

جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان - الجزائر

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

المخبر المتوسطي للدراسات القانونية



# أحكام تصرفات المريض مرض الموت في البيع والتبرعات

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق

تخصص: القانون الخاص

تحت إشراف

د. بوخاتم أسية

من إعداد الطالبة

لعوج خديجة

## أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ	أ.د تشوار الجليلي
مشرفا ومقررا	جامعة تلمسان	أستاذة محاضرة "أ"	د.. بوخاتم أسية
مناقشا	جامعة تلمسان	أستاذة	أ.د. حميدو زكية
مناقشا	المركز الجامعي مغنية	أستاذ	أ.د. نعوم مراد

السنة الجامعية: 2021-2022



# شكر وعرفان

الحمد لله الذي أنار لنا درب العلم والمعرفة وأعاننا على أداء هذا الواجب ووفقنا لإنجاز

هذا العمل .

شكري الخالص للأستاذة المشرفة الدكتورة "بوخاتم أسية" على ما قدمته لي من نصائح

وتوجيهات علمية ومنهجية .

إمتناني موصول للأستاذ "تشوار جيلالي" على ترأس لجنة المناقشة، بمعية الأساتذة

المناقشين الأفاضل لهم جميعا فائق الاحترام والتقدير دون إغفال الأساتذة "حميدو

زكية" والأستاذ "نعوم مراد" .

وأشكر الأستاذ "الصهب عبد القادر" على توجيهه وتدقيقه اللغوي .

وأشكر كل من ساعدني في إنجاز هذا العمل من قريب أو بعيد .

لعوج خمر بجة

# إلى من

إلى من كلفه الله بالهيبة والوقار إلى من علمني العطاء دون إنتظار، إلى من أحمل إسمه بكل افتخار والدي العزيز " عبد الرحمان وجيلالي " .

إلى ملاذي في الحياة، إلى معنى الحب والحنان والتقاني، إلى بسمة الحياة وسر الوجود ورسمت، ومازالت، ترسم البسمة على وجهي في أصعب الأوقات . ومن كان دعاؤها سر نجاحي وحنانها بلسم جراحي إلى أغلى الحبايب أمي الحبيبة " عتيقة وجهيدة " . إلى الشمعة الموقدة التي تدير ظلمة حياتي، إلى من بوجودها أكتسب قوة ومحبة لا حدود لهما إلى من عرفت معها معنى الحياة إنبتي " تسنيم عواطف " .

إلى الذي صبر عليَّ شهورا طويلا كنت فيها معتكفة على البحث والدراسة فتحمل هجر الليالي ومدافعة الأيام، زوجي الغالي، فهو السند والعون .

إلى إخوتي وأخواتي من العائلتين .

إلى كل أفراد عائلتي كبيرا أو صغيرا

إلى زملائي وزميلاتي .

لعوج خمر بجمعة

## قائمة أهم المختصرات

### Liste des principales abréviations

أولا: باللغة العربية

ج: جزء

ج.ر: الجريدة الرسمية

د.د.ن: دون دار نشر

د.س.ن: دون سنة نشر

ص: صفحة

ط: طبعة

ع: عدد

غ.أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية

غ.ع: الغرفة العقارية

غ.م: الغرفة المدنية

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري

م.ق: المجلة القضائية

مج: مجلد

م.م.ع: مجلة المحكمة العليا

ثانيا: باللغة الفرنسية

art : article

c.c.Q : code civil du Québec

LG.D.J :Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence

op.cit : ouvrage précédemment cité

p : page.

# مقدمة

جاءت الشريعة الإسلامية كي تعالج كل قضايا المسلمين، وكل نازلة تنزل بهم توجد لها حكما، وقد خلق الله الإنسان، وميزه عن سائر المخلوقات بالعقل وتصرف فيه، والأصل أن يتمتع بالأهلية الكاملة بعد بلوغ سن معين، وهو حر في استغلال واستعمال ملكه كله أو جزئه، وبتصرفات عوضيه وتبرعية، ولا يحق لأحد الاعتراض عليها، إلا أن هذا الإنسان الحر العاقل لا يبقى على حاله، فقد يتعرض لعارض من عوارض الأهلية كالجنون، والسفه، فيحجر عليه، أو لمرض الموت الذي يلزم صاحبه حتى يقضي عليه ويؤثر على حالته النفسية والاجتماعية.

والمريض مرض الموت عندما يشعر بدنو أجله قد يقوم بتصرفات قد تضر بالورثة والدائنين، فالأصل أن الإنسان يملك الصلاحية التامة لممارسة جميع التصرفات القانونية سواء كانت بعوض أو بغير عوض ما دام أهلا لها، غير أن مرضا قد يصيبه فيقعده عن قضاء حاجاته ومتابعة أعماله وممتلكاته، فيتصرف بأمواله وصية أو هبة أو وقفا بطريقة لا يقدم فيها على هذا التصرف لو لم يكن مريضا بالخروج على أحكامها بمحابة بعض الورثة أو تفضيل بعضهم على بعض، أو وصية لأجنبي بما يفوق الحد الجائز شرعا. وقد يسرف في ذلك، فيتضرر من تصرفه من تعلق حقه بهذه الأموال. فهناك حالات فجائية يتعرض لها الإنسان يصبح معها كأنه مريض مرض الموت، إذ يتصرف خلالها تصرفات قانونية تنطوي على محابة قد تضر بالورثة والدائنين، ولذلك فإن القانون قد سارع إلى حماية الورثة والدائنين من هذه التصرفات وأخضعها لأحكام تصرفات المريض مرض الموت<sup>1</sup>.

وقد عكف المشرع الجزائري على وضع بعض القواعد القانونية المدنية الأحكام المستمدة من مبادئ الشريعة الإسلامية، وذلك باعتبار أن الشريعة تحتل مركزا هاما في القانون المدني الجزائري بإعتبارها أولى المصادر الرسمية الاحتياطية وفق نص المادة الأولى منه<sup>2</sup> هذا من جهة، وبإعتبارها مصدرا ماديا لبعض أحكامه من جهة أخرى، فهي بذلك المادة الأولية لعدد النصوص القانون.

1: عيسى خليل خير الله، تصرفات الصحيح التي هي حكم تصرفات المريض مرض الموت، دراسة مقارنة، مجلة العلوم الإسلامية، م 21، 1440هـ-2019م، ص.477.

2: المادة الأولى: "يسري القانون على جميع المسائل التي تناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها.

وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد بمقتضى العرف. فإذا لم يوجد بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

ولكن اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريفهم لمرض الموت، فقد عرفه الحنفية على أنه: "المرض الذي يغلب فيه الهلاك، ويعجز معه المريض عن إقامة مصالحه خارج البيت، إذا كان من الذكور، كعجز الفقيه عن الإتيان إلى المسجد، وعجز السوقي عن الإتيان إلى دكانه. ويعجز عن إقامة مصالحه داخل البيت، إذا كان من الإناث، فلو قدرت على الطبخ دون صعود السطح، لم تكن مريضة، ويموت على ذلك المرض قبل مرور سنة، ما لم يتغير حاله"<sup>1</sup>. أما المالكية فقد عرفوه بأنه: "المرض المخوف، الذي حكم أهل الطب بكثرة الموت به، ولو لم يغلب"<sup>2</sup>.

وعرفه الشافعية بأنه: "المرض المخوف الذي إتصل به الموت، ولا يشترط في كونه مخوفاً غلبة حصول الموت بل عدم ندرته"<sup>3</sup>. أما الحنابلة فلقد عرفوا مرض الموت بأنه: "المرض المخوف، أي ما يكثر حصول الموت منه، وإتصل به الموت. وليس معنى المرض المخوف الذي يغلب على الظن الموت منه، أو يتساوى في الظن جانب البقاء والموت، لأن ضرب المخاض من الأمراض المخوفة، وليس الهلاك غالباً ولا مساوياً للسلامة، وإنما الغرض أن يكون سبباً صالحاً للموت، فيضاف إليه ويجوز حدوثه عنده"<sup>4</sup>.

وإنطلاقاً من هذه التعاريف الفقهية، فإن جمهور الفقهاء يرى أن مرض الموت هو المرض الذي مات فيه المقرر أو الموصي مطلقاً، وبالتالي لا يمكن أن ندلي بأن المرض هو مرض الموت إلا إذا تحققت فيه واقعة الوفاة فعلاً.

أما بالرجوع إلى التشريع الجزائري، فنجد أنه لم يعرف مرض الموت سواء في القانون المدني أو في قانون الأسرة، لكن عرفه القضاء الجزائري في العديد من قراراته التي جاءت مخالفة

1: ابن عابدين، رد المختار على الدار المختار شرح التنوير الأبصار، دراسة وتحقيق وتعليق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، قرظه محمد بكر إسماعيل، ج05، عالم الكتب، القاهرة، 1423هـ-2003م، ص.3-6.

2: الخرشي محمد بن عبد الله، من شرح المحقق الجهد الفاضل المدقق سيدي أبي عبد الله الخرشي على مختصر الجليل، ج05، ط02، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1317هـ، ص.304؛ عليش محمد، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، ج06، ط01، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1404هـ-1984م، ص.128؛ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوق على الشرح الكبير، ج03، دار أحياء الكتب العربية، مصر، د.س.ن، ص.306.

3: شمس الدين محمد أحمد (المشهور بالشافعي الصغير)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج06، ومعه حاشية أبي ضياء نور الدين علي بن علي الشيراملي القاهري، حاشية أحمد بن عبد الرازق بن محمد بن أحمد المعروف بالمغزي الرشيد، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، د.س.ن، ص.61.

4: منصور بن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج04، عالم الكتب، بيروت، لبنان، 1046هـ، ص.323.



لمفهوم مرض الموت المنصوص في أحكام الشريعة الإسلامية، حيث ربطه القضاء بأحكام الأهلية، وهذا يخالف أحكام مرض الموت التي جاءت في خدمة الورثة هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن الأمر لا يتعلق بأحكام الأهلية وإنما مرض الموت مجرد ضعف يعتري المريض فيحس بدنو أجله، وبذلك لا يرقى إلى اعتباره مساسا بالتمييز ولا بوعي الشخص.

ولقد صدر عن المحكمة العليا قرار يقضي بأنه: "بينما عقد الهبة المحرر لفائدة المدعى عليهم في الطعن تم يوم 12-09-1996 قبل وفاة الواهبة بشهر واحد وثلاثة وعشرون يوما عن عمر يناهز 90 عاما وهي في حالة مرض أهلك قواها وأقعدها وأثر على مداركها العقلية وأدى إلى وفاتها تحققت بذلك علاقة السببية بين المرض والموت..."<sup>1</sup>.

ونجد قرار آخر يقضي بأنه: "...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 خوف الموت المريض، ويعجز هذا الأخير على رؤية مصالحه في إجراء أي تصرف"<sup>2</sup>.

فلاحظ أن القضاء الجزائري لم يقيم بتحديد مرض الموت بمدة معينة، كما فعل فقهاء الشريعة الإسلامية الذين قاموا بتحديد مدة مرض الموت بسنة كاملة، فإذا تجاوزت السنة فلا يعتبر مرض موت فتصرفاته تعتبر كتصرفات الشخص الصحيح، ويرجع ذلك لكون الإنسان كثير التعرض لمختلف الأمراض الخطيرة التي تؤدي إلى الموت فعلا، بالرغم من أنه قد تتجاوز مدته سنة<sup>3</sup>.

أما عن التعاريف المعاصرة للفقهاء القانونيين، فعرفه مصطفى أحمد الزرقا بأنه: "المرض الذي يعجز الرجل عن أعماله المعتادة وقضاء حاجاته خارج المنزل، كالحرفة والوظيفة والمهنة، وتعجز المرأة عن القيام بأعمالها المعتادة داخل المنزل، من طبخ وتنظيف وترتيب، ويغلب فيه الهلاك

1: المحكمة العليا، غ.أ.ش، 18-04-2001، ملف رقم 260066، غير منشور؛ منقولاً عن فطيمة نساخ، المرجع السابق، ص.10

2: المحكمة العليا، غ.أ.ش، 22-02-2000، ملف رقم 237858، م.ق، ع.01، 2003، ص.200.

3: إيمان معمري، مدى تأثير أهلية المريض مرض الموت على عقود التبرعات، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مج 11، ع 01، أفريل 2020، ص.655.

كمرض السرطان، الإيدز، ونزيف الدماغ، ويتصل بالموت دون أن يستمر سنة كاملة على حال من غير إزدياد"<sup>1</sup>.

أما إباد محمد جاد الحق فعرف مرض الموت أنه: "ما لا يتعجب من صدور الموت منه ولو لم يكن غالباً<sup>2</sup>، أما عزت كمال فقد عرفه أنه: "هو الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجاً عن داره إن كان من الذكور وعن رؤية مصالحه داخل داره إذا كان من الإناث، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء كان صاحب فراش أو لم يكن وإن إمتد مرضه ومضت سنة وهو على حال واحدة كان في حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله ولكن إذا اشتد مرضه وتغير حاله ومات قبل مضي سنة يعد حالة مرض الموت إعتباراً من وقت التغيير إلى الوفاة مرض موت"<sup>3</sup>.

وبالرغم من إختلاف هذه التعريفات في عباراتها وتضارب ظواهرها، إلا أن هذا الإختلاف إنما يدور حول الأمارات والأوصاف الظاهرة التي يتبين بها مرض الموت، ولكن المعنى المقصود في مرض الموت هو أن يكون المريض في حال يغلب فيها الهلاك ويتوقعه وتكون تصرفاته لخوف الموت المرتقب، ويؤخذ مما تقدم أن هناك شروطاً ثلاثة لاعتبار المرض مرض موت من شأنها أن تقيم في نفس المريض حالة نفسية هي أن أجله قد دنا، وأنه مشرف على الموت.

وقد صدر عن المحكمة العليا قرار يقضي بما يلي: "لكن حيث أنه لا يشترط لإعتبار المرض مرض الموت، أن يؤثر المرض على سلامة إدراك المريض أو ينقص من أهليته للتصرف، إذ من المعلوم بالضرورة أن مرض الموت الذي يقيد تصرفات المريض، حدد له الفقه والقضاء شروطاً ثلاثة وهي: أن يقعد المرض صاحبه على قضاء مصالحه، وأن يغلب فيه الموت، وينتهي بالموت فعلاً، وهذه العلامات مجتمعة، وهي أمور موضوعية من شأنها أن تقيم في نفس المريض حالة الشعور بأنه مشرف على الموت، وأنه يكفي بهذه العلامات المادية ليستخلص منها القضاة

1: مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام (الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد)، ج2، ط06، دار الفكر، القاهرة، 1992، ص.804؛ حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، مرض الموت وأثره على عقد البيع، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2011، ص.100.

2: إباد محمد جاد الحق، هبة المريض مرض الموت في مجلة الأحكام العدلية، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة جامعة الإسلامية، سلسلة الدراسات الإسلامية، مج 19، ع02، يونيو 2011، ص.524.

3: عزت كامل، الوجيز في تصرفات المريض مرض الموت، دراسة فقهية قضائية معلقة عليها بآراء الفقهاء وأحدث أحكام محكمة النقض، دار الفكر القانوني، القاهرة، 2010، ص.77.

أن المريض وهو يتصرف كانت تقوم به حالة نفسية هي أن أجله قد دنى، فيفسر تصرفه على ضوء هذه الحالة، ولا حاجة بعد ذلك إلى البحث في خفايا نفس المريض، لمعرفة ما إذا كان مميزاً، أو غير مميز، لأن البحث عسير إن لم يكن متعذراً<sup>1</sup>. كما نجد في قرار آخر: "... أما ما يعيبه الطاعن على القرار المطعون فيه، ليس في محله، ذلك 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، وأن يغلب فيه الموت، وأن ينتهي بالموت، وقد تأكدوا من توافر الشروط الثلاثة"<sup>2</sup>.

إذن شروط مرض الموت حسب القضاء الجزائري هي:

**1: أن يقعد المريض عن قضاء مصالحه المعتادة:** حيث يجب أن يجعل المريض عاجزاً عن قضاء مصالحه المألوفة والعادية التي يستطيع الأصحاء عادة مباشرتها، فإن كانت من الإناث فتقعدتها عن قضاء مهامها المنزلية، وإن كانت من الذكور فيصبح عاجزاً عن مباشرة مهنته أو وظيفته خارجاً، ومع ذلك يبقى عاجزاً عن قضاء مصالحه<sup>3</sup>، وليس من الضروري أيضاً أن يكون المريض طريح الفراش<sup>4</sup>.

**2: أن يغلب في المريض خوف الموت:** فلا يكفي أن يقعد المريض عن قضاء مصالحه، بل يجب أيضاً أن يغلب فيه الخوف فيكون مرضاً خطيراً من الأمراض التي تنتهي عادة بالموت، أو يكون مرضاً بدأ بسيطاً ثم تطور حتى أصبحت حالة المريض سيئة يخشى عليه فيها الموت<sup>5</sup>، ويجب أن يكون هناك اتصال زمني بين المرض والموت، فيموت المريض قبل أن يشفى من مرضه ولو كان موته بسبب آخر غير ذلك المرض، كأن يقتل خلال مرضه أو يحترق المستشفى الذي كان يعالج

1: المحكمة العليا، غ.م، 02-02-2005، ملف رقم 284738، نشرة القضاة، 2008، ع63، ص.114.

2: المحكمة العليا، غ.أ.ش، 23-11-2003، ملف رقم 312593، م.م.ع، ع02، 2008، ص.240.

3: مازن مصباح مصباح، الهبة في مرض الموت، دراسة مقارنة، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإسلامية)، مج19، ع02، جوان 2011، ص.671.

4: الحسين بلحساني، البيع والكراء وفقاً للقواعد العامة والتشريعات الخاصة، مطبعة الجسور، وجدة، 2001، ص.87.

5: محمود أحمد تقية، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003، ص.119.

فيه أو يصاب بمرض آخر يموت منه<sup>1</sup>. وبذلك فإن مرض الموت لا يعتبر كذلك إلا إذا أعقبته الوفاة.

**3: أن ينتهي المرض بالموت فعلا:** وهو شرط أساسي ولا يكفي أن يصيب مرض شخص يقعه عن عمله ويصيبه بخوف الموت فحسب بل لا بد أن يتصل المرض بالموت<sup>2</sup>، ويمكن أن يعقب الموت المريض مباشرة، بحيث لا يفصل بينهما فترة صحة، وهذا سواء كان الموت بسبب المرض نفسه أو سبب آخر، كالحريق أو الغرق، فإذا تصرف شخص في ماله أثناء مرضه أقعده عن قضاء مصالحه، وغلب فيه خوف الموت كان تصرفه معتدا به حال حياته، فإذا إنتهى الموت جاز الطعن فيه على أساس أنه صدر من مريض مرض الموت، أما إذا برئ كان حكم تصرفه حكم تصرف الأصحاء<sup>3</sup>، ولا يجوز للورثة الاعتراض عليه ما دام المريض حيا، ولكن يجوز لمن صدر منه التصرف نفسه أن يطعن في تصرفه بالغلط في الباعث ويثبت أنه تصرف وهو معتقد أنه في مرض الموت، ولو إعتقد أنه سيشفى ما كان ليتصرف ففي هذه الحالة يكون التصرف قابلا للإبطال للغلط ويجوز للمتصرف أن يبطله لهذا العيب.

أما إذا إنتهى بمرض آخر هو الذي أفضى إلى الموت ولم يكن المرض الأول مرض موت تبين من ذلك أن التصرف وقع في مرض الموت وجاز الطعن فيه على هذا الأساس.

ويشترط فقهاء الشريعة الإسلامية وفاة المريض قبل سنة من بدء المرض، وإذا تجاوزت هذه المدة فلا يعتبر مرض الموت ولو كان المرض من الأمراض المزمنة، لأن القاعدة أن هذه الأمراض لا تعتبر مرض الموت للوهلة الأولى إذا طالت دون أن تشتد ولكن إذا اشتدت وساءت حالة المريض وانتهت بالموت فعلا فيعتبر مرض الموت من الوقت المشتد حتى ولو بقي مشتدا أكثر من سنة<sup>4</sup>.

1: محمد وهيب العلمي، بيع المريض مرض الموت وأثر الأتمية على صحة العقد، مجلة القصر، أبحاث ودراسات، ع12، سبتمبر، 2005، ص. 173.

2: نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص. 15.

3: زهدود محمد، الوصية في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991، ص. 131.

4: سارة محمد زايد، تصرفات المريض مرض الموت، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشارقة، 2020/2019،

وقد اعتبرت فكرة مرض الموت فكرة مرنة متطورة تختلف من زمان إلى آخر، وفقا لتغيرات العصر وما يواكبه من اكتشافات طبية مختلفة، حيث توجد أمراض يغلب فيها الخوف من الموت، ولكنها لا تعجز المريض عن مزاولة أعماله المعتادة، وعليه فإن المعيار في تحديد وجود مرض الموت من عدمه هو معيار شخصي يتمثل بنشأة الاعتقاد لدى المريض بدنو الأجل من عدمه و لا يهم إن كان هذا الشخص شيخا أم شابا<sup>1</sup>.

وذكر فقهاء الشريعة الإسلامية عدة أحوال تقوم مقام المرض، ومنهم الأصحاء الذين هم في حالة نفسية تجعلهم يشعرون بدنو أجلهم، وإن كانوا سالمين في بدنهم، وتكون تصرفاتهم مثل تصرفات المريض مرض الموت.

**كحالة المقاتل في الحرب**، حيث اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول حالة المقاتل في الحرب، فذهب كل من الشافعية<sup>2</sup> والحنفية<sup>3</sup>، إلى اعتبار إختلاط الطائفتين في القتال يكون الشخص في حكم المريض مرض الموت لأنه يتربق الموت<sup>4</sup>، أما فقهاء الحنابلة<sup>5</sup> فقد وافقوا على الرأي الأول، إلا أنهم فرقوا بين المنتصر والمنهزم، فالشخص الذي يكون في الفرقة المنتصرة لا يلحق بالمريض مرض الموت لأنها ليست حالة خوف<sup>6</sup>، أما المالكية فاعتبروا كل مقاتل في الحرب مريض مرض الموت لوجود خوف الموت غير أن الأشخاص الذين وكلوا الأعمال غير قتالية فلا يعتبرون من مرضى مرض الموت<sup>7</sup>.

1: حمارة نزيهة، لشب حورية، تحول تصرفات المريض مرض الموت إلى وصية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، مج 20، ع 02، 2020/12/31، ص.741.

2: شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج03، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، 1377هـ-1958م، ص.52.

3: ابن عابدين، رد المحتال على الدار المختار، ج03، ط03، مطبعة الأميرية ببولاق، القاهرة، 1323هـ، ص.385.

4: يحيى بن شرف النوري، روضة الطالبين، ج05، دار عالم الكتب، لبنان، 2003، ص.122.

5: موفق الدين بن قدامة، المغني، ج06، مطبعة الإمام، مصر، د.س.ن، ص.509.

6: عبد الرحمان بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي الحنبلي، القواعد، ط1، مطبعة صدق الخيرية، مصر، 1993، ص.32.

7: أبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج02، دار الكتب العلمية، لبنان، 1998، ص.511.

## حالة الحكم بالإعدام:

تعتبر حالة المحكوم بالإعدام هي حالة خوف، فالشخص الذي يخرج لساحة الإعدام لإماتته وإزهاق روحه يعد مريضاً بمرض الموت، وذلك لأن حالته المعنوية في تلك الفترة تكون منهارة لإقباله على الهلاك<sup>1</sup>، أي أنه يكون في حكم المريض في لحظة إخباره بتنفيذ الحكم عليه وإلى حين إتمام عملية التنفيذ وحصول الموت فعلاً، ويعد كذلك إن مات أثناء أخذه إلى مكان التنفيذ، إذ سيغلب في ظنه الموت على الحياة، بينما يكون في حكم الصحيح كلما بقي داخل السجن دون إخباره بوقت تنفيذ الحكم عليه، وكذلك إن لم تتم عملية تنفيذ حكم الإعدام بنجاح لسبب ما؛ لزوال شعور خطر الموت عنه.

## حالة غرق الشخص في السفينة:

ففي حالة غرق الشخص في السفينة إذا كان البحر ساكناً فليس بخوف، وإن تموج وإضطرب، وهبت الرياح، وخيف الغرق فهو مخوف، لأن السفينة معرضة للغرق، فيكون الأشخاص بداخلها معرضين للخطر، وتكون تصرفاتهم تصرفات المريض بمرض الموت. أما إذا هاج البحر ثم هدأ، ومن ثم عاد هاج من جديد، يصبح حكمه حكم تصرفات المريض الذي برأ من مرضه<sup>2</sup>.

ويستدل مما تقدم أنه إذا كان الشخص يحسن السباحة واقترب من اليابسة وغلب على ظنه الموت فإنه يكون في حكم المريض بمرض الموت، كما أن راكب الطائرة أو السفينة الفضائية يلحق بالمريض بمرض الموت، إذا حصل فيهما خلل، ومن هذه اللحظة وإلى حين وصولهما إلى الأرض، لأن الغالب على حالتهما الموت، وأما إذا لم يحصل لهما خلل، فحكم ركبتهما في حكم الصحيح، لأن الغالب على حالتهما السلامة<sup>3</sup>.

1: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد 01، البيع والمقايضة، دار التراث العربي، لبنان، د.س.ن، ص.321. ص.321.

2: محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، ج06، المطبعة العالمية، القاهرة، 1950، ص.250.

3: عبد المنعم خليل إبراهيم الهبتي، أحكام المريض في فقه العبادات وقضايا الأسرة، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة بغداد، 1996، ص.128.

## الشيخوخة:

على الرغم من أن الشيخوخة لا تعد من أمراض الموت حقيقة، فإنه يمكن إلحاقها بمرض الموت حكماً، إذا حاول المصاب بالشيخوخة إلحاق الضرر بدائنيه أو ورثته من خلال إجراءات تصرفات تنقص من حقوقهم المالية، فهنا يرد القصد السيئ عليه، وذلك بمنعه من إجراء التصرف الضار، حفاظاً على حقوق الدائنين والورثة؛ لأن الشخص الطاعن في السن كلما تقدم في العمر، كلما شعر بدنو أجله. وبالرجوع إلى القانون الفرنسي نجد أن المشرع قد أوجب حماية قانونية للشخص المتقدم في العمر، فنص على أنه عندما تصاب القدرات الجسدية بتلف نتيجة الضعف والشيخوخة، إلى درجة عجز الإنسان عن الكلام، فمن مصلحته أن يخضع لأحد أنظمة الحماية المنصوص عليها في القانون، وهذا ما لا نجد في التشريع الجزائري، بالإضافة إلى ذلك، نجد أن محكمة النقض المصرية قضت بأن الضعف الشيخوخي لا يعد مرض الموت، لأن الشيخوخة حالة طبيعية تلازم الإنسان عند تقدمه في العمر، وقد تستمر لعدة سنوات، من دون أن يعجز صاحبه، عن إدارة أعماله<sup>1</sup>، وهذا ما قضت به كذلك محكمة التمييز العراقية<sup>2</sup>. وهذه بعض الحالات التي ألحق الفقهاء بعض الأشخاص الذين وصلت حالتهم النفسية إلى الحالة تلك المماثلة للمريض مرض الموت، إذ صار يخاف عليهم من موت فيها، فجعلوا تصرفاتهم في تلك المدة كتصرفات المريض مرض الموت وإن كانوا غير مصابين بالمرض فعلاً، في حين هناك أمراض مخوفة يغلب فيها الموت، ومنها الأمراض المزمنة، والتي تختلف فيما بينها من حيث طبيعة المرض ومدى خطورته على حياة المصاب به.

لقد نصت المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري على أن: "الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية"، إن الحالات المخيفة قد ألحقت بمرض الموت، رغم غياب الإجتهد القضائي في تحديد الحالات المخيفة، ومثال ذلك السرطان<sup>3</sup> الذي يمكن اعتباره

1: محكمة النقض المصرية، 07-12-1936، ملف رقم 265، المحاماة 17، نقلاً عن محمد كامل مرسي، الوصية وتصرفات المريض مرض الموت، المطبعة العالمية، القاهرة، 1950، ص.147.

2: محكمة التمييز العراقية، 03-11-1975، ملف رقم 1338، مدنية الثانية 75، مجموعة الأحكام العدلية، ع04، ص.06، 1975، ص.54.

3: ورم سوداوي يبدأ مثل اللوزة وأصغر، فإذا كبر ظهر عليه عروق حمراء، خضراء، شبيه بأرجل السرطان؛ الفيروز أبدي، مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، ج02، دار الجليل بيروت، د.س.ن، ص.377.

حالة مخيفة، فالسرطان هو "إنقسام ونمو خلايا فقدت قدرتها على الإستجابة للضوابط الطبيعية للتحكم بهذه الخاصية"<sup>1</sup>، فهو إسم يطلق على مجموعة من الأمراض التي تشمل ما يزيد عن مئة مرض، قد تصيب أيا من نسج الجسم، وتتصف بسرعة تكاثر الخلايا على نحو غير منتظم، يظهر على شكل ورم يغزو نسيج العضو المصاب، وإذا لم يوضع حد لتكاثر هذه الخلايا ونموها، فإنما قد تغزو النسيج المجاورة وتلفها، ثم تنتشر عن طريق الأوعية اللمفاوية<sup>2</sup> والأوعية الدموية إلى أجزاء متعددة من الجسم مثل الرئتين، والكبد، والعظام وغيرها<sup>3</sup>.

وفي قرار صادر عن المحكمة العليا جاء فيه مايلي: "حيث أن مرض الموت هو المرض الذي يغلب فيه هلاك المريض، بحيث يشعر بدنو أجله، وينتهي بوفاته، وتقدير ذلك هي مسألة واقع تخضع لتقدير قاضي الموضوع، على القضاة بيان نوع المرض، وهل كان الهلاك فيه غالبا وقت التصرف. وقد ذكر قضاة المجلس أن الهالك كان قبل وفاته يعاني من مرض السرطان ومرض الزهايمر، وأنه توفي بعد أن بقي مدة تحت الإنعاش، كما أثبتته لديهم الشهادات الطبية المرفقة بالملف، وأنه توفي بعد أربعة أشهر من إبرام عقد الهبة، مما إستنتجوا منه أنه كان وقت التصرف في مرض الموت"<sup>4</sup>.

وفي قرار آخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 24-09-1996 جاء بما يلي: "حيث بالرجوع إلى أوراق الدعوى، تبين أن الواهب مات بمرض السرطان بعد خمسة أشهر من الهبة التي صدرت منه. حيث أن المرض الذي يبطل التصرف، هو المرض الأخير إذا كان خطيرا، ويجر إلى الموت، وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه"

كما قضت في ذلك محكمة الإستئناف المصرية: "أن مرض السرطان كمرض السل، يجوز أن يظل أكثر من سنة قبل أن يأتي على حياة المصاب به، وتعتبر زيادته كأنها غير موجودة،

1: محمد محمد المفتي، أورام وجراحة الثدي، ط01، الدار الجماهيرية، ليبيا، 1428هـ، ص.36.

2: اللمفا: هو سائل عديم اللون تقريبا تنتجه أنسجة الجسم، وهو يقوم بدور الوسيط الذي يتم خلاله عملية إختلاط الدم بخلايا الجسم فالدم بمعزل عن الجسم، والخلايا بجدارها الرقيق بمعزل عن الإختلاط المباشر بالدم؛ (محمد الراوي، موسوعة جسم الإنسان، ط01، دار أسامة للنشر والتوزيع، عمان، 2000، ص.221.

3: صالح حسين أبو زيد، الأمراض الحديثة وأثرها على إستمرار الحياة الزوجية في الفقه الإسلامي، ط01، دار الثقافة، عمان، 1433هـ-2012م، ص.149.

4: المحكمة العليا، غ.م، 18-06-2008، ملف رقم 418962، م.ق، ع10، 2010، ص.294.



فتصرفه خلال هذه الفترة كتصرف الصحيح تنفذ في جميع ما له من غير إجازتها من قبل الورثة"<sup>1</sup>.

فمرض السرطان كمرض السل<sup>2</sup>، فيعتبر السل وفقا لرأي الأطباء، من الأمراض التي تؤدي إلى الهلاك عند إشتداده، كما أنه من الأمراض المزمنة، لا يلزم في إعتبره مرض الموت، أن يقعد صاحبه عن قضاء حوائجه، بل المعتبر في كونه مرض الموت أن يخاف منه الهلاك، وأن لا يمتد لسنة فأكثر، مع إستمراره بحالة واحدة سواء أقعده عن قضاء حوائجه أم لم يقعده، وإن تجاوزت السنة فلا يعتبر مرض الموت.

مرض الإيدز: كلمة الإيدز (AIDS) هي عبارة عن الأحرف الأولى التي يتكون منها اسم المرض باللغة الإنجليزية وهو: (Acquired Immuno Deficiency Syndrome) ويعني بالعربية "مرض نقص المناعة المكتسبة" إذ يحصل نقص وقصور يزداد حدة مع الوقت في الوسائل الدفاعية التي أودعها الله في جسم الإنسان لتدافع عنه، فيقع فريسة سهلة لكل الجراثيم، ويصاب بالعديد من العلل التي تؤدي في النهاية بحياته<sup>3</sup>. إذ يعجز المريض كلياً عن قضاء مصالحه، لإصابته بالإلتهابات في الغدة، والأورام السرطانية، والإعتلال الدماغى والعصبى، إضافة لكونه من الأمراض التي يتحقق به الموت دائماً، كونه يتلف جهاز المناعة في الجسم، وإن كان العلم قد نجح في إيجاد طرق ميسرة للسيطرة المبدئية عليه، إلا أن فائدة ذلك تبقى قليلة، ما دام العلم قاصراً عن إيجاد علاج وتطعيم واق من هذا الفيروس<sup>4</sup>. وقد أصدر مجمع الفقه الإسلامى في دورة المؤتمر التاسع المنعقد بدولة الإمارات العربية المتحدة في أبي ظبي قراراً يقضى بأن مرض نقص المناعة المكتسبة

1: محكمة الإستئناف، 1 جوان 1917، المجموعة 09، رقم 10، ص. 229؛ نقلاً عن عبد الحكيم فودة، النظام القانونى لحماية الورثة من الوصايا المستترة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2006، ص. 44.

2: يعرف مرض السل: بأنه مرض مزمن ومعد يصاب به الشخص نتيجة العدوى ببكتيريا والتي عادة ما تستقر في الرئة، عبد الرؤوف على المناعة، سلسلة الأمراض يمكن منعها باللقحات، السل، منظمة المجتمع العلمى العربى، 08 ماس 2021، على الساعة 2:29، ص. 01، على الموقع: [www.arsco.org](http://www.arsco.org)، تم الإطلاع عليها يوم 2022/03/03، على الساعة 16:02.

3: عبد الحميد القضاة، الأمراض الجنسية المعدية عقوبة إلهية، ط 01، دار طيبة، بريطانيا، 1985، ص. 93.

4: البديرات محمد أحمد، مدى إعتبر الإيدز مرض الموت وتأثيره في تصرفات المريض فى القانون الأردنى والفقه الإسلامى، دراسة مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية، مج 22، ع 01، 2006، ص. 68-69.

(الإيدز) يعد مرض الموت شرعا إذا إكتملت أعراضه، وأقعد المريض عن ممارسة الحياة العادية، واتصل به الموت<sup>1</sup>.

وعليه، فإن مرض فقدان المناعة المكتسبة (الإيدز)، يعد أحد أمراض الموت في عصرنا الحالي كما هو ثابت طبييا، خاصة وأن الهلاك به حاصل عند اشتداد المرض<sup>2</sup>.

- **مرض الكلوي المزمن:** وهو فقدان التدريجي لوظائف الكلى على مدى شهور أو سنوات، وقد صدر قرار عن مجلس قضاء البليدة، حيث جاء فيه ما يلي: "يتبين من ملف الدعوى والوثائق المرفقة به لا سيما الملف الطبي أن الواهبة كانت تعاني من داء الكلى وأن مرضها هذا في مرحلته الأخيرة، حيث أنه الواهبة ماتت قبل مرور 10 أشهر، حيث أنه وعملا بالمادة 204 من قانون الأسرة الجزائري" الهبة في مرض الموت، والأمراض المخيفة تعتبر وصية...".

حسب هذا القرار فإن مرض الكلى من الأمراض المزمنة، فتصرفات صاحبه تكون صحيحة إذا طال المرض أكثر من سنة، وإذا لم تتجاوز السنة تعتبر تصرفاته في حكم تصرفات المريض مرض الموت، فالواهبة في هذا القرار قد ماتت في أقل من سنة من مرضها، إذن هبتها تأخذ حكم الوصية طبقا لنص المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري.

وقد ظهر **كوفيد 19** من الصين أواخر 2019، وانتقل إلى غالبية الدول بشكل كبير لدرجة لم تعد الدول قادرة على السيطرة عليه، نتيجة الإصابة المتسارعة والوفيات اليومية، وقد أدرجت منظمة الصحة العالمية<sup>3</sup> هذا الفيروس على أنه حالة طارئة للصحة العمومية، وسبب إهتبار

1: منظمة التعاون الإسلامي، مجمع الفقه الإسلامي الدولي: قرار بشأن مرض نقص المناعة المكتسبة (الإيدز) والأحكام الفقهية المتعلقة به، قرار رقم 94، الصادر في 01-06-1995، صادر عن مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره التاسع بأبو ظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة، المنعقد من 1-6 ذي القعدة 1415هـ، الموافق لـ 1-6 نيسان (أفريل) 1995م؛ نقلا عن وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الحدود والجنايات، ج07، دار الفكر العربي، دمشق، 1997، ص.5256.

2: أبو هرييد، عاطف محمد، أثر مرض الإيدز على الزوجية وما يتعلق به من أحكام، كلية الشريعة والقانون، غزة، فلسطين، 2006، ص.11.

3: تعتبر منظمة الصحة العالمية أحد أهم الوكالات المتخصصة التابعة للأمم المتحدة، التي تعمل على تقديم المساعدات التقنية للدول، وتزويدهم بالخدمات والتسهيلات للتخلص من الأوبئة والأمراض، ولا أحد ينكر الدور الذي تقوم به في مكافحة فيروس كوفيد 19 من خلال نشر التوعية الصحية والوقاية والعمل على تعزيز التعاون الدولي في مكافحة هذا المرض؛ (أحمد حسن محمد، منظمة الصحة العالمية ودورها في مكافحة فيروس كورونا المستجد، مجلة الندوة للدراسات القانونية، قارة وليد، قسنطينة، الجزائر، ع09، عدد خاص، (فيروس كورونا- كوفيد19)، 2020، ص.39).

للمنظومة الصحية لمعظم الدول<sup>1</sup>. فأجمع أغلبية الأطباء المختصين في العلوم الطبية بأن جائحة كورونا يخشى على صاحبها الوفاة، خاصة لإرتفاع نسبة الوفيات في كل أرجاء العالم، والتي تواصل الدول فرض إجراءات الصحية والأمنية الصارمة، في محاولة إحتواء الفيروس القاتل<sup>2</sup>.

وعليه، فإنه من الثابت بإجماع مجموعة من أهل الطب والإختصاص أن الإصابة بوباء كورونا يعد مرضا مخوفا وتصنيفه ضمن قائمة وخانة الأمراض الخطيرة، وتؤدي غالبا بصاحبها إلى الوفاة<sup>3</sup>، وبالتالي يجعل الشخص غير قادر على قضاء مصالحه، فلا شك أنه مرض خطير بل جائحة، كما تقعد الشخص طريح الفراش بسبب أعراضه<sup>4</sup>.

وعليه، فإن هناك بعض الأمراض تكون لها طبيعة خاصة، والتي تتمثل بأنها لا يرجى منها الشفاء، في الغالب، وتؤدي بحياة المصاب بها، فضلا عن ذلك فإن مجموعة من الأمراض المزمنة إذا اجتمعت في شخص معين فإنها تشل حركته، إذا وصل إلى مرحلة يغلب فيها الهلاك، واتصل بها الموت فعلا، وتكون مسيطرة عليه، لأن الإنسان كائن ضعيف لقوله تعالى: ﴿وَخَلِقَ الْإِنْسَانَ ضَعِيفًا﴾<sup>5</sup>.

إن مرض الموت بالشروط سالفة الذكر لا يمكن أن يكون إلا واقعة مادية، وهذه الأخيرة تثبت بكافة طرق الإثبات القانونية بما في ذلك البيينة والقرائن وخاصة شهادة الأطباء المختصين غير المشكوك في صحتها وسلامتها، لأن الشهادة الطبية تعتبر دليلا قويا، لا سيما تلك الشهادات الموقعة من مصالح الطب الشرعي المؤهلة في ذلك على أساس أن الطبيب مختص ومؤهل للبت في مثل حالات المرضى، وغالبا ما يذهب قضاة الموضوع لهذه الوسيلة ويعتبرونها دليلا حاسما في الدعوى. وتدعم في مثل هذه الحالات إذا ما إلتمس المدعي إجراء تحقيق<sup>6</sup>، وغالبا ما يتم هذا

1: عطات يونس، تدابير الوقائية لحماية الصحة العمومية من وباء كوفيد 19، مجلة العلوم القانونية والإجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، مج 05، ع02، جوان 2020، ص.339.

2: حمادي عبد النور، مرض كوفيد 19، مقارنة قانونية مع النظام القانوني لتصرفات المريض مرض الموت، المجلة الجزائرية للقانون المقارن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، المجلد 03، ع05، جوان 2020، ص.46.

3: الزكراوي محمد، الآثار القانونية المترتبة عن تصرفات المريض بكونونا، الموقع <http://assabq24.com/20/03/30>، الآثار-القانونية-المترتبة-عن-تصرفات، تاريخ الإطلاع 21 جويلية 2020

4: من موقع وزارة الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات، ليوم 2020/08/14، [covid19.sante.gov.dz](https://covid19.sante.gov.dz)

5: سورة النساء، الآية 28.

6: محمود عبد العزيز، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، الجزائر، 2006، ص.61.

بشهادة الشهود وبتقصي حالة المريض في أيامه الأخيرة<sup>1</sup> وبالخبرة الفنية وهو ما أكدته الفقرة الثانية من المادة 776 من القانون المدني الجزائري بنصها على: "وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً"<sup>2</sup>. وإذا طعن الورثة في تصرفات مورثهم بدعوى صدورهما عنه في مرض موته، كأن يدعوا أنه وهب أحد دائنيه أو ورثته ماله أو أبرأ ذمته من مال له عليه، أو أقر بمال معين وهو مريض وما أشبه ذلك، ولم يجيزوها، وادعى الشخص المتصرف له أن هذه التصرفات وقعت من مورثهم في صحته، فإنه ينبغي التفريق هنا بين ما إذا خلت دعوى كل من الطرفين من البينة، وبين ما إذا إقترنت بالبينة، وبين ما إذا إقترنت دعوى أحدهما بالبينة دون الآخر.

ومن أمثلة القرائن التي يستخلص بها صدور التصرف في مرض الموت أن خروج المريض عن كل ما يملك وقت إشتداد المرض عليه هو أكبر مظهر من مظاهر مرض الموت وأماراته ومبلغ أثره، كما يعتبر صدور عقد في مرض الموت أن يكون قد حرر قبل الوفاة بأيام قليلة، إلا إذا وجد في الدعوى ما يدل على أن المتوفى مات فجأة، والقاضي عند تقديره لمرض الموت لا يخضع لرقابة المحكمة العليا، وإنما تبسط رقابتها على السبب الذي جاء به الحكم في ذلك، والعناصر التي اعتمد عليها لاعتبار المريض مرض موت، فتتأكد من توصل القاضي لذلك اعتماداً على أسباب سائغة وقانونية، كما تتأكد من توافر شروط مرض الموت التي سبق تبيانها.

ومن بين أهم أدلة إثبات مرض الموت الشهادات الطبية الدالة على حالة المريض في أواخر أيامه بعد اللجوء إلى أهل الخبرة، حيث أشارت إليها المحكمة العليا في العديد من قراراتها كالقرار الصادر بتاريخ 16-03-1999: "حيث أن الطاعن قد أثبت أن الهبة موضوع النزاع قد وقعت في مرض الموت سواء من ملاحظة الموثق نفسه في عقد الهبة أو من التقرير الطبي..."<sup>3</sup>، إضافة إلى التحقيق الذي تجريه المحكمة بسماع الشهود مثلاً حول الحالة الصحية للمتوفى خلال إبرامه

1: محمد كامل مرسي، الوصية وتصرفات المريض في القانون المصري والقوانين الأجنبية، المطبعة العالمية، القاهرة، 1950، ص.292.

2: المادة 776 من الأمر 75-58 المؤرخ 26-09-1975، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج.ر، ع78، بتاريخ 1975/09/26.

3: المحكمة العليا، غ.أ.ش، 16-03-1999، ملف رقم 219901، م.إ.ق، عدد خاص، 2001، ص.287.

التصرف، ويقع عبء إثبات مرض الموت على الورثة الذين يطعنون في تصرف مورثهم بإعتبار أن ذلك مقرر لمصلحتهم.

فالشهادة الطبية هي إجراء يقصد به الحصول على المعلومات الفنية والعلمية التي قد تعرض على القاضي، ولا يستطيع العلم بها فهي إجراء الغرض منه الحصول على رأي من طرف فني في مسألة تدخل في صميم اختصاصهم<sup>1</sup>، حيث عرفها المشرع الجزائري في المادة 95 من المرسوم التنفيذي المتعلق بأخلاقيات الطب على أنها عمل يقوم من خلاله الطبيب أو جراح الأسنان المعين من قبل القاضي لمساعدته التقنية لتقدير حالة الشخص الجسدية والعقلية وتقييم المسائل المترتبة على آثار جنائية أو مدنية<sup>2</sup>.

فيتم تعيين خبير بغرض التغلب على صعوبات علمية تتعلق بوقائع نزاع معين والقيام بأبحاث فنية وعلمية بغرض الوصول إلى نتيجة معينة<sup>3</sup>، وهو ما نصت عليه المادة 125 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها: "تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي"، وكذلك ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها التي جاء فيها: "من المقرر قانوناً أن دور الخبير ينحصر في المعلومات الفنية التي تساعد القاضي على الفهم الشامل لعناصر القضية، فلا يجوز أن ينتدب للقيام بعمل يعد من صميم مهام القاضي مثل إجراء تحقيق وسماع الشهود، فمهمة الخبير تقتصر على إبداء رأيه في المسائل الفنية التي يصعب على القاضي إستقصائها بنفسه دون المسائل القانونية"<sup>4</sup>. وعليه فإن تعيين الخبير يكون إما بناء على طلب الخصوم أو يكون تلقائياً من طرف القاضي، وذلك استناداً إلى نص المادة 126 من قانون الإجراءات المدنية

1: أنور يوسف حسين، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، ط01، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2019، ص.395.

2: تنص المادة 95 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 05 محرم 1413هـ الموافق ل06 يوليو 1992، متضمن أخلاقيات الطب، ج.ر، ع52 المؤرخة في 08 يوليو 1992: "تعد الخبرة الطبية عملاً يقدم من خلاله الطبيب أو جراح الأسنان، الذي يعينه قاض أو سلطة أو هيئة أخرى لمساعدته التقنية لتقدير حالة شخص ما الجسدية أو العقلية، ثم القيام عموماً بتقييم التبعات التي تترتب عليها آثار جنائية أو مدنية"

3: محمد رايس، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، دار هومة، الجزائر، 2012، ص.239.

4: المحكمة العليا، 20-11-1985، ملف رقم، 34653، م.ق، ع04، 1992، ص.61.

والإدارية والتي نصت على أنه: "يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم، تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة"<sup>1</sup>.

كما أن المشرع الجزائري قد حدد جملة من الشروط الواجب توافرها في الأطباء لاكتساب صفة الخبير ضمن المرسوم التنفيذي رقم 95-310 المؤرخ في 10-10-1995 والذي يحدد شروط تسجيل الخبراء وواجباتهم وحقوقهم.

ويجب أن تركز الخبرة الطبية القضائية على توضيح كل المسائل التقنية المتعلقة بالسلامة الجسدية للمريض، إذ يجب عليه توضيح نوع الإصابة، وكذا السبب الرئيسي لها. وكذلك يجب عليه تحديد علاقة السببية بين الخطأ والضرر<sup>2</sup>، غير أنه يجب أن تكون مهمة الخبير مقتصرة على إبداء الرأي فقط في المسائل التي قرر القاضي بحثها<sup>3</sup>.

أما القرائن فهي إستنباط أمر غير ثابت مجهول من أمر ثابت معلوم، على أساس أنه غالباً ما يتحقق الأمر الأول إذا ما تحقق الأمر الثاني من الناحية العلمية<sup>4</sup>. أي أنها النتائج التي يستخلصها المشرع أو القاضي من واقعة أو وقائع معلومة ثابتة لسحبها على واقعة أخرى غير موجودة أو متنازع فيها وكان يستحيل أو يصعب إثباتها من الناحية العلمية<sup>5</sup>.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد قام بتخصيص الفصل الثالث من الباب السادس المتعلق بإثبات الالتزام من القانون المدني لموضوع القرائن ولم يضع تعريفاً للقرائن بصفة عامة، ولا تعريفاً للقرائن القانونية بصفة مباشرة وخصص لها المواد 337 و340 من القانون المدني واكتفى بقوة الإثبات التي منحها لدليل القرينة القانونية، وذلك حسب نص المادة 337 من القانون المدني الجزائري التي جاءت كما يلي: "القرينة القانونية تعني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى

1: المادة 126، من القانون رقم 08-09، المؤرخ في 18 صفر 1429هـ، الموافق لـ 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2: Ahmed Issa , La responsabilité médicale en droit public, Alfa édition , Beyrouth , 2014,p.384.

3: أنور يوسف حسين، المرجع السابق، ص.399.

4: محمد محيي مطر، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية، بيروت، 1987، ص.167.

5: يحيى بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، ط02، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1988، ص.355.

من طرق الإثبات، غير أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك"<sup>1</sup>.

ومن بين القرائن الدالة على مرض الموت هو قصر المدة بين تاريخ التصرف وتاريخ الوفاة في الأمراض المزمنة، إذ يعد قرينة على أن التصرف قد وقع في فترة إشتداده، ومن القرائن كذلك الدالة على صدور السند في مرض الموت، وتقديم تاريخه لستر الحقيقة، تراخي الوارث في تسجيل عقد البيع<sup>2</sup>، ومن بين القرائن أيضا اجتماع مجموعة من الأمراض في شخص معين، لسيطرة الأمراض على جسم المريض، وحصول ضعف في قوته البدنية.

كما تعرف الشهادة بأنها تقرير المرء لما يعلمه شخصيا إما لأنه رآه أو سمعه<sup>3</sup>. أي أن الإثبات بشهادة الشهود هو إقامة الدليل أمام القضاء بأقوال الشهود وبعد تحليفهم اليمين، وتقوم الشهادة في الاخبار بواقعة عاينها الشاهد أو سمعها أو أدركها على وجه العموم بجواسه<sup>4</sup>. ولم يورد القانون المدني الجزائري تعريفا لشهادة الشهود إنما اكتفى بتنظيم وتحديد مجالها وشروط قبولها وحجيتها وإجراءاتها، تاركا تلك المهمة للفقهاء والشراح وكذا للاجتهاد القضائي<sup>5</sup>.

وتعد شهادة الأطباء، من أكثر وسائل الإثبات المستخدمة لإثبات مرض الموت<sup>6</sup>، فتقبل الشهادة في مرض الموت لإثبات عجز المريض عن متابعة أعماله المعتادة، أو بإصابته بمرض مميت، أو أن الوفاة حصلت خلال سنة من تاريخ المرض، كما تقبل الشهادة في إثبات خلاف عقود مريض مرض الموت كعدم إستلام مبلغ المبيع.

ومن الأدلة المقررة لمعرفة حقيقة مرض الموت من عدمه، اللجوء إلى الإحصاءات العلمية، والبيانات الصادرة عن الجهات الطبية المختصة، فإذا تم تشخيص المرض من قبل الأطباء، فيمكن

1: المادة 337 من القانون المدني.

2: سعيد أحمد، قضاء النقص المدني في العقود، ج01، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص.762.

3: جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، ج01، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة، 1931، ص.124.

4: إدوار عيد، موسوعة أصول المحاكمة والإثبات والتنفيذ، ج16، الإثبات(اليمين والشهادة)، لبنان، 1991، ص.165.

5: براهيم صالح، الإثبات بشهادة الشهود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة في المواد المدنية والجنائية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص.11.

6 زبيدات ياسر، شرح قانون البنات الفلسطيني في المواد المدنية والتجارية رقم (4)، ط1، جامعة القدس، 2010، ص.151.

الرجوع إلى الإحصاءات المتوافرة في الجهات الصحية المختصة، فإن كانت بياناتها تشير إلى أنه مرض يغلب فيه الموت، فيعد آنذاك مرض موت متحققا فيه، وإن كانت تشير إلى أنه لا يغلب فيه الموت، فلا يعد عندئذ مرض موت<sup>1</sup>.

ويقع عبء إثبات مرض الموت على من يدعى وجوده، فالورثة الذين يزعمون بأن مورثهم تصرف في أعيانه وهو مريض مرض الموت عليهم إثبات ذلك. ولما كان من المستقر عليه قانونا أن الوارث خلف عام لمورثهم، فإنه يتقيد في إثبات التصرف المطعون فيه بما تم بين مورثه والمتصرف إليه، فإذا كان التصرف مكتوبا وجب أن يثبت ما زعمه بالكتابة، غير أن إثبات الواقعة المادية لمرض الموت فقط، دون تاريخ التصرف يقرر لمصلحة الوارث الذي يستعمل كافة أدلة الإثبات<sup>2</sup>.

فيتقيد الورثة بإثبات التاريخ، فإن تاريخ التصرف العرفي يكون حجة عليهم، كما يكون حجة على مورثهم، فإذا كان التصرف مؤرخا بتاريخ عرفي، وقد ثبت أن المورث لم يكن فيه مريضا كان هذا التاريخ حجة عليهم، ولكن لهم أن يثبتوا أن هذا التاريخ قد قدم عمدا لإخفاء أن التصرف قد صدر في مرض الموت، وأن التاريخ الذي صدر فيه التصرف متأخرا عن التاريخ الصوري المذكور في التصرف، ويقع في وقت كان فيه المورث في مرض الموت، فإذا أثبتوا ذلك أصبحوا من الغير من سريان التصرف في حقهم<sup>3</sup>.

وقد أخذ المشرع الجزائري بذلك في المادة 776 الفقرة 02 من القانون المدني، حيث نصت أنه: "على ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا"<sup>4</sup>.

كما أعفى المشرع بعد إثبات صدور التصرف في مرض الموت، باعتبار التصرف تبرعيا، إذ نصت المادة 776 في الفقرة 03 من القانون المدني: "إذ أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت، إعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له

1: عبد المنعم خليل إبراهيم الهبتي، المرجع السابق، ص.138.

2: محمود عبد العزيز، المرجع السابق، ص.40.

3: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص.322.

4: المادة 776 من القانون المدني الجزائري.



التصرف خلاف ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام تخالفه" أي أن المشرع قد أنشأ قرينة قانونية بسيطة على أن كل تصرف يثبت وقوعه في مرض الموت يكون تبرعياً، بل بالمقابل وحينئذ يسري عليه أحكام المادة 408 الخاص بالبيع في مرض الموت<sup>1</sup>.

فقد يقوم المريض مرض الموت بتصرفات يكون القصد منها إخفاء التصرف الحقيقي، وقد يكون هذا التصرف بتصرفات مالية معاوضة كالبيع مثلاً والمنصوص عليها في المادتين 408 و409 من القانون المدني الجزائري، حيث يكون البيع لوارث أو لأجنبي كما قد يكون بثمن المثل أو بغير يسير، أو يكون بثمن يقل عن قيمة المبيع أو يكون بدون ثمن أصلاً، وقد يقوم المشتري من المريض مرض الموت ببيع العين المبيعة إلى شخص آخر أو بترتيب حق عيني آخر عليها بمقابل لصالح الغير، فباستعمال الورثة المتضررين من البيع في مرض الموت حسب المادة 408 من القانون المدني الجزائري يتهدد مركز الغير، ويمكن أن يلحق به ضرراً بالغاً، ومن ثم يمس ذلك بإستقرار التعامل.

كما يقوم المريض مرض الموت بتصرفات القصد منها التبرع كالوصية والهبة والوقف والتي نصت عليها المادة 204 من قانون الأسرة، وحماية لمصلحة الورثة الإحتماليين والدائنين (الغير) ومنعا للتحايل على القانون نظمت المادة 776 من القانون المدني الجزائري حكماً عاماً لتصرفات المريض مرض الموت، فإن كل تصرف بنية التبرع يأخذ حكم الوصية، فمن باب أولى أن التصرفات التبرعية الصريحة كالهبة والوقف تأخذ نفس الحكم.

وتكمن أهمية دراسة موضوع أحكام تصرفات المريض مرض الموت فيما يلي

- فتصرفات المريض مرض الموت تعد من المواضيع المهمة والمعقدة التي عرضت وما تزال تعرض على القضاء، وذلك لخلو القانون الجزائري من تعريف يتلائم مع التطورات والتقنيات العلمية المستجدة في المجتمع، كما أنه كان ولا يزال مثار جدل ونقاش بين التشريعات والفقه والقضاء.
- موضوع مرتبط بالواقع الإنساني الذي يعيشه بعض الأشخاص.
- إن هذا الموضوع متعلق بالذمة المالية لفئة معينة من الأشخاص.
- يعتبر هذا الموضوع بحثاً علمياً يلامس حياة الناس، لذا كانت الحاجة ماسة إلى تبيان أحكامه التي يحتاج أي فرد من أفراد المجتمع معرفتها.

1: سليمان مرقس، العقود المسماة، ج01، ط04، عالم الكتب، القاهرة، 1980، ص.250.

- تحديد الإطار المفاهيمي والقانوني للتصرفات التي يجريها الشخص وهو في مرض الموت.  
- إن سرعة إزدیاد وانتشار الأمراض في العصر الحالي ومع ظهور أمراض لم تكن معروفة منذ أعوام عدة، فلم يعد مفهوم المرض حديثاً، كما كان في العصور السابقة، بالإضافة إلى ما يعرفه العلم الحديث، من تطورات هائلة في علومه الطبية، حيث أصبحت معظم الأمراض تحت إمكانية التحكم بها، والسيطرة على مضاعفاتها.

ولا يخلو أي بحث في أي مجال من الصعوبات والعراقيل، ومن أهم الصعوبات التي واجهتنا:

- رغم وجود هذا الموضوع كثيراً في حياتنا، وانتشار الوباء عبر كل أقطار العالم والمعروف بكوفيد 19 الذي منعنا من التنقل إلى الدول المجاورة من أجل إطلاع على المراجع، كما أنه لم يتح لنا فرصة تریص قصیر المدى لأجل ذلك.

**والإشكالية التي نطرحها بهذا الخصوص: إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في تنظيم أحكام تصرفات المريض مرض الموت بخصوص البيع والتبرعات؟**

وللإجابة على هذه الإشكالية تمّ إتباع عدة مناهج على رأسها المنهج التحليلي الذي يعتمد أساساً على التحليل الدقيق للنصوص القانونية التي تمنا في هذا البحث وكذا بعض الأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن، كما إعتمدت الدراسة أيضاً على المنهج الوصفي، مع اللجوء للمقارنة بإستعمال المنهج المقارن في بعض الأحيان مع بعض القوانين الأخرى على سبيل الإستئناس.

وبناء على ما سبق وللإجابة على الإشكالية والأسئلة التي يثيرها موضوع تصرفات المريض مرض الموت في البيع والتبرعات، تقديم تقسيم هذه الدراسة إلى بايين، حيث سنتطرق في الباب الأول لأحكام البيع في مرض الموت، أما الباب الثاني فخصصناه لمباحثة أحكام التصرفات التبرعية في مرض الموت.

**الباب الأول :**

**أحكام البيع في مرض الموت**

من المعلوم أن الإنسان يتقلب بين الصحة والمرض، والسلامة والخطر ولكل حالة تأثيرها في تصرفاته والتزاماته. وقد تطرح هذه التصرفات بجدّة بمناسبة مرض الموت، خاصة أن لتصرفات مريض مرض الموت مكانة كبيرة في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية المتأثرة به، ومن المعروف أن الشريعة الإسلامية تقرر مبدأ سلطان الإرادة<sup>1</sup> وحرية تصرف الشخص في أمواله متى وكيفما شاء، سواء عن طريق البيع أو الوصية أو الهبة أو الوقف<sup>2</sup>. ولكن هذه التصرفات التي يقوم بها المريض مرض الموت خلال مدة مرضه تكون مثارة بالشك والريبة حتى ولو كان مالكا لقواه العقلية ما دام أنه على وشك الموت، إذ يشعر بدنو أجله، وقد يقع تحت تأثير في شعوره النفسي، فيحكمه اليأس فلا يؤتمن معه على أمواله وحقوق دائنين وورثته لأن هذه التصرفات تؤثر على حقوق الورثة التي تتعلق بالتركة المستقبلية. وبوصفه مريضا، فله مركز خاص؛ لأنه ليس بالسليم المعافي، ولا هو بالميت المنتهي أجله، فإنه يكون مقيد التصرفات<sup>3</sup> من خلال الحجر عليه في بعض هذه التصرفات. فالحجر على الشخص ليس بالأمر السهل لأن الأثر المترتب عن ذلك هو سلب

1: يعرف مبدأ سلطان الإرادة بأنه قدرة المتعاقدين على إنشاء ما يتراضيان عليه من العقود وعلى تحديد آثار العقود حسبما يريدان، عن طريق الشروط التي تغير في الآثار الموضوعة للعقد؛ الصديق محمد الأمين الضيرير، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، ط02، مجموعة دله البركة، جدة، المملكة العربية السعودية، 1995، ص.21؛ ولقد استقر الحال على اعتراف جميع القوانين بمبدأ سلطان الإرادة، وإن اختلفت في تحديد نطاقه ومداه تبعا لاختلاف الأنظمة السياسية المتبعة؛ (عبد الرؤوف دبابش، حملاوي دغيش، مبدأ سلطان الإرادة في العقود بين الشريعة والقانون، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، ع44، جوان 2016، ص.266، وبالرجوع إلى القانون الجزائري نجد أن المشرع الجزائري قد أخذ بمبدأ الرضائية من جهة ومفادها أن المتعاقدان يتمتعان بحرية كاملة فيما يخص الكيفية التي يتم التعبير عن إرادتهما أثناء تكوين العقد، فنص المادة 60 من القانون المدني الجزائري: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة، أو الإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه. ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا"، ومن جهة أخرى قد يخضع إلى مبدئين بالنسبة للآثار المترتبة عن العقد وهما: مبدأ إلزامية العقد، ومبدأ نسبية آثار العقد، ف جاء في نص المادة 106 من قانون المدني الجزائري ونص على أنه: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو لأسباب يقررها القانون". فالإدارة الحرة الواعية هي التي تكسب العقد إلزاميته، أما المبدأ الثاني فمفاده ان آثار العقد لا تصرف على غير المتعاقدين؛ أحمد بورزق، خديجة بورزق، مبدأ سلطان الإرادة في العقود، مجلة أبحاث، مج 04، ع 02، ديسمبر 2019، ص.138.

2: هجيرة دنوبي، تصرفات الشخص في مرض الموت وحماية الأسرة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ع02، 2004، ص.94.

3: حبيب إدريس عيسى المزوري، تصرفات المريض مرض الموت، دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة 01، القاهرة، 2020، ص.09.

ولايته على ماله، فيستمر هذا الأثر حتى ينقضي السبب<sup>1</sup> الأمر بطبيعة الحال ينطوي على إخلال كبير بأحد أهم المزايا التي يخولها له حق الملكية<sup>2</sup> والمتمثلة بحرية الشخص في تصرفه بأمواله، وبعبارة أخرى أن الحجر هو منع الشخص وتقييده في التصرف بأمواله، ويعد بمثابة استثناء على القاعدة العامة وهي حرية الشخص في التصرف في أمواله.

ورغم أن أهلية المريض تبقى أهلية كاملة<sup>3</sup> غير أنه قد يجري المريض مرض الموت تصرفا بالبيع، وله أحكام خاصة لافتراض الشبهة وإنعدام الثمن أو ستره لتصرف تبرعي كالوصية أو الهبة، لا سيما إذا تم للوارث، فخصه المشرع بأحكام خاصة تختلف عما ورد بقريضة التصرف بالتبرع في مرض الموت، وقد يكون البيع لوارث أو لأجنبي أو يصدر ممن لا وارث له. ولكن لهذه البيوع أحكاما مختلفة<sup>4</sup>.

وقد عالج المشرع الجزائري عقد البيع في مرض الموت في القانون المدني الجزائري، فنصت المادة 408 منه على أنه: "إذا باع المريض مرض الموت لوارث، فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة.

أما إذا تم البيع في نفس الظروف، فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال"، كما نصت المادة 409 على أنه: "لا تسري أحكام المادة 408 على الغير حسن النية إذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع".

1: محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، الالتزامات، الجزء 01، المطبعة العالمية، القاهرة، ص.208.  
2: ويعرف حق الملكية بمقتضى المادة 674 من القانون المدني الجزائري بأنه "الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط ألا تستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة"، فمن خلال هذه المادة تعرف حق الملكية على أنه السلطة المباشرة لشخص على شيء مادي تمنحه حق التصرف فيه واستغلاله واستعماله، والتصرف بمنح المالك القدرة على القيام بأعمال المادية كالهدم والتعديل وقانونية كالبيع والهبة. الخ في خصوص محل ملكيته. أما الاستعمال هو استخدام الشيء فيما أعد له. وإستغلال هو حصول على ثمار الشيء. والاستعمال والاستغلال بأتهما عنصرا أكثر وضوحا في الملكية، بينما يكون التصرف هو العنصر العميق في الملكية؛ (زكريا سرايش، الوجيز في الحقوق العينية والأصلية، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2017، ص.16).

3: بير فارس، حسين جبوري، الخلف العام وحمائته المدنية، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، 2013، ص.105.

4: محمود عبد العزيز، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص.87.

## الفصل الأول: بيع المريض مرض الموت

يعد البيع من أهم المعاملات المالية، ومن أقدم العقود التي عرفتها المجتمعات ولم يسبقه إلا عقد المقايضة الذي يعد صورة من صورة البيع ومرحلة من مراحل تطوره قبل معرفة النقود. وكنتيجة للأهمية الكبيرة لهذا العقد، حظي باهتمام قوانين مختلفة، فتكاملت أحكامه في وقت مبكر وأصبحت مصدرا لكثير من العقود<sup>1</sup>. ولما كان البيع من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فيشترط في كل من عاقديه (البائع والمشتري) بحسب الأصل أن يكون رشيدا لم يحكم باستمرار الولاية أو إيقاع الحجر عليه، والعبرة في توافر الأهلية هي بوقت العقد ولا أثر لما يصيب أهلية البائع والمشتري بعد انعقاد العقد<sup>2</sup>. أما المريض مرض الموت في هذه الحالة يكون محجورا عليه شرعا في كل ما يضر بدائنيه وورثته، وعلى هذا فجميع التصرفات التي لا تمس حقوق الدائنين ولا الورثة هي تصرفات صحيحة دون أي فرق بينهما، وذلك لقيام أهليته بعد المرض على ما كانت عليه قبله، وإنما الحجر عليه لأمر خارج عن أهليته<sup>3</sup>.

1: العبيدي علي الهادي، العقود المسماة، البيع والإيجار وقانون المالكين المستأجرين وفقا لأخر تعديلات مع التطبيقات القضائية لمحكمة التمييز، ط01، دار الثقافة، عمان، 1430هـ-2009م، ص.15.

2: عزت كامل، المرجع السابق، ص.35.

3: محمد ألصبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص.51.

## المبحث الأول: أثر المرض على أهلية المريض

الأصل العام أنه لا يجوز للشخص أن يتنازل عن أهليته أو يغير من أحكامها إلا بمقتضى نص في القانون<sup>1</sup>. ومن ثم فإن عوارض الأهلية الشائعة التي تصيب الكثير من الناس وتترك آثارا جملة على تصرفات الشخص. فهي مرض الموت، فهو مرض ربما لا يعدم أهلية الأداء ولا ينقصها، ولكنه يجد من تصرفات المريض مرض الموت، ومن هنا اعتبر مرض الموت حالة مقيدة ومؤثرة في تصرفات المصاب به. ومن ثم لزم إعطاء هذه التصرفات أحكام خاصة تختلف عن تصرفات الشخص غير المريض بهذا المرض.

وقد راعى المشرع الحالة النفسية التي يكون فيها الإنسان، متى كان مريض مرض الموت، فقرر تبديل الوصف وتبديل الأثر القانوني لتصرفات هذا الإنسان سواء كان هذا التصرف بيعا أو هبة أم غير ذلك. وكقواعد عامة أورد المشرع أحكاما خاصة بمريض مرض الموت<sup>2</sup>.

## المطلب الأول: الأهلية القانونية في عقد البيع

تقاس قدرة الفرد على القيام بتصرفات قانونية صحيحة بوعيه، أي بدرجة إدراكه وتمييزه بين الأمور المختلفة، وبنعمة العقل يكتسب الإنسان صلاحية التصرف في أمواله وأحواله الشخصية، ويلتزم بواجباته الدينية والدنيوية في إطار ما يطلق عليه بالأهلية في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، فليس كل شخص تصح التصرفات التي يقوم بها، كلا أو بعضا، في نظر الشريعة والقانون، بل لابد من اتصافه بصفة تجعله أهلا لقبول الأحكام الشرعية وتحمل المسؤوليات والالتزام بآثارها وهذا هو معنى الأهلية. وذكر المشرع في المواد من 42 إلى 44 من القانون المدني الجزائري القواعد العامة التي تحكم الأهلية، وتضمن المادة 78 المبدأ وهو "كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون"<sup>3</sup>.

1: رباحي أحمد، حكم التصرفات القانونية لناقص الأهلية، دراسة مقارنة في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقہ الإسلامي، مجلة البحوث القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة طاهر مولاي، سعيدة، الجزائر، ع05، ديسمبر 2015، ص.26.

2: عباس عبودي، شرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني، البيع والإيجار، دراسة مقارنة معززة بتطبيقات القضائية، ط01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص.212.

3 : المادة 78 من الأمر 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم - المؤرخ في 20 يونيو 2005، والقانون رقم 05-07 المؤرخ في 13 مايو 2007، المعدل والمكمل، ج.ر، ع31، 2007.

كما أن هناك طرقاً قانونية أو مادية أو جسمانية تمنع الشخص من مباشرة التصرفات القانونية رغم تمتعه بكامل قواه العقلية وسلامة تدبيره<sup>1</sup>.

### الفرع الأول: أهلية الأشخاص القانونية

إن مباشرة تصرف قانوني لا ينتج أثره إلا لمن اتجهت إرادته إلى إحداث الأثر القانوني المترتب على هذا التصرف، فإذا كان من باشر التصرف فاقدا للإرادة، أو لم تتجه إرادته إلى إحداث هذا الأثر القانوني فإن ركن الرضا باعتباره الركن الأول من أركان العقد يكون متخلفاً، وبالتالي يقع تصرفه باطلاً. ووجود الإرادة أو عدم وجودها يتعلق بقواعد الأهلية التي تحدد متى تكون هذه الإرادة موجودة وفي أي الأحوال تكون منعدمة أو معيبة. فالأهلية إذن هي معيار الحكم على صحة أو بطلان التصرفات التي يتم إبرامها، لذلك فضبطها أساس لاستقرار المعاملات<sup>2</sup>.

### أولاً: مفهوم الأهلية القانونية

تعرف الأهلية<sup>3</sup> عند علماء أصول الفقه بأنها صلاحية الإنسان لصدور أفعال وأقوال منه على وجه يعتد به شرعاً<sup>4</sup>. أما في الاصطلاح القانوني فهي بنوعيتها صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات ومباشرة التصرفات القانونية، التي يكون من شأنها أن تكسبه حقاً أو تحمله التزاماً على وجه يعتد به قانوناً<sup>5</sup>.

2: علي الفيلاي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، ط03، موفم للنشر، الجزائر، 2013، ص.99.

2: حسام توكل موسى، أحكام الأهلية في القانون المصري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2016، ص.01.

3: الأهلية لغة: يقال هو أهل كذا، أي هو مستوجب له، ويقال استأهله بمعنى استوجب. فتكون بمعنى الاستحقاق والصلاحية والجدارة والكفاية لأمر من الأمور. أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ط 01، 1426هـ-2008، 1/136.

4: عياض بن نامي عوض السلمي، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، ط01، دار التذميرية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1426هـ-2005، ص.79.

5: محمد ألبصري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، دراسة مقارنة في القوانين العربية، ط04، دار هومة، الجزائر، 2006-2007، ص.152.



وتعرف كذلك على أنها الصفة التي يقدرها الشارع في الشخص، وتجعله صالحا لأن تثبت له الحقوق، وتحمل عليه الواجبات، وتصح منه الإلتزامات<sup>1</sup>، كما تعرف أيضا بأنها صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات وقدرته على مباشرة الأعمال القانونية بنفسه التي تكسب حقا، أو تحمله التزاما<sup>2</sup>. كما تعرف بأنها "قدرة الشخص على الإلتزام وعلى مباشرته شخصيا للتصرفات بما يترتب عليها حقوقا وواجبات، وتعتبر أحكامها والقواعد المنظمة لها من النظام العام؛ إذ لا يحق للأشخاص التنازل عن أهليتهم أو تعديلها بل القانون هو من يتولى بيان أحكامها وحدودها"<sup>3</sup>.

وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أنها لم تحدد كأصل عام بصفة قاطعة سن البلوغ الذي تتم فيه أهلية الفتى والفتاة للزواج، وذكروا أن مرحلة البلوغ هي تلك المدة الزمنية التي تأتي من بعد مرحلتى الطفولة ومرحلة التمييز، وهي تظهر طبيعيا بعلامات تظهر في الفتى كالاحتلام، وفي الفتاة كالحيض، وعلى الرغم من أن بعض من الفقهاء قدروا سن البلوغ بالخامسة عشرة للذكور والإناث، في الحين ذهب الفقه المالكي على أن نهايته هي ثمانية عشرة عاما في كليهما<sup>4</sup>.

1: السرحان، عدنان إبراهيم، وخاطر، نوري محمد، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الإلتزامات، دار الثقافة للتوزيع والنشر، عمان، 2010، ص.105.

2: حجازي، مدني عبد الله، التعبير عن الإرادة عن طريق الأنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2010، ص.149.

3: عمران، محمد السيد، الأسس العامة في القانون، مدخل إلى القانون، نظرية الإلتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص.141.

4: حسين، أحمد فراج، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999، ص.208.

للشخص الطبيعي جملة من المميزات، فيألى جانب خاصية الاسم<sup>1</sup> والحالة<sup>2</sup> والموطن<sup>3</sup>، والذمة المالية، توجد ميزة الأهلية التي تعتبر من أهم المميزات على الإطلاق كونها لا تجسد فقط صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الإلتزامات، بل تجسد أيضا قدرته وقابليته على مباشرة التصرفات القانونية التي ترتب له الحقوق أو ترتب عليه الواجبات، إلا أن أهلية الشخص قد تعترضها عوارض وموانع تؤدي إما إلى انعدامها أو الإنقاص منها، تبدأ الشخصية القانونية للإنسان بولادته حيا وتنتهي بوفاته، وقد نص القانون المدني الجزائري في مادته 25 على أنه: "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته. على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا"<sup>4</sup>.

فشخصية الإنسان تبدأ بولادته حيا، حيث يشترط لثبوت الشخصية أن ينفصل الجنين انفصالا تاما وأن يكون حيا، فإذا ولد ميتا فلا تثبت له الشخصية القانونية. وليتحقق من حياة

1 : أوجب القانون أن يكون لكل شخص اسم ولقب ، ولقب الشخص هو إسم الأسرة ولقب الشخص يلحق أولاده بينما لقب الزوج لا يلحق بالزوجة خلافا لما هو متبع في البلاد الغربية حيث أن الزوجة عندنا تحتفظ بلقبها، ولكن قد يوجد إلى جانب اسم الشخص المسجل في مصلحة الأحوال المدنية اسم الشهرة أو اسم المستعار، واسم الشهرة هو ما يضعه الجمهور من اسم على الشخص بحيث يستوعب كامل نشاطه ويعرف به والاسم المستعار هو ما يختاره الشخص لنفسه ليطمئنه به في مجال معين من مجالات نشاطه كالنشاط الأدبي أو الفني ولا شك أن حرية الشخص في اختيار اسم المستعار له تنفيذ بما فيه حماية الغير ومنع الغش.

2: تعرف الحالة على أنها تلك المميزات الطبيعية والصفات التي ينفرد بها الشخص داخل دولة معينة أو أسرة، فتحدد مركزه القانوني بين أفراد المجتمع حيث تؤثر فيما يكون له من حقوق وما يقع عليه من واجبات؛ (عمار بوضياف، النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القانون الجزائري، ط01، دار الخلدونية، الجزائر، 2010، ص.43). فينبغي تحديد مركز الفرد من حيث الانتماء إلى هذه العناصر كخطوة أولية، ذلك أن الحالة مركز قانوني ملازم لشخصية الإنسان طوال حياته، لذا وجب أتقوم تلك العناصر على أسس من الواقع كالسن والذكورة والانوثة، والصحة أو أن تقوم على أسس قانونية كالزواج أو الحجر؛ (صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، ط01، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص.378).

3: الموطن هو ذلك المكان الذي يستقر فيه الشخص ويتخذ منه مركز مصالحه، فهو حالة واقعية تتجاوز مع الحاجة قانونية هذه الأخيرة لتمثل في ضرورة ربط بين الفرد وبقعة من بقع الأرض برابط قانوني، ولذلك يعتد القانون بهذه الحالة الواقعية ويجعل منها فكرة قانونية هي الموطن بمعناه القانوني كونه رابطة قانونية بين الفرد ومكان معين؛ (بناسي شوقي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، ط01، دار الخلدونية، الجزائر، 2010، ص.303).

4: المادة 25 من القانون المدني الجزائري.

الجنين وقت ولادته توجد عدة علامات مميزة كالبكاء والصراخ، وللقاضي أن يتحقق من ذلك بكافة طرق الإثبات<sup>1</sup>.

وبالتالي فمجرد ولادة الطفل حيا تجعله قابلا لأن يختص بأموال وقيم معينة، أي تجعله قابلا لأن يكون له حقوق كما تجعله قابلا للخضوع للواجبات<sup>2</sup>.

### ثانيا: أنواع الأهلية القانونية

تتعلق أهلية الشخص بمدى صلاحيته لصدور ذلك التصرف عنه ومطالبته به، والأهلية بوجه عام هي قدرة الشخص على مباشرته شخصا للتصرفات القانونية بما يترتب عليها من حقوق وواجبات، وتنقسم الأهلية إلى قسمين رئيسيين، هما أهلية الوجوب وأهلية الأداء:

#### 1- أهلية الوجوب

أهلية الوجوب هي صلاحية الشخص للإلزام والالتزام<sup>3</sup>، أي صلاحية الشخص لأن تثبت له أو عليه حقوق مشروعة<sup>4</sup>، ومناط أهلية الوجوب هي الصفة الإنسانية، ولا علاقة لها بالسن أو العقل أو الرشد، فكل إنسان في أي طور كان، أو صفة، حتى الجنين والمجنون، يعد متمتعاً بأهلية الوجوب<sup>5</sup>، فإذا توفي انتهت تلك الأهلية، وقد تعتبر قائمة بعد الوفاة حتى يوفي دينه، ولولا ذلك لسقط الدين، إذ لا يتصور دين بلا مدين، فإذا وُفي دينه انتهت أهليته وبرأت ذمته<sup>6</sup>. وتنقسم الأهلية بدورها إلى أهلية وجوب ناقصة التي هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له فقط دون وجوب التزامات عليه لغيره، والأهلية بهذه الصيغة تثبت للجنين قبل ولادته، ومعنى نقصان هذه

1: نبيل صقر، المرجع السابق، ص.32.

2: عزت كامل، المرجع السابق، ص.16.

3: يرى بعض الفقه أن أهلية الوجوب سميت بهذه التسمية لأنه ينظر للإنسان من خلالها من جهتين، من جهة كونه صالحاً لأنه يجب له، كوجوب ثبوت نسب الابن من أبيه، ومن جهة كونه صالحاً لأن يجب عليه، كوجوب دفع ثمن المبيع له من أمواله، ومن أسباب تسمية أن الوجوب بها ثابت للإنسان وعليه. عبد الله بن عبد العزيز العجلان، الأهلية ونظرية الحق في الشريعة الإسلامية، مؤسسة ممتاز للطباعة، الرياض، 1996، ص.20.

4: فرق الفقهاء بين إلزام الذي بمعنى الثبوت والوجوب والالتزام الذي هو بمعنى إرادة شغل الذمة بشيء اختياراً وفق إرادته، ويظهر هذا عند تعرض الفقهاء لتعريف الذمة والتفرقة بينها وبين الأهلية، ابن نجيم حاشية حمودي، الأشباه والنظائر، مطبعة الاستقامة، القاهرة، 1290هـ، ص.211.

5: محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977، ص.272.

6: أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة، الإسكندرية، 1987، ص.208.

الأهلية، أن بعض الحقوق تثبت له باعتباره جزءاً مستقلاً عن أمه منفرداً بالحياة عنها، وذلك مثل الحقوق التي لا تحتاج إلى قبول، كالميراث والوصية والوقف، وباعتباره جزءاً من أمه فلا تثبت له بعض الحقوق الأخرى، ولهذا فإنه يعتق مع أمه، ولهذا سميت هذه الأهلية بأهلية الوجوب الناقصة<sup>1</sup>. وأهلية وجوب كاملة، وهي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له ووجوب الالتزام عليه، وهي تثبت للإنسان منذ ولادته حياً، فإذا ولد الإنسان حياً كان صالحاً لثبوت الحقوق له كما هو حال أهلية الوجوب الناقصة، ويزاد عليه أن يعتبر متحماً لحقوق الآخرين عليه، كدية القتل الخطأ الواجب على العاقل، ونفقة القريب المحتاج<sup>2</sup>. كما قد تكون أهلية الوجوب المقيدة وهي في الأصل أهلية كاملة، غير أن المشرع يتدخل بالنسبة لحقوق معينة، حيث يتطلب لاكتساب بعض الحقوق شروطاً خاصة، فتوجد حالات معينة، تكون للشخص أهلية وجوب مقيدة في اكتساب بعض الأموال، مثال عن ذلك ما نصت عليه المادة 402 من القانون المدني، بقولها أنه: "لا يجوز للقضاة، ولا للمدافعين القضائيين، ولا المحامين ولا للموثقين ولا لكتاب الضبط أن يشتروا بأنفسهم مباشرة ولا بواسطة اسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلاً"، فأهلية الوجوب لهؤلاء الأشخاص المذكورين في هذه المادة أهلية مقيدة، بالنسبة للتصرفات المنصوص عليها في هذه المادة فقط، أما بالنسبة للتصرفات القانونية الأخرى فلهم أهلية وجوب كاملة<sup>3</sup>.

## 2- أهلية الأداء

أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لإعمال إرادته إعمالاً من شأنه ترتيب الأثر القانوني الذي ينشده<sup>4</sup>، ومناطق أهلية الأداء ثبوت العقل والتمييز، فالطفل والمجنون يكونان معدومي الأهلية والمميز الذي لم يبلغ يكون ناقص الأهلية، وقد حددت المادة 40 من القانون المدني الجزائري سن الرشد المدني ببلوغ الشخص تسعة عشرة سنة كاملة بنصها "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً

1: عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مع الفقه القانوني والقوانين المعاصرة، ط 01، دار الكتب العلمية، لبنان، 2009، ص 197.

2: الشافعي عبد الرحمان السيد، عقد البيع، دراسة مقارنة، ط 01، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2012، ص 20.

3: محمد فريدة، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 1998، ص 75.

4: أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، ط 01، منشورات الجامعة، الأردن، 1987، ص 35.

بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشرة سنة كاملة"<sup>1</sup>.

وبالتالي أساس هذه الأهلية هو العقل والتمييز لا الحياة ويراد بالتمييز معرفة معاني الألفاظ التي تنشأ بها العقود، وأثار هذه العقود والغبن فيها فاحش أو يسير<sup>2</sup>.

ومناطق أهلية الأداء هو التمييز والإدراك فهي بذلك تتراوح بين الكمال والنقصان والانعدام، فلا تثبت أهلية الأداء لكل الناس بطريقة متساوية بسبب تفاوت الإدراك والتمييز لديهم، وأهلية الأداء تتراوح عند الأشخاص على أساس التمييز والإدراك، فالقاعدة هي الرابط بين الأهلية والتمييز<sup>3</sup>.

وتقتصر أهلية الأداء على مباشرة التصرفات القانونية على اعتبار أن الإرادة والتمييز جوهر للتصرف القانوني، وعلى هذا فإن نطاق أهلية الأداء تنحصر في التصرفات القانونية والأعمال المادية، وتقسم التصرفات القانونية بالنسبة للأهلية إلى ثلاثة أقسام:

- **التصرفات النافعة نفعا محضاً:** وهي التصرفات التي تحقق إثراء واغتناء للشخص الذي يباشرها دون مقابل، ومثال ذلك الوصية بالنسبة للموصى له، والهبة بالنسبة للموهوب له والإبراء من الدين بالنسبة للمدين، فالتصرفات النافعة نفعا محضاً هي التصرفات التي يترتب عليها دخول الشيء في ملك القاصر المميز دون مقابل، وفي هذا الصدد نشير إلى أن المشرع الجزائري في نص المادة 83 من قانون الأسرة لم يلحق وصف المحض بالنفع، بل اكتفى بالقول فقط "نافعة له" عكس ما هو وارد على لسان فقهاء الشريعة الإسلامية.

1: المادة 40 من القانون المدني الجزائري.

2: أنور محمود دبور، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، تاريخ الفقه الإسلامي - مصادره - نظرية العقد، دار الثقافة العربية، القاهرة، 1998، ص. 437. ويقصد بالغبن عدم التعادل بين ما يعطيه أحد المتعاقدين وما يأخذه فهو بذلك مظهر خارجي للاستغلال وهو عيب في محل العقد لا في الإرادة، ويشترط القانون أن يزيد الغبن على الخمس 1/5، وهذا يعني أنه لا يجوز الطعن بالغبن في بيع العقار إلا إذا بيع العقار بأقل من أربعة أخماس قيمته الحقيقية، والعبرة في تقدير الثمن تكون بالنظر إلى قيمة العقار وقت البيع، أي لا عبرة لوقت التسليم أو وقت رفع الدعوى ومسألة تقدير ما إذا كانت قيمة العقار تفوق الثمن بأكثر من الخمس أو لا هي من اختصاص قاضي الموضوع وله الاستعانة بخبير. وتنص المادة 358 من القانون المدني على أنه: "إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمسة فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل. ويجب التقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع".

3: محمد حسن منصور، نظرية الحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص. 365.

ونرى في ذلك ضرورة إلحاق وصف المحض على هاته التصرفات لعدم ترك المجال للتوسع في مصطلح التصرفات النافعة، ومن ثم إدراج تصرفات قد لا تكون نافعة نفعا محضاً، وعليه فالراجح بمشروعنا إدراج وصف النفع بالمحض حتى لا يترك مجالاً لتأويل يأخذ في غير محله<sup>1</sup>.

– **التصرفات الضارة ضرراً محضاً:** وهي التصرفات التي يترتب عليها افتقار الشخص الذي يباشرها دون أن يحصل على مقابل لهذا الافتقار، ومثال ذلك الهبة بالنسبة للواهب والإبراء من الدين بالنسبة للدائن، وقد اتفق الفقهاء على أن هذه التصرفات تقع منه باطلة حتى ولو أجازها الولي، لأن ما صدر باطلاً لا ينقلب صحيحاً، ولأن الولي لا تصح منه هذه التصرفات إذا باشرها بنفسه ابتداءً، فالأولى ألا تصح منه بالإجازة انتهاءً<sup>2</sup>.

– **التصرفات الدائرة بين النفع والضرر:** هي تلك التصرفات التي يحتمل أن تكون نافعة للقاصر المميز، ويحتمل أن تكون ضارة، وتفوت عليه مصلحة وترتب عليه التزاماً بدون مقابل و ينجم عنها خسارة مالية له<sup>3</sup>، كما هو الحال بالنسبة لعقد البيع. وقد أقرت المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري على أن هذا التصرف يكون صحيحاً موقوفاً على إجازة الولي أو الوصي، وهذا بخلاف ما ورد في القانون المدني الذي اعتبر التصرف قابلاً لإبطال مصلحة القاصر المميز.

إن المشرع الجزائري لم يترك للقاصر المميز حرية التصرف في أمواله بل اشترط الإجازة لنفاذ هاته التصرفات<sup>4</sup>، وذلك من أجل حمايته بسبب نقص إدراكه وافتقاده الأهلية اللازمة وهي أهلية الأداء التي تمكنه من إدارة شؤونه المالية بنفسه، نظراً لما تحتويه المعاملات المالية من تعقيدات ومخاطر تتطلب الأهلية الكاملة لدى كلا المتعاقدين من أجل إدراك نتائجها المحتملة<sup>5</sup>.

1: حمر العين عبد القادر، تصرفات القاصر المميز في إطار قواعد المسؤولية المدنية، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، مج 05، ع 01، 2020، ص 186.

2: عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969، ص 289.

3: محمد سعيد جعفر، فاطمة اسعد، التصرفات الدائرة بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، دار هومة، 2002، ص 14.

4: خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج 01، ط 04، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010، ص 85-86.

5: أحمد نصر الجندي، التعليق على القانون الولاية على المال، دار الكتب القانونية، مصر، ص 15 وما بعدها.

ولم تضع التشريعات التي إعتنقت فكرة العقد الموقوف تعريفا له، ذلك لأنه ليس من مهام التشريع وضع تعاريف، غير أنه يفهم أن العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وفي التقنيات المدنية، هو عقد صحيح ولكنه لا يرتب آثاره قبل الإجازة<sup>1</sup>، فهو ليس تصرفا باطلا لأن الباطل ليس له وجود شرعي مثل العدم ولا لا يترتب عليه أثر، أما الموقوف فله وجود شرعي مادي في فترة توقفه، كما أنه ليس عقدا فاسدا، لأن الفاسد هو من كان مشروعاً بأصله دون وصفه، ولأن العقد الفاسد قد تترتب عليه بعض الآثار إذا نفذ بخلاف العقد الموقوف، وهو ليس عقدا قابلا للفسخ، إذ لا يجوز فسخه أو الرجوع فيه لا من المتصرف ولا من المتصرف إليه<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: أحكام الأهلية القانونية

إذا كانت أهلية الوجوب تبدأ كاملة منذ ولادة الإنسان حيا، فإن أهلية الأداء تنمو وتتطور مع الزمن ذلك لأن أهلية الوجوب منوطة بالحياة الإنسانية، أما أهلية الأداء فمنوطة بالعقل والتمييز، ولما كان العقل أو التمييز يكتمل تدريجيا لدى الإنسان بحسب السن، فإن أهلية الأداء تتدرج أيضا تبعا لذلك.

وقد يعترض التمييز عارض من العوارض التي تعدم التمييز أو تنقص منه، فيكون لهذا العارض أثر على الأهلية.

وقد يكون الشخص كامل التمييز وبالتالي كامل الأهلية، ومع ذلك يقوم هناك مانع طبيعي أو قانوني يمنعه من التصرفات القانونية.

### أولا: عوارض الأهلية

الأهلية تدور مع التمييز وجودا أو عدما وتماما ونقصانا، فإذا كان التمييز تاما كانت الأهلية تامة، وإذا كان التمييز ناقصا فالأهلية هي الأخرى ناقصة، وإذا كان منعدم التمييز

1: تعرف الإجازة بأنها: تصرف قانوني من جانب واحد، مفاده التنازل عن الحق في طلب إبطال العقد، وبالتأكيد على صحته ونفاذه؛ (فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، 2009، ص.123). وما تجدر الإشارة إليه هو أن الإجازة تختلف عن الإقرار، فالإجازة تصدر من طرف أحد المتعاقدين وهو من تقرر الحق في إبطال العقد لمصلحته، عكس الإقرار الذي يكون من طرف شخص أجنبي عن العقد، عندما يبرم المتعاقدين تصرفا يؤثر في حقوق هذا الأجنبي؛ (بن شويخ رشيد، دروس في النظرية العامة للالتزام، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص.102).

2: غني حسونة طه، القانون المدني الكويتي بين نظرية الفقه الإسلامي في توقف العقود ونظرية الفقه الغربي في البطلان النسبي، مجلة الحقوق والشريعة، الكويت، السنة 02، ع02، يونيو 1978، ص.158.

فالأهلية هي الأخرى معدومة، وعليه قد يبلغ الإنسان سن الرشد تام التمييز، ولكن يطرأ على تمييزه ما يخل به، فتختل تبعاً لذلك أهليته، وهي ما يطلق عليها عوارض الأهلية، فهي صفات تعرض للإنسان فتؤثر تارة في أهلية الأداء فتزيلها، كالجنون والعتة، وأحياناً تنقصها مثل السفه والغفلة. وأخرى لا تؤثر في أهلية الأداء وإنما تؤثر في بعض تصرفاته كالدين ومرض الموت<sup>1</sup>.

### 1- الجنون

يعرف المجنون بأنه الشخص الذي أصابه خلل في توازنه العقلي وإنعدام تمييزه<sup>2</sup>، أي هو عارض يصيب الشخص فيفقد عقله ويسلبه تمييزه، فلا يعتد بأقواله وأفعاله. وقد عرفه الفقه الإسلامي وذلك في مجلة الأحكام العدلية بأنه اختلال القوة المميزة بين الأمور الحسنة والقبیحة المدركة للعواقب، بأن لا تظهر آثارها وتتعلل أفعالها<sup>3</sup>.

ونشير إلى أن المشرع الجزائري لم يعرف حالة الجنون فاسحا المجال للفقه، ولم يميز لا في القانون المدني ولا قانون الأسرة بين نوعي الجنون المعروفين في الفقه الإسلامي بالجنون المطلق والجنون المتقطع<sup>4</sup>.

ونجد المشرع الجزائري قد نص في المادة 107 من قانون الأسرة على مايلي: "تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلّة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها".

1: عبد الحميد الجياش، التعريف بالفقه الإسلامي والنظريات الفقهية، ط01، دار النهضة العربية، لبنان، 2009، ص.165.

2: القاسم هشام، المدخل إلى علم القانون، ط02، مطبعة الإسكان العسكرية، سوريا، 1987، ص.353.

3: جمعة سمحان الهلباوي، الأهلية وعوارضها والولاية العام والخاص وأثرهما في التشريع الإسلامي، دار الهدى، الجزائر، 1993، ص.31-32.

4: الجنون المطبق هو من كان جنونه يستوعب جميع أوقاته من دون أن تتخللها فترات من الإفاقة والصحو. وهذا النوع من الجنون يتزع عن المصاب به أهلية أداء بقسميها (الكاملة والناقصة). وتكون حكم الجنون فيه كحكم الصغير غير مميز. أما الجنون المتقطع أي غير المطبق وهو الذي يكون صاحبه في بعض الأوقات مجنوناً ويفيق في بعضها، وحكم هذا يختلف عن الأول. لأن ما يأتيه هذا الجنون في فترات الصحو والإفاقة صحيح ومعتبر كتصرف العاقل؛ (حسين النوري، عوارض الأهلية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، ط01، مطبعة البيان العربي، مصر، 1953، ص.114)؛ (حاشية ابن عابدين، رد المختار على الدار المختار، مج 01، مطبعة حلبي، مصر، 1966، ص. 5/93).



ومن هذا النص تتضح ضرورة التفرقة بين تصرفات المجنون والمعتوه والتي تقع بعد صدور الحكم بالحجر عليهما، وتلك التي تصدر قبل صدور هذا الحكم.

فإذا صدر تصرف من المجنون قبل صدور الحكم بالحجر، فإن هذا التصرف يقع صحيحاً رغم إنعدام التمييز وتختلف الإرادة لديه، وذلك حماية للطرف الآخر الذي تعاقد مع المجنون متى كان هذا الطرف حسن النية<sup>1</sup>، بمعنى ما دامت حالة المجنون غير شائعة وغير معروفة لدى الطرف الآخر كان التصرف صحيحاً منتجا لأثاره القانونية، حتى لا يتفاجأ ببطلان هذا العقد. وهذا ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها، والذي جاء فيه: "لا يمكن الحكم على التصرفات القانونية الواقعة قبل الحجر على المريض إلا إذا أثبتت الخبرة بأن المرض كان متفشيا وظاهرا"<sup>2</sup>

كما يعد الحكم بالحجر على المجنون حكماً منشئاً لحالة الحجر، بحيث يعد المجنون عديم الأهلية ابتداءً من لحظة صدور الحكم، وهذا ما نصت عليه المادة 107 من قانون الأسرة، فنج أن المشرع عل التصرفات التي يجريها المجنون بعد صدور الحكم بالحجر تقع باطلة مطلقاً<sup>3</sup>.

كما فرض المشرع الجزائري واجب الرقابة على المجنون في صريح نص المادة 134 من القانون المدني على ترتيب مسؤولية على متولي الرقابة عما يلحق المريض بالغير بسبب حالته العقلية من ضرر<sup>4</sup>. ومن المعلوم أن مسؤولية متولي الرقابة تقوم على أساس قرينة الخطأ المفترض<sup>5</sup>،

1: محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.384.

2: المحكمة العليا، غ.أ.ش، 05-06-2002، ملف رقم 220962، المجلة القضائية، ع02، 2003، ص.296.

3: علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص.160.

4: نص المادة 134 من القانون المدني الجزائري على أنه: "كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى رقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمانية، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار".

5: لقد طبقت فكرة الخطأ المفترض في المسؤولية عن عمل الغير، وعن الأشياء التي تكون في حراسة الشخص، وهي مقررة ابتداءً على عاتق المتبوع، بمجرد وقوع الضرر بفعل الأشخاص التابعين له، على أساس افتراض تقصير من جانبه، ويتخذ منه قرينة على وقوع خطأ في أداء واجب الرقابة الواقع على كاهله، ومسؤوليته تفترض في هذه الحالة افتراضاً بمجرد توافر شروط تطبيقها؛

Voir: Douc Rasy, Les frontières de la faute personnelle et de la faute de service en droit administratif Français, LG.D. J ; Paris. P.p.18.19.

ولقيام هذه المسؤولية يتعين توفر شرطين اثنين، يتمثل أولهما في تولي الشخص الرقابة على شخص آخر. فالأول هو الملتزم بواجب الرقابة وأما الثاني فهو خاضع للرقابة كالتزام الأب بصفته وليا لا برقابته القاصر<sup>1</sup> أو المجنون، وطالما أن هذين الأخيرين في حاجة إلى الرقابة القائمة على أساس الخطأ المفترض فتنتهي ببلوغ الخاضع للرقابة سن الرشد إذا كان قاصرا أو إفاقة المجنون، والشرط الثاني لقيام مسؤولية متولي الرقابة فهو صدور عمل غير مشروع ممن تشمله الرقابة كالمجنون مثلا، إذ يترتب عن هذا العمل ضرر للغير، وعلى هذا فإن العمل الضار الصادر من المجنون يكفي فيه توفر العنصر المادي وهو التعدي دون العنصر المعنوي وهو الإدراك وتنعقد المسؤولية<sup>2</sup>.

