مورثهم أثناء مرض الموت، إلا أن هده القرينة ضعيفة وليست قاطعة أي يجوز إثبات عكسها، كان يثبت أن العقد معارضة وانه دفع المقابل، فيكون التصرف نافدا في حق الورثة،أما إذا كان اقل مما أخده فان زاد عن قيمة المقابل أي القدر المحابي به حكم الوصية[53].

## المطلب الأول : البيع في مرض الموت للوارث :

تنص من المادة (1/408) من القانون المدني:" إذا باع المريض مرض الموت لوارث فان البيع لا يكون ناجزا إلا إذا اقره باقي الورثة. أما إذا تم البيع للغير وارث في نفس الظروف فانه يعتبر غير مصادق عليه ومن اجل دلك يكون غير قابلا الإبطال ".

فرق المشرع في هده المادة 408 بين صدور البيع للوارث ولغير الوارث ودلك على أساس أحكام الوصية المقررة بموجب المادتين 185-189 قانون الأسرة بخلاف المشرع المصري وكل من حدا حدوه في قبول الوصية للوارث في حدود الثلث،فلم يكن له مبرر في تفصيل ما ورد بالمادة 408 من قانون المدني الجزائري أعلاه[54].

وعلى حكم المادة (1/408)– أعلاه – فان بيع المريض مرض الموت لوارث يكون صحيحا بين عاقديه ،غير انه لا ينفد في حق الورثة إلا إذا اقروه ، والمقصود بالورثة من تثبت لهم الصفة وقت وفاة المريض المورث وليس وقت البيع وفي دلك جاء حكم المادة 477 من القانون المصري صريح:" إذا المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت..." بخلاف نص المادة 408 منم القانون الجزائري،التي تبين بدقة تقدير قيمة المبيع بالنظر إلى التركة المورثة. وبدلك فان الوارث الذي لم تكن له هده الصفة وقت انعقاد البيع ،وتحققت له وقت الوفاة له حق الاعتراض وعدم قبول نفاد البيع الذي أجراه مورثه بقدر حصته،لان صفة الوارث تتحقق بها، وان حقه تعلق بأعيان التركة ومن تم استمد حقه في الطعن.

هدا ورد تحديد صفة الوارث من حيت القانون الواجب التطبيق، يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي تقضي: "... أجازة الوارث للتصرف الصادر من مورثه لا يعد بها إلا إذا حصلت بعد وفاته. دلك لان صفة الوارث التي تخول له حق التركة لا تثبت له إلا بهده

---

[53] – انظر مؤلفنا الوجيز في شرح القانون المدني السابق فقرة25.

[54] – تنص المادة 477 من القانون المدني المصري :"آدا باع المريض مرض الموت .....لا تجاوز ثلث التركة،داخلا فيها المبيع ذاته "

إن هدا النص ورد في المادتين 643-644 من المشروع التمهيدي من القانون المدني المصري ، على وجه يميز بين البيع لوارث ولغير الوارث ،ولكن بعد اجازة الوصية للوارث في حدوح الثلث بدون موافقة الورثة لم يبق للتميز المبين في المادتين السابقتين ، والمعمول به بنص المادة 408 من القانون المدني الجزائري ، د. عبد الرزاق السنهوري . البيع والمقايضة المرجع السابق،ص 309.

الوفاة "[55] ، فالمشرع فرق بين إقرار الورثة للبيع و لم يقل بإجازتهم له وهو مصيب في دلك لان الإجازة تلحق التصرف – العقد –القابل الإبطال وتصدر من أطراف التصرف ولا تلحق العقد الباطل بطلانا مطلقا،فلا تصحيح عليه فهو في حكم العدم،في دلك تنص المادة100 من القانون المدني:" يزول العقد بالجازة الصريحة آو الضمنية و تستند الإجازة إلى تاريخ الذي تم فيه العقد، دون الإخلال بحقوق الغير" [56]، وان الإجازة تكون للقاصر إذا بلغ سن الرشد ولمن عيبت إرادته بغلط آو تدليس آو إكراه آو استغلال حين زوال السبب[57].

