



جامعة ابن خلدون تيارت
ملحقة السوقر



مذكرة تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر

الشعبة: حقوق

التخصص : القانون العقاري

بعنوان:

أحكام بيع العقار في مرض الموت

تحت اشراف الاستاذ:

الدكتور: بلفضل محمد

من اعداد الطالبين:

* ماحي كمال

* بن قيط منصور

لجنة المناقشة:

الصفة	الرتبة	اعضاء اللجنة
رئيسا	أستاذ محاضر (أ)	د. صافة خيرة
مشرفا مقرر	أستاذ محاضر (أ)	د. بلفضل محمد
عضوا مناقشا	استاذ مساعد (أ)	أ.بن أحمد محمد

السنة الجامعية :

2019/2018

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي
خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ
وَالَّذِي يُضَوِّبُ الْمَوْتِ
وَالَّذِي يُضَوِّبُ الْمَوْتِ
وَالَّذِي يُضَوِّبُ الْمَوْتِ

كلمة شكر

أولا نحمد الله العلي العظيم الذي وفقنا في هذا البحث و سهل لنا

الدراسة و التعليم و الصلاة و السلام على الرسول الكريم

نرفع خالص الشكر لأستاذنا المشرف الدكتور " بلفضل محمد "

الذي لم ييخل علينا بقليل و لا بكثير و أفادنا بعلمه منذ البداية حتى

أتمنا هذا العمل.

لا ننسى أن نختص بالشكر الجزيل لكل أساتذة ملحقة السوق

وبالأخص أعضاء لجنة المناقشة : الدكتورة صافا خيرة بصفتها

رئيسة والأستاذ : بن أحمد محمد بصفته عضوا مناقشا

و إلى كل الذين كانوا عوننا لنا طوال مشوارنا الدراسي

جازاكم الله عنا كل خير.

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع الى أبي وأمي اللذان تعبوا من أجلي

أطال الله في عمرهما وجعلهما النبراس الذي ينير طريقي

إلى زوجتي الغالية التي تعبت معي في إنجاز هذا العمل ، وإلى إبنتي الغالية

"ليان سيرين" وإلى إخوتي (سامية ، ياسين ، رضا)

وإلى زملائي في الدراسة خاصة زميلي وصديقي العزيز بن قيط منصور الذي كان لي

رفيق الدرب في المسار الدراسي وفي هذا العمل

وإلى جميع الأساتذة المشرفين خاصة الدكتور بلفضل محمد

كمال

إهداء

الحمد لله حمدا كثيرا طيبا مباركا، و الصلاة و السلام على أشرف المرسلين و
على أله وصحبه أجمعين.

أهدي ثمرة جهدي التي طالما تمنيت إهدائها وتقديمها إلى أعز ما يملك المرء في
الحياة إلى الكوكبين اللذان أضاءا دربي .

إلى أمي وأبي

إلى إخواني وأصدقائي (عائشة ، خديجة ، فيروز ، فاطنة ، هوارية ، حسين ، سيد
احمد نور الدين ، مبارك ، زكريا ، محمد ، أحمد ، سريية سليمان ، زهرة ، أسماء ، عبد
القادر عيادي ، بختة ، خيرة ، طاهر ، حبيبة

هارب ، مريم ، كريمة ، نصيرة ، مسعودة ، ميمونة ، فضيلة ، شيبى أحمد ، محمد

مغازي ، مذكور عبد القادر ، سعدون ، مريم ، تجاني ، رابح ، قرطي ، وحسين بريجة)

والى أولادي (خليل ، يوسف ومحمد)

ولا أنسى زوجتي العزيزة ، وأخي الصديق العزيز ماحي كمال.

والى جميع الأساتذة الذين ساعدونا في انجاز هذا العمل وخاصة الدكتور:

بلفضل محمد

وإلى زملائي في العمل خاصة ساسي خلف الله ، رشيد بومدين ، بن حليلة

عيسى ، لبقع شيخ ، ياسين ، فارس خلف الله ، فتح الله عبد القادر وكل زملائي

الآخرين.

و إلى رفقائي حفظهم الله .

مقدمة

لقد أولى التشريع الجزائري على غرار مختلف التشريعات الأخرى أهمية قصوى لحماية الملكية العقارية وذلك بوضع ترسانة من النصوص القانونية التي تحكم العقار من عدة جوانب.