## 2- العته

العته هو مرض يمنع العقل من إدراك الأمور إدراكا كاملا وصحيحا، والمعته كالصبي غير المميز<sup>3</sup>، غير أن المشرع الجزائري لم يعرف المعته على خلاف المشرع المغربي الذي عرفه في المادة 216 من مدونة الأسرة، حيث نصت على أنه: "هو الشخص المصاب بإعاقة ذهنية لا يستطيع معها التحكم في تفكيره وتصرفاته". والفرق بين المعته والمجنون هو أن المجنون تصاحبه حالة هيجان بخلاف العته الذي يعتبر جنونا هادئا<sup>4</sup>. فلم يفرق المشرع الجزائري بين الجنون والعته، واعتبر حكم تصرفاتهما كالصبي غير المميز، ويحجر عليهما بحكم من المحكمة وفقا لإجراءات بينها القانون، كما يرفع الحجر بقرار من المحكمة إذا ما انتهى الجنون أو العته<sup>5</sup>.

1: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء 02، منشورات حلي الحقوقية، مصر، 2013، ص.852.

2: إن المشرع الجزائري لم يحدد سن فيما يتعلق الأمر بمسألة خضوع للرقابة، وهكذا فإن حكم المادة يمتد إلى كل شخص لم يبلغ سن الرشد المدني المقدر بتسعة عشرة سنة كاملة. خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج01، ط04، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص.270.

3: مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، أحكام الأهلية والوصية، ج02، ط05، مطابع دار الفكر، دمشق، 1963، ص.22.

4: علي الفيلاي، المرجع السابق، ص.220.

5: نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص.169.

والأصل أن جميع تصرفات المجنون والمعتوه صحيحة رغم انعدام التمييز وقبل الحجر عليه، وهذا إذا كانت حالة المجنون والعتة غير شائعة وقت التعاقد، أما إذا كانت شائعة وقت التعاقد وكان الطرف الآخر الذي تعاقد معه على علم بما، فإن تصرفاتهما تكون باطلة بطلانا مطلقا، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، أما بعد توقيع الحجر فتكون تصرفات المجنون والمعتوه باطلة بطلانا مطلقا<sup>1</sup>.

### 3- السفه

السفه لغة هو الطيش وخفة العقل<sup>2</sup>، أما اصطلاحا فهو تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى العقل والحكمة<sup>3</sup>، أي إنقاص للمال دون رؤية العواقب محمودة كانت أو غير محمودة، لأن من عاداته التبذير والإسراف في النفقة والتصرف لا لغرض أو لغرض لا يعده العقلاء غرضا صحيحا<sup>4</sup>.

إن السفه مخاطب بالتكاليف الشرعية، لأن الخطاب بالأهلية وهي البلوغ مع العقل، والسفه لا يوجب نقصا في عقله ولا تمييزه فيبقى مخاطبا بحقوق الشرع وتصح تصرفاته القولية كالنكاح والطلاق، ويجب في ديون العباد ويعاقب على جرائمه<sup>5</sup>.

لم يتعرض المشرع الجزائري لتعريف السفه إلا أنه نص في كل من المادتين 43 و44 من القانون المدني أحكامها، فإعتبر كل من بلغ سن الرشد وكان سفيهيا يكون ناقص الأهلية، فيخضع لنظام الولاية أو الوصاية أو القوامة بحسب الأحوال، ونصت المادة 85 والمادة 101 من قانون الأسرة على أن تصرفات السفه تكون غير نافذة كما يحجر عليه، وكذلك المادة 103 التي تنص على أنه "يجب أن يكون الحجر بحكم، وللقاضى أن يستعين بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحجر"، حيث يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد أخذ برأي فقهاء الشريعة الإسلامية ومنهم

1: المادة 107 من قانون الأسرة؛ ولمزيد المعلومات أنظر، محمد بشير، عوارض الأهلية والحلول القانونية المقررة لها في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، مجلة صوت القانون، جامعة الجليلي بو نعامة، خميس مليانة، الجزائر، مج5، ع02، أكتوبر2008، ص.82.

2: أحمد بن محمد المقرئ، المصباح المنير، ج01، دار المؤيد، القاهرة، 2005، ص.380.

3: عبد الحكيم فودة، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، دار الكتاب الحديث، مصر، 1993، ص.114.

4: محمد مصطفى الشليبي، المدخل في الفقه الإسلامي، مطبعة دار التأليف، القاهرة، 1962، ص.718.

5: عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص.236.

الشافعي<sup>1</sup>، وأحمد<sup>2</sup>، ومالك<sup>3</sup> القائلين بضرورة كون الحجر بناء على حكم من القضاء، إلا أنه بالنسبة لتصرفات السفية قبل الحجر فهناك أصل وهناك استثناء فالأصل هو صحة التصرفات، ولكن حسب المادة 85 من قانون الأسرة فإن تصرفات السفية غير نافذة إذا صدرت في حالة السفه، وحسب المادة 107 من نفس القانون تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورهما.

أما إذا تم تسجيل قرار الحجر على السفية فإنه يصبح في حكم ناقص الأهلية<sup>4</sup>، وتأخذ تصرفاته حكم تصرفات الصبي المميز، وهذا حسب المادة 43 من القانون المدني والمادة 83 من قانون الأسرة، فتكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة التزاع يرفع الأمر للقضاء، ولكن عند الإطلاع على المادة 43 من القانون المدني التي نصت على أنه: "كل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون"، و المادة 85 من قانون الأسرة التي نصت على أنه: "تعتبر تصرفات المجنون أو المعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه".

نلاحظ من خلال نص المادتين أنهما اعتبرتا السفية ناقص الأهلية في المادة 43 من القانون المدني، في الحين اعتبرت المادة 85 من قانون الأسرة السفية عديم الأهلية بأن ألقته بالمجنون والمعتوه كما جعلت تصرفات هؤلاء غير نافذة أي موقوفة<sup>5</sup>. ولكن هذا غير صحيح حيث أن

1: مصطفى الحن، مصطفى البغا، علي الشريجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، ج08، ط04، دار القلم للطباعة والنشر، دمشق، 1413هـ-1992، ص.250.

2: مجد الدين بن تيمية، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج 02، ط02، مكتبة المعارف، الرياض، 1404هـ-1984، ص.385.

3: الحسين بن محمد شواط، عبد الحق حميش، أحكام الحجر في الفقه الإسلامي، شبكة ألوكة، 2014، ص.06.

4: محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2002، ص.75.

5: العقد الموقوف هو عقد صحيح ولكنه لا يرتب عليه آثار قبل إجازته، فهو ليس باطلاً لأن باطل ليس له وجود شرعي مثل العدم ولا يرتب عليه آثار، أما الموقوف له وجود شرعي ومادي في فترة توقيفه كما أنه ليس بعقد فاسد لأن الفاسد هو من كان مشروعاً بأصله دون وصفه. ولأن العقد الفاسد قد يرتب عليه بعض الآثار إذا نفذ بخلاف العقد الموقوف، وهو ليس بعقد قابل للفسخ، إذ لا يجوز فسخه أو الرجوع فيه لا من المتصرف ولا من المتصرف إليه؛ (أسعد فاطمة، نظرية العقد

تصرف كل من المجنون و المعتوه باطل بطلانا مطلقا ولا تصححه الإجازة، وهذا ما ورد في النص الفرنسي من تقنين الأسرة وبالضبط نص المادة 85 من قانون الأسرة الجزائري في عبارة "sont nuls" أي باطلة<sup>1</sup>.

إذن السفه كامل العقل ولكنه مغلوب بهواه السيئ التدبير، لذا يمنع من التصرف في ماله صيانة له وخشية عليه من الضياع في إنفاقه بغير وجه صحيح<sup>2</sup>.

#### 4- الغفلة

ذو الغفلة هو الذي يخدع في البيع والشراء ولا يهتدي إلى وجه المصلحة في تصرفاته<sup>3</sup> وذو الغفلة هو من يكون طيب القلب إلى حد السذاجة، بحيث تجره طبيته وسلامة قلبه إلى سهولة خدعه وغبنه في معاملاته مع غيره.

ويتبين أن السفه والغفلة بوجه عام يشتركان في معنى واحد هو ضعف الملكات الضابطة في النفس، إلا أن الصفة المميزة للسفه هي أنها تعتري الإنسان فتحمله على تبذير المال والإنفاق على خلاف مقتضى العقل والشرع. أما الغفلة فإنها تعتبر من صور ضعف بعض الملكات النفسية ترد على حسن الإدارة والتقدير<sup>4</sup>. ونجد أن المشرع الجزائري قد نص على حالة الغفلة في المادة 43 من القانون المدني وأطلق لفظ Frappé d'imbécilité بدل Etourdr في النص الفرنسي حيث سُمي ذا الغفلة معتوها وهذا ما يتناقض مع ما جاء في المادة 42 من القانون المدني حيث اعتبر المعتوه عديم الأهلية لا ناقصها.

ولكن في ظل تعديل القانون المدني سنة 2005 استبدل المشرع الجزائري كلمة معتوه في نص المادة 43 بكلمة ذا غفلة، ولكنه مع ذلك لم يدرج حالة الغفلة في المادة 101 من قانون

الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015، ص.22).

1: محمد بشير، عوارض الأهلية والحلول القانونية المقررة لها في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، مجلة صوت القانون، المجلد الخامس، ع 02، جامعة الجليلي بونعامة، خميس مليانة، الجزائر، أكتوبر 2018، ص. 83.

2: محمد سعيد جعفرور، التصرفات الدائرة بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2002، ص.23.

3: عبد الحميد الجياش، المرجع السابق، ص. 167.

4: محمد سعير جعفرور، التصرفات الدائرة بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.24.

الأسرة، كسبب من أسباب الحجر وهذا ما يجب عليه أن يتداركه لإزالة التناقض الموجود بين القانون المدني الجزائري وقانون الأسرة الجزائري.

والأصل أن تصرفات السفه وذي الغفلة الصادرة قبل الحكم بالحجر صحيحة، لأنهما كاملا الأهلية في نظر الغير. أما بعد توقيع الحجر شأنها شأن حكم تصرفات القاصر المميز مع الفرض أن ذا غفلة منصوص عليه في قانون الأسرة، فتكون صحيحة إذا كانت نافعة لهما نفعاً محضاً كقبولهما تبرعاً مالياً وتكون باطلة بطلاناً مطلقاً إذا كانت ضارة لهما ضرراً محضاً كهبه أموالهما، وتكون هذه التصرفات في الحالة الأخيرة قابلة للإبطال (باطلة بطلاناً نسبياً) إذا كانت دائرة بين النفع والضرر كالتصرف الناشئ عن عقد البيع، هذا ويتعين أن يكون الحجر بحكم قضائي بناء على طلب الأقارب أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة، وللقاضي الاستعانة بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحجر وأن يعين مقدماً لرعاية المحجور عليه والقيام بشؤونه. كما بإمكان المحكمة أن تعين للشخص الذي يراد التحجير عليه مساعداً إذا رأت مصلحة في ذلك وتمكينه من الدفاع عن نفسه<sup>1</sup>.

#### ثانياً: موانع الأهلية

قد يكون الشخص كامل الأهلية ومع ذلك تقوم لديه ظروف تمنعه من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه أو بمفرده، وهذه الموانع تمس عقل الإنسان أو تميزه، وقد يكون عاقلاً، بالغاً، راشداً، ومالكا لقواه العقلية، ولكنه يتعذر عليه القيام بأي تصرف من التصرفات لظروف تمنع الشخص من مباشرة هذه التصرفات، لهذا يجب إقامة من يتولى عنه مباشرتها، فهي ظروف ليس من شأنها أن تؤثر في أهلية الشخص، إذ هو كامل الأهلية رغم وجودها وإنما تحول بينه وبين مباشرة التصرفات أو تجعل من المتعذر من أن ينفرد بمباشرتها<sup>2</sup>، وقد يكون هذا المانع طبيعياً كإصابة الشخص بعاهة أو عجز جسماني، وقد يكون المانع قانونياً كالحكم على الشخص بعقوبة جنائية، كما قد يكون المانع مادياً كغياب الشخص.

1: محمد بشير، المرجع السابق، ص.85.

2: عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص.243.

## 1- المانع الطبيعي

نصت المادة 80 من القانون المدني على أنه: "إذا كان الشخص يكون 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، إذ صدر من الشخص الذي تقرر مساعدته بدون حضور مساعد بعد تسجيل قرار المساعدة"<sup>1</sup>.

ولكن ما يعاب على المشرع الجزائري في هذه المادة ورغم تعديلات 2005 أن هناك خطأ شكليا في كلمة "بسبب تلك العاهة" و التعبير الصحيح هو "بسبب هاتين العاهتين" لأن العاهة الواحدة لا تكفي بل لابد من توفر عاهتين حتى يعين له مساعد قضائي وفقا لأحكام هذه المادة<sup>2</sup>. وهذا يعد مانعا طبيعيا يترتب على وجوده عدم استطاعة الشخص مباشرة التصرفات القانونية بنفسه، أو قد يكون باستطاعته مباشرة بنفسه ولكن يخشى من إنفراده بالتصرف فيها.

## 2- المانع المادي

المانع المادي هي الظروف المادية التي تحول دون مباشرة الشخص التصرف في أمواله كحالة الغيبة، والغائب هو الشخص الذي تنقطع إقامته ولكن حياته تكون محققة دون شك فيها لأنها معلومة<sup>3</sup>، وقد عرفته المادة 110 من قانون الأسرة الجزائري بأن: "الغائب الذي تمنعه ظروف القاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة أو تسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود"<sup>4</sup>، والغيبة على هذا النحو تعتبر مانعا ماديا يحول بين الشخص وبين مباشرة التصرفات القانونية بنفسه، وحتى لا تتعطل مصالح الغائب ومصالح أصحاب المصلحة من الغير بسبب الغيبة، فقد قرر القانون من ينوب عليه في إدارة شؤونه وأمواله وتولي مصالحه بحيث تعين المحكمة وكيلا عنه للقيام بهذه المهام<sup>5</sup>. وقد نصت المادة 31 من القانون المدني على

1: المادة 80 من القانون المدني.

2: بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، ج 01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015، ص.98.

3 : إسحاق إبراهيم منصور، نظرية القانون والحق وتطبيقهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، 1999، ص.219.

4: المادة 110 من قانون الأسرة الجزائري.

5 : محمد حسين منصور، نظرية الحق، دار الجامعية الجديد، الإسكندرية، 2009، ص.398.

أنه: "تجري على المفقود والغائب الأحكام المقررة في التشريع العائلي"<sup>1</sup>. وبالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن تعيين الوكيل يكون بناء على طلب أصحاب المصلحة إذا لم يكن قد ترك وكيلا قبل غيابه، فإذا ترك وكيلا قبل غيابه تقوم المحكمة بتثبيت هذا الوكيل إذا توفرت فيه الشروط القانونية اللازمة لذلك وإلا تعين غيره. وفي حالة عودة الغائب تنتهي مهام الوكيل لأن مانع الغيبة في هذه الحالة يزول. وكذلك الحال إذا مات الغائب أو حكم بإعتباره ميتا موتا حكما (المفقود) تنتهي مهام الوكيل وتوزع التركة على الورثة<sup>2</sup>.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 113 من قانون الأسرة أن المدة التي يحكم بها بوفاة المفقود هي بمضي أربعة سنوات في الحروب والحالات الاستثنائية بعد عمليات تحري وبحث يجريها القاضي في شأن المفقود، وفي الحالات التي تغلب عليها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تحديد المدة التي يقضي بها بموت المفقود، وذلك بعد أن تمضي أربع سنوات من الفقدان وبعد عمليات التحري والبحث عليه بكافة الطرق والوسائل التي يمكن أن تؤدي إلى الكشف عنه.

فنجد أن قانون الأسرة قد أخذ بمذهب الحنفية والحنابلة معا في تقدير المدة التي يحكم بها بوفاة المفقود، وأما حينما فرق بين حالة الفقدان في الحالة يغلب عليه الهلاك، وفي الحالة التي يغلب عليه السلامة، فأخذ بمذهب الحنفية من حيث ترك تقدير مدة الحكم بموته إلى أمر القاضي حسب ما تبين لديه من أدلة وإثبات<sup>3</sup>، وأخذ برأي الحنابلة من حيث أنهم فرقوا بين مظنة الهلاك من عدمه أي في الحالة التي تغلب عليها السلامة<sup>4</sup>.

### 3- المانع القانوني

تنص المادة 78 من القانون المدني على أن: "كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون"<sup>5</sup>. ويتحقق المانع القانوني بالنسبة لمن سلبت أهليتهم بحكم المحكمة أو بحكم القانون كما لو حكم بعقوبة جنائية، وهذا مانعت عليه

1: المادة 31 من القانون المدني.

2: محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.399.

3: هادي محمد عبد الله، أحكام المفقود، ط01، دار الدجلة، الأردن، 2010، ص.195.

4: ليلي حسن محمد الزويعي، أحكام العدة في الشريعة الإسلامية، ط02، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، عمان،

2007، ص.217.

5: المادة 78 من القانون المدني.



المادة 09 الفقرة 01 من قانون العقوبات<sup>1</sup>، والتي اعتبرت الحجر القانوني عقوبة تكميلية، وهي حرمان المحكوم عليه بعقوبة جنائية من إدارة أمواله أو التصرف فيها إلا بإذن المحكمة كعقوبة تبعية طوال مدة تنفيذ العقوبة السالبة للحرية، وهذا حسب المادة 04 من الفقرة 03 من قانون العقوبات والتي نصت على أن: "العقوبة التكميلية هي تلك التي لا يجوز الحكم بها مستقلة عن العقوبة الأصلية فيما عدا الحالات التي ينص عليها القانون صراحة، وهي إما إجبارية أو اختيارية..". إلا أنه قد يسمح للمحكوم عليه بحرية اختيار القيم الذي تقره المحكمة الذي يقوم على إدارة هذه الأموال فقط دون أن يكون سلطة التصرف فيها، إذ يظل للمحكوم عليه حق التصرف في أمواله شريطة أن يحصل على إذن المحكمة وإلا كان تصرفه باطلا بطلانا مطلقا. أما إذا لم يعين قيما له عينته المحكمة المدنية التابع لها محل إقامته. وينتهي المانع القانوني للأهلية في هذه الحالة بانقضاء العقوبة السالبة للحرية (العقوبة الأصلية) أيا كان سبب هذا الانقضاء، فتردّ تبعاً لذلك الشخص أمواله لياشر عليها سلطة إدارتها والتصرف فيها كيفما شاء<sup>2</sup>. وقد قضت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 29-06-1986 بالغرفة المدنية بطلان البيع الذي أنجزه محكوم عليه بعقوبة جنائية أثناء تنفيذه العقوبة الجنائية، وذلك لانعدام أهلية التعاقد، كونه تحت الحجر القانوني الذي يمنعه أثناء تنفيذ العقوبة من مباشرة حقوقه المالية، وله في جميع الأحوال أن يختار وكيلًا ينوب عنه في مباشرة تلك الحقوق<sup>3</sup>.

والجدير بالذكر أن الأحكام المتعلقة بالأهلية تعتبر من النظام العام لأنها تشمل مصلحة الجميع، حيث لا يجوز لأحد التنازل عنها أو تغيير أحكامها أو مخالفتها وإلا كان الاتفاق باطلا حسب المادة 45 من القانون المدني " ليس لأحد التنازل عن أهليته، ولا للتغيير أحكامها"<sup>4</sup>.

وعليه كان المدار في الأهلية هو مرض العقل، لهذا كان الجنون والعتة سببا لإنعدام الأهلية، أما الغفلة والسفه فكانا سببا في نقصها، وعند إجتماع عاهات الجسد فإن الأهلية

1: المادتين 09 و04 من الأمر رقم 66-156 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بقانون رقم 01-09 المؤرخ في 25 فبراير 2009، والقانون رقم 11-14 المؤرخ في 12 غشت 2011، قانون رقم 15-19 مؤرخ في 18 ربيع الأول 1437هـ، الموافق ل30 ديسمبر 2015، والأمر رقم 20-01 مؤرخ في 30 يوليو 2020، ج.ر عدد44 صادر في 30 يوليو 2020.

2: طارق عقيقي صادق أحمد، نظرية الحق، ط01، المركز القومي للإدارات القانونية، القاهرة، 2016، ص.227.

3: المحكمة العليا، غ.م، 29-06-1986، ملف رقم 43476، م.ق، ع 01، 1993، ص.14.

4: المادة 45 من القانون المدني.

تسلم، فمرض الجسد ينعقد تأثيره على هذه الأهلية، فكان مرض الموت لا ينافي الأهلية بشقيها: أهلية الوجوب أو أهلية الآداء، فمناط أهلية الوجوب هو الإنسانية، ولكن قد يكون الإنسان مقعدا ولكن تصرفاته صحيحة ومعتبرة فلا يؤثر على أهليته في البيع والتبرع وكافة التصرفات القانونية<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: أهلية المريض مرض الموت في عقد البيع

إن وجود الشخص وتمتعه بالشخصية القانونية لا يعني أن ذلك الشخص يستطيع أن يباشر تصرفاته بنفسه، بل لابد من قدرة يحدد القانون مناطها ونطاقها ومراحلها، والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري قد وحد القواعد القانونية في مسائل الأهلية وما يرتبط بها من الأنظمة التي تحمي عديمي الأهلية وناقصيها ومن في حكمهما<sup>2</sup>. كما أتى القانون الجزائري والقوانين العربية الأخرى ببعض الأحكام الخاصة بتصرفات المريض مرض الموت التي استمدت معظمها من الشريعة الإسلامية، إلا أنه لم يوضح ماهية أهلية المريض مرض الموت، وهل مرض الموت يفقدها أو ينقصها ومن تم يكون المريض غير أهل للتصرفات التي ينشؤها أثناء مرض الموت<sup>3</sup>.

### الفرع الأول: أهلية مريض مرض الموت في الفقه الإسلامي

ترتكز النظرة الشرعية في مرض الموت على اعتبار أن هذا المرض إنذار بجاذة الموت التي تنتهي بها الشخصية والأهلية، ومن المعلوم أن مرض الموت هو المرض الذي يكون ملاحظا فيه غلبة الظن بالهلاك من هذا المرض. ولا شك في أن مرضا كهذا يجعل صاحبه يائسا من الحياة فيختل ميزان تصرفاته<sup>4</sup>. ومرض الموت عند فقهاء الشريعة الإسلامية وإن كان من عوارض الأهلية التي تقتضي تغييرا في بعض أحكامه، فإنه لا ينافي أهلية الوجوب أي إلزامه بالواجبات الشرعية، سواء كانت من حقوق الله تعالى كالصلاة والزكاة أم من حقوق الناس كالتقصاص ونفقة الأزواج والأولاد. ولا ينافي كذلك أهلية العبارات، أي احترام الأقوال التي تصدر عنه بغض النظر عن لزومها ونفادها، لأنه لا يخل بالعقل ولا يمنعه من استعماله حتى صح زواج

1: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج05، المرجع السابق، ص.276.

2: نبيل صقر المرجع السابق، ص.32.

3: محمد كامل مرسي، الوصية وتصرفات مريض مرض الموت، المرجع السابق، ص.80.

4: عبد الحميد الجياش، المرجع السابق، ص.167.

المريض وطلاقه، وانعقدت جميع تصرفاته، وجميع ما يتعلق بالأقوال التي تصدر منه<sup>1</sup>. ولكن في المقابل اختلف الفقه حول مسألة اعتبار مرض الموت عارضا من عوارض الأهلية من عدمه. الرأي الأول: هو مذهب الحنفية<sup>2</sup> والحنابلة<sup>3</sup> وهو قول عند المالكية<sup>4</sup> ويرد ذلك القول أن مرض الموت عارض من عوارض الأهلية وانه ينقص من أهلية الأداء، لضعف ذمته وتعلق حق الغرماء بأمواله وقرب انتقال ملكيته إلى الورثة، ولذلك تحد تصرفاته كالمحجور عليه، فتأخذ تبرعاته حكم الوصية التي تقيد بالثلث، كما تصبح بقية التصرفات موقوفة على إجازة الدائنين، خاصة إذا كان الدين مستغرقا لماله<sup>5</sup>.

أما الرأي الثاني: فهو مذهب المالكية<sup>6</sup> والشافعية<sup>7</sup> وقول عند الحنابلة والظاهرية<sup>8</sup> وهو أن مرض الموت لا يعتبر عارضا من عوارض الأهلية، وأن تصرفات المريض بشكل عام صحيحة ونافذة ولازمة لأن مرض الموت لا يؤثر على أهلية المريض، ولا يضعف ذمته ولا يقيد حرите وولايته، ولا يحد من تصرفاته ولا يتعلق بحق الورثة بماله وتركته إلا بعد وفاته. وقد استدلوا في قولهم هذا على أنه يجب التفرقة بين المريض والصحيح، لأن مرض الموت كبقية الأمراض الأخرى التي لا تؤثر على الأهلية والتصرفات، خاصة وان التفرقة بينهما لا دليل عليه<sup>9</sup>.

كما يرى أحد فقهاء الحنفية<sup>10</sup> أن مرض الموت لا ينفي أهليتي الوجوب والأداء لدى الإنسان لبقاء ذمته وعقله اللذين هما مناط الأحكام، ولهذا صحت تصرفاته وعقوده، وقد كان ينبغي أن لا يتعلق بمال حق للغير. وأن لا يرد عليه في تصرفاته أي قيد، ولكنه لما كان مرضه

1: محمد كامل مرسي، الوصية وتصرفات..، المرجع السابق، ص.258.

2: مجلة الأحكام العدلية، المادة 1595، والفتاوى الهندية، لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، 463/1 و4/176.

3: عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني على مختصر الخرقي، دار الفكر، بيروت، 1405هـ، ص.157.

4: أبو عباس أحمد بن محمد الخلوئي، المشهور بالصاوي المالكي، 399/3.

5: محمود عبد العزيز، فقه الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2011، ص.169.

6: أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، 31/7.

7: أبي إسحاق أبراهيم بن علي بن يوسف بن فيروز أبادي السبزي، المهذب في الفقه الإمام الشافعي، ج1، ط02،

مطبعة دار المعرفة، بيروت، 1959، ص.460.

8: عبد الله محمد عليش، منح الجليل على مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، 1989، ص.196.

9: شفيق الجراح، عقد البيع، مطبعة الرياض، دمشق، سوريا، 1985، ص.83.

10: علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري، كشف الأسرار عن أصول البز دوري، ج04، دار الكتاب العربي، بيروت،

1394هـ، 1974م، ص.307.

سببا للموت، والموت سبب لخلافة الدائنين والورثة في مال المريض بعد وفاته، لذا فإن حق الدائنين والورثة يتعلق بمال المريض مرض الموت، ولأن أهلية الإنسان في التملك تنتهي بالموت فيخلفه أقرب الناس إليه، وهم الورثة. كما أن ذمة الإنسان تنتهي بالموت فيصير المال الذي هو محل لقضاء الدين فيخلفه الدائن في ماله.

ولذا يقرر الفقهاء أن المريض مرض الموت له أهلية الوجوب في حقوق تثبت له وتثبت عليه كاملة غير منقوصة<sup>1</sup>، ولذا فمرض الموت لا ينافي أهلية الحكم، أي ثبوت الحكم ووجوبه على إطلاقه، سواء كانت حقوقا لله تعالى أو من حقوق العباد. ولما لم يكن المرض منافيا للأهليتين كان ينبغي أن تجب على المريض العبادات كاملة كما تجب على الصحيح، وان لا يتعلق بماله حق الغير، ولا يثبت الحجر عليه بسببه، لكنه لما كان سبب الموت بواسطة ترادف ألام الموت والعجز الخالص حقيقة أو حكما، وكان المرض من أسباب العجز أي موجبا له بزوال القوة وانتقاصها ولما كان الموت علة لخلافة الورثة والغرماء في المال، لأن بالموت تبطل أهلية المملك فيخلفه أقرب الناس إليه والذمة تقرب بالموت فيصير المال الذي هو محل قضاء الدين مشغولا بالدين فيخلفه الغريم في المال، كان المرض من أسباب تعلق حق الورثة والمال الغريم بماله في الحال، لأن الحكم يثبت بقدر دليله، ولأن التعلق لما ثبت الموت حقيقة ويستند هذا الحكم إلى أول المرض<sup>2</sup>.

والمريض مرض الموت شخص عاقل رشيد له أهلية وجوب والأداء، لذلك فهو أهل للتعاقد شرعا وقانونا، لذلك فإن الشريعة الإسلامية لم تحد من عقود المريض مرض الموت وتصرفاته لانعدام أهليته أو نقصها. وإنما يرجع ذلك إلى تعلق حق الورثة بأموال المريض في وقت المرض؛ ومع أن المرض لا تأثير له على أهلية الوجوب والأداء، إلا أنه بحكم أنه مرض الموت أي

1: محمد كامل مرسي، الوصية وتصرفات المريض مرض الموت في القانون المصري والقوانين الأجنبية، دار النهضة العربية، 1950، ص.258.

2: بن غريب رابع، أحكام تصرفات مريض مرض الموت في القانون المدني مقارنة بالفقه الإسلامي، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ع01، 2010، ص.372.

مؤد إلى الموت، ولما كان الموت علة لخلافة الوارث فهو بهذا من أسباب الحجر على تصرفات المريض المالية التي تتعلق بها حقوق غيره دون تلك المتعلقة بحاجاته الضرورية<sup>1</sup>.

ومن الجدير بالذكر هنا أن الحجر إنما يثبت بالمرض إذا اتصل بالموت مستندا إلى أول المرض، لأن علة الحجر هو مرض الموت، وعلى هذا انعقد إتفاق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي<sup>2</sup>، فإذا صدرت من المريض مرض الموت تصرفات تنطوي على تبرع كان لها حكم الوصية.

وعليه فإن القاعدة في تصرفات المريض مرض الموت هي أن كل عمل قانوني يبيعا أو إقرارا يصدر عن شخص في مرض الموت إذا انطوى على التبرع فيما يجاوز ثلث التركة لا يكون باطلا ولا قابلا للإبطال، بل يكون فيما جاوز ثلث التركة غير نافذ في حق الورثة، فهو تصرف صحيح ولكنه لا ينفذ في حق الورثة إلا بإجازتهم إذا لم يوجد ورثة نفذ التصرف في كل المال.

### الفرع الثاني: أهلية المريض مرض الموت في بعض التشريعات العربية

قد قام المشرع الجزائري بتوحيد القواعد القانونية بالنسبة لجميع الجزائريين في مسائل الأهلية، وناقصها ومن كان في حكمهم، والأهلية تعد عنصرا من عناصر هذه الحالة وهي بهذه الصفة تعتبر من المسائل الأحوال الشخصية، لكنها ليست كسائر الأحوال الشخصية، لأنها مرتبطة إرتباطا وثيقا بالروابط المالية، أو الأحوال العينية، ذلك أن القانون قد ربط قيام تصرفات القانونية أو صحتها بتوافر وإكتمال الأهلية.

### أولا: أساس تقييد الأهلية في مرض الموت

لقد نصت المادة 45 من القانون المدني على أنه: "ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا لتغيير أحكامها"، ويفهم من سياق المادة أن الأهلية من النظام العام<sup>3</sup>؛ بمعنى أنه لا يجوز أن يعطي

1: حسين خلف الجبوري، عوارض الأهلية عند الأصوليين، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، السعودية، 1988، ص.300.

2: السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج04، المرجع السابق، ص.323.

3: النظام العام فكرة تستعصي بطبيعتها على تحديد ويمكن أن يقال في شيء من التعميم والتقريب أن النظام العام هو مجموعة المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع، سواء كانت سياسية أو إجتماعية أو إقتصادية"، وعرفت المادة 03 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم 05 لسنة 1985 النظام العام بأنه: "يعتبر من النظام العام الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والميراث والنسب والأحكام المتعلقة بنظم الحكم وحرية التجارة وتداول الثروات وقواعد الملكية الفكرية وغيرها من القواعد والأسس التي يقوم عليها المجتمع، وذلك بما لا يخالف الأحكام القطعية والمبادئ

شخص أهلية غير متوافرة عنده ولا أن يوسع عليه فيما نقص منها لديه، كما لا يجوز الحرمان من أهلية موجودة أو الانتقاص منها، وكل اتفاق على شيء من ذلك يكون باطلا، ومن خلال المادتين 78 و79 من القانون المدني والمادة 80 من قانون الأسرة الجزائري، نجد أن المشرع لم يعتبر مرض الموت من عوارض الأهلية، واعتبر أهلية المريض مرض الموت كاملة كأهلية الصحيح تماما، فنقص الأهلية ترجع قانونا إلى عارض من عوارض الأهلية وهي الجنون والسفه والعتة والغفلة، وإلى عيب من عيوب الرضا(الغلط والتدليس والإكراه والإستغلال)، ولم يقل فقهاء الشريعة الإسلامية الذين تعرضوا لتصرفات المريض مرض الموت أنه مصاب بأحد العوارض، أو إرادته معيبة بأحد هذه العيوب، كما أنه لو كان المريض مرض الموت ناقص الأهلية، لكان تصرفه تبرعا باطلا بطلانا مطلقا إذا لم يكن له وارث، وهناك إجماع على أن تصرفه في كل ماله صحيح إن لم يكن له وارث<sup>1</sup>.

وقد صدر عن المحكمة العليا قرار يقضي بأنه: "تعتبر الهبة في مرض الموت والحالات المخيفة وصية، لأنه يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل وقت إبرام أو تحرير الهبة، وأن إبطال الهبة المحررة بواسطة الوكيل في مرض الموت هو تطبيق سليم للقانون لعدم تحقيق ما تقتضيه أحكام المادتين 203 و204 من قانون الأسرة"<sup>2</sup>، فيستشف أن هذه الأخيرة اعتبرت أن المريض مرض الموت غير سليم العقل، بالرغم من أن هناك انتقادات وجهت لها من قبل شراح القانون من خلال قرار سابق لها الذي جاء محتواه كآآتي: "من المقرر شرعا أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا ويجر إلى الموت، ويفقد المتصرف وعيه وتمييزه"<sup>3</sup> والتي اعتبرت أن مرض الموت عارض من عوارض الأهلية أو عيب في الإرادة، وهذا يخالف المبادئ والقواعد الفقهية المستمدة من الشريعة الإسلامية حينما اعتبرت أن مرض الموت يفقد المتصرف وعيه وتمييزه، خاصة إذا اعتبرنا المريض مرض الموت ناقص الأهلية، فإن كل

الأساسية للشريعة الإسلامية"، سعيد سيف السبوسي، النظام العام والأداب العامة وأثرهما على تنفيذ أحكام التحكيم وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم 11 لسنة 1992 وتعديلاته، دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية والإجتماعية، جامعة زيان عاشور، مج04، ع02، جوان 2019، ص.357.

1: محمد كامل مرسي، الوصية وتصرفات المريض مرض الموت، المرجع السابق، ص.257.

2: المحكمة العليا، غ.أ.ش، 21-02-2001، ملف رقم 256869، م.ق، ع02، 2002، ص.428.

3: المحكمة العليا، غ.أ.ش، 09-07-1984، ملف رقم 33719، م.ق، ع03، 1989، ص.51.

تصرف ضار ضررا محضا صادرا عنه يكون باطلا بطلانا مطلقا، فإذا سلمنا بذلك تكون تصرفاته التبرعية باطلة بطلانا مطلقا، وهذا لم يقل به أحد. كذلك إذا اعتبرناه عديم التمييز فإن كل تصرفاته تكون باطلة بطلانا مطلقا، بالإضافة إلى ذلك فإنه لا يحق للورثة أن يجيزوا تصرفا تبرعيا لمورثهم على أساس أن الإجازة لا تلحق العقد الباطل بطلانا مطلقا، بينما للورثة حق إجازة الوصية التي تتجاوز الحدود المقررة قانونا، وأن نقص أو فقد الأهلية يرجع قانونا إلى عارض من عوارض الأهلية أو عيب في الإرادة، ولم يقل أحد أن المريض مرض الموت به عيب من هذه العيوب أو عارض على الأهلية<sup>1</sup>.

فالمريض مرض الموت لا يفقد أهليته ولا تنقص ما دام حيا حافظا لقواه العقلية، فإنه يبقى متمتعا بأهليته الكاملة إلى آخر لحظة في حياته، وإنما يرجع تقييد التصرفات في مرض الموت، إلى تعلق حق الورثة بأموال المريض، فإذا صدرت منه تصرفات تنطوي على تبرع أخذ التصرف حكم الوصية، ذلك ان المريض وهو على شفا الموت إذا تبرع بماله فإنه يقصد بذلك أن ينقل هذا المال إلى غيره بعد موته، لا في المدة المحدودة القصيرة التي تقدر له الحياة فيها، ولا يستطيع إنسان ان ينقل ماله بعد موته بتصرف إرادي، إلا إذا كان عن طريق الوصية<sup>2</sup>.

وهناك اتجاه قضائي تونسي يرد سبب تقييد تصرفات المريض في مرض الموت إلى نظرية عيوب الرضا، وقد لاحظ الفقه عن صواب الخلط في هذا الاتجاه بين مرض الموت، والمرض في الفصل 59 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، فالمرض في هذا الفصل هو الذي يؤثر على الإرادة فيجعل المتعاقد المريض عرضة أكثر من غيره ليكون ضحية الغلط أو التغرير أو الإكراه، فهو ليس عيبا مستقلا للرضا بقدر ما يعين على القاضي تقرير العيب الرئيسي الذي يكون المريض ضحيته. أما مرض الموت فليس له علاقة بعيوب الرضا بالنسبة للقانون التونسي، بل يقتضي على العكس من ذلك ألا يؤثر المرض المخيف على مدارك المريض الذي يتصرف بمقتضى إرادة واعية تهدف إلى حرمان الورثة من كل التركة أو بعضها. ولما كان المشرع التونسي قد منع الفصل في 179 من مجلة الأحوال الشخصية أن الوصية لو ارتث بما يتجاوز ثلث التركة إلا بإجازة الورثة بعد وفاة الموصي ونزل الهبة خلال مرض الموت منزلة الوصية فان المريض سيحاول إبرام

1: إيمان معمري، المرجع السابق، ص.663.

2: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (البيع والمقايضة)، دار إحياء التراث العربي، لبنان،

2010، ص.223.

البيع الصوري لكن المشرع تصدى لذلك فيترل البيع المريض لو ارث متزلة الوصية ليسلط عليه حكمها. ويعتبر البيع محاباة لغير وارث هي مستترة ويتزله متزلة الوصية.

وقد انتهى فقه القضاء إلى اعتناق هذا الأساس، حيث جاء في أحد القرارات أن سبب إبطال البيع الواقع في مرض الموت لا يرجع إلى أهلية المريض ولا عيب في إرادته، لأن المريض في مرض الموت لا يفقد أهليته ولا تنتقص هذه الأهلية مادام حيا، ولذلك فإنه يعتبر حافظا لقواه العقلية ومتمتعا بأهليته إلى آخر حياته، فإذا فقد المريض مرض الموت التمييز فإن البيع يكون باطلا لانعدام التمييز لا لمرض الموت<sup>1</sup>. كما اعتبر في قرار آخر أن البطلان الناشئ عن جنون البائع والبطلان الناجم عن مرض الموت، وهما حالتان مختلفتان في الشرط والآثار القانونية، ذلك أن المرض المعيب للرضا كالجنون مناطه أحكام الفصل 59 من مجلة الالتزامات والعقود، بينما أعمال المريض تدرج تحت طائلة أحكام الفصلين 354 و355، ويتضح من هذين النصين أن محكمة التعقيب تخلت عن رأيها السابق لتؤكد بكل وضوح على عدم اندراج أحكام مرض الموت في ميدان عيوب الرضا.

غير أن استقرار فقه القضاء على حل جديد تعاوده أحيانا النزعة إلى حل القديم وهي نزعة لا مبرر لها طالما أن وضوح الأساس ينجر عنه وضوح الجزاء<sup>2</sup>.

### ثانيا: تقييد أهلية مريض مرض الموت

يتفق الفقه حول تمتع المريض مرض الموت بالأهلية الكاملة، ومن تم فهو أهل للتصرف. والسؤال المطروح، هل يعتبر التصرف تحت تأثير الخوف من الموت نوعا من الإكراه في التعاقد مثلا؟<sup>3</sup>.

العقد يكون صحيحا، إذا كانت جميع أركانه كاملة غير منقوصة وينفذ مباشرة، أما إذا فقد ركنا من الأركان المطلوبة فإنه يكون باطلا أو غير صحيح. ولعل الحكمة من عدم إبطال العقد في مرض الموت وجعله مرتببا بإقرار الورثة هي حماية بعض مصالح الأسرة.

1: تعقيب مدني عدد 58732، بتاريخ 08 فيفري 1999، ن مدني عام 39.

2: نذير بن عمّو، قانون مدني، العقود الخاصة، البيع والمعاوضة، ط01، المؤسسة الجامعية للدراسات "المجد" بيروت، 2008، ص.53.

3: هجيره دنوبي، المرجع السابق، ص.89.



ويراد من نفاذ العقد أن تترتب عليه آثار في الحال ولا تتوقف على إجازة غير العاقد ويكون ذلك إذا كان العاقد مالكا لما عقد عليه، أهلا للاستقلال بإصدار هذا العقد، بأن يكون حرا بالغا عاقلا، أو غير مالك لما تعاقده عليه ولكن ذا ولاية في إصداره كالولي والوصي والوكيل. أما إذا كان مالكا ولكنه غير أهل للاستقلال بإصدار العقد كالصبي المميز في العقود الدائرة بين النفع والضرر، أو كان أهلا للتعاقده ولكنه ليس مالكا ولا ذا ولاية شرعية أو قانونية على من يملك كالفضولي، فإن العقد لا يكون نافدا ولكنه يكون موقوفا.

وإذا نظرنا إلى الأصل بالنسبة إلى المريض وجدنا أن المريض أهل للتعاقده، ومتى عقد على ما يملك كان عقده صحيحا فيلزم أن يكون نافدا<sup>1</sup>. ولكن يقع عبئ إثبات عدم الأهلية على من يدعيه، إذ يجب على من يتعاقد مع الغير أن يتحرى عن أهلية من تعاقده معه حتى يتأكد من صحة التعاقد وإلا فعليه أن يثبت تبعة إهماله وتقصيره<sup>2</sup>.

والمرجع الجزائري لم يعرف مرض الموت ولم يتعرض لأحكامه إلا بصورة عارضة، فقد جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 09-07-1984". من المقرر فقها وقضاء أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير، إذا كان خطيرا ويجر إلى الموت وبه يفقد المريض وعيه وتمييزه، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقواعد الفقهية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي السائد<sup>3</sup>.

وهناك قرار آخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 02-02-2005 حول تنازع في مرض الموت. إثباته. شرط عدم أهلية التصرف والإدراك. والمبدأ المستخلص منه أن "مرض الموت قد يؤثر على سلامة إدراك المريض أو ينقص من أهليته. وجاء في حيثياته عن الوجه الثاني" حيث أنه من المقرر فقها وقضاء أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا ويجر حتما إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه. وأن المستأنف عليهما لم يستطيعا إثبات أن والدتهما لم تكن تملك تمييزها ولا صحة إدراكها وقت التنازل لأختهما، غير أن هذا الفهم لمرض الموت من طرف قضاة القرار هو فهم خاطئ، ذلك أن مرض الموت يجب أن يتحقق فيه

1: رشاد السيد إبراهيم عامر، تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري مقارنة بالشريعة الإسلامية والقوانين الأخرى، رجالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1989، ص.58.

2: نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، المرجع السابق، ص.36.

3: المحكمة العليا، غ.أ.ش، 09-07-1984، ملف رقم 33719، م.ق، ع.03، 1989، ص.53.

أمران وهما أن يكون المرض يحدث منه الموت غالباً وان يموت الشخص بالفعل موتاً متصلاً بمرض وأن هذا المرض لا علاقة له إطلاقاً بالعقل والتمييز والإدراك ولا إلى عيب في إرادته، كما ذهب إلى ذلك قضاة القرار المطعون فيه<sup>1</sup>.

ويمكن القول إن القضاء الجزائي لم يقيم بتحديد مرض الموت بمدة معينة، فقد اعتبره مرض خطير يجر إلى الموت، كما يؤخذ على هذا القرار الأخير أنه يخرج عن الإطار الذي رسمه فقهاء الشريعة الإسلامية لمرض الموت من حيث كونه لا يؤثر على أهلية المريض وتمييزه.

أما التشريع التونسي فقد أدرج في الفصل 59 ضمن الكتاب الأول من مجلة الالتزامات والعقود المتعلقة بالعيوب المبطللة لرضا فنصت على أن "أسباب فسخ العقد المبينة على حالة المرض وما شكله من حالات موكلة لنظر القاضي"، أما الفصل 565 ورد ضمن الباب الخاص بالبيع وشروطه، في حين تعلق المواد 354 و355 ببراءة الإسقاط.

وقد تضمنت كل هذه المواد مصطلح "المرض" إلا أنها وردت ضمن أبواب مختلفة وكرست قواعد لا علاقة لها ببعضها البعض، فمصطلح المرض يشمل وضعيتين متباينتين، فهو من جهة مرض<sup>2</sup> يجعل رضى الشخص معيباً أو يكون فيه المريض فاقداً للأهلية فيجوز له أن يطعن بالإبطال طبقاً لأحكام الفصلين 43 و325 وما يليها من مجلة الالتزامات والعقود. وقد يكون مرض الموت مرتباً لقابلية التصرف للإبطال بتدخل غير المريض، إذ أن الورثة هم الذين حوّل لهم القانون حق إجازة التصرف أو الطعن فيه بالإبطال. فإذا انتفت هذه الشروط الخارجية عن إرادة المريض بقيت التصرفات صحيحة. فقابلية الإبطال لا تتولد عن العقد ذاته ولا عن عيب به وإنما ترتبط بوضعية أطراف أخرى هم الورثة، والمرض المعيب للرضا يقوم كلما ثبت أنه أثر على مدارك العقلية للمريض وعلى قدرته في التمييز والتصريح برضىء الصحيح<sup>3</sup>. بينما يقتضي مرض الموت توفر شروطه مع بقاء القابلية للإبطال معلقة على شروط أخرى في غيابها يكون التصرف صحيحاً نافذاً. وبذلك فإن مرض الموت لا يؤثر على المدارك العقلية للمريض ولا يعيب الرضى،

1: المحكمة العليا، غ.م، بتاريخ 02-02-2005، رقم 284738، قرار غير منشور، مقتبس عن هجيرة دنوبي، المرجع السابق، ص.89.

2: هذا المرض قد يصيب المدارك العقلية، فيؤدي إلى الحجر على المجنون وضعيف العقل وقد يلحق بالقدرات البدنية.

3: تعقيب حول التمييز بين المريض ومرض الموت، تعقيب عدد 18896، بتاريخ 24 مارس 1988، نشرة محكمة التعقيب 1988، ص.341.

فلو كان الأمر كذلك لما احتاج المشرع التونسي إلى سن شروط خاصة ونظام خاص. إذ لو اعتبر مرض الموت معيبا للرضى لكان ذلك كافيا لإبطال التصرف ولما كانت هناك فائدة في اشتراط بقية الأركان.

فقدرة التمييز ليست من شروط مرض الموت، وتأسيسا عليه لا مجال لربط هذه المؤسسة بالنظرية العامة للالتزامات لأن البيع أثناء مرض الموت ينعقد صحيحا ويبقى موقوفا على إجازة الورثة<sup>1</sup>، في الحين أن تصرف المريض باطل دون أن يكون للغير دخل في بطلانه لأنه ينعقد باطلا مادام الرضى معيبا، ومن جهة أخرى فإن الطعن في التصرف الحاصل أثناء مرض الموت يبتدئ من تاريخ الوفاة، فإذا لم تتحقق الوفاة في أجل معين لا يوجد مرض الموت والأمر ليس كذلك بالنسبة للمرض المعيب للرضى الذي يجوز فيه الطعن من تاريخ إبرام العقد. واشتراط عنصر المحاباة من شأنه أن يدعم انتفاء كل علاقة بين عيوب الرضا ومرض الموت لأن من قصد المحاباة لا يمكن أن يكون إلا واعيا ومدركا مميزا وعلى درجة كبيرة من التفكير والتخطيط للوصول إلى إعطاء امتياز لبعض الأشخاص دون الآخرين بحكم عواطف يكتنحها لهم أو ميولات تتعدد أسبابها فيتحايل على القانون لهدر الحقوق الورثة<sup>2</sup>.

ورغم وضوح عبارات كل من الفصلين 59 و565 من مجلة الالتزامات والعقود ما قصده المشرع التونسي من وجود التمييز بين المرض المعيب للرضى والبائع ومرض الموت الماس بحقوق الورثة فإن بعض الأحكام القضائية اتسمت بشيء من الغموض خاصة وان المحاكم اعتمدت أساسا قانونيا وحيدا إلا وهو المحافظة على الحقوق الورثة. فقد اعتبرت محكمة التعقيب أن "المقصود من مرض الموت هو المرض المخيف المنذر بالوفاة العاجلة لا مرض المزمّن كالسل والسرطان إذ أنهما لا يعييان الرضى. كما صرحت " بأن القرار المخدوش فيه استند إلى أثبات حالة مادية واقية وهي عدم تأثير مرض الموت على مداركه وأنه كان سليم العقل والمدارك واعيا لما

1: إن القانون الوضعي التونسي لم يكرس نظرية العقد الموقوف إلا أن بعض الاتجاهات الفقهية والقضائية تأخذ بهذا الصنف من العقود. تعقيب عدد 11، بتاريخ 11 فيفري 1985، نشرية محكمة التعقيب 1985، ج 01، ص 206.

2: إن رفض إقامة العلاقة بين مرض الموت وعيوب الرضا لا يوفر جميع الحلول، وقد يصاب الشخص بمرض يخشى منه الموت ولكنه يتعافى للشفاء بعد التصرف بالبيع في بعض مكاسبه. فهذا التصرف الذي لا يلحق بالنظام القانوني لمرض الموت لعدم الحصول الموت فعلا قد يجوز اعتباره مرضا معيبا لإرادة البائع والطعن فيه استنادا إلى عيوب الرضا. تعقيب عدد 4408، بتاريخ 29 جانفي 1966، القضاء والتشريع، 1967، ع 02، ص 38.

يقول<sup>1</sup>. وفي قرار آخر رفضت محكمة التعقيب اعتبار الشيخوخة مرض موت لأنها لا تعيب الرضا<sup>2</sup>، وكذلك الأمر بالنسبة لمرض المزمن بالمعدة لأنها لا ينذر بالموت ولا يعيب الرضاء<sup>3</sup>. ومن هذا المنحى ربط بين مرض الموت والنظرية العامة للالتزامات بما تفرضه من ضرورة للتأكد من سلامة الرضى وعدم تأثر المدارك العقلية للبائع من جراء المرض وهو ما لم يأت به النص وما تأباه خصوصية مؤسسة مرض الموت<sup>4</sup>. فالمرضى مرض الموت يبقى مدركا لنتيجة أعماله فهو ليس بشخص العاجز عن التصريح بإرادته مع أنه لا يستبعد أن تكون الحالة النفسية للمريض مضطربة، ولكن الاضطراب النفساني لا يعنى بالضرورة اختلالا في المدارك. ثم إن هذا الخلط يجعل الأحكام المتعلقة بمرض الموت تقوم بنفس الدور الذي تلعبه المادة 59 من مجلة الالتزامات والعقود وهو أمر مردود لأن الفصل 59 لا يخص إلا المريض الذي يكون على حالة ضعف تجعله عرضة أكثر من غيره للتغريب أو الغلط أو الإكراه، ومن تم كان على المحكمة أن تبحث في الظروف الملمة بالعقد شأنها في ذلك كشأنها في بقية عيوب الرضى. فإبطال البيع استنادا إلى أحكام الفصل 59 يكفي إثبات المرض واختلال المدارك خلافا لمرض الموت الذي يستوجب توفر جملة من الشروط الخاصة<sup>5</sup>.

في الحين نصت المادة 56 من قانون المدني المغربي أن أسباب الإبطال المبنية على حالة المرض والحالات المماثلة لها متروكة لسلطة القاضي التقديرية، فإذا استغل أحد المتعاقدين مرض المتعاقد الآخر أو الطيش البين أو هواه أو حاجته الماسة وأبرم عقدا لا تتعادل فيه التزامات الطرفين وإنما ينطوي على غبن فاحش لأحدهما، فيجوز للطرفين المعنيين أن يطلب بإبطال العقد ومن تم يكون للقاضي السلطة التقديرية في تقدير ذلك<sup>6</sup>.

1: تعقيب عدد 183، 8 فيفري 1977، نشرية محكمة التعقيب 1977، ص.95.

2: تعقيب 7688، 17 أبريل 1973، نشرية محكمة التعقيب، 1973، الجزء 01، ص.13.

3: تعقيب عدد 39458، 30 نوفمبر 1973، مجلة القضاء والتشريع 1996، العدد 02، ص.45.

4: ولكنه بالرغم من صدور هذه القرارات فإن المحكمة التعقيب بوجه عام تؤكد أنه لا علاقة بين النصوص المتعلقة بمرض الموت والفصل 59 من مجلة الالتزامات والعقود الذي يخص عيوب الرضا. تعقيب عدد 1432، 24 مارس 1960، نشرية محكمة التعقيب، 1690، ص. 111. وتعقيب 961، 14 فيفري 1978، نشرية محكمة التعقيب، 1978، ج.01، ص.41.

5: خليفة خروبي، القانون المدني، العقود المسماة، منشورات مجمع الأعرش للكتاب المختص، تونس، 2013، ص.164.

6: أحمد أدريوش، أثر المرض في العقد البيع، ط 01، المطبعة الأمنية، الرباط، 1996، ص.17.

أما في مصر فقد رأى الشراح أن تقييد تصرفات المريض مرض الموت سببه عدم أهلية المريض فهذا استثناء من قواعد الأهلية ويجب تفسيرها بكل دقة لأن الأهلية هي الأصل وعدم الأهلية هي الاستثناء، وقد أخذت بهذا الرأي محكمة طنطا الابتدائية<sup>1</sup> من خلال دفعها بأن الإقرار بالدين الصادر من المورث صدر في مرض الموت، دفع متعلق بحالة الإنسان الشخصية ومرتبطة بأهلية التصرف، فيجب أن يرجع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية، والشريعة الإسلامية تبطل التصرفات الصادرة في مرض الموت سواء كان بيعا أو هبة أو محاباة أو إقرارا بعين أو بدين فمضى ثبت أن الإقرار بالدين الصادر في مرض الموت بطريق المحاباة أخذ حكم الوصية، ومن المقرر أن الأصل في الإنسان الأهلية الكاملة، وفقد الأهلية طارئ عليه، ولذا لا يجوز الأخذ في حالات فقد الأهلية بالقدر الذي سبق من طريق التعدي على القاعدة العامة، وهي قاعدة الأهلية الكاملة. وبما أن مرض الموت إنما هو في الحقيقة حد للأهلية الكاملة وقيد لحرية التصرف فلا يجوز الأخذ فيه إلا بالقدر الوارد عليه، ولكن الرأي الصحيح هو أن الأحكام التي أتى بها الشارع المصري والخاصة بالبيع الحاصل في مرض الموت ليست مبنية على عدم أهلية المريض، وقد جاءت بها الشريعة الإسلامية مراعاة لمصلحة الورثة والمحافظة على حقوقهم. يمنع المورث من إثارة بعضهم على بعض يدل على تصرف المريض مرض الموت الذي يعتبر صحيحا ولو تناول جميع ماله إذا لم يكن له ورثة، ولو كان المريض غير أهل للتصرف لما أجاز تصرفه، سواء كان له ورثة أم لا. وقد أخذت بهذا الرأي بعض المحاكم المصرية، إذ قررت أن تقييد تصرفات المريض مرض الموت في الشريعة الإسلامية ليس سببه عدم أهلية المريض بل سببه في ذلك تقييد هو المحافظة على حق الورثة ومنع المورث من إثارة بعضهم على البعض الآخر وهو في مرض الموت. أما أهليته في التصرف فهي صحيحة. ولذلك فقد أقر الفقهاء بعض تلك التصرفات متى تبين أنها تأيد لحقيقة ثابتة، ولم يكن الغرض منها التبرع بماله للغير أو البعض الورثة وهو مرض الموت<sup>2</sup>.

ويستدل مما تقدم أنه يجوز للمريض الطعن في التصرفات أثناء حياته على أساس أحد عيوب الرضى، كما لو أكره المريض على إبرام العقد أو أنه وقع في غلط جوهرى ما كان ليقع فيه لو أنه علم بحقيقة الأمر، كما لو شفى من مرض الموت وهو يعتقد خلاف ذلك أو إذا وقع

1: محكمة طنطا الابتدائية، استئناف، 28 يناير 1930، الخامة 11 رقم 37، ص. 68.

2: محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، أسباب كسب الملكية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص. 361.

في غبن فاحش صاحبه التغيرير أو أنه وقع في استغلال. ففي الأحوال المذكورة آنفا يمكن المريض أن يطعن في تصرفه المبرم قبل وفاته ويطلب بطلانه إذا استطاع أن يثبت ذلك مع مراعاة الشروط القانونية المقررة بشأن عيوب الرضا.

## المبحث الثاني: الحجر على مريض مرض الموت

يعتبر الشخص كامل الأهلية إذا بلغ سن الرشد، وهو 19 سنة كاملة حسب نص المادة 40 من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر، إلا أنه قد يتعرض هذا الشخص لعارض من عوارض الأهلية التي قد تصيب أهليته وإرادته كالجنون والعتة، أو تنقص من أهليته وهذا العارض يصيب تقديره، فيعمل على الإخلال بحسن تدبيره وتبصره للأمور كالسفه والغفلة، وهذه العوارض الأربعة هي الأسباب المؤدية إلى الحجر<sup>1</sup>.

ولم يعرف المشرع الجزائري الحجر بل اقتصر على ذكر أحكامه في المواد 101 إلى 108 في الفصل الخامس من الكتاب الثاني من قانون الأسرة.

والشخص قبل كمال أهليته يكون إما ناقص الأهلية، وإما فاقدا لها وهو في كلا الحالتين يحتاج من يساعده على الحياة، لسد حاجاته وإدارة تصرفاته من أجل ذلك كانت النيابة الشرعية. فهل يعتبر مرض الموت أحد الأسباب المؤدية إلى الحجر؟

## المطلب الأول: أحكام ومشروعية الحجر على مريض مرض الموت

إن الحجر على المريض مرض الموت، هو إجراء يهدف إلى الحد من تصرفات الشخص المريض التي يراد منها الإضرار بورثته المحتملين، ونظرا لوجود النقص التشريعي في معالجة هذه المسألة، فقد ترتب على ذلك حدوث تعارض في آراء الفقه بشأنها

## الفرع الأول: أحكام الحجر على المريض مرض الموت

الأصل أن الإنسان حر في إجراء ما يشاء من التصرفات القانونية أثناء حياته، ولكن هذه الحرية ليست مطلقة، بل إنه متى أصيب بمرض، وحكم الأطباء، بأنه مرض الموت، فإن تصرفات المريض بعد الوفاة تتقيد عندئذ بجملة من الاعتبارات وذلك بأثر رجعي<sup>2</sup>. وقبل التطرق لأحكام الحجر لابد من تعريفه أولا.

1: نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقا وتطبيقا، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص.165.

2: حبيب إدريس عيسى المزوري، المرجع السابق، ص.97.

يعرف الحجر لغة على أنه المنع والتضييق<sup>1</sup>، وجاء في كتاب معجم مقاييس اللغة: "الحاء والجيم و الراء أصل واحد مطرد، وهو المنع والاحاطة على الشيء<sup>2</sup>، قال تعالى: " هل في ذلك قسم لذي حجر"<sup>3</sup> أي لذي عقل<sup>4</sup>.

أما اصطلاحاً فهو المنع في التصرف القولي كالبيع والزواج والطلاق وغير ذلك، والمنع من التصرف فيها بين اليد لصغر أو جنون أو تبذير، ويختص به القضاء، هي صفة حكومية توجب حكم المنع موصوفها من النفوذ تصرفه الزائد على قوته أو تبرعه بماله<sup>5</sup>.

أما من الناحية القانونية، فتأخذ معظم قوانين الدول العربية<sup>6</sup> بقول جمهور الفقه الإسلامي، حيث تعتبر كلاً من الجنون والعتة والسفه والغفلة من أسباب الحجر، لكن المشرع الجزائري رغم أنه وافقهم في اعتبار هذه العوارض من أسباب الحجر إلا أنه لم يسايرهم في اعتبار الغفلة من أسباب الحجر رغم أنه اعتبره عارضا من العوارض المنقصة للأهلية، و ذلك في نص المادة 42 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أن الشخص لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية بسبب فقده لتمييزه، لصغر سنه أو عته أو جنون، فهل سقط ذلك سهواً من المشرع الجزائري أم تعمد إخراج الغفلة كسبب من أسباب الحجر؟

ولكن بعد إستقراء نصوص القانون المدني ونصوص قانون الاسرة المتعلقة بأهلية الأشخاص الطبيعية تبين ان المشرع نص في المادة 43 قانون المدني: " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة يكون ناقص الاهلية وفقاً لما يقرره القانون"، كما نص المشرع في المادة 44 من نفس القانون على أنه: "يخضع فاقد الاهلية

1: محمد سعيد محمد الرملاوي، قضايا الحجر الشرعي والكيدي في الفقه الاسلامي، دار الجامعة الجديد، 2010، ص.13.

2: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، 1399هـ-1979م، 138/2.

3: سورة الفجر، الآية رقم 05.

4: الطبري، تفسير الطبري، (جامع البيان في تأويل القرآن)، تحقيق أحمد محمد شاكر، ط01، مؤسسة الرسالة، 1420هـ-

2000م، 402/24.

5: زوييدة إقروفة، الابانة في أحكام النيابة، الامل للطباعة والنشر والتوزيع، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014، ص.75.

6: القانون المصري: مرسوم رقم 119 لسنة 1952، في لأحكام الولاية على المال، المادة 65: "يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو العته أو السفه، أو للغفلة، ولا يرفع الحجر إلا بحكم وتقييم المحكمة على من يحجر عليه فيما لإدارة أمواله وفقاً للأحكام المقررة في هذا القانون".



وناقصوها، بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة، ضمن الشروط ووفقا للقواعد المقررة في القانون"، ومن خلال نصوص القانون المدني - المشار إليه سلفا - يتبين أن المشرع اعتبر ذي الغفلة من ناقصي-الأهلية وأخضعه بنص المادة 44 السابقة الذكر لأحكام النيابة الشرعية، لكن بعد استقراء نصوص قانون الأسرة نجد أن نص المادة 101<sup>1</sup> لا يجعل الغفلة سببا من أسباب الحجر فما موقف المشرع من ذي غفلة؟

أعتقد أن المشرع الجزائري يعتبر الغفلة نوعا من السفه، ومما يرجح ذلك أن معظم القوانين العربية التي لم تصرح باعتبار الغفلة من أسباب الحجر فلأنها تعتبر الغفلة نوع من أنواع السفه<sup>2</sup>.

أما بخصوص مرض الموت فلا يؤثر على أهلية المريض، إلا أنه يؤثر في بعض الأحكام بالنسبة إليه، ولصيانة حق الدائن و الورثة يثبت الحجر على المرض بالقدر الذي يتحقق به صيانة هذا الحق<sup>3</sup>. ومعظم القوانين العربية قسمت الحجر إلى نوعين: الحجر القضائي والحجر القانوني. فالحجر القضائي هو أن يحكم على من تجاوز سن التكليف القانونية، فيحرم من التصرف بنفسه في ماله وفي تسيير وإدارة شؤونه المالية، ويكون الحجر عليه بسبب جنون أو عته أو سفه، ويعين على كل منهم مقيم، والحجر القضائي حسب قانون الجزائري هو: "منع الشخص الذي اعتراه عارض من عوارض الأهلية كالجنون أو العته أو السفه أو الغفلة من التصرف في أمواله، وتعيين نائب شرعيا إما أن يكون وليا أو وصيا أو قيما ليقوم مقامه في ذلك بناء على حكم يصدره القاضي، ويكون بطلب أحد الأقارب أو من له مصلحة أو من النيابة العامة" كما جاء في نص المادة 103 من قانون الأسرة الجزائري<sup>4</sup>. أما الحجر القانوني هو منع من التصرف في ماله بسبب الحكم عليه بعقوبة جنائية<sup>5</sup>. وفي هذا الصدد تنص المادة 09 من قانون العقوبات على

1: المادة 101 من قانون الأسرة تنص على أن: "من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفیه أو طرأت عليه إحدى هذه الحالات المذكورة بعد الرشد يحجر عليه".

2: بوزيان بوشنتوف، الحجر على فاقد الأهلية في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث القانونية والسياسية، ع04، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة طاهر مولاي، سعيدة، جوان 2015، ص.23.

3: مصطفى أحمد الزرقا، فتاوى، ط01، دار القلم، دمشق، 1420هـ-1999م، ص.837.

4: إبراهيم نجار، أحمد زكي بدوي، ويوسف شلالة، القاموس القانوني الجديد، فرنسي عربي، مكتبة لبنان، بيروت، 2006، ص.357.

5: أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، ط04، دار هوم، الجزائر، 2007، ص.42-43.

أن: "العقوبات التكميلية هي: الحجر القانوني..."، وتنص المادة 09 مكرر من نفس القانون على أنه: "في حالة الحكم بعقوبة جنائية تأمر المحكمة وجوبا بالحجر القانوني الذي يتمثل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية. تتم إدارة أمواله طبقا لإجراءات المقررة في حالة الحجر القضائي..."<sup>1</sup>.

وفي الأخير يمكن القول أن هناك تشابه بين الحجر القضائي والحجر القانوني، كون أن قانون العقوبات يحيل بالنسبة لإجراءات المتخذة في إدارة أموال المحكوم عليه إلى أحكام الحجر القضائي المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري من المادة 101 إلى غاية المادة 108.

وهناك اختلاف بينهما من حيث الهدف الذي يرمي إليه المشرع الجزائري، فإن كان الحجر القانوني عبارة عن عقوبة تكميلية للمحكوم عليه بعقوبة جنائية تهدف إلى حرمانه من التصرف في أمواله بسبب ما اقترفه من جرم في حق المجتمع، فإن الحجر القضائي هو إجراء مقرر لمصلحة المحجور عليه ومصالحة الغير<sup>2</sup>.

ويكون الحجر بدعوى قضائية، وذلك حسب المادة 102 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على أنه: "يكون الحجر بناء على طلب أحد الأقارب أو من له مصلحة<sup>3</sup> أو من النيابة العامة"، فمن خلال قراءة هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري أعطى الحق في رفع دعوى الحجر لكل من أقارب الشخص المطلوب الحجر عليه أو من له مصلحة، أو من النيابة العامة وكل هؤلاء افترض فيهم القانون أن لهم مصلحة وبالتالي تشبه المصلحة هنا تلك الواجب توفيرها دعوى القضائية على أن لدعوى الحجر خصوصياتها.

فحسب المادة 102 من قانون الأسرة سالفه الذكر فإن للأقارب الحق في رفع دعوى الحجر على من أصاب أهليته عارض من عوارضها، ولكن المشرع الجزائري لم يحدد بدقة معنى

1: انظر المادة 09 والمادة 09 مكرر من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386، الموافق ل 08 يونيو 1966 متضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

2: شبكر ريمة، الحجر في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013-2014، ص.14.

3: المقصود بالأقارب: كل الأقارب مهما كانت درجة الإرث لأن المشرع لم يحدد درجة القرابة ويمكن أن يدخل في هذا حتى الأصدقاء لأن لفظ الأقارب يشمل الأصدقاء، بل تعتبر المصاهرة سبب من أسباب القرابة، والمقود بأصحاب المصلحة: كل من يهمه أمر الشخص المطلوب الحجر عليه أو تضرر ولو بصورة غير مباشرة من بقائه غير محجور عليه؛ محمد كمال حمدي، الولاية على المال، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987، ص.181.

الأقارب، فوردت بعبارة عامة، ولذلك لا بد من الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية حسب المادة 222 من قانون الأسرة.

كما أعطى المشرع لكل من له مصلحة إمكانية رفع الدعوى، ويستوي في أن تكون المصلحة لصاحبها قائمة يقرها القانون، وقد تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الإحتياط لدفع ضرر محقق، فلا يجوز للأشخاص التقاضي ما لم تكن لهم صفة ولهم مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون، وهذا المبدأ عام في جميع القضايا، وهو ما نصت عليه المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن يثيرها القاضي تلقائيا لانعدام الصفة في المدعى أو في المدعى عليه<sup>1</sup>.

كما أن المشرع الجزائري أعطى للنيابة العامة بموجب قانون الأسرة هذا الحق معتبرا إياها طرفا أصليا في الدعوى طبقا للنص المادة 3 مكرر أي تكون مدعية في الدعوى والمدعى عليه يكون الشخص المطلوب الحجر عليه.

ويرجع حق النيابة في طلب الحجر باعتبارها نائبة عن المجتمع في رفعها لدعوى الحجر لحماية مصالح المجتمع فهذا الأخير كله يتضرر من بقاء فاقد الأهلية غير محجور عليه مراعاة هذا الأثر جعلت النيابة العامة الحق بصفة برفع الدعوى. ولكن ما يمكن قوله في هذا الصدد أن ما يعاب على المشرع الجزائري، رغم أنه أعطى النيابة العامة الصفة في رفع الدعوى، إلا أنه لم يبين دورها وصلاحياتها في هذا المجال، ولم يبين أيضا الإجراءات الواجب اتباعها لرفع دعوى الحجر من طرفها<sup>2</sup>.

فدعوى الحجر هي دعوى عادية، والإجراءات المتبعة في رفعها منصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بحيث لا بد من توفر شروط موضوعية وأخرى شكلية فيها، وإلا كانت غير مقبولة قانونا، كما أن الشخص المراد الحجر عليه ضعيف في نظر القانون فيحتاج للدفاع عن مصلحته، فكفل له المشرع الجزائري عناية خاصة في قانون الأسرة، إذ يجب أن يمكن الذي يراد الحجر عليه من الدفاع عن حقوقه، وللمحكمة أن تعين له مساعدا إذا رأت في

1: لحسن بن شيخ أث ملويا، قانون الأسرة، نسا وشرحا، دراسة تفسيرية، المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، دار النشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، ص.102.

2: عمر زودة، دور النيابة في ضل أحكام المادة 03 مكرر من قانون الأسرة (الامر 05-02)، م.ق، ع.02، 2005، ص.35.

ذلك مصلحة<sup>1</sup>. غير أنه لم تبين الطريقة التي يتم بها التعيين، وقد جاء في قرار للمحكمة العليا أنه: "يجب على القاضي قانوناً تعيين محام للدفاع عن الشخص المطلوب الحجر عليه" فاعتبره مبدأً، ولكن جاء في حيثياتها مايلي: "عن الوجه الثاني: المأخوذ من خرق أحكام المادة 105 من قانون الأسرة، حيث بالفعل وبالإطلاع على القرار المطعون فيه مرة أخرى يتبين فيه أن الطاعن كان فعلاً قد طالب أمام قضاة الإستئناف تعيين محام للمطعون ضدها المحجور عليها أمه (ح.ز) قبل أن يفصلوا في الإستئناف إلا أن هذا الدفع قد رفض بدعوى أن الطلب ليس له ما يبرره وأن السلطة التقديرية في تعيين المحامي متروك لقاضي الموضوع، وما يلاحظ أن هذا التعليل قد جانب الصواب وخالف القانون وخاصة نص المادة 105 من قانون الأسرة التي توجب على القضاء أن يمكن الشخص المراد الحجر عليه من محام ليتولى الدفاع عن مصالحه، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه<sup>2</sup>.

وقد يتعذر على القاضي في بعض القضايا المطروحة عليه أن يباشر بنفسه التحقيق في كل أو بعض وقائع الدعوى، سيما إذا كان التحقيق فيها يتطلب الإلمام بمعلومات فنية ودقيقة، ولذا يجوز له الإستعانة بالخبراء<sup>3</sup> المختصين.

ودعوى الحجر هي دعوى تهدف إلى الطعن في أهلية الشخص المراد الحجر عليه (المريض مرض الموت)، فالقاضي عند إصدار حكمه بانعدام أهلية المحجور عليه لسبب مرض الموت مثلاً، يكون قبل ذلك قد قام بجميع الإجراءات القانونية لتدعيم حكمه، وليكون حكمه صحيحاً عليه التحقق من توفر أسباب الحجر المدعى بها، إذ تنص المادة 103 من قانون الأسرة على مايلي: "يجب أن يكون الحجر بحكم وللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحجر"، ومن خلال مضمون هذا النص فإن القاضي في دعوى الحجر ليس مجبراً بالأمر بالخبرة القضائية، وإنما له السلطة التقديرية في ذلك. وتأمراً المحكمة الخبير الطبي عند إنتهاء مهمته إيداع تقرير الخبرة

1: المادة 105 من الأمر 05-02 المتضمن قانون الأسرة.

2: المحكمة العليا، غ.أ.ش، 13-07-2005، ملف رقم 336017، م.م.ع، ع.01، 2005، ص.331.

3: الخبرة هي إجراء يقصد به الحصول على معلومات فنية في المسائل التي قد تعرض على القاضي ولا يستطيع العلم بها، وندب الخبير تعتبر أمراً جوتزياً للقاضي، فهو غير ملزم بإجابة طلب الخصوم في ندب الخبير، فله أن يرفضه إذا رأى أنه في غير الحاجة للإستعانة برأي الخبير، أو كان قد تبين حقيقة موضوع الخبرة من عناصر الدعوى، ولكن عليه أن يسبب رفضه في ندب الخبير وإلا كان الحكم معيباً؛ (نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ب.د.س، ص.201).

بأمانة ضبط المحكمة<sup>1</sup>، فعند اقتناع القاضي بأسباب الحجر بعد استعانته بالخبرة الطبية وإجراء تحقيق، فإنه لا يبقى له سوى النطق بالحكم بالحجر وإصداره.

من المقرر شرعا أن الحكم يدور مع علته وجودا وعدما، وبما أن الحجر كان لسبب فإذا زال مسببه المبني عليه يمكن رفعه<sup>2</sup>، رغم أنهم اختلفوا في كيفية رفع الحجر، فيما إذا كان يرفع بمجرد زوال السبب أم لا بد من حكم قضائي يقضي برفعه. غير أن المشرع الجزائري قد حسم أمره في نص المادة 108 من قانون الأسرة ونص على أنه يجوز رفع الحجر بناء على طلب المحجور عليه إذا زالت أسبابه، وأمر تقدير زوال الحجر متروك للسلطة التقديرية للقاضي الموضوع، بمعنى أن رفعه لا يكون إلا بحكم، فيسقط الحجر على المجنون بزوال الجنون ورجوع عقله إليه<sup>3</sup>، وهذا يعني أنه إذا عقل المجنون انفك الحجر عنه لأن الحجر كان بسبب جنونه، وعند زواله يرفع عنه الحجر لزوال علته دون الحاجة إلى حكم القاضي باتفاق الفقهاء<sup>4</sup>.

أما المعتوه فإذا اكتملت قواه العقلية<sup>5</sup> يرفع الحجر عنه دون الحاجة إلى حكم القاضي وهذا باتفاق فقهاء الشريعة الإسلامية<sup>6</sup>، وخلافا لذلك فالمشرع الجزائري جعل فك الحجر عن المجنون أو المعتوه لا يكون إلا بموجب حكم قضائي طبقا للمادة 108 من قانون الأسرة.

أما بالنسبة للسفيه المحجور عليه فإذا ظهر رشده وأمارات حرصه على ماله يرفع عنه الحجر<sup>7</sup>. بحيث يرى جمهور الفقهاء ومنهم الصحابان محمد وأبو يوسف بأن الحجر على السفيه لا ينفك عنه إلا بعد إيناس الرشد، ولكن اختلفوا في كيفية زوال الحجر عنه إذا ما كان قد استمر بعد البلوغ. ولكن في حالة ادعاء المحجور عليه للسفه أنه قد رشد وأقام الولي أو الوصي

1: شيكر ريمة، المرجع السابق، ص.55.

2: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.447.

3: محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، ج01، ط01، بيت الأفكار الدولية، السعودية، 2009، ص.646.

4: أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص.259.

5: عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية وفق مذهب أبي حنيفة، دار القلم، الكويت، 1990، ص.220.

6: كمال حمدي، الأحكام الموضوعية في الولاية على المال، منشأة المعارف، مصر، د.س، ص.167.

7: عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص.220.

بينه بالسفه أو باستمراره وتم ذكر التاريخ في البيتين، فالعبرة بالتاريخ الأخير، وإذا كانتا مقيدتين بتاريخ معين وجاءتا بنفس التاريخ قدمت بينة السفه. وهذا ما أخذ به الشافعية والحنفية، غير أن الشافعية اشترطوا لقبول شهادة السفه والرشد بيان سببهما، لأنه قد يظن أن بعض الصرف هو إسراف وفي الواقع ليس بإسراف، أما إذا جاءت البيتان بدون تاريخ فقد قال الشافعية تقدم بينة الرشد<sup>1</sup>.

وخلافا لذلك فالمشرع الجزائري قد جعل رفع الحجر عن السفه يكون بحكم قضائي أو بأمر سواء تم الحجر عليه بعد البلوغ مباشرة أو بعد فترة من بلوغه لسن الرشد، وذلك طبقا للمواد 101 و108 من قانون الأسرة، والمادة 481 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وفيما يخص ذا الغفلة فإنه إذا ظهرت خبرته وإهتدى إلى حسن التصرف يفك الحجر عنه<sup>2</sup>، بحيث ذهب محمد بن حسن وابن القاسم المالكي إلى أن الحجر على المغفل يزول بزوال الغفلة دون التوقف على قرار القاضي بالحجر، لأن السبب يدور مع سببه وجودا وعدما، أما أبو يوسف وجمهور الفقهاء فقالوا بأن الحجر على ذي الغفلة لا يرفع إلا بقرار القاضي، لأن الغفلة ليست أمرا محسوما كالجنون والعتة وإنما يستدل عليها بالتصرفات التي يقوم بها، وهي تختلف باختلاف وجهات النظر لأنها أمور تقديرية إجتهادية لذلك لا بد من الحكم لتثبيت الأمر منعا للتغريب بالمتعاملين معه<sup>3</sup>. فالمشرع في نص المادة 108 من قانون الأسرة قد أخذ برأي جمهور الفقهاء وأبي يوسف فيرفع الحجر عن ذي الغفلة في حالة ما إذا اهتدى إلى حسن التصرف بموجب حكم قضائي، أو بأمر طبقا لما نصت عليه المادة 481 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

### الفرع الثاني: مشروعية الحجر على المريض مرض الموت

اختلف الفقهاء في الحجر على المريض مرض الموت، فذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى وجوب الحجر على المريض مرض الموت فيما زاد عن الثلث في ماله، وما ثبت من السنة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهي المريض أن يتصرف فيما زاد عن الثلث ماله،

1: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج25، ط01، مطابع دار الصفوة، مصر، 1992، ص.55 وما بعدها.

2: عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص.220.

3: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج06، ط12، دار الفكر، سوريا، 1985، ص.450.

فقد روي عن سعد بن أبي وقاص والحديث متفق عليه، قال: "جاءني رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني من وجع اشتد بي، فقلت: يا رسول الله، إني قد بلغ بي من وجع ما ترى، وأنا ذو مال، ولا يرثني إلا ابنة لي، فأصدق بثلثي مالي؟ قال: لا، قلت فالشطر يا رسول الله؟ قال: لا، قلت: فالثلث؟ قال: الثلث، والثلث كثير؛ إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس".

وعن أبي الدرداء عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم؛ ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم"<sup>1</sup>.

وبالتالي الإذن بالتصرف في ثلث أموالنا في آخر أعمارنا من الألفاظ الإلهية بنا، والتكثير لأعمالنا الصالحة، وقد أباح الله تعالى للمريض التصرف فيما لا يزيد عن الثلث، ولم يوجب الحجر عليه في أمواله بالكلية، ومنعه من التصرف فيما زاد عن ثلث ماله وهو معنى الحجر. كما أن المرض لما كان سببا للموت بقدر ما يصاب به حقهما، ويجوز له بقدر الثلث سدا له، ولحاجاته، إلى تلافي بعض ما فرط منه في حياته، وما فاتته من أعمال البر إما كسلا أو قهوانا مغرورا بأمله راجيا تدارك ما فاتته قبل حلول أجله. فجاز له ذلك ما لم يتجاوز الثلث كالوصية، فكان محجورا عليه في الثلثين لحق الورثة<sup>2</sup>.

أما الملكية فقالوا أنه لا ينفذ من ثلث تبرع المريض في الحال أولا ينجز للمتبرع له، إلا إذا كان المال المتبرع به مأمونا، أي لا يخشى تغييره وهو العقار كالمترل أو الأرض أو الأشجار، فإن كان المال غير مأمون فلا ينفذ وإنما يوقف ولو بدون الثلث حتى يظهر حاله من الموت أو الحياة، ويمنع من الزواج بما زاد على الثلث، ولا يمنع من تصرفه المعاوضة المالية كالبيع والشراء إلا إذا كان فيها محاباة، فإن مات المريض نفذ تصرفه من تبرعات في ثلث ماله وإن عاش نفذ تصرفه من رأس ماله كله<sup>3</sup>.

1: الإمام الكبير على بن عمر الدارقطني، كتاب الوصايا، سنن الدارقطني، ج 03، دار ابن الخزم، بيروت، لبنان، 2004، ص.323.

2: سارة عكاشة، الحجر على المريض مرض الموت، مجلة العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة المدينة العالمية، شاه العلم، ماليزيا، ص.37.

3: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء 05، ط 03، دار الفكر دمشق، 1989، ص.451.

ويرى فقهاء الظاهرية<sup>1</sup> عدم جواز الحجر على المريض مرض الموت، فهو كالأصحاء في جميع تصرفاته، فينفذ تصرفه بالهبة، والصدقة والمحابة في البيع، ويصح إقراره لو ارث أو لغير وارث، وما ورد من الآثار الدالة على إجازة تصرف المريض في جميع ماله، من ذلك ما روي عن محمد بن سيرين: أن امرأة رأت في منامها أنها تموت إلى ثلاثة أيام فشذبت مالها وهي صحيحة، والتشذيب، الطرد والتفريق، والتمزيق في المال.

فلما ماتت في اليوم الثالث سأل زوجها أبا موسى الأشعري، فقال له أبو موسى: أي امرأة كانت امرأتك؟ قال: ما أعلم أحدا أخرى أن يدخل الجنة منها إلا الشهيد، ولكنها فعلت وهي صحيحة.

فقال أبو موسى: هي كما تقول، ولم يرد فعلتها، وعن مسروق: أنه سئل عن من أعتق عبدا له في مرضه ليس له مال غيره.

قال مسروق: أجزئه؛ شيء جعله الله تعالى لا أرده، لبينه الله لنا على لسان رسوله صلى الله عليه وسلم<sup>2</sup>.

يرجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من وجوب الحجر على المريض مرض الموت فيما زاد عن ثلث ماله، لما لها من قوة ما استدلوا به من الأدلة التي أثبتت أن عطايا المريض جائزة فيما لم تتجاوز ثلث ماله، فإن تجاوزت الثلث بطلت لعدم الإضرار بحق الورثة.

أما الفقهاء المعاصرون ومنهم وهبة الزحيلي، فيرى أن مرض الموت يعد سببا لتعلق حقوق الدائنين والورثة بالمال، ولصيانة حقوقهم يثبت الحجر على المريض بالقدر الذي يتحقق به صيانة تلك الحقوق، وهو مقدار الثلثين فيما يتعلق بالورثة، وجميع المال في حق الدائنين، إذا كان الدين مستغرقا للتركة، أو بمقدار الدين أن لم يكن الدين مستغرقا لها. ولا يثبت الحجر عليه فيما يتعلق به حق الورثة، وهو ما زاد عن الثلثين، إن لم يكن عليه دين، أو حق الدائنين وهو ما زاد

1: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن الحزم الأندلسي، المحلى شرح المحلى، تحقيق أحمد محمد شاكر، ج01، دار الإحياء التراث العربي، بيروت، 1418هـ، 1998م، ص.224.

2: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن الحزم الأندلسي، المحلى بالآثار، ج08، دار الكتب العلمية، بيروت، 1971، ص.408.



على الدين، ولا فيها يتعلق بما هو من الحوائج الأصلية للمريض نفسه، لأن حق الدائنين والورثة يتعلق فيما يزيد عن حاجته الأصلية<sup>1</sup>.

بالرجوع إلى القانون الجزائري، فإن دليل مشروعية الحجر في القانون يظهر من خلال القوانين التي نصت عليه، فهناك من نصت عليه بصفة صريحة وأخرى بصفة ضمنية، إذ نجد كلاً من قانون الأسرة الجزائري والقانون المدني الجزائري وقانون العقوبات الجزائري قد نصوا على مشروعيته. لكن موضوع الحجر يظهر بصفة جلية وواضحة في قانون الأسرة الجزائري، حيث أن هذا الأخير نص على أحكام الحجر من خلال المواد 101 إلى غاية المادة 108، وذلك في الفصل الخامس من الكتاب الثاني تحت عنوان النيابة الشرعية<sup>2</sup>.

وبرغم من أن المشرع الجزائري لم يعتبر مرض الموت سبباً من أسباب الحجر حتى وإن خصه ببعض الأحكام، ولكنه لم ينص على أنه سبب للحجر، فقد يكون الحجر إما لعارض من عوارض الأهلية كالجنون والعتة، أو السفه والغفلة، وإما لمانع واحد من موانعها وهو المانع القانوني أو المانع الطبيعي أو المانع المادي، ولم يذكر مرض الموت لاعتراض من العوارض ولا مانع من موانع الأهلية، لذلك لا بد من الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، بحيث أن القانون المدني الجزائري قد نص في مادته الأولى "يسري القانون على جميع المسائل التي تناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها. وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"، وبالرجوع كذلك إلى قانون الأسرة نجد المادة 222 منه تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص قانوني.

على خلاف المشرع المغربي الذي نص في المادة 56 من القانون المدني، أن أسباب الإبطال المبنية على حالة المرض، والحالات المماثلة لها متروكة لسلطة القاضي التقديرية، فإذا استغل أحد المتعاقدين مرض المتعاقد الآخر أو طيشه البين، أو هواه، أو حاجته الماسة، وأبرم عقداً لا تتعادل فيه التزامات الطرفين، وإنما ينطوي على غبن فاحش لأحدهما، فيجوز للطرف المغبون أن يطالب

1: عبد المنعم خليل إبراهيم الهيتي، أحكام المريض في فقه العبادات وقضايا الأسرة، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بغداد، 1995، ص. 51.

2: نبيل صقر، قمراري عزددين، قانون الأسرة نصاً وتطبيقاً، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص. 178.

بإبطال العقد، ومن ثم يكون لقاضي موضوع السلطة التقديرية في تقدير ذلك<sup>1</sup>. والواقع أنه يكاد يكون هناك إجماع في الفقه، على مشروعية الحجر على المريض مرض الموت لصالح الورثة، فقد جاء في قرار محكمة التمييز العراقية<sup>2</sup> أن الأمراض المصاب بها المذكورة غير مسيطر عليها وتؤدي إلى وفاة المريض مرض الموت في هذه الحالة محجورا حجرا جزئيا لحق الورثة ودائنيه فلا تنفذ تصرفاته الضارة بهم إن كان فيها محابته أو تبرعات.

ومرض الموت لا يؤثر في أهلية الأداء لمن أصيب به، لذا يجوز للمريض أن يتصرف بجميع التصرفات القانونية، وتكون نافذة، ولكنه إن مات في مرضه، فيعد محجورا وبأثر رجعي يسري إلى بداية المرض وبقدر ما يمكن تأمين حقوق الدائنين والورثة. وقد يتطلب عندئذ نقض بعض تصرفاته التي كان قد أجراها خلال مدة مرضه<sup>2</sup>، وهذا الاجتهاد القضائي لمحكمة التمييز قد جاء نتيجة للفراغ التشريعي في معالجة مسألة الحجر على المصاب بمرض مميت، فقد خلا القانون العراقي والقوانين المقارنة من حل لهذه المسألة على الرغم من تنظيمها لأحكام الحجر ومرض الموت كلا على حدة<sup>3</sup>.

ويستفاد مما سبق أن الحجر على المريض مرض الموت هو إجراء الهدف منه الحد من تصرفات الشخص المريض التي يراد بها أو يترتب عليها الإضرار بورثته المحتملين، وهذا الإجراء يعد بمثابة استثناء على القاعدة التي تقضي بأن الشخص كامل الأهلية حرية التصرف في أمواله التي يملك سواء كان ذلك بمقابل أو دون مقابل، مادام التصرف ينتج اثره حال حياته وليس لأحد الاعتراض على ذلك التصرف، وذلك لحماية من سيكونون ورثة في المستقبل ومنع الإضرار بهم، لكن الحجر قد يترتب آثارا قانونية بحيث يصبح المحجور عليه غير قادرا على التصرف في أمواله ويحتاج في ذلك إلى غيره، ويكون إما وليا أو وصيا أو مقدا، كما أن التصرفات التي يجريها المحجور عليه قبل الحكم بالحجر لها حكم خاص عن تلك التي يقوم بها بعد

1: أحمد ادريوش، المرجع السابق، ص.17.

2: القرار الصادر بتاريخ 1997-03-02 والمنشور في الموسوعة العدلية التي تصدر عن مكتبة شركة التأمين الوطنية، ع84، بغداد، 2001، ص.10.

3: شاكر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني العراقي الجديد، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، ج1، مطبعة المعارف، بغداد، 1959، ص.787.

الحكم به كقاعدة عامة، ويدور وجود الحجر أو عدمه مع العلة الداعية إليه، فإن زالت أسباب الحجر وجب رفعه على المحجور عليه<sup>1</sup>.

لو تدبرنا الحكمة التي من أجلها شرع الله الحجر فلوجدنا أن الحكمة ترجع إلى قصد المحافظة على مال المحجور عليه ونفسه من الضياع، وكذا إلى قصد المحافظة على أموال غيره من الناس<sup>2</sup>.

فالمرضى مرض الموت والمدين المحجور لكي لا يتصرف في أمواله بقصد إيقاع الضرر بدائنه<sup>3</sup>، فلا نجد في الأسباب التي جعلتها الشريعة الإسلامية مناطا للحجر، سببا واحدا خاليا من مصلحة، سواء كانت مصلحة خاصة عائدا نفعها على المحجور عليه، أو مصلحة عامة عائدة نفعها على الناس.

أما بالنسبة لحكمة مشروعية الحجر قانونا فله نفس الحكمة المرجوة من الحجر شرعا، لأن جميع الأحكام القانونية مستمدة من الشريعة الإسلامية ولا سيما أحكام الحجر المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري من المادة 101 إلى غاية المادة 108، فالحجر القضائي الحكمة منه تدور حول حماية أموال المحجور عليه من نفسه وحماية أموال غيره من الضياع.

### المطلب الثاني: النيابة الشرعية

أولى ديننا الحنيف عناية كبيرة بالفئات الضعيفة والعاجزة، خاصة فئة القصر فوفر لهم الحماية اللازمة لرعاية شؤونهم ومصالحهم والحيلولة دون إلحاق الضرر بهم، هذه الحماية وإن كانت تبدأ قبل الولادة بحماية حق الجنين في الحياة ونسبه لأبيه وحفظ ما يؤول إلى ذمته من أموال بطريق الهبة أو الوصية، فإن أهميتها تتزايد بعد ذلك إلى أن يبلغ القاصر سن الرشد، ويجوز القدرة العقلية والجسدية لتدبير شؤونه بنفسه.

1: شيكر ريمة، المرجع السابق، ص.59.

2: محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة العلمية، لبنان، 2007، ص.423.

3: مصطفى الرفاعي، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقوانين اللبنانية، ط01، دار الكتاب اللبناني، لبنان، 1983، ص.182.

ولا شك أن نظام النيابة<sup>1</sup> على المال جزء مهم من هذه الحماية، بموجبه ينوب بعض الأشخاص اللذين تتوفر فيهم شروط محددة في مباشرة التصرفات والعقود التي ينصرف أثرها إلى الغير لحماية مصالحهم وحقوقهم<sup>2</sup>.

حالات النيابة الشرعية عند الفقهاء "الولاية، الوصاية، القوامة" كلها تندرج ضمن كلمة واحدة شاملة وهي "الولاية"، ويرون أن الولاية نوعان، الأولى ولاية أصلية تثبت إلزاميا وبقوة القانون من غير حاجة إلى أي حكم قضائي، وهي ولاية الأب والأم والجد، والثانية هي ولاية نيابية بحيث يستمدّها صاحبها من شخص آخر كالوصي، القاضي القيم والوكيل، وقد نظم المشرع الجزائري أحكام الولاية في الفصل الثاني، من الكتاب الثاني المتعلق بالنيابة الشرعية، في المواد من 87 إلى 91 من قانون الأسرة الجزائري. ولكنه لم يعرف النيابة، وبقراءة المادة 81 من قانون الأسرة يتبين أن النيابة سلطة بموجب القانون تقرر لشخص معين لمباشرة تصرفات قانونية لحساب شخص آخر غير كامل الأهلية، وتبين المادة 87 قانون الأسرة الجزائري كيفية انتقال ولاية الأولاد القصر<sup>3</sup> من أب إلى الأم بعد وفاته أو حالة الطلاق وإسناد الحضانة لها حسب نص المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري، وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تقتصر الأم على الأمور المستعجلة.

وقد حدد المشرع الجزائري الأشخاص المكلفين بالنيابة وحصرهم في: الولي، الوصي، المقدم وذلك حسب الأحوال.

1: يعرف الفقه النيابة بأنها "قيام الشخص بإبرام تصرف قانوني باسم ولحساب شخص آخر وتترتب آثار التصرف القانوني في ذمة الأصيل مباشرة"؛ (أحمد هندي، الوكالة بالخصومة، الدار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص.24)؛ وعرفهما الفقهاء المعاصرون ومنهم مصطفى الزرقا على أنها "قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر في تدبير شؤونه الشخصية والمالية، وعرفها محمد أبو زهرة بأنها القدرة على إنشاء العقد نافدا".

2: خواجه سميحة حنان، محاضرات النيابة الشرعية لطلبة الماستر، قانون الأسرة، كلية الحقوق، قسنطينة، 2018، ص.2.

3: القاصر، لغة: كل شيء خلاف الطول، وقصر عنه إذا عجز عنه ولم يستطع، وفي قوله تعالى: "حور ومقصورات في الخيام" (الآية 72 من سورة الرحمن) أي محبوسات في خيام الدار، أما اصطلاحا: يطلق مصطلح القاصر على كل إنسان لم يستكمل أهليته، إما لصغر سنه فيشمل الجنين والصغير، أو لعراض من العوارض فيشمل الجنون والمعتوه والسفيه وذو غفلة. فالقاصر منذ ولادته وقبل بلوغه سن التمييز يسمى غير مميز، أما بعد بلوغه سن التمييز فيسمى بالصغير المميز، ومن ثمة يتبين أن الأهلية هي الأساس في تحديد مفهوم القاصر ويدور معها البلوغ والرشد وجودا وعدما؛ (الجندي أحمد نصر، الأحوال الشخصية في القانون الإمارات العربية المتحدة، دار الكتب القانونية، المجلة الكبرى، مصر، 2008، ص.393).

## الفرع الأول: الولي

يحتاج القاصر إلى من ينوب عنه في رعاية مصالحه وإدارة أمواله، لذلك كان من الضروري وضع نظام قانوني يحقق هذا الهدف. ونجد المشرع الجزائري قد وضع هذا النظام، فنص على ذلك في المادة 81 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون"<sup>1</sup>.

وتعرف الولاية<sup>2</sup> بأنها حق شرعي محول لشخص راشد في التصرف في شؤونه وهذا يعرف بالولاية على النفس، أو تولى شؤون غيره وتدعى بالولاية على الغير.

وقد تجتمع الولايتان معا، أي الولاية على النفس والولاية على الغير للوالدين<sup>3</sup>.

والولاية هي الإشراف على شؤون القاصر المالية بحفظ ماله وتنميته واستيفاء حقوقه والإنفاق عليه بما تقتضيه مصلحته وحاجاته. وهذه الولاية تكون للأب وتعتبر ولاية إلزامية، فهي حق وواجب في نفس الوقت فلا يجوز له التنحي أو التنازل عنها أو إسنادها لغيره إلا بإذن المحكمة، كما أنها لا تنتقل إلى الورثة بعد وفاته<sup>4</sup>. ولعل الحكمة التي جعلت المشرع الجزائري وحتى التشريعات العربية الأخرى<sup>5</sup>، في تقديم الأب عن غيره في الولاية هو شفقة الأب وأصالة

1: الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

2: الولاية: لغة الولاية بفتح الواو وكسرهما مصدر بمعنى النصره وبمعنى السلطة يقال هم على ولاية أي مجتمعون على النصره، وقرئ قوله تعالى "مالككم من ولايتكم من شيء" بفتح الواو وكسرهما، والمعنى مالكم من نصرتمهم، ويقال ولي الشيء وعليه ولاية "أي قام عليه وكان عليه سلطة". وقال سيويو الولاية بفتح المصدر وبالكسر الاسم مثل الإمارة والنقابة وعليه فهي بالكسر اسم لما توليته وقلت به؛ (محمد عبد العزيز النمي، الولاية على المال، أطروحة دكتوراه، الرياض، بدون دار النشر، 1432، ص.45).

3: زوييدة إقروفة، الإبانة في الأحكام النيابية، المرجع السابق، ص.40.

4: جميلة موسوس، الولاية على المال القاصر في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، 2006، ص.25.

5: لقد نص المشرع التونسي في المادة 154 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بأنه: "القاصر وليه أبوه أو أمه إذا توفي أبوه أو فقد أهليته مع مراعاة أحكام الفصل الثامن من هذه المجلة المتعلقة بالزواج..."، والمشرع المغربي في المادة 236 من مدونة الأسرة المغربية بأنه: "الأب هو الولي على أولاده بحكم الشرع، ما لم يجرّد من ولايته بحكم قضائي..."، وهذا على عكس المشرع الفرنسي الذي جعل السلطة الأبوية مشتركة بين الأب والأم في المادة 4/1384 من القانون المدني الفرنسي المعدل لسنة 2016 والتي جاء فيها:

رأيه، ولكون محافظة الأب على مال ولده هي المحافظة على نفسه<sup>1</sup>، ولا يجوز للأبوين التنازل أو التخلي عنها، وإلا تعرضا للعقوبة، إذ تنص المادة 330 من قانون العقوبات<sup>2</sup> على ما يلي: "يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من 25.000 إلى 100.000 دينار جزائري أحد الوالدين الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز شهرين، ويتخلى عن كافة التزاماته الأدبية أو المادية المترتبة على السلطة الأبوية، أو الوصاية القانونية وذلك بغير سبب جدي...". ولا يجوز لأي شخص أن ينوب عن القاصر مادام الأب لم يتوفى بعد حتى ولو كانت الأم، وإلا عد خرقاً للأشكال الجوهرية في الإجراءات والقانون وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا: "من المقرر قانوناً يكون الأب ولياً على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانوناً.

ولما كان- في قضية الحال- أن قضاة لما قبلوا استئناف أم المطعون ضدهما وهي لم تكن طرفاً في الخصومة، كما أن المطعون ضده لا زال قاصراً وأن أباه هو ولي عنه حسب القانون ولم يتوفى بعد لكي تنوب عنه الأم، ومن تم فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا قد خرقوا الأشكال الجوهرية في الإجراءات والقانون مما يستوجب نقض القرار<sup>3</sup>. فمن خلال هذا القرار يتضح أن الولاية تكون أولاً للأب ما دام أنه حي وقادر على توليه، ولا يمكن بوجود الأب الانتقال إلى غيره من الأشخاص حتى ولو كان هذا الشخص الأم.