و يجب أن نفرق بين إقرار الورثة للبيع أولا و حالة عدم إقرارهم له،حتى يمكن تحديد أثار و أحكام هدا البيع.

**أولا: حالة إقرار وقبول الورثة للبيع**

على ثبوت حق الورثة في الإرث بعد وفاة مورثهم، يمتلكون إقرار البيع من مورثهم حال مرضه، و يشترط لصحة إقرار الورثة زيادة على صدوره بعد الموت ما يشترط لأي تصرف تبرعي أخر فيجب أن يكون الوارث المقر للبيع أهلا للتبرع [58] عاقلا بالغا راشدا،تحت طائلة بطلان إقراره بطلانا مطلقا وعلى دلك لا يصح الإقرار الصادر من الصبي ن أو المجنون أو المحجور عليه ن أو ثبوت حالة مرض موت في المقر نفسه.[59]

– واعتمادا على ما تقدم – فلا عبرة بإقرار الورثة السابق لموت مورثهم ولو دونوه كتابة على أساس أن لاحق لهم مطلقا على مال مورثهم إلا من يوم الوفاة.فادا تم الإقرار بشوطه اعتبر التصرف بالبيع الصادر للوارث في حق باقي الورثة كما لو صدر التصرف من مورثهم في حال صحته[60].

**ثانيا: حالة عدم إقرار الورثة للبيع الصادر للوارث**

إذا كان الورثة يمتلكون إقرار البيع من مورثهم وهو في مرض موته إلى وارث منهم،كان بعضهم أن يجيزه دون الباقي منهم وهم يستعملون خالص حقهم في دلك و يستمدون حقهم من القانون مباشرة حماية لهم في أموال مورثهم من لحظة نزول المرض[61].

---

[55] –ا. عامر رشاد السيد المرجع السابق ،ص.66

[56] – انور العمروسي ،التعليق على القانون المدني المعدل ،الجزاء الثاني ديوان المطبوعات الجامعية الاسكندرية 1983،ص.322

[57] – د. علي علي سليمان ،مصادر الالتزام ،المرجع السابق،ص.82

[58] –ا. عامر رشاد السيد،المرجع السابق،ص.66

[59] – لان تكيف التصرف على انه تبرع طبقا لنص المادة 341القانون المدني .

[60] – د.احمد عبد الرزاق السنهوري،المرجع السابق ،ص.329 وانظر انور العروسي، المرجع السابق ،ص.325

[61] – المحكمة العليا – غرفة الاحوال الشخصية – قراررقم 139123 المؤرخ في 09.07.1996 ،المجلة القضائية العدد لسنة 1996،ص.80.

و بهذا فان البيع ينقض في حق من اقروه فقط و بنسبة أنصبتهم في الميراث، ولا ينفد في حق الآخرين بالنسبة لأنصبتهم أيضا، ولهم أن يرفعوا دعوى ببطلان البيع الذي أجازه مورثهم في مرض موته وعدم نفاده في حقهم بمقدار أنصبتهم و يجب أن يثبتوا حالة المرض ، و لهم في دلك جميع طرق الإثبات بما فيها الشهادة الشهود و دلك يطلب إجراء تحقيق طبقا لما هو مقرر بالمادة " 01/776 – 408 – " من قانون المدني و المواد 61 من قانون الإجراءات المدنية وما بعدها.