وتنص المادة 75 من قانون الأسرة على أنه: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول، وتستمر في حالة إذا ما كان الولد عاجزاً بآفة عقلية أو بدنية أو مزاولاً للدراسة، وتسقط بالإستغناء عنها بالكسب".

وبعد وفاة الأب تحل محل الأم قانوناً طبقاً لنص المادة 87 الفقرة 01 من قانون الأسرة الجزائري، لكن الوفاة ليست السبب الوحيد لانتقال الولاية على القاصر من الأب إلى الأم، إذ تنتقل الولاية إليها والأب حي في حالات معينة تتمثل فيما يلي:

"le père et la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants habitant avec eux."

1: أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، المرجع السابق، ص.602.

2: المادة 330 من قانون العقوبات المعدل والمتمم الصادر بموجب الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق ل 8 يونيو 1966.

3: المحكمة العليا، غ.م، 17-05-1998، ملف رقم 167835، م.ق، ع.02، 1997، ص.77.

- حالة غياب الأب أو حصول مانع له، و قد يكون المانع ماديا كحصول إعاقة جسدية أو قانونية كفقدان الأهلية، ففي هذه الحالة تحل الأم محل الأب للقيام بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد طبقا لمقتضيات المادة 87 الفقرة 02 من قانون الأسرة الجزائري<sup>1</sup> فالحق الذي منحه المشرع الجزائري للأم لا يعتبر سوى ولاية مؤقتة أو محددة، لأن المشرع لا حظ أن الأب إذا كان غائبا غيابا مؤقتا أو وجد له مانع، قد يعرقل الأمور المستعجلة للقاصر، لهذا يحق للأم أن تشرف على تسيير تلك الأمور مؤقتا، غير أن المشرع الجزائري لم يحدد لنا هذه الأمور المستعجلة.

- ويمكن أن يثور التساؤل إذا كان الولي مريضا مرض الموت هل تحل محله الأم أم لا ؟ وبالرجوع إل قانون الأسرة نجد أنه قد نص في المادة 93 منه على شروط الوصي، وهي شروط تنطبق على الولي والمقدم، وهي الإسلام والعقل والبلوغ والقدرة والأمانة وحسن التصرف. ومن شروط الولاية هي القدرة، ويقصد بها الرشد أو الكفاية والهداية في التصرف، كما أنها تعني القدرة من الناحية الجسدية ومن ناحية الكفاءات في إدارة وتسيير الأموال<sup>2</sup>، فإذا كان الشخص مريضا مرض الموت يصبح عاجزا عن قضاء مصالحه المعتادة والمألوفة خارج البيت، فكيف له أن ينوب عن شخص في رعاية مصالحه وإدارة أمواله؟

- أما في حالة الطلاق فيمنح القاضي الولاية لمن أسندت له الحضانة طبقا للمادة 87 من قانون الأسرة الجزائري والذي قد يكون أحد الأشخاص المنصوص عليهم في المادة 64 من قانون الأسرة، وهذا يعني أن الام ستكون ولية على ابنها القاصر في حياته وفي حضوره ودون وجود مانع يعتره غاية منه أن الرابطة الزوجية قد انتهت بالطلاق وحصلت الأم على حضانة أبنائها، وهو الاتجاه الذي سلكته بعض التشريعات العربية كالقانون التونسي، وفي ذلك خروج على مبادئ الشريعة الإسلامية<sup>3</sup>.

ولعل المشرع الجزائري أراد بهذا التعديل منح القاضي سلطة أكبر في تقدير مصلحة الطفل النفسية من خلال الحضانة إلى جانب مصالحته المالية من خلال الولاية، فالأصلح لحماية الطفل

1: شيخ سناء، الضوابط القانونية لإدارة أموال القاصر والتصرف فيها، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، مج 56،

ع01، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2014، ص.247.

2: خوادجية سميحة حنان، المرجع السابق، ص.14.

3: بلجراف سامية، الرقابة على ولاية المال بين الفقه الإسلامي والقوانين المقارنة، مجلة دراسات والبحث، المجلة العربية في

العلوم الإنسانية والاجتماعية، مجلد 11، ع2، جوان2019، ص.451.

النفسية هو الأصلح لحماية أمواله كذلك. وقد قضت المحكمة العليا في حكم لها بتاريخ 23-12-1997 من المقرر قانونا أنه في حال وفاة الأب تحل الأم محله، وفي حالة تعارض مصالح الولي ومصالح القاصريين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفا للقانون<sup>1</sup>. وفي قرار آخر جاء فيه: "أن قضاة الاستئناف عندما قضوا بإسناد حضانة الطفل"ع" لأمه الطاعنة دون منحها ولاية عليه يكونون قد خالفوا أحكام المادة 87 من قانون الأسرة في فقرتها الأخيرة، الأمر الذي يستوجب نقض القرار المطعون فيه"<sup>2</sup>.

ولكن رغم هذه الحماية المتمثلة في منح الولاية للأم، إلا أن القانون لم يمنح لها حق اختيار وصي لولدها في المادة 92 من قانون الأسرة الجزائري، وهذا في الحقيقة غير منطقي وغير مفهوم، لأن المشرع في ترتيب الولاية الأصلية في المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري قد اعترف للأم بالولاية، ولا يتصور أن تسيير الأم وتدير أموال ابنها القاصر، ولا تستطيع اختيار وصي يحل محلها بعد وفاتها، ويكون أمينا على مال ولدها. وعليه، فمن المستحسن لو أن المشرع يعدل كلاً من المادة 87 و92 من قانون الأسرة، فيعدل المادة 87 من نفس القانون بحيث يضع لنا حد للغموض والعمومية التي جاء بها المشرع في هذه المادة، ويجدد لنا ما إذا كانت هذه المادة تشمل فقط الولاية على المال أم تدخل ضمنها الولاية على النفس<sup>3</sup>.

وبرغم ما للجد من مكانة هامة في نظام الولاية في كل من المذهب الحنفي والشافعي ورغم استبعاده من نظام الولاية في المذهب المالكي والحنبلي، إلا أننا نجد أن موقف المشرع لم يكن واضحا. فقد منح الولاية للأب والأم صراحة لكنه استبعد الجد. ومنحه حق اختيار الوصي فمن باب أولى له حق الولاية الأصلية، ولا يوجد ما يبرر استبعاده منها من قبل المشرع الجزائري<sup>4</sup>.

1: المحكمة العليا، 23-12-1997، غ.أ.ش، ملف رقم 187692، م.ق، ع.ق، 01، 1997، ص.53.

2: المحكمة العليا، غ.أ.ش، 14-01-2009، ملف رقم 476515، م.ق، ع.ق، 01، 2009، ص.267؛ مقتبس عن باديس ذياي، قانون الأسرة على ضوء الممارسات القضائية، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص.85.

3: غربي صورية، حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015/2014، ص.143.

4: بلجراف سامية، المرجع السابق، ص.452.



تجدر الإشارة إلى أن المشرع لم ينص في قانون الأسرة على الشروط الواجب توافرها في الولي، لذلك نرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري والتي اشترط فقهاؤها في الولي أن يكون بالغاً، عاقلاً، متحداً في الدين مع القاصر، أميناً عليه غير مفسد ولا مفرط في رعايته، فلا ولاية لغير بالغ، ولا لغير عاقل، ولا لسفيه، ولا للمريض مرض موت لأن هؤلاء في حاجة إلى من يتولى شؤونهم، فلا يصلحون للولاية على غيرهم<sup>1</sup>.  
وهناك رأيان للفقهاء بخصوص مريض مرض الموت:

**الرأي الأول:** بالنسبة للشافعية والمالكية، يشترط كل منهما القدرة على القيام بمهام الولاية، نظراً لما تقتضيه طبيعة الولاية، لأن العاجز في نظرهم يكون غير قادر على القيام بأمره بنفسه، فكيف بغيره وهذا ينتفي مع مصلحة المولى عليه<sup>2</sup>.

**الرأي الثاني:** يرى جمهور الفقهاء جواز الوصاية للعاجز عن القيام بمهام الوصاية، ويعين له القاضي من يساعده<sup>3</sup>. وإستدلوا: بأن العاجز إذا كان من أهل الولاية والأمانة يصح الإيضاء له<sup>4</sup>. والراجح قول الجمهور بإعتبار الموصي، ولو كان غير قادر بنفسه على القيام بمهام الوصاية؛ فيمكن له أن ينيب القادر أو يطلب من القاضي تعيين من يساعده<sup>5</sup>.

وإذا كان المشرع الجزائري لم ينص صراحة على الشروط الواجب توافرها في كل من الأب والأم وهما صاحبا الولاية الشرعية، فبموجب المادة 91 من قانون الأسرة، نجد أنه ذكر حالات إنتهاء الولاية المتمثلة في عجز الولي أو الحجر عليه، أو إسقاط الولاية المتمثلة في عجز الولي أو الحجر عليه، أو إسقاط الولاية عنه، مما يفيد وجوب توفر القدرة الجسدية والعقلية

1: جمال مهدي محمد الأكنة، مسؤولية الأباء المدنية عن الأبناء القصر في الفقه الإسلامي والقانون والوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص.200.

2: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج04، ط04، دار الفكر المعاصر، دمشق، سوريا، 1997، ص.2993.

3: أحمد عيسى، الإجتهد القضائي في مجال الولاية على المال القاصر، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البلدة، ع1، 2009، ص.86.

4: بيبية بن حافظ، الولاية الأصلية على مال القاصر، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة01، مح31، ع01، جوان 2020، ص.262.

5: الهادي معفي، سلطة الولي على أموال القصر في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 01، 2013-2014، ص.22.

لإدارة وتسيير أموال المحجور عليه، كما يجب أن تتوفر فيه الأمانة والاتحاد في الدين وإلا أسقطت ولايته.

وبالتالي فقد ذكر المشرع الجزائري أسباب انقضاء الولاية في نص المادة 91 من قانون الأسرة، كما ذكر أسبابا أخرى في نص المادة 96 من نفس القانون المتعلقة بانقضاء الوصاية إذ هناك أسباب طبيعية لانقضاء الولاية، بالإضافة إلى الأسباب قانونية لانقضاء.

فتنتهي الولاية الأصلية على مال القاصر إما بموت القاصر أو موت الولي.

فتنتهي الولاية الأصلية على مال القاصر بموت الولي موتا طبيعيا وهذا طبقا للمادة 91 الفقرة الثانية من قانون الأسرة التي تنص على أنه " تنتهي وظيفة الولي: بموته"، وكذا تنص المادة 91 الفقرة الأولى من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "تنتهي مهمة الوصي: بموت القاصر أو زوال أهلية الوصي أو موته..."، وفي هذه الحالة تمنح كل أموال القاصر التي كانت بحوزة الولي إلى شخص آخر يعينه القاضي ليتولى إدارة أموال القاصر، وذلك بناء على طلب كل من له مصلحة في ذلك.

فالشخص القاصر هو محل اعتبار في الولاية ووفاته يؤدي إلى زوال سبب وجود الولاية، حيث أن كل الأموال التي هي ملك القاصر تعد من التركة فتتقسم على ورثته وذلك بعد أن يعرض الولي أمر الوفاة على قاضي شؤون الأسرة الذي يتخذ الإجراءات المناسبة، لأن هذه الأموال تخضع دائما لرقابته، وبالتالي هو الذي يقرر انتهاء الولاية.

وقد تنتهي الولاية قانونا إما بحكم بفقدان الولي، فيحكم على الولي الذي مر عن فقدانه 4 سنوات بالموت الحكمي، وهذا يفقده الولاية لاستحالة القيام بمستلزمات الولاية أثناء الحكم عليه بالفقدان وبالتالي تنتقل الولاية إلى شخص آخر<sup>1</sup>، أو تنتهي الولاية بعجز الأب عن القيام بأعباء الولاية وبلوغ القاصر سن الرشد، فالمشرع الجزائري لم يحدد المقصود بالعجز هل هو العجز المادي أو العجز الجسماني<sup>2</sup> في نص المادة 91 الفقرة الأولى من قانون الأسرة الجزائري التي تقضي بما يلي: "تنتهي وظيفة الولي: بعجزه"، فيجوز للولي الذي يكون عاجزا عن القيام بأعباء الولاية لكبر في السن أو المرض أو وجود عاهتين أن يقدم طلب إلى المحكمة لإعفائه من

1: غربي صورية، المرجع السابق، ص.173.

2: ديلة سلامي، حماية الطفل في قانون الأسرة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2007-2008، ص.114.

مزاولة الولاية على أساس المادة 91 الفقرة الأولى من قانون الأسرة، وكذلك المادة 80 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه " 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".

فالولي الذي تقررت لمصلحته مساعدة يعتبر عاجزا عن تسيير أمواله وبالتالي يكون عاجزا عن الولاية وحماية أموال القاصر، وبالتالي تنتهي ولايته وتعطى لشخص غيره يليه في المرتبة<sup>1</sup>.

إذن ورغم أن الولاية إلزامية، أجاز القانون للولي طلب إعفائه منها إذا رأى نفسه عاجزا عن القيام بأعباء الولاية بسبب ظروف أحاطت به كالكبر أو مرض الموت، ويكون للمحكمة سلطة قبول أو رفض طلب التنحي بعد التحقيق من دواعيه، خاصة أن المريض مرض الموت يكون عاجزا عن قضاء مصالحه، ومصالح المولى عليه باعتبار أن المرض أقعده عن كل المصالح خاصة التي هي خارج البيت.

وقد تنتهي الولاية ببلوغ القاصر سن الرشد، فوجد المشرع الجزائري قد نص على هذا العنصر في المادة 40 من القانون المدني التي تنص على أن: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتع بقواعد العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. و سن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة". فالسن المطلوب هو 19 سنة كاملة، والمشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري لم يذكر هذا السبب في المادة 91 من نفس القانون ولكن نص عليه في المادة 96 الفقرة الأولى من قانون الأسرة المتعلقة بنهاية مهنة الوصي<sup>2</sup>، لكن ليس بلوغ القاصر سن الرشد سببا كافيا لإنهاء الولاية بل حتى ترشيد القاصر في التصرف في أمواله يعد سببا من أسباب انتهاء الولاية، إلا أنه يختلف الترشيح في قانون الأسرة الجزائري عن القانون التجاري.

فالترشيح في قانون الأسرة الجزائري نص عليه المشرع الجزائري في المادة 84 منه: "للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله، بناء على طلب من له

1: صورة غربي، المرجع السابق، ص.173.

2: باديس ديلملي، المرجع السابق، ص.61.

مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك"، حيث يجوز للقاضي أن يسمح للقاصر أن يتصرف في أمواله بعد حصوله على إذن من المحكمة، شريطة أن يكون القاصر قد بلغ سن التمييز، وهذا بناء على طلب من له مصلحة في ذلك.

أما الترشيد في القانون التجاري فقد نص عليه المشرع الجزائري في المادة 05 من القانون التجاري التي تنص على ما يلي: "لا يجوز للقاصر المرشد، ذكرا أو أنثى، البالغ من العمر ثمانية عشرة كاملة والذي يريد مزاولة التجارة أن يبدأ في العمليات التجارية، كما لا يمكن اعتباره رشد بالنسبة للتعهدات التي يبرمها من أعمال تجارية.

إذا لم يكن قد حصل مسبقا على إذن والده أو أمه أو على قرار من مجلس العائلة مصادق عليه من المحكمة، فيما إذا كان والده متوفيا أو غائبا أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحالة عليه مباشرتها أو في حالة انعدام الأب أو الأم.

ويجب أن يقدم هذا الإذن الكتابي دعما لطلب التسجيل التجاري"<sup>1</sup>.

حيث يشترط المشرع الجزائري لاستفادة القاصر من رخصة الترشيد من أجل ممارسة الأعمال التجارية ما يلي: بلوغ القاصر لسن 18 سنة دون أن يكون محجورا عليه، الحصول على إذن مسبقا من الأب والأم أو على قرار مجلس العائلة وإذا كان والده متوفيا أو غائبا ولا يكون الإذن عاما، بل يتم تحديد كل الأعمال التي يقوم بها هذا القاصر المرشد<sup>2</sup>.

وبذلك نجد أن القانون التجاري قد تناقض مع قانون الأسرة فيما يخص الجهة التي تقوم بترشيد القاصر، ففي المادة 84 من قانون الأسرة الجزائري نجد أن القاضي هو من يمنح الإذن للقاصر بالتصرف في ماله، بينما تنص المادة 05 من القانون التجاري على أن الإذن يكون من الأب أو الأم أو من مجلس العائلة.

كما يتمثل أصحاب الولاية المكتسبة في كل من القانون الاسرة الجزائري والقانون المدني في الموصي الذي يختاره الأب أو الجد من جهة، والمقدم المعين من قبل القاضي إذا لم يكن للقاصر ولي أو وصي.

1: الأمر رقم رقم 75-59، المؤرخ في 20 رمضان 1395ه الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 الذي يتضمن القانون التجاري الجزائري المعدل والمنتم، ج.ر، 101، المؤرخة في 19 ديسمبر 1975.

2: علي بن غانم، الوجيز في القانون التجاري وقانون الأهمال، موفم للنشر، الجزائر، 2005، ص.148.

## الفرع الثاني: الوصاية

الوصي<sup>1</sup> يسمى في الفقه الإسلامي بالوصي المختار، وهو من يختاره الأب ويوصي إليه أن يكون خلفا عنه بعد وفاته على أولاده يدير شؤونهم، وهو بهذا الإيحاء تكون له على القاصر ولاية مالية فقط ويكون مقدا عند الحنفية على جدتهم لأبيهم بحيث إذا وجد الجد ووصي الاب كانت الوصاية على أموالهم لوصي الاب والوصاية على أنفسهم للجد لأب على خلاف الشافعية الذين يقدمون الجد على الوصي الأب<sup>2</sup>. أما المادة 92 من قانون الأسرة الجزائري تعرف الوصي بأنه الشخص الذي يعينه الأب أو الجد أثناء حياتهما لتولي شؤون القاصر الذي فقد أمه أو ثبت عدم قدرتها بالطرق القانونية على تولى شؤونه، ويسمى الوصي المختار لأنه يعين من طرف الأب أو الجد للإشراف على أموال أولاده أو أحفاده. وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي أن يختار الأصح منهم لإدارة أموال القاصر والتصرف فيها.

والوصاية يقترحها الأب أو الجد على الوصي، وللوصي مطلق الحرية في القبول أو الرفض، إلا أنه إذا قبلها حال حياة الموصى (أي أب أو الجد)، فليس له التخلي عنها بعد وفاة أحدهما ويشترط في الوصي أن يكون مسلما، عاقلا، بالغاً وأميناً وحسن التصرف، وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه هذه الشروط المنصوص عليها في المادة 93 من قانون الأسرة الجزائري، وهي الإسلام، العقل، البلوغ، القدرة، الأمانة وحسن التصرف. وتكون للوصي نفس سلطات الولي في إدارة أموال القاصر والتصرف فيها، وتنتهي مهمة الوصي في الأحوال المنصوص عليها في المادة 96 من قانون الأسرة الجزائري، وهي موت الوصي أو زوال أهلية الوصي أو موته، أو بلوغ القاصر سن الرشد أو بانتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها، أو بقبول عذر الوصي في التخلي عن الوصاية، أو عزل الوصي.

ويكون الوصي ملزماً بتقديم حساب بالمستندات إلى من يخلفه في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ انتهاء مهمته، ويكون مسؤولاً عما يلحق القاصر من ضرر بسبب تقصيره<sup>3</sup>.

1: تعرف الوصاية لغة بأنها مصدر مشتق من الفعل الرباعي أوصى فيقال: أوصى بشيء إليه أي جعله وصية مثلما نجد في الحديث النبوي الشريف " استوصوا بالنساء خيراً فإنهن عندكم عوان"؛ (عبد الله محمد ربابعة، الوصاية في الفقه الإسلامي (دراسة فقهية قانونية مقارنة)، ط01، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص.19).

2: عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص.224؛ بلجرف سامية، المرجع السابق، ص.252.

3: رمضان أبو السعود، العقود المسماة عقد الإيجار، الأحكام العامة، دار المطبوعات الجامعية، لبنان، 2001، ص.116.

ولكن نجد أن المشرع الجزائري قد أعطى الجد حق إختيار الوصي عن القاصر بينما لم يمنح هذه الصلاحية للأم، وقد سار في ذلك على خطى الفقه الإسلامي حيث لم تعط المذاهب المختلفة للأم حق الإيصاء على أبنائها، ما عدا المالكية الذين يعترفون بصلاحية الأم بأن تعين وصيا، وذلك إذا توافرت شروط ثلاثة وهي أن تكون أموال الصغير غير هامة، عدم وجود وصي عينه الأب، أن تكون أموال الصغير مصدرها الأم<sup>1</sup>، وموقف المشرع الجزائري هو نفس الموقف المشرع التونسي<sup>2</sup>.

وقد نصت المادة 94 من قانون الأسرة الجزائري والمادة 472 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>3</sup> على أنه: "يخطر القاضي من قبل الوصي أو ممثل النيابة العامة أو القاصر الذي بلغ سن التمييز أو كل شخص تممه مصلحة القاصر بتثبيت الوصاية أو رفضها بعد وفاة الأب". فممن خلال هذه المواد يتضح أن القانون قد أوجب على أطراف الوصاية أن يعرضوا وصية الولي على القاضي بمجرد وفاة الولي، وللقاضي النظر في تلك الوصاية، وهو مخير بين أمرين، إما قبول الوصاية فيقوم بتثبيتها ليستطيع الوصي المختار مباشرة مهامه؛ وإما رفض الوصاية وتعيين مقدم على أموال القاصر، أو باتخاذ جميع الإجراءات التحفظية الضرورية لحفظ أموال القاصر قبل تعيين مقدم، حسب المادة 472 الفقرة 02 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص: "وفي حالة رفض الوصاية يعين القاضي مقدا طبقا للمادة 471 أعلاه، أو يتخذ جميع الإجراءات التحفظية في اطار تعيين المقدم"، كما يحق للنيابة العامة كذلك إخطار القاضي بإجراءات الوصاية من أجل تثبيتها أو رفضها<sup>4</sup>.

1: سامي العيادي، الولاية على المال، دار محمد علي للنشر، تونس، 2006، ص. 76.

2: نصت المادة 92 من قانون الأسرة أنه: «يجوز للأب الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أمره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي إختيار الأصلح منهم مع مراعات أحكام 86 من هذا القانون».

3: القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، ع 21، الصادر في 23 أبريل 2008.

4: محمد بوعمره، أموال القصر في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الجزائر، 2009-2010، ص. 124.

لم يشترط المشرع حكما لتثبيت الوصاية في المادة 94 من قانون الأسرة الجزائري وإنما اشترط فقط عرضها على القاضي لتثبيتها<sup>1</sup>. وقد جاء في المادة 471 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه "يعين القاضي المقدم بموجب أمر ولائي بعد التأكد من رضاه. يجب على المقدم أن يقدم دوريا وطبقا لما يحدده القاضي، عرضا عن إدارة أموال القاصر وعن أي إشكال أو طارئ له علاقة بهذه الإدارة". وبالتالي تثبيت الوصي يكون كذلك بموجب أمر ولائي.

ويمكن أن نفهم من خلال المواد بأنه يستوجب عرض الطلب التثبيت إلى رئيس المحكمة في شكل أمر على ذيل العريضة، كون أن مثل هذا الإجراء لا يتطلب أي مدعى عليه، على عكس العريضة التي تقدم أمام قاضي الأحوال الشخصية والتي يطول الفصل فيها نظرا لوجوب تبليغ العريضة للمدعى عليه، وللتأجيلات التي يتطلبها الفصل في القضية لتبليغ الحكم ولآجال القانونية لصيرورة ذلك الحكم نهائيا<sup>2</sup>.

ويجب الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يتكلم عن كيفية إثبات هذه الوصاية حتى يمكن تثبيتها من طرف القاضي، وعليه يمكن إثباتها بأي طريقة سواء كانت بورقة رسمية أو عرفية أو بشهادة الشهود، وهذا في حقيقة الأمر خطير لأنه يعد ثغرة قد تسمح بالتلاعب بأموال القاصر، ومن المستحسن تداركها من طرف المشرع لحماية القاصر، وذلك بأن يكون إثبات وصاية الأب أو الجد بورقة رسمية أو عرفية، وهو ما جاء به المشرع المصري بحيث جعل إثبات إختيار الوصي يكون إما بورقة رسمية أو عرفية مصادق على توقيع الأب فيها، أو مكتوب بخطه وموقعة بإمضائه، ويكون العدول عن الإختيار بإتباع نفس الإجراءات<sup>3</sup>.

وقد أقر المشرع الجزائري في المادة 90 من قانون الأسرة: "إذا تعارضت مصالح الوالي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة"، ويفهم من سياق المادة أن القاضي يعين متصرفا خاصا من تلقاء نفسه أو بناء على طلب من له مصلحة

1: دليلة سلامي، المرجع السابق، ص.122.

2: عبد العزيز مقفولجي، الرشاء عديمي الأهلية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2003، ص 74.

3: المادة 28 من قانون الولاية على المال المصري: "يشترط أن يثبت الإختيار بورقة رسمية أو عرفية مصادق على توقيع الأب أو المتبرع فيها أو مكتوبة بخطه وموقعة بإمضائه.

ويجوز للأب والمتبرع بطريق الوصية في أي وقت أن يعدلا عن إختيارهما وتعرض الوصاية على المحكمة لتثبيتها".

في ذلك، والمصلحة تتحقق حسب القواعد العامة لتقنين الإجراءات المدنية والإدارية، فتكون إما مصلحة قائمة أو مصلحة محتملة.

وقد يحدث وأن تتعارض مصالح القاصر في تصرف من التصرفات التي يبرمها النائب الشرعي نيابة عنه مع مصالح هذا الأخير، حيث نص المشرع الجزائري في المادة 90 من قانون الأسرة الجزائري على إمكانية وقوع تعارض بين مصالح الولي ومصالح القاصر، إلا أنه لم يوضح الحالات التي تعتبر تعارضا بين المصالح، على عكس المشرع المصري الذي نص من خلال المادة 31 من تقنين الولاية على المال على حالات التعارض فيها مصالح الولي ومصالح القاصر ومن خلال قراءة نص هذه المادة نستطيع القول أنه قد تتعارض مصالح الولي والنائب الشرعي ككل من الكفيل ومقدم ووصي بصفة خاصة ومصالح القاصر في هذه الحالات:

تعارض مصالح القاصر مع مصالح النائب الشرعي شخصيا وهي تعتبر أبرز صور التعارض بين مصالح القاصر ومصالح النائب الشرعي، وتتجسد هذه الحالة مثلا عندما يرغب النائب الشرعي في أن يشتري لنفسه مالا مملوكا للقاصر، أما الحالة الثانية فتتمثل أساسا في تعارض مصالح القاصر مع مصالح زوجة النائب الشرعي، كأن يبيع مالا مملوكا للقاصر إلى زوجته، فلا شك أن هذه الحالة تتعارض بين مصلحة القاصر ومصلحة النائب الشرعي، أما الحالة الثالثة فقد تتعارض مصالح القاصر مع قاصر آخر مشمول بالحماية، كأن يبيع ما لا مملوكا لولده القاصر المشمول بولايته، وهو في نفس الوقت يشتريه لولد آخر له مشمول بولايته أيضا، فهذا أمر غير جائز خشية تفضيل أحدهما على الآخر.

ففي هذه الحالات نكون أمام ما يعرف ببيع النائب لنفسه، الذي منعه المادة 410 من القانون المدني الجزائري: "لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى إتفاق أو نص قانوني أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري باسمه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما كلف بيعه بموجب النيابة، كل ذلك ما لم تأذن به السلطة القضائية مع مراعات الأحكام الخاصة والواردة في نصوص قانونية أخرى".

يقتضي الأمر أمام هذا التعارض أن يكون للقاصر شخص آخر سواء كان بائعا أو مشتريا، ليراعي مصالحه المتعارضة ويحقق له النفع في صفقات كهذه ويبعد الحرج عن النائب



الشرعي، لما قد يأخذ عليه في حال الميل أو الجنوح ناحية مصلحته أو مصلحة طرف غير القاصر، ويدفع عنه بذلك شبهة المحاباة<sup>1</sup>.

فإن على القاضي تعيين متصرف خاص متى كانت هناك حالة تعارض بين مصالح القاصر مع مصالح النائب الشرعي، وما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه قد تأثر بالقانون الفرنسي في مسألة تعيين متصرف خاص، حيث أخذ المشرع الفرنسي بهذا النظام في المادة 389 من التقنين المدني الفرنسي في حالتين وهما: حالة تعارض مصالح القاصر ومصالح الولي، وكذا حالة منح وصية أو هبة للقاصر بأموال مع شرط أن يديرها شخص غير الولي<sup>2</sup>.

كما أن المشرع الجزائري لم يحدد الشروط القانونية الواجب توافرها في شخص هذا المتصرف، ولكن بإعتبار أن هذا المتصرف سيقوم مقام النائب الشرعي في إبرام تصرف أو تصرفات معينة، فإننا نرى وجوب أن تتوفر فيه نفس الشروط القانونية الواجب توافرها في النائب الشرعي، فأمام عدم وجود نص صريح في ذلك فإنه تعود للقاضي سلطة اختيار المتصرف الذي يراه قادرا ومناسبا لآداء المهمة<sup>3</sup>.

وعند نهاية مهمة الوصي وجب عليه أن يسلم ما في عهده من أموال القاصر إلى من يخلفه في مهام الوصاية تحت إشراف قاضي شؤون الأسرة، ولقد نصت المادة 97 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "على الوصي الذي انتهت مهمته أن يسلم الأموال التي في عهده ويقدم عنها حسابا بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى القاصر الذي رشده أو إلى ورثته في مدة لا تتجاوز الشهرين من تاريخ انتهاء مهمته".

ونلاحظ من نص المادة أن عملية تسليم أموال القاصر تخضع لإجراءات قانونية خاصة يحاسب من خلالها الوصي للتأكد من سلامة أموال القاصر، وحالة الأموال قبل الوصاية وبعدها.

### الفرع الثالث: المقدم

إضافة إلى الولاية والوصاية على الأموال، قد تمارس النيابة الشرعية لرعاية هذا المال من طرف شخص تعيينه المحكمة وهو ما يسمى " بالتقديم "

1: ماجدة مصطفى شبانة، النيابة القانونية، دار الفكر الجامعي، مصر 2004، ص.110.

2: عبد العزيز مقفولجي، المرجع السابق، ص.69.

3: ماجدة مصطفى شبانة، المرجع السابق، ص.111.

القوامة لغة: هي قيام على الشيء برعايته والحفاظ عليه<sup>1</sup>. ومن ذلك، القيم الذي يقوم على الشيء ويليه ويصلحه. والقوام على وزن فَعَّال للمبالغة من قيام على الشيء والاستبداد بالنظر فيه وحفظه بالإجتهد<sup>2</sup>.

أما إصطلاحاً فهي نيابة قانونية يتولى بمقتضاها شخص يسمى القيم أو المقدم الولاية على المال المحجور عليه لأحد عوارض الأهلية<sup>3</sup>. ولقد عرفت المادة 99 من قانون الأسرة الجزائري: "المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو نافصها بناء على طلب أحد أقاربه، أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة"، والملاحظ أن المشرع الجزائري يستخدم تارة مصطلح القوامة كما هو شأن في المادة 44 من القانون المدني الجزائري<sup>4</sup> وتارة أخرى يستخدم مصطلح التقديم مثلما هو وارد في عنوان المادة 99 من قانون الأسرة الجزائري، ومن استقراء هذه المادة نجد أن الخاضعين لنظام القوامة هم ناقصو الأهلية من صبي مميز وسفيه وذو غفلة وكذا فاقدوها من صبي غير مميز ومجنون ومعتوه<sup>5</sup>.

كما نص المشرع في المادة 469 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يعين القاضي طبقاً لأحكام قانون الأسرة، مقدماً من قبل أقارب القاصر، وفي حالة تعذر ذلك يعين شخصاً آخر يختاره". ويتم تقديم طلب القوامة من طرف الابن أو الأب أو الجد ويكون بإيداع عريضة مكتوبة إلى رئيس المحكمة للنظر في أمرها، وهذه العريضة تحتوي عادة على مختلف أسباب الحجر، والدعاوى التي رفعت من ذوي المصلحة لطلب تعيين مقدم عليه، لإدارة أمواله وممتلكاته<sup>6</sup>. ويشترط في القيم ما يشترط في الوصي، وهذا ما أشارت إليه المادة 100 من قانون

1: جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، دار الفكر، بيروت، لبنان، 2008، ص.503.

2: محمد صبري الجندي، النيابة في التصرفات القانونية، دراسة في التشريعات والفقهاء الإسلامي من منظور موازنة، ط 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص.99.

3: علي الفلاحي، نظرية الحق، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص.232.

4: تنص المادة 44 من القانون المدني: "يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة ضمن الشروط ووفقاً للقواعد المقررة في القانون"، وهو ما نص عليه المشرع المغربي في المادة 211 من مدونة الأسرة المغربية.

5: محمد بشير، المرجع السابق، ص.86.

6: محمد توفيق قديري، النيابة الشرعية بين الفقهاء الإسلامي وقانون الأسرة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2017-2018، ص.163.

الأسرة التي نصت على أنه: "يقوم المقدم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام"، والذي يحيلنا هذا النص إلى مقتضيات المادة 93 من قانون الأسرة الجزائري التي تفيد بأنه يشترط في الوصي أن يكون مسلماً عاقلاً بالغاً قادراً أميناً حسن التصرف، كما يجوز للقاضي عزله إذا تخلفت هذه الشروط. والقيم عامة يكون نائب عن المحجور عليه ويكون نائباً قضائياً باعتبار أن المحكمة هي التي تقوم بتعيينه، ونيابة القيم عن المحجور عليه نيابة قانونية إذ رسم القانون حدود تلك النيابة، ويكون ثمة محل لتعيين قيم خاص حيث يدعو ذلك لحاجة أو ضرورة، كما تقيم المحكمة القيم مؤقتاً، إذا أوقف القيم أو حالة ظروف مؤقتة دون أدائه لواجباته، ويلزم القيم بقيام بالواجبات المفروضة على الأوصياء وتكون له حقوقهم<sup>1</sup>.

ولكن إجراءات افتتاح التقديم أو تعديل أي جانب من الإجراءات المتخذة يكون بموجب أمر يصدره قاضي شؤون الأسرة بناء على سلطته التقديرية، كما يمكنه رفع التقديم إذا انتهى موجب الحجر بزوال سببه، إذ لا يكون ثمة محل ترد عليه القوامة، وكل ذلك من أجل حماية ناقصي الأهلية وفاقديها، إذ يتعين احترام هذه الإجراءات بدءاً بإيداع طلب التقديم في شكل عريضة بقسم شؤون الأسرة من طرف طالب التقديم وهو أحد أقاربه أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة، حسب مقتضيات المادة 99 من قانون الأسرة الجزائري، ثم سماع الأشخاص المعنيين. وبعد التحقيق في القضية بسماع الأطراف والأمر بالخبرة الطبية عند الاقتضاء ينظر ويفصل القاضي في طلب التقديم ويتم تبليغ الأمر الفاصل فيه لتفتتح آجال الطعن ثم إشهار الأمر الفاصل في طلب التقديم عن طريق التأشير بمنطوقه على هامش عقد ميلاد المعني، ولكن يستحسن تحديد الاختصاص الإقليمي لمسائل التقديم في نص المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كما هو الشأن بالنسبة للاختصاص النوعي المنصوص عليه في المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أو المنصوص عليه ضمن النصوص الخاصة بتعيين المقدم على البالغين غير كاملي الأهلية كما هو عليه الحال في المواد 458، 462، 464 المتعلقة بالولاية على القاصر، أو اعتبار مقر ممارسة الولاية هو الاختصاص الإقليمي بالنسبة للولاية بمفهومها الواسع أي النيابة الشرعية سواء تعلق الأمر بالولاية (على المال أو النفس) أو الوصاية أو القوامة، كما يمكن صياغة هذه المادة تحت العنوان المخصص للقسم الرابع أي "في إجراءات الولاية" ليشمل

1: حمدي كمال، الولاية على المال، منشأة المعارف، مصر، 1987، ص.210.

الحكم الفروع الثلاثة المدرجة تحته أي ولاية على نفس القاصر وكذا الولاية على أمواله وإجراءات القوامة على البالغين غير كاملي الأهلية مع فرض أخذ المشرع باقتراح هذا العنوان بدل حماية البالغين ناقصي الأهلية. مع ضرورة الحسم في طبيعة الامر الصادر بشأن طلب التقديم لرفع اللبس عن الأحكام المتعلقة بطرق الطعن، وإعطائه وصف الاستعجال نظرا لخصوصية الإجراءات المتعلقة بناقصي الأهلية وفاقدها التي تتطلب السرعة والتبسيط في الإجراءات، مع ضرورة إستحداث قواعد موضوعية وإجرائية بشأن جواز تعيين مشرف على القيم وكذا تعيين مدير مؤقت يتولى إدارة أموال المطلوب الحجر عليهم إذا تطلب إجراءات التحقيق فترة طويلة يخشى خلالها ضياع أموالهم<sup>1</sup>.

وحتى يضمن المشرع حماية القاصر من التجاوزات التي قد يقوم بها النائب في حق القاصر، أعطى القاضي حق تقرير جزاءات عليها قد تمس هذه الجزاءات التصرفات التي يبرمها المقدم خارج نطاق السلطات الممنوحة له، أو دون احترام الإجراءات القانوني الواجب.

فقد يباشر النائب تصرفا خارج الحدود التي رسمها القانون، كما لو تبرع المقدم مثلا من مال الصغير المشمول بالنيابة الشرعية، أو كما لو باشر عملا من الأعمال التي يتعين عليه فيها الحصول على إذن من المحكمة دون أن يحصل على ذلك الإذن. وهذا ما أقرته المحكمة العليا في قرار صادر لها في 1991 حيث جاء فيه: "حيث أن قضاة الموضوع أصابوا في تطبيق المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري لأن المشرع أراد أن يحمي حقوق وأموال القاصر، وبالتالي فكل عقد إيجار متعلق بأموال القاصر لا بد أن يوافق عليه القاضي المختص بهذا الشأن، وإلا أصبح عقدا مخالفا للقانون وهو عقد باطل ولو ترتب على هذا البطلان أضرار فيتحملها المتسبب في إبرام عقد الإيجار المخالف للقانون"<sup>2</sup>.

ويمكن القول إن القضاء الجزائري حكم بالبطلان على تصرف المقدم إذا صدر دون الرجوع إلى المحكمة لاستئذنها وطلب موافقتها عليه، متى كان القانون يوجب فيه ذلك، ويتحمل هذا النائب كل الأضرار التي قد تحصل للطرفين أي القاصر والطرف الثاني في العقد.

1: محمد بشير، إجراءات القوامة على البالغين غير كاملي الأهلية وفقا لإجراءات المدنية والإدارية، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، العدد الحادي عشر، جامعة زيان عاشور، الجلفة، سبتمبر 2018، ص. 540.

2: المحكمة العليا، غ.أ.ش، 10-04-1991، قرار رقم 72353، ع.03، م.ق، 1993، ص.115.

كما يترتب على إخلال المقدم بواجبه وقيام مسؤوليته إما عزله أو سلبه نيابته أو إسقاطها عنه، أيا كان التعبير فالمعنى واحد يقصد به إعفاء النائب من مهامه في إدارة أموال القاصر، وهو جزاء يتخذه القاضي في مواجهة المقدم إذا رأى أن مصالح القاصر معرضة للضياع<sup>1</sup>، لأن النائب قد يتصرف خارج الحدود التي رسمها القانون، كما لو تبرع المقدم مثلا من مال الصغير المشمول بالنيابة الشرعية، أو قد يباشر عملا من الأعمال التي يتعين عليه فيها الحصول على إذن المحكمة دون أن يحصل على ذلك الإذن، وطلب العزل يقدم للقاضي من طرف أي شخص تكون له مصلحة في ذلك، متى أثبت أن المقدم مهما كان، وليا أو وصيا أو مقدا يعرض بتصرفاته مصالح القاصر للخطر، ويكون العزل بموجب أمر يصدر عن المحكمة ويخضع تقدير مدى سوء إدارة أموال القاصر وتعريضها للخطر للسلطة التقديرية للقاضي، فهذا الأخير يرجع له وحده القرار في إبقاء المقدم أو عزله<sup>2</sup>.

ومتى قامت مسؤولية المقدم عن تصرفاته التي عرضت مصلحة القاصر للخطر، يكون ملزما بتعويض القاصر عن خسارته، ولكن لما كان الأصل في المقدم، افتراض الأمانة فهو لا يضمن إلا ما ضاع من أموال القاصر نتيجة تعديه عليها، أو تبديدها، أو إهمال حفظها، أما ما ضاع من أموال القاصر بسبب أجنبي خارج عن إرادته، فلا ضمان عليه<sup>3</sup>.  
وتنتهي مهمة المقدم بإحدى الحالات الواردة في المادة 96 من قانون الأسرة الجزائري:"  
تنتهي مهمة الوصي:

- 1- بموت القاصر، أو زوال أهلية الوصي أو موته.
- 2- ببلوغ القاصر سن الرشد ما لم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه.
- 3- بانتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها.
- 4- بقبول عذره في التخلي عن مهمته.
- 5- بعزله بناء على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر".

1: جميلة موسوس، المرجع السابق، ص.69.

2: جمعة سمحان الهلباوي، المرجع السابق، ص.71.

3: جميلة موسوس، المرجع السابق، ص.69-143.

6- وتنتهي مهمة المقدم إما بموت المحجور عليه أو بلوغ القاصر سن الرشد، وكذا حالة فقدان الأهلية.

وختاما يمكن القول أن المريض مرض الموت يقوم بتصرفات وتثبت لغيره عليه جميع الحقوق كالصحيح، إلا أنه يمكن أن تكون هذه التصرفات مضرّة للورثة والدائنين، ولهذا فرضت بعض القيود على تصرفاته، برغم أن مرض الموت لا علاقة له بالأهلية إذ أنه لا يؤثر عليها لا بالنقصان ولا بالانعدام، ولكنه فقط يحد من تصرفات المريض به ويقيد تبرعاته، كما أنه لا يجوز للمريض مرض الموت أن يقوم بالنيابة الشرعية، فهو أولى بالولاية والرعاية بدلا من أن يتولى أمور غيره بإعتبار أن القدرة هي شرط من شروط الولاية والوصاية أو القوامة وباعتبار أن المشرع الجزائري حدد الأشخاص التي تغور عليهم بسبب العاهات (أصم أبكم، أعمى أصم، أعمى أبكم) التعبير عن إرادتهم، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرف التي تقتضيها المصلحة.

وتصرفات المريض مرض الموت هي تصرفات ناقلة للملكية كون المريض مرض الموت كامل الأهلية كأهلية الشخص الصحيح تماما، وما الحجر عليه إلا إجراء الهدف منه الحد من تصرفات الشخص المريض التي يراد بها أو يترتب عنها الاضرار بورثته المحتملين، لكن الحجر قد يترتب آثارا قانونية بحيث يصبح المحجور عليه غير قادر على التصرف في أمواله ويحتاج في ذلك إلى غيره، ويكون إما وليا أو وصيا أو مقدا.

كما أن المريض مرض الموت يمكنه القيام بتصرفات كالبيع مثلا وقد يترتب آثارا، وقد أورد المشرع الجزائري أحكام البيع للمريض مرض الموت في المادتين 408 و409 من قانون المدني الجزائري.

## الفصل الثاني: البيع في مرض الموت وآثاره

من المعروف أن الشخص الكامل الأهلية حر في التصرف في أمواله كلها أو جملها بالطريقة التي يراها مناسبة حال حياته سواء أكان ذلك تصرفاً قانونياً بالبيع أم مادياً بالإتلاف، إلا إذا تعلق بها حق للغير في الحالة الأخيرة كالرهن. كما أن من حقه أن يتصرف بها بمقابل أم بغير مقابل دون أن يكون مسؤولاً عن ذلك أمام أحد، ويمكن أن يتصرف في أمواله في المرحلة الوسطى التي اعتبرها القانون المرحلة بين الحياة والموت، وهي المرحلة التي يكون فيها الشخص مريضاً بمرض الموت<sup>1</sup>. ولذلك فقد جاءت النصوص في التشريعات المختلفة لتؤكد أن حق الورثة في أموال مورثهم تثبت لهم بعد وفاته، وخوفاً بالإضرار بهم عن طريق بيعها أو التصرف بها لأجنبي عنهم أو لأحدهم في هذه الفترة.

قد خص المشرع البيع في مرض الموت بأحكام خاصة عن أحكام عقد البيع لافتراض شبهة التحايل في الثمن، لا سيما إذا تم لوارث، فخصه بأحكام تختلف عما ورد بقريئة المادة 776 من القانون المدني الجزائري، وفرق بين البيع لوارث والبيع لغير وارث، كما أنه أورد بالمادة 409 منه استثناء على الحالتين السابقتين يتعلق بحماية الغير حسن النية.

1: محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني، ط01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص.501.

## المبحث الأول: بيع لوارث أو لأجنبي

كل واحد منا يسعى إلى اكتساب حقوق عن طريق التعاملات المالية فيما بينه وبين أقرانه، عن طريق ما يسميه القانون بالتصرفات القانونية، وهي التي تتجه إرادة الشخص الحرة إلى إحداثها<sup>1</sup>، وعقد البيع هي من بين العقود أكثر إنتشارا إذ فرض عليه المشرع الجزائري قيودا وضوابط، خاصة البيع في مرض الموت، فهي لا تخرج عن احتمالين؛ أولهما أن يتم البيع لوارث، أو أن يتم البيع للغير (لأجنبي)، وهذا ما سنتناوله في هذا المبحث، من خلال المطلب الأول بعنوان بيع المريض مرض الموت لوارث، وفي المطلب الثاني بيع المريض مرض الموت لأجنبي.

## المطلب الأول: بيع المريض مرض الموت لوارث

قد يلجأ المتصرف (المريض مرض الموت) بالبيع للورثة والمعلوم أن عقد البيع هو عقد منجز، أي ينجز آثاره في حال يلتزم بمقتضاه البائع بنقل ملكية للمشتري ملكية الشيء أو حق مالي آخر، في مقابل ثمن نقدي، لذلك سنتناول في هذا المطلب حكم بيع المريض مرض الموت لوارث وسنقسمه إلى فرعين نتناول في الفرع الأول إقرار الورثة بالبيع الصادر لوارث، والفرع الثاني عدم إقرار الورثة بالبيع الصادر لوارث.

## الفرع الأول: إقرار الورثة بالبيع الصادر لوارث

الإقرار<sup>2</sup> هو إحدى طرق إثبات الحقوق في المسائل المدنية، وهو حجة قاصرة على المقر فقط، وقد يكون الإقرار إما لأجنبي أو وارث، وإما بدين أو بعين، أو إستفاء أو إبراء، وهذه الصور تتعلق بإثبات حقوق للعباد عن طريق الإقرار، مع إختلاف صفة الحق المقر به. ويعتبر الإقرار من أقوى الحجج الشرعية والقانونية، لأن المقر أعلم من غيره فيما أقر به. وهو حجة قاصرة على المقر ولا يتعدى إلى غيره، والمراد بمصطلح حجية إقرار المريض مرض الموت هو حمل إقرار هذا المريض على الصحة من حيث الظاهر، وبالتالي إستحقاق تنفيذ مقتضاه

1: حمادي عبد النور، المرجع السابق، ص.46.

2: الإقرار هو إقرار المرء على نفسه بكل أو بعض الوقائع المنسوبة إليه، ولذلك كان أقوى الأدلة على الإدانة في الفقه الوضعي، بينما يراه الفقه الإسلامي إخبار الإنسان عن ثبوت حق لغيره على نفسه؛ أحمد إبراهيم بك، طرق الإثبات الشرعية، ط04، نادي القضاة، القاهرة، 2004، ص.227.



بحيث لا يجوز تركه إلى غيره إلا بدليل يدل على جواز الترك<sup>1</sup>، أي إعتبار ما تضمنه إقرار المريض من حق مالي أمرا حقيقيا واقعا صحيحا يجب الأخذ به والتعويل عليه، وأن يكون ملزما للمقر وتترتب عليه الأحكام الشرعية.

وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أنه إذا أقر المريض في مرض موته لوارث بعين فإن للفقهاء في صحة هذا الإقرار أربعة أقوال أو آراء:

فالرأي الأول يقر بعدم صحة إقرار المريض مرض الموت لوارث بعين إلا بموافقة بقية الورثة؛ بمعنى أنه لا بد من إقرار الورثة بعين للوارث، أو تكون له بينة وأدلة محسوسة تؤكد صحة إقراره بالدين، وذهب إلى هذا القول الحنفية في المروي عنهم<sup>2</sup> والشافعية في القول المرجوح<sup>3</sup>، والحنابلة<sup>4</sup>. وبهذا قال القاضي شريح، والنخعي، ويحيى بن سعيد الأنصاري، والقاسم بن سالم وأبو هاشم الثوري<sup>5</sup>.

فإذا أقر المريض لوارث بعين توقف على إجازة باقي الورثة ولو قل المقر به، فإذا شاؤوا نفذوه وإن أرادوا إلغائه أبطلوه<sup>6</sup>.

1: محمد نعيم ياسين، حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، ط01، دار النفائس، عمان، 2015، ص.97.

2: عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي، اللباب في شرح الكتاب، ج02، المكتبة العلمية، بيروت، 2010، ص.26؛ أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، ج09، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000، ص.472؛ ابن العابدین، رد المختار، ج04، ط02، دار الفكر، بيروت، 1992، ص.639.

3: يحيى بن شرف النووي محي الدين أبو زكريا، روضة الطالبين، المجلد04، ط03، المكتب الإسلامي، سوريا، 1991، ص.08؛ أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير، المجلد08، دار الكتب العلمية، بيروت، ط01، 1994، ص.291؛ أحمد سلامة قيلولبي وأحمد البرلسي عميرة، حاشيتنا قيلولبي وعميرة، ج03، دار الفكر، بيروت، 1995، ص.05.

4: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج05، مكتبة القاهرة، القاهرة، 1388هـ-1968م، ص.344؛ تقي الدين محمد بن أحمد الفتوح الحنبلي الشهير بابن النجار، منتهى الإرادات، ج05، ط01، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1999، ص.391.

5: محمد بن عبد الرحمن العثماني الشافعي، رحمة الأمة في إختلاف الأئمة، ط01، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1994، ص.320. محمد بن نصر المرزوي أبو عبد الله، إختلاف الفقهاء، المكتبة الوقفية، 2000، ص.506.

6: محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية، ج02، ط01، منشورات الحلبي الحقوقية، مصر، 2006، ص.327.

وقد استدللّ القائلون بعدم صحة الإقرار للوارث بما روي عن شريح من قول عمر بن الخطاب وابنه عبد الله رضي الله عنهما: "إذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فهو جائز وإن أحاط ذلك بماله، وإن أقر لوارثه فغير جائز إلا أن يرضى به الورثة"، فالإقرار للوارث في مرض الموت لا يصح بغير إجازة الورثة ورضاهم، لأن فيه إيصالاً لماله إليهم كالهبة وسائر العطايا، وفارق الإقرار المريض في مرض الموت لغير الوارث لأن هبته له جائزة، ولا تتوقف على إجازة الورثة<sup>1</sup>.

كما أن الإقرار لبعض الورثة في إبطال حق الباقيين، والمريض ممنوع من إثارة بعض الورثة بماله، لأن ذلك يؤدي إلى التناحر والتنافر بينهم، ثم إن الوصية للوارث لا تصح بالإقرار للوارث أولى بعدم الصحة، لأنه لا يذهب بالوصية إلا الثلث، والإقرار يذهب جميع المال<sup>2</sup>.

أما الرأي الثاني فأقرا بصحة إقرار المريض مرض الموت لوارث ما لم يتهم، فإن وجدت التهمة كان الإقرار غير نافذا فلا يصح ولا يقبل منه إلا أن يجيزه الورثة، فإن أجازوه اعتبرت إجازتهم ابتداء عطية منهم، وذهب إلى هذا القول المالكية<sup>3</sup>، ويجوز عندهم إقرار المريض لوارث إن كان للوارث بينة تثبت حقه. فقد سئل الإمام مالك عن رجل كان عليه دين وأقر لأخته له بدين عليه، فقال: "لا يجوز ذلك إلا أن تكون لها بينة على الدين".

فاستدل المالكية على رأيهم من المعقول حيث قال ابن القاسم: "وأصل ما سمعت من مالك بن أنس إنما يريد بذلك التهمة، فإذا لم تقع التهمة دون من يرثه معه لم يتهم وجاز، فذلك يجزيك من ذلك كله"<sup>4</sup>.

وهذا يعني أن المريض مرض الموت إذا كان غير متهم في إقراره لوارث بقصد حرمان بقية الورثة يصح إقراره، وذلك لأن الإقرار في الأصل إظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه،

1: ابن القدامة، المغني، ج5، المرجع السابق، ص.344.

2: الكسائي، بدائع الصنائع، ج10، المرجع السابق، ص.221.

3: محمد بن أحمد بن محمد عليش، فتح العلي المالک في الفتوى على مذهب إمام مالك، ج02، دار المعرفة، ب.ت.ن، ص.330.

4: مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج04، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، ص.109.

وهذا ما عليه المريض مرض الموت حيث أنه في مثل هذه الظروف يحرص على فعل الخير والعدل ليلاقي ربه سليم الذمة والضمير، فلا يتهم بقصد حرمان بقية الورثة.

**أما الرأي الثالث** فأقر بصحة إقرار المريض مرض الموت لوارثه مطلقاً، وذهب إلى هذا القول الشافعية في الأصح<sup>1</sup>، والظاهرية<sup>2</sup>، والزيدية على الراجح<sup>3</sup>، والإباضية<sup>4</sup>، حيث روي عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال في عهده إلى عمر: "وهذا ما عهد به أبو بكر خليفة رسول الله عند آخر عهده بالدنيا وأول عهد بالآخرة في الحال التي يؤمن فيها الكافر، ويتقي فيها الفاجر"<sup>5</sup>. فالمريض غير متهم في الإقرار لوارثه كالصحيح، لأنه وصل إلى حالة يجتنب الإنسان فيها المعاصي، ويخلص الطاعة<sup>6</sup>.

**أما الرأي الرابع والأخير** صحة إقرار المريض مرض الموت لوارثه بدين أو بعين بشروط، وذهب إلى هذا القول الشيعة الإمامية<sup>7</sup>، واستدل الشيعة الإمامية على ما قالوا بالقياس على الوصية حيث إن حكم إقرار المريض مرض الموت بحق مالي لوارثه كحكم الوصية، فإذا كان مأموناً في إقراره بأنه لا يريد إثارة على غيره من الورثة بسبب من الأسباب ولم يقر لوارثه بجميع ما في ملكه وقامت قرائن تشير إلى صدقه في إقراره بحيث لا يتهم فيه صح إقراره عندئذ لإنتفاء التهمة<sup>8</sup>.

على ضوء الأقوال المذكورة وأدلتها يمكن حصر الموقف الفقهي في رأيين وهما:

أولاً: عدم صحة إقرار المريض مرض الموت لوارثه إلا بقيام البينة أو موافقة بقية الورثة، وهو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من الحنفية ومن معهم.

1: الماوردي، الحاوي الكبير، ج8، المرجع السابق، ص.291.

2: ابن الحزم الأندلسي، المحلى بالآثار في شرح المحلى بإختصار، ج9، دار ابن الحزم، لبنان، 2016، ص.403.

3: أحمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج6، ط01، دار الكتب العلمية، لبنان، 2001، ص.03.

4: الشيخ عبد العزيز الثميني، الروض البسام في رياض الأحكام، ط01، دار الصميعي للنشر والتوزيع، الرياض، 1411هـ، ص.72.

5: الماوردي، الحاوي الكبير، ج8، المرجع السابق، ص.291.

6: النووي، روضة الطالبين، ج4، المرجع السابق، ص.08.

7: جعفر بن الحسن محقق الحلي، المختصر النافع في فقه الإمامية، ج2، ط03، دار الأضواء، بيروت، 1985، ص.241.

8: محمود جواد مغنية، فقه الإمام جعفر، ج6، ط01، دار التيار الجديد للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 2008، ص.187.

ثانيا: صحة إقرار المريض مرض الموت وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أصحاب الأقوال الثلاثة الأخرى على إختلاف بينهم في اشتراط شروط لصحة الإقرار أو عدمه كما جاء في تلك الاقوال.

وعليه فإن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور على العموم لسلامة أدلتهم من الإعتراض وهو القول بصحة إقرار المريض لوارثه ما لم توجد قرائن تدل على التهمة في صدقه في هذا الإقرار وهو ما يتوافق مع ما ذهب إليه أصحاب القول الثالث والرابع ونص عليه القول الثاني.

وبالرجوع إلى القانون الجزائري، فالفقرة الأولى من المادة 408 من القانون المدني الجزائري تنص على أنه: "إذا باع المريض مرض الموت للوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة. أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فانه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون غير قابل للإبطال".

من خلال نص المادة، فرق المشرع الجزائري بين البيع الصادر للوارث ولغير وارث، بحيث يكون بيع المريض مرض الموت لوارثه صحيح، غير أنه لا ينفذ في حق الورثة إلا إذا أقره<sup>1</sup>.

أما مصطلح "لا يكون ناجزا n'est pas valable" الوارد بالمادة يدل على أن البيع يكون صحيحا وليس باطلا، لكن موقوف النفاذ على إقرار الورثة له فإن أقره أصبح نافدا في حقهم من وقت إبرامه، وإن رفضوه لم ينفذ في حقهم وبقي الشيء المبيع كعنصر من عناصر التركة، وعلى الورثة أن يردوا إلى المشتري المبلغ الذي يكون قد دفعه كضمن للمبيع<sup>2</sup>. وبالتالي فإن المشرع فرق بين إقرار الورثة للبيع ولم يقل بإجازتهم له وهو مصيب في ذلك لأن الإجازة تلحق التصرف ولا تلحق العقد القابل للإبطال وتصدر من أطراف التصرف ولا تلحق العقد

1: جليلي ابتسام، تصرفات المريض في مرض الموت، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2017-2018، ص.82.

2: العربي زنتو، حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014-2015، ص.94.

الباطل بطلانا مطلقا، فلا تصحيح عليه فهو في حكم العدم<sup>1</sup>، ويشترط لصحته إقرار الورثة زيادة على صدوره بعد الموت ما يشترط لأي تصرف تبرعي آخر فيجب أن يكون الوارث المقر للبيع أهلا للتبرع عاقلا بالغاً راشداً، تحت طائلة البطلان إقراره بطلانا مطلقا، وعلى ذلك لا يصح الإقرار الصادر من الصبي أو المجنون أو المحجور عليه، أو ثبوت حالة مرض الموت في المقر نفسه. 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. ويجب أن يقع الإقرار بأعمال إيجابية، فعدم القيام بعمل أو السكوت لا يعتبران دليلا على إقرار البيع الحاصل لوارث أثناء مرض الموت<sup>2</sup>. كما أن الإجازة في العقد الموقوف، تصح من المالك الحقيقي، أما الوارث قبل موت المورث، فليس بمالك. وعليه، ولو وردت الإجازة في ذيل المحرر المثبت لتصرف المريض، أو كان الوارث شاهدا على هذا التصرف مثلا، فلا يعتبر ذلك إجازة منه بعد موت المورث<sup>3</sup>، وفي ذلك تقرير صادر من محكمة النقض المصرية: "إن التوقيع الصادر من الوارث كشاهد على التصرف الصادر من مورثه في مرض الموت، لا يفيد إجازته للعقد، كما لا يفيد صحة التاريخ المثبت على التصرف، لعدم تمتعه بصفة الوارث عند التوقيع"<sup>4</sup>. ولم يحدد المشرع مدة معينة لإجازة البيع، فتخضع الإجازة للقواعد العامة، وكان بالأجدد بالمشرع أن يحدد ميعادا معيناً للإجازة ضمنا لاستقرار المعاملات وحفاظا على الحقوق.

1: أنور العمروسي، التعليق على القانون المدني المعدل، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1983، ص.322. في ذلك تنص المادة 100 من القانون المدني الجزائري: "يزول العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى تاريخ الذي تم فيه العقد، دون الإخلال بحقوق الغير". وتكون الإجازة للقاصر إذا بلغ سن الرشد ولمن عيبت إرادته بغلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال حين زوال السبب؛ (علي علي سليمان، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص.82).

1: محمود عبد العزيز، المرجع السابق، ص.89.

2: سليمان مرقس، المرجع السابق، ص.86.

3: أندرو ميشيل يوسف حفيري، التصرفات القانونية الصادرة في مرض الموت وفق مجلة الأحكام العدلية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، عمادة الدراسات العليا، القدس، فلسطين، 2018م-1439هـ، ص.108.

4: جمهورية مصر العربية، محكمة النقض، مجموعة النقض المدنية، طعن رقم 299، تاريخ الجلسة 1977/12/06، نقلا

عن: أندرو ميشيل يوسف حفيري، المرجع نفسه، ص.109.

وقد أورد الدكتور علي علي سليمان جملة من الانتقادات للفقرة الأولى من المادة 408 من القانون المدني الجزائري، منها وجود تعارض بين النصين العربي والفرنسي، إذ لم يشترط النص العربي ما اشترطه النص الفرنسي على أن يتم البيع في فترة اشتداد حدة المرض " dans la période aigue"، في حين أن فقهاء الشريعة الإسلامية التي هي مصدر حكم تصرفات المريض مرض الموت لم يشترطوا هذا الشرط، بل اختلفوا حول المدة التي يعتبر التصرف خلالها صادرا في مرض الموت فقط. وبالتالي اعتبر الدكتور علي علي سليمان أن النص العربي هو الصحيح باعتبار أنه يكفي أن يتم التصرف في أي وقت من بدء المرض حتى نهايته<sup>1</sup>.

كما وجهت انتقادات للنص فيما يخص الحكم الوارد به على أساس أن المشرع فرق بين البيع لوarith وجعله معلقا على إقرار بقية الورثة، والبيع لأجنبي وجعله قابلا للإبطال<sup>2</sup> وقد وافقت في ذلك المادة 189 من قانون الأسرة حيث نصت على أنه: " لا وصية لوarith إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي"، ولكن لا تتماشى مع المادة 185 من نفس القانون، ومعنى ذلك أن المورث يجوز له الوصية بثلث ماله، وإذا باع للوارث ما يعادل ثلث المال فهذا لا يحتاج لإقرار الورثة، وبهذا يرى المنتقدون ضرورة التعديل، بحيث يكون نفاذ البيع لوarith دون إقرار الورثة إذا لم يجاوز ثلث التركة.

وبما أن النص يتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية والمادة 189 من قانون الأسرة الجزائري فلا بد من تعديل المادة بإضافة عبارة " حتى ولو كان البيع بثمن المبيع"، وهذا في آخر الفقرة مع تصحيح النص باللغة الفرنسية، وفقا للنص العربي بعد إحداث التغيير المقترح.

وبالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا نجد أنها قضت في قرار لها على أنه: "من المقرر قانونا أنه إذا باع المريض مرض الموت لوarith، فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد إساءة في تطبيق القانون..."<sup>3</sup>.

وقضت أيضا: " من المقرر قانونا أن عقد البيع المنجز أثناء مرض الموت لفائدة الوارث، لا يكون نافدا إلا إذا أقره باقي الورثة..."<sup>4</sup>.

1: علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.220؛ نقلا عن العربي زنتو، المرجع السابق، ص.95.

2: محمد زهدود، المرجع السابق، ص.135.

3: المحكمة العليا، غ.أ.ش، 09-07-1990، ملف رقم 62165، م.ق، ع.04، سنة 1991، ص.68.

4: المحكمة العليا، غ.أ.ش، 09-07-1996، ملف رقم 139123، م.ق، ع.02، سنة 1996، ص.80.

وأخذت مجلة الأحكام العدلية بقول الحنفية حيث نصت في المادة 1598 من المجلة على أنه: "إذا أقر أحد في مرض موته بعين أو دين لأحد ورثته، ثم مات، يكون إقراره موقوفاً على إجازة باقي الورثة. فإن أجازوه كان معتبراً وإلا فلا. ولكن إذا كان صدقه باقي الورثة في حال حياة المقر فليس لهم الرجوع عن تصديقهم، ويكون ذلك الإقرار معتبراً"<sup>1</sup>، يلاحظ على عموم التشريعات الوضعية أنها اعتبرت كل عمل قانونياً كان بيعاً أو إقراراً يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف، وإذا أثبت الورثة أن التصرف بيع أو إقرار صدر من مورثهم في مرض الموت اعتبر صادراً على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك.

وبالتالي إذا باع المريض مرض الموت لوارث له، فإن هذا البيع لا يعتد به في مواجهة باقي الورثة إلا إذا أقره. ومعنى ذلك أنه لا ينفذ في حقهم، ويعتبر المال المبيع لوارث ضمن مشتريات التركة إلا إذا أقر الورثة هذا المبيع، وذلك خشية أن يكون تصرف المريض مرض الموت في حقيقته تبرعاً مستوراً بعقد بيع وفي ذلك تفضيل لأحد الورثة عن باقيهم، ولذلك جعل النص إقرار البيع لباقي الورثة، ومعنى هذا الإقرار نفاذ هذا البيع في حقهم، فإذا لم يقرروا بيع مورثهم، فإن المال المبيع يعتبر عنصراً من عناصر التركة، وأنه لم يخرج من ذمة مورثهم، ويقسم المال المبيع مع أموال التركة على الورثة جميعاً ومنهم الوارث المشتري، بنسبة حصصهم في التركة وفي هذه الحالة يجب أن يرد للوارث المشتري الثمن الذي تم إثبات دفعه للمورث البائع<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: عدم إقرار الورثة بالبيع الصادر لوارث

إذا حصل البيع حقيقة في مرض الموت لا يمكن أن ينفذ إلا بإجازة الورثة، وتعتبر هذه الإجازة تبرعاً منهم وتنازلاً عن حقهم، لذا قرر الشارع أنه إذا أجاز أحد الورثة البيع ولم يجزه

1: شرح المجلة للأتاسي 665/2-666(133). القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، إعداد المحامي رمزي أحمد ماضي، ص. 149-294.

2: محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني - عقد البيع والمقايضة - دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص. 488.

الباقون فلا ينفذ ذلك البيع إلا على من أجازته، كما يجب أيضا أن تتوفر إجازة الورثة العلم بالعيب الذي يشوب البيع، قصد تصحيحه<sup>1</sup>.

وتعد إجازة الوارث لتصرفات مورثه تصرفا قانونيا تبرعيا بإرادة منفردة هي إرادة الوارث، ويقصد بها إسقاط حقه وتنفيذ ما صدر عن مورثه، ولقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول تكييف الإجازة، حيث يرى المالكية أنها لا تعد تنفيذا بل عطية مبتدئة<sup>2</sup>، وهو قول الشافعي<sup>3</sup>، وبعض الحنابلة وهذا راجع إلى أن الوصية للوارث وبزائد الثلث باطلة، والباطل لا تلحقه الإجازة، بينما يذهب جمهور الفقهاء إلى أن الوصية للوارث وبزائد الثلث صحيحة وإجازة الورثة لها تعد تنفيذا وإجازة محضة<sup>4</sup>، و يترتب على هذا التكييف أن الإجازة تنعقد بتعبير الوارث فقط، ولا بد أن يكون هذا التعبير واضحا لا يساوره أي شك<sup>5</sup>، ويمكن أن يكون التعبير صريحا كأن يقول الوارث: أجزت أو أنفذت أو أمضيت<sup>6</sup>، أو ضمنيا كأن يسكت الوارث بعد وفاة المورث مع ظهور التصرف دون أن يطعن فيه، فإذا سكت مدة ثلاثة سنوات مثلا أو أكثر حتى وفاته اعتبر ذلك إجازة ضمنية<sup>7</sup>، ولا يستوجب القانون في الإجازة شكلا معينا، ويمكن أن تكون الإجازة كلية أو جزئية، فإن أجاز الوارث جميع ما مس بحقه كانت الإجازة كلية، وإن أجاز بعض ما مس بحقه ورد البعض الآخر كانت الإجازة حينها جزئية.

ولعل الفقهاء الذي قالوا بصحة الإجازة في مرض الموت بنوا ذلك على أن الورثة يبدأ تعلق حقهم بمال المورث من هذا الوقت، وبالتالي فمن بداية تعلق حقهم بالمال يملكون إجازة أو رد التصرفات التي قد تمس بحقهم، لكنهم لم يراعوا مسألة أن الوقت الذي يتحدد فيه الوارث

1: محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص.478.

2: أبو عبد الله محمد الخرشني، علي العدوي، الخرشني على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية العدوي، ج08، ط02، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، مصر، 1317هـ، ص.171.

3: أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في الفقه الإمام الشافعي، ج02، ط01، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، لبنان، 1995، ص.242-243.

4: موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، ج08، المرجع السابق، ص.396.

5: م.ع، غ.أ.ش، 14-03-2001، قرار رقم 241885، م.ق، ع01، 2002، ص.133.

6: موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المرجع نفسه، ص.397.

7: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج04، البيع والمقايضة، ط03، منشورات حلي الحقوقية، لبنان، 2000، ص.332.



قطعا وغير الوارث، وأوان ثبوت الإرث والملك للوارث هو بعد موت المورث، والقول بصحة الإجازة في مرض الموت يجعل صدورها من غير الوارث فعلا ممكنا؛ إذ قد يميز وارث في مرض موت مورثه يظهر حين الإجازة أنه وارث لا محالة، ثم يحول دون ميراثه بعد الموت المانع، فعندها ما مصير الإجازة التي صدرت منه إلا البطلان، أي تكون الإجازة التي صدرت من الشخص المظنون ميراثه تصرفا بلا جدوى، فالأخذ بهذا الرأي يجعلنا نقول للشخص أجز أو ردّ التصرف، بعدها إذا المورث نجا من مرضه المظنون بأنه مرض الموت أو تبين أنك لا ترث، فتصرفك حينها يعتبر باطلا، وهذا يجعلنا نقول بأن الإجازة على هذا النحو مبنية على الإحتمال والظن، وتأسيسها على القطع واليقين أرجح حتى لا يكلف شخص بعمل لا جدوى منه. والواضح أن المشرع الجزائري قد أخذ في المادة 189 من قانون الأسرة برأي جمهور الفقهاء ولم يأخذ بقول المالكية<sup>1</sup>، فقد اختلف الفقهاء في حكم بيع المريض مرض الموت إذا كان فيه محاباة لوارث، فذهب أهل الظاهر وبعض المالكية<sup>2</sup> أن هذا التصرف باطل بطلانا مطلقا، أي فيما يقابل ما دفع فيه العوض وفيما حابى به وارثه، واستدلوا على ذلك، بأن المريض المشتري دفع الثمن في مقابل البيع كله، والمريض لا يملك بيع المبيع كله بالثمن الذي اتفقا عليه، لأنه أنه أنقص من ثمن المثل، فلا يصح هذا البيع. باعتبار أن المريض يملك الشيء المبيع، فله بحكم هذه الملكية بيعه كله، لكن وقف نفاذ تصرفه على إجازة الورثة أن تصرفه بمحاباة فيه إضرار بحقهم.

أما الشافعية<sup>3</sup> فإعتبر أن البيع صحيح؛ أي يصح البيع في الشيء المبيع كله، سواء ما قابل منه الثمن المسمى أم المقدار الذي حابى به، لكن لا ينفذ البيع إلا بإجازة الورثة، فإن أجازوه نفذ البيع في المبيع كله، وإن لم يميزوا لم ينفذ في القدر المحابى به فقط، ونفذ في القدر المقابل للثمن المسمى. وذهب بعض المالكية<sup>4</sup> وبعض الحنابلة<sup>5</sup> إلى القول بأنه ينفذ البيع فيما يقابل الثمن

1: بن ناصر نذير، إجازة الورثة لتصرفات مورثهم (دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والفقهاء الإسلاميين)، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحيى فارس، المدينة، مج 03، ع 01، 2021، ص. 309.

2: محمد بن أحمد ميارة الفاسي، الإتقان والإحكام في شرح ميارة لتحفة الحكام ج2، دار المعرفة، لبنان، 1995، ص. 18.

3: زكرياء الأنصاري، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، ج04، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1417هـ-1997م، ص. 11.

4: محمد بن أحمد ميارة الفاسي، الإتقان والإحكام في شرح ميارة لتحفة الحكام، ج02، المرجع السابق، ص. 18.

5: ابن قدامة، المغني، ج06، المرجع السابق، ص. 93.

المسمى ولا ينفذ في قدر المحاباة ولو بإجازة الورثة، فإذا أجازوا كانت إجازتهم عطية مبتدأة، فتطبق عليها أحكامها. أما الحنفية<sup>1</sup> فقد ذهبوا إلى القول أن البيع صحيح لكنه موقوف كله على إجازة الورثة، فإن أجازوه نفذ البيع في الجميع، وإلا بطل في الجميع، وهذا الرأي مبني على أن حق الورثة متعلق بأعيان التركة، فلا يصح بيعه للوارث مطلقاً، سواء بمحاباة أم لا. أما الرأي الأخير وبه قال الصحابان<sup>2</sup>، أن البيع صحيح وموقوف على إجازة الورثة، فإن أجازوه صار نافذاً، وإن لم يجزوه كان المشتري مخيراً بين أمرين: إما أن يفسخ عقد البيع، ويرد المبيع، ويأخذ الثمن الذي دفعه، أو أن يرفع الثمن إلى ثمن المثل، فإن فعل ذلك لم يكن للورثة الحق في فسخ البيع، لعدم تأثر مالية التركة بذلك، فما خرج منها دخل فيها مثله في القيمة.

فالرأي الراجح هو رأي الإمام أبي حنيفة وهو ما أخذ به المشرع الجزائري، باعتبار أن هذا الرأي يمنع من محاباة المريض لوارثه، لأن المحاباة كما تكون بالتنازل عن جزء من قيمة الشيء تكون بإيثار أحد الورثة بعين من الأعيان، ومنع العداوة والشحناء بين أفراد الأسرة الواحدة. وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية برأي الإمام أبي حنيفة في هذه المسألة، فنصت المادة 393 منها على أنه: "إذا باع شخص في مرض موته شيئاً من ماله لأحد ورثته يصير ذلك موقوفاً على إجازة سائر الورثة، فإن أجازوا بعد موت المريض ينفذ البيع وإن لم يجزوه لم ينفذ"<sup>3</sup>.

وقد نصت المادة 408 من قانون المدني الجزائري على أنه: "إذا باع المريض مرض الموت لوارثه فإن البيع لا يكون ناجزاً إلا إذا أقره باقي الورثة".

ويتبين من هذا النص أن المشرع قد ميز بين البيع لوارث والبيع لأجنبي، فاعتبر البيع لوارث غير نافذ إلا بإجازة باقي الورثة سواء كان البيع بثمن يساوي قيمة المبيع أو بأقل من

1: النووي، جامع الفصولين، ج 02، المرجع السابق، ص. 245.

2: يوسف آصاف، مرآة المحلة وهي شرح مجلة القوانين الشرعية والأحكام العدلية، ج 01، ط 01، المطبعة العمومية، القاهرة، 1894، ص. 190.

3: يوسف آصاف، مرآة المحلة وهي شرح مجلة القوانين الشرعية والأحكام العدلية، ج 01، المرجع السابق، ص. 190-

ذلك، وهو القول الراجح في المذهب الحنفي وبه قال ابن الخطاب من الحنابلة<sup>1</sup>، وهذا الرأي شدد حماية حق الورثة حيث لم يكتف بحماية حقهم في قيمته فقط بل حماه في عينه أيضا<sup>2</sup>.

ولكن ما يعاب على نص المادة 408 من القانون المدني الجزائري، أن المشرع لم يحد حذو القوانين العربية، وبالأخص القانون المدني المصري<sup>3</sup>، فلم يبين البيع المقصود في هذه الفقرة، ولم يذكر الفرق بين ما إذا كان البيع يمثل القيمة أو بأقل منها أو بدون ثمن أصلا هذا من جهة، ومن جهة أخرى لم يذكر الجزء الخابي به، وهو كما ترى الشريعة الإسلامية مالا يتجاوز ثلث التركة، ويكون البيع في هذه الحالة صحيحا حتى ولم يجزه باقي الورثة. ولعل المشرع الجزائري قد قصد في هذه الفقرة البيع المنطوي على التبرع لا البيع الجدي الذي يكون بمثل القيمة أي دون محاباة، وقد نصت المادة 776 من القانون المدني، التي يفهم منها أن البيع الذي يأخذ حكم الوصية هو البيع المنطوي على التبرع لا البيع الجدي<sup>4</sup>.

وقد قضت المحكمة العليا في قرار لها بأنه: "إذا كان الورثة يمتلكون إقرار البيع من مورثهم وهو في مرض موته إلى وارث منهم، كان لبعضهم أن يجيزه دون الباقي منهم وهم يستعملون خالص حقهم في ذلك، ويستمدون حقهم من القانون مباشرة حماية لهم في أموال مورثهم من لحظة نزول المرض"<sup>5</sup>. وقضت في قرار آخر: "من المقرر قانونا أن عقد البيع المنجز أثناء مرض الموت، لفائدة الوارث، لا يكون نافدا إلا إذا أقره باقي الورثة.

1: موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المرجع السابق، ص. 217-218.

2: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، ج 37: مرض الموت - مصاهرة، ط 01، دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت، 1997، ص. 19.

3: تنص المادة 477 من القانون رقم 131 لسنة 1948 المتعلق بالقانون المدني، وذلك وفقا لآخر تعديل صادر في 16 يوليو عام 2011: "إذا باع المريض مرض المخوت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت فإن البيع يسري في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تتجاوز ثلث التركة داخلا فيها المبيع ذاته. أما إذا كانت هذه الزيادة تتجاوز الثلث التركة فإن البيع فيما يتجاوز الثلث لا يسري في حق الورثة إلا إذا أقره أو رد المشتري للتركة ما يفى بتكملة الثلثين..."

4: عامر رشاد السيد، المرجع السابق، ص. 72.

5: المحكمة العليا، غ.أ.ش، 09-07-1996، ملف رقم 139123، م.ق، ع 02، لسنة 1996، ص. 80.

ولما تبين في قضية الحال أن زوجة المورث قد استغلت مرضه لإبرام عقد البيع قبل وفاته بثلاثة عشر يوماً، وأن القرار المطعون فيه قد استثنى العقد المذكور من التركة أثناء القسمة دون أن يبين في حيثياته حالة المرض الذي أثاره الطاعنون. فإنه استوجب النقص<sup>1</sup>.

وبهذا فإن البيع ينفذ في حق من أقروه فقط وبنسبة أنصبتهم في الميراث، ولا ينفذ في حق الآخرين بالنسبة لأنصبتهم أيضاً، ولهم أن يرفعوا دعوى ببطالان البيع الذي أجازه مورثهم في مرض موته وعدم نفاذه في حقهم بمقدار أنصبتهم ويجب أن يثبتوا حالة المرض، ولهم في ذلك جميع طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود، وذلك بطلب إجراء تحقيق طبقاً لما هو مقرر في المادة 776 الفقرة 01 والمادة 408 من القانون المدني الجزائري والمواد 158 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>2</sup>.

كما أن المشرع الأردني نهج نفس نهج المشرع الجزائري حيث نص في المادة 544 من القانون المدني الأردني على أن: "بيع المريض شيئاً من ماله لأحد ورثته، لا ينفذ ما لم يجزه باقي الورثة بعد موت المورث"، ويتضح من ذلك، أن العقد الذي يتم بين المريض والمتصرف إليه الوارث هو عقد صحيح، ولكنه موقوف على إجازة كافة الورثة، فإن لم يجزوه، بطل التصرف، وقد تقرر بشأن البيع لأحد الورثة بأن عدم إجازة باقي الورثة المدعيات للبيوع الحاصلة في مرض الموت، فإنه يتوجب إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل البيع، بإعادة قيد الحصص المبيعة بمقتضاها باسم مورث المدعيات<sup>3</sup>. أي أنه إذا باع المريض شيئاً لأحد الورثة، لا ينفذ هذا البيع ما لم يجزه باقي الورثة بعد موت المورث. وحيث أن المدعين الورثة لم يجزوا هذه التصرفات، لذا يكون طعن المدعين في هذا التصرف، قائماً على أساس قانوني سليم<sup>4</sup>.

أما إذا أجاز بعض الورثة البيع دون الورثة الآخرين، سرى التصرف في حق من أجازه فقط وفي حدود حصته، وفي ذلك صدر عن محكمة التمييز، فسطاس، طعن رقم 3351-2010 تاريخ الجلسة 03-04-2011. بأن: "عدم إجازة المدعية تصرفات مورثها بالبيع خلال فترة الموت، فلا يعتبر نافذاً في حقها هذه

1: المحكمة العليا، غ.م، 09-07-1990، ملف رقم 62156، م.ق، ع.03، لسنة 1999، ص.68.

2: محمود عبد العزيز، المرجع السابق، ص.90.

3: المملكة الأردنية الهاشمية، محكمة التمييز، فسطاس، طعن رقم 3351-2010 تاريخ الجلسة 03-04-2011.

4: المملكة الأردنية الهاشمية، محكمة التمييز، فسطاس، طعن رقم 1001-2008، تاريخ الجلسة 08-06-2008.

البيع، في حدود حصتها في قطع الأرض"<sup>1</sup>. كما أن المريض مرض الموت قد يتصرف بالبيع لغير وارث أي لأجنبي وهذا ما سنتناوله في المطلب الثاني.

### المطلب الثاني: بيع المريض مرض الموت لأجنبي

إن بيع المريض لأجنبي هو أحد أحكام بيع المريض مرض الموت وبيان تلك الأحكام تكون من خلال الرجوع إلى نصوص المواد القانونية، فليبيع المريض مرض الموت فروض مختلفة، فيتصرف لأجنبي إما بثمن لا يقل عن قيمة المبيع، أو بثمن يقل بما لا يجاوز ثلث التركة أو بما يجاوز هذا الثلث أو بغير ثمن أصلاً؛ فستعرض لهذه الفروض كل على حدة، مع تبيان أحكامها.

#### الفرع الأول: البيع بثمن المثل أو بغبن يسير

إن البيع لأجنبي بثمن المثل أو بغبن<sup>2</sup> يسير، بيع صحيح نافذ في حق الورثة ولا يتوقف على إجازتهم ولا سبيل إلى الطعن في البيع، باعتبار أن تعلق حق الورثة بأموال مورثهم في مرض الموت، فإن قيامه ببيع عين لأجنبي عنهم بثمن المثل لا يؤثر على حقهم، لأنه إن خرجت العين من ذمة المورث فقد دخل مقابلاً لها عين أخرى أو ثمن نقدي فلا يتأثر بذلك الورثة<sup>3</sup>، بمعنى أن الدائنين حقهم لم يتعلق بالتركة إنما تعلق بماليتها لا بأعيانها، والمدين المريض لما باع أخذ مقابلاً لما باعه (الثمن) ولم يؤثر ذلك في حقهم، وأما الورثة فإن تعلق حقهم بالأعيان والمالية قد دخل إلى التركة مقابل ما باع منهم مورثهم وهو الثمن وانتقل حقهم إليه<sup>4</sup>، وتقدر قيمة المبيع عند الموت لا وقت المبيع<sup>5</sup>.

- 
- 1: المملكة الأردنية الهاشمية، محكمة التمييز، قسطاس، طعن رقم 715-2008، تاريخ الجلسة 26-11-2008.
  - 2: الغبن في اللغة يعني النقص، وفقها كون أن أحد العرضين في عقود المعاوضة غير متعادل مع الآخر بأن يكون أقل من قيمته أو أكثر منه؛ (سلطان أنوار، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2015، ص.83.
  - 3: محمد يوسف الزعبي، المرجع السابق، ص.509.
  - 4: آمال أحمد ناجي، البيع في مرض الموت، مجلة الجامعة العراقية، مركز البحوث والدراسات الإسلامية، مج 24، ع1، 2010، ص.38.
  - 5: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص.815.

فذهب المالكية<sup>1</sup> والشافعية<sup>2</sup> والحنابلة<sup>3</sup> والحنفية<sup>4</sup> والصاحبان<sup>5</sup> إلى القول أنه إذا باع المريض بثلث المثل فالبيع نافذ، دون توقف على إجازة من الدائنين أو الورثة، لأن حق الدائنين و الورثة لا يتعلق بأعيان التركة، وإنما يتعلق بقيمتها، وقيمة التركة لم تنقص، لأن ما خرج منها دخل فيها ما يساويه في القيمة.

ولكن بالرجوع إلى التشريع الجزائري نجد أن المشرع لم ينص على مثل هذا الحكم فجاء بفكرة عامة في المادة 408 من القانون المدني الجزائري بخلاف ما نصت عليه المادة 394 من مجلة الأحكام العدلية: "إذا باع المريض في مرض موته شيئاً لأجنبي بثلث المثل، صح بيعه...". كما نصت المادة 506 الفقرة الثانية من مشروع القانون المدني الفلسطيني على أن: "بيع المريض لأجنبي بثلث المثل أو بغير يسير، نافذ لا يتوقف على إجازة الورثة".

يتضح من ذلك، أن البيع الذي يتم بين المريض والأجنبي بثلث المثل، هو بيع نافذ، وذلك لعدم تحقق العلة وهي الإضرار بالدائنين والورثة، فلا يتوقف هذا البيع على إقرار الورثة، ولو باع المريض كل أمواله.

ولما كان البيع بثلث المثل معناه أن يدخل عين أو ثمن مقابل ما خرج من ذمة المورث، فلا يتصور الإضرار بالورثة من جراء هذا البيع. ومن باب أولى، فإن بيع المورث بثلث يزيد عن ثمن المثل، هو بيع نافذ أيضاً، وعليه، فإذا أثبت الأجنبي قيامه بالشراء بثلث المثل، فإن عدم تعرض الحكم لصدور التصرف في مرض الموت صحيح وغير لازم.

أما إذا كان البيع بغير يسير فلا يؤثر كذلك على صحة البيع، ولا يكون للورثة أن يفسخوه، لأن هذا البيع تم بمقابل ولو كان بغير يسير، فالمقابل قد دخل في ذمة مورثهم واعتبر

1: محمد بن عبد الله الخرشبي المالكي أبو عبد الله، شرح مختصر خليل للخرشي، ج4، ط02، المطبعة الأميرية الكبرى، القاهرة، 1317هـ، ص510.

2: الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن عباس، الأم الشافعي، ج07، دار المعرفة، بيروت، 1410هـ-1990م، ص107.

3: مرعي بن يوسف بن الكرمي، غاية المنتهى في جمع الإقناع والمنتهى، ج02، ط01، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الكويت، 2007، ص241.

4: النووي، جامع الفصولين، ج02، المرجع السابق، ص245-246.

5: سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، التلويح على التوضيح، ج03، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده، القاهرة، 1377هـ-1957م، ص184.

جزء من تركته، والغبن اليسير يمكن أن يكون في كل البيوع ويعد مقبولاً، لأن الغبن اليسير هو التفاوت في القيمة الذي يكون مألوفاً ومتسامحاً فيه بين الناس، وقد يحدث مع أي شخص، فقد يحدث مع المورث أو مع الورثة فيكون حكمه واحداً بالنسبة لهم جميعاً، وهو بيع نافذ لا يتوقف على إجازة الورثة ويلزمهم كما كان يلزم مورثهم<sup>1</sup>، كما أن الغبن اليسير هو غبن غير متحقق فغتفر في العقود كلها، والشئ المحتمل الوجود، ولو على سبيل الظن، لا يكون سبباً في إبطال أو إيجاد خلل في أمر محقق الوجود وهو العقد، ولأن الغبن اليسير يقع كثيراً في العقود فكان سهل الاحتمال، ولا ظلم فيه<sup>2</sup>.

ويعود نفاذ البيع بثمن المثل لأنه ليس من شأنه الإضرار بالورثة، فصحيح أنه خرجت عين من تركة المتوفى إلا أنه دخل مقابلها الثمن، ومن ثم لا يتضرر الورثة بهذا البيع، وينفذ البيع بحقهم ومن باب أولى في حالة بيع مورث لشيء يملكه وبثمن يزيد عن ثمن المثل.

ولم يرد في مجلة الأحكام العدلية حكم يتعلق بالغبن اليسير على خلاف مشروع القانون المدني الفلسطيني، وأن العلة المنتفية من الغبن اليسير، إذ أنه يقع في معظم المعاملات إن لم يكن جميعها، وهو ما لا يمكن التحرز منه، حتى من قبل الورثة في معاملاتهم.

وأما عن علة نفاذ البيع بغبن يسير فقد جرت العادة على التسامح بشأنه، ولكن عادة ما يفرق الفقهاء بين الغبن اليسير والغبن الفاحش لاختلاف حكميهما عند جميع الفقهاء، وقد اختلفوا في الحد الفاصل بينهما على إبتهاين رئيسيين:

**فالاتجاه الأول** رجع فيه الفقهاء ترك ذلك للعرف أو لأهل الخبرة، فالصحيح عند الحنفية "أن الغبن اليسير ما يدخل تحت تقويم المقومين، أي تقدير أهل الخبرة في المعقود عليه، والفاحش ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وهذا الفاصل ارتضاه الكثير من الفقهاء، لأن ما يدخل تحت تقويم المقومين ليس النقص فيه متحققاً، فكان إحتمالياً، ولذا كان يسيراً، وإن لم يدخل تحت تقويم المقومين، يكون النقص فيه متحققاً، فيعتبر فاحشاً"<sup>3</sup>، وبين ذلك ابن عابدين بأنه لو وقع البيع بعشرة مثلاً، ثم إن بعض المقومين، قال إنه يساوي خمسة، وقال بعضهم يساوي ستة، وقال

1: محمد يوسف الزغبى، المرجع السابق، ص. 510.

2: محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 395.

3: علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، ط01، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996، ص. 356.

بعضهم يساوي سبعة، فهذا غبن فاحش، لأنه لم يدخل تحت تقويم أحد، بخلاف ما إذا قال بعضهم ثمانية، وبعضهم تسعة، وبعضهم عشرة فهذا غبن يسير<sup>1</sup>.

ورجح فريق من المالكية القول بأن الغبن الفاحش ما خرج من المعتاد، لأنه لم يرد تحديد من الشرع، فيرجع إلى العرف، قال الخطاب: "والغبن قيل الثلث، وقيل ما خرج عن المعتاد... وصرح به الجواهري، فقال إذا قلنا بإثبات الخيار بالغبن الفاحش، فقد اختلف الأصحاب في تقديره، فمنهم من حده بالثلث فأكثر، ومنهم من قال لا حد له، وإنما المعتبر فيه العوائد بين التجار، فما علم أنه من التغابن الذي يكثر وقوعه بينهم ويختلفون فيه، فلا مقال فيه للمغبون باتفاق، وما خرج عن المعتاد فالمغبون فيه بالخيار<sup>2</sup>.

أما الرأي الثاني: الذي ذهب إليه جمهور المالكية وبعض الحنابلة في تحديد الغبن اليسير لما دون الثلث، ومستندهم في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام: "الثلث، والثلث كثير"<sup>3</sup>، وحدده بعض الحنابلة بالسدس<sup>4</sup>، وهناك أقوال أخرى مختلفة في تحديد اليسير من الفاحش.

وقد قال الجصاص في هذا: "أنه لم يخرج مخرج التقدير في الأشياء كلها، لأن ذلك يختلف باختلاف السلع، ومنها ما يعد أقل من ذلك غبنا فيه، ومنها ما يعد أكثر من ذلك غبنا فيه، وفي كل ما له سعر معين بما لا يزيد عنه أو ينقص، وأساس اختلاف التقدير في هذه الأجناس، هو مقدار التفاوت في تقديرات المقومين فيها، فالعقار يختلفون فيه كثيرا، والحيوان قليلا، والعروض أقل، وما له سعر محدود لا يختلفون فيه قط<sup>5</sup>، والراجع القول الأول.

وهذه المعايير التي تتخذ للفرقة بين الغبن اليسير و الغبن الفاحش لا تنطبق في حالة ما إذا كان السعر معلوما أو محددًا في الأسواق، مثل سعر الخبز واللحوم ونحوهما، حيث أن الغبن يتحقق في تلك الحالة بمجرد مخالفة هذا السعر، سواء كان بالزيادة أو النقصان<sup>6</sup>.

1: محمد بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج05، المرجع السابق، ص.143.

2: محمد بن محمد الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج04، دار الفكر، بيروت، ص.472.

3: رواه البخاري، كتاب الوصايا، باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس، ج03، المرجع السابق، ص.1006.

4: ابن قدامة المقدسي، المغني، ج03، المرجع السابق، ص.584.

5: أبو زهرة، المرجع السابق، ص.394.

6: بن غريب رابع، أحكام الغبن في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، جامعة مولاي طاهر، سعيدة، المجلد 06، ع01، جوان 2021، ص.480.



ووفقا للقواعد العامة في القانون الجزائري نجد أن العقد المقترن بغبن فاحش قابل للإبطال بناء على طلب المتعاقد المغبون، وذلك إستنادا لحكم المادة 90 من القانون المدني الجزائري والتي نصت على أنه: "إذا كانت التزامات أحد للمتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب عقد أو من التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا أن المتعاقد الآخر قد إستغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد".

نجد أنه إذا وقع أحد المتعاقدين في غبن فاحش جاز للمتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص من التزامات هذا المتعاقد، وقد نصت المادة 359 من القانون المدني الجزائري على أنه: "تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع"، فمحل دعوى الغبن هو تكملة الثمن، ويعطي الحق للبائع كامل الأهلية أو ناقصها في تكملة الثمن بحيث يصل إلى أربعة أخماس القيمة الحقيقية للمبيع المقدرة وقت البيع، وهذا مانصت عليه المادة 358 من القانون المدني الجزائري: "إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس. فللبائع الحق في تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل"<sup>1</sup>.

وإذا رفض المشتري تنفيذ الحكم أو قرار القاضي بتكملة الثمن، ترفع دعوى فسخ عقد البيع مع التعويض عند الإقتضاء، وإذا حكم بفسخ عقد البيع أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد. وهكذا يتضح أنه إذا باع المريض مرض الموت شيئا من أمواله، وتم البيع بغبن يسير فهذا البيع ينفذ في حق ورثته.

ويمكن القول أنه من الثابت قانونا إذا أثبت المشتري أنه دفع للبائع ثمنا لا يقل عن قيمة المبيع، اعتبر هذا المبيع صحيحا منتجا لآثاره وناظرا في حق الورثة دون حاجة لإجازتهم، لانتفاء شبهة المحاباة في الثمن<sup>2</sup>، وهو حكم جل التشريعات العربية، والتي عملت بأحكام الشريعة الإسلامية، هذا بخلاف القانون المدني الجزائري، الذي جاء حكمه عاما من أن البيع قابل للإبطال لمصلحة الوارث؛ أي أن الحكم الوارد في المادة 408 من القانون المدني الجزائري مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية، كونها لا تعتبر كل بيع في مرض الموت لأجنبي كالوصية في أحكامها، بل

1: قرناش العالية، أثر الغبن في البيع بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة، مجلة الحكمة للدراسات الإسلامية، مركز الحكمة، مج 05، ع 02، 2018، ص. 185-186.

2: شفيق الجراح، المرجع السابق، ص. 84.

البيع الذي يأخذ حكم الوصية هو البيع بالمحاباة لأنها اعتبرت صحيحة وناظدا في حق الوراثة إذا تم بثمان المثل أو دونه بقليل، وكذلك إذا تم بثمان دون المثل بكثير وكان يخرج من ثلث الوراثة. أما إذا كان الفرق أكثر من الثلث، كان للوراثة حق مطالبة المشتري بتكملة الثمن بحيث ينقص هذا الفرق إلى ثلث الوراثة، أو يفسخ البيع<sup>1</sup>.

فكان من الأجدد أن يعتبر المشرع البيع لأجنبي وصية أيضا، ويعلق نفاذها على إقرار الوراثة فيما يجاوز الثلث، إضافة إلى ذلك إذا اعتبرنا أن البيع هنا قابل للإبطال، وبالرجوع إلى الأحكام العامة للقانون المدني الجزائري فإن طلب الإبطال يكون لصالح من شاب رضاه عيب من عيوب الرضا، فإذا سلمنا بأن رضا المريض مرض الموت مشوب بعيب من العيوب حسب الفقرة الثانية فيكون له وحده الحق في طلب الإبطال، والحال أن المريض قد مات، وبما أن الوراثة يعتبرون من الغير بالنسبة لتصرفات مورثهم ولا تنفذ في حقهم، فإن من غير الممكن القول بأن حق طلب الإبطال انتقل إليهم من المورث باعتبارهم خلفا عاما له، فهم لا يعتبرون خلفا عاما بالنسبة لتصرفاته في مرض الموت<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: البيع بثمان يقل عن قيمة المبيع أو في حدود الثلث أو يجاوز ثلث الوراثة

إذا أثبت المشتري أنه دفع ثمنا للمبيع و أثبت مقدار ما دفع وكان هذا المقدار يقل عن قيمة المبيع وقت الموت بما لا يجاوز ثلث الوراثة، فإن البيع يكون صحيحا نافدا في حق الوراثة دون الحاجة إلى إجازتهم، ويستوي في ذلك أن يكون البيع لوarith أو لغير وارث<sup>3</sup>. فإذا أثبت المتصرف إليه أن التصرف هو في حقيقته بيع، لكن الثمن الذي أثبت وجوده كان يقل عن القيمة الحقيقية للشيء المتصرف فيه؛ فإن التصرف يعتبر تبرعا في حدود الفرق بين قيمته محل التصرف وقت الموت وبين الثمن الذي دفعه المتصرف، ولا يكون التصرف نافدا في حق الوراثة إلا إذا كان الفرق المذكور في حدود ثلث الوراثة داخلا فيه المال محل التصرف<sup>4</sup>.

1: سليمان مرقس، المرجع السابق، ص.566.

2: علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.132.

3: حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، مرض الموت وأثره على عقد البيع، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي،

ط01، دار الفكر الجامعي، 2008، ص.191

4: سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، منشأة المعارف، مصر، د.س.ن، ص.415.

ويكون تقدير الثلث الذي تخرج منه الوصية بقيمته وقت القسمة والقبض لأنه وقت استقرار الملك وتنفيذ الوصية وإعطاء كل ذي حق حقه ولكن لا يكون هناك غبن على أي واحد من الورثة أو الموصى له فيما يعطى له، ويترتب على ذلك أن كل ما يحدث في الفترة بين وفاة المورث والقسمة من نقص في قيمة التركة أو هلاك في بعض أعيانها يكون على الورثة والموصى له، وكل زيادة تطراً على التركة في هذه الفترة تكون للجميع<sup>1</sup>.

غير أن المشرع الجزائري جاء بحكم عام ولم ينص على ما إذا كان الثمن يقل عن قيمة المبيع خلافاً للتشريعات العربية والتي عملت بأحكام الشريعة الإسلامية، والذي جاء حكمه عاماً من أن البيع قابلاً للإبطال لمصلحة الوارث.

على خلاف التشريع الأردني الذي نص في المادة 545 الفقرة الأولى على أن: "بيع المريض لأجنبي بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت نافذ في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تتجاوز ثلث التركة داخلاً فيها المبيع ذاته"، ويقابل النص في القانون المدني المصري المادة 477 الفقرة الأولى منه إذ نصت على أن: "إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت، فإن البيع يسري في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تتجاوز ثلث التركة، داخلاً فيها المبيع ذاته"

فينفذ البيع في حق الورثة دون حاجة لإجازة الورثة متى ثبت أنه باع لأجنبي بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت متى كانت زيادة قيمته على الثمن لا تتجاوز ثلث التركة داخلاً فيها المبيع ذاته، وإذا تمكن المشتري من إثبات دفعه ثمناً أقل من قيمة المبيع بمقدار أكثر من ثلث التركة فالبيع في هذه الحالة لا يكون نافذاً في القدر الزائد على الثلث إلا بإجازة الورثة، أي أن المقدار المحايي به يأخذ حكم الوصية<sup>2</sup>.

أما إذا كان مقدار ما دفعه المشتري ثمناً لمبيع وقت الموت لا يتجاوز ثلث التركة داخلاً فيها المبيع نفسه، كان من المفروض أن يكون البيع صحيحاً نافذاً في حق الورثة دون حاجة لإجازتهم، لأن هذا يعتبر وصية لغير وارث فتأخذ حكمها، حيث يجوز الإيصاء لغير الوارث في حدود الثلث، لكن بما أن التصرف تم في شكل بيع فيخضع لنص المادة 408 من الفقرة 02 ولاجل ذلك

1: المستشار السيد خلف محمد، المرجع السابق، ص.758.

2: أنور محمود دبور، أثر مرض الموت في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي-بحث مقارن، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية، الإمارات، مج 03، 1989، ص.60.

يكون قابلاً للإبطال<sup>1</sup>، حيث تنص على أنه: "أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلاً للإبطال"، ولكن ما يستنتج من نص هذه الفقرة أن المشرع الجزائري قد جعل البيع للغير وارث في مرض الموت قابلاً للإبطال ما لم يكن مصادقاً عليه، فنجد أن هذه الفقرة تتسم باللبس والغموض، فلم يذكر المشرع الشروط التي تجعل البيع قابلاً للإبطال، ولم يحدد إذا كان البيع بأقل من القيمة أو بدون ثمن أصلاً أو إذا كان فيه محاباة تجاوز ثلث التركة<sup>2</sup>.

وتجدر الإشارة أنه من الإنصاف أن نجعل الثمن بتاريخ التصرف لا وقت الوفاة؛ فعلى الرغم من أن لحظة الموت هي اللحظة التي يتحدد فيها الورثة، ولا يمكن الجزم قبل موت المورث من هو الوارث وغير الوارث، لكون الورثة هم من لهم الحق في أن يعترضوا على التصرف، بالرغم من أن تعلق حق الورثة بالتركة يكون وقت الوفاة، إلا أنه ومن جهة أخرى، وحيث أن المشتري وقت التصرف، ارتبط مع البائع بعقد تم فيه ارتباط ارادتهما بالإيجاب والقبول، واتجهت هاتان الإرادتان لإحداث هذا الأثر القانوني، ولم يكن يوجد ما يمنع البائع المريض من التصرف كونه حر الإرادة وغير ناقص الأهلية، وكان مثل هذا البيع قد تم بالمثل أو بنقص قليلاً بما لا يتجاوز ثلث التركة، فليس من العدل تقدير هذا الثمن وقت الوفاة بحيث يكون قد تغير بتغير الظروف والأوضاع<sup>3</sup>. ويمكن طرح التساؤل التالي هل كان يحيط بهذا البيع شبهة المحاباة للمشتري ناتجة عن شعور المريض بدنو أجله؟

أما إذا كان البيع بأقل من ثمن المثل ولكن الجزء المحابي به يتجاوز ثلث التركة فإن البيع فيما يتعلق بالقدر من المحاباة الذي يتجاوز الثلث لا ينفذ في حق الورثة إلا إذا أقروه، أو قبل المشتري أن يزيد الثمن بمقدار الفرق بين القدر المحابي به وثلث التركة<sup>4</sup>. أي أن القدر الزائد عن الثلث هو المحابي به الذي لا ينفذ إلا إذا أحازه الورثة، والإجازة هي الإقرار بسريان البيع جميعه رغم ما به

1: محمود عبد العزيز، المرجع السابق، ص.92.

2: رشاد السيد إبراهيم عامر، المرجع السابق، ص.43.

3: سارة خضر ارشيدات، البيع في مرض الموت، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2014، ص.66.

4: سليمان مرقس، المرجع السابق، ص.572.

من محاباة تجاوز ثلث التركة<sup>1</sup>. ومعنى ذلك كله أنه إذا لم يجز الورثة البيع فإن العقد يبقى على الرغم من عدم إجازته صحيحاً، إلا أنه ينفذ بالنسبة إليهم فيما يجاوز ثلث التركة من المحاباة، وبالتالي فإن المشتري يلزم بأن يرد إلى التركة ما يكمل به الثلثين، كما له أن يفسخ البيع ويرد المبيع ويسترد الثمن الذي دفعه<sup>2</sup>.

وإذا تمكن المشتري من إثبات دفعه ثلثاً أقل من قيمة المبيع بمقدار أكثر من ثلث التركة فالبيع في هذه الحالة لا يكون نافذاً في القدر الزائد على الثلث إلا بإجازة الورثة، أي أن المقدار المحابي به يأخذ حكم الوصية، أما في حالة البيع بما يقل عن قيمة المبيع ولا يجاوز ثلث التركة فعلى المشتري أن يثبت أنه دفع ثلثاً للبائع إلا أن الثمن الذي دفعه أقل من قيمة المبيع ولكن لا يتجاوز ثلث التركة فهذا البيع يعتبر صحيحاً وينفذ في حق الورثة دون الحاجة إلى إقرار، هذا فيم يخص التشريعات التي تميز الوصية لوارث ذلك أن القدر المحابي به لم يجاوز ثلث التركة<sup>3</sup>.

الوصية تكون في حدود ثلث التركة إذن فإن هذا القدر يعتبر تبرعاً ويأخذ حكم الوصية وهو صحيح دون الحاجة إلى إجازة الورثة، في حين أن المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 408 من القانون المدني يوقف البيع لوارث كله على إجازة الورثة مهما كان ثمن المبيع ونسبة القدر المحابي به وهذا الحكم جاء مطابقاً لرأي الإمام أبي حنيفة الذي يقر بعدم نفاذ التصرف لوارث إلا بإجازة الورثة<sup>4</sup>.

أما البيع لأجنبي بما يجاوز ثلث التركة فتنبص المادة 545 الفقرة الثانية من القانون المدني الأردني على أنه: "إذا تجاوزت هذه الزيادة ثلث التركة فلا ينفذ البيع ما لم يقره الورثة أو يكمل المشتري ثلثي قيمة المبيع وإلا كان للورثة فسخ البيع"، ويقابلها نص المادة 507 الفقرة الثانية من القانون المدني المطبق في قطاع غزة.

ويتضح من النصين أنه إذا باع المريض مرض الموت شيئاً من أمواله لأجنبي بثمن ينقص عن قيمته وقت الموت، يتجاوز ثلث التركة فلا ينفذ البيع في حق الورثة فيما يتجاوز الثلث إلا

1: سعد سعيد عبد السلام، الوجيز في عقد البيع في القانون المدني المصري طبقاً لأحدث التعديلات، د.د.ن، د.ب.ن، د.س.ن، ص.425.

2: حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي، العقود المسماة، عقد البيع، بغداد، ص.384.

3: علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.128.

4: عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص.105.

إذا أجازوه أما إذا رفضوا الإجازة فعلى المشتري أن يدفع من المال ما يكمل به ثمن المبيع<sup>1</sup>، بحيث لا يتجاوز النقص في الثمن ثلث التركة، أما إذا امتنع عن ذلك فللورثة فسخ البيع<sup>2</sup>.

وقد نص المشرع السوري على النصوص المتعلقة ببيع المريض مرض الموت إذا كان البيع يجاوز ثلث التركة، حيث نص في المادة 445 من القانون المدني السوري على أنه: "إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت فإن البيع يسري في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تتجاوز ثلث التركة، وأما إذا كانت هذه الزيادة تتجاوز الثلث فإن البيع فيما يجاوز ذلك لا يسري في حق الورثة إلا إذا أقره أو رد المشتري للتركة ما بقي بتكملة الثلثين، ويسري على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة 877 والتي جاءت موسعة بنصها: "كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع، يعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف"<sup>3</sup>.

### الفرع الثالث: البيع بغير ثمن أصلا

يعد الثمن في عقد البيع من المسائل الرئيسية والجوهرية التي يجب الاتفاق عليها وإلا استحال قيام العقد، قد جاء في قرار للمحكمة العليا أنه "من المقرر قانونا أن الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت فيه جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه. ولما كان الثابت في قضية الحال أن المجلس الذي صرح بصحة الوعد بالبيع الذي لم يثبت فيه اتفاق الطرفين على سعر معين لبيع العقار المتنازع عليه، يكون بقضائه قد أساء تطبيق القانون"<sup>4</sup>، وإذا ترك المتعاقدان الاتفاق على الثمن إلى وقت لاحق فإن العقد لا ينعقد، كما أنهما لا يستطيعان إسناد تعيين الثمن إلى القاضي في إطار الإفاق الجزئي الذي أشارت إليه المادة 65 من القانون المدني الجزائري ولا يعني تعيين الثمن تحديده بصفة دقيقة

1: عبد الرحمان الحلاشة، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني، عقد البيع، دراسة متقابلة مع الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية، ط01، دار وائل للنشر، 2005، ص.573؛ موسى أبو ملوح، شرح قانون المدني رقم04 لسنة 2012 النافذ في قطاع غزة، 2004، ص.169.

2: موسى أبو ملوح، شرح القانون المدني، شرح مصادر الإلتزام، دراسة مقارنة، 1995، ص.109.

3: مصطفى أحمد الزرقا، شرح القانون المدني السوري، العقود المسماة، عقد البيع والمقايضة، ط06، مطابع فتى العرب، دمشق، 1965، ص.58.

4: المحكمة العليا، غ.م، 26-03-1990، ملف رقم 56500، م.ق، ع 03، سنة 1992، ص.112.

ونهاية وقت إبرام العقد، إذ يجوز بمقتضى المادة 356 من القانون المدني الجزائري: "... أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التي تحدد بمقتضاها فيما بعد..."<sup>1</sup>. كما يمكن إسناد مهمة تعيين الثمن إلى ذوي الخبرة والمعرفة من الغير.

وبالتالي لا يستقيم المعنى القانوني لعقد البيع دون توافر خاصية الثمن طبقا لنص المادة 351 من القانون المدني الجزائري وبالتالي لما كان الثمن هو أحد محل عقد البيع، فيجب أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين. وتعيين الثمن أو قابليته للتعيين يجب أن يكون متفقاً عليه بين المتبايعين، فلا يستقل به أحدهما دون الآخر<sup>2</sup>، وفي الأصل أن الثمن يحدده المتعاقدان أثناء العقد والأغلب أن يتم تحديده صراحة وقد يحدد ضمناً، كأن يحدده أحد الطرفين ويسكت الثاني دون اعتراض فيعتبر محددًا بإرادته، أما إذا استقل أو انفرد أحدهما بتحديدده دون علم الثاني فلا ينعقد العقد لانعدام الرضا.

فليس لزاماً أن يكون الثمن محددًا في العقد، وإنما يكفي لانعقاد البيع صحيحاً، أن يكون الثمن قابلاً للتحديد وذلك ببيان الأسس الموضوعية التي يمكن تحديده في المستقبل استناداً إليها، ويشترط في الأسس التي تجعل الثمن قابلاً للتحديد أن تكون واضحة غير مبهمة في بيان كيفية إجراء هذا التحديد، فلا يكون الثمن قابلاً للتحديد ولا ينعقد به البيع إلا إذا اتفقا على أن الثمن هو الثمن العادل وما يساوي المبيع، ويجب أن تكون الأسس المتفق عليها الغرض منها تحديد الثمن العادل وما يساوي المبيع، ويجب أن تكون الأسس المتفق عليها تهدف إلى تحديد الثمن بأسس موضوعية غير متوقفة على إرادة أحد العاقدين<sup>3</sup>.

وقد يتفق المتعاقدان على أسس معينة لتحديد فنصت المادة 356 الفقرة 1 على أنه: "يجوز أن يقتصر على تقدير ثمن المبيع على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد"، ويجب أن تكون هذه الأسس واضحة لا تحدث النزاع وبتفاهق الطرفين، وقد نص المشرع على أساسين لتحديد الثمن على سبيل المثال لا الحصر، فالغالب أن يكون الثمن محددًا صراحة برقم معين في

1: علي الفيلالي، المرجع السابق، ص.251.

2: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص.308.

3: محمد حسن قاسم، القانون المدني العقود المسماة(البيع-تأمين-إيجار)، دراسة مقارنة، ط02، منشورات حلي الحقوقية، بيروت، 2013، ص.96.

العقد وقد يتم تحديد الثمن كما لو تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نويًا اعتماد السعر المتداول في التجارة إذا كان للمبيع سعر متداول، أو السعر الذي جرى عليه التعامل. أولاً: تحديده بسعر السوق، فنصت المادة 356 فقرة 3 على أنه إذا وقع الاتفاق على أن الثمن هو سعر السوق وجب عند الشك الرجوع إلى سعر السوق الذي يضع فيه تسليم المبيع للمشتري في الزمان والمكان، فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف أن تكون أسعاره سارية<sup>1</sup>، إذا كان الاتفاق ينص على البيع بسعر السوق في مكان وزمان معين، حيث يجب أخذ هذا السوق بعين الاعتبار عند تحديد الثمن وإذا لم يحدد مكان وزمان هذه السوق، فالسوق هي سوق زمان ومكان التسليم، أما إذا لم يكن في مكان التسليم سوق، فالسوق هي المكان الذي يقضي بأن أسعاره هي السارية. والسوق لا تقتصر على الأسواق المنظمة كالبورصات بل تشمل كل مكان فيه العرض والطلب على نطاق غير ضيق.

ثانياً: تحديد السعر على أساس السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى التعامل به بين البائع والمشتري فنصت المادة 357 أنه: "إذا لم يحدد المتعاقدان ثمن المبيع فلا يترتب عن ذلك بطلان البيع متى تبين أن المتعاقدان قد نويًا الاعتماد على السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما"، إذا لم يحدد المتعاقدان ثمنًا للبيع فلا يترتب على ذلك بطلان العقد متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نويًا اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما قد لا يتفق المتابعان على تحديد ثمنًا للبيع إلا أن ظروف التعاقد وملاساته تفسح على أنهما قد إرتضيا ضمناً أن يكون الثمن هو السعر المتداول في التجارة، وحيث يعد هذا السعر قابلاً للتقدير، وقد يكون هذا السعر متداولاً وهو سعر السلعة أو البورصة في السوق المحلي ويستعين القاضي عند غموض هذا السعر بأهل الخبرة من التجار<sup>1</sup>.

كما يجب أن يكون الثمن نقداً أي مبلغاً من النقود يدفعه، ولذلك إذا كان هذا المقابل شيئاً من الأشياء فلا نكون بصدد عقد البيع وإنما عقد المقايضة، أما إذا كان المقابل المدفوع عبارة عن خدمات أدت للبائع من قبل المشتري فالعقد هنا ليس بيعاً وغير مسمى، حيث كان

1: سعيد مبارك وآخرون، طه الملا حويش، صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة (البيع-الإيجار-المقاوله)،

دار السنهوري القانونية والعلوم السياسية، القاهرة، 2015، ص.73.



هذا المقابل عبارة عن القيام بعمل تمت لمصلحة البائع، فلا بد أن يكون الثمن نقدا ولكن من الحكم إذا اتفق في البيع أن يكون المقابل من المثليات أو من الأوراق المالية فالواقع أنه إذا كان المقابل شيء مثلي ذا سعر معروف في البورصة أو في الأسواق، إلا أن هذا المقابل إذا كان غير نقدي فلا يعتبر العقد بيعا وإنما مقايضة، كذلك الحالة عند تعيين الثمن بالأسهم أو السندات أو سبائك الذهبية، فالبرغم من أن كل هذه المثليات من السهل معرفة قيمتها بأسعار البورصة إلا أن المقابل أيضا لا يزال غير نقدي فيعتبر العقد مقايضة<sup>1</sup>. ويستخلص هذا الإتفاق أو النية من ظروف البيع، كما يمكن إعمالا لسلطان مبدأ الإرادة أن يوكل المتعاقدان أمر تحديد السعر إلى طرف ثالث يعين في العقد أو يتفقان عليه لا حقا، وبالرجوع إلى القانون الجزائري نجد أن المشرع قد نص في المادة 351 من القانون المدني على أن: "البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي"، كما يشترط في الثمن أن يكون جديا حقيقيا أي لا صوريا ولا تافها، بحيث متى ثبت أن الثمن صوري فإن العقد لا يكون بيعا، ولكنه قد يكون هبة مستترة في صورة بيع فيصح كهبة دون الحاجة إلى ورقة رسمية. والثمن التافه كالثمن الصوري في الحكم، فالثمن التافه هو مبلغ من النقود يصل من التفاهة في عدم تناسبه مع قيمة المبيع إلى حد يبعث على الاعتقاد بأن البائع لم يتعاقد للحصول على مثل هذا المقدار التافه، وإن كان قد حصل عليه فعلا، فالثمن التافه هو الذي لا يتناسب إطلاقا مع قيمة المبيع، حيث يقل عنها كثيرا بصورة تجعله كالمعدوم فإذا تم البيع هكذا عدّ باطلا مطلقا لتخلف ركن الثمن. كما قد يلجأ المتعاقدان إلى إخفاء جزء من الثمن تهربا من رسوم التسجيل ولذلك نصت المادة 113 من قانون التسجيل على أنه: "يكون باطلا وعديم الأثر كل اتفاق يهدف إلى إخفاء جزء من ثمن بيع العقار أو تنازل عن محل تجاري، ويمكن إثبات إخفاء الثمن بشقي وسائل الإثبات المقبولة في مادة التسجيل"<sup>2</sup>، كما نصت المادة 118 من نفس الأمر على أن: "إدارة التسجيل يستطيع أن تستعمل لصالح الخزينة حق الشفعة على العقار أو الحقوق العقارية.... الذي ترى فيه أن ثمن البيع غير كاف مع دفع هذا الثمن مزاد فيه العشر لذوي الحقوق".

1: رمضان محمد أبو سعود، أحكام القانون المدني العقود المسماة (بيع-مقايضة-إيجار-تأمين)، ط01، منشورات حلي الثقافية، بيروت، 2010، ص.25-48.

2: الأمر 76-105 مؤرخ في 17 ذي الحجة 1396ه الموافق ل 09 ديسمبر 1976، المتضمن قانون التسجيل.

فإن لم يستطيع المشتري أن يثبت أنه دفع الثمن للمريض اعتبر التصرف هبة بغير ثمن، وكان لها حكم الوصية في مرض الموت حسب المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري، والمادة 776 من القانون المدني<sup>1</sup>.

فقد يكون الثمن صوريا حيث أنه قد يذكر الثمن في العقد مجرد استيفاء العقد مظهره الخارجي، فالبايع ( المريض مرض الموت) على الرغم من تسميته للثمن في العقد لا ينوي أن يطالب المشتري<sup>2</sup> به في هذه الحالة يذكر المتعاقدان في عقدهما ثمنا ظاهرا لن يتم الوفاء به في حقيقة الأمر، ويتحقق لهما عن طريق الإتفاق بورقة ضد على أن الثمن ليس مستحقا، فالبايع في هذه الحالة لا يحصل على المقابل للمبيع ولا يتجه قصده للحصول على هذا الثمن إلا كمظهر خارجي، أما في الحقيقة ليس هناك أي ثمن<sup>3</sup> فالصورية هنا هي اتفاق المتعاقدين على إخفاء إرادتهم الحقيقية تحت ستار عقد الظاهر، وهي نوعان إما مطلقة ويكون فيها العقد الظاهر موجودا ولكنه يخفي في عقد آخر يختلف عنه، أما ماهيته كما لو باع مالا إلى آخر وهو في حقيقة الأمر وهبه له، أو في الثمن كما لو باع مالا من مبلغ معين أو اتفق مع المشتري بأقل منه لأسباب تخصه، كما لو باع مالا إلى شخص آخر وهو في حقيقة الأمر يتعاقد لحساب غيره، فالثمن الصوري هو الذي لا يطابق حقيقة ما اتفق عليه الطرفان<sup>4</sup>.

وصورية الثمن أي انعدامه يمكن إثباتها طبقا للقواعد العامة، ففيما بين الطرفين لا يجوز إثباتها إلا بالكتابة (ورقة الضد) متى كان العقد متضمنا ذكر الثمن مكتوبا. أما بالنسبة للغير فيجوز أن تثبت الصورية الثمن بكل الطرق، فتنص المادة 335 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة، وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال.

1: وقضت محكمة التمييز العراقية في قرار لها أن المورث قام ببيع عقاره لبعض الورثة من دون الآخر وهو في مرض الموت، وبثمن صوري يقل كثيرا عن الثمن الحقيقي للمبيع، ولعدم إجازة بقية الورثة البيع، فإنه لا ينفذ إلا من ثلث التركة، ويطل في الثلثين، ويتم إعادة تسجيل العقار في النسبة المذكورة باسم جميع الورثة فضلا عن المشتريين، وتوزيع فيما بينهم على أساس أحكام الميراث. نقلا عن حبيب ادريس عيسى المزوري، المرجع السابق، ص.162.

2: سعيد مبارك وآخرون، المرجع السابق، ص.78.

3: محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص.206.

4: عزيز كاظم جبر الخفاجي، أحكام عقد البيع مقارنة بالفقه الإسلامي، الكتاب الأول، ط01، مكتبة زين الحقوقية، بيروت، 2013، ص.475.

تعتبر مبدا ثبوت بالكتابة"، ويشترط لتحقيق مبدأ ثبوت بالكتابة ثلاثة شروط، أولها أن يكون هناك دليل كتابي صادر من الخصم بغض النظر عما إذا كان موقعا أم لا، وثانيها أن تكون صادرة من الخصم الذي يحتج بها عليه، وثالثها أن يكون من شأن هذه الكتابة أن تجعل المدعي به قريب الاحتمال، فإذا توفرت هذه الشروط كاملة كان لمبدأ ثبوت بالكتابة نفس قوة الإثبات بالكتابة متى أكمله الخصم بشهادة الشهود. فإذا أقدم الخصم خطابا أو إيصالا من خصمه يتضمن وقائع تجعل الصورية قريبة الاحتمال، جاز للمحكمة إعتبار هذا الخطاب أو الإيصال مبدأ ثبوت بالكتابة وعليه التمسك به وتكملة الإثبات بشهادة الشهود<sup>1</sup>.

ونصت المادة 336 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجوز الإثبات بالشهود أيضا

فيما كان يجب إثباته بالكتابة:

- إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي.

- إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته".

وإذا استحال إثبات الصورية بالكتابة لوجود مانع مادي كوفاة الخصم دون حصول الطرف الآخر على ورقة الضد أو أن يغش الخصم خصمه ليمنعه من الحصول على دليل كتابي أي ورقة الضد لإثبات صورية التصرف المبرم بينهما، ويجوز إثبات الصورية أيضا بالشهود حالة وجود مانع أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي كصلة الأبوة التي تعتبر من موانع الأدبية التي قد تمنع الأب من الحصول على ورقة الضد من ابنه، وكذلك في حالة ضياع السند لكتابي بعد الحصول عليه لسبب أجنبي خارج عن إرادة المدعي كان أيضا لهذا الأخير إثبات الصورية بالشهود<sup>2</sup>.

وصورية الثمن قد تكون ظاهرة في العقد نفسه كما لو أبرأ البائع المشتري من الثمن في العقد أو وهبه له أو ترك دفعه لمحض إرادته، ويكون معنى هذا أن البائع ليس في نيته أن يتقاضى الثمن، وإنما يريد أن يسبغ على العقد صورة البيع. وفي هذه الحالة لا يكون العقد بيعا، وإنما قد يعتبر هبة.

1: عز الدين الدناصور، عبد الحميد الشواربي، الصورية في ضوء الفقه والقضاء، ط07، دار الكتاب والدراسات العربية، القاهرة، ماي 2019، ص.149.

2: عز الدين الدناصور، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص.150.

ولكن الغالب ألا تكون صورية الثمن ظاهرة، وعندئذ يستطيع الغير إثباتها بجميع الطرق بما فيها البينة والقرائن. ومن القرائن القوية على الصورية أن يكون عجز المشتري عن دفع الثمن واضحا كل الوضوح بحيث لا يعقل أن يكون قد أخذ الأمر محمل الجد. وأن الثمن المذكور في العقد ليس إلا ثمنا صوريا والعقد ليس إلا تبرعا<sup>1</sup>، فتكون هبة مستترة تظهر تحت اسم عقد آخر وهو عقد البيع، فتعفى من الشكلية سواء كانت هبة عقار أو منقول، ومن ثم تتم هبة المنقول دون الحاجة إلى ورقة رسمية ودون الحاجة إلى القبض إذا كانت هبة مستترة، كما سبق القول أن الهبة المستترة تكون في صورة عقد بيع، وهو المثل الغالب في التعامل، ويجب أن يتوافر في العقد السائر جميع شروط إنعقاده في الظاهر، ذلك أن العقد السائر إنما هو في الواقع ضرب من الشكلية حل محل شكلية الهبة أو عينيتها إذا كانت هبة منقولة، كما أن الهبة المستترة إذا كانت لا تخضع لأحكام الهبة الشكلية، فإنما تخضع لأحكامها الموضوعية، ومن يدعي أن العقد الظاهر ليس إلا هبة مستترة ليجري عليه أحكام الهبة الموضوعية هو الذي يحمل عبء الإثبات، وقاضي الموضوع هو الذي يبت فيها إذا كان التصرف المطعون فيه هبة مستترة، ناظرا في ذلك إلى ظروف التصرف وملابساته<sup>2</sup>، وقد قضت المحكمة العليا في قرار لها أنه: "يجوز الطعن في صورية العقد وإثباتها بجميع الطرق أن قاعدة عدم جواز إثبات عكس العقد الرسمي إلا بالعقد الرسمي لا تنطبق إلا على طرفي العقد"<sup>3</sup>.

وقد أقر المشرع المصري صراحة صحة الهبة المستترة في غياب الكتابة الرسمية من خلال نص المادة 448 من القانون المدني المصري الفقرة الأولى والتي نصت على أنه: "تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر"، أما في القانون التونسي فإنه لا يوجد نص مماثل بل إن المشرع سكت عن الموضوع، مما يتعين معه اعتبار الهبة المستترة باطلة طالما أن من يعمد إلى إبرام عقد هبة مستترة، فإنه يتحاييل على مقتضيات الفصل 204 من مجلة الأحوال

1: طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد البيع، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الغربي والإسلامي، ج01، ط01، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص.290.

2: أشرف أحمد عبد الوهاب، إبراهيم سيد أحمد، عقد الهبة على ضوء آراء الفقهاء والتشريع وأحكام القضاء، ط01، دار العدالة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018، ص.38.

3: المحكمة العليا، غ.أ.ش، 23-07-2003، رقم الملف 247879، م.ق، ع02، 2003، ص.243.

الشخصية وعلى القاضي إذا تبين له أن الأمر لا يتعلق بعقد بيع وإنما يتعلق بهبة فبإمكانه تكييف العقد القانوني الصحيح ويتجه تبعاً لذلك إلى إبطال العقد لعدم احترام الركن الشكلي<sup>1</sup>.

فبالنسبة للعاقدين إذا ادعى المتصرف أن البيع الصادر منه إلى المشتري ليس إلا هبة مستترة، وأنه يريد الرجوع في الهبة، فإن إثبات الهبة وهي العقد الحقيقي يكون بالكتابة، إذا زادت قيمة المال الموهوب على مبلغ معين أو كان العقد الساتر ثابتاً بالكتابة، وذلك ما لم يوجد مانع من موانع الحصول على دليل كتابي، ويكون وسيلة ذلك هي ورقة الضد الذي يحصل عليها أحد المتعاقدين وقت تحرير العقد.

أما بالنسبة للغير، كالدائن إذا طعن في الهبة المستترة بالدعوى الصورية، فيجوز له أن يثبت بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة والقرائن، أن العقد الظاهر يخفي في الحقيقة هبة<sup>2</sup>. كما أن قيام المريض مرض الموت بالبيع لو ارث أو لأجنبي قد يرتب آثاراً مختلفة.

1: سوسن مرابط، عقد الهبة في القانون التونسي، محاضرة ختم التمرين، الهيئة الوطنية للمحامين، الفرع الجهوي، تونس، 2010-2011، ص.32.

2: محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، المجلد 06، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 1991، ص.84.

## المبحث الثاني: آثار البيع في مرض الموت

تعددت أحكام البيع في مرض الموت التي نصت عليها التشريعات العربية، فبينت من خلال النصوص القانونية فيها حكم البيع المريض مرض الموت للوارث وغير الوارث، ولكن لكل عقد آثار تترتب عليه بعد انعقاده وتوافر شروطه، وبما أن البيع من العقود المعاوضة، وأنه عقد ملزم لجانبيين، فإن آثاره تتوزع بين العاقدين والدائنين والغير حسن النية.

## المطلب الأول: آثار البيع بالنسبة للورثة والدائنين

من المعلوم أن مرض الموت هو حالة العجز التي يغلب الهلاك ويموت الإنسان على تلك الحالة، وباعتبار أن المريض مرض الموت قد يتصرف بالبيع لإضرار الدائنين والورثة، قرر الفقهاء أن حق الغرباء في استيفاء ديونهم، وحق الورثة في خلافة المريض فيما يملك يتعلقان بأمواله من وقت مرضه، فيكون حينئذ قد تعلق بمال المريض مرض الموت حق الدائنين والورثة<sup>1</sup>

## الفرع الأول: آثار البيع بالنسبة للورثة

إن المشرع الجزائري لم ينص على تعريف التركة في النصوص التي نظمت التركة في الفصل العاشر من قانون الأسرة، فالتركة لغة مأخوذة من الفعل الثلاثي ترك، وهو ما يتركه الإنسان ويتخلى عنه، فمن ترك شيئاً فقد خلاه وتخلى عنه. يقال: ترك فلان مالا وأولادا، إذا خلاهما<sup>2</sup>.

أما اصطلاحاً فتعرف على أنها حق قابل للتجزئة، يثبت لمستحقه لحظة موت مالكة لقراءة أو ولاء<sup>3</sup>، أي هي ما يتركه الميت من أموال وحقوق مالية بعد تجهيزه وسداد ديونه العينية والشخصية<sup>4</sup>.

ولم ينص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على ما يعتبر من التركة، وما لا يعتبر منها، لأن الأصل في هذا قانون (كتاب الموارث) تحديداً هو بيان أصناف الورثة وتحديد أنصبتهم إلى جانب بيان الحقوق المتعلقة بالتركة وكيفية تنفيذها، إما أن الشيء يعتبر مالا أو يدخل في التركة أم لا، فهو أمر خارج عن نطاق الأسرة بل يدخل في نطاق القانون المدني باعتباره المرجع

1: الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.320 وما بعدها.

2: ابن فارس بن زكريا، معجم مقياس اللغة، دار الفكر، بيروت، د.س.ن، ص.102، 103.

3: صالح جحيك الورثاني، الميراث في القانون الأسرة، ط02، د.د.ن، د.س.ن، ص.13.

4: عطاء الله فشار، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، ط01، دار الخلدونية، الجزائر، 2006، ص.45.

الأصلي في كل ما يدخل في دائرة المعاملات المالية، وبالرجوع إلى المبادئ العامة في القانون المدني الجزائري وخصوصا نص المادة 682 التي تحدد مفهوم المال وما يكون في حكمه، نستشف أن المشرع الجزائري تبني مذهب جمهور الفقهاء ( المالكية والشافعية والحنابلة) القائلين بانتقال الحقوق المالية والمنافع إلى الورثة<sup>1</sup>.

وتتعلق بالتركة حقوق أخرى غير الميراث، وهذه الحقوق مرتبة، فيجب إخراجها على الترتيب بحيث إذا استغرق أحدهما التركة كلها، فلا شيء لأصحاب الحق التالي، فحق المتوفى هو الإنفاق على تجهيزه ودفنه، أما حق الدائنين فهو ثابت لهم في حياته، فلما مات قبل أن يفي بحقوقهم وجب ذلك في تركته، والملاحظ، أن المشرع الجزائري لم يفصل في مصاريف التجهيز والدفن، ولا في الديون الثابتة في ذمة المتوفى، بل أشار إليها مجرد إشارة فقط، ولعله بذلك يحاول تجنب الصيغة الفقهية، والحفاظ على شكلية النصوص القانونية، إلا أن عدم التفصيل في تنظيم هذه الحقوق يعتبر قصورا في التشريع ونقصا في المنظومة القانونية؛ لولا نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي جبرت القصور وسدت الفراغ بإحالتها إلى مصدر غني جدا يستحيل عند الرجوع إليه عدم إيجاد الحل القانوني لمختلف المسائل.

فقد نص المشرع الجزائري في المادة 180 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " يؤخذ من

التركة حسب الترتيب الآتي:

1- مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع.

2- الديون الثابتة في ذمة المتوفى.

3- الوصية.

فإذا لم يوجد ذوو الفروض أو العصبه آلت التركة إلى ذوي الأرحام، فإذا لم يوجدوا

آلت إلى الخزينة العامة".

1: علام ساجي، الميراث بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، ط01، المركز الديمقراطي العربي للدراسات

الإستراتيجية واسباسية والإقتصادية، ألمانيا، برلين، 2021، ص.121.

يعتبر التجهيز<sup>1</sup> و الدفن<sup>2</sup> حقا للمتوفى بوفاته، وهو يتعلق بتركته؛ ولا بد من تسويته قبل إعطاء الورثة من تركة مورثهم. ويشتمل التجهيز على غسل المتوفى وتكفينه، وبعدها حمله إلى القبر ودفنه.

فغسل الميت واجب، وهو من حق المسلم على المسلم، قال عليه الصلاة والسلام للمسلم على المسلم ستة حقوق، وفي جملته أن يغسله بعد موته، ولكن إذا قام به بعض المسلمين سقط عن الباقيين لحصول المقصود<sup>3</sup>، وإذا مات المسلم صغيراً أو كبيراً وجب تغسيله سواء كان جسده كاملاً أو كان بعضه فقط، ويستثنى من الغسل الشهيد في سبيل الله تعالى فيدفن بدمائه، وفي حالة عدم وجود الماء لغسل الميت أو مات رجل بين نساء أو امرأة بين الرجال، يتم وكفن وصلي عليه ودفن، ويقوم التيمم مقام الغسل<sup>4</sup>.

كما أنه لا يمكن أن نبدأ في تنفيذ الوصايا وتقسيم التركة بين الورثة دون تخليص التركة وتصفيتها من الديون، فإذا اتسعت التركة لقضاء جميع الديون، توفي كل الديون حتى تبرأ ذمة المتوفى، ولكن في بعض الحالات تضيق التركة ولا تتسع لقضاء جميع الديون، مما يؤدي إلى وقوع تزاخم بين الديون الأمر الذي يستدعي إخضاع الديون للمفاضلة والترتيب.

ويرى المتأخرون من فقهاء الشريعة الإسلامية: أن تعلق حق الورثة بأموال مورثهم المريض هو مجرد حق في خلافته أو حق إرث، وليس حق ملكية عليه<sup>5</sup>، ودليلهم في ذلك أن حق

1: التجهيز لغة: جهز: جهّز العروس والميت، وجهازهما ما يحتاجان إليه، وكذلك جهاز المسافر، يفتح ويكسر؛ وقد جهزه فتجهز وجهزت العروس تجهيزاً، وكذلك جهزت الجيش؛ جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، مج5، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، لبنان، 2003، ص.380. أما اصطلاحاً هو ما يلزم الميت من وقت وفاته إلى أن يوارى في قبره؛ من نفقات شراء الكفن والحنوط والقطن، وأجرة الحفر والغسل والحمل وشراء الأرض...؛ محمد محمّدة، التركات والمواريث: دراسة مدعمة بقرارات والأحكام القضائية، الدار الجزائرية للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص.33.

2: الدفن لغة: من فعل دفن، الدفن: الستر والموارة، دفنه يدفنه دفناً وإدفعه فإندفن وتدفن، فهو مدفون ودفين... ودفن الميت واره؛ (جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم ابن منظور، مج13، المرجع السابق، ص.188). أما شرعاً: هو موارة الميت في القبر تكريماً له ميتاً بعدما كرمه الله عز وجل حياً؛ (أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 06، مكتبة الصفا للنشر والتوزيع، مصر، 2005، ص.109).

3: شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج02، دار المعرفة للنشر والتوزيع، لبنان، 1989، ص.58.

4: أبو بكر جابر الجزائري، منهاج مسلم، ط04، مكتبة العلوم والحكم للنشر والتوزيع، مصر، 2007، ص.226.

5: حبيب إدريس عيسى المزوري، المرجع السابق، ص.89.



الوارث لو كان حق ملكية لجاز للوارث نقض تبرع المريض في أثناء حياته، ولكن لا يجوز بالإجماع، فدل هذا على أنه ليس حق ملكية بل مجرد خلافة<sup>1</sup>.

وقد يلجأ المريض مرض الموت إلى إثارة بعض الورثة على آخرين، وقد يستعمل تحايلا على القانون، أو يعطي لتصرفه الضار بحق الورثة أسماء ينجز بها عمله القانوني، وهذا يكون مخالفا للقانون، حسب المادة 92 من ق.م الذي نصت على أن: "غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه إلى في الأحوال المنصوصة عليها قانون".

وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية: "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الاتفاق الذي ينطوي على التصرفات في حق الإرث قبل انفتاحه لصاحبه أو استحقاقه إياه يؤدي إلى المساس بحق الإرث في كون الإنسان وارثا أو غير وارث، وكونه يستقل بالإرث أو يشاركه فيه غيره هو اتفاق مخالف للنظام العام، إذ يعد تحايلا على قواعد الإرث ويقع باطلا بطلانا مطلقا لا تلحقه الإجازة ويباح إثباته بكافة الطرق ولو كان الوارث طرفا في الاتفاق"<sup>2</sup>، كما أن القانون الفرنسي كرس هذا المبدأ حيث يمنع التعامل في التركات المستقبلية<sup>3</sup> ولكن إذا أثبت الورثة أن البيع قد صدر في مرض الموت فيعد البيع الصادر على سبيل التبرع، أي يعد هبة فلا عبرة بالثمن الموجود في العقد، ويقع على عاتق المشتري بأن يثبت بأنه دفع ثمنا، وأن يثبت مقدار ما دفعه<sup>4</sup>.

وبالرجوع إلى المادة 408 من القانون المدني الجزائري نجد أنها نصت على أن البيع لغير وارث في مرض الموت غير مصادق عليه، ومن أجل ذلك يكون قابل للإبطال<sup>5</sup>، وما يلاحظ

1: كمال صمامة، تصرفات المريض مرض الموت في الوصية بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمزة لخصر، الوادي، الجزائر، مج10، ع01، أبريل 2019، ص. 412.

2: عبد الحميد الشواربي، أحكام التركات في ضوء القضاء والفقهاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، القاهرة، 1990، ص.175.

3: Michel de Juglart et Alain Piedelieure, Cour de droit, Tome2-6éme, Edition, Montchrestien, 1993,P.328.

4: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص.286.

5: البطلان هو الجزاء المترتب على تخلف أحد أركان العقد أو شروطه من تراضي ومحل وسبب وشكل في العقود الشكلية. ولما كانت الأركان والشروط ليست كلها على درجة واحدة من الأهمية إذ منها ما تغلب عليها المصلحة العامة ( كوجود الرضا والمحل والسبب والشكل) ومنها ما تغلب عليها المصلحة الخاصة (كعيوب الرضا) لهذا السبب جاء البطلان مراعيًا هذا الوضع. وعلى هذا كان البطلان المطلق في أغلب أحيانه يعبر عن حماية المصلحة العامة، والبطلان النسبي يعبر عن المصلحة الخاصة، وإذا كان البطلان بنوعيه قد أشار إليه القانون المدني فإن قانون الأسرة بدوره استحدث جزاء آخر أطلق عليه وقف

على هذا النص أنه يتميز باللبس والغموض، باعتبار أن عبارة "غير مصادق عليه" ليست معروفة في القانون المدني وهي تتعارض مع العبارة الواردة في النص الفرنسي لهذه الفقرة، التي تقول "sans consentement" أي بدون رضا صحيح، فطبقاً للنص العربي يكون أساس قابلية الإبطال هو أن البيع غير مصادق عليه<sup>1</sup>، ومن المعلوم أن الفقهاء الشريعة الإسلامية اتفقوا على أن تصرفات المريض غير مشوبة بعيب في رضاه، وإنما العلة هي المساس بحقوق الورثة التي تعلق بتلثي التركة، ولكن إذا رجعنا إل نص المادة 408 من القانون المدني باللغة الفرنسية نجد أنه يعتبر أن الأساس هو عيب شاب الرضا، بالرغم من أن الثابت قانوناً أن الإبطال يكون إما لقصر أو لغلط، أو إكراه، أو تدليس أو استغلال، وهو ما لا يتوفر عند المريض مرض الموت.

وتنص الفقرة الثانية من المادة 408 من القانون المدني أن التصرف لغير الوارث قابل للإبطال، فإذا اعتبرنا أن التصرف قابل للإبطال، فلمن يكون حق طلب الإبطال؟

بالرجوع إلى الأحكام العامة للقانون المدني فإن طلب الإبطال يكون لصالح من شاب رضاه عيب من عيوب الرضا، فإذا سلمنا بأن رضا المريض مرض الموت مشوب بعيب من العيوب حسب الفقرة الثانية فيكون له وحده الحق في طلب الإبطال، وبما أن الورثة يعتبرون من الغير بالنسبة لتصرفات مورثهم المريض مرض الموت ولا تنفذ في حقهم، فهم لا يعتبرون خلفاً عاماً بالنسبة لتصرفاته في مرض الموت<sup>2</sup>. حتى لو فرضنا أن رضا المريض كان غير صحيح، فإن رضاه يشوبه نفس العيب عند البيع لأحد الورثة، فلماذا فرق القانون بين التصرفين؟

يمكن القول أن المريض مرض الموت يتصرف بالبيع برضاه التام لا عيب فيه، وإنما يرجع عدم نفاذ التصرف فيما زاد على الثلث فقط دون إقرار الورثة على تعلق حقوقهم بتلثي التركة، وتصرف المريض مرض الموت فيما زاد على الثلث يكون ضاراً بحقوقهم في الإرث، وحماية لحقوقهم منحهم القانون الحق في إقرار التصرف أو عدم إقراره<sup>3</sup>، وأن النفاذ لا يكون بحكم

التصرف؛ (الطار عبد الناصر توفيق، مصادر الالتزام، مؤسسة البستاني للطباعة، القاهرة، 1990، ص.167). ويكون العقد القابل للإبطال، أي باطلاً بطلاناً نسبياً إذا كان رضاه المتعاقد مشوباً بعيب من عيوب الرضا كالغلط والتدليس، والإكراه، والاستغلال، أو كان ناقص الأهلية، وعلى عكس البطلان المطلق فإن البطلان النسبي تلحقه الإجازة ويسقط بالتقادم؛ (علي الفيلاي، المرجع السابق، ص.333).

1: علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.128.

2: العربي زنتو، المرجع السابق، ص.97.

3: علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.222.

قضائي إلا إذا حدث نزاع حول مقدار الثلث على عكس البطلان الذي لا يكون إلا بحكم قضائي<sup>1</sup>.

ويقع تطبيق المادة 408 الفقرة 02 متناقضا ومحتوى المادتين 185، 189 من قانون الأسرة بين القابلية للإبطال ونفاذ أو عدم نفاذ الوصية بالمقدار المحدد بها إلى الحد يجعل التناقض بين قانون المدني وقانون الأسرة واضحا.

ولأجل ذلك تم اقتراح تعديل صياغة المادة 408 الفقرة 02 المنتقدة على النحو التالي: "أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف، فإنه ينفذ في حدود الثلث، وما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة"، وبهذا يستقيم ويتفق حكم القانون المدني مع قانون الأسرة على أن تكون الترجمة الفرنسية متفقة مع النص العربي<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: آثار البيع بالنسبة للدائنين

لا بد من الإشارة على أن الفقه الإسلامي حدد بالترتيب الحقوق المتعلقة بمال المريض مرض الموت، ويعتبر حق الدائنين في المرتبة الثانية بعد حق المريض نفسه، أي أن حق الدائنين يتعلق بالجزء الذي يكون بعد قضاء حاجيات المورث في الحياة، وما يلزمه من حاجات شخصية وما يتطلبه من طعام وفراش وغير ذلك، لأن حقه في قضاء مصالحه من ماله قبل كل حق سواء، وليس لأحد عليه من سبيل فيه<sup>3</sup>.

فإذا كان الفقه أعطى الأولوية لحاجات المريض مرض الموت في ماله، فإننا نتساءل عن آثار بيع المريض مرض الموت بالنسبة للدائنين؟

إن القاعدة الشرعية تقول "لا تركة إلا بعد سداد الديون" وعليه كل تصرف إذا وقع في مرض الموت يعتبر تبرعا ويأخذ حكم الوصية، ومن الحقوق المتعلقة بتركة المريض بعد وفاته حق

1: يتقرر البطلان عن طريق الدعوى الرئيسية التي يرفعها المدعي أمام المحكمة، فله أن يطعن في صحة العقد بواسطة دعوى قضائية تهدف إلى تقرير البطلان أو الإبطال، وبمقتضى المادة 03 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "يجوز لكل شخص يدعي حقا، رفع دعوى أمام القضاء للحصول على ذلك الحق وحمايته..."، وبموجب المادة 14 من نفس القانون "ترفع الدعوى إلى المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة، ومؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله، أو محاميه..."؛ (علي الفيلاي، المرجع السابق، ص.338).

2: محمود عبد العزيز، المرجع السابق، ص.98.

3: محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.325.

الدائنين<sup>1</sup> في الحصول على ديونهم أي لا تتعلق بذات التركة وإنما بماليتها أي مقدار ما فيها من مالية، ولأنهم أصحاب الحق الأول في التركة، ولأن قضاء الديون مقدم على حقوق الورثة، ولعل الخطورة تكون متحققة عند إصابة المدين المعسر بمرض الموت؛ وذلك لأن الشخص الذي يصاب بهذا المرض بسبب دنو أجله تضطرب حالته النفسية وغالبا ما يضعف لديه عامل الحرص على أمواله فيقدم على تصرفات من شأنها أن تؤثر سلبا على مركزه القانوني، ومن ثم تعريض حقوق الدائنين للخطر<sup>2</sup>.

سواء كان البيع لوارث أو لأجنبي هذا إذا كانت فيه محاباة، فإن أجازوه بعد الموت نفذ، وإلا يلزم المشتري بأداء الفرق عن بدل المثل وإن لم يجزوه، فحتى يتوقى الإبطال من طرف الدائنين عليه أن يكمل النقص عن قيمة المثل.

أما إذا لم تكن في البيع محاباة، كأن باعه بثمن المثل أو باعه بأكثر كان البيع نافذا، فإنه لا يجوز للدائنين أن يعترضوا على البيع لأن حقهم يتعلق بمالية التركة وليس بأعيانها<sup>3</sup>. وكذلك

1: الدائن العادي هو الذي ليس له حق أو تأمين خاص على مدينه. فله ضمان عام على الذمة المالية للمدين ويتأثر حقه سلبا أو إيجابا بمجمل التغييرات التي قد تلحق بالذمة المالية، وذهب جانب من الفقه إلى اعتبار الدائن العادي بمثابة الخلف العام بحكم الضمان العام الذي يعرف مركز الدائن العادي وربما يجد هذا الاتجاه ما يدعمه بحكم تأثر الدائن العادي بجملة المتغيرات التي تلحق الذمة المالية للمدين؛ (علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015، ص.339)؛ أما الضمان العام فيعرف بأنه التأمين العام التي بواسطته يستطيع الدائن الحصول على حقوقه لدى مدينه، وهو أن أموال المدين جميعا ضامنة للوفاء بديونه، وأن جميع الدائنين متساوون في هذا الضمان، إلا من كان له حق في التقدم طبقا للقانون، حسب نص المادة 188 ق.م.ج أموال المدين جميعا ضامنة لوفاء بديونه. وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون فإن جميع الدائنين متساوون في هذا الضمان. والضمان العام بهذا الشكل مصدره العلاقة القانونية التي تربط بين الدائن ومدينه، ويتجسد حق الضمان العام في الواقع بلجوء الدائن للتنفيذ الجبري على أموال مدينه، وهي حماية عامة موجهة لصالح جميع الدائنين العاديين وغير العاديين بدون استثناء مهما كانت طبيعة حقوقهم الموجودة في ذمة مدينهم، سواء كانت هذه الحقوق متعلقة برهن أو بدونه، أو عليها امتياز أو ليس عليها حقوق امتياز حسب المادة 188 ق.م.ج والتي نصت على أن: "أموال المدين جميعا ضامنة لوفاء ديونهم، وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون، فإن جميع الدائنين متساوون تجاه هذا الضمان"؛ (أوباجي محمد، ضمان العام ووسائل حمايته، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الرابع عشر، جامعة البلديّة 02، الجزائر، 2020، ص.223).

2: علي هادي العبيدي، تقييم حكم التصرف فيما يتعلق به حق الغير في القانونين الأردني والإماراتي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ع30، سبتمبر 2006، ص.137.

3: مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، دار النهضة العربية، بيروت، 1985، ص.515.

البيع بالغبن فمقدار الغبن يعتبر تبرعا تطبق عليه أحكام الوصية، فإذا كانت التركة مستغرقة بالديون فلا ينفذ التصرف إلا إذا أجازته الدائنون.

وإذا تعدد الدائنون ولم تكن هناك أية حقوق ممتازة في تركة المريض فإنهم يستوفون حقوقهم بالتساوي، وإذا كانت التركة مستغرقة للديون فلا يجوز تسديد حقوق بعض الدائنين دون البعض الآخر، لأن في ذلك إسقاط لحق الباقيين عليه<sup>1</sup>.

أما إذا كانت التركة غير مستغرقة للديون وكان البيع لوارث، فإنه يكون موقوفا على إجازة بقية الورثة بعد إخراج مقدار الديون من التركة، وإذا كان البيع لأجنبي فإن مقدار الدين يخرج من التركة<sup>2</sup>.

وبالتالي إذا كان حق الدائنين مقدما على حق الورثة، فلا شأن للورثة بالتركة مادامت مستغرقة بالدين بيد أنهم إذا أرادوا استخلاصها بقيمتها، وكانت مساوية للدين أجبر الدائنون على أخذ القيمة وتسليم التركة، وإذا كانت قيمة التركة أقل من الدين لم يكن للورثة استخلاصها بقيمتها إلا برضا الدائنين، لأن لهم الحق في استيفاء ديونهم كاملة، وعساهم يبقون العين في أيديهم حتى يستطيعون بيعها في الوقت تعلق فيه قيمتها، ويكون فيها وفاء بدينهم<sup>3</sup>.

وقد نصت المادة 546 من القانون المدني الأردني على أنه: "لا ينفذ بيع المريض لأجنبي بأقل من قيمة مثله ولو بغبن يسير في حق الدائنين إذا كانت التركة مستغرقة بالديون، وللمشتري دفع الثمن والإجازة للدائنين فسخ البيع"<sup>4</sup>، ويلاحظ أن المشرع الأردني تأثر في بيع المريض بدين مستغرق تركته، وأوقف نفاذ البيع في مثل هذه الحالة على الدائنين، ويقابلها نص المادة 509 من القانون المدني الفلسطيني وهي بذات الصياغة، وبالرجوع إلى التشريع الجزائري فإننا لا نجد مثل هذا النص في القانون المدني الجزائري.

1: حبيب إدريس عيسى المزوري، المرجع السابق، ص.89.

2: صلاح الدين محمد شوشاري، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني الأردني، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2001، ص.112.

3: إدزلي عبد العزيز، مرض الموت بين ضعف الإدراك وحماية الدائنين والورثة، ص.63؛ مأخوذة عن <https://www.facebook.com/Droit00/posts/176267667272173> بتاريخ 08 سبتمبر 2020.

4: المادة 546 من القانون المدني الأردني.

فقد يبيع المريض مرض الموت أحيانا مالا من أمواله لأجنبي بأقل من ثمن المثل، وقد يكون بغبن يسير وقد يكون بغبن فاحش، وعندما يموت تكون تركته مستغرقة بالديون، أي أن مجموع دينه يساوي تركته أو ما يزيد عنها ففي هذه الحالة يقع على الدائنين إثبات أن المبيع تم بيعه بثمان أقل من ثمن المثل أو بغبن يسير بكافة طرق الإثبات، فإذا أثبتوا ذلك فلهم مطالبة المشتري بتكملة الثمن، وجاز للدائنين أن يطلبوا من المحكمة فسخ البيع، ويقسم بينهم قسمة الغرماء، ذلك أن سداد الدين مقدم على الوصية ولا حكم لإجازة الورثة عند استغراق التركة بالدين، لأن هذه الديون تجعل عدم وجود حق للورثة في تركة المتوفى، ولا يجوز لهم بيعها ولا هبتها<sup>1</sup>، ولكن في حال ما إذا كان البيع بثمان المثل ولا يوجد به أي غبن ولو كان يسيرا فعندئذ يكون البيع نافذا في حق الدائنين ولو كانت التركة مستغرقة بالديون، ولا يجوز للدائنين الاعتراض على هذا البيع، لأن مصلحة الدائنين لم تتأثر في هذه الحالة، لأن الدائن عند بيعه كان قد استلم بدلا يعادل قيمة المبيع وهنا على الأجنبي أن يثبت أن البيع قد تم بثمان المثل.

بينما ساوت مجلة الأحكام العدلية في البيع المريض المستغرقة تركته بالديون بين المشتري الوارث وغير الوارث، فجاء في المادة 395 منها أنه: "إذا باع شخص في مرض موته ماله بأقل من ثمن المثل ثم مات مديونا وتركته مستغرقة كان لأصحاب الديون أن يكلفوا المشتري بإبلاغ قيمة ما اشتراه إلى ثمن المثل، وإكماله وأدائه للتركة، فإن لم يفعل، فسحوا البيع"، وهو ما يتفق مع المادة 147 من القانون المدني الأردني والتي نصت على أنه: "إذا أصاب الغبن ولو كان يسيرا مالا محجورا عليه للدين أو المريض مرض الموت وكان دينهما مستغرقا لمالهما كان العقد موقوفا على رفع الغبن أو إجازته من الدائنين وإلا بطل"، وما يلاحظ أن هذا النص معيب إذ أن الجزاء المترتب على عقد البيع لا يكون البطلان وإنما حق الفسخ، باعتبار أن العقد موقوف على إجازة الدائنين.

ويرجع السبب في ما تقدم إلى أن مصلحة الدائنين تتأثر في الغبن ولو كان يسيرا؛ لأن أثر الغبن اليسير في المال الكثير يكون كبيرا، إذ أنه يقلل من الضمان العام للدائنين، فلا يكون البيع نافذا في حقهم إلا إذا أجازوه، فإن أجازوه نفذ، وإن رفضوه بطل، وفي هذه الحالة يخير

1: الحلالشة، عبد الرحمان جمعة، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، عقد البيع، دراسة متقابلة مع الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية، ط01، دار وائل للنشر، الأردن، 2005، ص.575.

المشتري بين إكمال الثمن ليصير معادلاً لثمن المثل، أو يفسخ العقد بطلب من الدائنين، وحينئذ يعاد المبيع إلى التركة، ويقوم وصي التركة ببيعه لمن يرغب بالشراء بثمن المثل أو بأكثر منه، وعندها يكون الضمان العام للدائنين قد زاد بمقدار زيادة الثمن على المبلغ الذي كان قد تم بيعه به<sup>1</sup>.

وفي حالة ما إذا كان المريض مدينا بدين لا يستغرق تركته، ثم باع شيئاً منها لوارث أو غير وارث فينظر إن كان خروج الشيء المبيع لا يضر بحقوق الدائنين، فإن البيع يكون نافذاً في حقهم، ولا يحق للدائنين الاعتراض على بيعه مادام أن حقهم يتعلق بقيمة التركة<sup>2</sup>، ولا يمكن للمريض المدين أن يؤدي دين بعض الدائنين من دون البعض الآخر، فإذا أدى دين أحد الدائنين فإن من حق بقية الدائنين المشاركة مع الدائن القابض فيما قبض، ويقتسم الدين المقبوض كل حسب دينه. فضلاً عن ذلك فإن الحكمة من منع المريض بقضاء حقوق بعض الدائنين تكمن في أن فيه إبطال لحق بقية الدائنين ويعد إسقاطاً لهم، وتزول إذا حصل بقية الدائنين على حقوقهم أيضاً، لأن حقهم يتعلق بمالية التركة<sup>3</sup>، وهذا ما نص عليه المشرع العراقي في المادة 378 تأكيده أنه: "لا يصح للمدين أن يوفي دين أحد غرمائه في مرض موته، إذا أدى هذا الوفاء إلى إضرار بقية الدائنين"، وبالرجوع إلى التشريع الجزائري لا نجد مثل هذا الحكم سواء في القانون المدني أو قانون الأسرة.

ويسقط حق الدائنين والورثة في فسخ بيع المريض إذا زالت العلة التي تجيز لهم ذلك، فإذا قام المشتري بدفع ثمن المثل فلا يجوز للدائنين فسخ بيع المريض لأجنبي بأقل من قيمة المبيع، أما بالنسبة للورثة فلا يجوز لهم فسخ بيع المريض لأجنبي بثمن يقل عن قيمة المبيع، بحيث تجاوز الفرق بينهما ثلث التركة إذا قام المشتري بزيادة الثمن لتقليص الفارق ليصبح معادلاً لثلث التركة<sup>4</sup>.

1: محمد يوسف الزغيبي، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني الأردني، ط01، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2004، ص.516.

2: عبد الرحمان محمود الصابوني، الوصية للوارث في الشريعة الإسلامية والقانون، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ع04، 1990، ص.283.

3: سليم رستم باز اللبناني، شرح المحلة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.س.ن، ص.898.

4: سمير توفيق صابر الجليس، مرض الموت وأثره على عقد البيع دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني والقانون المدني المطبق على قطاع غزة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، 2017، ص.70.

ولم ينظم المشرع الجزائري في القانون المدني مدة قصيرة للتقادم في بيع المريض مرض الموت، فلا بد من الرجوع إلى مدة التقادم الطويلة عند عدم وجود نص على مدة أقصر، وتنص المادة 308 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يتقادم الإلتزام بانقضاء خمسة عشرة (15) سنة، فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون...". يتضح من نص المادة أن المشرع الجزائري قد أخذ بالتقادم المسقط<sup>1</sup>، وعدّ مرور الزمن سببا من أسباب انقضاء الإلتزام، وتنص المادة 320 من القانون المدني الجزائري، على أنه: "يترتب على التقادم انقضاء الإلتزام، ولكن يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي..". فإذا مرت مدة خمسة عشرة سنة من تاريخ استحقاق الإلتزام يؤدي ذلك إلى انقضاء الإلتزام، وتوجد عدة اعتبارات دعت المشرع إلى تقدير التقادم المسقط، منها استقرار المعاملات وحث أصحاب الحقوق على المطالبة بها خلال مدة معقولة<sup>2</sup>، ويضاف إلى هذه الاعتبارات المصلحة الجماعية لتصفية المراكز القديمة لمنع إثارة المنازعات في شأن العقود أو وقائع قدم عليها العهد، بحيث يغلب فيها فقد السندات الخاصة بها أو استحالة تذكرها من قبل الشهود، مما يتعذر معه على القضاء تبين وجه الحق بها<sup>3</sup>.

ولكن قد يتصرف المشتري في الشيء المبيع إلى الغير الذي تلقى بحسن نية حقا عينيا على المبيع، وكان تلقيه هذا الحق قد تم بعوض من قبل المشتري من المريض مرض الموت، وهذا قد يرتب آثارا مختلفة فيوجب حماية هذا الغير بحسن النية.

### المطلب الثاني: آثار البيع بالنسبة للغير بحسن النية

قد يقوم المشتري من المريض مرض الموت ببيع العين المبيعة إلى آخر، أو بترتيب حق عيني آخر عليها بمقابل لصالح الغير، كالرهن أو الانتفاع أو الارتفاق، لذلك جاء المشرع بالمادة 409 من القانون المدني الجزائري والتي نصت على أنه: "لا تسري أحكام المادة 408 على الغير الحسن

1: التقادم المسقط هو انقضاء الحق إذا مرت عليه مدة معينة دون أن يطالب به الدائن أو دون أن يستعمله صاحبه وهو بهذا المعنى يشمل الحقوق الشخصية والحقوق العينية عدا حق الملكية فهو بصدد الحقوق الشخصية فيني إنقضاء الإلتزام إذا أهمل الدائن المطالبة به مدة معينة متى تمسك بذلك المدين؛ (جلال محمد إبراهيم، النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام، مطبعة الإسرائ، الأردن، 2000، ص.633).

2: سارة خضر أرشيدات، المرجع السابق، ص.57.

3: أنوار سلطان، أحكام الإلتزام الموجز في النظرية العامة للإلتزام، دراسة مقارنة في القوانين المصري والإسلامي، دار النهضة العربية، 1980، ص.454.



النية إذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع" وهذا بقصد حماية هذا الغير من الضرر الذي يصيبه من ذلك.

### الفرع الأول: شروط حماية الغير حسن النية

إن تحلي المتعاقد بحسن النية في تنفيذ التزاماته أثناء العقد أمر بالغ الأهمية، باعتبار أن حسن النية يلعب الدور المحرك في العلاقات العقدية<sup>1</sup>، بحيث أن هذا المبدأ يكتسب قوته الملزمة بتوافق إرادتي طرفي العقد ويصبح قانونا خاصا بهما، أي يجب تنفيذه بحسن النية، وتعتبر فكرة حسن النية من قواعد الأخلاق، فإنها فعلا وإن كانت قاعدة أخلاقية فإنها تطورت وارتقت عبر مراحل الزمن لمرتبة القواعد القانونية، وأصبحت جزء لا يتجزأ من النظام القانوني، لكنه وفي هذا الصدد ورغم الاعتراف بالطابع القانوني لحسن النية دالا أنه واقع اختلاف في شكله القانوني بين اعتبار مبدأ حسن النية مبدأ قانونيا على غرار المبادئ القانونية الأخرى، وبين اعتبار التزاما قانونيا أو قاعدة قانونية واردة ضمن النظام القانوني<sup>2</sup>.

ويعرف حسن النية بأنه الشخص الذي اكتسب حقا بمقتضى سند وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير<sup>3</sup>، وهناك من يرى أن حسن النية في التصرفات القانونية هو الجهل المبرر بواقعة معينة يرتب عليها الشارع أثرا قانونيا، وبالتالي يكون سوء النية هو العلم بواقعة معينة يرتب المشرع على العلم بها أثرا قانونيا<sup>4</sup>، وحسب هذا الرأي فإن حسن النية يعتبر حالة سلبية في الشخص ولا يعتبر موقفا إراديا عمديا، إذ أنه ليس قصدا وإنما هي حالة فكرية تتصل بعنصر العلم<sup>5</sup>.

1: عبد الحليم عبد اللطيف القوي، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الإسكندرية، 2004، ص.453.

2: جنان عيسى، حسن النية في التعاقد- دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016-2017، ص.33.

3: سارة خضر ارشيدات، البيع المرجع السابق، ص.75.

4: شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في ابرام العقود، دراسة في ضوء القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية، ط01، دار الدجلة، عمان، الأردن، 2008، ص.127.

5: سلامة عبد الفتاح حلبية، أحكام الوضع الظاهر في العقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص.176.

ولتمسك هذا الغير<sup>1</sup> بالحماية القانونية المقررة له لا بد من توافر بعض الشروط الأساسية:

### أولاً: يجب أن يكون الغير قد كسب حقه بعوض

لكي يستفيد الغير من الحماية المقررة له لا بد أن يكون قد اكتسب ملكية المبيع أو الحق العيني بعوض، كما لو كان حق ملكية أو انتفاعاً أو ارتفاقاً أو رهناً تأمينياً أو حيازياً كما يجب أن يكون اكتساب الغير للحق العيني لقاء عوض وبصورة فعلية، فإذا كان المبيع عقاراً وجب أن يتم تسجيل العقار باسمه في دائرة التسجيل العقاري<sup>2</sup>، وقد نصت المادة 409 من القانون المدني الجزائري على أنه: " لا تسري أحكام المادة 408 على الغير حسن النية... قد كسب بعوض... وإلا كان الورثة أولى بالحماية إذا انتقل الحق إليه تبرعاً، بحيث يجوز للورثة أن يتبعوا العين في يد المتبرع له، وأن يستوفوا منها حقهم غير مثقل بالحق الذي كسبه الغير عليها، وذلك ما لم تكن العين منقولة وحازه المتبرع له بحسن النية، إذ يصبح مالكا بمقتضى الحيازة في هذه الحالة<sup>3</sup>، فإذا كان المبيع عقاراً وجب أن يوثق ويشهر ويلحق بهذا التصرفات جميع التصرفات الواردة على العقار طبقاً لما هو مكرس في القانون المدني والإجراءات التي تدير الشهر العقاري<sup>4</sup>،

1 : يقصد بالغير هنا: الشخص الذي كسب حقا عينيا على العين التي باعها المريض مرض الموت إلى المشتري؛ (حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، المرجع السابق، ص. 199).

2: محمد علي عمران، شرح أحكام عقد البيع في القانون المدني الليبي، دراسة مقارنة، المكتبة الوطنية، بنغازي، ص. 39.

3 : زروق عبد الرؤوف، حماية الورثة من الوصايا المستترة، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2005-2006، ص. 38.

4: الشهر العقاري هو عمل فني يهدف إلى تسجيل مختلف التصرفات الواردة على العقارات بإدارة الشهر العقاري لإعلام الكافة بما وإظهاراً لوجودها ليكون الجميع على بينة من أمرها، وهو إجراء يتطلبه القانون بغية إعلام الغير بحصول هذا التصرف حتى يكون حجة عليهم فضلاً عن أنه يرتب الأثر العيني وهو نقل الملكية في العقارات والحقوق الأخرى سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير، والشهر ليس ركناً في التصرف لأن التصرف يعتبر قائماً وصحيحاً منتجاً لآثاره بين المتعاقدين ما عدا الأثر العيني ولو لم يحصل شهره؛ (زهودور إنجي هند، حماية التصرفات القانونية وإثباتها في ظل نظام الشهر العقاري، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2- محمد بن أحمد، 2015-2016، ص. 28). وتجدر الإشارة على أنه إجراء دقيق ومنظم غاية تحقيق الاستقرار في المعاملات العقارية، إذ تشهر الحقوق العينية الأصلية كحق الملكية وما يتفرغ عنها من حقوق بالتسجيل وهو المصطلح الأكثر تداولاً في التشريعات العربية، وعلماً أن الشهر يتميز عن التسجيل الذي يقصد به إجراء لتحصيل الضريبة. أما الحقوق العينية التبعية فلا تخضع لإجراءات الشهر وإنما القيد؛ (بعبع إلهام، حماية الملكية العقارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة متنوري، قسنطينة، 2007، ص. 07).

فمقتضى الشكلية<sup>1</sup> في هذا البيع ولم يشهر المتصرف إليه الثاني أو الثالث العقار لم يستفد من هذه الحماية، إذ أن ورثة البائع يعتبرون من الغير في التصرفات التي يبرمها المشتري<sup>2</sup>، وعليه لا يكون لها أثر بالنسبة لهم إلا من تاريخ شهرها في مجموعة بالبطاقات العقارية.

فأن يكون قد كسب بعوض حقا عينيا على العين المبيعة كالمشتري الثاني، فتوفر هذا الشرط، لا يترتب على عدم إجازة البيع فسخ عقد المشتري الثاني أو سقوط الرهن، بل يرجع الجزء الذي وقعت فيه المحاباة فيه إلى الورثة محملا بحق الدائن المرتهن، فمذا لو قام المتصرف له، المشتري من المريض في مرض الموت، بالتصرف في المبيع؟

علينا أن نفرق بين ما إذا كان المتصرف إليه قد تصرف في حقه تبرعا أو معاوضة، وذلك سواء كان التصرف بنقل ملكية العين أو بتقرير حق عيني آخر عليها. فإذا تبرع المتصرف إليه بالعين كان للورثة أن يتبعوا العين في يد المتبرع له ليستوفوا منها ما يكمل ثلثي التركة، وذلك ما لم تكن العين منقولا حازه المتبرع له بحسن النية، إذا في هذه الحالة تخلص ملكية المنقول للمتبرع له بمقتضى الإجازة، ويراد بحسن النية هنا أن لا يعلم الغير أن للورثة حقا في العين. أما إذا كان المتصرف إليه قد تصرف في العين معاوضة فلا يستطيع الورثة تتبع العين في يد الغير إذا كان حسن النية ولا يبقى لهم حينئذ إلا الرجوع بحقهم على من صدر له التصرف من مورثهم. وإذا كان الحق الذي كسبه الغير حسن النية على العين بعوض حقا عينيا غير الملكية كانتفاع أو ارتفاع فإن هذا الحق يبقى، بحيث يكون استيفاء الورثة لحقهم من العين على اعتبار أنها محملة

1: بالرجوع إلى القانون الجزائري لا بد من الإشارة إلى أن المشرع الجزائري أخذ بمبدأ الرضائية كأصل عام في العقود. فالعقد لا يقوم صحيحا إلا بتوافر رض المتعاقدين وسلامة هذا الرضا من العيوب وهذا ما جاء في نص المادة 59 من ق.م. أما عن الشكلية فقد اعتبرها المشرع كاستثناء على الرضائية ويظهر ذلك جليا من خلال اعتبار الرضائية ركنا في بعض التصرفات القانونية التي جاء ذكرها في نص المادة 324 ق.م؛ (زواوي محمد، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1987، ص.21). وبالتالي نستخلص أن القاعدة لانعقاد العقد هي الرضائية ولزوم الشكل لانعقاد لا يعني عن تراضي الطرفين بعكس الشكلية القديمة حيث كان ينحصر الاهتمام بالشكل بغض النظر عن تحقيق إرادة الطرفين وسلامة الرضا من العيوب؛ (أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، النظرية العامة للالتزام العقد والإرادة المنفردة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص.20).

2: السيد حلف محمد، قضاة النقض في الملكية، ط01، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر 1989، ص.239.

بحق الغير. أما إذا كان الغير سيء النية فلا يتمتع بهذه الحماية، حيث يحق للورثة أن يتبعوا العين في يده لإستيفاء حقهم منها<sup>1</sup>.

ولكن قد يثار تساؤل إذا قام المشتري ببيع العين إلى شخص حسن النية ولا علم له بأن هناك حقوق سواء للورثة أو الدائنين بهذه العين ثم قام هذا الشخص حسن النية بالتبرع بهذه العين لشخص آخر، فهل يمكن أن يفسخ البيع في هذه الحالة لأنه تم بدون عوض؟

إننا نجد أن الشخص الأخير الذي تلقى العين من حسن النية بالتبرع، لا يمكن أن يفسخ البيع بمواجهته، لأنه اكتسب الحق من ذي صفة وهو حسن النية، والذي رتب له القانون حقا في العين المبيعة، ولا يجوز الطعن بمواجهته، وعليه فإنه ما دام قد توافرت شروط مبدأ حسن النية لدى المشتري الأخير فإنه يستطيع أن يدفع دعوى الورثة أو الدائنين في استرداد العين المبيعة إليه وإحتفاظه بحقه الذي إكتسبه عليها<sup>2</sup>.

#### ثانيا: يجب أن يكون الغير حسن النية

ويقصد بمبدأ حسن النية في تكوين العقد الاستناد إلى الثقة الناتجة لدى أحد طرفي العقد بفعل الطرف الآخر، أو الظروف التي أحاطت العملية العقدية. فاي استغلال لها لتحقيق مصلحة الطرف على حساب الإضرار بالطرف الآخر أو أي إخلال بهذه الثقة يعد إخلالا بمبدأ حسن النية<sup>3</sup>. فهي حالة نفسية يعتقد صاحبها خطأ أن تصرفه قانوني؛ لذلك يقيم القانون وزنا لهذه الحالة فيحامي صاحبها مما قد يجره عليه خطأ تصرفه مثل صاحب اليد الذي يعتقد أنه تملك العين من مالها الحقيقي، ومثل من بنى على غير أرضه معتقدا أنها ملك له<sup>4</sup>.

أما في إطار حماية الغير فإن حسن النية هي الحالة التي يعتقد بموجبها الغير خطأ بأن موقفه التعاقدى سليم، على أن يكون جهل الغير بعدم سلامة موقفه القانوني في التعاقد له ما يبرره لتوفير حق الحماية له بالخروج عن التطبيق العادي للقواعد القانونية المكسبة للحقوق، وينبغي تلمس الأثر الموضوعي للتحقق من مدى أثر الشواهد والوقائع المادية على نشوء جهل الغير في

1: الصدة عبد المنعم فرج، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، القاهرة 1984، ص.840.

2: سارة خضر أرشيدات، المرجع السابق، ص.79.

3: حداد، رومان منير زيدان، حسن النية في تكوين العقد، رسالة ماجستير، المرق، جامعة آل البيت، 2000، ص.121.

4: بشار عدنان ملكاوي، معجم تعريف مصطلحات القانون الخاص، ط01، وائل للنشر، الأردن، 2008، ص.84.

واقعة معينة، أو ظرف معين دفعه إلى إجراء تصرف أسفر عنه وقوع موقع التنازل مع صاحب الحق<sup>1</sup>، والوقت المعتمد به لتوافر حسن النية هو وقت إبرام عقد البيع مع المشتري من المريض مرض الموت، ويترتب على ذلك أن تحقق علمه بعد البيع، بأن العين المبيعة ليست ملكا خالصا للبائع أو بمرض البائع الأصلي مرض الموت، أو بنقص الثمن عن قيمة المبيع بما يجاوز ثلث التركة لا يقدر في حسن نيته، ويتعذر سريان حكم فسخ البيع الأصلي على الغير حسن النية. وحسن النية لدى الغير لا بد أن يكون ناشئا عن غلط عام في صفة المتصرف بالمبيع على نحو يعتقد معه خلافا للحقيقة بملكية هذا الشخص للمبيع أو للجزء الذي تقرر عدم النفاذ فيه، مما يدفع الغير تحت تأثير هذا الاعتقاد الخاطيء إلى التعامل معه، وفي مثل هذه الحالة فإن نشوء الغلط في صفة المتصرف بالمبيع للغير هو أمر متصور إلى حد كبير، لأن من يتعامل مع المشتري من المريض مرض الموت يطمئن على ملكيته للمبيع، لأنها ملكية ناشئة عن عقد صحيح وهو ما يعطي الغلط في صفته قوة إضافية نظرا لوجاهة وقوة الركن المادي للظاهر<sup>2</sup>.

ومفهوم مخالفة المادة 409 من القانون المدني الجزائري أنه إذا كان هذا الغير سيء النية بأن أخبره الورثة قبل أن يقدم على ذلك بعدم إجازتهم لتصرف مورثهم الذي تم في مرض الموت، فلا يجوز له عندئذ الاستفادة من هذه الحماية، ويجوز للورثة عدم إجازة المبيع وإبطاله بتتبع العين تحت يده أو استرجاع العين غير مثقلة بالحق العيني الذي كسبه عليها<sup>3</sup>؛ وبالتالي إذا كان الغير الذي كسب حقا عينيا على المبيع من المشتري حسن النية لا يعلم وقت تعامله مع المشتري أن للورثة حقا فيها وأن التصرف السابق كان فيه البائع في مرض الموت، فالعلم يجب أن يكون عند الشراء، أما إذا علم بذلك بعد التصرف الذي أكسبه الحق العيني فإن ذلك لا يؤثر في حسن نيته.

وعليه إذا توافر الشرطان السالفا الذكر فإن الغير يحتفظ بحقه الذي كسبه على العين المبيعة، فإن كان قد تلقى الملكية عن المشتري فلا يجوز نزعها منه، وإن كان قد ترتب له حق

1: رهام أحمد ناصر، عماد الزيادات، مبدأ حماية الغير في عقود المعاملات المالية، دراسة فقهية قانونية، المجلة الأردنية للدراسات الإسلامية، مج17، ع02، 2021، ص.39.

2: حسان مجلي فارس المجالي، حماية الغير حسن النية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة آل البيت، 2003، ص.185.

3: شفيق الجراح، المرجع السابق، ص.88.

عيني آخر على المبيع فإن هذا الأخير يعود إلى التركة مثقلاً بحق الغير كالانتفاع أو الارتفاق أو الرهن مثلاً، وهذا بعد استعمال الورثة الحق الوارد في المادة 408 من القانون المدني الجزائري، كضمانة من الضمانات القانونية المقررة.

### الفرع الثاني: أحكام حماية الغير حسن النية وحق الرجوع على المشتري

يرتبط حسن النية في الفقه الإسلامي بالأخلاق التي تعد جزءاً لا يتجزأ من قواعد التشريع الإسلامي، وقد وضع الفقه الإسلامي حسن النية إطاراً عاماً لكافة التصرفات، ومنها العقود، ولم يقصره على مرحلة من مراحل العقد، وإنما جعلها مبدأ عاماً على كافة مراحل العقد منذ التفاوض حتى تنفيذه<sup>1</sup>، كما أن الشريعة الإسلامية لم تجعل مبدأ حسن النية مقصوراً على حدود الحياة الدنيا دون الآخرة، وبهذا تمتاز الشريعة الإسلامية بأنها عظمت شأن حسن النية وأضفت عليه من الأحكام والآثار ما يجعل التعاملات الدنيوية التي تنطوي على مصلحة شخصية للإنسان، قد تكون وسيلة توصله أيضاً إلى رضا الله والجنة، وعليه فإن مبدأ حسن النية في الشريعة الإسلامية أن الأصل في العقود الرضائية، فللمتعاقدين الحق في التمسك بشروط العقد وبنوده كما وردت في الاتفاق، إلا أنه في العديد من الحالات قد يؤدي التمسك بحرفية شروط العقد إلى الإجحاف بالطرف الآخر وإلحاق الضرر به وزيادة التزاماته في بعض الحالات، كما في الحالات القاهرة أو المرهقة، فلا ضرر ولا ضرار، فليس للمتعاقدين أن يتمسك بشروط العقد على وجه يتنافى مع حسن النية، فيقع على عاتق المتعاقد الالتزام بكشف جميع العيوب في الشيء محل المفاوضة، فالكتمان وعدم الصدق أو الإفصاح الأمين يخل بمبدأ حسن النية في المعاملات، فمن غشنا فليس منا<sup>2</sup>.

إن تحلي المتعاقد بحسن النية في تنفيذ التزامه أثناء العقد أمر بالغ الأهمية باعتبار حسن النية يلعب الدور المحرك في العلاقة العقدية<sup>3</sup>، بحيث أن هذا المبدأ يكتسب قوته الملزمة بتوافق إرادتي

1: سعد بن سعيد الذبياني، مبدأ حسن النية في النظام السعودي والأنظمة المقارنة، مجلة الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، العدد 23، فبراير 2014، ص.17.

2: روزان طالب السويطي، مبدأ حسن النية في إبرام العقد وفق أحكام مشروع القانون المدني الفلسطيني بالمقارنة مع مجلة الأحكام العدلية، رسالة ماجستير، عمادة الدراسات العليا، جامعة القدس، ص.01.

3: علي الفلاحي، الإلتزامات، العمل المستحق للتعويض، ج02، دار موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص.368.

طرفي العقد، ويصبح قانونا خاصا بهما، أي يجب تنفيذه بحسن نية، وهذه القوة ملزمة تتفرع عنها أصول قانونية وأخلاقية يجب على المتعاقد أن يلتزم بها .

وهذا المبدأ يمتاز بعدة خصائص خلال مرحلة تنفيذ العقد والقانون يقيم له وزنا في فروع القانون وأول خاصية هي أن هذا المبدأ ذو طبيعة ذاتية<sup>1</sup>، وهذا ما يظهر من خلال النصوص القانونية في القانون المدني الجزائري، حيث تنص المادة 105 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوفرت أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد"، كما تنص المادة 141 من نفس القانون على أن: "كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها، يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء"، إضافة إلى المادة 111 الفقرة 02 من نفس القانون التي تنص على أنه: "أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن نيته المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ"، والمشرع أخذ بهذا المعيار وبعدم الوقوف على المعنى الحرفي للنص وذلك عند غموض عباراته<sup>2</sup>، كما أنه يختص بالتزام مفروض على كل المتعاقدين أثناء تنفيذ العقد فيصبح كل منهما دائما بهذا الالتزام ومدينا في الوقت نفسه ولا فرق بين المهني أو المحترف أو المستهلك إلا في الدرجة، ولكن ما يقتضيه هذا المبدأ من التزامات فإنه يختلف من طرف لآخر حسب حالته وموقعه والملابسات التي تحيط به<sup>3</sup>، كما أن مبدأ حسن النية هو مفهوم واسع ويتغير مضمونه حسب المكان والزمان وبالتالي يؤدي إلى نتائج متباينة ومتعارضة في التطبيق، والأخذ به يؤدي إلى مرونة القانون ليصبح مواكبا للمستجدات التي تحدث في الحياة بسبب التطورات الاقتصادية والاجتماعية وكذا النمو الإقتصادي.

1: وهذا ما يظهر من خلال النصوص القانونية في لقانون المدني حيث تنص المادة 105 من ق.م.ج على أن: "إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد".

2: علي الفيلاي، المرجع السابق، ص.80.

3: عزيز سليمان، شيزراد، حسن النية في إبرام العقود، دراسة في ضوء القوانين والإتفاقيات الدولية، ط01، دار الدجلة، الأردن، 2008، ص.178.

بالرجوع إلى نص المادة 776 من القانون المدني الجزائري والتي نصت على أنه: "... ما لم يثبت من صدر له التصرف خلال ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه"، نجد أن المشرع الجزائري قرر للمتصرف له ضمانات قانونية تحميه من تعسف الورثة من خلال السعي لإثبات ما يخالف القرينة المقررة للورثة والتي اعتبرت التصرف وصية، إلا أن المشرع الجزائري لم يبين إن كان للمتصرف الحق في اللجوء إلى كافة الطرق في الإثبات كالورثة الذين اعطاهم الحق في الإثبات بكافة الطرق، بل اكتفى بالنص "... ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك"، والراجع في هذه المسألة أن المتصرف له يملك نفس الطرق المقررة للوارث، ويجرم المتصرف له من هذا الحق.

والملاحظ في هذا الصدد أن المادة 408 الفقرة الثانية من القانون المدني تتناقض مع المادة 776 من نفس القانون، فبالرجوع إلى نص المادة 776 فإنه يمكن للمشتري إثبات أن التصرف لم يكن على سبيل التبرع، لكن نص المادة 408 الفقرة الثانية يربط القابلية للإبطال للتصرف الصادر في مرض الموت المبرم للغير، دون الأخذ بعين الاعتبار الفقرة 3 من المادة 776، وعليه نلاحظ أن المادة 408 أثارت نوعاً من عدم الانسجام بين النصوص<sup>1</sup>.

ولكن بالرجوع إلى نص المادة 409 من القانون المدني الجزائري نجد أن للورثة الحق في إبطال العقد عندما يكون الغير سيء النية، بحيث يعلم أنه يتعامل مع المريض مرض الموت، وفق ملابسات وقرائن ثابتة، وعدا ذلك 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 وإبطاله<sup>2</sup>.

غير أنه بعض الفقهاء ومنهم مصطفى أحمد الزرقا، يرون أن للورثة إلزام المشتري الأول بتكملة الثمن إلى الحد الذي لا تتجاوز فيه المحاباة ثلث التركة وهذا تطبيقاً للقاعدة: «إذا تعذر الأصل يرد إلى البدل»، ولما كان الحق الأصلي هو الإبطال فإنه تعذر لخروج المال المبيع من يد المشتري إلى آخر حسن النية، جاز لهم رفع دعوى تكملة الثمن مع التعويض عن الاقتضاء، ولعل أعمال نص المادة 124 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن كل عمل أيا كان يرتكبه

1: العربي زنتو، المرجع السابق، ص.101.

2: جليلي ابتسام، المرجع السابق، ص.92.



المراء ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض<sup>1</sup>، ويتبين من هذا النص أن المسؤولية عن فعل الشخصي هي تلك التي تترتب على عمل يصدر من المسؤول نفسه وأن المسؤولية التقصيرية أركانها ثلاثة وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، كما يتضح بأن أساس هذه المسؤولية هو الخطأ الواجب الإثبات، وعلى المضرور إثباته، فإذا ثبت الخطأ وترتب عليه ضرر للغير فإن مرتكبه يلتزم بتعويض الغير عن هذا الضرر، وللقاضي الأساس حق تقدير قيام الخطأ، كما له حق تقدير انتفائه، غير أنه يخضع لرقابة المحكمة العليا في عملية تكييفه القانوني. وباعتبار أن الغير حسن النية لا تربطه علاقة مباشرة مع الورثة باعتبار أنه قد قام بشراء العين المبيعة من المشتري الأول الذي بدوره قام بشراء العين من المريض (مرض الموت)، فتأثر حق الورثة بذلك فيجوز في هذه الحالة طلب التعويض نتيجة الضرر الذي لحق الورثة بتصرف المشتري الأول للغير حسن النية.

وقد تمضي فترة على البيع في حالة المريض مرض الموت، وقد تطول هذه المدة حتى يموت الشخص، وقبل مرور السنة في وفاة البائع، يطعن بأن البيع قد حدث في مرض الموت، وفي خلال هذه المدة قد ينتقل المبيع من يد مشترٍ لآخر وهكذا، وقد يكون المبيع سلعة سهلة التداول أو مطلوبة ويتكرر شراؤها، وبهذه الحالة وعندما يقوم الورثة أو الدائنين بالطعن في التصرف بأنه صدر في مرض الموت، سواء لوارث أو لأجنبي بزيادة عن ثلث التركة، أو أن تكون التركة مستغرقة في حالة مطالبة الدائنين، وقد يكون المبيع قد أصبح تحت يد شخص آخر وهذا الشخص يكون حسن النية، فلا يجوز أن يتضرر هذا الشخص حسن النية من الطعن في التصرف، حيث يهدف النص إلى توفير الحماية اللازمة للغير، شريطة أن يكون حسن النية، وهو استثناء من الأصل الذي سمح للورثة فسخ البيع الذي تم في مرض الموت لأجنبي<sup>2</sup>، لذلك لا بد على الورثة من احترام هذا الحق العيني الذي رتبته المتصرف له حسن النية على العين المبيعة.

ختاماً يمكن القول أن للشخص الحرية الكاملة بأن يتصرف في أمواله بعوض أو بدون عوض، طالما التصرف ينتج آثاره حال حياته، وغني عن البيان أن التصرف القانوني الذي يجريه

1: مصطفى أحمد الزرقاء، شرح القانون المدني السوري، العقود المسماة، ط6، عقد البيع والمقايضة، دمشق، 1965، ص.289؛ منقول عن: محمود عبد العزيز، المرجع السابق، ص.101.

2: الرشيدات، طارق محمد موسى، البيع في مرض الموت في القانون المدني الأردني، بحث من نقابة المحامين النظاميين، عمان، ص.28؛ منقول عن: سارة خضر أرشيدات، المرجع السابق، ص.78.

الشخص لا بد له من أركان وشروط صحة يلتزم بها المتعاقدان، إلا أن التصرف الصادر في مرض الموت، فسبب التقييد لا يرجع إلى أهلية المريض ولا إلى عيب في إرادته. فالمريض مرض الموت لا يفقد أهليته، بل ولا تنقص هذه الأهلية، فما دام حيا حافظا لقواه العقلية، فإنه يبقى متمتعا بالأهلية الكاملة إلى آخر لحظة من حياته.

كما أن التصرفات التي يجريها المريض مرض الموت في البيع له أحكام خاصة، على اعتبار أن المشرع الجزائري قد خصه بأحكام مختلفة عما ورد بقريضة التصرف بالتبرع في القانون المدني، فقد يكون لوارث أو لأجنبي أو يصدر مما لا إرث له.

كما أورد حماية للغير لحسن النية على الشيء المبوع في مرض الموت إذا كسب حقا بعوض وهذا ما نصت عليه المادة 409 من القانون المدني الجزائري، أما إذا كانت غير ذلك فإنما لا تسري عليه، وهذا ما نصت عليه المادة 408 من القانون المدني الجزائري.

كما أن تصرفات التبرعية التي تصدر من الشخص هي تصرفات منجزة سواء كانت إنشائية أو إخبارية الصادرة في حالة الصحة تنفذ في جميع ما للمتصرف سواء كانت لوارث أو لغير وارث بمقابل أو غير مقابل، أما فيما يخص تبرعات المريض مرض الموت كالوصية، أو الهبة، الوقف وما يلحقها من التصرفات الأخرى، فتأخذ حكم الوصية مضافا إلى ما بعد الموت في نهايته، أي أنه لا تنفذ إلا في حدود ثلث التركة، وما زاد عن ذلك يتوقف عن إجازة الورثة، وهذا ما نصت عليه المادة 776 من القانون المدني الجزائري، وهذا ما سنعالجه في هذا الباب.

**الباب الثاني :**  
**أحكام التصرفات التبرعية**  
**في مرض الموت**

مهما كانت درجة اتجاه إنسان اليوم نحو الذات والمادة، إلا أنه لا يخلو من وجود أناس ميالين إلى فعل الخيرات والمبرات، ولا سيما إذا كان الإنسان مسلماً مؤمناً بأن عاقبة الدار يجعلها الله تعالى للذين لا يريدون علواً في الأرض ولا فساداً، فيجد هذا الإنسان أن الدنيا دار فناء وأن الآخرة دار بقاء، وعليه أن يتزود من دار الدنيا لدار بقائه، ولعله من نافلة القول أن الإنسان بطبيعته يتذكر عاقبة الدار على الأغلب، خاصة عندما تكون هناك ظروف صعبة تحيط به منها: مرض الموت الذي يموت فيه وما يلحق به من أوضاع يشعر فيها أنه سوف يموت لا محالة، إذ يشعر الإنسان بدنو أجله، فيعرف حقيقة الحال وحقيقة الارتحال، وعلى هذا الأساس كانت الشريعة الإسلامية جامعة لكل ما فيه سعادة الفرد وازدهاره، وذلك من خلال تداولها كل المسائل المتعلقة بشخص الإنسان وذاته، وكذا تنظيم علاقات المجتمع فيما بين أفرادها، ومن هذه الأمور ما يتعلق بشخص الإنسان وبماله، كما سايرت القوانين الوضعية ذلك ووضعت حلولاً وآليات من شأنها تأطير الفئات الضعيفة في المجتمع حتى تنخرط هي الأخرى في منظومة البناء وتسهيل العمل التبرعي<sup>1</sup>، وذلك لما تتميز به عقود التبرع من أحكام كثيرة، تختص بها عن سائر العقود الأخرى المقابلة لها وهي عقود المعاوضات.

وعقود التبرعات نوع تجمعها خصائص معينة؛ فبالندقيق نجد أن هاته العقود التي يطلق عليها مصطلح "عقود التبرعات" تجمعها خصائص معينة سواء في إنشائها وتكوينها أو في أحكامها وأوصافها وانقضائها، كالأهلية الخاصة بها والشكل الذي يستلزمها إن كان حيازة أو غيرها، وإمكان الرجوع فيها وغير ذلك، ونجد أن التشريعات المنظمة لأحكام التبرعات مشتتة بين قانون الأسرة والقانون المدني والقوانين الخاصة<sup>2</sup>، والتصرفات التبرعية هي التي يعطي فيها أحد الطرفين شيئاً دون أن يأخذ أي شيء، وهذه التصرفات بدورها تنقسم إلى قسمين: فهناك عقد الهبة الذي يعتبر عملاً قانونياً ينعقد بتوافق إرادتي الواهب والموهوب له، وتصرفات صادرة من جانب واحد كالوصية التي تنعقد بإرادة الموصي وحده، والوقف الذي يتم بإرادة الواقف.

1: حاج مخناش سهيلة، التصرفات التبرعية في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 28-10-2020، ص.9.

2: خالد سماحي، النظرية العامة لعقود التبرعات، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012-2013، ص.2.

ولقد نظم قانون الأسرة أحكام عقود التبرع تحت عنوان كتاب "التبرعات" وفق للترتيب التالي: الوصية ثم الهبة ثم الوقف، وقد استمد المشرع الجزائري أغلبية أحكام قانون الأسرة من الفقه المالكي وجمهور الفقهاء، وأخذ أهم الأحكام التفصيلية منه بدون أن يتوسع فيها، وأحال بعضها على القانون المدني باعتباره الشريعة العامة، ما لم يتعارض مع أحكام الموضوعية في الشريعة الإسلامية، وقد تميز الوقف عن سائر التبرعات الأخرى إذ أنه حظي باهتمام تشريعي خاص، عن طريق إصدار قانون خاص ينظمه، ومع خطورة التصرف الوقفي والعدد الهائل للأموال الوقفية التي كانت في الجزائر، فقد صدر قانون الوقف في الجزائر سنة 1991 ولحقته تعديلات من خلال القوانين اللاحقة<sup>1</sup>.

فبالنسبة للمريض مرض الموت فتصرفاته تثبت عليها جميع الحقوق لغيره كالصحيح إلا أنه يمكن أن تكون هذه التصرفات مضرّة للورثة والدائنين، ولهذا السبب فرضت بعض القيود عليها، فمثلا فيما يخص تبرعات المريض مرض الموت كالهبة، الوقف وما يلحقها من التصرفات الأخرى، فتأخذ حكم الوصية مضافة إلى ما بعد الموت في نهايتها، أي أنه لا تنفذ إلا في حدود ثلث التركة، وما زاد عن ذلك يتوقف عن إجازة الورثة<sup>2</sup>.

وعلى الرغم من عدم الاختلاف في أحكام التبرع في مرض الموت سواء من الناحية القانونية أو الشرعية، إلا أن مسألة تطبيق أحكامه التفصيلية تبقى تطرح العديد من الإشكالات العملية خاصة في ظل الفراغ القانوني في بعض الأحيان وكذا تضارب أحكام الفقه والقضاء في أحيان أخرى، ومما سبق يمكن طرح الإشكالية التالية: ما مدى إحاطة الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري بأحكام التصرفات التبرعية للمريض مرض الموت؟

وللإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا تقسيم هذا الباب إلى فصلين: الفصل الأول بعنوان:

الوصية في مرض الموت، والفصل الثاني: تبرعات تلحق بحكم الوصية في مرض الموت.

1: حاج مخناش سهيلة، المرجع السابق، ص.10.

2: ميدون مفيدة، معمري إيمان، أحكام هبة المريض مرض الموت بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة طنبنة للدراسات العلمية الأكاديمية، المركز الجامعي الشهيد سي الحواس، بريكة، مج02، ع01، ديسمبر 2018، ص.64.

## الفصل الأول: الوصية في مرض الموت

إن من محاسن شريعتنا أن شرعت لأهلها ما ينفعهم دينا ودنيا، ليس فقط كونهم أحياء بل شرعت لهم ما ينفعهم حتى بعد موتهم، حرصا منها على إيصال النفع الذي به يصلون إلى أرفع الدرجات، فإذا كانت صحيفة العبد تطوى بعد موته، فإن هناك من لا تطوى صحائف أعمالهم بعد موتهم، بل هناك حسنات ترصد وتكتب لهم بعد موتهم، وهذا من فضل الله سبحانه وتعالى.

وكل ما من شأنه أن يقرب بين قلوب الناس ويغرس فيها المحبة، ويؤكد فيها روابط الودّ، مطلوب في الشريعة الإسلامية، وتتفاوت حاجات الناس إليه. فما كان لازما ضروريا لحياتهم كان القيام به فرضا لازما على كل فرد من الأفراد، كزكاة الأموال التي فرضها الله تعالى، وجعلها ركنا من أركان الإسلام، لأن مما لا بد منه في هذه الحياة الدنيا أن يوجد أفراد بين الناس عاجزين عن سلوك سبيل الحياة وتحصيل الضروري من القوت<sup>1</sup>.

أما ما زاد عن ذلك، من إنفاق المال وبذله فهو مندوب، لما فيه من إيجاد التآلف والتحاب، مما يعتبر التزاما ليس بمعلق، وهو إلزام الشخص نفسه شيئا من المعروف والإحسان من غير تعليق على شيء، والالتزام بهذا الشكل يعتبر تبرعا أو عقد تبرع ويدعى أيضا عقد تفضيل، وهو عقد يسعى من خلاله أحد العاقدين إلى إسداء الجميل والإحسان لآخر عن طريق تحويله مزية مالية دون مقابل<sup>2</sup>.

والمريض مرض الموت يمكنه كذلك أن يقوم بتبرعات لصالح الأحياء، وباعتبار الوصية تصرفا مضافا لما بعد الموت بالتبرع ومن بين أكبر الأسباب شيوعا لكسب الملكية الفردية، بات الأمر يحتاج إلى حماية تبسط على الوصية ومرض الموت حفاظا على المال الذي سيورث، ولما كانت الأمور تلحق بأسبابها اتحد سبب الخلاف في المال بين الوصية ومرض الموت وتقيدت على

1: عبد الكريم شهون، عقود التبرع في الفقه المالكي، ط02، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2011، ص.9.

2: عبد الحق الصافي، القانون المدني، ج01، تكوين العقد، ط01، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2006،

إثر ذلك حرية المرء في التصرف لصالح الورثة أو تصرفه في مرض الموت، فرضا لتصرفات الأفراد ضد تقييد التشريع لحرية الإيضاء والتصرف في مرض الموت باعتباره المرض الأخير والموجب بالنتيجة الخلافة في المال بالميراث<sup>1</sup>.

فستناول في هذا الفصل: تصرفات الوصي المريض مرض الموت في المبحث الأول، ثم آثار الوصية في مرض الموت من خلال المبحث الثاني.

---

1: محمود عبد العزيز، المرجع السابق، ص.14.

## المبحث الأول: تصرفات الوصي المريض مرض الموت

تعتبر الوصية عقدا من عقود التبرع التي أبحاثها الشريعة الإسلامية ورغبت فيها، وسنت لها التشريعات الوضعية قواعد وقوانين تحكمها، فالوصي يمكن أن يكون صحيحا، كما يمكن أن يكون مريضا مرض الموت، والوصية تصرف في التركة مضافا إلى ما بعد الموت مقتضاها التملك بلا عوض، وقد عرفها بعض الفقهاء بأنها: "هي ما أوجبه الإنسان في ماله بعد موته، أو مرضه الذي مات فيه"<sup>1</sup>؛ وتنعقد الوصية بالإرادة المنفردة للموصي، غير أن ملكيتها لا تثبت إلا بعد قبول الموصى له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصي، وهذا ما يترتب عنه بعض الآثار، ولهذا ارتأينا تقسيم مبحثنا هذا إلى مطلبين، سنتناول في المطلب الأول شروط التبرع وتقييد حرية الإيضاء، والمطلب الثاني مشروعية الوصية في مرض الموت.

## المطلب الأول: شروط التبرع وتقييد حرية الإيضاء في مرض الموت

تعد الوصية تصرفا قانونيا، وهي سبب من أسباب الخلافة، بمقتضاه ينقل الموصي إلى الموصى له على وجه التبرع ملكية جميع أمواله أو بعضها أو أي حق من الحقوق بعد وفاته، وترتبط الوصايا عادة بالمواريث، ذلك لأن القانون الذي يحكم الوصية ويبين ضوابطها هو ذات القانون الذي يحكم المسائل المتعلقة بانتقال التركات بالميراث<sup>2</sup>.

وقد اعتبر المشرع الجزائري الوصية سببا من أسباب نقل الملكية وهذا التصرف لا يكون إلا بعد الموت، حيث نظمها في نصوص القانون المدني الذي يعتبر الشريعة العامة إذ خصها بجملة من النصوص القانونية من 775 إلى 777، كما أنه أحالنا إلى قانون الأسرة الجزائري والذي اهتم بتنظيمها مفصلا، حيث عرفها وبين شروطها وكيفية إثباتها وقبولها وردّها في المواد 184 إلى 202 من نفس القانون.