## المطلب الثاني: البيع في مرض الموت لغير الوارث:

تبعا للحكم المعمول به في قانون الأسرة ،والدي يفرق بين الوصية للوارث و لغير الوارث،فقرة المادة 408 المتعلقة بالبيع في مرض الموت كدالك،وجاءت الفقرة الثانية من هده المادة تبين أحكام البيع لغير الوارث ونورد أيضا حالة البيع في مرض الموت ممن لا وارث له، وكذلك حماية الغير حسن النية ودلك كالتالي:

### أولا:بيع المريض مرض الموت لغير وارث

تنص المادة 2/408 من القانون المدني: "أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فانه يعتبر غير مضاف عليه ولأجل دلك يكون قابلا للإبطال " و تنص المادة 185 من قانون الأسرة: " تكون الوصية في حدود ثلث التركة نوما زاد على الثلث وتوقف على إجازة الورثة ".جاء حكم المادة 2/408في حالة ما إذا تم البيع لغير الوارث و إذا كان وارثا وقت البيع ثم لم يكن كجلك وقت الوفاة قابلا للإبطال،وجاءت هده الفقرة بحكم غريب لم يعرفه القانون المدني إطلاقا "...غير مصادق عليه..."،ولا ندري أي معنى قانوني يقصد المشرع من دلك،بل أن المشرع وعلى خلاف بعض التشريعات الأخرى كالمصري لم يبين هل أن البيع تم دون ثمن أصلا أو بأقل من قيمة المبيع،أو إذا كان فيه محاباة تجاوز ثلث التركة ولكل أحكام خاصة بها للمقارنة بين قيمة المبيع وتقدير التركة ونسبة إليها [62] ،وعلى دلك لا بد من أن نبين الفرضيات التالية:

#### 1 .التصرف بالبيع دون الثمن أصلا:

[62] – د. احمد عبد الرزاق السنهوري ن ،المرجع السابق ،صن329

الثمن النقدي من الخصائص الأساسية في عقد البيع،ولا يستقيم المعنى القانوني لعقد البيع دون توافر خاصية الثمن طبقا للمادة " 351"منم القانون المدني فادا لم يستطع المشتري أن يثبت دفعة الثمن اعتبر التصرف هبة،وكان لها حكم الوصية في مرض الموت وخضعت في دلك لأحكام الوصية تطبيقا لنص المادة " 204" من قانون الأسرة،والمادة " 776 من قانون المدني. وعلى دلك إذا كانت قيمة المبيع لا تزيد على ثلث التركة داخلا فيها المبيع ذاته، نفد التصرف في حق الورثة دون حاجة لإجازتهم وفيما زادت قيمة المبيع على ثلث التركة داخلا فيها المبيع ،لم تنفد فيها جاوز الثلث،إلا بإجازة الورثة فان لم يجيزوا وجب على المتصرف له أن يرد إلى التركة ما جاوز ثلثها إلى حد تكملة الثلثين فيها من مالا لورثة ،وليس للمورث أن يتصرف فيها بالوصية تطبيقا لقيود طبقا للمادة "185" من قانون الأسرة.

**2.البيع بما لا يقل عن القيمة:**

الثابت قانونا إذا اثبت المشتري انه دفع للبائع ثمنا لا يقل عن قيمة المبيع اعتبر هدا المبيع صحيحا منتجا و نافدا في حق الورثة دون حاجة لإجازتهم، لانتفاء شبه المحباة[63] وهو حكم جل التشريعات العربية،والتي عملت بإحكام الشريعة الإسلامية وهو ليس بحكم القانون المدني الجزائري،الذي جاء حكمه عاما من أن البيع قابلا الأبطال لمصلحة الوارث.

**3.البيع بأقل من القيمة بما لا يجاوز ثلث التركة:**

إذا كان مقدار ما دفعه المشتري ثمنا للمبيع وقت الموت لا يجاوز ثلث التركة داخلا فيها المبيع نفسه، كان من المفروض أن يكون البيع صحيحا نافدا في حق الورثة دون الحاجة لإجازتهم،لان هدا يعتبر وصية لغير وارث فتأخذ حكمها،حيث يجوز الايصاء لغير الوارث في حدود الثلث،لكن بما أن التصرف تم في شكل بيع فيخضع لمنوط المادة 2/408 ولأجل دلك يكون قابلا للإبطال.