## الفرع الأول: شروط التبرع في مرض الموت

نصت الفقرة الأولى من المادة 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 وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف".

1: محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص. 91.

2: سمية بن الشيخ الفقون، محمد الصالح بن شعبان، الإشكالات التي تثيرها الوصية في العلاقات الدولية الخاصة دراسة مقارنة، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة مشثوري قسنطينة 1، مج 31، ع 2، جوان 2020، ص. 712.



ويستنتج من نص هذه الفقرة أن التصرف الصادر عن المورث في مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع يعتبره القانون وصية مستترة وتسري عليه أحكام الوصية، ولذلك فإن مثل هذا التصرف لا ينفذ في حق الورثة إلا باعتباره وصية في حدود الثلث، ولا ينفذ فيما عدا ذلك إلا إذا أجازوه، فالنص أعطى حكم الوصية لكل عمل قانوني يصدر في مرض الموت، كالهبة والإقرار والإبراء... إلى غير ذلك من التصرفات التي يقصد بها التبرع<sup>1</sup>.

ولذلك وجب توفر شرطين:

الشرط الأول: أن يكون التصرف صادرا في مرض الموت

الشرط الثاني: أن يكون مقصودا به التبرع. وهذا ما سنتناوله في هذا الفرع.

### أولا: وقوع التصرف في مرض الموت

إن من خصائص الملكية هو حق المالك في التصرف فللمالك أن يتصرف في أمواله بجميع وجوه التصرف. وحق التصرف هذا مطلق للمالك لا يقيد بشيء إلا في الوصية فقط حيث يحدد المبلغ الذي يوصي به الإنسان بثلث ماله الذي يملكه ولا تنفذ الوصية فيما زاد عن ذلك، والوصية لا تنفذ إلا بعد موت الموصي، وسبب منع التصرف في المال وصيةً بأكثر من ثلث ليس نقص الملكية أو الحق فيها وإنما هو التقييد الشرعي بذلك، حيث قال "صلى الله عليه وسلم" عن مقدار ما يوصى به الإنسان "الثلث والثلث كثير"<sup>2</sup>.

وتصرف الإنسان مباح في ملكه إذا كان ليس ممنوعا من التصرف فيه لسبب من الأسباب كالسفه والجنون والعتة، إذ أن تصرفاته في ملكه في مثل هذه الأحوال لا تنفذ وذلك بسبب فقدانه القدرة على التصرف، وقد يلحق المرض بأسباب الحجر السابقة ويمنع من التصرف خاصة إذا كان المرض يؤثر على قدرة الإنسان في التصرف، أما إذا كان المرض لا يؤثر على قدرة الإنسان في التصرف وإنما هو مرض يؤدي إلى الموت ويعجز الإنسان خلاله على مواصلة أعماله المعتادة خارج بيته، فتتقيد بذلك تصرفاته<sup>3</sup>.

1: محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص.303.

2: محمد سماره، أحكام التركات والموارث في الأموال والأراضي، ط01، الدار العلمية الدولية، الأردن، عمان، 2002، ص.51.

3: للحافظ ابن حجر العسقلاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، ج03، ط01، مكتبة المعارف، الرياض، 1427هـ-2006م، ص.137..

ويشترط أن يبرم التصرف خلال مرض الموت، وهو المرض الذي يتصل بالموت فعلا، ويتضح من خلال مصطلح " كل تصرف قانوني" شمول حكم المادة لكل تصرف صادر في مرض الموت أيا كانت التسمية التي أعطيت له من تبرعات ومعاضات؛ فقد يكون هبة أو بيعا أو غيره<sup>1</sup> وهذا النص يتصف بالعمومية، وعليه تخرج من مفهوم هذه المادة التبرعات والهبات المنجزة التي يبرمها الشخص حال حياته وصحته، ومن الواضح أن كلمة " تصرف" تتسع للتبرعات والمعاضات لأنها كلمة عادية<sup>2</sup>. ولذلك فالنص لا يقتصر على البيع، بل يشمل كل تصرف أو عمل قانوني صدر من المورث، وأيا كان هذا التصرف والاسم الذي أعطي له من طرافه.

ويقع عبء الإثبات بأن التصرف قد تم أثناء مرض الموت على الورثة، وذلك طبقا للمادة 776 من القانون المدني الجزائري ويقومون بإثبات ذلك بكافة الطرق، أي بما فيها البينة والقرائن باعتبار أنهم بصدد إثبات واقعة مادية<sup>3</sup>.

بحيث يجوز لهم إثبات مرض الموت بالشهادات الطبية وتقارير الخبراء والأطباء وغيرها من القرائن المستخلصة من ظروف المرض<sup>4</sup>، كما يجوز لهم إثبات صدور التصرف خلال المرض بكافة الطرق كالبينة وغيرها.

كما يجب أن يثبتوا أن التصرف الصادر من مورثهم والذي يطعنون فيه على أنه قد صدر منه بعد التاريخ الذي ابتداء فيه مرض الموت، كأن يكون البيع محررا بخط المشتري ولم يحرر إلا قبل وفاته بأيام قليلة ما لم يكن قد مات فجأة، ولا مانع أيضا من الطعن في التصرف بأنه صادر في مرض الموت بعد الطعن فيه بالتزوير<sup>5</sup>، والغالب أن يكون هذا التصرف مدونا في ورقة رسمية أو عرفية<sup>6</sup>، وعليه يجب أن نفرق بين إثبات التصرف في السند الرسمي، وإثباته في السند العرفي.

1: علاوة بوتغرار، التصرفات الملحقة بالوصية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر 01، 2001، ص.49.

2: رشاد السيد إبراهيم عامر، المرجع السابق، ص.81.

3: زروق عبد الرؤوف حموش محمد، حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون الجزائري، المراجع الالكترونية للمعلوماتية، 2019، ص.25.

4: رمضان أبو سعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، ج01، مصدر الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللباني، الدار الجامعية، بيروت، 1985، ص.126.

5: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص.223.

6: سليمان مرقس، المرجع السابق، ص.567.

## 1- إثبات التصرف في السند الرسمي

السند الرسمي أوسع معنى من العقد الرسمي، فيتسع ليشمل الأحكام القضائية والعقود الرسمية، وقصد تعريف السند الرسمي كدليل أسمى للإثبات، يجب الرجوع إلى نص المادة 324 من القانون المدني الجزائري والذي عرفه المشرع بأن: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف<sup>1</sup> أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه" ويقابلها نص المادة 390 من القانون المصري . وتعرف إذن السندات الرسمية بأنها الأوراق التي يجب أن يتم إعدادها من طرف موظف عام، ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، فالرسمية المشترطة في المعاملات العقارية تعد ركناً لانعقاد التصرف وصحته، وإغفالها يؤدي إلى البطلان المطلق، فهي ضرورية في كل عقد من شأنه نقل، تعديل، إنشاء أو زوال حق ملكية وعلى كل ما يرد على الحقوق العينية الأصلية والتبعية<sup>2</sup>.

والعقود الرسمية نوعان<sup>3</sup>:

أ- **تعاقدية**: تتوفر فيها إرادتان متبادلتان أي إيجاب من الطرف الأول وقبول من الطرف الآخر، كالبيع، الهبة، الإيجار، الشركة.

1: يقصد بالموظف العام هو ذلك الشخص الذي تعينه الدولة في زمن معين للقيام بعمل من أعمالها، سواء أجرته على ذلك أو لم تؤجره؛ (ميدي أحمد، الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، ط02، دار هومة، الجزائر، 2014، ص.15)، وكانت المادة 01 من الأمر 66-133 المؤرخ في 02 يونيو 1966 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية الملغى، قد عرفته بما يلي: "يعتبر موظفين الأشخاص المعينون في وظيفة دائمة، الذين رسموا في درج التسلسل، في الإدارات المركزية التابعة للدولة والمصالح الخارجية التابعة لهذه الإدارات، والجماعات المحلية، وكذلك المؤسسات والهيئات العمومية حسب كفاءات تحدد بمرسوم". كما عرفه القانون رقم 06-03 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية في مادته 04 بما يلي: "يعتبر موظفا كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة ورسم في سلم الإداري..."

ولا يشترط في اعتبار الشخص موظفا عاما، أن يكون موظفا بإحدى الهيئات العامة التابعة لها.

2: رمول خالد، المحافظة العقارية كآلية للحفاظ العقاري في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، البلدة، 2001، ص.35.

3: حمدي باشا عمر: نقل الملكية العقارية " في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام" دار هومة، الجزائر، 2002، ص.107.

ب-تصريحه: ويقتصر فيها دور الموثق على استقبال التصريح ويحضر بشأنه عقدا في قالب رسمي متى كان هذا التصريح غير مخالف للقانون، مثل طلب إعداد فريضة، شهادة توثيقية، تصريح شرقي أو إقرار بالزواج من طرف واحد<sup>1</sup>.

ويعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره، ويعتبر العقد ملزما بين طرفيه، وفي مواجهة الورثة وذوي الشأن، فإذا تمت الهبة مثلا في الشكل الرسمي بناء على نص المادة 206 من قانون الأسرة، أو تم الوقف في ذات الشكل الرسمي بناء على نص المادة 41 من القانون 91-10 المتعلق بالأوقاف، فإن تاريخ التصرف يثبت رسميا كما يثبت محتواه، والثابت أن النصوص القانونية صريحة في اشتراط الشكلية والاشهار لدى مصالح المختصة بالمحافظة العقارية في جميع التصرفات الواردة على العقار، ويعرف الإشهار العقاري بأنه ذلك النظام الذي يرمي إلى اشهار التصرفات القانونية، التي ترمي إلى إنشاء الحقوق العينية العقارية أو نقلها أو تعديلها، على أن يتم إثباتها في سجلات يمكن الإطلاع عليها وأخذ إفاداتها بما جاء فيها من بيانات<sup>2</sup>.

إذن الشهر العقاري يلعب دورا هاما يتمثل في إعلام الغير حول الوضعية القانونية لعقار ما وأيضا حول الثروة العقارية لشخص ما فضلا على أنه يلعب دورا مهما في التشريع الجزائري يتمثل أساسا في إتمام نقل الملكية حتى بين الطرفين المتعاقدين، فالمشرع جعل من الشهر المصدر الوحيد للحقوق العينية والمنشئ لها، كما اعتبر أن الحقوق العينية سواء كانت أصلية أو تبعية لا وجود لها بين الأطراف ولا يحتج بها على الغير إلا من تاريخ شهرها في السجل العقاري<sup>3</sup>، ومن جهة أخرى يبقى الإشهار إجباريا ليس فقط بين طرفي العقد وإنما أيضا بالنسبة لكل طرف مشارك في العمليات الخاضعة لهذا النظام أو ما نسميهم بالمحررين(الموثقين، السلطات الإدارية،

1: بوحلاسة عمر، مذكرة حول التوثيق، مجلة الموثق، ع05، ديسمبر1998، ص.21.

2: حسين عبد اللطيف حمدان، أحكام الشهر العقاري، دار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1991، ص.11.

3: عمارة صليحة، نظام الشهر العقاري الجزائري، مجلة القانون والعلوم السياسية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالحى أحمد، النعامة، ع04، جوان 2016، شعبان 1437هـ، ص.498.

كتاب الضبط، القنصلية) طبقا لنص المادة 90 من المرسوم 76-63<sup>1</sup>، واستنادا لأحكام المادة 14 من الأمر 75-74<sup>2</sup> ويكون الشهر إلزاميا بالنسبة للعقود التالية<sup>3</sup>.

- كافة العقود الرسمية المنشأة أو الناقلة أو المعلنة أو المعدلة الواردة على الملكية العقارية المعدة بعد تأسيس مجموعة البطاقات العقارية.

- كافة العقود والأحكام القضائية اللاحقة للإجراء الأول الذي كان محل تأسيس مجموعة البطاقات العقارية الخاضعة للإشهار العقاري بمقتضى التشريع الجاري به العمل وكذا تسجيل رهون أو الامتيازات.

- المحاضر المعدة من قبل مصلحة مسح الأراضي والمثبتة للتعديلات التي تخص العقارات المشهورة في مجموعة البطاقات العقارية.

- وبصفة عامة كل التعديلات للوضعية القانونية لعقار محدد ومشهر في مجموعة البطاقات العقارية.

إضافة إلى ذلك أوجب المشرع شهر نوع من العقود تتعلق بالحقوق الشخصية وهو الأمر الذي نصت عليه المادة 17 من الأمر 75-74: "الإيجارات لمدة 12 سنة لا يكون لها أثر بين الأطراف ولا اتجاه الغير في حالة عدم إشهارها".

وفيما يتعلق بآجال الشهر ألزمت المادة 90 من المرسوم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري الموثق إيداع العقود لدى المحافظة العقارية في الآجال التي حددتها المادة 99 من نفس المرسوم وهذه المدة هي شهران يبدأ سريانها من تاريخ إبرام العقد.

1: المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25-03-1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج.ر، ع30، المؤرخة في 13-1976-04.

2: الامر رقم 75-74 المؤرخ في 12-11-1975، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج.ر، ع92، المؤرخة في 18-11-1975.

3: حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص. 120.

وهو ما أكدته المحكمة العليا في القرار لها على أن: "عملية الشهر العقاري هي وحدها التي تستطيع نقل الملكية طبقا لمقتضيات المادة 793<sup>1</sup> من القانون المدني"<sup>2</sup>.  
وعليه في حالة نزاحم المشتري فإن الملكية تنتقل إلى من اتخذ إجراءات الإشهار قبل الآخر ولو بساعات محدودة. وإذا كان تاريخ التصرف ثابتا على الوجه الرسمي يكون للمتصرف له الاحتجاج بتاريخ العقد المثبت لتصرفه، خاصة إذا تم التصرف قبل مرض الموت للمتصرف، ويصعب على الوارث إثبات عكس ما ورد في هذا العقد الرسمي إلا بدليل مواز له، أو بدعوى تزوير طبقا للأشكال القانونية<sup>3</sup>.

## 2- إثبات التصرف في السند العرفي

تعتبر العقود العرفية أكثر المحررات انتشارا في المعاملات وخاصة العقارية منها، لعدة أسباب أهمها سهولة إجراءاتها وقلة تكاليفها وسرعة إنعقادها؛ وبالرجوع إلى نصوص القانون المدني باعتباره الشريعة العامة للقانون الخاص نجد أن المشرع الجزائري لم يعرف العقد العرفي صراحة<sup>4</sup>، إلا أنه وباستقراء المادة 324 منه، فقد نص على أن: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة..."<sup>5</sup>، وكذا نص المادة 326 مكرر<sup>2</sup> من القانون نفسه، والتي اعتبرت أن العقد غير الرسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل كالمحرر العرفي..."

فالمادتان وبمفهوم المخالفة، يستشف منهما أن العقد العرفي هو ذلك العقد المحرر من غير الأشخاص الذي لهم صلاحية تحرير العقود<sup>6</sup>، أو أنها حررت من قبلهم لكن خارج الحدود والمهام

1: تنص المادة 793 من القانون المدني على أنه: "لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أو في حق الغير، إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري"

2: المحكمة العليا، غ.ع، 10-1990، ملف رقم 68 476، م.ق، ع1، 1992، ص.86.

3: محمود عبد العزيز، المرجع السابق، ص.64.

4: عبد الحميد سعادوي، العقد العرفي، مجلة الموثق، ع08، الجزائر، 2002، ص.21.

5: المادة 324 من القانون المدني.

6: قد يحرر من طرف موظف عام مختص دون استكمال الإجراءات المفروضة قانونا ولا يضمن على المحرر طابع الرسمية، مثال ذلك أن التصديق على التوقيع من رئيس المجلس الشعبي البلدي أو من الموظف المفوض بهذه المهام يثبت فقط هوية

التي وضعها القانون لهم، أما المادة 326 مكرر2 فقد أكدت ما جاء في نص المادة 324 من القانون نفسه.

فالسندات العرفية هي تلك المحررات التي يقوم بإعدادها الأطراف سواء بأنفسهم أو بواسطة كاتب من أجل تصرف قانوني ويتم توقيعها من قبل المتعاقدين وحدهم والشهود إن وجدوا من دون تدخل موظف عام أو ضابط عمومي مختص ولا يعد التصديق على توقيعات الأفراد من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي أو نائبه أو الموظف الذي ينتدبه لهذا الغرض من قبيل إضفاء طابع الرسمية على المحرر العرفي المصادق عليه وذلك لأن التصديق على التوقيعات لا يستهدف إثبات شرعية أو صحة العقد أو الوثيقة إنما يثبت فقط هوية الموقع دون ممارسة الرقابة على محتوى ومضمون العقد، وهو ما تنص عليه صراحة أحكام المادتين 1 و2 من المرسوم رقم 77-41 المؤرخ في: 19-02-1977 المتعلق بالتصديق على التوقيعات، غير أن التصديق على التوقيعات من طرف المجلس الشعبي البلدي أو الموظف المفوض يعطي للسند العرفي تاريخاً ثابتاً ابتداءً من تاريخ التصديق على التوقيع تطبيقاً لأحكام المادة 328 من القانون المدني<sup>1</sup>.

لقد اشترط المشرع الجزائري الكتابة في العقد العرفي؛ لأن هذا الأمر بديهي، فإذا كانت هذه الواقعة بموجب عقد بيع مثلاً عملاً بالقواعد العامة يجب كتابة تدل على الغرض الذي أعدت من أجله، ومنصبه على واقعة معينة يراد إثباتها، وأن تكون الكتابة متضمنة لذكر اتفاق الطرفين على المبيع والتمن وسائر شروط البيع، ويستوي أن تكون الكتابة بخط اليد أو عن طريق آلة راقنة، وباللغة العربية أو بأي لغة أخرى<sup>2</sup>، على خلاف المحرر الرسمي الذي يشترط في تحريره اللغة العربية وفق أوضاع محددة، كما أن الكلمات المحشورة أو المكتوبة بين الأسطر تبقى صحيحة، ولو لم يتم التصديق عليها<sup>3</sup>.

الموقعين على المحرر محل التصديق على التوقيعات التي تضمنها؛ (نورة أو رحمون، إثبات الملكية العقارية الخاصة بالتشريع والقضاء الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص.73).

1: حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية، دار هومة، الجزائر، طبعة 2002، ص 17.

2: نعيمة حاجي، المسح العام وتأسيس السجل العقاري في الجزائر، دار الهدى، الجزائر، 2002، ص.64.

3: عبد العزيز محمودي، اليات تطهير وتسوية سندات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، ط02، منشورات بغدادي، الجزائر، 2010، ص.145.

وقد تطرق المشرع الجزائري من خلال تعديله للقانون المدني رقم 05-10 إلى نوع جديد من الكتابة، وهي الكتابة الإلكترونية، والتي نصت عليها المادة 323 مكرر 01: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها"، وتأسيسا على ذلك فيمكن لصاحب الشأن استعمال الوسائل الإلكترونية عملا أو أخذا بالمفهوم الواسع للكتابة، وخاصة أن الكتابة الإلكترونية تتم معالجتها بطريقة رقمية، وتخزن البيانات المكتوبة إلكترونيا في أقراص مضغوطة<sup>1</sup>.

فالورقة العرفية لا تتمتع بما تتمتع به الورقة الرسمية من حجية لأن تحريرها يتم بمعزل عن ضمانات الورقة الرسمية، وبشروطها تكون حجة على المتعاقدين وورثتهم، أما بالنسبة للغير فلا بد أن تكتسب تاريخا ثابتا لها، فلا يجوز الاحتجاج على الغير بتاريخ الورقة العرفية إلا إذا كانت ثابتة التاريخ بوجه رسمي لاحتمال التواطؤ بين العاقدين بتقديم التاريخ أو تأخيرها.

ونجد تعارضا واضحا بين نص المادة 776 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن الورثة لا يمكنهم الإحتجاج بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا مع نص المادة 328 من نفس القانون والتي تعتبر تاريخ التصرف الوارد في السند العرفي حجة على الوارث، ووجه التعارض بينها يظهر في أن نص المادة 776 يقضي بأنه لا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا، مع أن ذلك التاريخ يحتج به على الورثة حتى ولو لم يكن ثابتا حسب القواعد العامة<sup>2</sup>.

وفي هذه الحالة الوارث لا يعتبر فيما يتعلق بثبوت تاريخ الورقة العرفية الموقعة من مورثه غيرا، بل خلفا عاما يحتج عليه بتاريخ الورقة كما يحتج على مورثه حجية قابلة لإثبات العكس، ويقع عليه عبء إثبات عدم صحة التاريخ المدون في الورقة العرفية ووقوع تاريخ الحقيقي الذي

1: أحمد برادي، رقباني عبد المالك، السند العرفي وأثره على إثبات الوقف في التشريع الجزائري: مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، بجامعة الجليلي بونعامة، خميس مليانة، المجلد 03، ع03، سبتمبر، 2020، ص.290.

2: محمودي عبد العزيز، المرجع السابق، ص.64-141.



حررت فيه هذه الورقة في أثناء مرض الموت<sup>1</sup>، فإذا نجح في ذلك اعتبر من الغير بالنسبة إلى أثر التصرفات واستفاد من قيود الوصية<sup>2</sup>.

وفي حالة الورقة الرسمية يكفي مقارنة تاريخها بتاريخ بداية المرض للجزم بصدور التصرف في مرض الموت أو قبله، أما في حالة الورقة العرفية فيحتمل أنها قد حررت بعد بداية مرض الموت وأن تكون قد أرخت بتاريخ سابق على ذلك لكي تبدو سابقة على مرض الموت تفاديا لتطبيق حكم الوصية على التصرف المدون فيها، فإن كان تاريخ الورقة العرفية ثابتا بوجه رسمي، كان شأنه شأن تاريخ الورقة الرسمية، وإلا تعين البحث في مدى حججه بالنسبة إلى الورثة<sup>3</sup>.

### ثانيا: أن يكون التصرف تبرعا

لم يعرف المشرع الجزائري التبرع، فلم يورد في قانون الأسرة الجزائري تعريفا لعقد التبرع مع أنه عنون في أبوابه كتاب التبرعات عندما ذكر أحكام ثلاث عقود مشهورة فيه وهي الوصية والهبة والوقف.

لكن عرّف القانون المدني الجزائري عقد المعاوضة الذي يقابل عقد التبرع، وبضدها تتميز الأشياء؛ ففي المادة 58 منه نص على ما يلي: "العقد بعوض هو الذي يلزم كل واحد من الطرفين إعطاء، أو فعل شيء ما".

وقد انتقد هذا التعريف الأستاذ السنهوري ورأى أنه معيب لأنه أقرب لأن يكون تعريفا للعقد الملزم للجانبين، والأدق في نظر الأستاذ السنهوري أن يعرف عقد المعاوضة بأنه العقد الذي يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلا لما أعطاه، فالبيع عقد معاوضة بالنسبة للبائع لأنه يأخذ الثمن في مقابل نقل ملكية الشيء المبيع، وبالنسبة للمشتري لأنه يأخذ الشيء المبيع في مقابل الثمن. وعقد الكفالة معاوضة بالنسبة للدائن المكفول لأنه أخذ كفالة في مقابل الدين الذي له، وهو بالنسبة للكفيل يكون متبرعا إذا لم يأخذ أجرا على كفالته إذ يكون قد التزم دون مقابل. ومن ذلك يتضح أن العقد الواحد قد يكون معاوضة بالنسبة لأحد المتعاقدين وتبرعا بالنسبة

1: سليمان مرقص، المرجع السابق، ص.570.

2: محمودي عبد العزيز، المرجع السابق، ص.66.

3: خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني، عقد البيع، ط04، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص.58.

للمتعاقد الآخر<sup>1</sup>؛ ويبدو أن التعريف الصحيح في نظر السنهوري هو ما جاء به القانون المدني الكندي للكبيك الذي عرف عقد المعاوضة في المادة 1381 الفقرة الأولى من القانون المدني للكبيك بما يلي: "عقد معاوضة هو عقد الذي يستفيد فيه كل طرف مقابلا متبادلا لالتزامه<sup>2</sup>."

ونخلص إلى أن القانون الجزائري لم يعرف عقد التبرع، ولم يتناوله كتصرف مستقل، بل أورد أحكاما مختلفة لأنواع من التبرعات وأورد تعريفا لبعضها كعقد الهبة مثلا، أو للعقد المسمى الذي يعرض له وصف التبرع كعقد الوكالة مثلا في مواضيع مختلفة من القانون المدني وقانون الأسرة.

فإن قصد التبرع وإضافة التملك إلى ما بعد الموت يمكن استخلاصه من القرائن القضائية وهي كثيرة منها بقاء البائع منتفعا بالأعيان التي تصرف فيها، وعدم تسجيل عقد البيع الصادر من المورث إلى أولاده، ووجود ورقة ضد تقضي بأن البيع لا يكون ساريا إلا بعد وفاة البائع وإن ريع المبيع يبقى من حق البائع طوال حياته، وعدم دفع ثمن المبيع ومنع المشتري من التصرف فيه، وبيع الوالد لولده بثمن بخس واحتفاظه بحق الانتقال طوال حياته، واشتمال العقد على منقولاته ومواشيه، وثبوت عدم حاجة المورث إلى أن يبيع أملاكه إلى أحد ورثته وأنه لم يقبض ثمنا وظل واضح يده على أملاكه التي تصرف فيها حتى وفاته، واحتفاظه بالعقد ولم يسلمه إلى المتصرف إليه حتى لا يتمكن من تسجيله، وغير ذلك من القرائن التي لا حصر لها<sup>3</sup>.

ونظرا لاختلاف القضاء في تقدير دلالة هذه القرائن على قصد التبرع وإضافة التملك إلى ما بعد الموت، ولكون هذه القرائن القضائية ليست قاطعة، فلهذا وذاك اختلفت أحكام القضاء وتعارضت في قضايا مماثلة رغم اتحاد الظروف<sup>4</sup>.

ومن المحتمل أن يكون التصرف الصادر عن المورث في مرض الموت معاوضة لا تبرعا، كأن يثبت بأن المورث قد قبض مقابلا لما تصرف، وأكثر ما يكون ذلك في عقد البيع، غير أن المشرع الجزائري قد وضع قرينة على اعتبار التصرف الصادر من المورث في مرض الموت أنه على

1: عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ط02، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص.134 وما بعدها.  
2: Art 1381/1 C.c.Q: le contrat à titre onéreux est celui par lequel chaque partie retire un avantage en échange de son obligation(C.c.Q-code civil du Québec).

خالد سماحي، المرجع السابق، ص.17.

3: عبد الناصر توفيق العطار، إثبات الملكية بالحيازة والوصية، القاهرة، د.س.ن، ص.88.

4: عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، ط03، شركة مطبعة البابلي الحلبي وأولاده، القاهرة، 1997، ص.122.

سبيل التبرع إذا استطاع الورثة إثبات أن التصرف قد صدر من مورثهم أثناء مرض الموت، إذ نصت المادة 776 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه". غير أن هذه القرينة ضعيفة وليست قاطعة ما دام يجوز إثبات عكسها ممن صدر له التصرف، كأن يثبت أن العقد معاوضة وأنه دفع المقابل، فيكون التصرف نافذا في حق الورثة متى كان هذا المقابل معادلا لما أخذه أما إذا كان أقل مما أخذه فإن زاد عن قيمة المقابل يأخذ حكم الوصية<sup>1</sup>.

ولكي نكون بصدد تصرف تبرعي ويلحقه وصف الوصية، ويكون هذا التصرف مطابقا لما نصت عليه المادة 204 من قانون الأسرة، لا بد أن تكون هناك معركة إثبات أخذ وردا وهي موزعة على الخصمين، الورثة من جهة، والمتصرف له من جهة أخرى<sup>2</sup>، فبالنسبة للورثة عليهم أن يثبتوا فقط بأن التصرف صدر في مرض الموت، فإذا نجحوا في ذلك قامت قرينة بسيطة مفادها أن هذا التصرف صادر على سبيل التبرع<sup>3</sup>، إذ أن الإنسان لا يتصرف في مرض موته عادة إلا على سبيل التبرع<sup>4</sup>، أما بالنسبة للمتصرف إليه فعليه أن يثبت أن التصرف الذي صدر في مرض الموت، إنما تم معاوضة وبثمن عادل وليس بخس، فهنا يمكنه أن يتخلص من اعتبار التصرف قد صدر على سبيل التبرع، ومن ثم يتخلص من خطر اعتباره وصية بكل ما يترتب عليه من آثار، فيجوز إثبات المعاوضة بكافة الطرق الإثبات<sup>5</sup>. كما يمكن للمتصرف إليه أن يثبت بأن التصرف سواء كان بعوض أو بقصد التبرع قد صدر في حال صحة المتصرف لا في حال مرض موته، وهنا أيضا يتخلص من خطورة اعتبار التصرف وصية.

ونلاحظ أن المشرع قد تدخل إلى جانب الورثة لتقرير حمايتهم، فبعد أن أعطاهم في مجال إثبات التصرف أنه تم في مرض الموت بجميع الوسائل بما فيها التقارير الطبية، والقرائن، وشهادة

1: نبيل صقر، المرجع السابق، ص. 57-58.

2: علاوة بوتغرار، المرجع السابق، ص. 50.

3: خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص. 248.

4: محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني، العقود المسماة: عقد البيع والمقايضة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003، ص. 465.

5: بن غريب رابع، المرجع السابق، ص. 356.

الشهود، لإثبات مرض الموت لكونه واقعة مادية، أراد كذلك في الفقرة الثانية من المادة 776 من القانون المدني الجزائري حمايتهم من التاريخ الصوري الذي قد يتم تقديمه ليسبق مرض الموت، وبالتالي إفلات المتصرف له أو التصرف على أنه وصية، فنص المشرع صراحة على أنه لا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً<sup>1</sup>.

ولكن من النادر أن يكون التصرف معاوضة حيث يكون في غالب الأحيان بنية التبرع، وعليه إذا انطوى التصرف صراحة على معنى التبرع فلا صعوبة في الأمر وتسري عليه أحكام الوصية طبقاً للمادة 776 من القانون المدني الجزائري، ومنها الهبة وغيرها من التصرفات التبرعية.

فمتى توافر الشرطان سابقا الذكر، فإن الوارث ينتقل من صفة الخلف العام إلى صفة الغير من حيث نفاذ التصرف عليه، لا من الغير من حيث ثبوت التاريخ الذي يبقى حجة عليه حتى يثبت عدم صحته.

وبالتالي يستفيد الورثة بما هو مقرر لهم من تقييد حرية الإيضاء في مرض الموت، وهو ما سنتناوله في الفرع الثاني.

### الفرع الثاني: تقييد حرية الإيضاء في مرض الموت

اعتبر جمهور الفقهاء<sup>2</sup> أن تصرفات المريض في مرض موته عقود التبرع شبيهة بالوصية وأعطوها من ثم نفس الحكم بوجه عام. لذا تعد الوصية في مرض الموت كالوصية في الصحة وقد أجاز الشارع للموصي ذلك في حدود الثلث رعاية له، لقوله عليه الصلاة والسلام " إن الله تعالى تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم فضعوه حيث شئتم". لهذا يجوز الإيضاء من المريض مرض الموت في حدود ثلث ماله إثارة له ومراعاة لحاله لتدارك ما قد فاته من عمل الخير، فيبادر إلى الوصية بما ينفعه في الآخرة<sup>3</sup>.

#### أولاً: عدم الجواز الإيضاء لوارث

من أهم شروط الموصي له المقيدة لحرية الموصي في الإيضاء بأمواله، ألا يكون الموصي له وارثاً كقاعدة عامة، بحيث يشترط في الوصية للوارث أن يكون الموصي له وارثاً للموصي عند

1 : علاوة بوتغرار، المرجع السابق، ص.50.

2: ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج02، دار الحديث، القاهرة، 1425هـ-2004م، ص.322.

3: عبد السلام أحمد فيغو، التصرفات الصادرة من المريض مرض الموت، منشورات مجلة الحقوق، سلسلة المعارف القانونية والقضائية، القاهرة، 2017، ص.195.

الموت هذا الأخير لا وقت الوصية، حيث لو أوصى شخص لأخيه وله ابن وقت الوصية، ثم مات الابن قبل موت الموصي، فمات الموصي بعدها، فتصبح الوصية لهذا الوارث، لأن الموصي له وهو الأخ صار وارثا للموصي عند موته، فالأخ ليس بوارث عند تقرير الوصية لصيرورته محجوبا بالابن لأن ابنه عند وفاة الموصي أصبح وارثا بوفاة الابن. فان كانت لا تصح الوصية لوارث لما روي عن أبي قلابة عن الرسول أنه قال "إن الله تبارك وتعالى أعطى كل ذي حق حقه، لا وصية لوارث" ولأننا لو جوزنا الوصية للوارث لكان للموصي أن يؤثر بعض الورثة، وفيه إيذاء البعض، فيؤدي إلى قطع الرحم، وإنه حرام، ما أفضى إلى الحرام دفعا للتناقض<sup>1</sup>.

وقد اختلف الفقهاء في مسألة الوصية للوارث من حيث الصحة والجواز أو عدم ذلك، ولهم في ذلك مذاهب ثلاثة:

- **المذهب الأول:** ذهب القائلون به إلى بطلان الوصية للوارث مطلقا، كبطلانها في الوصية بالزائد عن الثلث، ومقتضى هذا الرأي أنه يشترط لصحة الوصية ألا يكون الموصي له وارثا، وقد ذهب إلى هذا القول المالكية في المعتمد عندهم<sup>2</sup> وهو مذهب الظاهرية<sup>3</sup> وأحد قولي الشافعية<sup>4</sup> ورأي بعض الحنابلة<sup>5</sup>.

واعتبر أصحاب هذا الرأي أن إجازة الورثة للوصية بمثابة عطية من عند أنفسهم في مالهم الذي آل إليهم من مورثهم، تفتقر إلى شروط الهبة من اللفظ، والقبول، والقبض، لا تنفيذ الوصية الموصي، لأنه عقد باطل والباطل لا ينقلب صحيحا<sup>6</sup>.

1: الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، ط02، دار الكتب العلمية، 1982، ص.337.

2: أحمد بن غانم بن سالم ابن مهنا شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ج02، دار الفكر، القاهرة، 1415هـ-1995م، ص.132.

3: ابن الحزم، المحلى، ج8، المرجع السابق، ص.356.

4: علي بن محمد أبو حسن الماوردي، الحاوي الكبير، ج8، المرجع السابق، ص.580.

5: أبو محمد عبد الله بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه لإمام أحمد، ج2، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت، 1414هـ-1994م، ص.470.

6: أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، ج01، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1416هـ-1996م، ص.207.

- **المذهب الثاني:** ويرى القائلون به تعليق صحة إجازة الوصية للوارث على إجازة الورثة، وإليه ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية<sup>1</sup> والحنابلة<sup>2</sup> والشافعية<sup>3</sup> في الأظهر وهو قول عند المالكية<sup>4</sup>. وبناء على ما سبق ذكره فإن أصحاب هذا المذهب يرون أن الوصية للوارث تكون بمثابة عقد موقوف على إجازة بقية الورثة، إن أجازوها بعد وفاة الموصي نفذت، وإن لم يجيزوها بطلت ولم يكن لها أثر، وإن أجازها البعض دون البعض نفذت في حق من أجازها، وبطلت في حق من لم يجز، ومن مقتضى هذا الرأي أيضا أنه يرى كون الموصى له غير وارث شرطا لنفاذ الوصية لا شرطا لصحتها، بمعنى أن الوصية للوارث تقع صحيحة في ذاتها ولكنها تكون موقوفة على إجازة الورثة، فإن أجازوها نفذت وإن لم يجيزوها بطلت.

- ويختلف رأيهم هذا عن رأي أصحاب القول الأول في اعتبار إجازة الورثة للوصية تنفيذا لإرادة الموصي لا عطية مبتدأة منهم، وهم يرون أن الإجازة من الورثة تنفيذ لما أَرادَه الموصي وباشر سببه من ناحية، وتنازل عن حقهم المانع من نفاذ الوصية من ناحية أخرى<sup>5</sup>.

- **المذهب الثالث:** وهو القول بصحة الوصية للوارث مطلقا وإن لم يجز الورثة، وهذا مذهب الشيعة الإمامية (الجعفرية)<sup>6</sup>، وبعض الزيدية، وقد أخذ به القانون المصري. حيث جعلوا الوصية لوارث أو للأجنبي في حكم سواء، فتصح للوارث كما تصح للأجنبي، وإن لم يجزها الورثة، إن كانت في حدود الثلث وإلا توقفت على إجازة الورثة<sup>7</sup>.

1: الكساني، بدائع الصنائع، ج07، المرجع السابق، ص.307؛ ابن الهمام، فتح القدير، ج09، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت، 1424هـ-2003م، ص.382.

2: منصور بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشاف القناع، ج04، دار الكتب العلمية، بيروت، 2009، ص.339-340.

3: النووي، روضة الطالبين، ج06، المرجع السابق، ص.108-109.

4: الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، المرجع السابق، ص.428.

5: محمد علي العمري، الوصية للوارث بين النفي والإثبات-دراسة فقهية قانونية مقارنة، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد09، العدد2، 1434هـ-2013م، ص.118.

6: محمد بن النعمان العكبري البغدادي، المقنعة، عقائد الشيعة الإمامية، مؤسسة النشر الإسلامي، 1410هـ، ص.51.

7: أحمد فراج حسين، محمد إمام، نظام الإرث والوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، ط02، منشورات حلي الحقوقية، مصر، 2002، ص.77.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع قد خالف أغلب القوانين العربية، منها القانون المصري في المادة 37 من قانون الوصية حيث نص على أنه: "تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره وتنفذ من غير إجازة الورثة"<sup>1</sup>، وكذا القانون المدني العراقي في المادة 1108 والتي نصت على ما يلي: "يجوز الوصية للوارث وغير وارث في ثلث التركة ولا تنفذ فيما جاوز الثلث إلا بإجازة الورثة"<sup>2</sup>، والقانون اللبناني في المادة 40 من قانون التوارث بين مختلفي الجنسية اللبناني: "تصح الوصية لكل شخص وارث أو غير وارث"<sup>3</sup>، وهي قوانين ذهبت إلى جواز الوصية للوارث مطلقاً دون الحاجة إلى إجازة الورثة، أما الفئة التي منعت الوصية للوارث مطلقاً سواء أجازها الورثة أم لا، منها القانون اليمني الذي نص في المادة 231 من قانون الأحوال الشخصية التي تتحدث عن شروط الموصى له، وتحديدًا في الفقرة (د)، على ما يلي: "أن لا يكون وارثاً عند موت الموصي"<sup>4</sup>، وبالرجوع إلى القانون الجزائري نجد أن المشرع قد نص في المادة 189 من قانون الأسرة على أنه: "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي"، واعتبر الوصية للوارث صحيحة، ولكنها موقوفة على إجازة الورثة.

وقد أكدت المحكمة العليا على شرط إجازة الورثة لتنفيذ الوصية للوارث، ف جاء في إحدى قراراتها ما يلي: "... وبما أن الطاعنة أيضاً هي زوجة الهالك الواهب شرعاً، ولها حق الإرث منه واعتباراً لأحكام الشريعة الإسلامية وما تنص عليه المادة الأولى من قانون المدني التي تحيل فيما يخص هذا النوع من التصرفات والعلاقات إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وعليه بما أنه ثبت شرعاً فإن الوصية للوارث لا تتم إلا إذا أجازها الورثة..."<sup>5</sup>.

وفي قرار آخر لها، جاء فيه يلي: "... حيث أنه بالإضافة إلى عدم صحة الوصية المشار إليها، فإن المادة 189 من نفس القانون تنص أنه لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة، حيث أن المطعون ضدها هي من بين الورثة وأنها تعارض الوصية وترفض إجازتها.

1: المادة 37 من قانون رقم 71 من قانون الوصية الصادر في 1946.

2: المادة رقم 1108 من القانون رقم 40 لسنة 1951.

3: المادة 40 من القانون 23 حزيران 1959 المتعلق بالتوارث بين مختلفي الجنسية اللبناني.

4: المادة رقم 231 من القانون رقم 20 لسنة 1992، المتعلق بالأحوال الشخصية.

5: المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 59240، م.ق، ع03، 1992، ص.59.

حيث أن قضاة الموضوع بقضائهم باستبعاد الوصية للأسباب المذكورة أعلاه يكونوا بذلك قد طبقوا القانون ...<sup>1</sup>.

وبالرغم من اشتراط المشرع الجزائري عدم كون الموصى له وارثا للموصي، إلا أنه لم يبين وقت اعتبار هذا الشرط، ومن ثم وجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية استنادا للمادة 222 من قانون الأسرة لتحديد الوقت الذي يعتد فيه بهذا الشرط.

ولقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على اعتبار وقت اشتراط كون الموصى له وارثا أو غير وارث بوقت وفاة الموصى لا وقت إنشاء الوصية، لأن الوصية تملك مضاف إلى مابعد الموت، وتملك يثبت للموصي له بعد الموت، ولأن كون الشخص وارثا أو غير وارث لا يتحقق إلا بالموت، فالمانع من تنفيذ الوصية هو صفة الوارث وهي صفة الإرث وهي تعلم إلا وقت الموت<sup>2</sup>. والمشرع الجزائري بهذا الموقف قد تفادى خلق الشقاق والأحقاد بين الورثة، بمنع الوصية للوارث بصفة مطلقة، كما فعل القانون المغربي، وذلك تجاه بعض الحالات المشروعة كالولد المصاب بعاهة أو مرض مزمن، ويريد والده الإيصاء له لتأمين حياته وعلاجه. كما أنه قد يثير البغضاء بين آحاد الأسرة بالسماح المطلق لنظام الوصية للوارث.

كما خرج كل من المشرع العراقي والمصري عن هذا الموقف، وأخذ برأي الشيعة الإمامية والزيدية، فأجاز الوصية للوارث وغير الوارث، ولم يقيدا تنفيذها على إجازة الورثة بعد الوفاة رغم تعديها مقدار الثلث.

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري فإنه إذا صدر من المريض تصرف ينطوي على تبرع، جرى عليه حكم الوصية، وبهذا تنص المادة 776 من القانون المدني: "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف".

نستنتج من هذه الفقرة أن التصرف الصادر عن المورث ويكون مقصودا به التبرع يعتبره القانون وصية مستترة تسري عليه أحكام الوصية، لذلك فإن مثل هذا التصرف لا ينفذ في حق الورثة إلا باعتباراه وصية في حدود الثلث، ولا ينفذ فيما عدا ذلك إلا إذا أجازته الورثة، فهذا

1: المحكمة العليا، غ.أ.ش، 05-03-1990، ملف رقم 160350، م.ق، ع03، 1992، ص.59.

2: علي بن عبد الرحمان بن علي الربيع، أحكام الوصايا في الفقه الإسلامي "دراسة مقارنة، ط01، دار اللواء للنشر والتوزيع، الرياض، 1987، ص.265.



النص إذا عمم فأعطى حكم الوصية لكل عمل قانوني يصدر في مرض الموت، كالهبة إلى غير ذلك من التصرف التي يقصد به التبرع<sup>1</sup>.

### ثانياً: عدم تجاوز ثلث التركة

من القيود الواردة على الوصية ما تعلق بالموصى به، والمتمثلة في اشتراط حدود للوصية هي عدم تجاوز الموصي به ثلث التركة، وهذا ما أجمع عليه الفقهاء مستندين على حديث سعد بن أبي وقاص إلى الرسول صلى الله عليه وسلم - قال سعد - رضي الله عنه: "جاءني رسول الله صلى الله عليه وسلم، يعودني من وجع اشتد بي، فقلت يا رسول الله: إني قد بلغ بي من الوجع ما ترى وأنا ذو مال، ولا يرثني إلا ابني لي، فأصدق بثلثي مالي، قال: كلا، فقلت: فالشطر، قال: كلا، قلت: فالثلث يا رسول الله، قال: "الثلث، والثلث كثير، انك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس".

وكذا قوله صلى الله عليه وسلم: "إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند مماتكم"<sup>2</sup>. ويتضح من هذه الأحاديث أن ما زاد عن الثلث التركة إنما هو خالص للورثة فإن رفضوه لا يجوز لأحد أن ينفذ عليه ذلك، لذا يستحب في الفقه الإسلامي أن يوصي الإنسان بما دون الثلث، سواء كان الورثة أغنياء أم فقراء.

كما جاء في أحكام الشريعة الإسلامية أنه من تصدق وهو مريض واستمر على مرضه الذي لا يقدر معه على التصرف بأن يكون ملازماً للفراش إلى أن مات، فإن الصدقة تبطل لحق الورثة في المال وتصير وصية وتخرج من الثلث بعد أن كانت صدقة تخرج من رأس المال وتجري عليها أحكام الوصايا، فإن كانت بالثلث فأقل لغير وارث نفذت بلا شرط الحوز وإن كانت بأكثر من الثلث أو لوأرث توقف لزومها على إجازة الورثة، فإن صح من مرضه ذلك صحة ظاهرة لزم وصحت بشرط الحوز<sup>3</sup>.

أما موقف المشرع الجزائري فيتبين من صريح المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري فقد اعتمد الثلث كحد أقصى للوصية وما زاد عنه يتوقف على إجازة الورثة، وعليه نجد أن الإشكال

1: رشاد السيد إبراهيم عامر، المرجع السابق، ص.81.

2: الإمام الكبير على بن عمر الدارقطني، المرجع السابق، ص.323.

3: التوزري عثمان بن المكي، التوضيح الأحكام على تحفة الحكام، ج04، ط01، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1339هـ، ص.28.

لا يثور في حالة ما إذا وجد ورثة يميزون أو يرفضون الزيادة، وفي هذا السياق صدر عن المحكمة العليا قرار حيث جاء فيه مايلي: " من المقرر قانونا أه تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة، ومتى تبين في قضية الحال- أن الوصية صدرت في حياة الموصية لأولادها ابنها(س) حال حياة هذا الأخير في ثلث التركة باعتبارهم غير وارثين، فإن قضاة المجلس بقضائهم بتأييد حكم المحكمة القاضي بحصر التركة وتقسيمها على الورثة وتحديد نصيب كل وارث وإلغاء الوصية على أساس أن الموصى لهم يعدون من ورثة الموصية، فإنهم خالفوا القانون وأخطأوا في تطبيقه مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه"<sup>1</sup>.

ويلاحظ من خلال القرار الصادر من المحكمة العليا أنها نقضت القرار على أساس أن المادة 189 من قانون الأسرة نصت على أنه: " لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي"، ولكن قضاة الموضوع أخطأوا في تطبيق القانون حيث تم إلغاء الوصية على أساس أن الموصى لهم يعدون من ورثة الموصية.

والملاحظ أنه ليس هناك إشكال في حالة وجود ورثة، وإنما يطرح الإشكال في حالة عدم وجود الورثة فهنا قانون الأسرة أغفل هذه الفرضية ولم ينص عليها، لكن بالرجوع إلى القواعد العامة في الميراث فإن المادة 180 الفقرة الرابعة من قانون الأسرة الجزائري تنص على أن: "... فإذا لم يوجد ذو فروض أو عصبة آلت التركة إلى ذوي الأرحام، فإن لم يوجدوا، آلت إلى الخزينة العامة".

وطبقا لقاعدة لا وصية إلا بعد سداد الديون، فإن الثلث الذي ينفذ فيه الوصايا إنما هو الثلث المتبقي بعد تجهيز الميت ونقله إلى مثواه الأخير وسداد الديون، فإذا كانت هناك وصية لغير وارث نفذت من الثلث وأنها لا تتوقف على إجازة الورثة إذا لم يكن للمورث مدينا، وتتوقف على إجازة الدائن إن كان مستغرقا لتركة وإجازة الورثة إذا بقي المال بعد سداد الديون، ولا يخرج مما أوصى به من الثلث الباقي لأن سداد الدين مقدم على نفاذ الوصية، رغم تقدم الوصية بالذكر في القرآن الكريم على الدين، وكذلك لأن الدين واجب والوصية تبرع مباح في حدود قواعد الشرعية والواجب يقدم على التبرع<sup>2</sup>.

1: المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1997/07/29، ملف رقم 166090، م.إ.ق، عدد خاص، 2001، ص.298.

2: أحمد إبراهيم، الهبة والوصية وتصرفات المريض مرض الموت، مطبعة العلوم، القاهرة، 1993، ص.280.

أما بالنسبة لوقت تقدير الثلث فهو محل اختلاف الفقهاء ولهم في ذلك رأيان، حيث أن جمهور الفقهاء ومنهم المالكية والحنفية والحنابلة<sup>1</sup>، يرون أن وقت تقدير الثلث هو وقت قسمة التركة، لأنه وقت استقرار الملك وتنفيذ الوصية، لذلك إذا ما حدث أي نقص أو هلاك في التركة قبل القسمة ذلك النقص على جميع الورثة والموصى لهم، أما الرأي الثاني فهو للشافعية<sup>2</sup> الذين يقدرون الثلث وقت الوفاة لذلك كل زيادة في الموصى به المعين بعد الوفاة يكون ملكا خالصا للموصى له، ولا تحتسب من الثلث لأنها ملكه وبالمقابل تقع عليه نفقة الموصى به وقت الوفاة على أنها نماء ملكه وليس على أساس الوصية<sup>3</sup>.

أما المشرع الجزائري فلم يحدد في قانون الأسرة الوقت الذي يقدر فيه الثلث الجائز الوصية به، لذلك كان لزاما بالرجوع إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، ونظرا لاختلاف الآراء الفقهية فإنه كان من الضروري على المشرع وضع نص دقيق يحدد فيه وقت تقدير الثلث، وخلافا للمشرع المغربي الذي أورد نصا صريحا حدد فيه وقت الذي يقدر فيه الثلث، فجاء في المادة 310 من مدونة الأسرة المغربية ما يلي: "يعتبر الثلث بالنسبة لما تبقى من التركة بعد الوفاء بالحقوق التي تخرج من التركة قبل الوصية".

وعليه تكون المدونة المغربية، بهذه المادة قد اعتمدت الراجح من المذهبين، المالكي، والحنفي، حيث أكدت هذه المادة أن الثلث يقدر بالنسبة لما تبقى من التركة بعد إخراج ما تعلق بها من ديون وحقوق الغير، المأمور شرعا بتقديمها قبل إخراج الوصية من التركة؛ لأنه لا وصية قبل وفاء الديون، والحقوق المتعلقة بالتركة، أي أن تقدير الثلث يكون وقت التنفيذ والقسمة لا يوم الوصية ولا يوم الموت<sup>4</sup>.

1: الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، المرجع السابق، ص427؛ الماوردي، الحاوي، ج10، المرجع السابق، ص19؛ الشريبي، مغني المحتاج، ج03، المرجع السابق، ص47.  
2: وهبة الزحيلي، باب الوصية، المرجع السابق، ص7544.  
3: زروق عبد الرؤوف، المرجع السابق، ص17.  
4: عبد الكريم شهبون، شرح مدونة الأسرة المغربية، ج02، ط02، دار نشر المعرفة للنشر والتوزيع، الرباط، 1987، ص231.

وباختلاف الآراء الفقهية والقانونية على مقدار الوصية، إلا أنه ثم الاتفاق على مشروعيتها سواء من القرآن الكريم، والسنة وعمل الصحابة رضي الله عنهم، وإجماع علماء المسلمين، وكذا معظم القوانين العربية وهذا ما سيتم التطرق إليه.

### المطلب الثاني: مشروعية وصية المريض مرض الموت

كل ما من شأنه أن يقرب بين قلوب الناس ويغرس فيها المحبة، ويؤكد فيها روابط الود، مطلوب في الشريعة الإسلامية، والوصية هي تصرف من التصرفات الناقلة للملكية في الإسلام التي ترك فيها الاختيار للأشخاص، ومما لا شك فيه أن الوصية عرفت منذ أن عرف الإنسان المال وأحس بأن حياته فانية، مما يقتضي منه التفكير في مصير ثروته، ومستقبل أبنائه، وقد انعكس هذا الاهتمام الكبير بأحكام الوصية على مختلف التشريعات العربية، وبالتالي حكم وصية المريض مرض الموت عند جمهور الفقهاء، لا تختلف بين ما إذا صدرت في حالة الصحة أو في مرض الموت، هذا إذا كان المريض ثابت العقل كامل الإدراك والشعور<sup>1</sup>، فأجازوا الوصية لأجنبي واختلفوا في جوازها لو ارث.

### الفرع الأول: وصية المريض لغير وارث (لأجنبي)

إن تبرع المريض في مرض الموت لغير الوارث تنفذ في حدود ثلث التركة ولا تحتاج إلى إجازة الورثة في ذلك، إلا إذا زاد التبرع عن ذلك فإن هذه الزيادة لا تنفذ إلا بإجازة الورثة ويشترط في الإجازة أن تكون بعد وفاة المورث وليس قبل الوفاة<sup>2</sup>. وبالتالي لم يختلف الفقهاء المسلمون في وصية المريض مرض الموت لأجنبي من حيث صحتها وجوازها، بشرط عدم زيادة مقدارها عن الثلث في حالة وجود وارث، وإذا كان المقدار يزيد عن الثلث يقتضي في هذه الحالة إجازة الورثة، فإذا رفض الورثة الإجازة بطلب الزيادة لا تنفذ إلا في حدود الثلث، أما إذا أجازها الورثة فتنفذ فيما زاد عن الثلث<sup>3</sup>.

فقد ورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم عن عامر بن سعد بن أبي وقاص عن أبيه، قال: جاءني صلى الله عليه وسلم يعودني من وجع اشتد بي فقال: يا رسول الله بلغ مني الوجع ما ترى، وأنا رجل ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي أفأصدق بثلثي مالي، فقال: "لا" فقلت فشطره،

1: أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص. 316.

2: حاج مخناش سهيلة، المرجع السابق، ص. 241.

3: محمد جواد مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة، الطبعة الأخيرة، دار الجواد، دار تيار، لبنان، 2000، ص. 470.

قال "لا"، فقلت فالثلث، قال: الثلث والثلث كثير إنك إ إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس<sup>1</sup>.

وهذا الحديث يدل على جواز الوصية بالثلث، حيث أنه لم ينع عن الثلث، بل أخبره بأنه كثير وأورد في مدلوله أيضا على الوصية بأقل من الثلث أفضل، وأيضا لهذا الحديث دلالة على الوصية لثلث المال ويعتبر هذا من فضل الله على عباده للزيادة في الحسنات في الوقت الذي انقطع فيه عن العمل الصالح.

وبناء على ذلك لم يختلف الفقهاء المسلمون في الوصية لأجنبي من حيث جوازها بشرط عدم زيادة مقدارها على الثلث في حالة وجود وارث، وإذا زادت على الثلث يقتضي إجازة الورثة<sup>2</sup>، فالوصية بما يزيد على القدر الذي يجوز الإيصاء به لا ينفذ إلا إذا أجازها باقي الورثة<sup>3</sup>. ومن ذلك نرى أن الوصية بأكثر من الثلث لا تكون نافذة إلا بإجازة الورثة، فإذا امتنع الورثة عن الإجازة بطلت الزيادة ونفذت في الثلث، أما إذا أجازها بعض منهم ورفضها بعضهم الآخر، فتنفذ الوصية بالثلث فيما يخص المحيز فقط وتبطل في حق الرافضين لها أي الزيادة عن الثلث.

أما إذا لم يكن للموصي ورثة، فإن الزيادة على الثلث لا يتوقف على إجازة أحد، فهي تنفذ؛ فقول ابن مسعود جواز الزيادة على الثلث لأن الموصي لا يترك في هذه الحال من يخشى عليه الفقر، لأن الوصية جاءت في الآية مطلقة، وقيدتها السنة بمن له وارث فبقي من لا وارث له على الإطلاق<sup>4</sup>.

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 185 من قانون الأسرة على أنه: "تكون الوصية في حدود الثلث التركة، وما زاد على الثلث توقف على إجازة الورثة". بمعنى حق الإنسان في الإيصاء مقيد بالثلث؛ أي يكون في نسبة الثلث من كل التركة عند لحظة الوفاة، فإن زادت عن الثلث في هذه الحالة وجبت إجازة الورثة فإن أجازوا جميعا ما زاد عن الثلث نفذت الوصية وإن

1: محمد بن عيسى الترمذي، جامع الكبير، المجلد 03، ط01، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1996، ص.617.

2: محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص.59.

3: محمد زيد الايباني، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، مكتبة النهضة، بيروت، 1430هـ، ص.277.

4: أحمد بن محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت 1996، ص.483-

أجاز البعض دون الآخر نفذت في حق من أجاز بقدر نصيبه بينما لا ينفذ في حق من رفض، أما إذ رفضها الجميع فلا وصية إلا بالثلث<sup>1</sup>، وتنفذ في حدود الثلث بقوة القانون.

والمقتضى ذلك إذا صدر من المريض تصرف ينطوي على التبرع، جرى عليه حكم الوصية، وبهذا تنص المادة 776 من قانون المدني: "كل تصرف قانوني يصدر عن الشخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت تسمية التي تعطى إلى هذا التصرف".

وباعتبار أن الوصية التي تنطبق أحكامها على تبرع المريض في مرض الموت هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت وليست بتمليك في الحال بعد التبرع مباشرة، وعليه فإذا وهب مثلا المريض في مرض الموت عقارا أو منقولا يدخل في ذمته المالية، إلى أحد إخوته ولم يكن للواهب ابن في وقت الهبة، ثم بعد ذلك ولد ابن له بعد وفاة الواهب، فإن أخ الواهب في هذه الحالة لا يرث، وبالتالي ينطبق عليه حكم التبرع في مرض الموت لغير الوارث وليس حكم التبرع في مرض الموت للوارث<sup>2</sup>. فنجد تطبيقا لهذا الحكم في قانون الأسرة في المادة 204 منه حيث نصت على أن: "الهبة في مرض الموت والأمراض المخيفة تعتبر وصية"، بمعنى إخضاعها لحكام الوصية ولا تنطبق عليها أحكام الهبة<sup>3</sup>.

فإذا وهب المورث مقدارا من المال يفوق الثلث فهو متوقف على إجازتهم، كما يحق لهم الاعتراض عن المقدار الزائد عن الثلث.

### الفرع الثاني: وصية المريض لوارث

بالرجوع إلى نص المادة 189 من قانون الأسرة التي نصت على أنه: "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي" ومفاد هذا النص أن الوصية كأصل لا تجوز لوارث، ويبقى نفاذها موقوفا على إجازة باقي الورثة بعد وفاة الموصي.

وبناء عليه يتضح لنا جليا أنه يشترط لصحة الوصية لوارث قبولها من طرف باقي الورثة حتى ولو لم تتجاوز حدود ثلث التركة، فإن أجازوها بعد وفاة الموصي صحت الوصية ونفذت

1: علاوة بوتغراة، المرجع السابق، ص.11.

2: محمد إياد جاد الحق، هبة المريض مرض الموت في مجلة الأحكام العدلية-دراسة مقارنة، مجلة الجامعة الإسلامية، المجلد 19، العدد الثاني، يونيو 2011، فلسطين، ص.53.

3: بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص.22-23.

في حق الوارث الموصى له، وإن لم يجزوها بطلت ولم تنفذ، أما إذا أجازها بعض الورثة ورفضها البعض الآخر صحت الوصية ونفذت في حصة من أجازها وبطلت في حق من لم يجزها، وقد خالف المشرع الجزائري بهذا الحكم القوانين العربية التي أجازت الوصية لوارث إذا كانت في حدود ثلث التركة دون إجازة باقي الورثة، وقد وافق المشرع الجزائري بذلك ما ذهب إليه جمهور الفقهاء والذي يقضي باعتبار الوصية لوارث صحيحة موقوفة على إجازة باقي الورثة مهما كان مقدار الشيء الموصى به<sup>1</sup>.

كما نص المشرع الجزائري في المادة 777 من القانون المدني الجزائري: "يعتبر التصرف وصية وتجري عليها 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". ويستفاد من هذا النص أن المشرع الجزائري اعتبر من قبيل الوصية إذا تصرف شخص لأحد ورثته بالبيع أو الهبة أو غيرها واحتفظ لنفسه بحيازة العين للانتفاع بها ما دام حيا كان ذلك تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت ما لم يقيم دليل يخالف ذلك.

كما أن نص المادة جعل من احتفاظ المورث في تصرفه بحيازة العين بأية طريقة كانت وبحقه في الانتفاع بها مدى الحياة قرينة قانونية على أن التصرف وصية مستترة، فرغم أن التصرف لم يصدر من الشخص في مرض الموت بل في حال الصحة، إلا أنه لم يطلقه بل قيده بأن احتفظ لنفسه بحيازة العين والانتفاع بها طوال حياته، فاشتراط المشرع شروطا لا بد من توافرها في التصرف الذي يجربه المورث حتى يسري حكم المادة 777 من القانون المدني الجزائري وهي أن يكون التصرف لوارث، أي أن يحتفظ المتصرف بحيازة العين المتصرف فيها مدى الحياة، وأن يحتفظ المتصرف بالانتفاع بالعين مدى الحياة، كما تضمنت المادة أحكام هذا التصرف وقواعد الإثبات المتعلقة بها.

### أولا: شروط التصرف الواردة بالمادة 777 من القانون المدني

حتى تقوم القرينة القانونية الواردة في المادة 777 من القانون المدني لا بد من توافر شروط

محددة:

1: شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري-الهبة، الوصية، الوقف، دار هومة، الجزائر، 2014، ص.210.

1- أن يتم التصرف لوارث: حتى يسري حكم المادة 777 قانون مدني لابد من أن يكون التصرف قد تم لوارث، وعليه فإذا تخلف هذا الشرط فلا يمكن التمسك بالقرينة القانونية، واعتبار التصرف وصية، وبالرغم من أن هناك ظروفًا قد تدفع المورث إلى الإيحاء لغير وارث بأكثر من ثلث التركة لوجود علاقة قوية تربطه بهذا الأجنبي<sup>1</sup> يرى من خلالها أن يوصي له بكل ماله أو بجزء كبير منه، فيلجأ تبعاً لذلك إلى إصباغ صفة البيع أو الهبة أو غيرها على تصرفه مع الاحتفاظ بالحيازة والانتفاع بالمال، لذا فإن لم تطبق عليه القرينة القانونية عملاً بحرفية النص فإنه يمكن اعتبار ذلك قرينة قضائية<sup>2</sup>، فيتعطل تطبيق المادة 777 بوصفها القرينة القانونية، ويطبق القاضي في النزاع على أساس أنه قرينة قضائية، ولكن القاضي حر في أن يأخذ بهذه القرينة القضائية أو لا يأخذ بها كما هو ثابت في مبادئ القانون لأنها تعتبر كسائر القرائن القضائية الخاضعة لمطلق تقديره وواسع نظره تحت رقابة المحكمة العليا فيما يخص تسبب الحكم سواء اعتبر ذلك قرينة قانونية أو قرينة قضائية، فهو في الحالتين يقبل إثبات العكس<sup>3</sup>.

وإضفاء صفة الوارث على المتصرف له تقرر حماية للتصرفات المبرمة من طرف المورث لغير الوارث، فالأصل أن التصرفات التي يبرمها الشخص الصحيح سواء كانت بعوض أو بدون عوض صحيحة منتجة لآثارها، فيكون هذا التصرف نافذا فيما بين المتعاقدين ويسري أثره على الغير المعني به، واستثناء تنقيد هذه الحرية في التصرف في الحالات التي نص عليها القانون، وهذا ما يجعل حق الورثة المتعلق بالطعن في تصرفات مورثه تطبيقاً لأحكام المادة 777 من القانون المدني مصدره القانون مباشرة، باعتبار أن التصرف لأحد الورثة يجرم منه ورثة آخرون، كما أن الاحتفاظ بالحيازة والانتفاع مدى الحياة يفترض فيه قصد التحايل على نظام الموارث المقرر شرعاً، وهذا الحق لا ينشأ إلا بعد وفاة المورث وبه تثبت الصفة الشرعية للطاعن كوارث. وأن

1: عبد الرزاق السنهوري، العقود التي تقع على الملكية، المرجع السابق، ص.220.

2: عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، ص.845.

3: رمضان أبو سعود، شرح العقود المسماة- في عقد البيع والمقايضة، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، 2003، ص.79، 80.



الورثة يعتبرون من الغير بالنسبة إلى مورثهم في الالتزامات التي أبرمها، لأن حقوقهم متعلقة بثلاثي التركة<sup>1</sup>.

إذن المتفق عليه هو ضرورة إخضاع التصرف لوارث وذلك بهدف إعمال القرينة القانونية الواردة في نص المادة 777 من القانون المدني الجزائري، غير أن إضفاء صفة الوارث على المتصرف له وحدها غير كافية لإعمال القرينة، لذلك يستلزم على الوارث إقرارها بجيازة العين المتصرف فيها مدى الحياة.

2- أن يحتفظ المتصرف بجيازة العين المتصرف فيها مدى الحياة: إضافة إلى الشرط الأول والذي نصت عليه المادة 777 من القانون المدني والمتمثل في اقتصار التصرف لوارث، يجب أن يستثنى المتصرف لنفسه جيازة العين المتصرف فيها مدى الحياة، فتعرف الجيازة على أنها وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على الشيء أو حق من الحقوق، بقصد الظهور بمظهر المالك، أو صاحب حق عيني آخر، سواء كان هذا الشخص هو صاحب الحق أو لم يكن كذلك وتتحقق هذه السيطرة الفعلية لمباشرة أعمال تنفق ومضمون الحق وعادة ما يباشرها المالك نفسه<sup>2</sup>.

وبالرجوع إلى نصوص القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على تعريف الجيازة وإنما أورد الأحكام التي تنظمها من المادة 808 إلى المادة 843 من القانون المدني.

وللجيازة عنصران مادي ومعنوي، فالعنصر المادي يتمثل في مجموع الأعمال المادية التي يأتيها الحائز والتي يخولها حق من حقوق الملكية يريد الحائز اكتسابه على الشيء والانتفاع به، حتى يظهر بمظهر صاحب الحق<sup>3</sup>. أما العنصر المعنوي فيتجسد في اتجاه نية الحائز إلى مباشرة تلك الأعمال لحساب نفسه فتكون له نية الظهور بمظهر المالك، والجيازة لا ترد بمعناها الصحيح إلا على الحقوق العينية، أما الحقوق الشخصية فلا ترد عليها ويجب أن ترد على الأشياء المادية التي

1: عبد الحميد الشواربي، موسوعة عقد البيع المشكلات العملية والدعاوي والدفع، شركة ناس للطباعة، القاهرة، سبتمبر 2019، ص177.

2: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد التاسع، المرجع السابق، ص.784.

3: رمضان أبو سعود، الوجيز في الحقوق العينية والأصلية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1988، ص.580.

يمكن التسلط عليها تسليطا ماديا، والحق محل الحيازة قد يكون عقارا أو منقولا وقد يكون مفرزا أو شائعا<sup>1</sup>.

إلا أن الحيازة التي تعد شرطا لقيام قرينة المادة 777 من القانون المدني تختلف عن الحيازة كسبب من أسباب الملكية، فاحتفاظ المتصرف بحيازة العين بأي طريقة معناه ان يكون حائزا لها باعتباره منتفعا لا مالكا<sup>2</sup>، فيتحقق معه الركن المادي دون الركن المعنوي، وعليه فإن الحيازة المقصودة في هذا النص هي السيطرة القانونية والفعلية على الشيء محل التصرف أي أنه يكفي مجرد وضع اليد ولا يشترط توافر الركن المعنوي لها.

وقد يحتفظ المتصرف بحيازة الشيء وإدارته أو كان يشترط بقاء الحيازة لديه في العقد، إلا أن اشتراط منع المتصرف إليه من التصرف في العين طوال حياة المتصرف لا يقيم قرينة على وجود العين في حيازة المتصرف، فرغم وجود الشرط المانع فقد تبقى العين مع ذلك في حوزة المتصرف إليه، فالانتفاع بها يعني بالضرورة حيازتها، واحتفاظ المورث بحق الانتفاع طوال حياته كاف وحده لقيام القرينة القانونية فهو يتضمن الانتفاع بالعين مدى الحياة واستبقاء الحيازة في يده بصفته منتفعا.

وعلى هذا الأساس اختلفت الحيازة المنوه بها في المادة 777 من القانون المدني الجزائري عما سواه، لأن المشرع عالج بها أمرا بالغ الأهمية يتعلق بالتحويل على الميراث المتعلق بالنظام العام، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا على أنه: "من المبادئ المستقر عليها في الفقه الشريعة الإسلامية أن حيازة الموهوب له لمال تعد شرطا لصحة عقد الهبة، وتأسيسا على ما تقدم يستوجب نقض القرار الذي يقضي بصحة الهبة استنادا على تصريح الوارد بالعقد المتمثل في انتقال الحيازة للموهوب له دون التأكيد من وقوع الحيازة الفعلية"<sup>3</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن احتفاظ المورث بالحيازة التي اشترطها المشرع لإعمال القرينة الواردة في المادة 777 من القانون المدني هي حيازة مادية محضة، وذلك لأن نية الحائز لا تتجه إلى وضع اليد على العين بهدف السيطرة عليها وتملكها بمرور الزمن، وإنما هي حيازة منصبية بهدف احتفاظ المتصرف بالانتفاع بالعين المتصرف فيها مدى الحياة. وقد جعل النص في احتفاظ المورث

1: محمود عبد العزيز، المرجع السابق، ص.106.

2: رمضان أبو سعود، المرجع السابق، ص.199.

3: المحكمة العليا، غ.أ.ش، 21-04-1986، ملف رقم 40457، م.ق، ع 02، 1998، ص.72.

في تصرفه بحيازة العين بأية طريقة كانت وبحقه في الانتفاع بها مدى الحياة قرينة على أن التصرف وصية مستترة<sup>1</sup>، ومهما كان فالأمر يخضع لتقدير القاضي وقناعته وفق ما يقدم له من أدلة ودفوع؛ والحيازة هي واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات، حيث أكدت المحكمة العليا في قرارها الصادر عن الغرفة العقارية بتاريخ 2000-11-22: " أن الحيازة واقعة مادية يتم إثباتها بجميع الطرق القانونية"<sup>2</sup>.

وتدعيما لذلك أصدر القضاء المصري أحكاما قدمت من خلا لها بعض القرائن التي يستفاد منها انصراف نية المتصرف فإننا سنعرض بعض ما جاء فيها عن محكمة النقض المصرية: إن بيع الأب لولده عينا بثمن بخس، على أن يحتفظ بحق الانتفاع طوال حياته، وإيداع الام مبالغ نقدية في صندوق التوفير باسم ابنتها التي تعيش في رعايتها والتي لا مورد لها، إضافة إلى أن ثبوت عدم حاجة المورث إلى بيع أملاكه لأحد ورثته وأنه يتقاضى ثمنا وظل واضعا يده على أملاكه التي تصرف فيها حتى وفاته، كما احتفظ بالعقد ولم يعطيه للمتصرف إليه حتى لا يتخذ إجراءات تسجيله، كذلك دفع ثمن المبيع ومنع المشتريين من وضع أيديهما عليه<sup>3</sup>.

متى اجتمعت هذه الشروط وقامت قرينة بسيطة بأن التصرف وصية بغض النظر عن التسمية التي تعطى للعقد سواء بيع أو هبة أو مبادلة<sup>4</sup>، ويجوز للمتصرف له أن يثبت العكس، أي أن للمتصرف إليه أن يدحض " قرينة نية الإيضاء بأن يقيم الدليل على عكسها بكافة طرق الإثبات، كما لو أثبت أن التصرف لم يكن على سبيل التبرع وإنما هناك عوضا دفعه للمتصرف وإقامة دليل على واقعة دفع الثمن أو أن يثبت أن المتصرف قصد نقل ملكية العين حال حياته، أو أن حيازة المتصرف أو انتفاعه بالشيء المتصرف فيه يستند إلى سبب آخر كعقد إيجار أو عقد عارية أو مقاصة بشان الديون وغيرها<sup>5</sup>.

1: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص.201.

2: المحكمة العليا، غ. ع، 2000-11-22، ملف رقم 201544، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، ج02، 2004، ص.283.

3: محمد زهدود، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الاسلامية، المرجع السابق، ص.146.

4: شورو نورية، تنازع القوانين في مسائل الميراث، الوصية، وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، مجلة صوت القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، مجلد الخامس، العدد02، أكتوبر2018، ص.203.

5: حمدي باشا عمر، عقود التبرعات "الهبة -الوصية-الوقف"، دار هومة، الجزائر، 2004، ص.78.

وإضافة إلى الشرطين السابقين يمكن إضافة الشرط الثالث حتى تتمكن من تطبيق المادة 777 من القانون المدني هو أن يحتفظ المتصرف بالانتفاع بالشيء المتصرف فيه مدى حياته.

ثانياً: أن يحتفظ المتصرف بالانتفاع بالعين المتصرف فيها مدى الحياة: بالرجوع إلى القانون المدني نجد أن المشرع الجزائري لم يحدد معنى الانتفاع، وعلى عكس المشرع الفرنسي الذي أولى له أهمية كبيرة حيث جاء في نص المادة 578 من القانون المدني الفرنسي: "الحق في الانتفاع بأشياء مملوكة لأخر كما ينتفع بها المالك نفسه ولكن بشرط المحافظة على كيانها"<sup>1</sup>، كما عرفه القانون الأردني في المادة 1205 من القانون المدني بأنه: "حق عيني للمنتفع باستعمال عين تخص الغير واستغلالها مادامت قائمة على حالها وإن لم تكن رقبته مملوكة للمنتفع"، أما القانون اللبناني فقد عرفه في المادة 32 من قانون الملكية العقارية بأنه: "حق الانتفاع هو حق مقرر لشخص على ملك الغير والذي يخوله استعماله واستغلاله لمدة معينة، ينتهي بوفاة المنتفع على أن يحافظ على جوهر الشيء ومادته"<sup>2</sup>.

فيمكن القول أن حق الانتفاع هو حق عيني في الانتفاع بالشيء مملوك للغير، فنكون له سلطة استعماله واستغلاله بشرط الاحتفاظ بذات الشيء لرده إلى صاحبه عند نهاية حق الانتفاع الذي ينتهي حتماً بموت المنتفع"<sup>3</sup>.

وينشأ حق الانتفاع بتصرف قانوني كالعقد، أو الوصية، أو واقعة مادية، أو شفعة أو حيازة وهذا طبقاً لنص المادة 844 من القانون المدني الجزائري والتي نصت على أنه: "يكسب حق الانتفاع بالتعاقد وبالشفعة وبالتقادم أو بمقتضى القانون. يجوز أن يوصي بحق الانتفاع لأشخاص متعاقدين إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية، كما يجوز أن يوصي به للحمل المستكن"، فهو حق عيني<sup>4</sup> يخول صاحبه حق التقدم والتتبع، كما يولي صاحبه استعمال

1: محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص.342.

2: علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح قانون المدني (الحقوق العينية الاصلية)، منشأة المعارف، مصر، 2005، ص.26.

3: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد التاسع، المرجع السابق، ص.1200.

4: من خصائص حق الانتفاع أنه حق عيني أصلي متفرع عن حق الملكية لذلك تصلح هذه الصفة لحق الانتفاع سواء ورد على مال منقول أو على مال غير منقول، ولكن بالرجوع إلى المادة 851 من القانون المدني الجزائري كان لزاماً في حالة ورود حق الانتفاع على منقول أن يتم جرد المنقول وتقديم كفالة به من قبل المنتفع، كما يولي حق الانتفاع صاحبه الحق في استعمال شيء يخص الغير واستغلاله وبالتالي يمنح صاحبه ميزة التقدم والتتبع، وبهذا يختلف عن الحق الشخصي الناشئ لمصلحة المستأجر عن عقد الإيجار؛ باعتبار حق الانتفاع حق عيني فقد يقع على شيء مملوك للغير سواء كان عقاراً أو

الشيء يخص الغير واستغلاله<sup>1</sup>، وهو حق مؤقت محدود بوفاة المنتفع<sup>2</sup>، وبالرجوع إلى المواد 852 و853 و854 من القانون المدني الجزائري فقد نصت على أن حق الانتفاع ينتهي بانقضاء الأجل المتفق عليه في ذلك، وإذا لم يكن هناك أجل اعتبر مقررا مدى الحياة المنتفع، كما ينتهي بموت المنتفع حتما، أو إذا هلك الشيء المنتفع به، وينتهي كذلك بعدم استعماله مدة خمسة عشر (15) سنة<sup>3</sup>.

وبالرجوع إلى المادة 777 من القانون المدني الجزائري تشترط أن يحتفظ المتصرف باستعمال الشيء المتصرف فيه بنفسه، وكذا باستغلاله لحسابه الخاص وهذا طوال حياته.

إن حق الانتفاع بالعين مدى الحياة لا بد أن يكون مستندا إلى حق ثابت لا يستطيع المتصرف إليه التجريد منه، فيشترط المتصرف في عقد البيع الذي يصدر منه حق الانتفاع بالعين المبيعة مدى الحياة، ومنع المشتري التصرف في الرقبة<sup>4</sup>، وبذلك يبقى حائزا للعين مدى حياته بصفته منتفعا لا مالكا، دون الحاجة لتتبع حقه في الانتفاع في يد الغير بفضل شرط المنع من التصرف في الرقبة، كما أنه قد يتم اللجوء للاحتفاظ بالانتفاع، بأن يستأجر العين مدى حياته من المتصرف إليه ببدل إيجار يحصل على مخالصة به دون أن يدفعه فعلا، فيتمكن المتصرف من الاحتفاظ بالانتفاع بموجب عقد الإيجار. فمجرد الانتفاع الفعلي الذي لا يستند إلى حق قانوني لا يكفي لقيام القرينة القانونية على الإيضاء كالتوثيق وشهر التصرف في العقار بدون شرط لصالح الورثة مع بقاء المتصرف منتفعا به، غير أنه يبقى لقاضي الموضوع حق استخلاص قرائن قضائية بناء على دفوع الطاعن في التصرف. وهو ما جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا، حيث

---

منقولا؛ (محمدي فريدة زاوي، المدخل للعلوم القانونية(نظرية الحق)، ط 08، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2002، ص.21).

1: يولي صاحبه استعمال الشيء يخص الغير واستغلاله: فالمنتفع يستعمل الشيء كأن يسكن الدار، وله الحق في جميع الثمار لكن حق الانتفاع لا يولي صاحبه التصرف بالشيء، لأن مزية التصرف تبقى للمالك، ويمكن أن يرد حق الانتفاع على الأشياء الغير مادية كحق المؤلف وبراءة الاختراع والقيم المنقولة كالأسهم والسندات والمجموع من المال كالشركات أو المتاجر... الخ؛ (محمد حسين منصور، الحقوق العينية الاصلية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006، ص.217).

2: حق الانتفاع حق مؤقت، فهو ليس مؤبد كحق الملكية بل ينتهي بانقضاء الاجل المحدد له، فإذا لم يحدد أجل انقضائه فإنه ينتهي بوفاة المنتفع حتى ولو لم ينتهي ميعاده فلا ينتقل إلى الورثة، (محمد حسين منصور المرجع، نفسه، ص.217).

3: محمدي فريدة زاوي، المرجع السابق، ص.26.

4: فتحي حسن مصطفى، الملكية بالميراث في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف الإسكندرية، د.س.ن، ص.250.

جاء فيه ما يلي: "من المقرر قانوناً أنه لا تسمع الدعوى إذا رفعت بعد مرور مدة التقادم المسقط. ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بانعدام الأساس القانوني ومخالفة أحكام الشريعة غير مؤسس.

لما كان ثابتاً- في قضية الحال- أن الطاعن لم يرفع دعواه لإبطال عقد بيع العقار المحبس إلا بعد مرور أكثر من 50 سنة، فإن قضاة الموضوع بعدم قبولهم سماع دعواه طبقوا صحيح القانون.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"<sup>1</sup>.

كما يجب أن يكون الانتفاع لحساب نفس المتصرف لا لغيره، أي أن زمام الانتفاع يكون موكولاً إلى إرادة المتصرف إليه وله أن ينتزع الانتفاع من يد المتصرف متى شاء، كما لا يكفي أن يحتفظ المتصرف بالانتفاع لحساب الغير طيلة حياة المتصرف، فحق الانتفاع هنا يكون مقرراً لهذا الغير، وقد جاء في قرار محكمة النقض المصرية في حكم صدر بتاريخ 25-04-1923 إلى أن القرينة التي تضمنتها المادة 917 من القانون المدني المصري أنه لا تقوم إلا بتوافر شرطين أولهما هو احتفاظ المتصرف بحيازة العين المتصرف فيها، وثانيهما احتفاظه بحقه في الانتفاع بها على أن يكون الاحتفاظ بالأمرين مدى حياته ومنطوق الحكم كالتالي: "إذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى بأسباب سائغة إلا أن حيازة المورث للأعيان المباعة منه إلى ورثته واستغلاله لها بعد البيع لم يكن لحساب نفسه ولكن لحسابهم تنفيذاً للتوكيل الصادر منهم إليه فإن الحكم يكون قد نفى احتفاظ المورث بحقه في الانتفاع بالأعيان المتصرف فيها مدى حياته مما انتفى به القرينة القانونية الواردة في المادة 917"، والمادة 917 من القانون المصري يقابلها المادة 777 من القانون المدني الجزائري<sup>2</sup>.

ويقع عبء إثبات توافر الشروط المتعلقة بالانتفاع مدى الحياة على من يدعي توافرها من الورثة<sup>3</sup>، فإذا أثبتوا توافر الشروط مجتمعة أمكن استخلاص القرينة الواردة بنص المادة 777 من القانون المدني، والتي تفيد اعتبار التصرف وصية مستترة<sup>4</sup>، ولكن إذا تخلف أحد الشروط أو عجز

1: المحكمة العليا، غ.أ.ش، 22-09-1986، ملف رقم 43301، م.ق، ع03، 1992، ص.63.

2: عبد الحميد شواربي، المرجع السابق، ص.168.

3: عبد الرزاق السنهوري، المجلد التاسع، المرجع السابق، ص.233.

4: شيخ نسيم، المرجع السابق، ص.189.

الورثة عن إثباتها فلا يمكن إعمال القرينة القانونية، فيكون للطاعن في هذه الحالة إثبات طعنه بكل طرق الإثبات بما فيها القرائن القضائية، إذ لا يوجد ما يمنع قاضي الموضوع من أن يستخلص من ظروف الدعوى قرينة قضائية على قصد التحايل<sup>1</sup>، سواء من خلال أقوال الشهود والقرائن، ومن بين هذه القرائن القضائية عدم تسجيل العقد وعدم دفع الثمن وبقاء العقد في حوزة المتصرف حتى وفاته، كذلك احتفاظ المورث بعقد البيع وبقائه واضعا يده على العين دون أن يقبض ثمنها، إضافة إلى عدم حاجته إلى بيع أملاكه، وقيام البائع بإبراء المشتري من الثمن وكون المتصرف إليه فقيرا لا يستطيع دفع الثمن بأي حال، إضافة إلى وجود ورقة الضد بنفس تاريخ السند تتضمن تعهد المشتري بعدم المساس بملكية العين طوال حياة والديه البائعين له، دون أن ننسى أن إيداع الأم مبالغ نقدية في صندوق التوفير باسم ابنتها التي تعيش في رعايتها والتي لا مورد لها<sup>2</sup>؛ فهذه القرائن القانونية هي ليست ثابتة أو محصورة قانونا، وإنما لاستنباطها وتطبيق حكمها الذي خصها به القانون يبقى فيه المجال واسعا لإعمال السلطة التقديرية للقاضي.

**ثالثا: خضوع التصرف لوarith مع الاحتفاظ بالحيازة والانتفاع مدى الحياة لأحكام الوصية:**

لقد ألحق القانون المدني الجزائري بالوصية التصرف القانوني فأعطاهما حكمها وهو التصرف لوarith مع الاحتفاظ بالحيازة والانتفاع مدى الحياة، وقد نص المشرع في المادة 777 من القانون سالف الذكر على 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".

فبقراءة هذه المادة يتضح لنا أنه إذا عمد المتصرف في حالة صحته لا في مرضه إخفاء وصيته في شكل تصرف منجز كالبيع أو الهبة أو غيرها اعتبر تصرفه وصية متى كان للوارث واحتفظ بموجبه لنفسه بحيازة الشيء المتصرف فيه من جهة، والانتفاع به مدى حياته من جهة أخرى<sup>3</sup>.

من الأفضل أن ينظم الإنسان وصيته حسب الأصول كي يكون مطمئنا إلى أن رغبته ستنفذ بعد موته دون عائق، ولكن قد يرغب الشخص في تجنب الأحكام الآمرة للوصية

1: محمد حسنين، المرجع السابق، ص.222.

2: حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص.79.

3: شيخ نسيم، المرجع السابق، ص.187.

والتحاييل عليها وذلك بإبرام تصرفات يخفي من خلالها الوصية رغبة منه في محاكاة بعض الورثة الآخرين، وغالبا البيع هو الستار الذي يستر به الوصية مع ضمان حقه بمجموعة من الشروط، وهو ما واجهه المشرع الجزائري في المادة 777 من القانون المدني الجزائري.

حيث نجد المشرع هنا يعامل المتعاقد على نقيض مقصوده حيث أقام قرينة قانونية تقوم بمجرد توافر الشروط المذكورة في المادة تضي على التصرف وصف الوصية وتطبيق عليها أحكامها<sup>1</sup>.

وهذا من شأنه أن يجعل الوارث في منزلة الموصى له لا في منزلة المشتري باعتباره أنه لم يحز على العين الموصى بها ولم ينتفع بها إلا عند موت المورث وهذا من أحكام الموصى له. سبق القول أن المشرع نص في المادة 777 على قرينة تؤدي لاعتبار التصرف وصية، إذا تصرف شخص وهو في حال صحته إلى أحد ورثته وقام بتقييد هذا التصرف بشرط يؤدي لاحتفاظه بحيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به طيلة حياته وهو غالبا ما يتخذ صورة بيع يحتفظ فيه البائع لنفسه بموجب شرط بحيازة المبيع حتى موته، او يشترط البائع عدم تصرف المشتري في المبيع، فقد ألحق المشرع بموجب هذه القرينة التصرف بالوصية وذلك لرد التحاييل على أحكام الوصية، بأن يعمد المورث إلى ستر وصيته في شكل تصرف منجز كالبيع أو الهبة، أي أنه يلبس تصرفه وصفا قانونيا غير صحيح، فأعطى المشرع سلطة التكييف لقاضي الموضوع الذي يطبق القواعد القانونية المقررة للتصرف بعد قيام بعملية تكييف باعتباره وصية<sup>2</sup>، ومن ثم إذا نجح الطاعن في إثبات طعنه بأن التصرف وصية مستترة بناء على أحكام المادة 777 من القانون المدني، فإن الوصية لا تجوز للوارث، ومن ثم يبطل التصرف سواء كان عقد هبة أو بيعا باشرط بقاء الحيازة والانتفاع مدى الحياة للمورث المتصرف، ويجب في ذلك أعمال التفرقة بين انعقاد التصرف لوارث ولغير وارث، وكأنه بتطبيق حرفية نص المادة 777 من القانون المدني تلغي تطبيقها عندما يتم التصرف لأجنبي، ولا يحق للورثة الطعن على تصرف مورثهم الذي قصد منه حرمانه من الإرث، ولكن سقوط القرينة القانونية لا ينفى العمل بالقرينة القضائية<sup>3</sup>.

1: زنتو العربي، المرجع السابق، ص.111.

2: عبد الرزاق السنهوري، المجلد التاسع، المرجع السابق، ص.234.

3: محمودي عبد العزيز، المرجع السابق، ص.114.



والوارث الذي يطعن في التصرف هنا يعد من الغير بالنسبة لمورثه، لأن حقوقه تعلقت بالتركة فليس للمورث المساس بهذه الحقوق، فهو لا يعد خلفا عاما لذا أجاز له الطعن في التصرف حتى لا يسري في حقه إلا بما هو ثابت من تقييد وهذا باعتبار أن الوارث يستمد حقه في الطعن من القانون مباشرة وليس بحق يتلقاه من مورثه لأن التصرف لأحد الورثة مع الاحتفاظ بالحياة والانتفاع مدى الحياة يفترض فيه قصد التحايل على نظام الإرث المقرر شرعا، ومن ثم لا يكون الحكم الصادر قبل المورث بصحة التصرف بالبيع مثلا حجة عليه، إذ يعد الوارث في حكم الغير فيما يختص بتصرفات مورثه الضارة به والماسة بحقه في الإرث<sup>1</sup>.

وقد جاء في قرار للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 28-05-1991 ما يلي: "من المقرر قانونا أنه يعتبر التصرف وصية تجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك ومن ثم فإن نعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير وجبه يستوجب رفضه. ولما كان ثابتا- في قضية الحال أن التصرف تم بلا مقابل تحت شرط واقف متعلق بسبق وفاة الممتلكين (الأب وال بنت)، فإن قضاة الموضوع بتعيينهم للموثق لتحرير الفريضة وحصر مخلفات المتوفى طبقوا القانون تطبيقا سليما. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"<sup>2</sup>.

وفي قرار آخر لها صادر بتاريخ 05-03-1990 جاء فيه ما يلي: "من المقرر قانونا أنه يعتبر التصرف وصية ويجري عليها أحكامها إذا تصرف الشخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك ومن المقرر أيضا أنه لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة.

... ولما كان ثابتا -في قضية الحال- أن قضاة الاستئناف لما قضاوا ببطالان عقد الهبة وعدم تنفيذ التصرف باعتباره وصية لوارث يكونوا بقضائهم كما فعلوا طبقوا القانون تطبيقا صحيحا"<sup>3</sup>.

1: عبد الرزاق السنهوري، المجلد التاسع، المرجع السابق، ص.234.

2: المحكمة العليا، غ.أ.ش، 28-05-1991، ملف رقم 74249، م.ق، ع 02، 1993، ص.28.

3: المحكمة العليا، غ.أ.ش، 05-03-1990، ملف رقم 59240، م.ق، ع 03، 1992، ص.57.

وكل الشروط وإن كانت مشروعة في ذاتها إلا أن ارتباطها بكون التصرف لأحد الورثة يجعلها قرينة على الوصية، مع الإشارة إلى أن هذه القرينة القانونية بسيطة قابلة لإثبات العكس<sup>1</sup>، حيث أنه يجوز لمن تصرف له الوارث أن يدحضها بأن يثبت عكس ذلك أي بأن يثبت أن التصرف رغم توافر شروط المادة لم يكن وصية، فيقع عبء الإثبات على من يتمسك بالقرينة سواء كان وارث أو دائئا للتركة. فيتعين على القاضي أن يجري حكم القرينة فيعتبر التصرف وصية، ومن ثم لا ينفذ في حق الورثة إلا في حدود الثلث، ولا ينفذ أيضا في حق الدائنين إذا كانت التركة مستغرقة بدين، لأن الديون مقدمة على الوصايا، ويكون للمتصرف إليه أن يثبت عكس هذه القرينة، كأن يثبت أن التصرف في حقيقته بيع وذلك بإقامة الدليل على واقعة دفع الثمن، أو يثبت أن التصرف قصد به انتقال الملكية حال حياة المتصرف<sup>2</sup>.

ومن خلال الأحكام التي رأيناها، وباستقراء قرارات المحكمة العليا، يتبين لنا أنه إذا أثبت الورثة أن مورثهم قام بالتصرف لأحدهم تصرفا ما مع الاحتفاظ بجائزة العين المتصرف فيها والانتفاع بها مدة حياته، فإن القاضي يحكم بمقتضى القرينة القانونية الواردة 777 من القانون المدني باعتبار التصرف وصية تسري عليه أحكامها لا سيما ما تعلق بعدم جواز الوصية لوارث إلا أن يجيزها الورثة، وهو ما يترتب عنه في حال رفض الورثة إجازة الوصية عودة العين المتصرف فيها واعتبارها جزء من التركة، فإذا أجاز الورثة الوصية نفذت، ولكن في حدود ثلث التركة بطبيعة الحال<sup>3</sup>، وقد قضت المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 05-03-1990: "... واشتراط الواهب في عقد هبة على الموهوب لها بأن تبقى الأموال الموهوبة بجيازته وتحت إدارته وتصرفه إلى ما بعد مماته، أو من حيث التدليل على حيازتها الفعلية والمادية للشيء الموهوب إبان حياة الواهب وعلى ذلك لا يعتبر ما قضى به المجلس خرقا للقانون... وإن قضاة المجلس لما قضوا ببطلان وعدم تنفيذ التصرف طبقوا الشريعة الإسلامية أحسن تطبيق<sup>4</sup>.

1: محمد حسنين، الوجيز في عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1986، ص.221.

2: محمد زهدود، المرجع السابق، ص.145.

3: محمد توفيق قديري، حماية الورثة من الوصية المخالفة لقواعد الميراث في القانون الجزائري، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، مج 06، ع 02، 2020، ص.647.

4: المحكمة العليا، غ.أ.ش، 05-03-1990، ملف رقم 59240، م.ق، ع 03، 1993، ص.62.

وبالتالي إذا أثبت من تصرف له المورث عكس القرينة القانونية المنصوص عليها في المادة 777 من القانون المدني، فإن التصرف لا يعتبر وصية ولا تسري عليه أحكامها، بل يبقى تصرفاً منجزاً بيعاً أو هبة أو غيرهما، وتسري عليه الأحكام الخاصة بكل تصرف<sup>1</sup>، ولكن قد يصعب إثبات عكس التصرف، حيث تبقى قرينة المادة 777 من القانون المدني قائمة لصعوبة دحضها بإثبات العكس، خاصة إذا تم التصرف تطبيقاً للمادة سالفة الذكر وذلك بموجب عقد رسمي سواء وقع التصرف في شكل عقد بيع أو هبة أو أي تصرف آخر، وغالباً ما يقع عملياً التصرف بالهبة للعين مع الاحتفاظ بالحيازة والانتفاع مدى الحياة، فيجعل الأمر يصل إلى حد استحالة إثبات عكس هذه القرينة، لما للعقد الرسمي من حجية مطلقة في الإثبات لا يدحضه إلا الطعن بالتزوير<sup>2</sup>، طبقاً للأشكال القانونية المطلوبة<sup>3</sup>.

وأخيراً يمكن القول أن هناك تعارض في المادة 777 من القانون المدني مع مبدأ استقرار المعاملات، خاصة المعاملات العقارية، وذلك أن شرط الاحتفاظ بالحيازة والانتفاع مدى الحياة شرط جائز إدراجه في العقد ولكن إعمال المادة 777 تسمح بالطعن في العديد من العقود التي تتضمنه خاصة إذا طالت الفترة الزمنية الممتدة بين تاريخ إبرامه وتاريخ الطعن فيه، وهذا فيه مساس باستقرار المعاملات خاصة إذا حدثت تعاملات لاحقة على العقار محل التصرف مما يؤثر على حقوق الغير حسن النية الذي تم التعامل لصالحه. وإن تصرف المريض مرض الموت بالوصية في أمواله قد يرتب آثاراً مختلفة وهذا ما سنتناوله في المطلب الثاني.

1: العربي زنتو، المرجع السابق، ص. 131.

2: طبقاً لنص المادة 324 مكرر 05 والتي نصت على أنه: "يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره. ويعتبر نافذاً في كامل التراب الوطني".

3: محمد شعبان، وجوب تطبيق الحضر القانوني على ما هو معمول به واقعياً، مجلة الموثق، ع04، سبتمبر 1998، ص. 31.

## المبحث الثاني: آثار الوصية في مرض الموت

الأصل أن للشخص حرية التصرف في أمواله بمقابل أو دون مقابل، مادام التصرف ينتج أثره حال حياته، وليس لورثته المحتملين المساس بجزئته في ذلك، ولو كان تصرفه تبرعا وكان قصده من وراء التصرف حرمان ورثته من أمواله بعد موته، ولكن هذه الحرية تتقيد بالنسبة إلى التصرفات الصادرة في مرض الموت والتي يقصد به المرض الذي من شأنه أن يحدث الموت غالبا ويتصل به الموت فعلا ويرجع هذا التقيد إلى أن حق الورثة في خلافة المورث على أمواله يثبت من وقت حدوث ذلك المرض، وذلك على أساس أن المسببات تضاف إلى أسبابها البعيدة والقريبة على حد سواء ولكن كان الموت سببا قريبا لخلافة الوارث<sup>1</sup>.

وتلحق حق الورثة والدائنين بأموال المريض مرض الموت منذ إصابته بالمرض، ولأن التبرع في مرض الموت يعد وصية، وعليه يتحدد موقف الورثة والدائنين من تنفيذ الوصية لو ارث أو لغير وارث وفق احتمالين اثنين هما، وصية المريض غير المدين (المطلب الأول)، وصية المريض المدين (المطلب الثاني).

## المطلب الأول: وصية المريض غير المدين

إن التركة الموسرة هي التي تساوي أموالها قيمة ما عليها من ديون أو تزيد عليها في القيمة<sup>2</sup>، فإذا كانت الديون التي عليها أو بعضها ديونا مؤجلة بقيت هذه الديون محتفظة بآجالها<sup>3</sup> ولأن الوصية الصادرة في مرض الموت لها نفس أحكام الوصية الصادرة في حالة الصحة ولا فرق بينهما<sup>4</sup>، فلو أوصى الشخص في مرض موته شيئا فوصيته صحيحة والسبب في ذلك أنه لا يوجد ضرر من تصرفه على أحد أو ما يعد تهربا من حقوق الدائنين أو من قواعد الميراث<sup>5</sup>.

1: زهدود محمد، الوصية في القانون المدني والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص.67.

2: محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، حق الملكية، مج12، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 2020، ص.71.

3: عبد العزيز محمد الصغير، حقوق الدائنين في التركة في ضوء الشريعة الإسلامية وافقا للقانون السعودي، ط01، المركز القومي، 2016، ص.354.

4: محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص.263.

5: صبحي الحمصاني، المبادئ الشرعية والقانونية في الحجر والنفقات الموارث والوصية، ط08، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 1997، ص.131-132.

وقد يختلف حكم الوصية التي تصدر عن الشخص الذي مات إثر مرض أوصله إلى الموت، فقد لا يكون المريض مرض الموت مدينا لأحد، بمبلغ من المال الأمر الذي يجعل التركة تؤول إلى الورثة، ولكن يحتل الحكم إذا لم يكن للموصي ورثة ولا يكون مدينا.

### الفرع الأول: الموصي غير المدين وليس له ورثة

لقد أثار مسألة الطبيعة القانونية للوصية جدلا فقهيا فذهب الرأي الأول إلى القول أن ركن الوصية يتمثل في الإيجاب الصادر عن الموصي فقط دون اشتراط قبول الموصي له كركن<sup>1</sup>، وأن استلزم القبول يكون بمجرد لزوم الوصية بالنسبة إلى الموصى له أي أن الوصية تنعقد عند صدورها من الموصي ولكن يتوقف نفاذها على موته وعلى قبول الموصى له، أما الرأي الثاني فاعتبر أن الوصية لا تتحقق إلا بالإيجاب والقبول معا فالقبول ركن في الصيغة كالإيجاب تماما، ومن ثم فالوصية عقد لا بدّ فيه من تطابق إيجاب الموصي وقبول الموصى له<sup>2</sup>.

وبالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري نص في المادة 184 منه على أن: "الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"، ونص في المادة 197 منه على ما يلي: "يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي".

ويستفاد من هاتين المادتين أن المشرع أخذ برأي جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية واعتبر إيجاب الموصي الركن الوحيد لانعقاد الوصية دون الحاجة إلى قبول الموصى له لأنّ الوصية تصرف صادر من جانب واحد وليست عقدا، غير أنه وإن كانت الوصية تصرفا تبرعيا صادرا بالإرادة المنفردة للموصي إلا أن الملكية لا تثبت بمقتضى الوصية للموصى له بمجرد وفاة الموصي بل لابد أن يقبلها صراحة بالقبول أو ما يقوم به مقامه كاتخاذ موقف يدل على رضاه بالوصية، فإذا قبل الموصى له الوصية كان الموصى به ملكا له وإذا ردّ الموصى له الوصية بطلت وفقا لمقتضيات المادة 201 من قانون الأسرة التي تنص على ما يلي: "تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي أو بردها"

1: أحمد فراج حسين، أحكام الوصاية والأوقاف في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص.23 وما بعدها.

2: محمد كمال الدين إمام، الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية وتشريعية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص.47.

وعليه فإن الوصية تنشأ بإرادة منفردة يتوقف انعقادها على توافر ركن الرضا المتمثلة في الإيجاب الصادر من الموصي فقط، أما القبول الذي يصدر من الموصى له بعد وفاة الموصي فما هو إلا شرط للزوم الوصية وثبوت ملكية الموصى به<sup>1</sup>.

كما اختلف الفقهاء في حكم الوصية في هذه الحالة بالنسبة ما زاد عن الثلث، فقالت الشافعية أن الوصية الزائدة عن الثلث باطلة لأن جوازها يتوقف على إجازة الورثة والوارث في هذه الحالة بيت المال والحق فيه لكافة المسلمين، وهذا ما قطع به جمهور الفقهاء أنه إذا أوصى بما زاد على الثلث ولم يكن له ورثة وليس عليه دين تجوز الوصية ولو بجمع المال الباقي، ولا يحتاج إلى إجازة الإمام<sup>2</sup>.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري قد أغفل النص على هذه الحالة، وفي هذا يقول الأستاذ بلحاج العربي إذا لم يكن للموصي من وارث فالزيادة عن الثلث باطلة وتؤول إلى الخزينة العامة<sup>3</sup>، وهو القول عند المالكية بطلان الزيادة عن الثلث بكونها حقا لبيت مال المسلمين في حالة عدم وجود ورثة.

ولكن بالرجوع إلى القواعد العامة في الميراث الواردة في قانون الأسرة في نص المادة 184 الفقرة 04 منه تنص على أنه في حالة عدم وجود وارث فان التركة تكون من حق الخزينة العامة<sup>4</sup>.

كما نصت المادة 773 من القانون المدني على أنه: "تعتبر ملكا من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون من غير وارث أو

1 : شيخ سناء، شكل الوصية في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مجلة الدراسات الإسلامية، ع02، جوان 2013، ص.175.

2: محمد عبد الرحيم الكشكي، التركة وما يتعلق بها من حقوق، دار النذير، بغداد-العراق، 1968، ص.166.

3: بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الميراث والوصية، ط03، ديوان المطبوعات الجامعية، 2004، ص. 271.

4: وتعتبر الخزينة العمومية من أهم المنشآت المالية المكلفة بتسيير مالية الدولة فعلى عاتقها يقع عبئ تسجيل العمليات المالية، وذلك عن طريق تحصيل الموارد المالية لإنفاقها على مختلف الميادين، وتعرف على أنها مؤسسة مالية تضمن الحفاظ على التوازن النقدي والمالي بموجب عمليات الصندوق والبنك، كما تقوم بممارسة نشاط الوصائي وتمويل الاقتصاد، وهي الصراف وممول الدولة تقوم بتحصيل مختلف موارد منها؛ (عيداني بدر الدين، الضريبة ودورها التمويلي للخزينة العمومية، مذكرة شهادة الدراسات الجامعة التطبيقية، دفعة 2005-2006، ص.58).

الذين تحمل تركتهم"، ونصت المادة 62 من قانون الأملاك الوطنية والتي نصت على أنه: "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، يصدر وفق الشروط والأشكال السارية على دعاوى إثبات الملكية والحيازة، وذلك بعد إجراء تحقيق للبحث عن الورثة المحتملين"<sup>1</sup>.

فتعتبر أن هذه المواد تأكيد لانتقال أموال من لا وارث له إلى الخزينة العامة على أساس المصلحة لا الإرث، إذ تفيد عبارة "وذلك بعد إجراء تحقيق للبحث عن الورثة المحتملين"، المذكورة في المادة 62، أن المال ألحق بالضائع الذي لا يرجى ظهور مالكيها، كما أنه لو كانت الخزينة العامة وارثا لما احتاجت إلى مثل هذه الإجراءات القضائية والأشكال والشروط المقررة في قانون الإجراءات المدنية ولا مراعاة آثار الحيازة والتقدم المكسب كما هو مقرر في القانون المدني، كما أن المادة 184 من قانون الأسرة ذكرت أصناف الورثة على سبيل الحصر لا المثال، ولا يوجد ضمنهم الخزينة العامة، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد اعتمد موقف الأحناف والحنابلة في انتقال تركة من لا وارث له إلى الخزينة العامة بإعتباره مالا ضائعا<sup>2</sup>.

وعليه حبذا لو يدرج نص صريح في قانون الأسرة يميز فيه وصية الموصي الذي لا وارث له بكل ماله ومن غير توقف على إجازة الخزينة العامة كما فعل المشرع المصري، فلا مانع في هذه الحالة من إجازة وصية الموصي بكل ماله<sup>3</sup>.

في الحين تأثر المشرع المصري بنص المادة 474 من أحكام الأحوال الشخصية بالمذهب الجعفري الذي يقرر أنه: "إذا لم يكن له وارث من طبقات الميراث الثلاث يجوز له أن يوصي بجميع ماله إلى من شاء في جميع شؤون المسلمين والفقراء والمساكين وابن السبيل وتنتقل إليه بمجرد موته"<sup>4</sup>، فجاء صريحا و واضحا في ذلك، فنص على أنه: "تنفذ وصية من لا دين عليه ولا

1: القانون رقم 84-16 الصادر في 30-06-1984 المتعلق بالأملاك الوطنية، ألغي بقانون 90-30 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، مؤرخ في 14 جمادى الأولى عام 1411هـ، الموافق ل 01 ديسمبر 1990، ج.ر، ع52، المؤرخة في 02-12-1990، معدل والمتمم بالقانون رقم 08-14 مؤرخ في 17 رجب 1429هـ، الموافق ل 20 يوليو 2008.

2: محمد علي فركوس، ذوو الأرحام في أحكام الموارث، ط04، مطبعة النخلة، الجزائر، 2017، ص193-194.

3: محمدي سليمان، المرجع السابق، ص.166.

4: محسن الجعفري، أحكام الأحوال الشخصية للمذهب الجعفري، منجزات المريض في الأنترنت على الموقع الآتي:

<http://www.al-asfoor.com/article-1211.htm>

وارث له بكل ماله أو بعضه من غير توقف على إجازة الخزينة العامة<sup>1</sup> وقد أجاز المشرع الفرنسي أن تكون الوصية بجميع التركة إذا لم يكن للموصي ورثة، وذلك لأنه لا توجد حقوق للورثة تتعلق بتركة المورث الموصي ومن ثم إذا زال المانع عاد الممنوع. فنص على أنه إذا لم يكن للموصي ورثة من أصول أو فروع، فإنه يجوز أن تستغرق الوصية جميع الأموال<sup>2</sup>.

وقد نص المشرع الفرنسي في المادة 909 من القانون المدني الفرنسي على أنه إذا أوصى شخص بشيء من تركته في مرض موته لأحد الأطباء أو الجراحين أو موظفي الصحة أو الصيادلة أو حتى رجال الدين، الذين يعالجون المريض خلال مدة مرضه، فتكون الوصية باطلة، ولكن يستثنى من ذلك الوصية التي ينشئها المريض على سبيل المجازاة بسبب خاص، مع مراعاة قوى المريض البدنية، والخدمات التي أدت له، ويستثنى كذلك الوصية التي ينشئها المريض بسبب عام في حالة وجود قرابة له إلى الدرجة الرابعة، بشرط أن لا يكون للمتوفى ورثة من الأصول أو الفروع إلا إذا كان الأشخاص المذكورين آنفاً من جملة ورثة المريض<sup>3</sup>.

فجاءت المهن الواردة في نص المادة 909 من القانون المدني الفرنسي على سبيل الحصر لا المثال، لذا إذا تمت الوصية في مرض الموت لغير من ذكر فيه، تكون صحيحة نافذة. وبهذا الشأن

تم الإطلاع عليه بتاريخ 20-02-2022 على الساعة 09:20 صباحاً.

1: المادة 37 من القانون الوصية المصري.

2: المادة 916 من القانون المدني الفرنسي.

3: Article 909 code civile: " les membres des professions médicales et de la pharmacie, ainsi que les auxiliaires médicaux qui ont prodigué des soins à une personne pendant la maladie dont elle meurt ne peuvent profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de celle-ci.

Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs et les personnes morales au nom desquelles ils exercent leurs fonctions ne peuvent pareillement profiter des dispositions entre vifs testamentaires que les personnes dont ils assurent la protection auraient faites en leur faveur quelle que soit la date de la libéralité.

Sont exceptées :

1° les dispositions rémunératoires faites à titre particulier, eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus ;

2° les dispositions universelles, dans le cas de parenté jusqu'au quatrième degré inclusivement, pourvu toutefois que le décédé n'ait pas d'héritiers en ligne directe ; à moins que celui au profit de qui la disposition a été faite ne soit lui – même du nombre de ces héritiers.

Les mêmes règles seront observées à l'égard du ministre du culte."



قضت المحكمة الفرنسية أنه لا يمكن لقاضي الموضوع توسيع نطاق تطبيق المادة المذكورة آنفاً، بصورة تعسفية، ومن ثم تسري إلى مهن أخرى من دون المهن المذكورة الواردة في النص المذكورة<sup>1</sup>.

وقضت المحكمة المدنية الفرنسية الأولى أنه إذا حرر المريض وصيته في مستشفى عام لا تدخل ضمن المؤسسات المتخصصة المنصوص عليها في المادتين 95 و253 من قانون العائلة والمساعدة الاجتماعية، فإنها تكون صحيحة ونافذة؛ لأن المنع لم يرد إلا على المساعدة الخاصة بالرعاية والرعاية المقدمة من قبل المستشفى<sup>2</sup>. وقضت أيضاً أنه بإمكان قضاة الموضوع أن يقدروا العلاج المعطى من قبل الطبيب المعالج، بأنه ليس العلاج الذي يقدمه عادة، وإنما أعطاه بسبب العلاقة الموجودة بينه وبين المريض<sup>3</sup>.

لقد جعل المشرع الفرنسي إبطال وصية المريض مرض الموت هو المحافظة على حقوقه، وذلك حماية له من الاستغلال الذي قد يحصل نتيجة مرضه من قبل الأشخاص المعالجين له، وهذا ما قضت به محكمة باريس الفرنسية بأن المعالجة الطبية الواردة في المادة 909 من القانون المدني تسري على العناية الطبية المقدمة بطريقة نظامية منتظمة، لغرض ضمان شفاء المريض أو المحافظة على تحسين حالته الصحية<sup>4</sup>. ولم يحدد المشرع الفرنسي المقدار الذي يجوز للمريض أن يوصي به، وهذا يدل على أنه أحال ذلك إلى القاعدة العامة في الوصية وطبقاً لهذه القاعدة فقد نصت المادة 913 من القانون المدني الفرنسي على أنه لا يجوز أن تزيد قيمة الوصية على نصف أموال الموصي، إن مات ولم يترك إلا ولداً واحداً، ولا تزيد على ثلث إن مات عن ولدين، ولا

1: القرار الصادر في 28-02-1968 المشار إليه في نص المادة 909 من القانون المدني الفرنسي، المعدلة لسنة 1997؛

منقول عن: حبيب إدريس عيسى المزوري، المرجع السابق، ص.123.

2: القرار الصادر في 31-05-1989 في الفقرة الرابعة من المادة 331 من قانون العائلة والمساعدة الاجتماعية المشار إليه في المادة 909 من القانون المدني الفرنسي المعدل لسنة 2003؛ منقول عن: حبيب إدريس عيسى المزوري، المرجع السابق، ص.123.

3: القرار الصادر في 04-12-1985 في الفقرة الثالثة من المادة 909 من القانون المدني الفرنسي المعدل لسنة 1997؛

منقول عن: حبيب إدريس عيسى المزوري، المرجع السابق، ص.123.

4: القرار الصادر في 03-11-1982 المشار إليه في الفقرة السادسة من المادة 331 من قانون العائلة والمساعدة الاجتماعية، المشار إليه في نص المادة 909 من القانون المدني الفرنسي المعدل لسنة 2003؛ حبيب إدريس عيسى المزوري، المرجع السابق، ص.122.

تزيد على الربع إن مات عن ثلاثة أولاد فأكثر. يتضح من النص المذكور أن المشرع الفرنسي وضع معيارا لتحديد قيمة الوصية التي يجوز الإيصاء بها، وهو أنه كلما قل عدد الورثة ازدادت حصة الموصى له والعكس صحيح. خاصة وأنه أجاز وصية المريض للوارث أو القريب إلى الدرجة الرابعة كرابطة ابن العم إذا لم يكن له ورثة، كما تجوز الوصية لغير وارث، إذا كان هذا الأخير مجازا مع الأخذ بعين الاعتبار قوى المريض البدنية والخدمات المؤدية له، فضلا عن ذلك فقد أجاز المشرع الفرنسي للورثة أن يطلبوا تخفيض الوصية إلى النصاب القانوني المحدد وقت افتتاح التركة، ويكون ذلك في حالة تجاوزها<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: الموصي غير المدين وكان له ورثة

إذا كان المريض غير مدين وكانت الوصية لوارث أو لغير وارث وكان للموصي ورثة فتنفذ الوصية في الثلث، وفيما تجاوزت الثلث موقوف على إجازة الورثة، فإذا أوصى شخص بما يزيد عن ثلث تركته نفذت وصيته في الثلث وتوقف فيما زاد عليه، فإن أجازها جميع الورثة نفذت أيضا وإن رفضوها بطلت وإن أجازها بعضهم ورفضها البعض الآخر نفذت فيما يخص المجيزين وبطلت فيها الرافضين<sup>2</sup>.

هذا ولم ينص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على وقت تقدير الوصية إلا أنه واستنادا إلى نص المادة 15 من الأمر 75-74 المؤرخ في 12-11-1975 المتضمن قانون المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري<sup>3</sup> الذي استوجب الشهر لدى المحافظة العقارية من أجل انتقال المال العقاري الموصى به إلى موصي له حيث جاء فيها على أنه: "كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ إشهارهما في مجموع البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية"، ومنه يستفاد أن نقل الملكية بسبب الوفاة يكون من يوم وفاة المورث، ولأن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت فإنه بذلك يطبق عليها حكم هذه المادة.

1: المادة 920 من القانون المدني الفرنسي.

2: محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 191.

3: الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12-11-1975، المتضمن قانون المسح العام للأراضي وتأسيس السجل التجاري، الجريدة الرسمية الصادرة في 12 نوفمبر 1975، ع 02، 1976.

كما نص المشرع الجزائري في المادة 185 الفقرة 1 من قانون الأسرة على أنه: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة"، وبذلك يمكن القول بأن المشرع الجزائري اعتبر الوقت الذي يحدد فيه هل الوصية في حدود ثلث المال أم تجاوزه هو وقت تقسيم التركة وليس وقت إنشاء الوصية، وذلك لأن الذمة المالية قد تزيد وقد تنقص، وهو ما يستشف من نص الفقرة الأولى من المادة 185 من قانون الأسرة التي نصت على أنه: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة"، والمقصود بالتركة من خلال نص هذه المادة ما يتبقى بعد مصاريف الدفن وسداد الديون، ومن ثم التركة بالمعنى الخاص يعتبر ما تبقى وهو مقدار التركة التي يحسب منها ثلث التركة<sup>1</sup>.

إن الأصل في تنفيذ الوصية هو عدم تدخل أي شخص في إرادة الموصي، إلا أنه قد يشترط استثناء موافقة الورثة لتنفيذ الوصية وهي حالتي الزيادة على الثلث والوصية لوارث الواردة في المواد 185 و189 من قانون الأسرة وهذا ليس خروجاً عن مبدأ عدم تقييد التنفيذ بإرادة الورثة ما دام القيد مصدره نص شرعي وليس إرادة الورثة<sup>2</sup>.

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد اعتمد على رأي جمهور الفقهاء وحث على ضرورة إجازة ورثة الموصي للوصية لوارث بعد وفاة الموصي وعدم إجازتهم يعني الإبطال، إلا أنه لم يرد نص خاص في قانون الأسرة، يتعلق بشروط صحة إجازة الورثة، لكي تصح الوصية وتصبح نافذة، وبالاستناد إلى المادة 222 من هذا القانون التي أحالت إلى كل ما لم يرد فيه نص إلى أحكام الشريعة الإسلامية، حيث اشترط الفقهاء لصحة الإجازة شروطاً معينة وهي:

- أن يكون المجيز من أهل التبرع: أي أن يكون المجيز طبقاً للقانون الجزائري قد بلغ 19 سنة متمتعاً بقواه العقلية غير محجور عليه، ذلك أنه لو وجد قاصر ضمن التركة فإن قسمتها ستكون عن طريق القضاء وفق ما نصت عليه المادة 181 فقرة 3 من القانون الأسرة الجزائري، وهو أمر سيحتمي الوارث القاصر (وفي حكمه المحجور عليهم) وبالتبعية بقية الورثة حيث يتحقق القاضي

1: بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني، الميراث والوصية، ط05، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص.272.

2: بن نوي دلال، تنفيذ الوصية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر01، 2012-2013، ص.21.

بنفسه من إجازة الورثة الراشدين للوصية، أما القاصر والمحجور عليهم فلا يقبل من الولي أو الوصي المقدم عليهم إجازته لأنه تصرف ضار ضرراً محضاً بالقاصر<sup>1</sup>.

- كما يجب أن يكون المجيز عالماً بالوصى به<sup>2</sup>: أي أن يكون الشيء الموصى به معلوماً لدى الورثة حتى يكونوا على بينة من أمرهم، فإذا أجاز الورثة الوصية الزائدة عن الثلث دون أن يكونوا عالمين بحقيقة الوصى به فإن الإجازة تعتبر غير صحيحة<sup>3</sup>.

وفي هذا السياق أكدت المحكمة العليا أن إجازة الورثة للقدر الزائد عن الثلث لا تبني على مجرد عدم اعتراضه عليها، لأنها تكون في هذه الحالة مبنية على الافتراض والظن، فجاء في قرارها ما يلي:

"... حيث بالرجوع إلى القرار المطعون فيه نجد أن قضاة المجلس انتهوا إلى اعتبار الوصية صحيحة ونافاذة وأن الوصى لها تستفيد بكامل تركتها وليس بالثلث (1/3) فقط، لأن مورث الطاعنين الذي هو أب الوصى لها وأخ الوصية والوارث الوحيد لها والذي توفي بعدها بسنة واحدة لم يعترض على هذه الوصية واعتبر قضاة المجلس أن عدم الاعتراض على ذلك إجازة لهذه الوصية دون أن يوضحوا فيما إذا تم حصر التركة الموصية وعلم الوارث بهذه الوصية، وما هي المواقف التي تظهر أن هذا الوارث قد أجاز هذه الوصية.

واكتفى قضاة المجلس بالقول أن عدم وجود ما يثبت بملف القضية اعتراض الوارث على الوصية أثناء قيد حياته، فإن إجازته للوصية تصبح نافذة وبالتالي بنى قضاة المجلس هذه الإجازة على الافتراض والظن وبذلك ابتعدوا عن مفهوم أحكام المادة 185 من قانون الأسرة التي تجعل من الوصية التي توصي بأكثر من ثلث (1/3) التركة تتوقف على إجازة الورثة وبالتالي فإن هذه الإجازة يجب أن لا يساورها أدنى شك، وهنا يكون قضاة مجلس قد أخطأوا في تطبيق أحكام القانون ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه<sup>4</sup>.

1: بن النوي نوال، المرجع السابق، ص.96.

2: محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.192.

3: محمد علي محمود يحيى، أحكام الوصية في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2010، ص.132.

4: المحكمة العليا، غ.ا.ش، 14-03-2001، ملف رقم 241885، م.ق، عدد خاص، 2001، ص.136-137.

- أن تكون الإجازة بعد موت الموصي أو في مرض موته: وعليه فالإجازة التي تكون قبل موت الموصي لا أثر لها ونفس الشأن بالنسبة لعدم قبول الوصية من قبل الورثة، وذلك لعدة اعتبارات أهمها أن لا حق للورثة في تركة الموصي قبل موته فصفة الوارث التي تمنح الحق في الإجازة أو الرد لا تثبت إلا بعد موت المورث وتحقق صفة الوارث بشروطها الشرعية<sup>1</sup>.

وقد أكدت المحكمة العليا شرط إجازة الورثة لتنفيذ الوصية، حيث جاء في إحدى حيثياتها ما يلي: "... وبما أن الطاعنة هي زوجة الهالك الواهب شرعا ولها حق الإرث منه واعتبار لأحكام الشريعة وما تنص عليه المادة الأولى من القانون المدني التي تحيل فيما يخص هذا النوع من التصرفات والعلاقات التي تحكم أحكام الشريعة الإسلامية وعليه أنه ثبت شرعا فإن الوصية لوارث لا تتم إلا إذا أجازها الورثة..."<sup>2</sup>.

أما اعتراض الورثة على تنفيذ الوصية بسبب تخلف ركن من أركانها أو شرط من شروط الصحة أو بسبب وجود مبطل من مبطلاتها، فإن توقف تنفيذ الوصية يفصل فيه القضاء ولا دخل لإرادة ورثة الموصي في هذا التوقيت، بل السبب يكمن في نزاع جدي يتعلق بحق الوصية، والفصل في صحة الوصية وتنفيذها بيد القضاء وحده طبقا للنصوص الشرعية والقانونية<sup>3</sup>. وهذا ماجاء في إحدى قرارات المحكمة العليا، والتي جاء فيه ما يلي: "...ومادامت الوصية صحيحة وفق ما قرره قضاة الموضوع فإنه يجب تنفيذها بعد وفاة الموصي مباشرة سواء أراد الورثة أم لم يريدوا"<sup>4</sup>.

كما اعتبر التشريع العراقي والمصري وصيته صحيحة ونافذة إن كان الموصي به يخرج من ثلث تركته أما إذا زاد على الثلث، فتنفذ الوصية في حدود الثلث وتتوقف في القدر الزائد عليه على إجازة الورثة، فإن أجازوها نفذت وان ردوها بطلت، وذلك سواء أكان الموصي له أجنبيا أو وارثا، وقد جعل التشريع المصري إجازة الوارث لما توقف على إجازته من الوصية لازمة سواء صدرت منه في حياة الموصي أو بعد مماته في حين سكت المشرع العراقي عن وقت إجازة الورثة

1: زكي الدين شعبان وأحمد الغندور، الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية مع مراعات ما يجري به العمل في

المحاكم الكويت وما جاء في مشروع قانون الأحوال الكويتي، ط01، مكتبة الفلاح، الكويت، 1984، ص.119.

2: المحكمة العليا، غ.أ.ش، 05-03-1990، ملف رقم 59240، م.ق، ع03، سنة 1992، ص.59.

3: بن النوي نوال: المرجع السابق، ص.21.

4: المحكمة العليا، غ.أ.ش، 24-02-1991، ملف رقم 75598، م.ق، ع02، 1993، ص.64.

لما توقف على إجازتهم من وصية مورثهم، فنستنتج من ذلك أن الإجازة لا عبرة لها إلا بعد الوفاة<sup>1</sup>.

وفي فرض آخر قد يكون مريض مرض الموت مدينا لأحد بمبلغ من المال ويريد الإيضاء، وهذا ما سنتاوله من خلال المطلب الثاني بعنوان وصية المريض المدين.

### المطلب الثاني: وصية المريض المدين

إذا كانت التركة المعسرة وكانت أموالها لا تفي كل ديونها، حلت الديون المؤجلة التي عليها بسبب هذا الإعسار. ومن ثم تصبح كل ديونها واجبة التسوية، فيقسم المصفي أموالها على الدائنين قسمة الغرماء، حيث يأخذ كل منهم نسبة دينه، غير أن هذه التسوية الشاملة لا يمكن إجراؤها إلا إذا كانت الديون جميعها غير متنازع فيها، فإن كان بعض هذه الديون متنازعا فيه وجب وقف تسوية أي دين إلى أن يصفى ما هنالك من نزاع، ثم تسوى الديون كلها جملة واحدة لأن تقسيم أموال التركة بين الدائنين قسمة غرماء يقضي أن تكون الديون كلها معلومة عند التسوية<sup>2</sup>.

وفي هذه الحالة يكون الموصي مدينا لشخص آخر أو أشخاص آخرين ومن ثم لا تنفذ الوصية إلا بعد سداد الديون طبقا للقاعدة التي تقضي بأن "لا تركة إلا بعد سداد الديون"، وهذه القاعدة لا تطبق إلا في حالة ما إذا كانت التركة مستغرقة بالديون، ومن ثم نتكلم عن حالتين وهما أن يكون الدين مستغرقا للتركة، والآخر هو الدين الذي لا يستغرق التركة<sup>3</sup>، فقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن حق الموصى له في الوصية يلي حقوق الدائنين المتعلقة بتركة المتوفي وذلك للمنطوق الصريح للقرآن الكريم، فيستحق الموصى له الوصية إذا توافرت أركانها وشروطها<sup>4</sup>، وهذا في حالة ما إذا كانت التركة ميسورة أي غير مدينة، إلا أن الاستدانة بأموال من شخص أو عدة أشخاص تجعل التركة مثقلة بالديون إلى أن تصبح معسرة، وهذا لأن التركة مستغرقة بالديون وبذلك يصبح الموصى له لا يستطيع تنفيذها.

1: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص.209.

2: عبد العزيز بن محمد الصغير، المرجع السابق، ص.354.

3: أحمد إبراهيم، الوصية وتصرفات المريض مرض الموت، المرجع السابق، ص.301.

4: مصطفى إبراهيم، المرجع السابق، ص.39.

## الفرع الأول: تركة المدين مستغرقة بالديون

من المقرر قانونا وشرعا أن تركة الميت تنتقل إلى ورثته من بعده. إلا أن هذه التركة قد لا تؤول إليهم كلها لوحدهم، وذلك فيما لو تعلق بها حقوق أخرى غير حق الورثة، كأن يكون المورث قد قام بتصرفات كالأستدانة مثلا، فيجب الوفاء بهذا الدين من تركته، أو قد يكون نذر نذرا أوصى بجزء من أمواله، فيلزم بتنفيذ هذه الوصية من تركته، كما أن حق المتوفى نفسه في أن تؤخذ مصاريف تجهيزه ودفنه من تركته أمر توجبه الشريعة الإسلامية ويوجبه القانون<sup>1</sup>.

وقد نص قانون الأسرة الجزائري على الحقوق المتعلقة بالتركة في المادة 180 منه<sup>2</sup> وقد جعل حق تجهيز الميت في مقدمة الحقوق المتعلقة بالتركة، وهذا يؤكد أن المشرع الجزائري قد أخذ برأي الحنابلة في الموضوع، الذي يعتبر تجهيز الميت أول حق يبدأ به كونه من الحاجيات الأصلية للإنسان، وذلك خلافا لجمهور الفقهاء الذين لم يقدموا هذا الحق<sup>3</sup>. وبناء على ذلك يتم تجهيز الميت في حدود أحكام الشرع، دون إسراف شريطة أن ينجزها كافة الورثة<sup>4</sup>.

لم يتطرق قانون الأسرة إلى تعريف التجهيز، ولكن عرفه الدكتور محمد محدة بأنه: "ما يلزم الميت من وقت وفاته إلى أن يوارى في قبره من نفقات شراء الكفن والحنوط والقطن، وأجرة الحفر والغسل والحمل وشراء الأرض"<sup>5</sup>.

1: مسعود هلال، أحكام التركات والموارث في قانون الأسرة الجزائري، ط01، دار الجسور، الجزائر، 2008، ص.35.

2: تنص المادة 180 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي:

- مصاريف تجهيز، ودفن بالقدر المشروع،

- الديون الثابتة في ذمة المتوفى،

- الوصية..."

3: عز عبد العزيز، أحكام التركات وقواعد الفرائض والموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط01، دار هومة، الجزائر، 2009، ص.44.

4: عبد الفتاح تقيّة، الوجيز في الموارث والتركات، ط03، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص.25.

5: محمد محدة، التركات والموارث: دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية، الدار الجزائرية للطباعة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص.33.

وغسل الميت واجب، ودليله ما جاء في مواهب الجليل بقوله: " في وجوب غسل الميت وتطهر ولو بزمزم والصلاة عليه كدفنه وكفنه.... وغسل كالجنابة تعبدا بلا نية"<sup>1</sup>، وتكفين الميت واجب ونفقات المتوفي ويجب أن يكون الكفن ساترا لجميع الجسد كما جاء في حديث خباب رضي الله عنه قال: "هاجرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم نبتغي وجه الله، فوجب أجرنا على الله، و من مضى أو ذهب لم يأكل أجره شيئا، كان منهم مصعب بن عمير، قتل يوم أحد، لم يترك إلا حمزة، كنا إذا غطينا بها راسه خرجت رجلاه وإذا غطي بها رجلاه خرج رأسه، فقال لنا النبي صلى الله عليه وسلم: غطّوا بها رأسه واجعلوا على رجله الإذخر"<sup>2</sup>.

والذي يمكن ترجيحه هو ما ذهب إليه قانون الأسرة الجزائري لأن تجهيز الميت يتم بالقدر المشروع، وهذا من ثمن ماء غسله وكفنه وحنوطه وأجرة الغاسل وحافر القبر، ذلك لأن هذه الأمور من لوازم الميت ولأتمها تأخذ منزلة الطعام واللباس<sup>3</sup>.

وقد جعل المشرع الجزائري الديون في المرتبة الثانية بعد مصاريف التجهيز والدفن، وهذا حسب المادة 180 من قانون الأسرة ولم يفرق بين الديون العينية والديون العادية.

وتأتي حقوق الدائنين في المرتبة الثانية بعد حق المريض نفسه في ماله وقبل حق الورثة بناء على قاعدة "لا تركة إلا بعد سداد الديون" وحق الدائنين يتعلق بالتركة دون أعبائها أي ما فيها من المالية المقومة من وقت إصابة بمرض الموت، وبالتركة من وقت الوفاء إن لم يسبقها مرض الموت<sup>4</sup>.

1: الخطاب: أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه: الشيخ زكرياء عميرات، دار عالم الكتب، ج03، السعودية، 1423 هـ-2002م، ص.03.

2: أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المناقب، باب هجرة النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه الى المدينة، حديث رقم3914، صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، ج04، ط01، دار طوق النجاة، لبنان، 1422هـ-2001م، ص.196.

3: محمد بن صالح عثيمين، تسهيل الفرائض، ط01، دار الطيبة، الرباط، 1983، ص.9.

4: عبد السلام فيغو، التصرفات الصادرة من المريض مرض الموت، دراسة فقهية قانونية مقارنة، ط02، دار المعارف المغربية للنشر والتوزيع، الرباط، 2010، ص.106.



وتعرف الديون<sup>1</sup> على أنها عبارة عن كل معاملة كان أحد العوضين فيها نقدا والآخر في ذمة نسيئة، فإن العين عند العرب ما كان حاضرا، والدين ما كان غائبا، والمدائنة مفاعلة منه، لأن أحدهما يرضاه والآخر يلتزمه<sup>2</sup>.

وتقسم الديون إلى قسمين:

– **ديون الله:** هي ديون الله سبحانه وتعالى التي تثبت حقا للفقراء وليس لها مطالب معين من الناس<sup>3</sup>، كالنذور والكفارات والحج والزكاة وغيرها<sup>4</sup>.

واختلف الفقهاء في وجوب أداء هذه الديون من التركة فظهر في ذلك رأيان<sup>4</sup>، الرأي الأول اعتمده الحنفية الذين قالوا بأن ديون الله تعالى لا تتعلق بالتركة وتسقط بوفاة الإنسان، ولا تستخرج منها إلا إذا أوصى بها الميت، فوجب تنفيذه عندئذ من ثلث ماله الباقي بعد دين العباد، لكون دين الله عبادة لا تتحقق إلا بنية المكلف واختياره، على أنه إذا لم يوص بها بقي آثما ومؤاخذا في الآخرة.

أما الرأي الثاني هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، فقالوا بأن ديون الله سبحانه وتعالى (حقوق مالية: كالزكاة والكفارات والحج) تتعلق بتركة الميت وتؤدي منها ولا تسقط بوفاة المدين بها، ولا تحتاج إلى نية أو قصد، واختلفوا في كيفية أدائها: فقال المالكية أنها تستخرج بعد ديون العباد؛ وذهب الشافعية إلى تقديمها على ديون العباد؛ بينما سوى الحنابلة بينها وبين ديون العباد في الأداء، واستدلوا في رأيهم بعدم سقوط هذه الديون بما رواه ابن عباس (رضي الله عنه) قال: جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يارسول الله عن أُمِّي ماتت وعليها صوم نذر، أفأصوم عنها؟ قال: " رأيت لو كان على أمك دين فقضيته، أكان يؤدي ذلك منها؟ قالت: نعم، قال: " فصومي عن أمك"<sup>5</sup>.

1: الديون: لغة: من دنته وأدنته: أقرضته. الديون وجمعه أدين وديون؛ لوحات منجد الطالب، ط27، د.د.ن، لبنان، 1973، ص.214.

2: ابن العربي: محمد بن عبد الله أبو بكر، أحكام القرآن، راجعه وخرج أحاديثه: محمد عبد القادر عطا، ط03، ج01، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003، ص.327.

3: محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.31.

4: مسعود الهلالي، المرجع السابق، ص.41.

5: أخرجه مسلم في كتاب الصيام، باب قضاء الصوم عن الميت، حديث رقم 2696، الإمام مسلم بن الحجاج بن مسلم النيسابوري، صحيح مسلم، ط02، دار السلام للنشر والتوزيع، السعودية، 2000، ص.467-468؛

وبالإضافة إلى ديون الله، هناك نوع ثان من الديون الثابتة في ذمة المتوفى وتسمى بديون العباد.

- **ديون العباد:** وهي التي يطالب بها العباد وتكون متعلقة بذمته حال حياته، وبعد وفاته تتعلق بتركته. ومن أمثلتها: قروض لم يفي بها... وأجور لعماله لم يسدها<sup>1</sup>. وتنقسم بدورها إلى نوعين:

- الديون العينية: وهي الديون المتعلقة بأحد أعيان التركة كالأعيان المرهونة وحق البائع في المبيع إذا لم يكن قد استوفى الثمن. فلو رهن الشخص عقارا رهنا رسميا ثم مات المدين الراهن. فللدائن المرتهن أن يستوفي حقه من ذلك العقار قبل أن يؤول للورثة. ودليل ذلك ما ثبت عن رسول صلى الله عليه وسلم أنه قال: "إن الله مع الدائن (أي: المدين) حتى يقضي دينه، ما لم يكن فيها ماس يكرهه الله. أخرجه الحاكم في المستدرک<sup>2</sup>. وبناء على ذلك فإنه يثبت للدائن حق تتبع العقار في أي يد يكون<sup>3</sup>.

- الديون الشخصية: وهي التي لم تتعلق بعين من الأعيان التركة، وتعلقت بذمة المدين، وهذا الدين قد تعلق بذمة الميت وهو حي<sup>4</sup>، ومثالها الأجرة.

وبالرجوع إلى القانون الجزائري نجد أن المشرع الجزائري لم يتطرق لتقسيمات الديون وإنما ذكر الديون الثابتة في ذمة المتوفى والتي تندرج ضمن ديون العباد، وهذا ما نصت عليه المادة 180 الفقرة الثانية من قانون الأسرة: "يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي"... الديون الثابتة في ذمة المتوفى...". يظهر من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري أخذ برأي الحنفية، حيث تم إسقاط ديون الله تعالى والديون غير الثابتة في ذمة المتوفى، وذلك طبقا لقاعدة "لا تركة إلا بعد سداد الديون" وذلك بقصد حماية دائني المورث من تصرفات الورثة في المنقولات الخاصة، والذي

نوال بن النوي، الحقوق المتعلقة بالتركة في القانون الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة البليدة 02، ع15، ص.298.

1: سعيد بوزيري، أحكام الميراث بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، دار الامل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص.18.

2: محمد ناصر الدين الألباني، سلسله الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها، حديث رقم 1000، ج02، مكتبة المعارف، الرياض، ص.701.

3: بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.66.

4: شحاته عبد الغني الصباح، دروس في الفرائض، منشورات وزارة الشؤون الدين، الجزائر، 1993، ص.42.

يودى إلى أن الغير حسن النية لا يطالب بها لأن الورثة يكتسبونها وفقا لقاعدة" الحيازة في المنقول سند الملكية"<sup>1</sup>.

أما ديون الله تعالى فلم يذكرها المشرع وبالتالي لا يتم خصمها من التركة إلا في حالة الرجوع على المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية في حالة غياب النص في القانون.

ويقصد بالتركة المستغرقة بالدين، التي تكون قيمة موجوداتها من مال منقول أو غير منقول أقل من الدين الذي تتحمله، وأما إذا تساوت الموجودات والديون، فلا تكون التركة مستغرقة بالديون، بل تكون متعادلة<sup>2</sup>، فإذا اتسعت التركة لقضاء جميع الديون، توفى كل الديون حتى تبرأ ذمة المتوفى، ولكن في بعض الحالات تضيق التركة ولا تتسع لقضاء جميع الديون مما يؤدي إلى وقوع تراحم بين الديون الأمر الذي يستدعي إخضاع الديون للمفاضلة والترتيب، فالمشرع الجزائري قدم الديون العينية على الديون العادية، وهو ما جاء في المادة 188 من القانون المدني التي تنص على: "أموال المدين جميعا ضامنة لوفاء ديونه، وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون فإن جميع الدائنين متساوون تجاه هذا الضمان".

ما يفهم من المادة أن الديون العينية مقدمة على الديون العادية، أما في الترتيب بين ديون الله وديون العباد، فقد قال الدكتور كافي: لا بد من الإشارة على أن ديون العباد مقدمة على ديون الله تعالى كالزكاة والكفارات والندور<sup>3</sup>، ولا تفريق بين ديون الصحة أو ديون المرض في الترتيب.

ومن حيث الإيفاء بالديون فإن ديون الصحة وما في حكمها مقدمة على ديون المرض عند الإيفاء، فإذا لم تف التركة بديون الصحة قسمة بين الدائنين بالحصص، وكذلك إذا كانت ديون المرض وضائق التركة عنها فإنها تقسم بين الدائنين بالحصص ومثلها في الحكم ما إذا

1: زواوي فريدة، مدى تعارض انتقال التركة المدينة إلى الورثة مع قاعدة" لا تركة إلا بعد سداد الديون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية"، ع02، الجزائر، 1995، ص.332.

2: محمد يوسف الزغبي، العقود المسماة شرح عقد البيع في القانون المدني الأردني، ط01، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2004، ص.515.

3: منصور كافي، الموارث في الشريعة والقانون، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص.34.

وفيت ديون الصحة ولم يف ما بقي من التركة بديون المرض كلها أي الباقي يقسم بين الدائنين بالحصص<sup>1</sup>، وهذا ما يسمى بقسمة الغرماء.

فضلا عما تقدم، فإن دائني التركة إذا حصل حال حياة المورث على تأمين عيني يضمن به الوفاء بحقه سواء كان ذلك التأمين رهنا أو اختصاصا أو امتيازاً، فإنه يكون في مأمن كل خطر يهدد هذا الحق، حيث يعطى له هذا الضمان الأولوية في إستيفاء دينه من المقابل النقدي للمال المؤمن على غرار الدائنين العاديين للتركة وكذا الموالين له في الرتبة، كما يخول له تتبع هذا المال إذا حصل التصرف فيه في أي يد كان<sup>2</sup>.

ومادام أن الديون مقدمة في وجوب الوفاء بها على الوصية بعد تجهيز الميت وتكفينه<sup>3</sup> وكان المريض مدينا بدين مستغرق منع من التبرعات، أو ما في حكمها كالهبة والوقف والوصية بشيء من ماله، والبيع والشراء بالمحابة، ويكون تصرفه موقوفاً على إجازة الدائنين بعد وفاة المريض، أما إذا تصرف مع غير الوارث ولم يكن في تصرفه غبن فاحش فيعتبر نافداً، أما إذا كان التصرف مع وارث فله حكم الوصية ينفذ من الثلث بعد وفاء الديون، ويتوقف على إجازة الورثة فيما زاد عن الثلث.

فإذا اتسعت التركة للديون، فيستوفى منها قدر الديون ثم ينتقل ما بقي إلى الحقوق الأخرى كالوصية والورثة، وفي بعض الأحيان لا تتسع التركة للديون ولا تكفي لتسديدها وتستغرق الديون كل التركة وبالتالي لا يبقى من التركة ما يكفي لتغطية الحقوق الأخرى، كالوصية والميراث، وهنا تظهر أهمية ترتيب الحقوق المتعلقة بالتركة، فالتركة المستغرقة بالديون لا تنتقل إلى ذمة الوارث إلا بعد تسديد ديون المورث وغيرها من التكاليف، أي أن التركة في هذه الحالة تبقى في ذمة المورث مؤقتاً وتنتقل إلى الوارث في حال تسديد ديون المورث كلها.

وبذلك يحجر جزئياً على المريض مرض الموت المديون بدين مستغرق بكل ماله ويمنع من التصرفات التبرعية وما في حكمها، كالهبة والوقف، وكذلك التي بعوض وكان فيها محابة وهذا حماية لحقوق الدائنين التي تعلق بماله بعد أن كانت معلقة بذمته فقط والسبب في ذلك أنها

1: عزت كامل، المرجع السابق، ص.55.

2: عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص.751.

3: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.52.

ضارة بمصلحة الدائنين بعد وفاته<sup>1</sup>؛ وهو ما ذهب إليه الدكتور بلحاج العربي بأنه لا حق للورثة في مال المورث إلا بعد سداد الديون وتنفيذ الوصايا، وأنه لا ملكية للورثة طبقاً للقانون الجزائري إلا بعد الوفاء بجميع الديون في التركة المدنية، ولا تصح قسمة التركة قبل وفاء الديون، وكل تصرف من بيع أو هبة قبل سداد الدين يعتبر باطلاً، لأنه تصرف فيما لا يملكه الوارث<sup>2</sup>.

ولأن تقديم الدين عن الوصية وتأخير الميراث يعني أنه يقضى الدين أولاً وما تبقى من التركة شيء من المال فإنه يصرف إلى الوصية والميراث، وإلا فلا تنفذ ولا توزع التركة رغم صحة الوصية المستوفية لشروطها، ولا يكون للدين أثر إلا عند تنفيذها<sup>3</sup>. ويمنع نفاذها إذا لم يبرأ الدائنين ذمة مدينهم، إبراء مسقط للدين كله أو بعضه، كما يمكن للورثة أو غيرهم تسديد الدين كله أو بعضه، وليست لديهم نية الرجوع على بقية الورثة فإن التركة تكون في هذا الحال خالية من الدين بمقدار ما حصلت فيه البراءة أو التسديد وتكون نافذة من ثلثها، أما إذا تجاوزت الوصية الثلث الباقي فلا تنفذ إلا بإجازة الورثة.

ومما يجب التنبيه إليه إن الوصية لا تبرأ بإجازة المدينين، وإنما بإبراء المدين المتوفي من الديون، ومفاده ذلك أن ذمة الميت لا تبرأ بإجازة الوصية وإنما بالإبراء<sup>4</sup>، أما موقف المشرع الجزائري من وصية الموصى وتركته مستغرقة بالديون، لم يشترط في قانون الأسرة ما يدل على أن لا يكون الموصى به مستغرقاً بالدين، إلا أنه يستنتج من المادة 180 من قانون الأسرة والتي يؤخذ منها أنه لكي تنفذ الوصية فإن التركة تقسم بعد وفاة الموصى بالترتيب على النحو التالي: أن يؤخذ من التركة ابتداءً مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع كحق للموصى المتوفي ثم يليها الديون الثابتة التي في ذمته، إن وجدت فإن استغرقت هذه الديون جميع مال التركة يوقف تنفيذ الوصية.

ومما تقدم فإن استغراق التركة بالديون عند الوفاة يجعلها مبطللة للوصية وهذا لزوال محلها واستحالة تنفيذها، فهو شرط لنفاذ الوصية لا لصحتها فهي صحيحة متوقفة على إبراء الدائنين،

1: وهبة الزحلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ط02، دار الفكر، سوريا، 1985، ص.136.

2: بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.48.

3: وهبة الزحلي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع السابق، ص.1493.

4: مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الإسلامي المقارن والقانون، ج13، ط1، دار النشر احسان للنشر والتوزيع، إيران، طهران، 2004، ص.201.

فإن أبرأوا ذمة المدين نفذت الوصية في حدود الثلث أما الزائد متوقفا على إجازة الورثة وإلا بطلت في الزائد إذا لم يجيزوه الورثة.

إذا كانت الديون ثابتة بدمته تساوي ما تقوم به تركته، فلا تنفذ الوصية في أي حال من الأحوال إلا إذا أبرأه الدائنون فإنها تنفذ ولو استغرقت جميع المال، وأما إجازة الورثة في هذه الحالة فلا تفيد شيئا وإنما كان الحق للدائنين لا للورثة، لأن حق الورثة في الإرث مؤخر عن قضاء الدين، وقضاء الديون مقدم عن الوصية لأنه من أهم الحوائج الأصلية<sup>1</sup>.

أما المشرع المصري، فقد نظم حكم وصية المدين ومن ثم فرق بين ما إذا كان الموصي مدينا بدين يستغرق تركته، وما إذا كان دينه لا يستغرق تركته، فنص في المادة 38 من قانون الوصية المصري على أنه: "تصح وصية المدين المستغرق ماله بالدين، ولا تنفذ إلا براءة ذمته منه. فإن برئت ذمته من بعضه أو كان الدين يستغرق نفذت الوصية في الباقي بعد وفاء الدين".

كما نصت المادة 299 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: "لا تنفذ الوصية في تركة استغرقها الدين، إلا بإجازة الدائن الكامل الأهلية أو بسقوط الدين".

وما يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يورد نصا في تقنين الأسرة يوضح فيه شروط تنفيذ وصية المدين بدين يستغرق جميع تركته، فحبذا لو يحدو المشرع الجزائري حذو القوانين العربية ويورد نصا صريحا يبين فيه هذه الشروط، كأن ينص مثلا على أنه: "تصح الوصية المدين بدين مستغرق جميع ماله ولا تنفذ إلا بانقضاء الدين أو بإجازة الدائنين كاملي الأهلية تنفيذها قبل الوفاء بديونهم، ويتم تنفيذها في حالة الإجازة بحسب ما تمت إجازته"، ويشمل انقضاء الدين الوفاء به والإبراء الكلي منه<sup>2</sup>.

وبناء على ما تقدم فإذا كانت تركة الموصي مستغرقة بالديون، فإنه لا حق للموصى له في شيء من الوصية، إلا إذا برئت ذمة المورث من الدين كله أو بعضه، ويكون ذلك بإبراء الدائنين أو أن يتبرع شخص بسداد الدين عن المدين، سواء كان المتبرع وارثا للموصي أم غير وارث له؛ لأنه إذا أراد الوارث أن يخلص التركة من الدين لغرض الحصول على حقه في الميراث.

1: محمد عبد الرحيم الكشكي، المرجع السابق، ص.88.

2: نوي نوال، المرجع السابق، ص.65.

ففي هذه الحالة لا يكون متبرعا، وعندئذ تعد التركة أو المقدار الذي حصلت البراءة فيه، إن كانت من بعض الدين، تركة خالية من الدين، ومن ثم تكون بحكم الوصية<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: دين المريض غير مستغرق للتركة

إن الوصية تبرع مضاف إلى ما بعد الموت، فلا نفاذ لها إلا بعد موت الموصى، فهي تعتبر صحيحة متى استوفت شروطها وأركانها، ولا تنفذ إلا في ثلثها، لكن السؤال الذي يطرح هو متى وكيف يقدر ثلثها إذا كانت التركة مدينة بدين غير مستغرق للتركة؟

فالمشرع الإسلامي جعل حق الدائنين مقدما على الوصية لأن حق الدائنين يتعلق بأعيان التركة بعد وفاة المدين من غير سداد الديون، فبوفاته تضعف ذمته على تحمل الدين، فتعلق بتركته، وتصبح تركته المسؤولة عن هذه الديون إلى أن تسدد، وبعدها تنفذ الوصايا ومن ثم تنعدم ذمته<sup>2</sup>.

ومن اجتهادات المحكمة العليا في هذه المسألة ما جاء في أحد قراراتها: "...حيث أنه من المعلوم بالضرورة أن شخصية الوارث مستقلة عن مورثه وتركته منفصلة عن أشخاص الورثة وعن أموالهم الخاصة، ولذلك تتعلق ديون المورث بتركته، ومن ثم فإن المورث إذا أبرم قبل موته تصرفات قانونية أو وقعت منه وقائع قانونية ورتبت في ذمته حق للغرماء قبل وفاة المورث بهذا الحق لصاحبه فإنه يكون دائنا به للمورث وتصبح تركته وحدها مسؤولة عن هذا الدين..."<sup>3</sup>، ولأن المدين بوصيته قد تصرف في ماله بالقدر المشروع، غير أنه تعلق به حق للغير وهو الدائن، وهذا الحق مقدم على الوصية بإجماع فقهاء المسلمين. ولا يكون للدين أثر إلا عند تنفيذ الوصية<sup>4</sup>.

### أولا: تنفيذ وصية المدين عند إبراء دائنيه من الديون

إن إبراء الموصى من ديونه من طرف دائنيه يجعل تركته خالصة من الديون، فإن بقي شيء من التركة فإن الوصايا تنفذ من ثلثها الخالص من الدين<sup>5</sup>، ويعرف الإبراء بأنه إقرار الدائن

1: محمد مصطفى شليبي، أحكام الوصايا والأوقاف، المرجع السابق، ص.74،75.

2: محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.242.

3: المحكمة العليا، غ.م، 22-06-2005، ملف رقم 295913، م.ق، ع.03، 2006، ص.69.

4: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.530.

5: محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.242.

بحصوله على كل ما يدين به للمدين، وأن ذمته خالية اتجاهه، ويتميز الإبراء عن غيره من التصرفات الصادرة بإرادة واحدة من جانب الدائن، إلا أنه لا يتم إلا إذا وصل إلى علم المدين ولهذا الأخير الحق في رده متى وصل إلى علمه،<sup>1</sup> وفي هذا الصدد نصت المادة 306 من القانون المدني على أنه: "تسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع".

ويفهم من نص هذه المادة أن أحكام الإبراء تسري على المريض والصحيح، فالإبراء يعتبر تبرعا ولكنه إذا حدث في مرض الموت فتسري عليه أحكام الوصية، أي أن نزول المريض مرض الموت عن دينه يعتبر وصية.

فإذا أبرأ المريض مرض الموت أحد ورثته من دينه، أو كان له ورثة آخريين فلا ينفذ الإبراء إلا بإجازتهم سواء ساوى الثلث أو فاقه أو أقل منه، أما إذا كان المبرأ أجنبيا عن المريض فإنه ينظر إلى مقدار الدين المتنازل عنه إلى التركة، فإن لم يتجاوز ثلث التركة نفذ الإبراء وإن لم يجزه الورثة، أما إذا جاوز الثلث فإن الزائد منه يكون موقوفا على بقية الورثة، ذلك أن الإبراء وصية وقضاء الدين مقدم على الوصية، فإذا أجاز الدائن الإبراء فإن إجازته تعد إبراء للميت عن الجزء الذي أجازته فقط.

ولعل الحماية الملحوظة للدائنين تكفلها قاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون، باعتبارها قاعدة توازن بين مصلحة الوارث والدائن والمورث، وكان للمريض ورثة غيره، فلا يصح الإبراء ولا ينفذ إلا إذا أجازته الورثة سواء كان الدين المبرأ منه أقل من الثلث أو مساويا أو أكثر منه، وإلا كان في نفاذ الإبراء إثارة بعض الورثة على البعض الآخر، فإذا لم يكن للمريض وارث غير المبرأ، فالإبراء صحيح ولو استغرق كل تركته، أما إذا كان المبرأ أجنبيا عن المريض، فإذا كان الدين المتنازل عنه لا يتجاوز ثلث المال نفذ الإبراء وإن لم يجزه الورثة، أما إذا جاوز الثلث فإن الزائد يكون موقوف على إجازة الورثة.<sup>2</sup>

وقد يكون الإبراء كلياً، بحيث يتم إبراء الموصي من جميع دائنيه ومن جميع ديونه، مما قد يكون جزئياً بحيث يقتصر على بعض دائنيه أو بعض ديونه، في كلتا الحالتين فإن تنفيذ الوصية

1: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، ج3، طبعة منقحة 2004، منشئة المعارف، الإسكندرية 1997، ص.760، 761.

2: رشاد السيد إبراهيم عامر، المرجع السابق، ص.125.



يتم في حدود الثلث ما أبرأ منه الموصين فإن برئت ذمته من كل الدين نفذت وصيته في ثلث جميع التركة، وإن برئت ذمته في بعض الدين نفذت وصيته في ثلث ما أبرئ منه<sup>1</sup>.

والإبراء إما أن يكون إبراء إسقاط، وإما يكون إبراء استيفاء، وإبراء المريض مرض الموت يكون أيضا إبراء إسقاط أو استيفاء.

**-الإبراء في مرض الموت إبراء إسقاط:** إذا كان الإبراء في مرض الموت إبراء إسقاط، فإنه يشترط في المبرأ أن يكون أهلا للتبرع، راضيا بالإبراء وأن يكون صحيحا، فإذا كان مريضا مرض الموت أعتبر إبراءه وصية ويأخذ حكمها، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 776 قانون مدني، وللكلام عن الإبراء الصادر عن المريض مرض الموت بصفته إبراء إسقاط، لا بد أن نفرق بين ما إذا كان هذا الإبراء لوارث أو لغير وارث أي لشخص أجنبي.

فإذا كان الإبراء لوارث فإنه يتوقف على إجازة سائر الورثة كان قدر المبرأ منه قليل أو أكثر، فإذا أجازوه نفذ، وإن لم يجيزوه بطل، وإذا أجازه بعضهم ورفضه البعض الآخر نفذ في حصة من أجازه منهم وبطل في حصة من لم يجيزوه، ولا عبءة بالإجازة قبل وفاة المريض مرض الموت، لأنها تأخذ حكم الوصية والوصية لا تجاز إلا بعد وفاة الموصي وهذا ما نصت عليه المادة 184 من قانون الأسرة.

أما إذا كان الإبراء لغير وارث أي لشخص أجنبي، فإن كان الدين المبرأ منه لا يتجاوز ثلث التركة، أي ثلث المال نفذ الإبراء إن لم يجزه الورثة، وإما إذا تجاوز الثلث فإن الإبراء يكون موقوفا على إجازة الورثة، وهذا ما نصت عليه المادة 185 قانون الأسرة، ولا توجد نصوص خاصة بالإبراء سواء في القانون المدني أو قانون الأسرة وعليه تنطبق الأحكام العامة إلى جانب الشريعة الإسلامية بالدرجة الأولى<sup>2</sup>.

**-الإبراء في مرض الموت إبراء استيفاء:** إذا كان الإبراء الصادر من المريض مرض الموت إبراء استيفاء، هو عبارة عن استيفاء حقه الذي له في ذمة الغير فهو من الإقرار. ففي هذه الحالة فإن الإبراء يختلف باختلاف أمواله، وبحسب ما إذا كان لوارث، فإذا أصدر الإبراء في صورة إقرار كأن يقول المريض أن يتوقف هذا الإبراء على إجازة سائر الورثة، أما إذا كان الإبراء باستيفاء

1 : محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص.57.

2: صالح كردالي، الإبراء في الالتزام في قانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1985، ص.103، 102، 104.

لأجنبي، كان نافدا ويأخذ حكم الوصية إن عاد إبراء من دين معلوم. وأخيرا يمكن القول أن الإبراء في مرض الموت يأخذ حكم الوصية، وبرجوعنا إلى قانون الأسرة الجزائري فنجد أنه قد أقر بنفاذ الوصية في حدود الثلث إذا كان لأجنبي، أما إذا كان لوارث فلا نفاذ لها إلا إذا أجازها باقي الورثة طبقا لنص المادتين 188، 189 من قانون الأسرة<sup>1</sup>.

لذا يعتبر تصرف المريض مرض الموت المدين بدين غير مستغرق للتركة لغير وارث فهو نافذ إذا لم يشمل على غبن فاحش، أما إذا تصرف مع وارث فله حكم الوصية، أي يتوقف عن إجازة الورثة، وينفذ من الثلث بعد وفاء الديون وفي كلتا الحالتين يتوقف على إجازة الورثة إذا زاد عن الثلث<sup>2</sup> أو إبراء الدائنين، وهذا كله ينفذ مما يتبقى من التركة بعد سداد الديون أو إبراء الدائنين لمدينهم، إذا لم تستوفي باقي التركة الثلث.

**ثانيا: تنفيذ وصية المدين عند إجازة دائنيه بتقديم وصيته على الوفاء بديونهم**

قد يعمد الدائنون بالسماح بتقديم وصية مدينهم عن ديونهم مستحقة الوفاء، رغم أن الدين مقدم على الوصية، ولأن وفاء الدين واجب أما الوصية فأمر مندوب، فإن نفاذها نفاذ لأمر مندوب، فكان أداء الواجب مقدما عليه. وهذا بإجماع الفقهاء المسلمين، وقد روى عن علي رضي الله عنه أنه قال: إنكم تقرأون الوصية قبل الدين، يشير إلى قوله تعالى: "... من بعد وصية يوصي بها أو دين..."<sup>3</sup> وقد شهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم يبدأ بالدين قبل الوصية أي في التنفيذ<sup>4</sup>، وبإجازة الدائنين فهم بذلك يؤخرون الوفاء بديونهم لتنفيذ الوصية، لا يعني إبراء ذمة المدين من الديون<sup>5</sup>. وبالرغم من تقديم الدين على الوصية في الاستيفاء من تركة المتوفى، لا اعتبار أداء الدين فرضا وأداء الوصية تبرعا، والفرض مقدم على التبرع لا محالة<sup>6</sup>، إلا أن هذا التقديم ليس بواجب بل حق تقرر لمصلحة الدائنين ولا يوجد ما يمنعهم من تقديم الوفاء بوصية مدينهم على الوفاء بديونهم.

1: حليلي إيتسام، المرجع السابق، ص.114.

2: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.1983.

3: الآية 11 من سورة النساء.

4: علي الخفيف، أحكام الوصية، بحوث مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2010، ص.243.

5: بن نوي دلال، المرجع السابق، ص.64.

6: مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط09، ج03، دار النيرين، سوريا، 2001، ص.79.

وخلافا لحلة الإبراء، فإن الديون التي تكون على الموصي، والتي يجيز أصحابها تأخير الوفاء بها على تنفيذ وصية مدينهم، لا تنقضي وإنما يتأخر فقط الوفاء بها إلى أن يتم تنفيذ الوصية. وقد يتبادر إلى الأذهان أن تأخير دائني الموصي لديونهم لا يلحق أي ضرر بهم مادام أنهم لم يبرؤوه منها، غير أن هذا الاعتقاد يزول إذا علمنا بأن في مجرد تأخير تسديد الديون عن تنفيذ الوصية إنقاص لمال المدين، ومن ثم احتمال وقوع نزاحم بين دائني الموصي بسبب عدم كفاية الباقي من تركته بعد تنفيذ وصيته لتسديد الديون<sup>1</sup>.

وتعتبر التصرفات التبرعية التي تصدر من الشخص هي تصرفات منجزة سواء كانت إنشائية أو إخبارية صادرة في حال الصحة، تنفذ في جميع مال المتصرف سواء كانت لوارث أو لغير وارث بمقابل أو بدون مقابل.

أما فيما يخص تبرعات المريض مرض الموت كالهبة، الوقف وما يلحقها من التصرفات الأخرى، فتأخذ حكم الوصية، أي أنه لا تنفذ إلا في حدود ثلث التركة، وما زاد عن ذلك يتوقف عن إجازة الورثة، وهذا ما نصت عليه المادة 776 من القانون المدني، وهذا ما سنحاول الوقوف عنده من خلال الفصل الثاني.

1: بن نوي دلال، المرجع السابق، ص.64.

## الفصل الثاني: تبرعات تلحق بحكم الوصية في مرض الموت

تعتبر نظرية تحول التصرفات القانونية وسيلة فعالة لإنقاذ العقود من البطلان، حيث نص المشرع الجزائري صراحة على نظرية تحول العقد في المادة 105 من القانون المدني التي نصت على أنه: "إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد"، والتي استمدتها المشرع من نص المادة 144 من القانون المدني الألماني التي نصت على ما يلي: "إذا كان التصرف القانوني الباطل مشتملاً على شروط تصرف قانوني آخر، كان هذا التصرف الأخير" وقد استقى المشرع الجزائري حكم التصرفات المريض مرض الموت من الشريعة الإسلامية التي تقرر مبدأ عام "أنه لا ضرر ولا ضرار في الإسلام" وأفرد لها العديد من التطبيقات العلمية سواء في القانون المدني أو القوانين الخاصة الأخرى، مثل تحول تصرفات المريض مرض الموت إلى الوصية. هذا المريض الذي حد المشرع من حريته في التصرف بأمواله حال حياته بالرغم من تمتعه بالأهلية القانونية، وجعلها تصرفات نافذة في حالات معينة وبمحدود معينة، وغير نافذة في حالات أخرى وفقاً لنص المادة المذكور أعلاه<sup>1</sup>.

ومن بين التصرفات التي تأخذ حكم الوصية هي الهبة والوقف، فالهبة لها أهمية بالغة في تقوية الروابط الإنسانية المبنية على أساس البر والإحسان كما أنها تساهم في تكريم الإنسان لأخيه الإنسان، والتعاون بين الأهل والأقارب، وهي تصرف عقدي ينشأ بتطابق إرادتي كل من الواهب والموهوب له، فهي مصدر من المصادر الإرادية للالتزام.

أما الوقف فيدخل ضمن التصرفات التبرعية إلا أنه ينفرد عنها بخصوصية التأبيرد، فهو تبرع دائم وصدقة جارية غير مقطوعة، واقتضت هذه الخاصية أن تكون هناك ولاية عليه تصونه من العبث والضياع وتديره بصورة يجعله يحافظ على خصوصيته، وهذه الولاية يسميها الفقهاء

1: حمار نزيهة، لشهب حورية، تحول تصرفات المريض مرض الموت إلى وصية، مجلة العلوم الإنسانية، مج20، ع02، 2020، ص.736.

النظارة على الوقف<sup>1</sup>، وقد تم تصنيفها ضمن التصنيفات القانونية الثلاثة للأموال، واستدعى تصنيفه ضمن أصناف الملكية بصدور نصوص قانونية وتنظيمية متعاقبة حددت إطار نظامه القانوني، وبينت مكانته ضمن النظام القانوني للأموال وخاصة ما يترتب عن هذا التصرف من آثار من حيث اعتباره تصرفاً قانونياً يفيد منع التصرف في ربة العين الموقوفة التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها، وجعل المنفعة لجهة من جهات الخير ابتداءً أو انتهاءً وفق إرادة الواقف للعمل بها في وقفه، والتي تتعلق إما بمصاريف الوقف وتوزيعه وربيعه على المستحقين أو الولاية عليه، لكن بقيت الشريعة الإسلامية هي المرجعية فيما لم يرد فيه نص بخصوص أحكام الوقف<sup>2</sup>، وللتفصيل أكثر سنتعرض للهبة في مرض الموت (المبحث الأول)، ثم الوقف في المرض الموت (المبحث الثاني).

1: خالد عبد الله الشعيب، النظارة على الوقف، ط02، إدارة الدراسات والعلاقات الخارجية الأمانة العامة للأوقاف، الكويت، 2019، ص.09.

2: حاج مخناش سهيلة، المرجع السابق، ص.10.

## المبحث الأول: الهبة في مرض الموت

ينظم القانون المدني وقانون الأسرة المعاملات المدنية بين أفراد المجتمع، الأمر الذي يتطلب أن يتضمن تنظيمًا لكافة أنواع المعاملات المدنية، ومن ضمن ذلك هبة المريض مرض الموت، لما يشكل هذا الموضوع من أهمية بالغة تنبع من غايته. فقد يقدم المريض مرض الموت على هبة أمواله لو ارث أو لغير وارث، الأمر الذي يؤدي إلى المساس بحقوق الورثة، حيث يتعلق حق الورثة بأموال المورث منذ بداية المرض، كما قد يؤدي بالمساس بحقوق دائني المريض، باعتبارهم أصحاب حقوق متعلقة بأموال المريض. لذلك وجب توفير الحماية القانونية لحقوق الورثة والدائنين، وذلك من خلال تقييد تصرفات المريض مرض الموت.

وقد وضعت التشريعات المدنية المختلفة تنظيمًا قانونيًا عامًا لحكم التصرفات القانونية التي تصدر عن المريض مرض الموت، ويكون مقصودًا بها التبرع، كالهبة مثلاً والتي تلحق بحكم الوصية، وعليه تعتبر تبرعًا مضافًا إلى ما بعد الموت وتحكمه أحكام الوصية مهما كانت التسمية التي يطلقها المتعاقدان على التصرف، فغاية المشرع رد التحايل على أحكام الوصية بأن يعتمد الورثة إلى ستر الهبة في شكل تصرف منجز كالبيع أو الوصية، أي أنه يخضع على تصرفه وصفًا قانونيًا غير صحيح، فحسم المشرع التكييف القانوني له باعتباره وصية فأخضع سلطة تكيفه لقاضي الموضوع الذي يطبق القواعد القانونية المقررة للتصرف بعد القيام بتكيفه، ولهذا ارتأينا تقسيم الموضوع إلى مطلبين، سنتناول في المطلب الأول خضوع الهبة لحكم الوصية وفي المطلب الثاني: آثار الهبة في مرض الموت.

## المطلب الأول: خضوع الهبة لحكم الوصية

الهبة هي تملك بلا عوض حال الحياة، فهي تتفق مع الوصية من حيث أنها تملك بلا عوض، وتختلف عنها في الشروط والأحكام، فالهبة تملك في الحال<sup>1</sup>، والوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت، ويصح أن يحتفظ الواهب بالانتفاع بالعين من غير أن يتحول العقد إلى وصية<sup>2</sup>. فنصت المادة 202 من قانون الأسرة على أن: "الهبة تملك بلا عوض ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامًا على إنجاز الشرط".

1: عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص.17.

2: العربي زنتو، المرجع السابق، ص.103.

وبذلك فإن الهبة بوصفها تمليك بلا عوض كانت من أشد التبرعات الضارة بالمتصرف ضررا محضا، لذا أحاطها المشرع بضوابط هامة، لاسيما تلك المتعلقة بأهلية المتبرع، فإذا كان الواهب أهلا للتبرع من غير المرض جاز له أن يهب شرعا وقانونا كل ماله لمن يشاء، وارثا كان أم أجنبيا طبقا للمادة 205 من قانون الأسرة.

إلا أن حرية الشخص في الهبة تتقيد ابتداء من مرض الموت لذلك نجد أن المشرع الجزائري اعتبر أن الهبة في مرض الموت، والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية وهذا حسب المادة 204 من قانون الأسرة، وهذا ما أكدته المادة 776 من القانون المدني حيث اعتبرت أن كل تصرف قانوني يصدر عن شخص بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف.

وعليه فإن المشرع الجزائري كيف هبة المريض مرض الموت على أي وصية؛ أي انتقل تكييف القانوني لهبة المريض مرض الموت من عقد إلى تصرف بإرادة منفردة والتي تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين فتكون سببا لكسب الحقوق العينية عن الطريق الوصية، وما هو معلوم أن الإرادة المنفردة عمل قانوني صادر من جانب واحد تنتج آثارا قانونية مختلفة منه مثلا إنشاء التزام ما<sup>1</sup>.

### الفرع الأول: هبة المريض مرض الموت لوارث ولغير وارث

لا تتحقق الهبة بأن يتصرف الواهب في ماله دون عوض بل وجب قيام العناصر المعنوية فيها، وهو نية التبرع، فقد يتصرف الشخص في ماله دون عوض ولكن لا يقصد التبرع ومثل ذلك الوفاء بالالتزام الطبيعي له، كأن يعطي مالا لابنته من أجل جهازها، أو كإعانتة لابنه في تكاليف زواجه.

### أولا: الهبة لوارث

الهبة لوارث فقد تحمل معنى تفضيل بعض الورثة على آخرين، والأصل هو المساواة بين الأولاد في العطية، مصدقا لقوله عليه الصلاة والسلام "سوا بين الأولاد في العطية ولو كنت مؤثرا لآثرت النساء على الرجال"<sup>2</sup>.

1: محمد تقي، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام، شركة دار الأمة، الجزائر، 1995، ص.24.

2: أخرجه مسلم في كتاب الهبات، باب، كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة، حديث رقم 1623، من حديث النعمان بن بشير.

إن الهبة لو ارث في مرض الموت ولو مع القبض صحيح تبقى موقوفة على إجازة باقي الورثة فإن أجازوها جازت وإن لم يجيزوها قسم الموهوب بين الورثة.

فذهب الشافعية إلى أن هبة المريض في مرض موته لو ارث هي مردودة، لأن هبة المريض وصية من ثلث ماله، والوارث ممنوع من الوصية وكذلك لو وهب لغير وارث، فصار عند الموت وارثا بطلت الهبة لأنها أصبحت هبة لو ارث.

أما المالكية اشترطوا في الواهب لكي يكون أهلا لتبرع ألا يكون تبرع المريض مرض الموت فيما يزيد عن الثلث، فإذا وهب المريض زيادة على ثلث ماله، انعقدت هبة موقوفة على إذن الورثة<sup>1</sup>.

إلا أن الهبة لو ارث جائزة عموما ولا تتقيد إلا في مرض الموت، وعلى ذلك فالشخص كامل الأهلية صاحب مال، له أن يهب من المال ما يشاء حتى ولو جرد أولاده من احتمال استحقاقهم للميراث، إذ الثابت بأنه لا ميراث إلا بعد واقعة الوفاة، ومع هذا لا تصل حرите إلى تقسيم تركته حال حياته، ومن ثم لا يبقى للوارث صاحب المصلحة إلا أن يدعي بأحكام الحجر أو السفه وأي داع قانوني آخر يبطل التصرف متى توافرت شروطه، أو أن يثبت أن مورثه عند قيامه بالهبة كان مريضا مرض الموت، بهذا تقيد هبته لصالح الوارث الطاعن حسب المادة 204 من قانون الأسرة.

ويعتبر الوارث كل شخص وارث من كان حيا وقت موت مورثه لا وقت الهبة، وتكون إجازة الورثة لثلث تركته بعد تأكد من وفاة المورث حقيقة أم حكما حتى يستحق الوارث أن يرثه، وفي حال حصول الهبة من المريض لو ارث لا بد التفرقة بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان للواهب المريض مرض الموت وارث واحد فقط فإن الواهب لو أعطاه كل ماله فلا شيء في ذلك، وذلك لأنه هو من سيرته في حال وفاته، فيكون قد أخذ عن طريق الهبة معجلا إذ سيحصل على ما وهب له مؤجلا في حال وفاة مورثه<sup>2</sup>.

1: محمد بن أحمد بن جزى الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية، ج01، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، القاهرة، 2009، ص.242.

2: مازن مصباح صباح، المرجع السابق، ص.683.



الحالة الثانية: إذا كان المريض له أكثر من وارث، فإن للورثة الحق في إجازة الهبة أو عدم ذلك، فإن لم يجز الورثة الهبة للوارث بطلت ولم تنفذ، وهذا ما ذهب إليه الحنفية والشافعية والحنابلة<sup>1</sup>. أما إذا كانت الهبة لأحد الورثة فإنها تعتبر في حكم الوصية، ومن ثم فإنها تحتاج إلى إجازة بقية الورثة تطبيقاً لمقتضيات المادة 198 من قانون الأسرة والتي نصت على أنه: "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى".

ومن قرارات القضاة الصادرة بهذا الشأن، القرار الصادر عن المحكمة العليا حيث جاء فيه ما يلي: "حيث من المقرر فقهاً أن يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل وإن صدر تبرعه أثناء مرض الموت، وتعتبر الهبة وصية".

ويجب على الورثة أن يثبتوا أن الهبة قد صدرت من مورثهم وهو في مرض موته ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق.

حيث يستخلص من تلاوة القرار المنتقد أن قضاة مجلس الإحالة بإبطالهم عقد الهبة، حيث اكتفوا بالقول أن الواهب كان مريضاً وقت تحرير الهبة، بدليل أنه استدعى الموثق لمتزله وبدليل تحرير العقد.

حيث أنه كان شرط مرض الموت في إبطال الهبة مسألة قانونية، فإن حصول هذا المرض يجب إثباته، وبما أن قضاة الموضوع لما حكموا بإبطال الهبة المتنازل عليها دون إجراء تحقيق للتأكد من أن الهبة صدرت من الواهب وهو في مرض الموت، ولم يسببوا قرارهم نسبياً كافياً ولم يؤسسوا تأسيساً شرعياً الأمر الذي يستوجب نقض القرار<sup>2</sup>.

### ثانياً: الهبة لغير وارث

أما بالنسبة للهبة لغير وارث فانقسم مجموع الفقهاء في مسألة إذا قام المريض مرض الموت بهبة بعض ماله لغير الوارث ليس من ورثته إلى مذهبين:

1: محمود بن إسرائيل الشهير بابن قاضي سماوة الحني، جامع الفصلين وبهامشه حواشي خير الدين الرملي، ج2، ط1، المطبعة الأميرية ببولاق، مصر، 1300هـ، ص187.

2: المحكمة العليا، غ.أ.ش، 05-05-1986، القرار رقم 41111، (غير منشور)؛ خلادي عبد الرحمان، عقد هبة العقار، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، 2019-2020، ص.02، منقول عن: حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة من مجلس الدولة والمحكمة العليا، ط08، دار هومة، الجزائر، 2009، ص.263.

المذهب الأول: ذهب جمهور فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى القول بأن هبة المريض مرض الموت لغير الوارث تكون كالوصية من ثلث المال<sup>1</sup>.

المذهب الثاني: ذهب الظاهرية إلى القول بأن هبة المريض تكون من رأس ماله كله وليس من الثلث، أي أن المريض له الحق في التصرف في ماله عن طريق الهبة والعطية كما يريد سواء أكان في حدود الثلث أم أكثر<sup>2</sup>.

وبالرجوع إلى المادة 776 من القانون المدني نجد أن المشرع الجزائري اعتبر كل تصرف بنية التبرع يأخذ حكم الوصية، فمن باب أولى أن التصرفات التبرعية الصريحة كالهبة، الوقف وإبراء وغيرها تأخذ نفس الحكم، فتتقيد حرية الشخص في الهبة بتقيد ابتداء من مرض الموت، ويحق لصاحب المصلحة الطعن فيها بعد الوفاة، وذلك طبقاً للمادة 204 من قانون الأسرة التي تنص على أن:

" الهبة في مرض الموت ، والأمراض المخيفة ، تعتبر وصية" ، إضافة إلى نص المادة 776 من القانون المدني التي تنطبق على الهبة أيضاً، وأكدت المحكمة العليا على أن القضاء بإبطال الهبة في مرض الموت دون مراعات المبدأ القانوني الذي يعتبره وصية، ويستفيد منها الموهوب له في حدود ما يسمح بذلك موضوع الوصية بعد مخالفة للقانون<sup>3</sup>، وأكثر من ذلك فقد ذهبت المحكمة العليا في قرارها إلى اعتبار الهبة وصية استناداً إلى قرينة يستخلص من خلالها إضافة الهبة إلى ما بعد الموت حيث جاء فيه: "و. من المقرر قانوناً أن الهبة تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية . ومتى تبين في قضية الحال أن الهبة موضوع النزاع أقامها المرحوم لزوجته ذاكراً بأنه في حالة ما إذا وجد بعد وفاته ورثة آخرون وشرعيون تحدد الهبة حسب القانون وهو ما يجعلها في شكل وصية مضافة إلى ما بعد الموت في حين أن الشريعة الإسلامية لا تسمح بالوصية للوارث"<sup>4</sup>.

تعتبر هبة المريض مرض الموت لغير وارث نافذة إذا لم يكن له ورثة ولو كان الموهوب كل مال الواهب، ولا يحق لأحد معارضة ذلك ولا بيت المال، فإذا لم تكن تستغرق كل مال

1: مازن مصباح صباح، المرجع السابق، ص. 677.

2: سعيد بن حزم الاندلسي، المحلى بالآثار، ج8، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002، ص. 417.

3: المحكمة العليا، غ.أ.ش، 16-03-1999، ملف رقم 219901، م.ق، عدد خاص، 2001، ص. 287؛ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 21-02-2001، ملف رقم 256869، م.ق، ع02، 2002، ص. 428.

4: المحكمة العليا، غ.أ.ش، 13-03-1998، ملف رقم 179724، م.ق، عدد خاص، 2001، ص. 277.

الموهوب رد الباقي لبيت المال، وهذا ما أكده المشرع المغربي في مدونة الحقوق العينية المادة 280<sup>1</sup>.

ومن المعلوم أن موت المريض الواهب قبل تسليم الهبة يجعلها باطلة، وإن كانت وصية اعتبر فيها الثلث هبة حقيقية تحتاج إلى القبض، فلا تجوز هبة المريض ولا صدقته إلا المقبوضة وإذا مات الواهب قبل التسليم بطلت الهبة<sup>2</sup>، وهبة المريض عقد وليست بوصية واعتبارها من الثلث ما كانت وصية، لأن حقوق الورثة متعلقة بمال المريض، فتبرع المريض بالهبة يكون في حدود ما جعل الشرع له وهو الثلث، وإذا كان هذا التصرف هبة عقدا شرط له كسائر شروط الهبة، والتي من بينها قبض الموهوب له الهبة قبل موت الواهب، ومما تقدم فإن الهبة لا تجوز إلا المقبوضة فإن قبضت جازت<sup>3</sup>.

وبالتالي فهبة المريض مرض الموت هي تعتبر من الثلث، فإذا وهب المريض لغير وارث في فترة مرضه ثلث ماله لا يكون للورثة حق معارضة الموهوب له، لكن مع شرط أن تتم الهبة بالقبض والحيازة، وجاء في الفقه الشافعي في هذا الموضوع إذا وهب لأجنبي في مرضه الذي مات فيه هبة، فإن لم يقبضه حتى مات فالهبة باطلة لأنها لا تتم إلا بالقبض وإن قبضه قبل موته صحت الهبة وكانت من الثلث تمضي إن احتمالها الثلث ويرد منها عجز الثلث عنها<sup>4</sup>.

وبالرجوع إلى آراء فقهاء الشريعة الإسلامية من المذاهب الأربعة نجد أنهم يعتبرون الهبة تصرفا رضائيا ولا يشترطون إفراغها في شكل رسمي معين<sup>5</sup>، غير أنهم اشترطوا قبض الشيء الموهوب من أجل تمام الهبة، ذلك أن صورة الشكلية عندهم تنحصر في القبض وهو ما يقابله بالتشريع الوضعي الحيازة للشيء الموهوب من طرف الموهوب له، أما بالرجوع إلى القانون الجزائري فنجد أنه اشترط الحيازة مكان القبض، ويقصد بالحيازة في عقد الهبة تمكين الموهوب له من وضع يده على الشيء الموهوب فيتصرف فيه تصرف المالك للشيء والظهور بمظهر صاحب

1: نصت المادة 280 الفقرة الثانية من مدونة الحقوق العينية على ما يلي: "إلا أنه إذا لم يكن للواهب وارث صحت الهبة في الشيء الموهوب بكامله".

2: عبد السلام فيغو، المرجع السابق، ص. 234.

3: السرخسي شمس الدين، المبسوط، ج12، ط01، دار المعرفة، بيروت، 1989، ص. 102.

4: فريدة هلال، الهبة في ضوء القانون والقضاء الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2012، ص. 55.

5: أبو الوليد محمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج02، دار ابن الحزم، مصر، 1989، ص. 534.

الحق، ولا تتم الحيازة بهذا المعنى إلا بتسليم الشيء الموهوب إلى الموهوب له. وعليه فإن المشرع الجزائري نص على الحيازة في المادة 206 من قانون الأسرة التي جاءت كالآتي "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم بالحيازة ومع مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقول، وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة"، وعليه فإن المشرع الجزائري يعتبر الحيازة ركن في عقد الهبة سواء وردت على عقار أو منقول<sup>1</sup>، وهو ما يستشف من قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1986-04-21 "حيث أن النزاع يدور حول صحة الهبة وأن الحيازة شرط لإتمام عقد الهبة، حيث أنه بالرجوع إلى قرار والحكم المؤيد من طرفه وعناصر القضية يتضح أن الحيازة التي هي شرط أساسي في صحة الهبة لم تثبت بصفة قطعية إذ أن قضاة الاستئناف اكتفوا لتأسيس قرارهم بقولهم أن العقد يشير إلى أن الحيازة انتقلت إلى الموهوب له يوم إبرام هذا العقد، وأن الحيازة متنازع فيها، وحيث أن قضاة المجلس لما اعتبروا الهبة صحيحة من دون تأكد بوقوع الحيازة الفعلية للقطع الموهوبة والمتنازع من أجلها لم يسيبوا قرارهم تسيبا كافيا ولم يبنوا حكمهم على أساس شرعي، الشيء الذي يجعل القرار واجب النقض، فلهذه الأسباب قرر المجلس الأعلى قبول الطعن شكلا وموضوعا ونقض القرار المطعون فيه"<sup>2</sup>. فتكون الحيازة فعليا بوضع العقار الموهوب تحت تصرف الموهوب له أو وكيله، بحيث يتمكن من حيازته على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء الموهوب فإذا كان العقار الموهوب منزلا يسكنه الواهب، وجب عليه أن يخليه ويخرج منه أثاثه ومتاعه الموجود فيه، وأن يسلم مفاتيحه إلى الموهوب له، وإذا كان أرضا زراعية وجب على الواهب إخلاؤها، وتمكين الموهوب له من استغلالها من دون أي تعرض<sup>3</sup>، وإذا كان الشيء الموهوب في حيازة الموهوب له قبل الهبة، بموجب عقد من العقود الأخرى كالإيجار أو العارية، أو الوديعة أو رهن حيازي ونحو ذلك ثم تمت الهبة، كان الموهوب له حائزا فعلا للموهوب وقت تمام الهبة، ولا يحتاج إلى استيلاء جديد ليتم التسليم، وإنما يحتاج

1: شيخ نسيم، المرجع السابق، ص.52.

2: المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 21-04-1986، قرار رقم 40457، م.ق، ع.02، 1986، ص.72.

3: شيخ نسيم، الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2010-2011، ص.35.

إلى اتفاق مع الواهب على أن يبقى الموهوب في حيازته<sup>1</sup> كمالك له عن طريق الهبة وهو ما يسمى بالحيازة الحكومية والتي نصت عليها المادة 207 من قانون الأسرة.

أما بالنسبة للمنقول فتتطلب إجراءات خاصة مع تسليمه وحيازته من قبل الموهوب له؛ أي أنه تتم عن طريق التسليم الفعلي للشيء الموهوب من طرف الواهب إلى الموهوب له، وهو ما يسمى بالهبة اليدوية.

وتتم الحيازة في هبة المنقول مثلما هو عليه الحال في هبة العقار عن طريق التسليم الفعلي أو الحكمي، وهي بهذا المعنى لا تعني عن الإجراءات الخاصة الواجبة لنقل ملكية بعض المنقولات، فانتهاء ركن الحيازة في مثل هذه المنقولات، يترتب عنه بطلان الهبة، واعتبارها كأنها لم تكن، غير أن المشرع الجزائري أجاز استغناء عن ركن الحيازة في عقد الهبة الوارد على منقول متى كان الواهب ولي الموهوب له، أو زوجه، أو إذا كان المنقول مشاعاً<sup>2</sup>.

وما يمكن الإشارة إليه أن الفقه الإسلامي اختلف في حكم الخاص بهبة العقار في مرض الموت، فإذا كان الأصل أن الواهب حال صحته وأهليته للتبرع يجوز له أن يهب كلاً أو بعضاً من ماله لمن شاء وكيفما شاء، فذهب فقهاء الظاهرية إلى القول بصحة تصرفات المريض مرض الموت، وأن هبة العقار هذا الأخير صحيحة نافذة من كل ماله كالصحيح، وتخرج من رأس ماله إذا مات<sup>3</sup>، أما لو صح من مرضه فلا خلاف في هبة الصحيح. أما مذهب جمهور الفقهاء<sup>4</sup> فذهبوا إلى القول أن هبة العقار المريض مرض الموت في حكم الوصية؛ فإذا كانت لأجنبي نفذت إذا لم يكن للواهب المريض وريث ولو كان المال الموهوب هو كل مال الواهب، إذ ليس لأي كان أن يعترض على ذلك ولا حتى لبيت مال المسلمين، فإن لم تكن الهبة بالكل فلبت المال ما تبقى، والعلة في ذلك أن الموهوب له يعتبر موصى له وهو مقدم على بيت المال في الاستحقاق، وإذا كان للواهب المريض ورثة، فإن كان المال العقاري الموهوب أقل من الثلث أو في حدوده نفذ ولو لم يجزه الورثة، وإن كان أكثر من الثلث فلا ينفذ في الزائد عليه إلا بإجازة الورثة.

1: حمدي باشا، المرجع السابق، ص. 11.

2: شيخ نسيم، المرجع السابق، ص. 37.

3: أبو محمد بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى، ج 07، المرجع السابق، ص. 164 وما يليها.

4: جمال الدين طه العاقل، الرجوع في الهبة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري وقانون المعاملات المدنية الإماراتي،

مجلة الأمن والقانون، ع 01، 06 يناير 1998، 89-99.

أما إذا كانت هبة العقار لوارث فلا تنفذ إلا بإجازة بقية الورثة، سواء أكانت بأقل من الثلث أو حدوده أو بأكثر منه، ذلك أن هبة العقار في مرض الموت تعد وصية ولا وصية لوارث، على اعتبار أنه يكتنفها تفضيل جانب من الورثة على آخر<sup>1</sup>.

فهبة العقار التي يسري عليها حكم الوصية هي تلك الهبة التي تتم في مرض الموت مستوفية لشروطها، فإذا وهب المالك المريض هبة عقار لشخص ولم يحزه الموهوب له حتى توفي الواهب، فإن الهبة تبطل لموت الواهب قبل القبض وكما تبطل لو كان الواهب في تمام صحته وقت الهبة، وهذا ما ذهب إليه أبو حنيفة وأصحابه<sup>2</sup>، ولا تنقلب هبة العقار في هذه الحالة صحيحة لأنها صلة والصّلات يبطلها الموت كالتفقات، بالإضافة إلى أن هبة من العقود المنجزة المقتضية للتملك في الحال لا بعد الموت.

وبالرجوع إلى القانون الجزائري نجد أن الهبة تأخذ حكم الوصية، وهذا ما قضت به المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري، وكذا تطبيقاً لنص المادة 776 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري، مع وجوب الشكلية في عقد هبة العقار ضمن التشريع الجزائري ضرورة إفراغ رضا طرفيها الواهب والموهوب له في شكل الرسمي بين يدي مهني موثق وفق ما نصت به المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول... ومراعاة أحكام قانون التوثيق بالنسبة للعقارات...".

فلقد اشترط المشرع ضرورة توافر الرسمية في عقد هبة العقار؛ أي وجوب صب عقد هبة العقار في شكل عقد رسمي يحرر من قبل الموثق تحت طائلة البطلان.

وعلى الرغم من أن المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري نصت في فقرتها الأخيرة على تقرير البطلان في حات ما إذا اختل أحد القيود السابقة، إلا أنها أحالتها علاوة على ذلك إلى وجوب مراعاة أحكام الأمر 70-91 المؤرخ 15 ديسمبر 1970 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق الذي كان ساريا المفعول آنذاك، حيث نص في المادة 12 منه بالقول: "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها في شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل

1: بدر حاسم يعقوب، عقد الهبة في القانون المدني الكويتي (دراسة مقارنة)، ط01، د.د.ط، الكويت، 1986، ص.303-304.

2: أحمد إبراهيم بك، أحكام الهبة والوصية وتصرفات المريض، مطبعة العلوم، مصر، 1939، ص.13.

ملكية عقار أو الحقوق عقارية... في شكل رسمي..."، ولأهمية هذه المادة نظريا وعمليا فقد أحييت إلى نصوص القانون المدني المعدل والمتمم بموجب المادة 324 مكرر 1<sup>1</sup>.

والمقتضى ذلك مباشرة الإجراءات الشكلية تبعا للأحكام العامة التي قررتها المادة 324 مكرر 2 وما يليها من القانون المدني الجزائري، وكذا المادة 61 وما بعدها من المرسوم التنفيذي رقم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم، وهذا علاوة على متابعة إجراءات التسجيل بغرض تحصيل الحقوق الجبائية، وشهر عقد هبة العقار في المحافظة العقارية المختصة حتى تنتج آثارها بين المتعاقين وإتجاه الغير أيضا<sup>2</sup>.

كما أن المشرع المغربي قد اعتبر الهبة عقد رسميا تماشيا مع القانون المدني الفرنسي، كما أنه يشترط حيابة الموهوب حيابة فعلية قبل موت الواهب في حالة مرضه، وهذا شرط لازم في حالة إذا كان الموهوب عقارا، كما أن من بين ما تضمنته مدونة الحقوق العينية أن التقييد بالسجلات العقارية يعني عن الحيابة إذا كان العقار محفظا وهذا حسب مضمون الفقرتين 3 و4 من المادتين 274، وتقديم مطلب التحفيظ يعني كذلك عن الحيابة.

وما يستنتج مما تقدم أن الهبة لا تصح إلا إذا تم القبض أو الحيابة أثناء حياة الواهب وإلا بطل عقد الهبة لأنه لا ينعقد إلا بالإيجاب والقبول وحيابة الموهوب حيابة فعلية أثناء حياة الواهب، وهذا ما جاء منطوق المادة 279.

أما المشرع التونسي فقد نص في المادة 206 من مجلة الأحوال الشخصية إذا صدرت الهبة خلال مرض متصل بالموت اعتبرت وصية. وبذلك فإذا كان الشيء الموهوب لغير وارث لا يزيد على ثلث التركة صحّت الهبة، أما إذا تجاوزت هذا القدر لم ينفذ التصرف في حق الورثة وظهرت الحاجة على إجازتهم بعد وفاة الواهب طبقا للفصل 179 فيما زاد عن حدود الثلث، وإذا لم يحصل ذلك وجب على الموهوب له أن يردّ إلى التركة ما تجاوز الثلث.

أمّا إذا صدرت الهبة خلال مرض متصل بموت الواهب لوارث فإنها تكون باطلة طبقا للتحجير الوارد بالمادة 179 من مجلة الأحوال الشخصية من أنه "لا وصية لوارث"<sup>3</sup>.

1: مصطفى لعروم، عقد الهبة، مجلة الموثق، ع08، 1999، ص.20.

2: حمدي باشا، دراسات قانونية مختلفة، ط06، دار هومة، الجزائر، 2013، ص.15.

3: خليفة الخروبي، المرجع السابق، ص.338.

وقد نصت المادة 204 من قانون الأسرة على أن: "الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية"، ويستفاد من هذه المادة أن الواهب إذا تصرف في أمواله بأن وهب جزءا منها أو كلها وهو في مرض موته أو تصرف بذلك وهو في حالة من الحالات المخيفة، فإن تصرفه هذا يأخذ حكم الوصية<sup>1</sup>، وهذا ما أكدته المادة 776 من القانون المدني والتي تنص على أن: "كل تصرف قانوني يصدر عن الشخص في مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف".

وقد جاء في إحدى القرارات المحكمة العليا أنه: "من المقرر فقها أنه يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، وإن صدر تبرعه أثناء مرض الموت تعتبر الهبة وصية ويجب على الورثة أن يثبتوا أن الهبة قد صدرت من مورثهم وهو في مرض موته، وله إثبات ذلك بجميع الطرق. ويستخلص من تلاوة التقرير المنتقد أن قضاة المجلس بإبطالهم عقد الهبة، اكتفوا بالقول أن الواهب كان مريضا وقت تحرير الهبة، بدليل أنه استدعى الموثق إلى منزله لتحرير العقد، حيث أنه إذا كان شرط مرض الموت في إبطال الهبة مسألة قانون فإن حصول هذا المرض يجب إثباته، وبما أن قضاة الموضوع لما حكموا بإبطال الهبة المتنازل عليها دون إجراء تحقيق للتأكد من أن الهبة صدرت من الواهب وهو في مرض موته لم يسببوا قرارهم تسيبا كافيا ولم يؤسسوا تأسيسا شرعيا الذي يستوجب نقض القرار."<sup>2</sup>

وفي قرار آخر لها جاء فيه: "أن 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 (السرطان) وخطير لم يمنعها ذلك من التحرك، بدليل تنقلها للعلاج بين الجزائر وتونس، وأن قضاة الموضوع لم يناقشوا المرض المدعى به والمنصوص عليه في المادة 204 من قانون الأسرة مما يعرض قرارهم للنقض"<sup>3</sup>.

1: محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري، مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون

المقارن، ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003، ص.19.

2: المحكمة العليا، 05-05-1986، ملف رقم 41111، غير منشور، خلاصي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص. 02.

3: المحكمة العليا، غ.أ، 27-10-1992، ملف قرار رقم 85260.



كما أن الشيء الموهوب الذي لا تزيد قيمته على ثلث التركة، إذا كان التصرف صادرا في مرض الموت ولم تتجاوز قيمته حدود ثلث التركة تصح هبته، ولا تتوقف على إقرار الورثة، إلا أن الهبة في مرض الموت لصالح المنفعة العامة تأخذ حكما خاصا فلا رجوع فيها بنص المادة 212 التي تنص على أن: "الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها"<sup>1</sup>.

ويستفاد من نص هذه المادة أن الهبة المبرمة من أجل تحقيق منفعة عامة للمجتمع، تعتبر هبة لازمة يمتنع على الواهب الرجوع فيها، فإذا وهب شخص قطعة أرض للبلدية من أجل إنجاز مدرسة أو مستشفى أو مسجد أو نحو ذلك من أعمال البر، امتنع على الواهب الرجوع في هبته، واسترجاع الأرض، لأن الغرض من الهبة قد تحقق سواء أنجزت البلدية هذه المشاريع أم لم تنجزها.

وقد أكد القضاء الجزائري على هذا المانع، بحيث قضت المحكمة العليا في قرار الصادر سنة 1997 والتي جاء فيه ما يلي: "من المقرر قانونا أن الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها. ولما كان ثابتا -في قضية الحال- أن قطعة الأرض المتنازع عليها منحت للبلدية من طرف المورث المستأنفين بصفة دائمة قصد بناء مدرسة، وأن غلق المدرسة من طرف البلدية مؤخرًا لنقص عدد التلاميذ لا يعطي الحق للورثة باسترجاعها، لأن المورث ذكر في شهادة الهبة، بأن قطعة الأرض ستكون ملكا للبلدية، ولم يذكر بأنها منحت بصفة مؤقتة حتى يجوز استرجاعها"<sup>2</sup>. ويمكن القول أن منع الواهب من الرجوع في هبته بقصد المنفعة العامة حسب المادة 212 من قانون الأسرة لا يمنع الواهب من ممارسة دعوى فسخ عقد الهبة على أساس إخلال الموهوب له بالالتزامات المترتبة في ذمته. بموجب عقد الهبة، أي أنه في حالة عدم تنفيذ الموهوب له التزامه جاز للواهب طلب فسخ الهبة لعدم أداء العوض المشروط<sup>3</sup>، ولقاضي الموضوع سلطة تقديرية واسعة في إقرار الفسخ من عدمه دون رقابة من المحكمة العليا على حكمه طبقا للقواعد العامة المقررة في الفسخ<sup>4</sup>.

1: المادة 212 من قانون الأسرة.

2: المحكمة العليا، غ.ع، 19-01-1997، ملف رقم 116197، م.ق، ع02، 1997، ص.114.

3: محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص.257.

4: حسب المادة 119 وما يليها من القانون المدني.

## الفرع الثاني: هبة المريض المدين وغير المدين

إذا كانت الهبة تعد ديناً في ذمة المدين وأراد الواهب المريض مرض الموت أن يهب ذلك الدين لذلك المدين، فإن هذا الأمر يعد إبراء لذمة المدين، وهناك حالتان:

- 1- الحالة الأولى: إذا أبرأ المريض مرض الموت أجنبي، فيجب أن لا يتجاوز ذلك حدود الثلث إلا في حال موافقة الورثة فتجاوز الزيادة على الثلث، حيث جاء في الإنصاف: " وإن أبرأ غريمه من دينه أو وهبه له أو أحله منه برئت ذمته"<sup>1</sup>؛ يمكن القول أنه من حق المريض مرض الموت أن يقوم بإبراء المدين، ويكون ذلك في حدود الثلث، أي أن المريض مرض الموت إذا قام بهبة دينه الذي ثبت له في ذمة المدين فإن هذا يعد إبراء وهذا يكون في حالة ألا يكون الواهب مديناً.
- 2- قد يكون المدين الذي ثبت في ذمته دين للواهب المريض مرض الموت من ورثة ذلك الواهب، وله ورثة غير ذلك المدين فإنه لا يصح له أن يهب له ذلك الدين أن يبرأه منه ولعل سبب بطلان ذلك أن ما يقوم به الواهب المريض مرض الموت في هذه الحالة يعد تبرعاً في مرض الموت لوارث وهذا غير جائز<sup>2</sup>.

أما إذا لم يكن للواهب المريض مرض الموت وارث غير المدين فإنه يجوز له لا أن يبرأه لأنه لا يوجد ورثة يلحق بهم الضرر أو يتوقف الأمر على إجازتهم.

أما إذا كانت هبة المريض المدين مقبوضة مستغرقة بدين ووهب شيئاً من ماله وقبضه الموهوب له، فلا تنفذ هبته سواء أكان الموهوب أقل من الثلث أم أكثر منه، وسواء كان وارثاً له أو أجنبياً عن الواهب، بل تتوقف عن إجازة الدائنين، فإن أجازوها نفذت وإن ردوها بطلت<sup>3</sup>، أما إذا كان المريض الواهب مديناً بدين غير مستغرق وقبض الموهوب له المال الموهوب، ففي هذه الحالة يخرج مقدار الديون من التركة، ويحكم على الهبة في المبلغ الزائد بالحكم نفسه عليها في حالة ما إذا كانت التركة خالية من الدين<sup>4</sup>.

1: سليمان المرادوي الحنبلي، الإنصاف في معرفة الراجح من خلاف مع المذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج7، ط02، دار الإحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص.127.

2: محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار على الدار المختار (حاشية ابن عابدين)، ج05، ط02، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1992، ص.612.

3: الموسوعة الفقهية، ج37، ط01، مطابع دار الصفوة، الكويت، د.س.ن، ص.11.

4: محمد بن ادريس الشافعي، الأم، ج03، المرجع السابق، ص.285.

أما هبة المدين غير مقبوضة فتكون في حالة ما إذا وهب المريض شيئاً من ماله ولم يقبض الموهوب له العين الموهوبة حتى مات الواهب، فاعتبرت المالكية وابن أبي ليلى أن الهبة في هذه الحالة صحيحة وتأخذ حكم الوصية ولو أن الموهوب له لم يقبضها قبل موت الواهب المريض، أما الحنفية والشافعية فيعتبرون أن الهبة تبطل في حالة ما إذا مات الواهب قبل القبض، كما تبطل أيضاً لو كان الواهب صحيحاً وقت الهبة<sup>1</sup>، واعتبر الشافعي أنه إذا وهب الرجل في مرضه الهبة، فلم يقبضها الموهوب له حتى مات الواهب لم يكن للموهوب له شيء، وكانت الهبة للورثة<sup>2</sup>.