**ثانيا:البيع لمن لا ورث له**

إن مبنى فكرة بطلان تصرفات مرض الموت ليست بإحكام الأهلية ولا الحجر عليه، وإنما الثابت فقها أنها تتعلق بحق الورثة في الميراث ورجحان شبه الشك و الريبة في المريض ،ومن ثم فان تصرفات المريض في هده الحالة تعتبر صحيحة ولو تناولت جميع ماله ن بشرط ألا يكون دينه مستغرقا لأمواله[64] .

---

[63] – د.شفيقب الجراح،المرجع السابق،ص.84

[64] – د.فرج الصدة ،المرجع السابق ، ص 837وايضا د.عبد الرزاق السنهوري . الجزء الرابع ،المرجع السابق ،صن329

**ثالثا: حماية الغير حسن النية في بيع المريض مرض الموت**

قد يكسب المتصرف إليه حقا عينيا على المال المتصرف به من طرف المورث و قد يقع أن يقوم بشهره و يطمئن إلى ذلك، كما يقع أن يتصرف مشتري المبيع من المريض مرض الموت إلى آخر بالبيع أو أن يرتب له حقا عينيا عليه ،كمكن لو باعه من شخص ثالث أو رهنه لديه،و غالبا ما تمضي فترة قصيرة بين صدور البيع في مرض الموت و بين وفاة المتصرف ،فباستعمال حق الورثة المتضررين في الإبطال يتهدد مركز الغير ،و من ثم استقرار للتعامل و تحقيقا للمصالح و جب حماية هذا الغير ،و ذلك بإعمال أحكام قانونية تحقق ذلك .لقد ظهر أن تطبيق حكم المادة 408من القانون المدني السابقة يوجب عدم نفاذ البيع في حق الورثة يجوز ثلث التركة ,فإذا لم يقر الورثة التصرف بالبيع ،و استعملوا حقهم في أن يستردوا من المشتري القدر المحابي به الذي الورثة التصرف بالبيع ،و استعملوا حقهم في أن يستردوا من المشتري القدر المحابي به الذي يجاوز ثلث التركة وقت الوفاة ، كان لهم استرداد و لو من الغير الذي تلقى ملكية المشتري و على هذا يضار الغير بتطبيق أحكام المادة 408من القانون المدني الجزائري الخاصة بالبيع في مرض الموت ،و يحدث أن يكون الغير حسن النية و تلقي المبيع بعوض ، فإن تطبيق هذا النص السابق من شأنه إلحاق بلغ الضرر به و لكن العدالة تستلزم حماية هذا الغير من الضرر الذي يصيبه من جراء تطبيق هذه القواعد و بذلك عنيت المادة 408من القانون المدني بذلك والتي تنص :" لا تسري أحكام المادة 408على الغير حسن النية ، إذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع ". و نتطرق إلى تفصيل المطلب إلى :

**الفرع الأول :شروط تمسك الغير بالحماية القانونية المقررة بالمادة 409 ق م**

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

**الشرط الأول :يجب أن يكون الغير قد كسب حقه بعوض:**

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

حتى يستفيد الغير من الحماية المقررة بموجب المادة أعلاه ،يجب أن يكون اكتسابه للمبيع بعوض و إلا فإن الورثة أولى بالحماية لاتسام المبيع فترة مرض الموت بالشك

والريبة[65] فإذا كان عقارا وجب أن يوثق و يشهر و يلحق بهذا التصرف جميع التصرفات الواردة على العقار طبقا لما هو مكرس في القانون المدني و الإجراءات التي تدير الشهر العقاري ،فمتى تخلفت الشكلية في هذا البيع و لم يشهر المتصرف إليه الثاني أو الثالث العقار لم يستفد من هذه الحماية ، إذ أن ورثة البائع يعتبرون من الغير في التصرفات التي يبرمنها المشتي[66] ، و إن كان حقا عينيا تابعيا فلا بد من قيد هذا الحق طبقا للمادة 409 مدني .