ويعتبر القبض شرط لجواز الهبة وهو وجه من أوجه المنع لأن هذا لم يتم وهو ما ثبت في ذمة المدين للواهب فإنه لا يحتل القبض وقت هبته من الواهب المريض إلى الموهوب له غير المدين وبالتالي لا يصح ذلك<sup>3</sup>.

وبالتالي سواء كانت هبة المريض لوارث أو لأجنبي وسواء أكانت هبة المريض المدين أو غير المدين ترتب آثاراً مختلفة فيما بين المتعاقدين وكذا بالنسبة للغير، وذلك ما سنحاول دراسته من خلال التطرق إلى آثار الهبة في مرض الموت.

### المطلب الثاني: آثار الهبة في مرض الموت

تعتبر الهبة في مرض الموت والحالات المخيفة وصية لأنه يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل وقت إبرام أو تحرير الهبة<sup>4</sup>. فمتى ثبت أن عقد الهبة قد حرره المالك في فترة مرضه الخطير والمخيف والذي يدخل ضمن الحالات المشار إليها في المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري يبطل عقد الهبة وتعتبر وصية.

فترتب الهبة في مرض الموت آثاراً بالنسبة للمتعاقدين والورثة، إضافة إلى الدائنين.

1: شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ص.102.

2: محمد بن إدريس الشافعي، المرجع نفسه، ص.285.

3: محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين)، ج05، ط02، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1992، ص.687.

4: حيث جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي: "تعتبر الهبة في مرض الموت والحالات المخيفة وصية لأنه يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل وقت إبرام أو تحرير الهبة. وأن يبطل الهبة المحررة بواسطة الوكيل في مرض الموت هو تطبيق سليم للقانون. لعدم تحقيق ما تقتضيه أحكام المادتين 203 و204 من قانون الأسرة؛ المحكمة العليا، 21-02-2001، قرار رقم 256869، م.ق، ع02، 2002، ص.428..

## الفرع الأول: آثار الهبة في مرض الموت بالنسبة المتعاقدين

إذا تمت الهبة صحيحة مستوفية لجميع شروطها وأركانها، فإنه يستوجب نقل ملكية المال الموهوب إلى الموهوب له، وهذا ينشئ التزامات حمة على عاتق الواهب وهي مبدئياً إذا كانت الهبة بلا عوض لأن أصل الهبة عقد ملزم من جانب واحد، إلا أنه قد ينشئ التزام آخر على عاتق الموهوب له مع الواهب باعتبار وجود العوض في الهبة مما يحولها إلى عقد ملزم لجانبين، وعليه فيمكن القول أن عقد الهبة يرتب التزامات على عاتق كل من الواهب والموهوب له، ولكن قد تنتقل الهبة من عقد إلى تصرف بإرادة منفردة في مرض الموت، ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يعتبر الهبة عقد ولم ينص على ذلك صراحة، خاصة وأنه تناول الهبة من خلال المواد من 202 إلى 212 من قانون الأسرة وفي نصوص متفرقة، ولكن في المقابل يمكن أن نستخلص من خلال نص المادتين 202 و206 من قانون الأسرة أن الهبة عقداً، وذلك أنه اشترط في الهبة أن تنعقد بالإيجاب والقبول، والإيجاب والقبول ركنان أساسيان في أي عقد سواء كان عقد هبة أو غيره، وبناء على ذلك فإن الهبة في واقع الأمر تعتبر عقداً كسائر العقود باعتبار أنه يشترط في إنشائها وتكوينها ما يشترط في كل عقد من رضاء ومحل وسبب ورسمية.<sup>1</sup>

ومن ثم يمكن القول أن المشرع الجزائري اعتبر الهبة عقداً وأخذ بالرأي الذي اتفقت عليه المذاهب الفقهية الأربعة، ويدل على ذلك ما جاء في البداية على الخصوص من قولها: "وأما الهبة فلا بد من الإيجاب فيها والقبول عند الجميع"<sup>2</sup> وهذه هي نفس العناصر الأساسية التي يتكون منها العقد، وقول البداية عند الجميع يقصد به جميع المذاهب الأربعة، ذلك أن كل مذهب من هذه المذاهب يتطلب توفر كل من الإيجاب والقبول في عقد الهبة، سواء كان القبول ركناً أو شرطاً.

1: محمد بن أحمد تقيية، المرجع السابق، ص 58 .

2: القاضي أبي الوليد ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، مطبعة مصطفى باي الحنبلي، مصر، الصفة الثالثة، سنة 1960. ص329،

ويلاحظ أن المشرع الجزائري جرى على ما أخذت به التشريعات العربية من اعتبار الهبة عقدا يتطلب الإيجاب والقبول وهي عقد رسمي، وإن كانت تبرعا محضا فهي عقد ملزم لجانب واحد، وإذا التزم فيها الموهوب له ببعض الالتزامات فهي من العقود الملزمة للجانبين.<sup>1</sup>

إذن فلا بد من قبول الموهوب له بالهبة حتى تتم، والسبب في ذلك يقول الأستاذ السنهوري:

- هو أن هناك شبهة في أن تتم الهبة بإيجاب الواهب وحده - أي بإرادة منفردة، فهو التبرع بماله، أما قبول الموهوب له فقد لا تكون هناك حاجة إليه، إذ الهبة نافعة له نفعاً محضاً، وكل ما يحتاج إليه، هو أن يقر الهبة كما يقر الموصي الوصية، وكما يقر المنتفع الاشتراط لمصلحته، حتى لا يتملك حقا دون رضاه، فجاء النص قاطعا في أن هذا غير صحيح فالهبة عقد بالإرادة منفردة، ولا تتم إلا بقبول الموهوب له، والسبب أيضا في جعل الهبة عقدا وإستلزام قبول الموهوب له، أن الهبة وإن كانت تبرعا، إلا أنها تثقل كاهل الموهوب له بالجميل وتفرض عليه واجبات أدبية نحو الواهب، وقد يرفض الموهوب له الهبة، كما إذا استشف من ورائها غايات للواهب لا يحمدوها.

ومن أهم التشريعات الأجنبية التي اعتبرت الهبة تصرفا التقنين المدني الفرنسي الذي نص في المادة 894 منه على أن: "الهبة تصرف يتخلى به الواهب حالا وبصورة لا تقبل الرجوع عن الموهوب لصالح الموهوب له الذي قبلها".

ويستفاد من هذا النص بصريح العبارة أنه اعتبر الهبة تصرفا، ولم ينص على أنها عقد، ولا ريب في أن هذا الاستعمال كان عن قصد، فالمشرع الفرنسي أراد أن يسمي عملية إنشاء الهبة تصرفا ولم يرد تسميتها عقدا، لما لهذه التسمية من معنى أشمل من معنى العقد، وقد قال بعض الفقهاء: كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الفرنسي ينص على أن الهبة عقد، ولكن عندما نظر هذا المشروع أمام مجلس الدولة لاحظ القنصل الأول بونايرت أن الهبة لا تلزم إلى الواهب، فالأولى أن تعرف بأنها تصرف لا عقد وقد أخذ بهذه الملاحظة فعرفت الهبة بأنها تصرف،

1: محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق ص 22؛ إن التشريعات العربية وعلى رأسها التشريع المصري كلها تعتبر الهبة عقدا، ماعدا التشريع العراقي والتشريع اللبناني؛ محمد بن أحمد تقيه، المرجع السابق، ص. 59؛ ففي التشريع المصري نصت المادة 486 من القانون المدني المصري الجديد الفقرة الأولى على أن: "الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض". مما يفيد بصريح العبارة أن الهبة عقد في التشريع المصري، وقد نصت على ذلك المادة 1/487 من القانون المدني المصري الجديد بما يلي: "لا تتم الهبة إلا إذا قبلها الموهوب له أو نائبه".

والملاحظة لا محل لها، فإن الهبة وإن كانت لا تلزم إلا الواهب إلا أنها لا تتم إلا بإيجاب و قبول، فهي إذا عقد وإن كان ملزما لجانب واحد.<sup>1</sup>

وإذا كان المشرع الفرنسي تجنب كلمة عقد واستعمل بدلها كلمة تصرف فإنه رأى أن كلمة تصرف أعم من كلمة عقد، فهي قد تشمل العقد والتصرف الانفرادي، أما كلمة عقد فهي تعني فقط التصرف الناشئ عن إرادتين ولا تتسع للتصرف بالإرادة المنفردة.

وفي المصطلح الفقهي أن التصرف أعم من العقد مطلقا، لأن العقد من بعض أنواع التصرف، إذ هو تصرف قولي مخصوص، ومن المقرر في القواعد المنطقية أن الأخص يستلزم دائما معنى الأعم، ولا عكس، فكل عقد هو تصرف وليس كل تصرف عقدا.<sup>2</sup>

ويلاحظ أن التشريعات العربية والأجنبية سارت على هذا المنوال، وعليه لاجرح على المشرع الجزائري عندما اعتبر عقد الهبة ملزما لجانب واحد، وقد يكون ملزم لجانبين إذا ما كانت الهبة بعوض، وذلك مثلما نصت عليه الفقرة 02 من المادة 202 من قانون الأسرة.

وتطبيقا لنص المادة 776 من قانون المدني الجزائري والمادة 204 من قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري قد نص صراحة بسريان أحكام الوصية على الهبة في مرض الموت، فالهبة تأخذ حكم الوصية في مرض الموت. وهو ما ذهب إليه القضاء الجزائري، ففي أحد قرارات المحكمة العليا نص على أن الهبة في مرض الموت تعتبر وصية، وأن القضاء بخلاف هذا يعد مخالفا للقانون ومضمون القرار أن" المسمى (ح.ع) قد طلب نقض وإبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء تيزي وزو بتاريخ 25 أبريل 1998، القاضي بتأييد الحكم الصادر عن محكمة تيقزيرت الصادر يوم 10-06-1997 القاضي برفع دعوى الطاعن حيث استند الطاعن في طلبه على وجه وحيد للنقض مأخوذ من مخالفة المادتين 204 من قانون الأسرة الجزائري والمادة 776 من القانون المدني، الدعوى أن قضاة الموضوع قد قضوا بصحة الهبة مؤرخة في 1-8 وفي 14-9-1996 مع أن الواهب(ل.م) المتوفي 23-09-1996 كان في مرض الموت رغم الشهادة الطبية وشهادة الشهود، وشهادة الموثق نفسه في عقد الهبة، ودعوى الطاعن رامية إلى جعل الهبة بمثابة وصية وقضاة الموضوع رفضوا الدعوى على أساس أن العقد التوثيقي لا يمكن إبطاله إلا في حالة الطعن

1: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 29

2: محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص.61-63.

بالتزوير مع أن الدعوى ليست ضد شكلية العقد بل ضد التصرف الذي قام به الواهب والطاعن أثبت أن الهبة موضوع النزاع قد وقعت في مرض الموت سواء من ملاحظة الموثق نفسه فيعقد الهبة، أو من التقرير الطبي المؤرخ في 12-04-1997، حيث كان على قضاة الموضوع تطبيق المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري، وعليه فالوجه المؤسس الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه، وعليه قررت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والموارث نقض القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء تيزي وزو، وإحالة القضية والطرفين لنفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى<sup>1</sup>.

ونستنتج من هذا القرار أن قضاة الموضوع قد قضوا بصحة الهبة مع أن الواهب متوفى كان في مرض الموت .

والهبة المستترة إذا كانت لا تخضع لأحكام الهبة الشكلية، فإنها تخضع لأحكامها الموضوعية، ويترتب على ذلك أن الهبة المستترة تعتبر هبة تستلزم أهلية التبرع من الواهب، ويجب أن يكون الواهب مالكا لما تبرع فيه، ويتحقق فيها من ضمان استحقاق وضمن العيب، وتعتبر تبرعا بالنسبة إلى الدعوى البوليصة، ويجوز فيها الرجوع إلا إذا وجد مانع، وإذا أصدرت في مرض الموت كان لها حكم الوصية.

ولقد أجاز القانون للدائن الطعن بالدعوى البوليصة، وذلك طبقا لما جاء في نص المادة 191 من القانون المدني الجزائري والتي مفادها أنه يجوز لكل دائن حل دينه وصدر من مدينه تصرف ضار به، أن يطلب عدم نفاذ التصرف في حقه، إذا كان هذا التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وترتب على ذلك عسر المدين أو الزيادة في إعساره، وهذا في حالة توفر شروط استعمال الدعوى البوليصة<sup>2</sup>.

وعلى من يدعي أن العقد الظاهر هو هبة مستترة، تحمل عبء الإثبات، فإذا ادعى المتصرف مثلا أن البيع الصادر منه إلى المشتري ليس إلا هبة مستترة وأنه يريد الرجوع فيها فعليه

1: المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 16/03/1999، قرار رقم 219907، م.ق، عدد خاص، 2001، ص.287.

2: لوني يوسف، الحماية الإجرائية للدائن المتعاقد في التنفيذ العيني، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، 2018-2019، ص.349.

أن يثبت ذلك إذا كان التصرف مكتوباً بجميع وسائل الإثبات ووفقاً للقواعد العامة<sup>1</sup>، ولا يمكن إثبات التستر إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها، وعلى الواهب أن يحصل على ورقة الضد من الموهوب له يقرر فيها هذا العقد الظاهر الذي هو في حقيقته هبة مستترة حتى يتيسر للواهب إثبات التستر بالكتابة عند الاقتضاء.

أما إذا كان الذي يدعي استتار الهبة هو الغير أي الدائن للواهب وطعن في الهبة المستترة بالدعوى البوليصية، فهو الذي يتحمل عبء الإثبات، وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق، بما في ذلك البينة والقرائن، وقاضي الموضوع هو الذي يبت فيما إذا كان التصرف المطعون فيه هو هبة مستترة<sup>2</sup>.

أما فيما يخص الفقه والقضاء الفرنسي فإنه قد تم إقرار صحة الهبة المستترة وذلك بتوافر شرطين: الشرط الأول: يجب أن تتوفر في العقد الساتر جميع شروطه القانونية كما لو كان عقداً حقيقياً، وذلك حتى لا يكشف العقد الظاهر عن وجود هبة خفية طالما أن كل ثغرة توجد في العقد الصوري من شأنها أن تؤدي إلى إلغاء مسألة الصورية وتكشف عن طبيعة الاتفاق الحقيقي<sup>3</sup>.

أما الشرط الثاني: فيجب احترام بعض الشروط الأصلية للعقد الظاهر، فإذا كان العقد الظاهر هو عقد البيع، فمن المتجه تحديد المبيع والتنصيب على الثمن حتى وإن كان سورياً، وذلك لأن الثمن من شأنه أن يبعث على الاعتقاد بجدية عملية البيع وأن يساعد على تثبيت المظهر الخادع وإخفاء الاتفاق الحقيقي.

إلا أنه يجدر التساؤل في هذا الإطار هل أن التصريح في عقد البيع بثمن غير معقول كان يكون مرتفعاً جداً أو ثمناً بخساً بصورة لا يوازي القيمة الحقيقية للمبيع، من شأنه أن يكشف عملية التستر ويمثل دليلاً على وجود هبة فتكون باطلة ما لم تحترم الشكل الرسمي.

1: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج05، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1968، ص.95.

2: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص.88.

3: قرار الصادر في 30-12-1973، ملف رقم 73/743م/2، النشرة القضائية الفرنسية، ع04، السنة 04، ص.162.



فالهبة المستترة قد فرضت الاستثناء وألغت الكتابة الرسمية والهبة المتخفية وراء عقد آخر تخرج عن العقد الساتر بشروطها الموضوعية التي تمثل نفس شروط الهبة المباشرة لكنها لا تأخذ وصف الهبة المباشرة لأنها لا تخضع لشروطها الشكلية<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: آثار الهبة في مرض الموت بالنسبة للورثة وللدائنين

إن الشخص له مطلق الحرية في إبرام تصرفاته المالية حال حياته، كما أن الوارث في الأصل لا يعد من الغير فتتصرف آثار هذه التصرفات إلى الخلف العام، غير أن هناك حالة نص عليها القانون، وهي إذا أثبت الوارث أن التصرف صدر من مورثه في فترة مرض الموت، فيصبح هنا من الغير، فلا يحتج عليه بتاريخ السند إلا إذا كان ثابتا حسب نص المادة 776 من القانون المدني الجزائري، فإذا أثبت الوارث أن التصرف أصدره مورثه في هذه الفترة، فإن احتمال قيام المورث بهذا التصرف إضرارا بحق الورثة والتحايل على قواعد الإرث يعد من النظام العام، لهذا يجوز إثباته بأنه صدر في مرض الموت<sup>2</sup>.

ويتبين كذلك من نص المادة 776 من القانون المدني أن التصرفات كالهبة والبيع والإقرار والوقف إذا وقعت في مرض الموت، فإن هذه التصرفات جميعا لا تضر المورث لأنها لا تحرمه من ماله حال حياته، لكن تضر الوارث لذا قررت الشريعة الإسلامية حماية الورثة من تصرفات مورثه، إذ لا تكون هذه التصرفات نافذة في حق الوارث إلا في حدود ثلث التركة<sup>3</sup>، ومن ثم يأخذ التصرف حكم الوصية، ويترتب على ذلك أنه إذا وهب للمورث عينا وهو في مرض موته لوارث أو لغير وارث وكانت تزيد عن ثلث التركة، فإن الهبة لا تسري في حق الورثة فيما يزيد عن الثلث إلا إذا أجازوه.

وعليه لا يكون لعقد الهبة حجة عليهم إلا إذا كان ثابت التاريخ، فلو أن تاريخ العقد العرفي يرجع إلى عهد كان المورث فيه غير مريض لم يكن هذا التاريخ حجة عليهم، ولهم أن

1: سوسن المرابط، عقد الهبة في القانون التونسي، الهيئة الوطنية للمحامين بتونس، الفرع الجهوي بتونس، محاضرة ختم

التمرين، تونس، 2010-2011، ص.33.

2: فريدة زواوي، المرجع السابق، ص.34.

3: سليمان مرقس، المرجع السابق، ص.577.

يثبتوا بجميع طرق الإثبات أن هذا التاريخ قد قدم عمدا حتى لا يظهر أن العقد قد صدر في مرض الموت<sup>1</sup>.

كما يستشف من أن الهبة في مرض الموت تكون صحيحة بين العاقدين، لكنها غير نافذة في حق باقي الورثة إلا إذا أقروه، وبالنص على إقرار باقي الورثة للهبة، يكون المشرع الجزائري قد تفادى الخلط بين الإجازة والإقرار، فلفظ الإجازة يعبر عن التصوير الشرعي، ولا تكون الإجازة من طرف المتصرف، أما لفظ الإقرار فإنه يعبر عن التصوير الوضعي<sup>2</sup>.

أما بالنسبة للدائنين فقد اختلف الفقهاء حول إمكانية انصراف آثار عقد الهبة إلى الدائنين نظرا لتباين آرائهم في تحديد مفهوم موحد لمصطلح الدائنين، وبالتبعية اختلافهم حول تحديد مركز هذا الأخير؛ إذ أن هناك من اعتبرهم خلفا خاصا والآخر يرى أنهم خلف عام.

وبالرجوع إلى موقف المشرع الجزائري نجد أنه لم يعتبر الدائن العادي خلفا عاما أو خاصا لمدينه، فالمبدأ في القانون المدني الجزائري أن أموال المدين تعتبر ضامنة للوفاء بدينه وهذا حسب المادة 188 من القانون المدني الجزائري. وهذا الضمان العام هو الذي يجعل آثار العقد تنصرف إلى الدائن في العقود التي يبرهما مدينه، بحيث يتأثر الدائن بتلك العقود إيجابا مثلما يتأثر بها سلبا، فكلما تزيد في أموال المدين زيادة يزيد معها الضمان العام وقد تنقص من مال المدين انتقاصا ينقص معه ذلك الضمان.

وانطلاقا من ذلك، فقد حول القانون المدني الجزائري للدائن حماية قانونية نظامية، تجاه التصرفات التي يباشرها المدين والتي تؤثر على حق الضمان العام؛ ومن هذه الوسائل القانونية الدعوى غير مباشرة حتى يحافظ على أموال مدينه نيابة عنه.

وهذا من أجل حماية الدائنين من الغش الذي قد يلجأ إليه المدين قصد الإضرار بهم، فيمكن للدائن اعتبار التصرف الذي يضره والذي قام على غش غير نافذ في حقه ووسيلة الحماية هي الدعوى البوليصية حسب المادة 189 من القانون المدني والتي نصت على أنه: "لكل دائن ولو لم يجل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها خاصا بشخص أو غير قابل للحجز ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا إلا إذ أثبت أن

1: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 544-545.

2: رشاد السيد إبراهيم عامر، المرجع السابق، ص. 65.

المدين أمسك عن استعمال هذه الحقوق، وأن هذا الإمساك من شأنه أن يسبب عسره، أو أن يزيد فيه"، والغش لا يلزم هنا إلا التصرفات التي تكون بعوض أما التصرفات بغير عوض أي التبرعات فالغش غير لا زم بالنسبة لها.

كذلك يمكن أن يستهدف تأمين الدائنين من خطر المظهر الكاذب الذي يصوره المدين ليخفي حقيقة قانونية معينة، ومؤدى ذلك أنه يسوغ للدائن إذا كان له مصلحة أن يتمسك بالتصرف الكاذب، إذا كان يجهله أو له أن يتمسك بالتصرف الحقيقي، وله أن يستعمل الدعوى الصورية حسب المادة 198 من القانون المدني الجزائري والتي نصت على أنه: "إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري"، فهي دعوى من شأنها المحافظة على الضمان العام لدائن<sup>1</sup>.

وبالتالي يمكن القول أن الهبة في حالة انشغال ذمة الواهب المريض بدين، فإن كان المريض دينه مستغرقا لكل ماله ففي هذه الحالة لا تنفذ هبته لما في ذلك من أضرار تلحق بالغرماء الذين لهم الحق في الحصول على أموالهم، فإذا وهب المريض ماله للموهوب له ولم يتبقى شيئا من المال للوفاء بحقوق الغرماء، وفي ذلك ضرر بين يلحق بهم، ومعلوم أن الشريعة نهت عن كل شيء يلحق الضرر بالغير لقولها: "لا ضرر ولا ضرار"، ومن القواعد الفقهية المقررة أن الضرر يزال، ولما كانت هبة المريض المستغرقة الدين كل ماله ضرر يلحق بالغرماء ويفوق حقهم في استفاء أموالهم فلا بد من إزالة ذلك الضرر وذلك يعني بطلان هبة المريض، ولكن في حالة إن أجاز الغرماء هبة المريض فإنها تكون نافذة.

أما إذا كان الواهب المريض مدينا بدين مستغرق لماله ومن ثم قبض الهبة ففي هذه الحالة تخرج الديون من التركة، وتكون الهبة من المبلغ المتبقي والزائد من التركة بعد إخراج الديون منها، ويكون حكم الهبة في هذه الحالة كحكمها في حالة ما تكون التركة خالية من الديون<sup>2</sup>، وفي حالة أن يقوم الواهب المريض مرض الموت بهبة ماله لشخص فإنه قد يكون مدينا للواهب ويكون غير مدين.

1: يوسف كهيبة، المركز القانوني للدائن العادي في مواجهة مبدأ نسبية أثر العقد، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة

الجلفة، مج 12، ع01، ماي 2019، ص.133.

2: مازن مصباح صباح، المرجع السابق، ص.182.

والهبة عقد كسائر العقود التي يجوز لطرفيه الاتفاق على الرجوع فيه، وبالتالي إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 211 من قانون الأسرة على أنه: "للأبوين حق الرجوع في الهبة ولولدهما مهما كانت سنه إلا في الحالات التالية:

- إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له.
- إذا كانت الهبة لضمان قرض أو ضمان دين.
- إذا تصرف الموهوب له تماما في الشيء الموهوب ببيع، أو تبرع، أو وضاع منه، أو أدخل عليه ما غير طبيعته".

فالملاحظ من خلال نص المادة أن المشرع قد وضع استثناء للأبوين بحق الرجوع في الهبة ولولدهما مهما كانت سنه ولأي سبب كان ما لم يوجد مانع منه، ولعل السبب هو حمايتهما وتوفير ضمانات لهما من أضرار الناجمة عن تبذير أولادهما لهم لأموالهما، وكذا لتغير الظروف والأوضاع التي تم فيها إبرام عقد الهبة<sup>1</sup>.

وبالرجوع إلى الاجتهادات القضائية واقتصارها على تفسير عبارة الأبوين الواردة في المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري على الأب والأم دون سواهما، أما الجد والجدة فهما غير مشمولين بهذا الاستثناء في الرجوع في الهبة، وبذلك لا يمكنهما الرجوع في ما أهدياه لأحفادهم أو أسباطهم<sup>2</sup>. ولقد جاء في قرار للمحكمة العليا على أن: "الرجوع في الهبة يشمل الابن وابن الابن التابع لأبيه والذي لم يكن مقصودا بذاته، وعليه نستخلص أن ابن الابن إن قصد لذاته لم يجز الرجوع للواهب لأنه يصبح الجد لا الوالد"<sup>3</sup>.

وفي قرار آخر لها: "ليس للجدة حق الرجوع في الهبة، فهو حق مقرر للأبوين فقط"<sup>4</sup>، وفي نفس السياق جاء قرار آخر والذي قضى بما يلي: "الرجوع في الهبة يكون للوالدين فقط وذلك طبقا للمادة 211 من قانون الأسرة، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس

1: العروم مصطفى، المرجع السابق، ص.21.

2: علي عمارة، كاملي مراد، الرجوع في الهبة بين النص والإجتهد في التشريع الجزائري، مجلة الإجتهد القضائي، مجلة محمد خيضر بسكرة، المجلد 12، العدد 02، أكتوبر 2020، ص.785.

3: المحكمة العليا، غ.أ.ش، 21-02-2001، ملف رقم 252350، م.ق، ع.01، 2002، ص.308.

4: المحكمة العليا، غ.م، 21-03-2007، ملف رقم 357544، م.ق، ع.01، 2007، ص.255.

رفضوا دعوى الطاعن الرامية على إبطال عقد الهبة الذي أبرمه لفائدة حفيده المطعون ضده معللا ذلك برجوعه عن الهبة، بقضائهم كما فعلوا طبقوا القانون، وعليه يتعين رفض الطعن<sup>1</sup>.

كما جاء في حيثيات قرار آخر ما يلي: "متى قام قضاة المجلس بإلغاء الحكم المستأنف بكامله والذي قضى بالإشهاد للمدعي بتراجعه عن الهبة بكاملها التي كانت قد استفادت منها زوجته وابنتاه القاصرتان دون أن يقوم قضاة الاستئناف عند إلغائهم للهبة بوضع التفرقة بين ماهو موهوب للزوجة والذي لا يجوز الرجوع فيه، وبين ماهو موهوب للبنتين القاصرتين والذي يجوز التراجع عنه، فإن قضاءهم بإلغائهم لعقد الهبة المحرر بتاريخ 17-05-2003 بأكمله يجعل من قرارهم المنتقد مشوبا بالخطأ في تطبيق القانون الأمر الذي يستوجب نقض القرار محل الطعن"<sup>2</sup>.

وجاء في قرار آخر: "إن قضاة المجلس أعطوا أساسا قانونيا سليما لما استندوا إلى نص المادة 211 من قانون الأسرة التي تنص على أن للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه غلا في حالات نصت عليها المادة، والطاعنة بصفتها جدة المطعون ضدهم لا يمكن اعتبارها والدة لهم بفهوم تلك المادة، ولذلك فإن قضاة المجلس أصابوا بتطبيقهم تلك المادة"<sup>3</sup>.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع لم ينص على الآثار التي تترتب عن الرجوع في عقد الهبة لا سيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير المتعامل معهما رغم أهمية هذه المسألة، وبخلاف أغلب التشريعات المقارنة الأخرى التي عاجلت آثار الرجوع في الهبة بنصوص قانونية خاصة.

ولذلك إذا وجد نزاع توجب على القاضي أن يفصل وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وذلك تطبيقا لمقتضيات المادة 222 من قانون الأسرة، أو عن طريق الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني بإعتباره الشريعة العامة بخصوص الآثار المترتبة على فسخ العقود أو إبطالها<sup>4</sup>.

1: المحكمة العليا، غ.أ.ش، 01-05-2010، ملف رقم 564007، غير منشور؛ مقتبس عن شيخ نسيم، المرجع السابق، ص.95.

2: المحكمة العليا، غ.أ.ش، 16-09-2010، القرار رقم 577191، م.م.ع، ع.02، 2010، ص.281.

3: المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 15-07-2010، قرار رقم 554347، م.م.ع، ع.02، 2010، ص.255.

4: شيخ نسيم، المرجع السابق، ص.162.

وعلى أية حال يترتب على الرجوع في عقد الهبة اعتبار الهبة كأن لم تكن فيكون الرجوع عندئذ أثر رجعيًا يعود بموجبه المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها قبل إبرام عقد الهبة، ومن ثم يجب على الموهب له أن يرجع الشيء الموهوب عقارا كان أو منقولاً إلى الواهب جبراً عليه وحتى بغير رضاه ومن غير اللجوء إلى القضاء<sup>1</sup>، يمكن القول بأن الرجوع في الهبة بوجه عام ليس له أثر رجعي بالنسبة للغير، بل يجب حماية الغير حسن النية وفقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن؛ فإذا تصرف الموهوب له في الشأن الموهوب تصرفاً نهائياً ببيع أو هبة أو وقف أو بغير ذلك من الأسباب الناقلة للملكية أو المسقط لها، فأصبحت الهبة لازمة وامتنع على الواهب الرجوع، يسري ذلك على عقار والمنقول، ويمتنع الرجوع سواء عن طريق الفسخ بالتقاضي أو عن طريق التراضي<sup>2</sup>.

فالأصل أن الواهب إذا كان أهلاً للتبرع ولم يكن مريضاً مرض الموت يسوغ له هبة كل أمواله عقارات كانت أو منقولات لمن يشاء، قريباً أو أجنبياً عنه، أما إذا كان مريضاً مرض الموت يفضي إلى موته فيكون كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع يعتبر مضافاً إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية، وبما في ذلك الوقف، وهذا ما سنتطرق إليه.

1: رشيد بوبكر، الرجوع في الهبة بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، جامعة الأغواط، عدد 06، جانفي 2006، ص. 309.

2: علي عمارة، كاملي مراد، المرجع السابق، ص. 793.

## المبحث الثاني: أحكام الوقف في مرض الموت

يعتبر الوقف مظهرا من مظاهر الحضارة الإسلامية الذي يختص به المسلمون دون غيرهم ويمثل مؤسسة جليلة ذات طابع خيري ونفع عام تستمد وجودها من تعاليم الإسلام ومبادئ الشريعة التي وضعت أحكامها المستمدة من القرآن والسنة وعمل الصحابة والتابعين منذ ظهور مؤسسة الوقف وهي في تطور مستمر حيث بدأت بالجانب الاجتماعي الخيري وتوسعت لتشمل كل ما يتعلق بخدمة الإنسان بتقديم خدماتها الخيرية للضعفاء بالإضافة إلى الجانب الروحي للوقف الذي يجعل منه قربة لله تعالى قبل أن يكون عملا خيرا محضا.

فيعد الوقف أحد الأنظمة المالية الإسلامية الخاصة ذلك أن الأصل في المال قابليته للتداول والتصرف كالبيع والهبة وغيرها... غير أن هذا النوع من المال لا يجوز التصرف في أصله ويضل موقفا على جهة ما تستفيد منه وتنتفع من ريعه ولا يجوز لها التصرف فيه مطلقا<sup>1</sup>.

وقد تبنت الجزائر باعتبارها دولة مسلمة نظام الوقف وأعطت للملكية الوقفية مكانة هامة في التشريع الجزائري الذي يستمد نصوصه في مجال الوقف من أحكام الشريعة الإسلامية في معالجة مختلف المسائل المنظمة للوقف على اعتبار أن الجزائر قد عانت من ظروف سياسية تمثلت في الاستعمار التي أثرت على الجانب الاجتماعي والاقتصادي والثقافي للدولة والتي بدورها أثرت على الوقف في الجزائر، لتعمل الجزائر بعد الاستقلال على وضع منظومة تشريعية تنظم وتسير الوقف.

والوقف تصرف تبرعي إذ ورد في الكتاب الرابع من قانون الأسرة تحت عنوان التبرعات، والوقف لغة له عدة معاني: وقف وقوفا، وقف قام من الجلوس، وسكن بعد المشي، ووقف على الشيء عاينه، ووقف في المسألة ارتاب فيها، ووقف على ما عند فلان أي فهمه وتبينه، ووقف على الكلمة نطقها ساكنة، وقف فلان على شيء منعه عنه، ووقف على أمر اطلع عليه، ووقف على شيء جعله سببا له، وعلق وجوده على حضوره، وقف فلان على شيء اقلع عنه، ووقف الدار حبسها في سبيل الله<sup>2</sup>.

1: كاملة فرحات، مظاهر الوقف العلمي في الحضارة الإسلامية، مجلة المعارف للبحوث والدراسات التاريخية، ع11،

ص.11.

2: ابن منظور، لسان العرب، مج9، دار الصادر، بيروت، 1993، ص.359.

أما بالرجوع إلى قانون الأسرة فقد عرفته المادة 213 منه على أنه: "الوقف حسب المال على التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصديق"<sup>1</sup>.

فالمشرع الجزائري تبني تعريف الشافعية<sup>2</sup> وصاحبي أبي حنيفة<sup>3</sup> للوقف يجعله مؤبدا واستخدام لفظ المال بدلا من عين، فرغم أن المذهب السائد في البلد هو المذهب المالكي إلا أنه بدافع المصلحة وإعطاء الوقف معناه الصحيح وتفعيلا لقداسته ودوره المرجو داخل المجتمع وسم الوقف بالتأييد وأخرجه عن ملك الواقف والموقوف عليه؛ إلا أنه استعمل المشرع كلمة "المال" في المادة المذكورة، بينما استعمل لفظ العين في القانون الجديد والمتعلق بالأوقاف، مع العلم أن لفظ المال يشمل الأموال المنقولة التي بدأ بعض الواقفين في الآونة الأخيرة من تخصيصها للصرف من ريعها على جهات متعددة.

ولبيان أحوال الوقف في مرض الموت لا بد من التفرقة بين ما إذا كان المريض مدينا أو غير مدين، وما إذا كان الموقوف عليه وارثا أو غير وارث، وما إذا كان الوقف يخرج من ثلث التركة أو يساويه أو يزيد عليه<sup>4</sup>.

### المطلب الأول: الوقف في مرض الموت

مرض الموت هو المرض الذي يؤثر في تصرفات المريض الذي يخاف منه الموت ويتصل به، وأمام تطور العلم والطب أصبح أهل الواقف أو من له مصلحة ومن خلال توافر التقارير الطبية التي تؤكد طبيعة المرض وحدوثه فعلا، من معرفة ما إذا كان الواقف قد وقف أمواله وهو في حالة مرض الموت، حتى ولو كان الواقف لا زال على قيد الحياة<sup>5</sup>.

1: المادة 213 من قانون الأسرة، عمار نكاع، محاضرات في نظام الوقف، موجه إلى طلبة السنة الأولى ماستر تخصص قانون الأسرة، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة قسنطينة 01، 2019-2020، ص.09.

2: شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج05، دار الفكر، بيروت، 1404هـ-1984م، ص.358.

3: ابن عابدين، المرجع السابق، ص.337.

4: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي، المغني لابن قدامه، ج06، المرجع السابق، ص.219.

5: عمار نكاع، محاضرات في نظام الوقف، موجه إلى طلبة السنة الأولى ماستر تخصص قانون الأسرة، قسم القانون

الخاص، كلية الحقوق جامعة قسنطينة 01، 2019-2020، ص.09.



إلا أن آراء الفقهاء اختلفت في مدى صحة وقف المريض مرض الموت وكذا مدة لزومه، غير أن المشرع الجزائري حسم الأمر من خلال نص المادة 32 من قانون الأوقاف 91-10<sup>1</sup> والتي جاء فيها ما يلي: "يحق للدائنين طلب إبطال وقف الواقف في مرض الموت، وكان الدين مستغرقا لجميع الأملاك"، وبالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن المادة 215 نصت على أنه تطبق أحكام المادة 204 منه على الوقف والتي تنص على اعتبار الهبة في مرض الموت والحالات المخيفة وصية.

وعليه فإن الوقف في مرض الموت يأخذ حكم الهبة في مرض الموت، وتسري عليه أحكام الوصية، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار جاء فيه: "حيث أن المادتين 215 و204 من قانون الأسرة تنص على بطلان الحبس في مرض الموت والحالات المخيفة وأن حالة (ع.م) الذي أقام الحبس موضع النزاع في أوت 1987، كان يعاني منذ سنة 1985 من مرض خطير لازمه إلى يوم وفاته"<sup>2</sup>.

إضافة إلى ذلك فإن الوقف الخاص يشترط فيه اكتساب الموقوف عليه الانتفاع أثناء حياة الواقف، حيث يكون الوقف باطلا إذا لم تتم حيازة الموقوف عليه قبل إفلاس أو موت الواقف أو قبل مرض الموت<sup>3</sup>.

وعليه إذا ظل الواقف ينتفع بالعين الموقوفة إلى حين وفاته فلا يمكن أن ينفذ الوقف الخاص إلا على أساس أنه وصية طبقا لقرينة المادة 777 من القانون المدني.

وما يؤكد ذلك هو أن المواد التي كانت تنظم الوقف الخاص، ألغيت بموجب القانون 02-10، وأحالت المادة الأولى المعدلة إلى أحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها بما فيهم من ذلك أن الوقف الخاص يخضع للأحكام المطبقة على الهبة والوصية حسب الحالة التي يقررها الواقف في العقد<sup>4</sup>.

1: القانون رقم 91-10، المؤرخ في 27-04-1991، المعدل والمتمم بالقانون رقم 01-07، المؤرخ في 22-05-2001، والقانون 02-10، المؤرخ في 14-12-2002، متعلق بالأوقاف.

2: المحكمة العليا، غ.أ.ش، 23-11-1993، ملف رقم 966/5، م.إ.ق، عدد خاص، 2001، ص.302.

3: زروق عبد الرؤوف، حموش محمد، المرجع السابق، ص.41.

4: محمود عبد العزيز المرجع السابق، ص.55-56.

## الفرع الأول: حالة كون المريض مدينا أو غير مدين

إن إنشاء الوقف كنظام مستقل بقواعده يقتضي قيامه على أسس مشروعة وسليمة حتى تترتب الآثار القانونية على ذلك التصرف، وهي ما يطلق عليها بالأركان، غير أن المشرع الجزائري اعتبر الوقف صحيحا متى توافرت الأركان والأسس المنصوص عليها، ولكنه اشترط توافر إجراءات لا يرتب الوقف آثاره القانونية من دون تحقيقها، غير أن هذه الشروط والإجراءات التي وإن كانت إجراءات تقنية لكن العبرة ليس في طبيعتها وإنما في الحكمة من وصفها من قبل المشرع والغاية التي يرمي إليها من ورائها<sup>1</sup>.

ف نجد أن المشرع الجزائري قد حدد أربعة أركان للوقف في نص المادة 09 من القانون رقم 91-10 والتي نصت على أن "أركان الوقف هي:

- الواقف<sup>2</sup>
- محل الوقف<sup>3</sup>
- صيغة الوقف<sup>4</sup>
- الموقوف عليه<sup>5</sup>

ينشأ الوقف بالإرادة المنفردة للواقف؛ بمعنى أن المشرع الجزائري اشترط لانعقاد الوقف صحيحا أن يكون صادرا من شخص أهل للتبرع، أي أن يكون أهلا لممارسة ومباشرة التصرفات الإدارية والتي يعتبر الوقف من بينها، ومن يصح تصرفه في نظر المشرع هو الشخص

1: حاج مخناش سهيلة، المرجع السابق، ص.272.

2: الواقف هو الشخص الذي يصدر منه تصرف قانوني من جانبه، من شأنه يغير ملكية الشيء الموقوف ويجعله غير مملوك لأحد من العباد، قاصدا إنشاء حقوق عينية فيه للموقوف عليهم ويجعله خاضعا لنظام خاص يقرر القانون قواعده، ومن حيث تنظيمه خاضعا لأحكام الشريعة الإسلامية؛ (أحمد عبد الرزاق السنهوري، ج09، المرجع السابق، ص.348).

3: محل الوقف هو المال الموقوف، فالشيء الموقوف هو كل ما يجبس عن التملك ويتصدق بمنفعته بحيث يكون مالا متقوما، فيصح أن يكون محل الوقف عقارا أو منقولا أو منفعة حسب المادة 31 من القانون رقم 90-25 مؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن القانون التوجيه العقاري، ج ر، ع 49 لسنة 1990.

4: تنص المادة 12 من القانون رقم 91-10 على أن صيغة الوقف تكون باللفظ أو الكتابة أو الإشارة وحسب الكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم، مع مراعات أحكام المادة 02 من نفس القانون التي تقتضي بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في غير منصوص عليه.

5: الموقوف عليه هو من يستحق الانتفاع بالمال الموقوف بمقتضى الوقف، وهو إما أن يكون معين أو معين، عاما أو خاصا.

المالك الذي لا يشوب إرادته عارض من عوارض الأهلية، كما ينبغي أن يكون عاقلاً بالغاً، غير محجور عليه لسفه أو دين.

وعلى هذا فإذا وقف شخص جميع أمواله أو بعضها إضراراً بدائنيه كان وقفاً باطلاً لنص المادة 10 الفقرة الثانية من القانون 91-10، فالمشرع اعتبر أموال المدين في هذه الحالة ضامنة لوفاء ما عليه من ديون، لذا يمنع جميع تبرعاته من وقف وهبة ونحوهما فيما سيضر بدائنيه.

كما أن جمهور الفقهاء يرون أن المريض مرض الموت تتعلق بأمواله حقوق الدائنين وتتعلق بها حقوق الورثة في حدود الثلثين، فإذا وقف المريض مرض الموت فوقه صحيح مالم يكن متصلاً بالمرض، فإذا مات فالحكم يختلف حسبما إن كان مديناً أو له ورثة<sup>1</sup>.

وكذا اتفق جمهور فقهاء المسلمين<sup>2</sup> عدا المالكية على أن وقف المدين المنجز غير المحجور عليه في صحته أو في مرضه قبل اتصاله بالموت صحيح ونافذ، وليس لدائني الواقف حق إيقاف نفاذه لأن حقوقهم متعلقة بدمته، وليس بماله بسبب الحجر عليه أو موته فيمرضه.

فتكون تصرفات المريض مرض الموت صحيحة نافذة حال حياته إلا إذا مات في مرضه فيكون تصرفه موسوماً بوصفه مرض الموت ولكن لا بد من التمييز بين حالتين؛ الحالة الأولى إذا كان المتصرف الواقف مديناً بدين يستغرق كل أمواله ولم يرثه الدائنون، فإن الوقف ينقص ويباع في الدين لأن الدين تعلق بمال الموقوف عند وقفه، على خلاف الدين غير المحجور عليه، أما إذا كان الدين لا يستغرق كل الدين فيتم إخراج الدين أولاً ثم ينظر في نسبة الموقوف إلى كل المال المتبقي الخالي من الديون وإطلاع عما إذا كان الموقوف عليه أجنبياً عن التركة أو أنه من الورثة وطبيعة الوقف<sup>3</sup>.

إذا كان الموقوف عليهم من غير الورثة، ومقدار المال الموقوف، لا يزيد على الثلث صح الوقف وأصبح لازماً ولا ينقض فيما بعد إذا استوفى كل شروطه، أما إذا كان أكثر من الثلث

1: سامي موسى، الطبيعة القانونية لشخصية الوقف في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1، 2015-2016، ص.40.

2: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بان همام الحنفي، فتح القدير على الهداية، ج05، المطبعة الكبرى الأميرية ببلاط، مصر، 1316هـ، ص.44؛ عبد الأعلى الموسوي السيزواري، مهذب الأحكام في بيان الحلال والحرام، ج22، مطبعة الأدب، النحف الاشرف، 1984، ص.43.

3: محمد عبيد الكبيسي، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية ن ج01، بغداد، 1977، ص.337.

فإنه موقوف على إجازة الورثة ويستدلّ بذلك على قول ابن قدامة بأن الوقف في مرض الموت بمثلة الوصية في اعتباره من ثلث المال، لأنه تبرع فاعتبر في مرض الموت من الثلث كالعق أو الهبة، والصورة الأخرى أن يكون الموقوف عليهم من غير الورثة فإذا كان الوقف ذرياً<sup>1</sup> وكان على جميع الورثة صح الوقف وأصبح لازماً أما إذا كان على بعض ورثته فإنه يصح وينفذ إذا كان بحدود الثلث أما إذا زاد عن ذلك فإنه موقوف على إجازة بقية الورثة<sup>2</sup>.

وقد عرفه كذلك قانون الأوقاف الجزائري 91-10 في المادة 6 قبل التعديل بما يلي: "الوقف الخاص هو ما يجسه الواقف على عقبه من الذكور و الإناث أو على أشخاص معينين، ثم يؤول إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم"، وقد تعرض الوقف الذري أو الخاص إلى جملة من الانتقادات بالنظر إلى الآثار التي يرتبها، إذ أن الوقف الذري أو الأهلي مخالف للتعالم الإسلامية، إذ أن الكثير من الناس يلتجئ إلى هذا النوع من الأوقاف لحرمان بعض الورثة من الإرث، وهو ما اعتبر عند الفقهاء إخلالاً بقواعد الميراث، وأنه بمرور الزمن سيتعدد المستحقون في الوقف الواحد، فيصبح نصيب المستحقين ضئيلاً، ولا يمكن التصرف فيه مما يؤدي إلى إهماله.

وإن إساءة إدارة الوقف الخاص من قبل النظار أحياناً، أو تعقد المعاملات القانونية الخاصة به بسبب طول الأمد، وتوزيع المستحقين في البلاد، وعدم وجود مؤسسة الإدارية المشرفة على تنظيم هذا النوع من الوقف، وعدم وجود أجهزة التي تتولى تقديم الرأي والفتوى والمشورة في تطبيقه العملي، كل ذلك لا يقتضي اتخاذ موقف سلبي منه، ولا التفريط بالمزايا الكبيرة التي يتمتع بها، بل أن ذلك يقتضي أن ينظمه القانون ويضع له الأطر التنفيذية التي تعمل على تشجيعه، وصونه من العدوان عليه، سواء من قبل النظار، أو من قبل بعض المستفيدين منه، أو من قبل الآخرين<sup>3</sup>.

1: ويقصد بالوقف الذري هو ما وقفه الواقف على نفسه أو ذريته أو عليهما معاً، أو على شخص معين أو ذريته أو عليهما معاً، أو على الواقف وذريته مع شخص معين وذريته؛ (محمد رافع يونس محمد، أحكام وقف المريض مرض الموت، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، المجلد 10، العدد 38، 2008، ص.84).

2: القاضي سالم روضان الموسوي، تصفية الوقف وحالات إهماله، دراسة معرزة بتطبيقات قضائية، ط02، منشورات حلي الحقوقية، لبنان، 2020، ص.34.

3: رمضان قنفوذ، المنازعات المتعلقة بالمال الوقفي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014-2015، ص.67.

كأصل عام فإن الوقف في مرض الموت لازم بعده، إلا أنه يعتبر من ثلث مال الواقف كالوصية سواء نُجز الوقف قبل موته أو أوصى به بعده<sup>1</sup>، أما في حالة وجود دين لدى المريض مرض الموت الواقف فقد يكون غير محجور عليه وكان الدين مستغرقا لمال الواقف المريض مرض الموت، فالقاعدة العامة تقضي بأنه إذا كان المدين غير محجور عليه، وكان في حالة صحته فإن وقفه نافذ صحيح، وليس لدائنين حق طلب نقضه ولو كان الدين مستغرقا لماله، ولو قصد الفرار من الدين لأن حقهم متعلق بدمته لا بماله، وليس لهم طلب نقض الوقف أو الاعتراض عليه<sup>2</sup>.

أما إذا حجر عليه بطلب دائنيه فإنه لا يجوز له بعد الحجر أن يتصرف بماله أي تصرف يضر بدائنيه، وبالتالي فإن وقفه صحيح لكن نفاذه يتوقف على إجازة دائنيه وهو رأي جمهور الفقهاء<sup>3</sup>، أما المالكية يرون أن الوقف باطل متى تقدم الدين على الوقف.

أما إذا وقف المدين وهو في مرض الموت قبل الحجر عليه، فهو يتوقف أيضا على إجازة دائنيه، وتكون الإجازة بعد موته لا من يوم إنشاء الوقف، أما إذا كان محجورا عليه فيتوقف على إجازة دائنيه من يوم إنشاء الوقف ما دام الوقف مستغرقا للددين<sup>4</sup>.

فإذا كان الدين غير مستغرق لمال الواقف المريض مرض الموت يكون الموقوف عليه غير وارث؛ أي أجنبيا؛ أو غير وارث وكان مقدار الوقف لا يزيد عن الثلث لزم، ويأخذ حكم الوصية، أما إذا تعدى الثلث توقف على إجازة الورثة فإذا أجازوه نفذ، وإذا لم يجيزوه نفذ في حدود الثلث، أما إذا أجازوه البعض دون البعض الآخر فإنه نافذ في حق من أجازوه في ما زاد عن الثلث.

وقد يكون الموقوف عليه وارثا، فإذا وقف المريض مرض الموت على جميع ورثته لزم، أما إذا وقف على البعض الآخر دون الآخر، فهناك نفرق بين حالتين:

- أن يخرج في ثلث المال وهنا يكون الوقف لازما، ولا يتوقف على إجازة أي أحد من الورثة، وأن يتجاوز الوقف ثلث المال فإن الزيادة تتوقف على إجازة الورثة، فإن لم يجيزوه تأخذ حكم

1: زهدي يكن، أحكام الوقف، ط01، منشورات المكتبة العصرية، دار النهضة العربية، لبنان، 1973، ص.80.

2: زهدي يكن، الوقف في الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، لبنان، 1388هـ، ص.29.

3: زهدي يكن، أحكام الوقف، المرجع السابق، ص.84.

4: محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، المرجع السابق، ص.349.

الفريضة وتقسم على الورثة كلهم، وإذا أجازها البعض دون البعض الآخر، تنفذ في حقهم في ما زاد عن الثلث.

أما إذا أبطل الوقف في ما زاد عن الثلث، ثم ظهر للواقف مال يخرج به كل الموقوف من الثلث، فإذا كان قائما في يد الورثة صار وقفا كله، وإذا لم يكن قائما كان بيع من أحد الورثة فإنه لا يبطل بيعه، ولكن يأخذ منه قدر ما باع ويشترى به أرض لتوقف مكان التي بيعت وإن باع الورثة دون البعض الآخر فما لم يبيع وقفا، وما يبيع يشترى بقيمته عقارا ويوقف<sup>1</sup>. وما تجدر الإشارة إليه أن الوقف الخاص ألغي بموجب القانون 10-02<sup>2</sup>، وبالتحديد المادة 06 الفقرة الثانية.

وينظر مما تقدم أن الفرق جلي بين الوصية لوارث والوقف لوارث، فالوصية تتوقف على إجازة الورثة سواء تجاوز المال الثلث أم لم يتجاوز، على عكس الوقف الذي يتوقف على إجازة الورثة فيما زاد عن الثلث، أما دون فلا محل لإجازة الورثة<sup>3</sup>.

إذا كانت تركة المريض مرض الموت غير مدينة بأي دين، فإن الثلثين من حق الورثة، إذا لم يجيزوا الوقف الذي تجاوز الثلث، وما بقي يكون وقفا وهذا المتفق عليه بين الفقهاء الذين قيدوا تصرفات المريض مرض الموت.

أما إذا لم يكن له ورثة نفذ وقفه ولم يتوقف على إجازة أي أحد سواء كان الوقف لكل المال، أو لبعضه لعدم تعلق لأحد بالمال الموقوف<sup>4</sup>.

والجدير بالذكر أنه يجب التفرقة بين الوقف المنجز في مرض الموت، والوصية بالوقف أو الوقف المضاف إلى ما بعد الموت، كذلك الوقف المعلق بالموت.

فالوقف المنجز هو الوقف الذي يقفه الواقف في أثناء مرضه مرض الموت بدون تعليق، أو إضافة إلى ما بعد الموت، ويكون لازما لا يجوز فيه للواقف الرجوع، ويأخذ حكم الوصية وينفذ في الثلث عند عدم إجازة الزيادة فيه<sup>5</sup>.

1: محمد عبيد عبد الله الكبيسي، المرجع السابق، الجزء 01، ص. 339-340.

2: زهدي يكن، أحكام الوقف، المرجع السابق، ص. 82-83.

3: القانون رقم 10-02 المؤرخ في 14 ديسمبر 2002م، الجريدة الرسمية العدد 83، سنة 2002.

4: محمد زيد الأبياني، مباحث الوقف، ط02، مطبعة على سكر أحمد، مصر، 1330هـ-1912م، ص. 19-20.

5: محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 148.

أما الوصية بالوقف<sup>1</sup>، أو المضاف إلى ما بعد الموت، وكذلك المعلق بالموت فكلهم غير لازمين بالنظر إلى الواقف، فيجوز الرجوع فيه، وأن يتصرف في الموقوف كيفما شاء، ولكن إن مات مصرا عليه لزم في حدود الثلث<sup>2</sup>.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة فإن المادة 215 تنص على أنه "يشترط في الواقف والموقوف ما يشترط في الواهب والموهوب طبقا للمادة 204-205 من هذا القانون"، وبالرجوع إلى المادة 204 من القانون ذاته، فإن الوقف في مرض الموت ينفذ في ثلث المال، وما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة إن وجدوا، وذلك وفقا للقواعد المقررة في القانون المدني، وبالخصوص المادة 776 الفقرة الأولى السالفة الذكر.

وانطلاقا من هاته المعطيات يتضح لنا أن القانون الجزائري جاء مسائرا لأحكام الفقه الإسلامي، بخصوص وقف المريض مرض الموت، فهو يتزل متزلة الوصية ويأخذ نفس أحكامها كان الوقف لو ارث، أو لغير وارث طبقا للمادتين 185-189 من قانون الأسرة<sup>3</sup>. وهو ما أكدته القرار الصادر عن المحكمة العليا، والذي جاء في مبدئه: "من المقرر قانونا أنه يبطل الحبس في مرض الموت، ويعتبر وصية، ومتى كان ثابتا في قضية الحال، أن الحبس الذي أقام الحبس كان في حال مرض خطير لازمه إلى يوم الوفاة، وعليه فإن القرار المنتقد لما قضى بإلغاء حكم المحكمة القاضي ببطالان الحبس والقضاء من جديد برفض الدعوى يكون قد أخطأ في تطبيق التشريع والقانون"<sup>4</sup>.

### الفرع الثاني: تعليق الوقف في مرض الموت

اشتراطات الواقف هي كل ما يمليه كل محبس في العقد بمحض إرادته ليعبر به عن رغباته ومقاصده في الكيفية التي ينشأ بها وقفه، والنظام الذي يتبع فيه من تولى شؤونه وتوزيع ريعه<sup>5</sup>. ولزاما لهذه الشروط يجب الوفاء بها احتراماً لإرادة المحبس، فتعتبر هذه الشروط صحيحة ويجب العمل بها، ولا يجوز مخالفتها إلا لضرورة أو مصلحة راجحة، لأنها تعبر عن إرادة الواقف،

1: محمد مصطفى شليبي، المرجع السابق، ص، 350.

2: زهدي يكن، الوقف في الشريعة والقانون المرجع السابق، ص. 67.

3: المواد 185 و189 من قانون الأسرة سالفة الذكر.

4: المحكمة العليا، غ.أ.ش، 13/11/1993، ملف رقم 96675، إ.ق، ع 05، 2001، ص. 302.

5: المادة 14 من قانون الأوقاف

وهذا ما شاع على لسان الفقهاء " شرط الواقف كنص الشارع"، وهذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي الثابت للمحكمة العليا على أن القاضي ملزم بالسهر على احترام إرادة المحبس وتنفيذها وإلا تعرض حكمه للنقض والإلغاء<sup>1</sup>، ولكن استثناء يجوز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه إذا كان منافيا لحكم الوقف الذي هو اللزوم إذ يبطل البند المنصوص عليه في عقد بجواز رجوع الواقف في وقفه، وهذا حسب المادة 15 من قانون الأوقاف<sup>2</sup>، أو يكون ضارا. بمحل الوقف، ومثلا إذا اشترط الواقف ألا يغير رسم بناء الوقف عند إعادة بنائه، ثم ظهر أن تغير الرسم يزيد في غلة الوقف فإنه تجوز مخالفة شرط الواقف بإذن القاضي، كما يجوز للقاضي إلغاء أي شرط ضار بمصلحة الموقوف عليه، كما لو اشترط الواقف عدم الزواج زوجته الموقوف عليها بعد وفاته أو يقف على ابنه بشرط أن يقاطع والدته.

ويجوز للواقف أن يتراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف إذا اشترط لنفسه ذلك حين انعقاد العقد كأن يشترط أيلولة الوقف بعد أبنائه ثم يبلغ أحفاده ويعوضهم بإخوته، وهذا حسب المادة 16 من قانون الوقف<sup>3</sup>.

إذا علق شخص الوقف على موته فقال مثلا: " إذا مت فداري وقف على الفقراء" في هذه الحالة اختلف الفقهاء صحة قوله وعلى عدم صحته، وانقسموا إلى قولين:

القول الأول: أنه يصح قوله، ويكون وصية، بمعنى أنه يجري فيه حكم الوصية من كل وجه، فيجوز له أن يرجع عنه ما دام حيا، وأن يبيعه ويرهنه وغير ذلك من وجوه التصرف، بخلاف ما هو معلق على شرط فلا يجوز الرجوع عنه، وإن مات من غير الرجوع لزمه ويعتبر من الثلث وإلى هذا القول ذهب الحنفية في المعتمد من مذهبهم، وبه قال المالكية، وهو قول عند الحنفية وإحطار ابن تيمية<sup>4</sup>.

فعن عبد الله بن عمر رضي الله عنه قال: أصاب عمر أرضا بخير فأتى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال: أصبت أرضا لم أصب مالا قط أنفس منه فكيف تأمرني؟ فقال: " إن شئت حبست

1: حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص.105.

2: المادة 15 من قانون الأوقاف.

3: المادة 16 من قانون الأوقاف.

4: محمد بن صالح إبن عثيمين، كتاب شرح المتع على زاد المستقنع، ج11، ط01، دار ابن الجوزي، السعودية،

2002، ص.57.



أصلها وتصدقت بها" فتصدق عمر أنه لا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث، في الفقراء والقرى والرقاب في سبيل الله، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف، أو يطعم صديقا غير متمول فيه.

وتعليق الوقف بالموت لا يتعلق بالخطر، القياس على الهبة فكلما أنه يصح تعليقها بالموت فكذلك الوقف، بجامع أنهما تبرعان معلقان بالموت<sup>1</sup>.

أما القول الثاني: أنه لا يصح، وهو قول أبي حنيفة وقول عند الحنابلة، قاله أبو الخطاب، والقاضي أبو يعلى<sup>2</sup>.

فتعليق الوقف بالموت، تعليق له شرط، وتعليق على شرط في الحياة لا يجوز، ونوقش أيضا بأن قياس تعليق الوقف بالموت على تعليقه بشرط في الحياة مع الفارق، لأنه عند تعليقه بالموت صار وصية، والوصية أوسع من التصرف بدليل جوازها بالمجهول والمعدوم والحمل وغير ذلك. ولكن السؤال الذي يطرح نفسه: هل يجوز في هذه الحالة للواقف الرجوع في وقفه إذا كان حيًا ولم يمّت بعد أم أنه يلزم من وقت صدوره؟

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في هذه المسألة فقرر البعض منهم جواز الرجوع ما دام حيًا، في الحين ذهب فريق آخر إلى لزوم الوقف وعدم جواز الرجوع فيه.

- فيرى أنصار الاتجاه الأول، وهو قول الحنفية<sup>3</sup> والشافعية<sup>4</sup> وبعض الحنابلة<sup>5</sup> أن الوقف المعلق على الموت يعتبر كالوصية لا يقع لازما قبل وجود المعلق عليه أي الموت، ومن ثم يجوز للواقف أن يرجع فيه ما دام على قيد الحياة، فإن مات الواقف دون الرجوع لزم الوقف ولا يملك أحد من الورثة أن يرجع عنه أو يعدل فيه<sup>6</sup>، حيث أن كل ما يعلق بالموت يعتبر وصية، والوصية

1: أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري-الجامع الصحيح، ج05، ط01، حديث رقم 2586، تحقيق: زهير ناصر، دار طوق النجاة، القاهرة، 1422هـ، ص.418.

2: خالد بن علي بن محمد المشيخ، الجامع لأحكام الوقف والهبات والوصايا، ط01، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 1434هـ-2013م، ص.335؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.418.

3: مدونة أحكام الوقف الفقهية، ط03، الأمانة العامة للأوقاف، الكويت، 1439هـ-2017م، ص.277.

4: النووي، روضة الطالبين، ج06، المرجع السابق، ص.304.

5: حاشية ابن عابدين، ج04، المرجع السابق، ص.338.

6: رمضان علي السيد الشرنباصي، الوجيز في أحكام الوصية والوقف، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص.196.

بالإجماع لا تلزم قبل وفاة الموصي فهي عقد جائز غير لازم، لذا فإن الوقف المعلق بالموت يعتبر وصية من الوصايا، ومن ثم يجوز للواقف أن يرجع فيما وقفه ما دام حيا، كما أن قياس الوقف على التدبير، فكما أنه يجوز للسيد أن يبيع عبده المدبر عند الحاجة ولزوم الدين فكذلك يجوز الرجوع عن الوقف المعلق بدعوى أن كلا منهما تبرع معلق بالموت.

ولكن في المقابل تعرض هذا الاتجاه للنقد من طرف بعض الفقهاء، فتم اعتبار الوقف المعلق على الموت وإن تشابه مع الوصية إلا أن اعتباره وصية قطع غير صحيح، وذلك لوجود الفارق بينهما، ففي الوصية ينتقل ملك الشيء الموصى به إلى الموصى له بعد موت الموصي بخلاف الوقف الذي لا يفيد تملك الشيء الموقوف وإنما الانتفاع به فقط، فضلا عن أن الوصية تتطلب قبول الموصى له لتنتقل ملكية الموصى به إليه بخلاف الوقف الذي لا يشترط لانعقاده القبول.

وإن قياس الوقف على التدبير قياس فاسد لأن بيع المدبر عند الحاجة مختلف فيه، ومن شروط صحة القياس أن يكون حكما لأصل المقيس عليه متفقا عليه، حتى ولو سلمنا بصحته فإن الاستدلال لا يصح فيما نحن بصدد، فقد اشترط القائلون بجواز بيع المدبر أن تكون هناك حاجة توجهه كدية ونحوه بخلاف الوقف المعلق على الموت فإن القائلين بجواز الرجوع فيه لم يقيدهم بالحاجة فالرجوع في الوقف المعلق يصبح مطلقا ومن ثم الاستدلال بالقياس هنا غير صحيح.

- بينما يرى الاتجاه الثاني: عدم جواز الرجوع ولزوم الوقف من وقت صدوره، وهو قول المالكية<sup>1</sup> وأكثر الحنابلة<sup>2</sup>، ويذهب أنصار هذا الرأي أن الوقف المعلق على الموت عقد لازم من وقت صدوره حتى لو اقترن بأجل الوفاة وبرروا ذلك بالأدلة الدالة على لزوم الوقف كونها أدلة داعمة عامة تشمل الوقف المنجز والمعلق.

غير أنه تم انتقاد هذا الرأي على أساس أن الأدلة التي اعتبروها مبررا لاتجاههم تدل على لزوم الوقف المنجز فقط فلا تدل على لزوم الوقف المعلق لأنه أشبه بالوصايا<sup>3</sup>.

وبالرجوع إلى القانون الجزائري نجد أن المشرع أخذ بمذهب جمهور الفقهاء الذي يقضي بتأييد الوقف ولزومه، فنص صراحة في المادة 213 منه على أن الوقف يجب أن يصدر على وجه

1: محمد بن أحمد بنعرفة الدسوقي، الشرح الكبير، ج04، المرجع السابق، ص.75.

2: البهوتي، كشاف القناع، ج04، المرجع السابق، ص.696.

3: شيخ نسيم، المرجع السابق، ص.322.

التأييد، الأمر الذي يستنتج منه أن الوقف تصرف تبرعي نهائي غير قابل للتراجع فيه مطلقا فلا يجوز للواقف أو لورثته من بعده الرجوع فيه ولو اشترط الواقف ذلك في عقد الوقف، ولقد كرس هذا المبدأ فيما بعد قانون الأوقاف رقم 91-10 المؤرخ في 27 أبريل 1991 في المواد 03 و16 و23 و28 منه.

وعليه متى تم الوقف صحيحا مستوفيا لجميع أركانه وشروطه أصبح لازما وانقطع حق الواقف أو الموقوف عليه أو ناظر الوقف عن ملكية الرقبة، فتصير العين الموقوفة خارجة عن دائرة التملك لأن الوقف صدقة جارية، ومن ثم لا يجوز للواقف أن يتصرف فيه بأي تصرف ناقل للملكية سواء بالبيع أو الهبة أو بغيرهما.

ولقد صدر قرار عن المحكمة العليا يقضي بما يلي: "من المقرر شرعا وقانونا أن العين المحبسة لا يجوز التصرف فيها بأي تصرف ناقل للملكية سواء بالبيع أو بالهبة أو بغيرهما. ولما تبين في قضية الحال أن جهة الاستئناف تغاضت عن طلب الطاعن الأساسي الرامي إلى إبطال البيع الوارد على الأرض المحبسة وراحت تصحح هذا البيع المفرغ في عقد الشهرة بالرغم من تعلقه بأرض محبسة فإن القضاة بقرارهم كما فعلوا يكونون قد أساءوا تطبيق القانون وخرقوا أحكام الشريعة الإسلامية مما يستوجب نقض قرارهم"<sup>1</sup>.

وفي قرار آخر جاء فيه مايلي: "ولكن حيث أنه في قضية الحال—أصاب قضاة الاستئناف لما نطقوا ببطالان البيع المنصب على مال موقوف مستنديين إلى نص المادة 23 من قانون الأوقاف رقم 91-10 المؤرخ في 27-04-1991 والذي لا يجيز التصرف في أصل الملك الوقفي لفائدة الغير"<sup>2</sup>.

ويستنتج من خلال القرارين أنه لا يجوز التصرف في العين المحبسة بالوقف بأي تصرف ناقل للملكية سواء بالبيع أو الهبة أو بغيرهما. خاصة إذا كان الوقف لتحقيق النفع العام. ومن أحد عناصر التوافق بين المال العام والوقف هو الهدف الذي يرمي إليها كلاهما، المتمثل في تحقيق النفع العام وتلبية حاجات عامة للمجتمع فالمال العام غير قابل لاكتساب

1: المحكمة العليا، غ.أ.ش، 16-07-1997، ملف رقم 157310، م.ق، ع.01، 1997، ص.34.

2: المحكمة العليا، غ.أ.ش، 29-09-1999، ملف رقم 188432، غير منشور، مقتبس عن حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص.222.

بالتقادم وفقا لنص المادة 04 من قانون 90-30 المتعلق بالأموال الوطنية العمومية، غير قابلة للتصرف ولا التقادم ولا الحجز، فإن الأملاك الوقفية أيضا لا يجوز كسبها بالتقادم وإن كان من الناحية العملية فإن العديد من الأملاك الوقفية خاصة منها الأراضي الوقفية الجرداء التي اكتسبت عن طريق التقادم المكسب<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: الرجوع عن الوقف المنجز في مرض الموت

انقسم فقهاء الشريعة الإسلامية إلى فريقين؛ فيرى أنصار الفريق الأول عدم جواز الرجوع في الوقف المنجز في مرض الموت، بحيث أن الواقف إذا وقف ماله وهو في مرض الموت كان وقفه صحيحا وناجزا، ومن ثم لا يجوز للموقوف عليه أن يرجع فيه لأن الأدلة الدالة على لزوم الوقف وعدم الرجوع من الواقف عامة تشمل الوقف الذي نشأ أثناء المرض فممنع التبرع إذا زاد على الثلث كالعطية والعتق، أما إذا كان أقل من الثلث فجاز الوقف فيه ولزم لعدم تعلق حق الورثة به<sup>2</sup>.

أما الفريق الثاني يرى أن جواز الرجوع في الوقف المنجز في مرض الموت وهو قول المالكية والإمام أبي حنيفة، ويرى أنصار هذا الرأي أن الواقف إذا أنجز وقفه في مرض الموت كان كما لو أنجزه وهو في صحته، ومن ثم كان وقفه غير لازم يجوز فيه ودليلهم على ذلك أنه لما كان الوقف لا ينفذ إن مات الواقف في مرضه إلا في حدود الثلث حكم له بحكم الوصية في أن له أن يرجع فيه.

إن نجز الوقف في المرض، فإنه بمتزلة المنجز في الصحة عند أبي حنيفة فلا يلزم<sup>3</sup>، وجاء في الشرح الكبير أما من حبس في مرضه كالوصية يخرج من الثلث إن كان لغير وارث وله وإبطاله<sup>4</sup>.

وقد تعرض هذا الفريق للنقد على اعتبار أن قياس الوقف على الوصية قياس مع الفارق، فالوقف في مرض الموت يخالف الوصية ذلك أنه في الوقف إذا شفي الواقف من مرضه كان وقفه

1: بن مشرّن خير الدين، إدارة الوقف في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2012، ص.29.

2: نايف محمد العجمي، الرجوع وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية دار العلوم، قسم الشريعة الإسلامية، جامعة القاهرة، 2001، ص.520.

3: لإمام الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط01، دار الفكر، 1996، ص.326.

4: حاشية الدسوقي، الشرح الكبير للدردير مطبوع على حاشية الدسوقي، ط01، دار الكتاب العلمية، بيروت، لبنان، 1996، ص.464.

لازما ولا رجوع فيه، بخلاف الوصية التي يكون للموصي الرجوع فيها إذا ما شفي من مرضه، فضلا عن أن ملكية الشيء الموصى به لا تنتقل إلى ورثة الموصي، بخلاف الوقف الذي ينجز من حينه ولا يمكن للواقف أن يسترده حتى لو لم يقبله الموقوف عليه<sup>1</sup>.

وبالرجوع إلى المادة 213 من قانون الأسرة الجزائري فإنها تنص على أن: "الوقف حسب المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصديق". وتنص المادة 3 من قانون 10-91 المتعلق بالأوقاف على أن: "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصديق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير". كما تنص المادة 28 من قانون 10-91 على ما يلي: "يطلق الوقف إذا كان محددًا بزمن.

نلاحظ من خلال النصوص القانونية أن المشرع الجزائري ذهب إلى تأييد الوقف، تحت طائلة البطلان على اعتبار أن التأييد هو مقتضى الوقف؛ بحيث نجد الفقه المؤيد لفكرة التأقيت وهم المالكية وبعض الإمامية حيث لا يفتون بوجود التأييد، بل يجيزون الوقف مؤقتًا، كما يجيزونه مؤبدًا، مستدلين على رأيهم بأن مغزى الوقف هو الصدقة، والصدقات كما تجوز باتفاق الغلات مؤبدًا، تجوز مؤقتًا<sup>2</sup>.

غير أن الجدير بالملاحظة في هذا الصدد، أن مشرعنا وقع في تناقض بين نصوصه فيما يخص مسألة تأييد الوقف وتأقيته، فنجده تارة ينص على أن المبدأ العام في الوقف أنه يجب أن يصدر على وجه التأييد وإلا وقع باطلا، وتارة أخرى نجده يقر بصحة الوقف الذي يكون محله منفعة، الأمر الذي يفهم منه ضمنا أنه أجاز أن يكون الوقف مؤقتًا لأنه إذا كان محل الوقف منفعة فلا بد أن يكون محددًا بمدة معينة تعود بعد انتهائها العين الموقوفة محل الانتفاع إلى ملك الرقبة أي الواقف إذا كان لا يزال حيا أو إلى ورثته إذا كان ميتا، فالوقف الوارد على المنفعة لا يمكن أن يكون مؤبدًا وإلا أصبح قيذا أبديا على الملكية يتنافى مع حق الانتفاع في ذاته<sup>3</sup>.

1: شيخ نسيم، المرجع السابق، ص.323.

2: ابن قدامي المقدسي، المغني، ج1، بيت الأفكار الدولية، 2004، ص.1312؛ وهبة الزحيلي المرجع السابق، ص.7604.

3: زواوي فريدة، نظرات في قانون الأوقاف، ج01، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، مج32، ع04، 2009، ص.903 وما بعدها.

وأمام هذا التناقض، فإنه يتعين على المشرع الجزائري أن يعيد صياغة نصوصه على نحو يصل فيه إلى التنسيق فيما بينها، فإذا رأى إجازة الوقف الوارد على المنفعة فإنه يتعين عليه إذن إجازة تأقيت الوقف.

أما الفقه المؤيد لفكرة التأييد وهم جمهور الفقهاء، فيفتي بالتأييد الشافعية والحنابلة والظاهرية وأغلب الحنفية وعلى رأسهم الإمام محمد بن حسن والقاضي أبو يوسف، بحيث يعتبرون التأييد داخلا في مقتضاه، مستدلين بعبارات حديث عمر، منها عبارة "حبس الأصل" وعبارة "لا يباع ولا يوهب ولا يورث؛ بحيث أن عبارة "حبس الأصل" تدل عرفا على تأييده، لأنه إذا جاز رجوعه إلى ملك الواقف لم يكن محبسا، فالتحبيس ينافي التأقيت، أما عبارة لا يباع ولا يوهب ولا يورث فهي صريحة في التأييد. وعبارة "حبس ما دامت السماوات والأرض" صريحة في التأييد هي الأخرى، وعلى الرغم من أنها من كلمات عمر رضي الله عنه، إلا أنها ذات اعتبار ذلك لأنها من فهمه، إضافة إلى أن إقرار النبي له، دليل على صحة فهمه بأن التأييد جزء من مفهوم الوقف لا ينفصل عنه<sup>1</sup>.

وبالرجوع إلى القضاء الجزائري نجد أنه قد استبعد قضاة المحكمة العليا الرأي القائل بأن الوقف المعلق على الوفاة وقف لازم من يوم نشوئه ولا يمكن للواقف الرجوع فيه، حيث جاء في القرار: "من المقرر فقها أن الحبس إذا كان معلقا أو مضافا، جاز للمحبس (للووقف) التراجع عنه. وإن كان منجزا (أي فوري)، فلا يجوز له ذلك.

ومتى ثبت أن عقد الحبس - موضوع النزاع الحالي كان معلقا لما بعد وفاة المحبسة (م.ع)، فإن تراجعها بإبطالها له بعقد توثيقي، وتصرفها ببيع العقارات بعقود رسمية، كان جائزا شرعا، وعليه كان على قضاة الموضوع إبعاد عقد الحبس ولما قضوا بغير ذلك، فقد عرضوا قرارهم المنتقد للنقض"<sup>2</sup>.

ومن المعلوم أن هذا الوقف يأخذ حكما خاصا، سواء عند الحنابلة الذين لا يجزون تعليق الوقف، أو بالنسبة للمالكية الذين يجيزون تعليق الوقف حيث اعتبروه وقفا ناجزا أي فوريا، ورتبوا لزومه لاعتبار أنه معلق على أمر محقق الوقوع وليس محتمل الوقوع، ويؤخذ على المحكمة

1: محمد ابن زهرة، المرجع السابق، ص. 70-72.

2: المحكمة العليا، غ.أ.ش، 21-07-1993، ملف رقم 102230، م.ق، ع 02، 1995، ص. 77.

العليا أنها لم تلائم في الأخذ بالآراء الفقهية لاعتبار أن المشرع الجزائري يجيز تعليق الوقف طبقاً لرأي المالكية بخلاف جمهور الفقهاء الذين لا يجيزونه، وخاصة أن المحكمة العليا لم تظهر في قرارها أنها تعتبره وصية، ومادامت قد اعتبرته وقفا فكان على قضاة المحكمة العليا الأخذ بهذا الرأي وهو اعتبار الوقف المعلق على الوفاة لازماً من يوم نشوئه ولا يجوز الرجوع فيه ويرتبط في تنفيذه بتحقيق الوفاة.

ونجد ان استبعاد المحكمة العليا لهذا الرأي مبني على أساس أن الذين اعتبروه وقفا من نوع خاص، قد قيدوا تنفيذه في حدود الثلث كما في الوصية، كما أن ربط الوقف المعلق في غير محله طبقاً للقواعد العامة، فالالتزام المعلق على شرط محقق الوقوع يعتبر التزاماً مضافاً إلى أجل طبقاً لنص المادة 209 من القانون المدني والتي نصت على أنه: "يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضائه مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع، ويعتبر الأمر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتماً ولو لم يعرف الوقت الذي يقع فيه"<sup>1</sup>.

كما تنص المادة 16 من قانون 91-10 المتعلق بالأوقاف على ما يلي: "يجوز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه إذا كان منافياً لمقتضى العقد الذي هو اللزوم أو ضاراً بمحل الوقف أو بمصلحة الموقوف عليه"

وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي، بحيث أن الفقهاء اختلفوا في هذه المسألة، فعند المالكية الوقف يلزم<sup>2</sup>، ولا يتوقف على حكم الحاكم، حتى قبل القبض، وحتى لو قال الواقف: "ولي الخيار"، فإن الرجوع غير ممكن، حاله حال الإعارة اللازمة إلا إذا اشترط لنفسه الرجوع. وأما محمد بن الحسن والشافعية والحنابلة فإنهم يرون أن الوقف لا يفسخ ولا يستقل عنه، ويخرج عن تصرف الواقف، ولا يملك الرجوع عنه، ويزول ملكه عن العين الموقوفة<sup>3</sup>، غير أن القاضي أبا يوسف يرى أن الوقف مسقط للملكية، فتمامه بمجرد تلفظ، كما هو الحال في باقي التصرفات المسقطه، من قبيل العتق وكذا الطلاق؛ وهذا هو مذهب الأغلبية من الأحناف. في حين أن الأصل العام عند الإمام أبي حنيفة أن عقد الوقف جائز، وبمفهوم المخالفة فهو غير لازم، وبالتالي

1: سالمي موسى، بن قسمية العربي، لزوم الوقف المعلق بين قرارات المحكمة العليا وقانون الأوقاف، المجلة الأكاديمية

للبحوث القانونية والسياسية، جامعة عمار ثلجي، الأغواط، مج 05، ع 02، 2021، ص 1327.

2: محمد بن أحمد بن جزى الغرناطي، القوانين الفقهية، المكتبة العصرية، بيروت، 2002، ص 386.

3: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 7601.

يجوز الرجوع عنه، و هو بمثلة الإعارة غير اللازمة، فللوقف أن يرجع في وقفه متى شاء، ويبطل بموته، ويورث عنه<sup>1</sup>.

وما يمكن قوله أن معنى اللزوم في الفقه الإسلامي قريب جدا من مبدأ القوة الملزمة للعقد، هذا من جهة، ومن جهة أخرى وبمقارنتها مع أحكام المادة 16 نلاحظ أن رأي المشرع الجزائري في هذه المسألة مقتبس من فقه الجمهور، مخالفا بذلك مذهب الأحناف التي ترى الوقف غير لازم؛ وعليه وبالنتيجة فإن تصرف الوقف هو تصرف لازم مطلقا.

والأصل أن الحكم يعتبر عاما حتى يخصص، أي أن المشرع عندما قرر لزوم الوقف فإن ذلك يرجع على جميع الأوقاف إلا إذا ثبت حكم خاص يقتضي عدم اللزوم، كما في الوقف الذي يخرج مخرج الوصية، والوقف في مرض الوفاة، حيث يجوز الرجوع فيهما لاعتبارهما وصية لا لاعتبارهما وقفا.

ومن المعلوم أن التعليق قد يكون على شرط واقف أو قد يكون معلقا على شرط فاسخ وفي الحالتين يكون الحق غير محقق، فلا ينفذ في الشرط الواقف إلا بتحقق الشرط، وينقضي بتحقق الشرط الفاسخ، وهذا ما لا يتلاءم في مجمله مع مقتضيات الوقف من لزوم وتأبيد وفقا لما أخذ به المشرع الجزائري، فإن جاز التعليق على شرط واقف، فالوقف لا يكون نافذا إلا بتحقق الشرط، فجواز التعليق على شرط فاسخ ليس في محله لأنه يجعل الوقف مؤقتا مما يستوجب بطلان الشرط وصحة الوقف بحسب المادة 29 من قانون الأوقاف.

وحتى التعليق على شرط واقف هو محل نظر وهو ما يظهر في قرار المحكمة العليا والذي أقر أن الوقف المعلق غير لازم، أما الوقف المنجز فهو لازم، فأقرت المحكمة العليا أن الوقف المعلق وقف غير لازم وأجازت للواقفة الرجوع في وقفها، رغم أن القرار لا يتكلم عن الوقف المعلق على إطلاقه، بل يتكلم عن الوقف المعلق عن الوفاة<sup>2</sup>. فاعتبر قضاة المحكمة العليا أن التعليق على شرط الوفاة موجب لحق الرجوع، ما دام شرط الوفاة لم يتحقق، وعمموا ذلك على جميع الأوقاف المعلقة على شرط المضاف إلى أجل.

1: ابن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص.1312.

2: المحكمة العليا، 21-07-1993، قرار رقم 102230، م.ق، ع02، 1995، ص.77.



وقد أقر المشرع الجزائري إجازة تعليق الوقف كحكم عام فلم ينص على حالة تعليق الوقف على الوفاة من خلال قانون الأوقاف أو من خلال قانون الأسرة، لذلك ينبغي الرجوع إلى الأحكام الفقهية العامة تطبيقاً لنص المادة 02 من قانون الأوقاف والتي تحيل في غير المنصوص عليه إلى أحكام الشريعة الإسلامية<sup>1</sup>.

وأنت المادة 15 من قانون 91-10 بمصطلح التراجع حيث نصها كما يلي "يجوز للواقف أن يتراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف إذا اشترط لنفسه ذلك حين انعقاد الوقف".

من قراءة هذه المادة لا يمكن أن نسقطها على الرجوع في تصرف الواقف، ولكن الرجوع يكون في بعض الشروط التي وضعها الواقف لنفسه، مع الأخذ بعين الاعتبار المادة 28 من قانون 91-10 التي تنص على أن الوقف يبطل إذا كان محمداً بزمن. وعليه فإن المقصود من مصطلح "التراجع" الوارد ذكره في هذه المادة ليس هو الرجوع، وإنما المقصود منه هو تعديل الواقف للوقف، ويكون ذلك بإزالة بعض الشروط التي كان قد اشترطها سابقاً، مع اعتبار التحفظات الواردة في القانون 02-10 المعدل والمتمم للقانون 91-10.

هذا ومع أن المشرع الجزائري لم يصرح بجواز الرجوع من عدمه، فإنه بناءً على المادة 222 من قانون الأسرة وكذا المادة 2 من قانون 91-10 اللتين تحيلان إلى أحكام الشريعة الإسلامية، يمكننا أن نستشف موقفه، مع الاسترشاد برؤيته للوقف من خلال النصوص الصريحة الواردة في قانون الأسرة أو القانون رقم 91-10 المعدل والمتمم بالقانون رقم 02-10، باتجاه المشرع إلى النص على لزوم الوقف وفقاً لرأي جمهور الفقهاء خاصة أنه نص في المادة 03 من قانون الأوقاف على حبس المال عن التملك مؤبداً، وحسن ما فعل المشرع لأن عدم اللزوم يترك الباب مفتوحاً أمام عدم استقرار الأوقاف واضطراب نظامها، وكذلك تراجع أصحاب الوقوف الذي تتغير نزواتهم من حين إلى حين، ولا سيما مع فساد حال المجتمع وتراجع حرمة الهيئات الدينية الخيرية، كما أن هناك أسباب عديدة قد تؤدي إلى بطلان الوقف وهذا ما سنتناوله في المطلب الموالي.

1: سالمى موسى، بن قسمية العربي، المرجع السابق، ص.1325.

**المطلب الثاني: بطلان الوقف في مرض الموت**

تسري قواعد البطلان العامة على تصرفات الوقف، فيكون باطلا بطلانا مطلقا عند انعدام أحد أركانه، ويكون باطلا بطلانا نسبيا، إن توفرت شروط القابلية للإبطال وتمسك بها من تقرررت لمصلحته، كما أن هناك سببا آخر للبطلان حصري بتصرف الواقف، ألا وهو بطلان الوقف لمخالفة إرادة الواقف.

كما أن الوقف في مرض الموت لا يكون باطلا بطلانا مطلقا وإنما يكون قابل للإبطال من طرف من له مصلحة وتصححه الإجازة، غير أن هذه المادة قد تطرقت للحالة التي يكون فيها الواقف مريض مرض الموت مدينا، حيث قررت للدائنين حق طلب الإبطال وقف هذا المدين، عن طريق دعوى يرفعها دائنوه أمام المحكمة المختصة إقليميا لاستصدار حكم قضائي بإبطال وقف هذا المدين<sup>1</sup>.

**الفرع الأول: بطلان الوقف تطبيقا للقواعد العامة**

أكد المشرع الجزائري كقاعدة عامة وجوب احترام النصوص القانونية وكذا القواعد الشرعية في حال عدم وجود نص قانوني يتعلق بمسألة حيث تبطل المادة 27 من قانون الأوقاف الجزائري كل وقف مخالف للقانون لاسيما هذا القانون. كما توجد العديد من الأسباب المفضية إلى بطلان الوقف التي ترجع في حقيقتها إلى بطلان الوقف لتخلف أحد الأركان الموضوعية أو الشكلية، أو لتخلف إرادة الواقف.

**أولا: إبطال الوقف لتخلف الأركان الموضوعية أو الشكلية**

مما لا شك فيه أن الوقف باعتباره تصرفا تبرعيا تنطوي عليه مخاطر كثيرة بالنسبة للواقف لإخراج المال الموقوف من ذمته المالية، كما يمثل خطورة على الموقوف عليهم لصعوبة التأكد من وجودهم، وخاصة إذا كانت الجهة الموقوفة عليها هم طلبة علم أو مركز البحث العلمي، يضاف إلى كل ذلك إساءة استخدام الوقف للإضرار بالغير، إذا كان الوقف ذريا أو أهليا، لمخالفة قواعد الميراث ولحرمان بعض الورثة في المستقبل أو تقسيم التركة بطريقة مخالفة للأنصبة المقررة.

1: خير الدين فنطازي، عقود التبرع الواردة على الملكية العقارية، الوقف، ج01، دار الزهران للنشر والتوزيع، الأردن، 2013، ص.58-59.

والأصل في التصرفات القانونية هو الرضائية<sup>1</sup> والشكلية استثناء لا بد من نص تشريعي يقرها، وإذا كان الشكل الرسمي ركنا لانعقاد بعض التصرفات مثل عقد البيع العقاري وعقد الرهن الرسمي وغيرها فقد أوجب المشرع الجزائري إفراغ هذه التصرفات في قالب رسمي، والتصرف الوارد على عقار لا يرتب أي أثر قانوني حتى في ما بين المتعاقدين، إلا منذ شهره بالمحافظة العقارية وكل عقد موضوع شهر يجب أن يقدم على الشكل الرسمي طبقا للمادة 61 من المرسوم رقم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري<sup>2</sup>.

إن الواقف الذي يرجو مرضاة ربه ويضحى بنفيس ماله لا يمكن أن يجد بأسا في الوقوف أمام الموثق، وإذا كان مترددا فإن مثل هذا الإجراء سيكون وسيلة لحماية إرادته ومراجعة نفسه أكثر من مرة، ويكون من واجب الموثق أن يبصره بمعنى تصرفه، فالدافع إلى تقرير شكلية معينة للوقف هي الحرص الشديد على حماية إرادة الواقف وورثته والمستحقين، فإن اقتضاء شكلية معينة سيكون أداة لتدبير الواقف وتمحيصا لإرادته، كما أنها مهمة جدا لورثة الواقف حتى لا يكون وسيلة لمخالفة قواعد الميراث، وحرمانهم من حقوقهم في تركته، كما أنه كثيرا ما تضيع حقوق المستحقين في المال الموقوف لحفاء التصرف وعدم إثباته بعد وفاة الواقف، فقد يلجأ بعض الورثة إلى إخفاء أي دليل على الوقف أو ضياع الأدلة مع مرور الزمن.

### 1- إبطال الوقف لاختلال الشروط الموضوعية

تنص المادة 10 من قانون 10-91 المتعلق بالأوقاف على أنه: "يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحا ما يأتي:

- أن يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكا مطلقا.
- أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله، غير محجور عليه لسفه أو دين" وتنص المادة 11 من القانون ذاته على أنه: "يكون محل الوقف عقارا أو منقولا أو منفعة.
- ويجب أن يكون محل الوقف معلوما محددًا ومشروعًا، ويصح وقف المشاع، وفي هذه الحالة تتعين القسمة". وتنص المادة 13 من القانون ذاته على ما يلي: "الموقوف عليه في مفهوم هذا القانون هو شخص معنوي لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية".

1: المادة 59 من القانون المدني الجزائري.

2: المرسوم رقم 76-63 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 93-123 المؤرخ في 15 ماي 1993، اج ر ج ج عدد 34 لسنة 1993، المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

من قراءة هذه المواد نستشف أن الواقف يقوم بالوقف وهو أهل للتصرفات القانونية، مالكا للشيء المراد وقفه، ويكون الشيء الموقوف عقارا أو منقولا أو منفعة. كما يجب أن يكون الشيء الموقوف معلوما محددًا مشروعًا، فإن كان مشاعا يجوز وقفه، وينبغي القيام بإجراءات القسمة<sup>1</sup>.

فيشترط لصحة الوقف أن يكون الواقف مالكا للعين الموقوفة ملكية تامة مطلقة وغير ناقصة طبقا للمادة 10 من قانون الأوقاف رقم 91-10، وقد صدر عن المحكمة العليا قرار يقضي بأنه: "من المقرر شرعا وقانونا أن يكون المال المحبس ملكا للواقف وإلا جاز له أن يجبسه، وأن يكون معينا غير مجهول وخاليا من كل نزاع..."<sup>2</sup>.

هذا وإذا كان الوقف منصبا على عقار وجب أن يكون داخلا في إطار المشروعة بحيث لا يكون مملوكا للدولة أو لأحد الأشخاص العامة مثل أراضي العرش أو الأراضي والعقارات التي لا سند لها، حيث ينبغي على الموثق أن يمتنع عن إبرام عقد حبس للشخص الذي لا يملك صاحبه عقد ملكية رسمي مسجل ومشهر بالمحافظة العقارية<sup>3</sup>.

غير أنه إذا وقف شخص ما لا يملك على أنه يملكه فالوقف لا يكون باطلا، ولكن يتوقف على إجازة المالك، غير أن المشرع الجزائري أعطى لهذه المسألة حكما على عمومها، حيث اعتبره وقفا باطلا، باعتباره تصرفا في ملك الغير، وأيده في ذلك القضاء الجزائري حيث قررت المحكمة العليا في كثير من قراراتها لإبطال الوقف الصادر من غير المالك، حتى ولو كان الواقف يظن بأنه مالك للعين الموقوفة كلها، في الحين نازعه في جزء منها ورثه آخرون معه يجهلهم، كالقرار الصادر عن المحكمة العليا التي نقضت فيه قرار المجلس الذي صحح عقد حبس محرر من طرف شخص في حين كانت العين الموقوفة ملك لشخص آخر<sup>4</sup>.

غير أنه ستناء لا يجوز للواقف مالك العين المراد وقفها التصرف فيها كما لو كان محكوما عليه بعقوبة جنائية تبعية تمنعه من مباشرة حقوقه المالية طبقا لمقتضيات المادة 07 من

1: عين السبع فايزة، الرجوع في التصرفات التبرعية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015، ص.120.

2: المحكمة العليا، غ.أ.ش، 28-09-1993، ملف رقم 94323، م.ق، ع.02، 1994، ص.76.

3: بوحلاسة عمر، الوقف في القانون الجزائري، مجلة الموثق، ع.09، 2000، ص.42.

4: المحكمو العليا، غ.أ.ش، 21-11-1988، ملف رقم 46546، م.ق، ع.02، 1991، ص.62.

قانون العقوبات<sup>1</sup>، وفي قرار آخر إعتبرت فيه المحكمة العليا الحبس المتضمن مال الحبس مع مال أخيه، بأنه صحيح في الجزء من المال الذي يملكه الواقف، وباطل الوقف المنصب على مال أخيه، لأن الواقف لا يملكه<sup>2</sup>، ولقد أكد المشرع الجزائري على هذا الشرط في المرسوم رقم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، حيث نصت المادة 104 على الآتي: "يتحقق المحافظ بأن البطاقة غير مؤشر عليها بأي سبب يقيد حرية التصرف في الحق، من قبل صاحبه الآخر".

كما أنه يشترط أن يكون الواقف ممن يصح تصرف في ماله؛ ومفاد هذا الشرط أن المشرع يشترط في الواقف أن يكون أهلا لممارسة التصرفات الإرادية، والتي من جملتها الوقف، فينبغي أن الواقف ممن يصح تصرفه في نظر المشرع هو الشخص المالك الذي لا تشوب إرادته عارض من عوارض الأهلية ومن ثمة ينبغي أن يكون عاقلا غير مجنون ولا معتوه، وأن يكون بالغاً، راشداً، وفق ما يشترطه سن الرشد المنصوص عليه في القانون وغير محجور عليه.

كما اشترط المشرع أن تكون العين عقارا أو منقولا أو منفعة، فأغلب الأوقاف عموما تكون ذات طبيعة عقارية وبصورة أقل وقف المنفعة، وأما وقف المنقول فهو نادر نوعا ما إلا إذا كان تابعا للعقار محبس فهو يتبعه في الوقف، ولذلك فإن المشرع يسوي في أحكام الوقف بين ما إذا كان الموقوف عقارا أو منقولا أو منفعة، ويستوي أيضا دخل في الوقف أصلا أو ما دخل فيه تبعا<sup>3</sup>.

## 2- إبطال الوقف لاختلال الشروط الشكلية

تنص المادة 41 من قانون الوقف على أنه: "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".

1: تنص المادة 07 من قانون العقوبات على أنه: "الحجر القانوني هو حرمان المحكوم عليه أثناء تنفيذ العقوبة مباشرة حقوقه المالية...".

2: المحكمة العليا، غ.أ.ش، 28-09-1993، ملف رقم 94323، م.ق، ع02، 1994، ص.76.

3: كالبناء والغرس المتواجد على الأرض الموقوفة، فهي تبعا لها وتدخل في حكمها غير أن المشرع لم يكن يرى في الماضي محلا للوقف سوى العقار، وهذا ما يتضح من خلال تعريف الوقف حسب قانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990، المتضمن قانون التوجيه العقاري، ج ر، ع 49، الصادر في 18 نوفمبر 1990.

من هذه المادة نستشف أولاً أنها قاعدة آمرة، إذ تبتدئ بعبارة "يجب"، ثانياً إلزامه الواقف بتسجيل سند الوقف لدى مصالح الكلفة بالسجل العقاري، هذه الأخيرة الملزمة بتقديم إثبات له بذلك وإحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف.

ونلاحظ من خلال نص المادة السالفة الذكر أن المشرع اشترط على الواقف أن يجرر وقفه لدى الموثق وأن يسجل هذا الوقف لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري، ويتحصل هذا الأخير على نسخة لإثبات التصرف الذي قام به، كما يجب أن يقدم نسخة من الوقف إلى الجهة المكلفة بالأوقاف، وبمعنى هذا أن المشرع اشترط لإثبات الوقف وجوب تحريره بعقد رسمي مشهر لدى المحافظة العقارية المختصة، واشترط المشرع في المادة 41 من قانون الأوقاف إثبات الوقف بموجب عقد رسمي مشهر بالمحافظة العقارية كان يقصد الوقف الوارد على عقار، لأن شهر التصرفات في المحافظة العقارية لا يخص إلا التصرفات الواردة على عقار، وكان على المشرع أن يصف في المادة المذكورة أعلاه عبارة "الواردة على عقار" حتى لا يقع في تناقض بين نصوصه<sup>1</sup>.

فالشكلية المقررة في نص المادة 41 من قانون رقم 91-10 هي من أجل إثبات التصرف الوقفي، ووردت خصيصاً لوقف العقارات لأنها الأصل في الأوقاف وبعض المنقولات العامة كالسيارات، فالقاعدة العامة بالنسبة لتوثيق عقد الوقف تكون حسب محله، فإذا كان هذا الأخير مما نص القانون في نقل ملكية على ضرورة التوثيق، فإن هذا الحكم يسري على عقد الوقف والعكس صحيح<sup>2</sup>.

فيتبين لنا مما تقدم أن الوقف تصرف رضائي وليس شكلياً، والكتابة المتطلبة في الوقف الواردة على عقار هي وسيلة إثبات وجوده وليست ركناً لانعقاده، في حين أن الوقف الوارد على منقول يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات.

### ثانياً: إبطال الوقف لمخالفة إرادة الواقف

يجمع الفقهاء والمشرعون على اعتبار الوقف من التصرفات التي تحتاج إلى أهلية كاملة للواقف نظراً للنتائج المترتبة عليه خروج المال من ذمة الواقف وذهاب ريعه إلى الجهة الموقوف

1: دلاندة يوسف، الوجيز في شهادة الشهود وفق أحكام الشريعة الإسلامية وما إستقر عليه قضاء المحكمة العليا، دار هومه، الجزائر، 2005، ص.49.

2: محمد كنانة، الوقف العام في التشريع الجزائري، دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والقرارات القضائية، دار الهدى، الجزائر، 2006، ص.76.

عليها، وتكاد أغلب كتب الفقه تجمع على وجوب كون الواقف عاقلا حرا بالغاً مخيراً وغير محجور عليه لسفه أو عته أو إعسار. وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه أن: "من المقرر شرعاً وقانوناً أنه يشترط في الواقف أن يكون أهلاً للتبرع، رشيداً لا مكرهاً، ويشترط في المال المحبس أن يكون مملوكاً للواقف، معينا، خالياً من النزاع"<sup>1</sup>.

فيشترط كمال الأهلية أو البلوغ أو كمال العقل، لأن الوقف من التصرفات الضارة ضرراً محضاً بالذمة المالية للواقف وعليه لا يجوز وقف الصبي فهو صورة من صور انتهاء الوقف قبل بدئه، لكونه تصرفاً باطلاً بطلاناً مطلقاً. ويستوي في ذلك كون الصبي مميزاً فهو ليس أهلاً للتصرف التي تضر به ضرراً محضاً بما أن الوقف إزالة للملك بلا عوض، ومن باب أولى عدم جواز الوقف من الصبي غير المميز الذي لا يملك أي أهلية لإبرام أي تصرف<sup>2</sup>، وهذا ما نصت عليه المادة 30 من قانون الأوقاف حيث جاء فيها ما يلي: "وقف الصبي غير صحيح مطلقاً سواء كان مميزاً أو غير مميز ولو أذن بذلك الوصي"، فمن خلال هذا النص يتضح أن المشرع الجزائري يعتبر الصبي غير قادر على التصرف في ماله بالتبرع.