و يرى البعض انه اذا كان المتصرف له قد تصرف في العين معاوضة لا تبرعا بان باعها مثلا من شخص اخر فان الورثة لا يستطيعون تتبع العين في يد المشتري اذا كان حسن النية .

**الشرط الثاني :يجب أن يكون الغير حسن النية :**

تبعا لنص المادة 409 السابقة فإنها تشترط حسن النية المتصرف إليه الثاني الذي لا يعلم تلك المحاباة الواقعة بين بائعه وبين المريض ،و العلم يجب أن يكون عند الشراء، فلا يكفي أن يكون بعده ،وبدلك لا سبيل للورثة لإبطال حق المكتسب.

## الفرع الثاني : أحكام هذه الحماية

بتوفر الشروط الموضوعية لحماية الغير يجب مع دلك أن يكون هناك موازنة بين نتائج تطبيق المادة 409 مدني و الضرر الحاصل بالورثة مستعملي حق الإبطال المقرر لهم قانونا،و يهدا تطرح مسالة مصير الورثة. أن حق الورثة في العقد عندما يكون الغير سيء النية بحيث يعلم انه يتعامل مع المريض مرض الموت ،وفق ملابسات وقرائن ثابتة وما عدا دلك فلا سبيل لهم عليه في وجه الحماية المكسوبة بموجب المادة 409 من القانون المدني ،غير أن الورثة محميين في وجه المشتري الأول - من المريض – من خلال عدم إجازة البيع و إبطاله[67].

[65] – د سمير تناغو راح،المرجع السابق ص 62

[66] – السيد خلف محمد ، قضاة النقض في الملكية ، منشاة المعرف بالاسكندرية الطبعة الاولى 1989،ص239

[67] - - د. شفيق الجراح،المرجع السابق ص 88

## ملخص الفصل الثاني

تناولنا في هدا الفصل خصوصية أحكام عقد البيع في مرض الموت،التي يلجا إليها المتصرف بالبيع للمورث، فمن فقهاء من يعرف العقد البيع بنقل البائع مع ضمان المالكية شيء ما أو حقا ماليا إلى شخص آخر يدعى المشتري،ودلك بمقابل ثمن نقدي .

ومن خصائص الأساسية التي تميزه عن العقود ، ما هو ملزم للجانبين ، وما هو معاوضة ، و ما هو رضائي ،إضافة إلى انه ناقل للملكية، مقابل ثمن نقدي.كما أن عقد البيع لا يكون إلا بالرضاء ومحل وسبب و الشكل وكانت هده من أركانه .

و من تميزه عن الوصية انه عقد منجز ، أي ينجز أثره في الحال ، بينما الوصية هي تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع ، فكانت تصرفات التي يجريها المريض مرض الموت في البيع ، لها أحكام خاصة ، فخصه المشرع بإحكام تختلف عما ورد بقرينة التصرف بالتبرع في مرض الموت، فقد يكون للوارث أو لا أجنبي أو يصدر ممن لا وارث له،

إن حماية القانون للغير حسن النية،على الشيء المبيع في مرض الموت،وهدا ادا كسب حقا بعوض وهدا ما نصت عليه المادة 409 ق م أما ادا كانت غير دلك فإنها لا تسري وهدا ما نصت به المادة 408 ق م.

# الخاتمة

## الخاتمة :

في الأخير إن بحتنا هدا في مرض الموت وأحكامه لا بد من معرفة أهم نتائج والملاحظات وكذا المقترحات ويتمثل هدا في :

- في إن أغلبية التشريعات لم تهتم بوضع تعريف أو تحديد ضوابط لمرض الموت تاركا القضاء يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في قراراته .

- ذهب الرأي الراجح إلى عدم صواب القول بوقوع مرض الموت إلا اذا اجتمعت الشروط التالية:

ا- أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه وهدا الشرط منتقدا الاخد بالعوارض والأوصاف و الإمارات المتمثلة في عجز المريض عن قضاء مصالحه لا تصلح مقياسا لوقوع مرض الموت وذلك لأنها تختلف باختلاف الشخص قوة وضعف.