كما نص المشرع الجزائري في المادة 31 من قانون الأوقاف على أنه: "لا يصح وقف المجنون والمعتوه لكون الوقف تصرفاً يتوقف على أهلية التسيير، أما صاحب الجنون المتقطع فيصبح أثناء إفاقته وتما عقله شريطة أن تكون الإفاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعية"، فتبين من خلال نص المادة أن جميع التصرفات التي يقوم بها المعتوه أو المجنون لا تصح؛ مهما كانت طبيعتها لأنهما لا يملكان الأهلية التي تتيح لهما القيام بمباشرة التصرفات القانونية، فكلاهما يعبران عن حالة عدم الإتزان العقلي التي ينجم عنها إعتبار تصرفاتهما باطلة بطلاناً مطلقاً لكونهما ليسا أهلاً للتبرع<sup>3</sup>.

1 : المحكمة العليا، غ.ع، 12-11-1988، ملف رقم 46546، م.ق، ع03، 1993، ص.287.

2: أمير سليمي أقدم، حماية نظام الوقف، رسالة ما جستير، كلية الشريعة، جامعة دمشق، 2008، ص.55.

3: محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، لفائدة طلبة معهد الدراسات العربية العالمية بجامعة الدول العربية، مطبعة أحمد علي مخيمر، القاهرة، 1959، ص.138.

## ثالثا: تأثير الشروط على عقد الوقف

إن المشرع الجزائري ومن خلال نصوص قانون الأوقاف، وعند تطرقه لشروط الوقف قصرها في ثلاث مواد فقط عند الكلام عن اشتراطات الواقف، وإن تكلم في معرض كلامه عن مبطلات الوقف.

والشرط الباطل الذي يبطل معه الوقف هو كل شرط يخل بأصل الوقف أو ينافي حكمه، مثال ذلك أن يقول الواقف: " جعلت أرضي هذه موقوفة على أن لي أن أبيعها متى شئت... " كان الوقف باطلا، لأن اشتراط ما يمنع التأييد يبطل الوقف، ويقول الفقهاء ببطلانه باعتباره شرط باطلا، والشرط الباطل يبطل معه الوقف<sup>1</sup>.

علما أن الفقهاء لا يطلقون هذا الحكم إلا على الأوقاف المتضمنة شروطا فاسدة، ليست باطلة، ففي هذه الحالة يبطل الشرط ويصح الوقف، كأن يقول: " وقفت داري على فلان على أن لا يسمح بالدخول إليها أحد".

فقد نص المشرع الجزائري في المادة 28 من قانون الأوقاف، أن الوقف إذا حدد بزمان يكون باطلا، فدل ذلك على أن المشرع الجزائري أقر أن كل شرط يحدد مدة الوقف بزمان، يكون باطلا مبطلا لعقد الوقف.

كذلك إذا اقترن الوقف بشرط باطل فإنه يبطل معه الوقف، كأن ينص الواقف في وقفه على شرط احتفاظه بحق التصرف في العين الموقوفة بالبيع أو غيره متى شاء، باستثناء حالة واحدة وهي وقف المسجد، فإنه يبطل الشرط ويصح الوقف لأجله إلا أن المشرع لم يفرق في حكمه بين الوقف المقترن بشرط باطل، أو المقترن بشرط فاسد، وإنما ساوى بين الشرطين في الحكم، فأقر بصحة الوقف وإسقاط الشرط.

والشرط الباطل هو كل شرط يخالف الشريعة الإسلامية وتعاليمها أو ما خالف الآداب العامة والأخلاق أيضا<sup>2</sup>، حيث نص على هذا الشرط في المادة 29 من قانون رقم 91-10 والتي جاء فيها ما يلي: لا يصح الوقف شرعا إذا كان معلقا على شرط يتعارض مع النصوص

1: أكرم عوض شحاة الشوكي، حقيقة الوقف وأثر خلافات المذاهب الأربعة فيه، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، فلسطين، 2013/02/14، ص.54.

2: قنفوذ رمضان، نظام الوقف في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، سعد دحلح، البلدية، الجزائر، 2011، ص.53-54.



الشرعية، فإذا وقع بطل الشرط وضح الوقف"، فنص المشرع على أن الوقف والشرط يدوران صحة وبطلانا بما نصت عليه الشريعة، غير أن الشريعة تميز بين الشرط الباطل والشرط الفاسد. كما أن المشرع نص في المادة 16 من قانون الأوقاف: "يجوز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه، إذا كان منافيا لمقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم، أو ضار بمحل الوقف، أو مصلحة الموقوف عليهم" ومن خلال نص المادة نستنتج أن المشرع الجزائري أخذ بما ذهب إليه جمهور الفقهاء في اعتبار اللزوم من مقتضيات الوقف، لكنه لم يرتب على الشروط التي تمس بهذا المقتضى بطلان عقد الوقف، بل رتب عليه إلغاء الشروط وصحة عقد الوقف، فإذا اشترط الواقف رجوعه في وقفه ألغي الشرط وضح الوقف، لكن المشرع استعمل مصطلح يجوز للقاضي، مما يدل على أن السلطة التقديرية بيد القاضي في إلغاء الشرط وعدم إلغائه، وذلك على أساس تحديد القاضي ما إذا كان الشرط يمس بلزوم الوقف أو لا يمس، فإن كان يمس بلزوم الوقف ألغاه وإن كان لا يمس بلزوم الوقف تركه<sup>1</sup>.

كما رتب المشرع إلغاء كل شرط يضر بمصلحة الوقف ومصلحة الموقوف عليهم وجعل للقاضي السلطة التقديرية في تقدير ذلك، ويظهر من خلال هذا الحكم أن المشرع لم ينظر إلى هذه الشروط من حيث نوعها أكانت باطلة في نفسها أو كانت صحيحة وأصبحت ضارة بالوقف والموقوف عليهم، بل نظر إليها المشرع على أساس تأثيرها على عقد الوقف؛ لذلك يظهر أن المشرع يصنف الشروط في عقد الوقف إلى الشروط الباطلة المبطللة لعقد الوقف كشرط التأقيت، وشروط يمكن إلغائها سواء كانت باطلة لأنها تمس بمقتضيات الوقف أو تضر بالوقف والموقوف عليهم، أو كانت صحيحة وتعذر تطبيقها.

أما فيما يخص الشروط الصحيحة فالمشرع الجزائري لم يتطرق إليها لأنه أخذ بنظرية الإباحة في الشروط كما تقدم، وتطبيقا لنص المادة 02 من قانون الأوقاف فكل شرط صحيح

1: وهذا ما ذهب إليه القضاء الجزائري في الحكم الصادر بتاريخ 15-07-2009 والذي أقر أن اشتراط الواقف حق في التصرف في الوقف يعتبر مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية التي تقضي بتأييد الوقف ومنع التصرف فيه، واعتبر إبطال الوقف من قبل قضاة الموضوع غير مبرر، وإن كان القرار لم يشر إلى إلغاء الشرط إلا أنه يفهم من تبرير المحكمة أن الشرط يلغى ويبقى الوقف صحيحا؛ أنظر م.ق 2009، ع 02، ص 171.

يشترطه الواقف يكون من اللازم التقيد به خاصة في ما يتعلق بتحديد الموقوف عليهم ونصيب كل واحد، فهذه الشروط لا يمكن مخالفتها بحال من الأحوال.

أما فيما يتعلق بمال الوقف، فإذا حدد الواقف طريقة معينة لاستغلاله، فإن تلك الطريقة تحترم ما لم تضر بالوقف، فإذا نص الواقف في شروطه الاستبدال فإنه يمكن تغيير تلك الطريقة إلى ما هو أصلح للوقف، أما إذا اشترط الواقف عدم الاستبدال، فإنه يرجع للقاضي لإلغاء الشرط لأنه ضار بالوقف تطبيقاً لنص المادة 16 من قانون الأوقاف.

فإذا لم يكن ذلك نظراً لعدم إمكان تعميره أو استثماره، فإنه يستبدل طبقاً لأحكام المادة 24 من قانون الأوقاف، وبذلك يكون المشرع قد أخرج الاستبدال من دائرة شروط الواقف إلى مقتضيات الوقف، أي ضمن النظام القانوني للوقف، فكل شرط يمنع الاستبدال هو شرط ملغي<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: بطلان الوقف مريض مرض الموت

لم يحرز الوقف في مرض الموت على إجماع الفقهاء والمشرعين على عكس حالات الصبي والمجنون والمعتهو التي أجمع على كونها سبباً في بطلان الوقف. فقد انقسمت الآراء بشأن الوقف في مرض الموت إلى اتجاهين، يرى أولهما جوازه لكون الشخص حراً في ماله حال حياته ولا يتحقق مرض الموت إلا بعد الوفاة في الحين يفضل اتجاه آخر عدم إمكان ذلك حفاظاً على مصلحة الدائنين والورثة.

وأما المشرع الجزائري فقد نص في المادة الثانية والثلاثين من قانون الأوقاف على أنه: "يحق للدائنين طلب إبطال وقف الواقف في مرض الموت وكأن الدين يستغرق جميع أملاكه". والمشرع بهذا النص قد أقر بجواز الوقف في مرض الموت كقاعدة عامة باعتبار الأصل في الأشياء الإباحة لكنه أورد عليها استثناء يتطلب شرطين بتوافرها يمكن إبطال ذلك الوقف وهما حدوث الوقف في مرض الموت واستغراق الوقف كافة أملاك الواقف ولكن هذا التفسير قد لا يستساغ من قبل بعض المختصين الذين يرون بضرورة مراجعة أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون تطبيقاً لنص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري<sup>2</sup>.

1: سالمى موسى، الطبيعة القانونية لشخصية الوقف في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1، 2015-2016، ص.80.

2: بن مشرّن خير الدين، المرجع السابق، ص.46-48.

والمرجع الجزائري بهذه الصياغة لم يستحدث قاعدة جديدة أو موقفا منفردا بل إنه اعتمد القاعدة المعروفة في غالبية تشريعات الدول الإسلامية التي تلحق جميع التصرفات الواردة في مرض الموت بالوصية سواء كانت هبة أو وقفا وذلك ما يظهر من استقراء المادة 215 من قانون الأسرة الجزائري التي تقيس الوقف على الهبة وتحيل إلى المادة 205 التي تنص على اعتبار الهبة في مرض الموت وصية، وهذا الحكم ذاته في مدونة الأوقاف المغربية التي جاء فيها: "يعتبر وقف المريض مرض الموت لازما، ويعطي حكم الوصية طبقا لأحكام مدونة الأسرة"<sup>1</sup>.

وما يلاحظ أن القانون الجزائري أنه لم يشر في قانون الأوقاف إلى حكم المريض مرض الموت للوارث أو لغير وارث، رغم أنه أشار في المادة 32 منه إلى حكم وقف المريض مرض الموت، وأعطى للدائنين حق إبطاله كليا وكأن الدين يستغرق جميع أملاكه، والذي يلاحظ على هذه المادة أنها تخرج وقف مريض مرض الموت من مجال تطبيق حكم المادة 776 من القانون المدني وكذا المادتين 215 و204 من قانون الأسرة، فيحق للدائنين في هذه الحالة طلب إبطال الوقف كله سواء كان الدين يستغرق جميع الأملاك أم لا، لأن المشرع وضع فرضية مفادها أن الدين كأنه يستغرقها جميعا، فلا تسري أحكام الوصية، لا في الثلث ولا في أقل منه ولا أكثر منه.

والملاحظ كذلك أن نص المادة 32 من قانون الأوقاف تحق للدائنين إبطال وقف مريض مرض الموت سواء في أثناء حياته أو بعد وفاته، باعتباره جاء عاما، وعدم إشارة قانون الأوقاف على وقف المريض مرض الموت باستثناء الحالة المنصوص عليها في المادة 32 وهذا يرجع إلى الإحالة الضمنية التي بقيت سارية في قانون الأسرة، والتي لم يصدر ما يخالفها أو يلغيها في قانون الأوقاف وكذلك سريان القواعد الواردة في الشريعة الإسلامية.

فقد ذهب الاجتهاد القضائي إلى تقرير بطلان الوقف متى كان في مرض الموت ومهما كانت الأحوال، حيث جاء في إحدى قرارات المجلس الأعلى الصادرة بتاريخ 03-03-1971: "حيث أنه من المقرر في الشريعة الإسلامية أن الحبس الواقع في مرض الموت المحبس باطل وعلى من يدعي بطلانه بذلك السبب إقامة البيئة على أن المحبس كان مصابا وقت تحبسه بالمرض الذي

1: كرام محمد الأخضر، بطلان الوقف وانتهائه بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، الجزائر، مجلد05، العدد01، ص.90.

مات جراه، وحيث لم يأخذ المجلس القضائي بتلك الدعوى ولا بطلب إقامة البينة على صحتها واكتفى في حكمه بمجرد ما جاء في وثيقة التحييس بالوجه السابق الذكر، كان قرار خارقاً لأشكال المرافعة الجوهرية وحتى القواعد الشرعية مما يستوجب نقضه<sup>1</sup>.

ما يمكن استنتاجه من هذا القرار، أنه جعل مرض الموت قرينة كافية لبطلان الوقف، ولذا يكفي من له المصلحة في بطلان الوقف أن يثبت أن التصرف قد صدر في وقت كان الواقف فيه مريضاً بمرض الموت، وأن هذا القرار أسس حكمه بغض النظر عن مدى مخالفة الأشكال الجوهرية للمرافعة على القواعد الشرعية التي ترى وجوب بطلان التصرف الوقفي في مرض الموت في نظره.

إن تحليل هذا القرار واستحضار الرؤى الفقهية في الموضوع يجعل من الظاهر والواضح الخطأ الفادح في تأسيس قرار المجلس الأعلى، حيث أن القواعد الشرعية لا تقرر بطلان الوقف على إطلاقه، بل إن ذلك لا يكون إلا في أحوال خاصة وبالأوصاف محددة، وبالتالي فإن نتيجة ما انتهى إليه القرار مخالفة للأحكام الشرعية والقانونية في هذا الشأن.

إن ما نخلص إليه فيما سبق من هذه المسألة هو أن وجود الواقف لا يكفي لقيام الوقف صحيحاً، بل لابد من أن تتوافر فيه المواصفات التي تجعل تصرفه صحيحاً، وإن تمتنع عنه ما يجبس التصرف عن النفاذ، وإذا تحقق ذلك فإن النظر ينصب على الأركان الأخرى في مدى تحققها بالمواصفات المطلوبة<sup>2</sup>.

كما أن دولة الإمارات العربية حددت مسودة مشروع قانون اتحادي، الذي أعدته الهيئة العامة لشؤون الإسلامية والأوقاف، وذلك في شأن الوقف ست حالات تتسبب في البطلان القانوني لتخصيص الأوقاف الدائمة أو المؤقتة، أبرزها إذا أوقف المريض مرض الموت، أو أوصى بالوقف لغير الورثة (بما يزيد على الثلث)، فإن الوقف يبطل بالزيادة إذا لم يجزها الورثة؛ وهو ما ذكرته المادة 08 أن للمالك في حالة صحته أن يوقف ما يشاء مما يملكه على ما يشاء من جهات البر أو على ورثته أو من يشاء من غيرهم، وفي حالة مرض الموت تصح الوصية بالوقف لغير الورثة فيما لا يزيد على ثلث ماله، وتكون العبرة بقيمة ثلث ماله عند إنشاء الوقف، بينما وقف

1: القرار المؤرخ في -03-03-1997، نشرة القضاة، ع02، 1972، ص.73.

2: رمضان قنفود، المنازعات المتعلقة بالمال الوقفي في إطار القانون الموضوعي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014-2015، ص.93.

المريض مرض الموت على غير الورثة فيما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة، وإذا لم يكن للواقف ورثة عند إنشاء الوقف فيجوز أن يوقف ماله على من يريد أو ما يشاء، كما أنه إذا وقف أو وصى بالوقف لغير الورثة بما يزيد على الثلث، فإن الوقف يبطل بالزيادة إذا لم يجزها الورثة، إذا خص الواقف نفسه بالوقف ولم يدخل معه غيره في الوقف الذري إذا حرم أحد من الذرية من الاستحقاق الواجب أو بعضه.

ولأجل المحافظة على الأملاك الوقفية ضد أي إخفاء أو استغلال بطريقة مستترة أو تدليسية نصت المادة 36 من قانون الأوقاف على أن: "يتعرض كل شخص يقوم باستغلال ملك وقفي بطريقة مستترة أو تحايلية أو يخفي عقود وقف وثائقه أو مستنداته أو يزورها إلى الجزاءات المنصوص عليها في قانون العقوبات"، وتجدر الإشارة أن جميع النصوص الواردة في قانون العقوبات<sup>1</sup> والمتعلقة بجرائم الواقعة على عقار، كالمادة 386 المتعلقة بجنحة التعدي على الملكية العقارية أو المادتين 406 و407 المتعلقة بجنحة التخريب العمدي للعقارات يصلح تطبيقها على العقارات الموقوفة<sup>2</sup>.

وما يلاحظ على هذه الحماية أن المشرع الجزائري وإن كان قد أقر حماية جزائية للأملاك الوقفية وتشدد فيها إلى درجة عقوبة السجن المؤبد إلا أن الغرامة المالية المفروضة على الجاني تبقى قيمتها رمزية بالنظر إلى قيمة الأملاك الوقفية المالية والاجتماعية والتعبدية في نفس الوقت، لذلك فالمشرع مطالب بوضع أحكام خاصة منفصلة عن الجنایات والجنح المتعلق بالأموال المبينة في قانون العقوبات<sup>3</sup>.

وختاما يمكن القول أن الوصية في مرض الموت إذا كانت لوarith فإنها لا تنفذ في شيء من التركة كثيرا أم قليلا إلا بإجازة بقية الورثة، أما إذا كانت لغير وارث فإنها تكون نافذة بغير

1: أمر رقم 66-156، المؤرخ في 08 يونيو 1966، ج ر ع 49، الصادر في 11 يونيو 1966، المعدل والمتمم بالقانون 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004، ج.ر.، ع 71، والقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، ج.ر.، ع 84، والقانون 11-14 المؤرخ في 12 أوت 2011، والقانون 14-01 المؤرخ في 04 فبراير 2014، ج.ر.، ع 07، والقانون 15-19 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، المتضمن قانون العقوبات، ج.ر.، ع 71، الصادر 30 ديسمبر 2015.

2: حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص.103.

3: رمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي للأملاك الوقفية في الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص.64.

إذن الورثة إذا كانت في حدود ثلث التركة، فإن زادت عن الثلث نفذت في الثلث وتوقف نفاذ ما زاد عليه على إجازة الورثة.

كما أن تبرعات المريض مرض الموت قد قيدها المشرع الجزائري بقيود الوصية انطلاقا من نص المادة 776 من القانون المدني الجزائري، فقرر أن كل تصرف قانوني يصدر عن الشخص في حال الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، سواء كانت هبة أو وقفا.

خاتمة

المريض مرض الموت يقوم بتصرفات وتثبت لغيره عليه جميع الحقوق كالصحيح، إلا أنه يمكن أن تكون هذه التصرفات مضرّة للورثة والدائنين، ولهذا السبب فرضت بعض القيود على تصرفاته، ولا علاقة لمرض الموت بالأهلية إذ أنه لا يؤثر عليها لا بالنقصان ولا بالانعدام، كما أن أحكام تصرفات المريض مرض الموت أحكام خاصة مستثناة عن الأحكام المنظمة للعقود، فيظهر الأمر جليا في القواعد المنظمة لهذا النوع من التصرفات، فهي تصرفات موقوفة على إجازة الورثة من جهة، ومن جهة أخرى نلاحظ أن إرادة المريض مرض الموت إرادة محدودة ولا تعتبر إرادة معيبة وما الأحكام المطبقة على هذا النوع من التصرفات إلا حماية لمصلحة الغير وليس حماية للبايع.

ومن بين النتائج المتوصل إليها:

- تعتبر الشريعة الإسلامية هي المصدر الأول في تنظيم أحكام تبرعات المريض مرض الموت، ومنها استمدت المشرع الجزائري أحكام مرض الموت، لذلك يتعين الرجوع إليها لمعرفة ما لم يتناوله المشرع بنص.

- عدم اهتمام المشرع الجزائري بوضع تعريف أو تحديد ضوابط لمرض الموت الأمر الذي جعل القضاء يرجع إلى القواعد الفقه الإسلامية في قراراته.

- مرض الموت هو ما يعقبه الموت غالبا، ويعجز المريض سواء أكان ذكرا أم أنثى عن قضاء حوائجه، والذي يحدد ماهية مرض الموت هم الأطباء أصحاب الخبرة في هذا المجال.

- مرض الموت واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق إثبات بما في ذلك البينة والقرائن.

- مرض الموت لا يعدم الأهلية ولا ينقصها لكنه يجد من تصرفات المريض به وقيدها.

- التصرفات التي يبرمها المريض مرض الموت والناقلة للملكية تعتبر صادرة من شخص كامل الأهلية كأهلية الشخص الصحيح تماما، وتقييد تصرفاته لا تعتبر نقصا للأهليته، إنما حماية لحقوق الورثة والدائنين.

- للمورث حق التصرف في ماله وهو في غير مرض الموت بجميع التصرفات معاوضة أو تبرعا ويستطيع أن يستغرق بتصرفاته هذه كل ماله ما دام التصرف ينتج أثره حال حياته، أما أن يتصرف أثناء مرض الموت والتصرف لا ينتج أثره إلا بعد موته أي أنه يحرم ورثته دون أن يجرم نفسه، فهذا هو الذي يتولى القانون حمايته، فلم يجز له القانون أي تصرف إلا بالوصية ويلحق بها كل التبرعات التي تصدر منه حال مرض الموت إلا في حدود ثلث التركة.



- إن بيع المريض مرض الموت لأجنبي بثمان المثل أو بغبن يسير نافذ لا يتوقف على إجازة الورثة، وإذا كان البيع يقل عن قيمة المبيع بحدود ثلث التركة فيكون نافذاً في حقهم، بينما لو تجاوزت هذه الزيادة ثلث التركة فلا ينفذ البيع إلا بإجازة الورثة أو تكملة المشتري للثلثين.

- بيع المريض مرض الموت لأجنبي بأقل من قيمة مثله ولو بغبن يسير لا ينفذ في حق الدائنين إذا كانت التركة مستغرقة بالديون ويجوز للدائنين طلب فسخ البيع.

وفيما يخص التبرعات في مرض الموت فهي تأخذ حكم الوصية في حدود الثلث.

- لا يرجع سبب تقييد تبرعات المريض مرض الموت إلى نقص في أهليته، ولا إلى عيب في إرادته، وإنما يرجع إلى تعلق حق الورثة بأموال المريض من وقت المرض، فإذا صدر من المريض تصرفات تنطوي على تبرع منذ هذا المرض، فإن هذه التصرفات تأخذ حكم الوصية.

- تبرعات المريض مرض الموت تكون في حدود الثلث من التركة، أي يجب أن لا تزيد على الثلث.

- إذا كانت تبرعات المريض مرض الموت لغير وارث بأكثر من ثلث ماله، فإن ما زاد على الثلث موقوف على إجازة الورثة فإن أجازوه نفذ وإن لم يجيزوه بطل في الزائد، أما إذا كانت تبرعات المريض مرض الموت للوارث فإنها تكون موقوفة على إجازة بقية الورثة، سواء كانت هذه التبرعات بقدر ثلث ماله أو أكثر أو أقل، فإن أجازها الورثة نفذت وإن لم يجيزوها بطلت. ومن أهم التوصيات التي توصلنا إليها:

- يجب أن يعتمد الرأي المختص في تحديد مرض الموت للأطباء فهم أهل الخبرة في ذلك، إذ ينبغي أن تعرض على لجان رسمية منهم التقارير الطبية لبيان ما إذا كان المرض الذي وقعت فيه الوفاة مرض موت أم لا، لا سيما أن التطور العلمي قد جعل الكثير من الأمراض المخوفة سابقاً أمراضاً بسيطة لا يغلب معها الهلاك.

- ضرورة الإمتناع عن تحديد مدة مرض الموت بسنة واحدة، وذلك لأن هذا الأمر لا يقره الواقع ولا يتماشى مع التطور العلمي الهائل الذي حصل في مجال الطب حيث أصبحت اليوم أعداد غير قليلة من الأمراض التي كان يغلب فيها الهلاك أمراضاً بسيطة، وإن كثيراً من الحالات المرضية التي يكون فيها المريض على وشك الموت لم تعد اليوم كما كانت بفضل الأدوية والعلاجات المكتشفة التي جعلت حياته تمتد إلى أكثر من سنة.

- يجب على القضاء من خلال اجتهاد المحكمة العليا باعتبارها الهيئة المقومة لأحكام الجهات والدرجات القضائية على مستوى الوطن، لإرساء المبادئ والاجتهادات القضائية في تبرعات المريض مرض الموت ومواكبة الأمراض الحديثة وتكييفها.

- لا بد للمشرع الجزائري أن ينظر في المواد الخاصة بتصرفات المريض مرض الموت بعد أن يعطي تعريفا واضحا لمرض الموت والأمراض المخيفة على ضوء المستجدات العلمية الحديثة، ويقدم نصوصا واضحة خاصة في ظل مراجعة القوانين وتعديلها لتتضح الرؤية ويسهل حل التزاعات العالقة بهذا الموضوع، وأمام هذه الحالة وجب أن يؤدي القضاء دوره الكامل والمنوط به باعتبار أن القانون مهما نظم الأمور يبقى نسبيا وأن القاضي يتصدى باجتهاده للتحايل على أحكام الميراث.

- تصحيح التناقض في نص المادة 408 من القانون المدني بنصها العربي مع نصها الفرنسي في ترجمته بالنسبة لتحديد فترة اشتداد المرض.

وفي الأخير يمكن القول أنه يجب على المشرع الجزائري مراجعة مسألة حكم تصرفات مريض مرض الموت، سواء تعلق بالقانون المدني أو قانون الأسرة المنظم لتصرفات الهبة والوصية وكذا الوقف، بما يساير المستجدات العلمية والأمراض المستحدثة والتي لم تكن معروفة أثناء سن مثل هذه القوانين.

# قائمة المراجع والمصادر

القرآن الكريم

أولاً: المراجع العامة

أ- مراجع باللغة العربية

- 1- إدوار عيد، موسوعة أصول المحاكمة والإثبات والتنفيذ، ج16، الإثبات(اليمين والشهادة)، لبنان، 1991.
- 2- إسحاق إبراهيم منصور، نظرية القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، 1999.
- 3- إبراهيم نجار، أحمد زكي بدوي، ويوسف شلالة، القاموس القانوني الجديد، فرنسي عربي، مكتبة لبنان، بيروت، 2006.
- 4- ابن نجيم حاشية حمودي، الأشباه والنظائر، مطبعة الاستقامة، القاهرة، 1290هـ.
- 5- أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في الفقه الإمام الشافعي، ج02، ط01، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، لبنان، 1995.
- 6- أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير، المجلد 08، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994.
- 7- أبو الوليد محمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج02، دار ابن الحزم، مصر، 1989.
- 8- أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، ج01، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1416هـ-1996م.
- 9- أبو بكر جابر الجزائري، منهاج مسلم، ط04، مكتبة العلوم والحكم للنشر والتوزيع، مصر، 2007.
- 10- أبو عبد الله محمد الخرشبي، علي العدوي، الخرشبي علي مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية العدوي، ج08، ط02، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، مصر، 1317هـ.
- 11- أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج06، مكتبة الصفا للنشر والتوزيع، مصر، 2005.

- 12- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن الحزم الأندلسي، المحلى بالآثار، ج08، دار الكتب العلمية، بيروت، 1971.
- 13- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن الحزم الأندلسي، المحلى شرح المجلى، تحقيق أحمد محمد شاكر، ج01، دار الإحياء التراث العربي، بيروت، 1418هـ، 1998م،
- 14- ابن الحزم الأندلسي، المحلى بالآثار في شرح المجلى بالاختصار، ج09، دار ابن الحزم، لبنان، 2016.
- 15- أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج05، مكتبة القاهرة، القاهرة، 1388هـ-1968م
- 16- أبو محمد عبد الله بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه لإمام أحمد، ج2، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت، 1414هـ-1994م.
- 17- أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، ج09، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000.
- 18- أبو هرييد، عاطف محمد، أثر مرض الإيدز على الزوجية وما يتعلق به من أحكام، كلية الشريعة والقانون، غزة، فلسطين، 2006.
- 19- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري-الجامع الصحيح، ج05، ط01، حديث رقم 2586، تحقيق: زهير ناصر، دار طوق النجاة، القاهرة، 1422هـ.
- 20- أبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج02، دار الكتب العلمية، لبنان، 1998.
- 21- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، ط04، دار هومه، الجزائر.
- 22- أحمد بن غانم بن سالم ابن مهنا شهاب الدين النفراوي الأزهرى المالكي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ج02، دار الفكر، القاهرة، 1415هـ-1995م
- 23- أحمد إبراهيم بك، طرق الإثبات الشرعية، ط04، نادي القضاة، القاهرة، 2004.
- 24- أحمد أدريوش، أثر المرض في العقد البيع، ط01، المطبعة الأمنية، الرباط، 1996.
- 25- ابن العربي: محمد بن عبد الله أبو بكر، أحكام القرآن، راجعه وخرج أحاديثه: محمد عبد القادر عطا، ط03، ج01، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003.
- 26- أحمد بن محمد المقرئ، المصباح المنير، ج01، دار المؤيد، القاهرة، 2005.

- 27- أحمد بن محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت 1996.
- 28- أحمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج06، ط01، دار الكتب العلمية، لبنان، 2001.
- 29- أحمد سلامة قلوبوي وأحمد البرلسي عميرة، حاشيتنا قلوبوي وعميرة، ج03، دار الفكر، بيروت، 1995.
- 30- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، النظرية العامة للالتزام العقد والإرادة المنفردة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- 31- أحمد فراج حسين، أحكام الوصاية والأوقاف في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003.
- 32- أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة، الإسكندرية، 1987.
- 33- أحمد فراج حسين، محمد إمام، نظام الإرث والوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، ط02، منشورات حلي الحقوقية، مصر، 2002.
- 34- العبيدي علي الهادي، العقود المسماة، البيع والإيجار وقانون المالكين المستأجرين وفقاً لآخر تعديلات مع التطبيقات القضائية لمحكمة التمييز، دار الثقافة، ط01، عمان، 1430هـ-2009م.
- 35- الموسوعة العدلية التي تصدر عن مكتبة شركة التأمين الوطنية، العدد 84، بغداد، 2001.
- 36- أنور العمروسي، التعليق على القانون المدني المعدل، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1983.
- 37- أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ط01، 1426هـ-2008.
- 38- أحمد نصر الجندي، التعليق على القانون الولاية على المال، دار الكتب القانونية، مصر.
- 39- أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.
- 40- ابن الهمام، فتح القدير، ج09، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت، 1424هـ-2003م.
- 41- أحمد هندي، الوكالة بالخصومة، الدار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006.

- 42- البخاري محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن مغيرة البخاري، أبو عبد الله، صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، ج04، ط01، دار طوق النجاة، لبنان، 1422هـ.
- 43- الإمام مسلم بن الحجاج بن مسلم النيسابوري، صحيح مسلم، ط02، دار السلام للنشر والتوزيع، السعودية، 2000.
- 44- أشرف أحمد عبد الوهاب، إبراهيم سيد أحمد، عقد الهبة على ضوء آراء الفقهاء والتشريع وأحكام القضاء، ط01، دار العدالة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018.
- 45- الإمام الكبير علي بن عمر الدارقطني، كتاب الوصايا، سنن الدارقطني، ج03، دار ابن الحزم. بيروت، لبنان، 2004.
- 46- التوزري عثمان بن المكي، التوضيح الأحكام على تحفة الحكام، ج04، ط01، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1339هـ.
- 47- الجندي أحمد نصر، الأحوال الشخصية في القانون الإمارات العربية المتحدة، دار الكتب القانونية، المجلة الكبرى، مصر، 2008.
- 48- ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج02، دار الحديث، القاهرة، 1425هـ-2004م.
- 49- الحسين بلحساني، البيع والكرء وفقا للقواعد العامة والتشريعات الخاصة، مطبعة الجسور، وجدة، 2001.
- 50- الخطاب: أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه: الشيخ زكرياء عميرات، دار عالم الكتب، ج03، السعودية، 1423 هـ-2002م.
- 51- الحلالشة، عبد الرحمان جمعة، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، عقد البيع، دراسة متقابلة مع الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية، ط01، دار وائل للنشر، الأردن، 2005.
- 52- السرحان، عدنان إبراهيم، وخاطر، نوري محمد، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، دار الثقافة للتوزيع والنشر، عمان، 2010.
- 53- السرخسي شمس الدين، المبسوط، ج12، ط01، دار المعرفة، بيروت، 1989.
- 54- السيد خلف محمد، قضاة النقض في الملكية، ط01، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1989.

- 55- الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن عباس، الأم الشافعي، ج07، دار المعرفة، بيروت، 1410هـ-1990م
- 56- الشافعي عبد الرحمان السيد، عقد البيع، دراسة مقارنة، ط01، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2012.
- 57- الشيخ عبد العزيز الثميني، الروض البسام في رياض الأحكام، ط01، دار الصمعي للنشر والتوزيع، الرياض، 1411هـ.
- 58- الصدة عبد المنعم فرج، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، القاهرة 1984.
- 59- ابن فارس بن زكريا، معجم مقياس اللغة، دار الفكر، بيروت، د.س.ن.
- 60- الطبري، تفسير الطبري، ( جامع البيان في تأويل القرآن)، تحقيق أحمد محمد شاكر، ط01، مؤسسة الرسالة، 1420هـ-200م.
- 61- العطار عبد الناصر توفيق، مصادر الالتزام، مؤسسة البستاني للطباعة، القاهرة، 1990.
- 62- الفيروز آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، ج02، دار الجليل بيروت، د.س.ن.
- 63- القاسم هشام، المدخل إلى علم القانون، ط02، مطبعة الإسكان العسكرية، سوريا، 1987
- 64- القاضي أبي الوليد ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، مطبعة مصطفى باي الحنبلي، مصر، الصفة الثالثة، سنة 1960.
- 65- القاضي سالم روضان الموسوي، تصفية الوقف وحالات إنفائه، دراسة معززة بتطبيقات قضائية، ط02، منشورات حلي الحقوقية، لبنان، 2020.
- 66- الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، ط02، دار الكتب العلمية، 1982.
- 67- الموسوعة الفقهية، ج37، ط01، مطابع دار الصفوة، الكويت، د.س.ن.
- 68- أنوار سلطان، أحكام الإلتزام الموجز في النظرية العامة للإلتزام، دراسة مقارنة في القوانين المصري والإسلامي، دار النهضة العربية، 1980.
- 69- ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، 1399هـ-1979م.



- 70- أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، ط01، منشورات الجامعة، الأردن، 1987.
- 71- أنور محمود دبور، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، تاريخ الفقه الإسلامي - مصادر - نظرية العقد، دار الثقافة العربية، القاهرة، 1998.
- 72- أنور يوسف حسين، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، ط01، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2019.
- 73- ابن منظور، لسان العرب، المجلد09، دار الصادر، بيروت، 1993.
- 74- ابن العابدین، رد المحتار، ج04، ط02، دار الفكر، بيروت، 1992.
- 75- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني، الميراث والوصية، ط05، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
- 76- باديس ذيابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسات القضائية، دار الهدى، الجزائر، 2012.
- 77- بدر جاسم اليعقوب، عقد الهبة في القانون المدني الكويتي (دراسة مقارنة)، ط01، د.د.ط، الكويت، 1986.
- 78- بشار عدنان ملكاوي، معجم تعريف مصطلحات القانون الخاص، ط01، وائل للنشر، الأردن، 2008.
- 79- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، ج01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015.
- 80- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الميراث والوصية، ط03، ديوان المطبوعات الجامعية، 2004.
- 81- بن شويخ رشيد، دروس في النظرية العامة للالتزام، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012. بناسي شوقي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، ط01، دار الخلدونية، الجزائر، 2010.
- 82- بير فارس، حسين جبوري، الخلف العام وحمايته المدنية، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، 2013.
- 83- تقي الدين محمد بن أحمد الفتوح الحنبلي الشهير بإبن النجار، منتهى الإرادات، ج05، ط01، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1999.

- 84- جعفر بن الحسن محقق الحلي، المختصر النافع في فقه الإمامية، ج2، ط03، دار الأضواء، بيروت، 1985.
- 85- جلال محمد إبراهيم، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، مطبعة الإسرائ، الأردن، 2000.
- 86- جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، دار الفكر، بيروت، لبنان، 2008.
- 87- جمال مهدي محمد الأكنة، مسؤولية الأباء المدنية عن الأبناء القصر في الفقه الإسلامي والقانون والوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.
- 88- جمعة سمحان الهلباوي، الأهلية وعوارضها والولاية العام والخاص وأثرهما في التشريع الإسلامي، دار الهدى، الجزائر، 1993.
- 89- جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، ج01، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة، 1931.
- 90- حجازي، مديني عبد الله، التعبير عن الإرادة عن طريق الأنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2010.
- 91- حسين النوري، عوارض الأهلية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، ط01، مطبعة البيان العربي، مصر، 1953.
- 92- حسين خلف الجبوري، عوارض الأهلية عند الأصوليين، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، السعودية، 1988.
- 93- حسين عبد اللطيف حمدان، أحكام الشهر العقاري، دار الجامعة للطباعة والنشر، بيروت، 1991.
- 94- حسين، أحمد فراج، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999.
- 95- حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي، العقود المسماة، عقد البيع، بغداد.
- 96- حشية الدسوقي، الشرح الكبير للدردير مطبوع على حاشية الدسوقي، ط01، دار الكتاب العلمية، بيروت، لبنان، 1996.
- 97- حمدي باشا عمر: نقل الملكية العقارية " في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام " دار هومة، الجزائر، 2002.

- 98- حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا، ط08، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
- 99- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات "الهبة - الوصية - الوقف"، دار هومة، الجزائر، 2004.
- 100- حمدي باشا، دراسات قانونية مختلفة، ط06، دار هومة، الجزائر، 2013.
- 101- حمدي كمال، الولاية على المال، منشأة المعارف، مصر، 1987.
- 102- خالد بن علي بن محمد المشيخ، الجامع لأحكام الوقف والهبات والوصايا، ط01، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 1434هـ-2013م.
- 103- خالد عبد الله الشعيب، النظارة على الوقف، ط02، إدارة الدراسات والعلاقات الخارجية الأمانة العامة للأوقاف، الكويت، 2019.
- 104- خليفة خروبي، القانون المدني، العقود المسماة، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2013.
- 105- خليل أحمد حسن قداة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج01، ط04، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010.
- 106- خليل أحمد حسن قداة، الوجيز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء01، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة04، الجزائر، 2010.
- 107- خير الدين فنطازي، عقود التبرع الواردة على الملكية العقارية، الوقف، ج01، دار الزهران للنشر والتوزيع، الأردن، 2013.
- 108- دلاندة يوسف، الوجيز في شهادة الشهود وفق أحكام الشريعة الإسلامية وما إستقر عليه قضاء المحكمة العليا، دار هومه، الجزائر، 2005.
- 109- رمضان أبو السعود، العقود المسماة عقد الإيجار، الأحكام العامة، دار المطبوعات الجامعية، لبنان، 2001.
- 110- رمضان أبو سعود، الوجيز في الحقوق العينية التبعية والأصلية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1988.
- 111- رمضان أبو سعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، ج01، مصدر الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، بيروت، 1985.

- 112- رمضان أبو سعود، شرح العقود المسماة- في عقد البيع والمقايضة، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2003.
- 113- رمضان علي السيد الشرنباصي، الوجيز في أحكام الوصية والوقف، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.
- 114- رمضان محمد أبو سعود، أحكام القانون المدني العقود المسماة (بيع-مقايضة-إيجار-تأمين)، ط01، منشورات حلبي الثقافية، بيروت، 2010.
- 115- رمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي للأموال الوقفية في الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
- 116- رمول خالد، المحافظة العقارية كآلية للحفاظ العقاري في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، البلدة، 2001.
- 117- زكريا سرايش، الوجيز في الحقوق العينية والأصلية، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2017.
- 118- زكرياء الأنصاري، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، ج04، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1417هـ-1997م.
- 119- زكي الدين شعبان وأحمد الغندور، الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية مع مراعات ما يجري به العمل في المحاكم الكويت وما جاء في مشروع قانون الأحوال الكويتي، ط01، مكتبة الفلاح، الكويت، 1984.
- 120- زهدود محمد، الوصية في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991.
- 121- زهدي يكن، أحكام الوقف، ط01، منشورات المكتبة العصرية، دار النهضة العربية، لبنان.
- 122- زهدي يكن، الوقف في الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، لبنان، 1388هـ.
- 123- زوييدة إقروفة، الإبانة في الأحكام النيابية، الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015.
- 124- زييدات ياسر، شرح قانون البنات الفلسطيني في المواد المدنية والتجارية رقم (4)، ط1، جامعة القدس، 2010.

- 125- زروق عبد الرؤوف حموش محمد، حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون الجزائري، المراجع الالكترونية للمعلوماتية، 2019.
- 126- سامي العيادي، الولاية على المال، دار محمد علي للنشر، تونس، 2006.
- 127- سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، التلويح على التوضيح، ج3، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده، القاهرة، 1377هـ-1957م.
- 128- سعد سعيد عبد السلام، الوجيز في عقد البيع في القانون المدني المصري طبقاً لأحدث التعديلات، د.د.ن، د.ب.ن، د.س.ن.
- 129- سعيد مبارك وطه الملا حويش وصاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة (البيع -الإيجار- المقاوله)، دار السنهوري القانونية والعلوم السياسية، القاهرة، 2015.
- 130- سعيد أحمد، قضاء النقص المدني في العقود، ج01، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
- 131- سعيد بن حزم الاندلسي، المحلى بالآثار، ج8، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002.
- 132- سعيد بوزير، أحكام الميراث بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، دار الامل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- 133- سلامة عبد الفتاح حلبية، أحكام الوضع الظاهر في العقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
- 134- سلطان أنوار، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2015.
- 135- سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.س.ن.
- 136- سليمان المرادوي الحنبلي، الإنصاف في معرفة الراجح من خلاف مع المذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج7، ط02، دار الإحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
- 137- سليمان مرقس، العقود المسماة، ج01، ط04، عالم الكتب، القاهرة، 1980.
- 138- سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، منشأة المعارف، مصر، د.س.ن.
- 139- سميحة القيلوبي، النظرية العامة للشركات، ط07، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016.

- 140- شمس الدين محمد أحمد ( المشهور بالشافعي الصغير)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج06، ومعه حاشية أبي ضياء نور الدين علي بن علي الشبراملي القاهري، حاشية أحمد بن عبد الرازق بن محمد بن أحمد المعروف بالمغزي الرشيد، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، د.س.ن.
- 141- شاكر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني العراقي الجديد، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، ج01، مطبعة المعارف، بغداد، 1959.
- 142- شحاته عبد الغني الصباح، دروس في الفرائض، منشورات وزارة الشؤون الدين، الجزائر، 1993.
- 143- شفيق الجراح، عقد البيع، الطبعة التعاونية، دمشق، 1985.
- 144- شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج02، دار المعرفة للنشر والتوزيع، لبنان، 1989.
- 145- شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج05، دار الفكر، بيروت، 1404هـ-1984م.
- 146- شمس الدين محمد بن أحمد الشريبي الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج03، مطبعة مصطفى ألبابي الحلبي، القاهرة، 1377هـ-1958م،
- 147- شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري-الهبة، الوصية، الوقف، دار هومة، الجزائر، 2014.
- 148- شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في ابرام العقود، دراسة في ضوء القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية، ط01، دار الدجلة، عمان، الأردن، 2008.
- 149- صالح ججيك الورثلاي، الميراث في القانون الأسرة، ط02، د.د.ن، د.س.ن.
- 150- صالح حسين أبو زيد، الأمراض الحديثة وأثرها على إستمرار الحياة الزوجية في الفقه الإسلامي، ط01، دار الثقافة ، عمان، 1433هـ-2012م.
- 151- صبحي الحمصاني، المبادئ الشرعية والقانونية في الحجر والنفقات المواريث والوصية، ط08، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 1997.
- 152- صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، ط01، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008.

- 153- صلاح الدين محمد شوشاري، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني الأردني، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2001.
- 154- طارق عقيقي صادق أحمد، نظرية الحق، ط01، المركز القومي للإدارات القانونية، القاهرة، 2016.
- 155- طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد البيع، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الغربي والإسلامي، ج01، ط01، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.
- 156- عباس عبودي، شرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني، البيع و الإيجار ، دراسة مقارنة معززة بتطبيقات القضائية، ط01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
- 157- عبد الأعلى الموسوي السيزواري، مهذب الأحكام في بيان الحلال والحرام، ج22، مطبعة الأدب، النحف الاشرف، 1984.
- 158- عبد الحق الصافي، القانون المدني، ج01، تكوين العقد، ط01، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2006.
- 159- عبد الحكيم فودة، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، دار الكتاب الحديث، مصر، 1993.
- 160- عبد الحكيم فودة، النظام القانوني لحماية الورثة من الوصايا المستترة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2006.
- 161- عبد الحليم عبد اللطيف القوي، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الإسكندرية، 2004.
- 162- عبد الحميد الجياش، التعريف بالفقه الإسلامي و النظريات الفقهية، ط01، دار النهضة العربية، لبنان، 2009.
- 163- عبد الحميد الشواربي، أحكام التركات في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، القاهرة، 1990.
- 164- عبد الحميد الشواربي، موسوعة عقد البيع المشكلات العملية والدعاوي والدفع، شركة ناس للطباعة، سبتمبر 2019.
- 165- عبد الحميد القضاة، الأمراض الجنسية المعدية عقوبة إلهية، ط01، دار طيبة، بريطانيا، 1985.

- 166- عبد الحميد سعداوي، العقد العرفي، مجلة الموثق، العدد 08، الجزائر، 2002.
- 167- عبد الرحمان الحلاشة، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني، عقد البيع، دراسة متقابلة مع الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية، ط1، دار وائل للنشر، 2005.
- 168- عبد الرحمان بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي الحنبلي، القواعد، ط1، مطبعة صدق الخيرية، مصر، 1993.
- 169- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني(البيع والمقايضة)، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 2010.
- 170- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج04، البيع والمقايضة، ط03، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2000.
- 171- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد 01، البيع والمقايضة، دار التراث العربي، لبنان، د.س.ن.
- 172- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج05، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1968.
- 173- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء 02، منشورات حلبي الحقوقية، مصر، 2013.
- 174- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، ج03، طبعة منقحة 2004، منشئة المعارف، الإسكندرية 1997.
- 175- عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969.
- 176- عبد العزيز محمد الصغير، حقوق الدائنين في التركة في ضوء الشريعة الإسلامية وافقا للقانون السعودي، ط01، المركز القومي، 2016.
- 177- عبد العزيز محمودي، اليات تطهير وتسوية سندات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، ط02، منشورات بغداددي، الجزائر، 2010.
- 178- عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي، اللباب في شرح الكتاب، ج02، المكتبة العلمية، بيروت، 2010.



- 179- عبد الفتاح تقية، الوجيز في المواريث والتركات، ط03، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 180- عبد الكريم شهبون، شرح مدونة الأسرة المغربية، ج02، ط02، دار نشر المعرفة للنشر والتوزيع، الرباط، 1987.
- 181- عبد الكريم شهبون، عقود التبرع في الفقه المالكي، ط02، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2011.
- 182- عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني على مختصر الخرقى، دار الفكر، بيروت، 1405هـ.
- 183- عبد الله بن عبد العزيز العجلان، الأهلية ونظرية الحق في الشريعة الإسلامية، مؤسسة ممتاز للطباعة، الرياض، 1996.
- 184- عبد الله محمد رابعة، الوصاية في الفقه الإسلامي ( دراسة فقهية قانونية مقارنة)، ط01، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008.
- 185- عبد الله محمد عليش، منح الجليل على مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، 1989.
- 186- عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، ط03، شركة ومطبعة البابلي الحلبي وأولاده، القاهرة، 1997.
- 187- عبد الناصر توفيق العطار، إثبات الملكية بالحيازة والوصية، القاهرة، د.ت.ن.
- 188- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية وفق مذهب أبي حنيفة، دار القلم، الكويت، 1990.
- 189- عز الدين الدناصور، عبد الحميد الشواربي، الصورية في ضوء الفقه والقضاء، ط07، دار الكتاب والدراسات العربية، القاهرة، ماي 2019.
- 190- عز عبد العزيز، أحكام التركات وقواعد الفرائض والمواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط01، دار هومة، الجزائر، 2009.
- 191- عزيز سليمان، شيزراد، حسن النية في إبرام العقود، دراسة في ضوء القوانين والإتفاقيات الدولية، ط01، دار الدجلة، الأردن، 2008.
- 192- عزيز كاظم جبر الخفاجي، أحكام عقد البيع مقارنة بالفقه الإسلامي، الكتاب الأول، ط01، مكتبة زين الحقوقية، بيروت، 2013.

- 193- عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مع الفقه القانوني والقوانين المعاصرة، ط 01، دار الكتب العلمية، لبنان، 2009.
- 194- عطاء الله فشار، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، ط 01، دار الخلدونية، الجزائر، 2006.
- 195- علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري، كشف الأسرار عن أصول البز دوري، ج 04، دار الكتاب العربي، بيروت، 1394هـ، 1974م.
- 196- علام ساجي، الميراث بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، ط 01، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الإستراتيجية والسياسية والإقتصادية، ألمانيا، برلين، 2021.
- 197- علي الخفيف، حكام الوصية، بحوث مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2010.
- 198- علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، ط 01، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996.
- 199- علي فيلاي، الإلتزامات، العمل المستحق للتعويض، ج 02، دار موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.
- 200- علي فيلاي، نظرية الحق، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
- 201- علي فيلاي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، ط 03، موفم للنشر، الجزائر، 2013.
- 202- علي بن عبد الرحمان بن علي الربيع، أحكام الوصايا في الفقه الإسلامي " دراسة مقارنة، ط 01، دار اللواء للنشر والتوزيع، الرياض، 1987.
- 203- علي بن غانم، الوجيز في القانون التجاري وقانون الأهمال، موفم للنشر، الجزائر، 2005.
- 204- علي كحلون، النظرية العامة للإلتزامات، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015.
- 205- علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح قانون المدني (الحقوق العينية الاصلية)، منشأة المعارف، مصر، 2005.
- 206- عليش محمد، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، ج 06، ط 01، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1404هـ-1984م.
- 207- عمار بوضياف، النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القانون الجزائري، ط 01، دار الخلدونية، الجزائر، 2010.

- 208- عمران، محمد السيد، الأسس العامة في القانون، مدخل إلى القانون، نظرية الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002.
- 209- عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ط02، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، 1998.
- 210- عمار عوابدي، القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995.
- 211- عياض بن نامي عوض السلمى، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، ط01، دار التذمرية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1426هـ-2005.
- 212- فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، 2009.
- 213- فتحي حسن مصطفى، الملكية بالميراث في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف الإسكندرية، د.س.ن.
- 214- فريدة محمدي زواوي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون، الجزائر، 2002.
- 215- كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بان همام الحنفي، فتح القدير على الهداية، ج05، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، مصر، 1316هـ.
- 216- كمال حمدي، الأحكام الموضوعية في الولاية على المال، منشأة المعارف، مصر، د.س.
- 217- لإمام الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط01، دار الفكر، 1996.
- 218- لحسن بن شيخ أث ملويا، قانون الأسرة، نصا وشرحا، دراسة تفسيرية، المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، دار النشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر.
- 219- لخرشي محمد بن عبد الله، من شرح المحقق الجهد الفاضل المدقق سيدي أبي عبد الله الخرششي على مختصر الجليل، ج05، ط02، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1317هـ.
- 220- للحافظ ابن حجر العسقلاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، ج03، ط01، مكتبة المعارف، الرياض، 1427هـ-2006م.
- 221- لوحات منجد الطالب، ط27، د.د.ن، لبنان، 1973.
- 222- ليلي حسن محمد الزوبعي، أحكام العدة في الشريعة الإسلامية، ط02، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، عمان، 2007.
- 223- ماجدة مصطفى شبانة، النيابة القانونية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2004.

- 224- مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج04، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994.
- 225- مبروك بوخزنة، المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في التشريع الجزائري، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2010.
- 226- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977.
- 227- محمد الأمين الضير، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، ط02، مجموعة دله البركة، جدة، المملكة العربية السعودية، 1995.
- 228- محمد الراوي، موسوعة جسم الإنسان، ط01، دار أسامة للنشر والتوزيع، عمان، 2000.
- 229- محمد الصبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة في القوانين العربية، ط04، دار هومة، الجزائر، 2006-2007.
- 230- محمد الصبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، دراسة مقارن في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، 2012.
- 231- محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار على الدار المختار (حاشية ابن عابدين)، ج05، ط02، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1992.
- 232- محمد أمين عمر، (الشهير ابن عابدين)، رد المختار على الدار المختار شرح التنوير الأبصار، دراسة وتحقيق وتعليق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، قرظه محمد بكر إسماعيل، ج05، عالم الكتب، القاهرة، 1423هـ-2003م.
- 233- محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، ج01، ط01، بيت الأفكار الدولية، السعودية، 2009.
- 234- محمد بن أحمد بن جزى الغرناطي، القوانين الفقهية، المكتبة العصرية، بيروت، 2002.
- 235- محمد بن أحمد بن جزى الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية، ج01، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، القاهرة، 2009.
- 236- محمد بن أحمد بن محمد عليش، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب إمام مالك، ج02، دار المعرفة، ب.ت.ن.
- 237- محمد بن أحمد تقيه، دراسة عن الهبة في قانون الاسرة الجزائري، مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003.

- 238- محمد بن أحمد ميارة الفاسي، الإلتقان والإحكام في شرح مباررة لتحفة الحكام ج2، دار المعرفة، لبنان 1995.
- 239- محمد بن النعمان العكبري البغدادي، المقنعة، عقائد الشيعة الإمامية، مؤسسة النشر الإسلامي، 1410هـ.
- 240- محمد بن صالح ابن عثيمين، كتاب شرح الممتع على زاد المستقنع، ج11، ط01، دار ابن الجوزي، السعودية، 2002.
- 241- محمد بن صالح عثيمين، تسهيل الفرائض، ط01، دار الطيبة، الرباط، 1983.
- 242- محمد بن عبد الرحمن العثماني الشافعي، رحمة الأمة في إختلاف الأئمة، ط01، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1994.
- 243- محمد بن عبد الله الخرشبي المالكي أبو عبد الله، شرح مختصر خليل للخرشي، ج04، ط02، المطبعة الأميرية الكبرى، القاهرة، 1317هـ.
- 244- محمد بن عيسى الترمذي، جامع الكبير، المجلد 03، ط01، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1996.
- 245- محمد بن محمد الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج04، دار الفكر، بيروت.
- 246- محمد بن نصر المرزوي أبو عبد الله، إختلاف الفقهاء، المكتبة الوقفية، 2000.
- 247- محمد تقية، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام، شركة دار الأمة، الجزائر، 1995.
- 248- محمد جواد مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة، الطبعة الأخيرة، دار الجواد، دار تيار، لبنان، 2000.
- 249- محمد حسن قاسم، القانون المدني العقود المسماة (البيع-تأمين-إيجار)، دراسة مقارنة، ط02، منشورات حليبي الحقوقية، بيروت، 2013.
- 250- محمد حسن منصور، نظرية الحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.
- 251- محمد حسنين، الوجيز في عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط02، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1986.
- 252- محمد حسين منصور، الحقوق العينة الاصلية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006.
- 253- محمد حسين منصور، نظرية الحق، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، 2009.

- 254- محمد رايس، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، دار هومة ، الجزائر، 2012.
- 255- محمد زهدود، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991.
- 256- محمد زيد الأياني، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، مكتبة النهضة، بيروت، 1314هـ.
- 257- محمد زيد الأياني، شرح الأحكام الشرعية، ج02، ط01، منشورات الحلبي الحقوقية، مصر، 2006.
- 258- محمد زيد الأياني، مباحث الوقف، ط02، مطبعة علي سكر أحمد، مصر، 1330هـ-1912م.
- 259- محمد سعيد جعفرور، التصرفات الدائرة بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2002.
- 260- محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2002.
- 261- محمد سعيد محمد الرملاوي، قضايا الحجر الشرعي والكيدي في الفقہ الإسلامي، دار الجامعة الجديد، 2010.
- 262- محمد سماره، أحكام التركات والمواريث في الأموال والأراضي، ط01، الدار العلمية الدولية، الأردن، عمان، 2002.
- 263- محمد صبري الجندي، النيابة في التصرفات القانونية، دراسة في التشريعات والفقہ الإسلامي من منظور موازنة، ط01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012.
- 264- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني- عقد البيع والمقايضة-دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، 2012.
- 265- محمد عبد الرحيم الكشكي، التركة وما يتعلق بها من حقوق، دار النذير، بغداد-العراق، 1968.
- 266- محمد عبيد الكبيسي، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية ن ج01، بغداد، 1977.

- 267- محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، المجلد 06، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 1991.
- 268- محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، حق الملكية، مجلد12، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 2020.
- 269- محمد علي عمران، شرح أحكام عقد البيع في القانون المدني الليبي، دراسة مقارنة، المكتبة الوطنية، بنغازي.
- 270- محمد علي فرкос، ذوو الأرحام في أحكام الموارث، ط04، مطبعة النخلة، الجزائر، 2017.
- 271- محمد فريدة، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 1998.
- 272- محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، أسباب كسب الملكية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.
- 273- محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني، العقود المسماة: عقد البيع والمقايضة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003.
- 274- محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، الالتزامات، الجزء01، المطبعة العالمية، القاهرة
- 275- محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، ج06، المطبعة العالمية، القاهرة، 1950.
- 276- محمد كمال الدين إمام، الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية وتشريعية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.
- 277- محمد كمال الدين إمام، الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002.
- 278- محمد كنانة، الوقف العام في التشريع الجزائري، دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والقرارات القضائية، دار الهدى، الجزائر، 2006.
- 279- محمد محدة، التركات والموارث: دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية، الدار الجزائرية للطباعة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.

- 280- محمد محمد المفتي، أوران وجراحة الثدي، ط01، الدار الجماهيرية، ليبيا، 1428هـ
- 281- محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة العلمية، لبنان، 2007.
- 282- محمد محيي مطر، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية، بيروت، 1987.
- 283- محمد مصطفى الشلي، المدخل في الفقه الإسلامي، مطبعة دار التأليف، القاهرة، 1962.
- 284- محمد مصطفى شلي، أحكام الوصايا والأوقاف، ط04، الدار الجامعية، لبنان، 1984.
- 285- محمد ناصر الدين الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها، ج02، مكتبة المعارف، الرياض.
- 286- محمد نعيم ياسين، حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، ط01، دار النفائس، عمان، 2015.
- 287- محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوق على الشرح الكبير، ج03، دار أحياء الكتب العربية، مصر، د.س.ن.
- 288- محمد كمال حمدي، الولاية على المال، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987.
- 289- محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني، ط01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006.
- 290- محمدي فريدة زواوي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق)، الطبعة 08، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2002.
- 291- محمود أحمد تقية، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003.
- 292- محمود بن إسرائيل الشهير بابن قاضي سماوة الحني، جامع الفصليين وبهامشه حواشي خير الدين الرملي، ج02، ط1، المطبعة الأميرية ببولاق، مصر، 1300هـ.
- 293- محمود جواد مغنية، فقه الإمام جعفر، ج06، ط01، دار التيار الجديد للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 2008.
- 294- محمود عبد العزيز، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، البلدة، 2006.



- 295- محمود عبد العزيز، فقه الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2011.
- 296- مدونة أحكام الوقف الفقهية، ط03، الأمانة العامة للأوقاف، الكويت، 1439هـ-2017م.
- 297- مدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية، دار هومة، الجزائر، طبعة 2002.
- 298- مرعي بن يوسف بن الكرمي، غاية المنتهى في جمع الإقناع والمنتهى، ج02، ط01، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الكويت، 2007.
- 299- مسعود الهلالي، أحكام التركات والموارث في قانون الأسرة الجزائري دراسة نظرية تطبيقية، ط01، جسور للنشر والتوزيع، المحمدية، الجزائر، 1429هـ-2008م.
- 300- مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الإسلامي المقارن والقانون، ج13، ط1، دار النشر احسان للنشر والتوزيع، إيران، طهران، 2004.
- 301- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام (الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد)، ج02، ط06، دار الفكر، القاهرة، 1992م.
- 302- مصطفى أحمد الزرقا، شرح القانون المدني السوري، العقود المسماة، عقد البيع والمقايضة، ط06، مطابع فتى العرب، دمشق، 1965.
- 303- مصطفى أحمد الزرقا، فتاوى، ط01، دار القلم، دمشق، 1420هـ/1999م.
- 304- مصطفى الرافعي، الاحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقوانين اللبنانية، ط01، دار الكتاب اللبناني، لبنان، 1983.
- 305- مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، أحكام الأهلية والوصية، ج02، ط05، مطابع دار الفكر، دمشق، 1963.
- 306- مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط09، ج03، دار النيرين، سوريا، 2001.
- 307- مصطفى شليبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، دار النهضة العربية، بيروت، 1985.
- 308- منصور بن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج04، عالم الكتب، بيروت، لبنان، 1046هـ.

- 309- منصور بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشف القناع، ج 04، دار الكتب العلمية، بيروت، 2009.
- 310- منصور كافي، الموارث في الشريعة والقانون، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
- 311- موسى أبو ملوح، شرح القانون المدني، شرح مصادر الإلتزام، دراسة مقارنة، 1995.
- 312- موسى أبو ملوح، شرح قانون المدني رقم 04 لسنة 2012 النافذ في قطاع غزة، 2004.
- 313- موفق الدين بن قدامة، المغني، ج 06، مطبعة الإمام، مصر، د.س.ن.
- 314- ميدي أحمد، الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، ط02، دار هومة، الجزائر، 2014.
- 315- نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2001.
- 316- نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ب.د.س.
- 317- نبيل صقر، قانون الاسرة نصا وفقا وتطبيقا، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
- 318- نبيل صقر، قمرأوي عزدين، قانون الأسرة نصا وتطبيقا، دار الهدى، الجزائر، 2008.
- 319- نذير بن عمّو، قانون مدني، العقود الخاصة، البيع والمعاوضة، ط01، المؤسسة الجامعية للدراسات "المجد" بيروت، 2008.
- 320- نعيمة حاجي، المسح العام وتأسيس السجل العقاري في الجزائر، دار الهدى، الجزائر، 2002.
- 321- هادي محمد عبد الله، أحكام المفقود، ط01، دار الدجلة، الأردن 2010.
- 322- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط12، دار الفكر، سوريا، 1985.
- 323- يحيى بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، ط02، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1988.
- 324- يحيى بن شرف النوري، روضة الطالبين، ج05، دار عالم الكتب، لبنان، 2003.

- 325- يوسف آصاف، مرأة المحلة وهي شرح مجلة القوانين الشرعية والأحكام العدلية، ج01، ط01، المطبعة العمومية، القاهرة، 1894.
- 326- يحيى بن شرف النووي محي الدين أبو زكريا، روضة الطالبين، المجلد04، ط03، المكتب الإسلامي، سوريا، 1991.
- ثانيا- المراجع المتخصصة:
- 1- أحمد إبراهيم، الهبة والوصية وتصرفات المريض مرض الموت، مطبعة العلوم، القاهرة، 1993.
- 2- حبيب إدريس عيسى المزوري، تصرفات المريض مرض الموت، دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة 01، القاهرة، 2020.
- 3- حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، مرض الموت وأثره على عقد البيع، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2011.
- 4- حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، مرض الموت وأثره على عقد البيع، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، ط01، دار الفكر الجامعي، 2008.
- 5- عبد السلام فيغو، التصرفات الصادرة من المريض مرض الموت، دراسة فقهية قانونية مقارنة، ط02، دار المعارف المغربية للنشر والتوزيع، الرباط، 2010.
- 6- عزت كامل، الوجيز في تصرفات المريض مرض الموت، دراسة فقهية قضائية معلقة عليها بآراء الفقهاء وأحدث أحكام محكمة النقض، دار الفكر القانوني، القاهرة، 2010.
- 7- محمد كامل مرسي، الوصية وتصرفات المريض في القانون المصري والقوانين الأجنبية، المطبعة العالمية، القاهرة، 1950.
- 8- محمد كامل مرسي، الوصية وتصرفات المريض مرض الموت، المطبعة العالمية، القاهرة، 1950.
- 9- محمد كامل مرسي، الوصية وتصرفات مريض مرض الموت، كلية الحقوق، القاهرة، 1986.
- 10- نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، دار الهدى، الجزائر، 2008.

ب-مراجع باللغة الفرنسية

- 1- Ahmed ISSA La responsabilité médicale en droit public ,Alfa éditions , Beyrouth , 2014.

- 2- DoucRasy ,Les frontières de la faute personnelle et de la faute de service en droit administratif, français, LG.D.J ;Paris  
 3- Michel de Juglart et Alain Piedelieure, Cours de droit, Tome2 ;6éme, Editions, Montchrestien, 1993.

### ثالثا: الأطروحات والمذكرات

#### أ- أطروحات الدكتوراه

- 1- أسعد فاطمة، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015.
- 2- براهيم صالح، الإثبات بشهادة الشهود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة في المواد المدنية والجنائية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.
- 3- حاج مخناش سهيلة، التصرفات التبرعية في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 28-10-2020.
- 4- حسام توكل موسى، أحكام الأهلية في القانون المصري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2016.
- 5- خالد سماحي، النظرية العامة لعقود التبرعات، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012-2013.
- 6- خلادي عبد الرحمان، عقد هبة العقار، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، 2019-2020.
- 7- رمضان قنفود، المنازعات المتعلقة بالمال الوقفي في إطار القانون الموضوعي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014-2015.
- 8- زهدور إنجي هند، حماية التصرفات القانونية وإثباتها في ظل نظام الشهر العقاري، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران2-محمد بن أحمد، 2015-2016.
- 9- سالمي موسى، الطبيعة القانونية لشخصية الوقف في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1، 2015/2016.
- 10- عبد المنعم خليل إبراهيم الهيبي، أحكام المريض في فقه العبادات وقضايا الأسرة، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة بغداد، 1996.

- 11- عبد المنعم خليل إبراهيم الهبتي، أحكام المريض في فقه العبادات وقضايا الأسرة، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بغداد، 1995.
- 12- لوئي يوسف، الحماية الإجرائية للدائن المتعاقد في التنفيذ العيني، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018-2019.
- 13- محمد توفيق قديري، النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2017-2018.
- 14- محمد عبد العزيز النمي، الولاية على المال، أطروحة دكتوراه، الرياض، بدون دار النشر، 1432هـ.

### ب- مذكرات الماجستير

- 1- أكرم عوض شحاة الشوكي، حقيقة الوقف وأثر خلافات المذاهب الأربعة فيه، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، فلسطين، 2013/02/14.
- 2- أمير سليمي أقدم، حماية نظام الوقف، مذكرة ماجستير، كلية الشريعة، جامعة دمشق، 2008.
- 3- أندرو ميشيل يوسف حفيري، التصرفات القانونية الصادرة في مرض الموت وفق مجلة الأحكام العدلية (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير، عمادة الدراسات العليا، القدس، فلسطين، 2018م-1439هـ.
- 4- بركات حسينة، مجمع الشركات في القانون التجاري الجزائري والمقارن، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منثوري، قسنطينة، الجزائر، 2010.
- 5- بعبع إلهام، حماية الملكية العقارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2007.
- 6- بن مشرنن خير الدين، إدارة الوقف في القانون الجزائري، مذكرة الماجستير في قانون الإدارة المحلية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2011-2012.
- 7- بن نوي دلال، تنفيذ الوصية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2012-2013.

- 8- جليلي ابتسام، تصرفات المريض في مرض الموت، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2017-2018.
- 9- جميلة موسوس، الولاية على المال القاصر في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2006.
- 10- جنان عيسى، حسن النية في التعاقد- دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016-2017.
- 11- حداد، رومان منير زيدان، حسن النية في تكوين العقد، مذكرة ماجستير، المفرق، جامعة آل البيت، 2000.
- 12- حسان مجلي فارس المجالي، حماية الغير حسن النية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة آل البيت، 2003.
- 13- دليلة سلامي، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق ، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2007-2008.
- 14- رشاد السيد إبراهيم عامر، تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري مقارنة بالشريعة الإسلامية و القوانين الأخرى، رجالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1987.
- 15- روزان طالب السويطي، مبدأ حسن النية في إبرام العقد وفق أحكام مشروع القانون المدني الفلسطيني بالمقارنة مع مجلة الأحكام العدلية، مذكرة ماجستير، عمادة الدراسات العليا، جامعة القدس.
- 16- زروق عبد الرؤوف، حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء ، دفعة14، وزارة العدل، 2005-2006.
- 17- زنتو العربي، حماية الورثة من الوصايا المستترة في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر01، 2014-2015.
- 18- زواوي محمد، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1987.

- 19- سارة خضر ارشيدات، البيع في مرض الموت، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2014.
- 20- سارة محمد زايد، تصرفات المريض مرض الموت، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشارقة، 2020/2019.
- 21- سمير توفيق صابر الجليس، مرض الموت وأثره على عقد البيع دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني والقانون المدني المطبق على قطاع غزة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، 2017.
- 22- شيخ نسيمة، الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2010-2011.
- 23- شيكر ريمة، الحجر في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2013/2014.
- 24- صالح كردالي، الإبراء في الالتزام في قانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 1985.
- 25- عبد العزيز مقفولجي، الرشداً عديمي الأهلية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، ب جامعة بن عكنون، الجزائر، 2003.
- 26- العربي زنتو، حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014-2015.
- 27- علي بن عدلان بن غازي الشمراي، أحكام الأهلية التجارية، دراسة مقارنة، ط01، مذكرة ماجستير، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، 1427هـ/2006م.
- 28- عيداني بدر الدين، الضريبة ودورها التمويلي للخرينة العمومية، مذكرة شهادة الدراسات الجامعة التطبيقية، دفعة 2005/2006.
- 29- عين السبع فايزة، الرجوع في التصرفات التبرعية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015.

- 30- غربي صورية، حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015/2014.
- 31- فريدة هلال، الهبة في ضوء القانون والقضاء الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012.
- 32- قنفوذ رمضان، نظام الوقف في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، سعد دحلب، البليدة، الجزائر، 2011.
- 33- محمد بوعمرة، أموال القصر في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الجزائر، 2009-2010.
- 34- محمد علي محمود يحيى، أحكام الوصية في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2010.
- 35- نايف محمد العجمي، الرجوع وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، كلية دار العلوم، قسم الشريعة الإسلامية، جامعة القاهرة، 2001.
- 36- نورة أو رحمون، إثبات الملكية العقارية الخاصة بالتشريع والقضاء الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.
- 37- الهادي معيفي، سلطة الولي على أموال القصر في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 01، 2014/2013.

#### رابعاً: المقالات

- 1- أحمد برادي، رقابي عبد المالك، السند العرفي وأثره على إثبات الوقف في التشريع الجزائري، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، بجامعة الجليلي بونعامة، خميس مليانة، المجلد 03، العدد 03، سبتمبر، 2020.
- 2- أحمد بورزق، خديجة بورزق، مبدأ سلطان الإرادة في العقود، مجلة أبحاث، المجلد 04، العدد 02، ديسمبر 2019.
- 3- أحمد حسن محمد، منظمة الصحة العالمية ودورها في مكافحة فيروس كورونا المستجد، مجلة الندوة للدراسات القانونية، قارة وليد، قسنطينة، الجزائر، ع09، عدد خاص، (فيروس كورونا- كوفيد19)، 2020.



- 4- أحمد عيسى، الإجتهد القضائي في مجال الولاية على المال القاصر، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، ع1، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، بليدة، 2009.
- 5- آمال أحمد ناجي، البيع في مرض الموت، مجلة الجامعة العراقية، مركز البحوث والدراسات الإسلامية، المجلد 24، العدد1، 2010.
- 6- أنور محمود دبور، أثر مرض الموت في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي-بحث مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية، المجلد 03، الإمارات، 1989.
- 7- أوباجي محمد، ضمان العام ووسائل حمايته، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الرابع عشر، جامعة البليدة02، الجزائر، 2020.
- 8- إياد محمد جاد الحق، هبة المريض مرض الموت في مجلة الأحكام العدلية، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة جامعة الإسلامية، سلسلة الدراسات الإسلامية، المجلد 19، ع02، يونيو 2011.
- 9- إيمان معمري، مدى تأثير أهلية المريض مرض الموت على عقود التبرعات، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 11، ع 01، أفريل 2020.
- 10- البديرات محمد أحمد، مدى إعتبار الإيدز مرض الموت وتأثيره في تصرفات المريض في القانون الأردني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية، ع 01، م22، 2006.
- 11- بلجراف سامية، الرقابة على ولاية المال بين الفقه الإسلامي والقوانين المقارنة، مجلة دراسات وابحاث، المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، مجلد 11، ع2، جوان 2019.
- 12- بن غريب رابح، أحكام الغبن في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، جامعة مولاي طاهر، سعيدة، المجلد 06، ع01، جوان 2021.
- 13- بن غريب رابح، أحكام تصرفات مريض مرض الموت في القانون المدني مقارنة بالفقه الإسلامي، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد01، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010.
- 14- بن ناصر نذير، إجازة الورثة لتصرفات مورثهم (دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والفقه الإسلامي)، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحيى فارس، المجلد 03، ع01، المدينة، 2021.

- 15- بوحلاسة عمر، الوقف في القانون الجزائري، مجلة الموثق، ع09، 2000.
- 16- بوحلاسة عمر، مذكرة حول التوثيق، مجلة الموثق، العدد05، ديسمبر1998.
- 17- بوزيان بوشنتوف، الحجر على فاقد الأهلية في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد04، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة طاهر مولاي، سعيدة، جوان2015.
- 18- بيبية بن حافظ، الولاية الأصلية على مال القاصر، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة01، المجلد31، ع01، جوان2020.
- 19- جمال الدين طه العاقل، الرجوع في الهبة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري وقانون المعاملات المدنية الإماراتي، مجلة الأمن والقانون، ع01، 06 يناير1998.
- 20- حاج مخناش سهيلة، إشكالات التبرع في مرض الموت، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو، المجلد13، العدد02.
- 21- حبيب إدريس عيسى، عباس زبون العبودي، إثبات تصرفات المريض مرض الموت، دراسة مقارنة، مجلة الرافيدين، م16، ع59، 2018.
- 22- حمادي عبد النور، مرض كوفيد19، مقارنة قانونية مع النظام القانوني لتصرفات المريض مرض الموت، المجلة الجزائرية للقانون المقارن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، المجلد03، ع05، جوان2020.
- 23- حمر العين عبد القادر، تصرفات القاصر المميز في إطار قواعد المسؤولية المدنية، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، ع01، المجلد05، 2020.
- 24- خمارة نزيهة، لشهب حورية، تحول تصرفات المريض مرض الموت إلى وصية، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد20، العدد02، 2020.
- 25- خمارة نزيهة، لشب حورية، تحول تصرفات المريض مرض الموت إلى وصية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، المجلد20، ع02، 2020/12/31.

- 26- رباحي أحمد، حكم التصرفات القانونية لناقص الأهلية، دراسة مقارنة في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقہ الإسلامي، مجلة البحوث القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة طاهر مولاي، العدد 05، سعيدة، الجزائر، ديسمبر، 2015.
- 27- رشيد بوبكر، الرجوع في الهبة بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، جامعة الأغواط، عدد 06، جانفي 2006.
- 28- رهام أحمد ناصر، عماد الزيادات، مبدأ حماية الغير في عقود المعاملات المالية، دراسة فقهية قانونية، المجلة الأردنية للدراسات الإسلامية، ع 02، المجلد 17، 2021.
- 29- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 25، ط 01، مطابع دار الصفاة، مصر، 1992.
- 30- زاوي فريدة، مدى تعارض انتقال التركة المدينة إلى الورثة مع قاعدة "لا تركة إلا بعد سداد الديون"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية"، العدد 02، الجزائر، 1995.
- 31- زاوي فريدة، نظرات في قانون الأوقاف، ج 01، م ج ع ق إ س، العدد الأول، 2009.
- 32- سارة عكاشة، الحجر على المريض مرض الموت، مجلة العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة المدينة العالمية، شاه العلم، ماليزيا.
- 33- سامي موسى، بن قسمية العربي، لزوم الوقف المعلق بين قرارات المحكمة العليا وقانون الأوقاف، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة عمار ثلجي، الأغواط، المجلد 05، العدد 02، 2020.
- 34- سعد بن سعيد الذيابي، مبدأ حسن النية في النظام السعودي والأنظمة المقارنة، مجلة الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، العدد 23، فبراير 2014.
- 35- سعيد سيف السبوسي، النظام العام والأداب العامة وأثرهما على تنفيذ أحكام التحكيم وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم 11 لسنة 1992 وتعديلاته، دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، المجلد 04، ع 02، جوان 2019.

- 36- سمية بن الشيخ الفقون، محمد الصالح بن شعبان، الإشكالات التي تثيرها الوصية في العلاقات الدولية الخاصة دراسة مقارنة، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة1، المجلد31، عدد2، جوان 2020.
- 37- شبورو نورية، تنازع القوانين في مسائل الميراث، الوصية، وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، مجلة صوت القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، مجلد الخامس، العدد02، أكتوبر2018.
- 38- شيخ سناء، الضوابط القانونية لإدارة أموال القاصر والتصرف فيها، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 56، العدد01، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2014.
- 39- شيخ سناء، شكل الوصية في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مجلة الدراسات الإسلامية، العدد02، جوان 2013.
- 40- عبد الرحمان محمود الصابوني، الوصية للوارث في الشريعة الإسلامية والقانون، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ع04، 1990.
- 41- عبد الرؤوف دبابش، حملاوي دغيش، مبدأ سلطان الإرادة في العقود بين الشريعة والقانون، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد44، جوان 2016.
- 42- عبد السلام أحمد فيغو، التصرفات الصادرة من المريض مرض الموت، منشورات مجلة الحقوق، سلسلة المعارف القانونية والقضائية، القاهرة، 2017.
- 43- عطاب يونس، تدابير الوقائية لحماية الصحة العمومية من وباء كوفيد 19، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، المجلد 05، ع02، جوان 2020.
- 44- علي عمارة، كاملي مراد، الرجوع في الهبة بين النص والاجتهاد في التشريع الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، مجلة محمد خيضر بسكرة، المجلد12، العدد02، أكتوبر2020.
- 45- علي هادي العبيدي، تقييم حكم التصرف فيما يتعلق به حق الغير في القانونين الأردني والإماراتي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد30، سبتمبر2006.
- 46- عمارة صليحة، نظام الشهر العقاري الجزائري، مجلة القانون والعلوم السياسية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالحى أحمد، النعامة، ع04، جوان 2016، شعبان 1437هـ.

- 47- عمر زودة ، دور النيابة في ضل أحكام المادة 03 مكرر من قانون الأسرة( الامر 05-02)، المجلة القضائية، العدد02، 2005.
- 48- عيسى خليل خير الله، تصرفات الصحيح التي هي حكم تصرفات المريض مرض الموت، دراسة مقارنة، مجلة العلوم الإسلامية، م 21، 1440هـ-2019م.
- 49- غني حسونة طه، القانون المدني الكويتي بين نظرية الفقه الإسلامي في توقف العقود ونظرية الفقه الغربي في البطلان النسبي، مجلة الحقوق والشريعة، السنة 02، ع02، الكويت، يونيو 1978.
- 50- فادية أحمد حسن الطائي، الأهلية التجارية للشخص الطبيعي في القانون التجارة العراقي- دراسة مقارنة، مجلة منصور، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جهاز الإشراف والتقويم العلمي، العراق، ع19، 2013.
- 51- فطيمة نساخ، أثر مرض الموت على عقد البيع، المجلة الجزائرية للعلوم القانون، السياسية والإقتصادية، المجلد 57، العدد 01، السنة 2020.
- 52- قرناش العالية، أثر الغبن في البيع بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة، مجلة الحكمة للدراسات الإسلامية، مركز الحكمة، المجلد 05، ع 02، 2018.
- 53- كاملة فرحات، مظاهر الوقف العلمي في الحضارة الإسلامية، مجلة المعارف للبحوث والدراسات التاريخية، ع11.
- 54- كرام محمد الأخضر، بطلان الوقف وانتهائه بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، الجزائر، لمجلد05، العدد01.
- 55- كمال صمامة، تصرفات المريض مرض الموت في الوصية بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد10، العدد01، جامعة الشهيد حمدة لخضر، الوادي، الجزائر، أبريل 2019.
- 56- مازن مصباح مصباح، الهبة في مرض الموت، دراسة مقارنة، مجلة الجامعة الإسلامية(سلسلة الدراسات الإسلامية)، مج19، ع02، جامعة الأزهر، غزة، جوان 2011.
- 57- محمد إياد جاد الحق، هبة المريض مرض الموت في مجلة الأحكام العدلية-دراسة مقارنة، مجلة الجامعة الإسلامية، المجلد 19، العدد الثاني، يونيو 2011، فلسطين.

- 58- محمد بشير، إجراءات القوامة على البالغين غير كاملي الاهلية وفقا لإجراءات المدنية والإدارية، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، العدد الحادي عشر، جامعة زيان عاشور، الجلفة، سبتمبر 2018.
- 59- محمد بشير، عوارض الأهلية والحلول القانونية المقررة لها في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، مجلة صوت القانون، المجلد 05، ع02، جامعة الجليلي بو نعامة، خميس مليانة، الجزائر، أكتوبر 2008.
- 60- محمد توفيق قديري، حماية الورثة من الوصية المخالفة لقواعد الميراث في القانون الجزائري، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 06، العدد 02، 2020.
- 61- محمد رافع يونس محمد، أحكام وقف المريض مرض الموت، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، المجلد 10، العدد 38، 2008.
- 62- محمد شعبان، وجوب تطبيق الحضر القانوني على ما هو معمول به واقعيًا، مجلة الموثق، العدد 04، سبتمبر 1998.
- 63- محمد علي العمري، الوصية للوارث بين النفي والإثبات-دراسة فقهية قانونية مقارنة، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد 09، العدد 2، 1434هـ-2013م.
- 64- محمد وهيب العلمي، بيع المريض مرض الموت وأثر الأتمية على صحة العقد، مجلة القصر، أبحاث ودراسات، ع12، سبتمبر، 2005.
- 65- مصطفى لعروم، عقد الهبة، مجلة الموثق، ع08، 1999.
- 66- ميدون مفيدة، معمري إيمان، أحكام هبة المريض مرض الموت بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة طبنة للدراسات العلمية الأكاديمية، المركز الجامعي الشهيد سي الحواس، بريكة، المجلد 02، العدد 01، ديسمبر 2018.
- 67- نوال بن النوي، الحقوق المتعلقة بالتركة في القانون الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة البليدة 02، العدد الخامس عشر.
- 68- هجيرة دنوبي، تصرفات الشخص في مرض الموت وحماية الأسرة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد 02، 2004،
- 69- هودود أشواق، أحكام الوصية ومبطلاتها في التشريع الجزائري، مجلة الراشدية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة معسكر، العدد 02، الجزائر، ماي 2016.

70- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، ج 37، مرض الموت- مصاهرة، ط01، دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت، 1997.

71- يوسف كهيبة، المركز القانوني للدائن العادي في مواجهة مبدأ نسبية أثر العقد، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد الثاني عشر، العدد 01، جامعة الجلفة، ماي 2019.

#### خامسا: محاضرات

1- خوادجية سميحة حنان، محاضرات النيابة الشرعية لطلبة الماستر، قانون الأسرة، كلية الحقوق، قسنطينة، 2018.

2- الرشيدات، طارق محمد موسى، البيع في مرض الموت في القانون المدني الأردني، بحث من نقابة المحامين النظاميين، عمان.

3- سوسن مرابط، عقد الهبة في القانون التونسي، محاضرة ختم التمرين، الهيئة الوطنية للمحامين، الفرع الجهوي، تونس، 2010-2011.

4- عمار نكاع، محاضرات في نظام الوقف، موجه إلى طلبة السنة الأولى ماستر تخصص قانون الأسرة، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة قسنطينة 01، 2020/2019.

5- محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، لفائدة طلبة معهد الدراسات العربية العالمية بجامعة الدول العربية، مطبعة أحمد علي مخيمر، القاهرة، 1959.

#### سادسا: النصوص القانونية

##### أ- القوانين الوطنية

1- أمر رقم 66-156، المؤرخ في 08 يونيو 1966، ج ر ع 49، الصادر في 11 يونيو 1966، المعدل والمتمم بالقانون 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004، ج.ر.ع 71، والقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، ج.ر.ع 84، وبالقانون رقم 01-09 المؤرخ في 25 فبراير 2009، والقانون 11-14 المؤرخ في 12 أوت 2011، والقانون 14-01 المؤرخ في 04 فبراير 2014، ج.ر.ع 07، والقانون 15-19 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، المتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ع 71، الصادر 30 ديسمبر 2015، والأمر رقم 20-01 مؤرخ في 30 يوليو 2020، ج.ر.ع 44 صادر في 30 يوليو 2020.

- 2- الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، والقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، المعدل والمكمل، ج.ر، ع31، 2007.
- 3- الأمر رقم 75-59، المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق ل26 سبتمبر سنة 1975 الذي يتضمن القانون التجاري الجزائري المعدل والمتمم، ج.ر، ع101، المؤرخة في 19 ديسمبر 1975.
- 4- الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12/11/1975، المتضمن قانون المسح العام للأراضي وتأسيس السجل التجاري، الجريدة الرسمية الصادرة في 12 نوفمبر 1975، العدد 02، 1976.
- 5- القانون رقم 84-16 الصادر في 30/06/1984 المتعلق بالأحكام الوطنية، ألغى بقانون 90-30 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، مؤرخ في 14 جمادى الأولى عام 1411هـ، الموافق ل 01 ديسمبر 1990، ج.ر، ع52، المؤرخة في 02-12-1990، معدل والمتمم بالقانون رقم 08-14 مؤرخ في 17 رجب 1429هـ، الموافق ل20 يوليو 2008.
- 6- القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 ج.ر، ع1984، 24 متضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005، ج.ر، ع15، 2005.
- 7- القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990، المتضمن قانون التوجيه العقاري، ج ر، ع 49، الصادر في 18 نوفمبر 1990.
- 8- القانون رقم 91-10 المؤرخ في 12 شوال 1411هـ الموافق ل27 أفريل 1991 المتعلق بالأوقاف، الجريدة الرسمية العدد 21، الصادرة ب8 ماي 1991، ومعدل والمتمم بالقانون رقم 01-07، المؤرخ في 28 صفر 1422هـ الموافق ل2 ماي 2001، المعدل بالقانون 02-10 في 10 شوال 1423 الموافق ل14 ديسمبر 2002، ج.ر، ع، 83.
- 9- القانون رقم 06-03 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية.
- 10- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429هـ الموافق ل25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، ع21، الصادر في 23 أفريل 2008.



- 11- المرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج.ر، ع30، المؤرخة في 1976/04/13.
- 12- المرسوم التنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 05 محرم 1413هـ الموافق ل06 يوليو 1992، متضمن أخلاقيات الطب، ج.ر، ع52 المؤرخة في 08 يوليو 1992.
- 13- المرسوم رقم 63-76 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 93-123 المؤرخ في 15 ماي 1993، اج ر ج ج عدد34 لسنة 1993، المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

#### ب- القوانين الأجنبية

- 1- مجلة الأحكام العدلية.
- 2- قانون المدني الفرنسي لسنة 1804 المعدل.
- 3- قانون الوصية المصري رقم 71 لسنة 1946.
- 4- قانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المعدل.
- 5- قانون الأحوال الشخصي العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل.
- 6- القانون المدني الأردني لسنة 1976.
- 7- قانون الأحوال الشخصية اليمني، ج.ر. 1992، عدل في العدد 22 لسنة 1998، العدد 07، لسنة 1999
- 8- القانون رقم 03-70 المتعلق بمدونة الأحوال الشخصية المغربية، الصادرة بتاريخ 2004، ج.ر. ع5184، بتاريخ 14 ذو الحجة 1424، الموافق ل05 فبراير 2004.
- 9- الأمر 13 أوت 1956 المتعلق بمجلة الأحوال الشخصية التونسية.

#### سابعاً: مواقع الإلكترونية

<http://www.al-asfoor.com/article-1211.htm>

- 1- إدزلي عبد العزيز، مرض الموت بين ضعف الإدراك وحماية الدائنين والورثة، ص.63؛ مأخوذة عن <https://www.facebook.com/Droit00/posts/176267667272173> بتاريخ 08 سبتمبر 2020.

- 2- تم الإطلاع عليه بتاريخ 20-02-2022 على الساعة 09:20 صباحاً.

- 3- الزكراوي محمد ، الآثار القانونية المترتبة عن تصرفات المريض بكورونا، الموقع <http://assabq24.com/20/03/30>، الآثار-القانونية-المترتبة-عن-تصرفات، تاريخ الإطلاع 21 جويلية 2020
- 4- عبد الرؤوف علي المناعمة، سلسلة الأمراض يمكن منعها باللقحات، السل، منظمة المجتمع العلمي العربي، 08 مارس 2021، على الساعة 2:29، ص.01، على الموقع : [www.arsco.org](http://www.arsco.org)، تم الإطلاع عليها يوم 2022/03/03، على الساعة 16:02
- 5- محسن الجعفري، أحكام الأحوال الشخصية للمذهب الجعفري، منجزات المريض في الأنترنت على الموقع الآتي:
- 6- من موقع وزارة الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات، ليوم 2020/08/14، [covid19.sante.gov.dz](http://covid19.sante.gov.dz)

# الفهرس

1	..... مقدمة
22	..... <b>الباب الأول: أحكام البيع في مرض الموت</b>
25	..... الفصل الأول: بيع المريض مرض الموت
26	..... المبحث الأول: أثر المرض على أهلية المريض
26	..... المطلب الأول: الأهلية القانونية في عقد البيع
27	..... الفرع الأول: أهلية الأشخاص القانونية
27	..... أولاً: مفهوم الأهلية القانونية
30	..... ثانياً: أنواع الأهلية القانونية
30	..... 1- أهلية الوجوب
31	..... 2- أهلية الأداء
34	..... الفرع الثاني: أحكام الأهلية القانونية
34	..... أولاً: عوارض الأهلية
35	..... 1- الجنون
37	..... 2- العته
38	..... 3- السفه
40	..... 4- الغفلة
41	..... ثانياً: موانع الأهلية
42	..... 1- المانع الطبيعي
42	..... 2- المانع المادي
43	..... 3- المانع القانوني
45	..... المطلب الثاني: أهلية المريض مرض الموت في عقد البيع
45	..... الفرع الأول: أهلية مريض مرض الموت في الفقه الإسلامي
48	..... الفرع الثاني: أهلية المريض مرض الموت في بعض التشريعات العربية
48	..... أولاً: أساس تقييد الأهلية في مرض الموت
51	..... ثانياً: تقييد أهلية مريض مرض الموت

58	المبحث الثاني: الحجر على مريض مرض الموت
58	المطلب الأول: أحكام ومشروعية الحجر على مريض مرض الموت
58	الفرع الأول: أحكام الحجر على المريض مرض الموت
65	الفرع الثاني: مشروعية الحجر على المريض مرض الموت
70	المطلب الثاني: النيابة الشرعية
72	الفرع الأول: الولي
80	الفرع الثاني: الوصاية
84	الفرع الثالث: المقدم
<b>90</b>	<b>الفصل الثاني: البيع في مرض الموت وآثاره</b>
91	المبحث الأول: بيع لوازم أو لأجنبي
91	المطلب الأول: بيع المريض مرض الموت لوازم
91	الفرع الأول: إقرار الورثة بالبيع الصادر لوازم
98	الفرع الثاني: عدم إقرار الورثة بالبيع الصادر لوازم
104	المطلب الثاني: بيع المريض مرض الموت لأجنبي
104	الفرع الأول: البيع بثمن المثل أو بغيره
109	الفرع الثاني: البيع بثمن يقل عن قيمة المبيع أو في حدود الثلث أو يجاوز ثلث التركة
113	الفرع الثالث: البيع بغير ثمن أصلاً
121	المبحث الثاني: آثار البيع في مرض الموت
121	المطلب الأول: آثار البيع بالنسبة للورثة والدائنين
121	الفرع الأول: آثار البيع بالنسبة للورثة
126	الفرع الثاني: آثار البيع بالنسبة للدائنين
131	المطلب الثاني: آثار البيع بالنسبة للغير حسن النية
132	الفرع الأول: شروط حماية الغير حسن النية
133	أولاً: يجب أن يكون الغير قد كسب حقه بعوض
135	ثانياً: يجب أن يكون الغير حسن النية

137..... الفرع الثاني: أحكام حماية الغير حسن النية وحق الرجوع على المشتري

**142..... الباب الثاني: أحكام التصرفات التبرعية في مرض الموت**

145..... الفصل الأول: الوصية في مرض الموت

147..... المبحث الأول: تصرفات الوصي المريض مرض الموت

147..... المطلب الأول: شروط التبرع وتقييد حرية الإيضاء في مرض الموت

147..... الفرع الأول: شروط التبرع في مرض الموت

148..... أولا: وقوع التصرف في مرض الموت

150..... 1- إثبات التصرف في السند الرسمي

153..... 2- إثبات التصرف في السند العرفي

156..... ثانيا: أن يكون التصرف تبرعا

159..... الفرع الثاني: تقييد حرية الإيضاء في مرض الموت

159..... أولا: عدم الجواز الإيضاء لو ارث

164..... ثانيا: عدم تجاوز ثلث التركة

167..... المطلب الثاني: مشروعية وصية المريض مرض الموت

167..... الفرع الأول: وصية المريض لغير وارث (لأجنبي)

169..... الفرع الثاني: وصية المريض لو ارث

170..... أولا: شروط التصرف الواردة بالمادة 777 من القانون المدني

171..... 1- أن يتم التصرف لو ارث

172..... 2- أن يحتفظ المتصرف بحيازة العين المتصرف فيها مدى الحياة

175..... ثانيا: أن يحتفظ المتصرف بالانتفاع بالعين المتصرف فيها مدى الحياة:

ثالثا: خضوع التصرف لو ارث مع الاحتفاظ بالحيازة والانتفاع مدى الحياة لأحكام

178..... الوصية

183..... المبحث الثاني: آثار الوصية في مرض الموت

183..... المطلب الأول: وصية المريض غير المدين

184..... الفرع الأول: الموصي غير المدين وليس له ورثة

189	الفرع الثاني: الموصي غير المدين وكان له ورثة.....
193	المطلب الثاني: وصية المريض المدين.....
194	الفرع الأول: تركة المدين مستغرقة بالديون.....
202	الفرع الثاني: دين المريض غير مستغرق للتركة.....
202	أولاً: تنفيذ وصية المدين عند إبراء دائنيه من الديون.....
205	ثانياً: تنفيذ وصية المدين عند إجازة دائنيه بتقديم وصيته على الوفاء بديونهم.....
<b>207</b>	<b>الفصل الثاني: تبرعات تلحق بحكم الوصية في مرض الموت.....</b>
209	المبحث الأول: الهبة في مرض الموت.....
209	المطلب الأول: خضوع الهبة لحكم الوصية.....
210	الفرع الأول: هبة المريض مرض الموت لو ارث ولغير وارث.....
210	أولاً: الهبة لو ارث.....
212	ثانياً: الهبة لغير وارث.....
221	الفرع الثاني: هبة المريض المدين وغير المدين.....
222	المطلب الثاني: آثار الهبة في مرض الموت.....
223	الفرع الأول: آثار الهبة في مرض الموت بالنسبة للمتعاقدين.....
228	الفرع الثاني: آثار الهبة في مرض الموت بالنسبة للورثة وللدائنين.....
234	المبحث الثاني: أحكام الوقف في مرض الموت.....
235	المطلب الأول: الوقف في مرض الموت.....
237	الفرع الأول: حالة كون المريض مديناً أو غير مدين.....
242	الفرع الثاني: تعليق الوقف في مرض الموت.....
247	الفرع الثالث: الرجوع عن الوقف المنجز في مرض الموت.....
253	المطلب الثاني: بطلان الوقف في مرض الموت.....
253	الفرع الأول: بطلان الوقف تطبيقاً للقواعد العامة.....
253	أولاً: إبطال الوقف لتخلف الأركان الموضوعية أو الشكلية.....
254	1- إبطال الوقف لاختلال الشروط الموضوعية.....

256.....	2- إبطال الوقف لاختلال الشروط الشكلية
257.....	ثانيا: إبطال الوقف لمخالفة إرادة الواقف
259.....	ثالثا: تأثير الشروط على عقد الوقف
261.....	الفرع الثاني: بطلان الوقف مريض مرض الموت
266.....	<b>خاتمة</b>
270.....	<b>قائمة المراجع والمصادر</b>
310.....	<b>الفهرس</b>



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



## الملخص:

مرض الموت هو المرض الذي يخشى منه الهلاك، يعجز فيه المريض عن القيام بواجبه ومهامه اليومية، ثم يتصل به الموت على هذه الحال. فقد يتصرف المريض مرض الموت ويلحق ضرراً بحقوق الورثة والدائنين من خلال ادخال النقص في تركته بإبرام عقود بيع فيها محاباة لبعض الورثة أو لأجانب، والتي لا تكون ناجزة في حق الورثة إلا إذا أقروها، إذا كانت لوارث. أما إذا كان البيع لأجنبي، فيعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك تكون قابلة للإبطال. كما يقوم بتبرعات مالية كالوصية التي تبقى متوقفة على إجازة الورثة إذا قام بإيصائها لوارث، أما إذا كانت لأجنبي فإنها تنفذ في حدود الثلث وما زاد عن ذلك يبقى متوقفاً على إجازة الورثة. أما تصرفه بالهبة والوقف، فإنهما يأخذان حكم الوصية.

**الكلمات المفتاحية:** مرض الموت، البيع، الوصية، الهبة، الوقف.

## Résumé :

La dernière maladie est la maladie annonciatrice du décès, le malade ne peut accomplir ses besoins ni assurer ses tâches quotidiennes, cette maladie entraîne la mort. Le malade peut disposer de ses biens en préjudiciant aux droits des héritiers et créanciers par la vente au profit de l'un des héritiers qui n'est valable que si elle est ratifiée par les autres héritiers, si cette même vente est faite au profit d'un tiers elle serait annulable puisqu'elle n'est pas ratifiée.

Pour les dons, tel un testament, il demeure soumis à la ratification des héritiers s'il est fait au profit d'un héritier, mais s'il est fait au profit d'un tiers, il ne portera que sur un tiers, le surplus dépendra de la ratification des héritiers. La donation et le waqf prennent la forme de testament.

**Mots-clés :** dernière maladie, vente, testament, donation, waqf.

## Abstract :

The last illness is the disease that heralds death; the patient cannot fulfill his needs or carry out his daily tasks, this disease leads to death. The patient may dispose of his property by prejudicing the rights of heirs and creditors by the sale to one of the heirs, which is only valid if the other heirs ratify it, if this same sale were made to a third party, it would be voidable since it is not ratified.

For donations, such as a will, it remains subject to the ratification of the heirs if it is realized to an heir, but if it is made to a third party, it will relate only to a third, the surplus will depend on the ratification of the heirs. The donation and the waqf take the form of a will.

**Keywords:** last illness, sale, will, donation, waqf.