ب- أن يغلب في ذلك المرض وقوع الموت ومن تم شعور المريض يدنوا الأجل أو بعبارة أخرى توقع المريض وقوع الموت وهذا يعني بالنتيجة أن يكون المرض مخوفا ،و يرجع هذا إلى الخبرة الطبية والكثير يذهب إلى أن هذا المقياس هو الأصلح .

ج – أن ينتهي مرض الموت بالموت فعلا خلال مدة محددة ،ان يعقبه المرض الموت ويكون متصلا به سواء أكان الموت بسبب ظاهرا أم بسبب أخر.

- إن وضع الفقهاء الشريعة الإسلامية الأمراض من حيت اتصالها بالموت إلى أمراض مخيفة وغير ذلك أما الأمراض المزمنة فحكمها حكم الصحة إلا ادا اشتدت وخيف الهلاك يصبح المريض بها مرض الموت إن اتصلت بالموت فعلا وقد حدد بعض الفقهاء مدة سنة ليكون المريض بها مخوفا وبجدر الإشارة أن الشيخوخة ليست مرض موت وإنما هي إحدى الأدوار الطبيعية التي يمر بها الإنسان في حياته.

- هناك حالات خاصة كثيرة تشبه بمرض الموت ولكنها ليست من مرض الموت في الشيء سواء إن الهلاك يكون غالبا فيها والموت يعاقبها مباشرة فضلا عما يكون عليه المرض من حالة نفسية واعتقاده بدنو الأجل.ولهدا فقد ألحقت هده الحالات بمرض الموت وأعطيت حكمه وتتضح هده الحالات وتميز مرض الموت مما يشتبه به منها حالة المقاتل في ساحة القتال وحالة المحكوم عليه بالإعدام عندما يقاد لإعدامه وحالة وقوع وباء أو مرض فتاك يقطف الأرواح و غيرها من الحالات التي لا يقل فيها توقع الموت في حالة مرض المخوف.

- إن مرض الموت واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات في ذلك البينة و القرائن و يعتبر الوارث خلفا عاما وليس غيرا بالنسبة إلى الورقة العرفية في الإثبات وحجية تاريخها الذي يطعن فيها بصدورها في مرض الموت .

– يشترط لصحة الوارث لتصرف المريض مرض الموت أن تقع الإجازة على ممن يكون أهلا لها من الورثة بعد موت المريض المورث ، وادا أجاز بعض الورثة دون البعض الأخر نفد التصرف في القدر المحابي أو في التبرع في حق من أجاز من الورثة بنسبة حصة كل منهم من الميراث ولا ينفد في حق الباقين وللإجازة اثر رجعي ادا كانت إجازة المجيز في مرض الموت قد نفذت في الثلث من حصته في الميراث.

– إن تصرفات المريض مرض الموت إما أن تكون منجزة أو مضافة إلى ما بعد الموت و المنجزة إما أن تكون تصرفات منطوية على محباه متمثلة في الوصية والبيع ..الخ

– أن لتصرفات المريض مرض الموت حكما عاما يتمثل أن كل تصرف ناقل للملكية يصدر من هدا المريض ويكون إما في المحاباة أو التبرع فهو مضاف إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية .

في الأخير يمكن القول أن مرض الموت لم ينل قسطه الكافي من البحث أو التفصيل باستثناء ما كتب في البيع و هدا ما ألزم إصدار تشريع يستمد من الفقه الإسلامي و يحدد بشكل صريح وواضح حقيقة مرض الموت .

إلى جانب هدا اخترنا مقترحات في الخاتمة :

– أن يمتنع عن تحديد مدة مرض الموت بسنة واحدة ودلك لان هدا أمر لا يقره الواقع ولا يتماشى مع التطور العلمي الهائل الذي حصل في مجال الطب .

أن يعتمد الرأي المختص في تحديد مرض الموت هم الأطباء أهل الخبرة في دلك اد ينبغي تعرض على تقارير طبية وخاصة إن التطور العلمي قد جعل الكثير من الأمراض المخوفة سابقا أمراضا بسيطة لا يغلب معها الهلاك .

# قائمة المراجع

# قائمـــة المراجـــع


**المصادر الرسمية :**

**أولا:النصوص القانونية و التنظيمية :**

1 -الأمر رقم 75 – 58 المؤرخ 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، و المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو2007.

2 -قانون رقم 84-11 المؤرخ09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو1984 يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم .

**ثانيا:المـــــــراجع الفقهية :**

1- حمدي باشا عمر .عقود التبرعات (الهبة .الوصية.الوقف)دار هومة لطباعة و النشر الطبعة 2004 صنف 5/134 .

2- د.خليل احمد حسن قدادة .الوجيز في شرح قانون المدني الجزائري عقد البيع الجزاء الرابع ديوان المطبوعات الجامعية.

3- ا.شيخ نسيمه.أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة.الوصية.الوقف)دراسة قانونية مدعمة بالحكام الفقهية والاجتهاد القضائي دار هومة لطباعة و النشر و التوزيع الجزائر صنف 5/422 الإيداع القانوني 5672./2012.

4- محمد حسنين عقد بيع في القانون المدني الجزائري ديوان المطبوعات الجامعية

5 – د.محمد صبري ألسعيدي .الواضح في قائمة المراجع :

شرح قانون المدني عقد بيع و المقايضة .دراسة مقارنة في القوانين العربية دار هدى عين مليلة الجزائر.

6 – محمودي عبد العزيز التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري التصرف في مرض الموت والتصرف مع الاحتفاظ بالحيازة والمنفعة مدعم بتطبيقات قضائية سحب وتوزيع قصر الكتاب البليدة الجزائر لرقم الإيداع القانوني 2006/1313.إصدار 2006 .

7- ا.نبيل صقر تصرفات المريض مرض الموت(الوصية البيع الوقف الكفالة الإبراء الإقرار الخلع الطلاق) موسوعة الفكر القانوني دار الهدى عين مليلة الجزائر .

8- .عبد الرزاق احمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ( 3).العقود التي تقع على الملكية البيع و المقايضة الطبعة الثالثة الجديدة منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان 2000

**الفهرس**

**كلمة تشكر**

**إهــداء**

**المقدمة**

**الفصل الأول:حكم العام و تصرفات مرض الموت.....03**

**المبحث الأول:مفهوم مرض الموت.....04**

**المطلب الأول: تعريف مرض الموت.....05**

**المطلب الثاني: شروط مرض الموت .....07**

**المطلب الثالث: إثبات مرض الموت.....11**

**المبحث الثاني: إلحاق التصرف مريض مرض الموت بالوصية.....12**

**المطلب الأول:أساس حكم تصرفات المريض مرض الموت بالوصية.....13**

**المطلب الثاني:شروط أحكام الوصية على تصرف المريض مرض الموت.....15**

**ملخص الفصل الأول.....21**

**الفصل الثاني خصوصية أحكام عقد البيع في مرض الموت .....22**

**المبحث الأول: مفهوم عقد البيع .....23**

**المطلب الأول :تعريف عقد البيع.....23**

**المطلب الثاني:خصائص عقد البيع.....23**

**المطلب الثالث:تمييز البيع عن الوصية:.....27**

**المبحث الثاني : القواعد الخاصة للبيع في مرض الموت.....29**

**المطلب الأول: حكم البيع في مرض الموت للوارث.....30**

**المطلب الثاني: حكم البيع في مرض الموت لغير الوارث.....33**

**ملخص الفصل الثاني..... 37**

**الخاتمة.....38**

**قائمة المراجع .....40**

**الفهرس.....41**