وهناك عدة طرق لانتقال الملكية العقارية في التشريع الجزائري تتمثل في :

التصرف القانوني، الواقعة المادية، الحكم القضائي، القرار الإداري والعقد الإداري. ويعد البيع

العقاري أهم تصرف قانوني وأكثرها شيوعا في نقل الملكية العقارية.

ولقد حصرنا موضوع الدراسة في البيع العقاري باعتباره عقدا يبرم بين البائع والمشتري دون

الببوع الجبرية تفاديا لتشعب الموضوع لذلك أوردنا عنوان البحث بصيغة المفرد ولما كان البيع العقاري

شأنه شأن التصرفات العينية العقارية بصفة عامة يمتاز بخصوصية تميزه عن باقي العقود إذ أنه يستلزم ركنا

رابعا لانعقاده إلى جانب الأركان العامة فإنه من جهة يخضع لشكلية أوجبها المشرع فلماذا هذه

الشكلية؟ وما هي الآثار المترتبة عن تخلفها؟ وما هو موقف الاجتهاد القضائي من ذلك؟

كل هذه التساؤلات تستدعي تحليل أركان العقد عامة (التراضي، المحل، السبب) وركن الشكلية

خاصة للتوصل إلى الإجابة عن هذه التساؤلات.

ومن جهة أخرى نجد أن البيع العقاري لا يكتفي بتوافر أركانه الأربعة ليرتب الآثار التي يرتبها

عقد البيع بصفة عامة، ولكي يكون حجة على الغير. فبالإضافة إلى توافر الأركان فإن المشرع الجزائري

وضع إجراء خاصا لانتقال الملكية العقارية بإلزام الطرفين باللجوء إلى شهر عقد البيع العقاري بالمحافظة

العقارية. ونظرا لخضوع هذه العملية لإجراءات دقيقة تستجيب لقواعد وشروط قانونية محددة.

مقدمة

وبما أن موضوع دراستنا المتعلقة في البيع العقاري.

وبما ان موضوع دراستنا المتعلقة بأحكام بيع العقار في مرض الموت.

إذا يعد مرض الموت من المسائل على الصعيد القانوني في هذا العصر نظرا لكثرة تطبيقاته العملية وامتداداته وتشعباته النظرية لذا فان المشرع الجزائري نظم احكام هذا التصرف (البيع في مرض الموت) في مواد متعددة منها المواد 776 - 409 - 408 من القانون المدني وكذا المادة 204 من قانون الاسرة ، كما اتجهت النيابة في معظم البلدان العربية والإسلامية الى شن تشريعات وقوانين مشتقات من الشريعة الاسلامية مثلا المشرع المصري.

من هنا يتحدد موضوع الدراسة وهو: "احكام بيع العقار في مرض الموت"، حيث تكمن أهمية هذه الدراسة في أحكام بيع العقار في مرض الموت، فيكون البيع موقوف على إجازة الورثة ، فمرض الموت لا يعد أهلية للأداء، ولا ينقصها ولكنه يجد من تصرفات المريض به.

فالواقع ان هذا البحث يرمي الى عدد من الاغراض المهمة التي كانت وراء اختيارنا لموضوعه، لما له من اثار كبيرة في تطبيقه على الواقع العملي كما يسعى بحثنا هذا الى تسليط الضوء على بعض الاشكالات المثارة من خلال البحث في بيع العقار ومصيره في مرض الموت بالنسبة للورثة والغير في التشريع الجزائري والتشريعات العربية.

وعليه تظهر مشكلة الدراسة في أن الشخص إذا مرض مرضا أقعده عن مباشرة اعماله و أحس باقتراب الأجل فان تبادر الى ذهنه مباشرة الى بيع ما يملك، المرض الذي يتطلب الحرص من تصرفاته في هذا المرض، ومن ثم فمشكلة البحث تكمن في تحديد مفهوم عقد بيع العقار والأركان التي يقوم عليها ،

مقدمة

وكذا بيان مرض الموت وشروطه ، للخلوص الى مصير البيع في مرض الموت، وتتلخص اهداف هذه الدراسة اساسا على النحو الآتي:

1-الوقوف على تحديد ماهية عقد بيع العقار وخصائصه والأركان التي يقوم عليها وفق التشريع الجزائري.

-البحث في المواضيع القانونية التي تتناول موضوع بيع المريض مرض الموت وتحديد المواد (408-409) من القانون المدني و المادة 189 من قانون الاسرة.

-تحديد وبيان ماهية مرض الموت من جهة وحكم بيع المريض مرض الموت من جهة اخرى.

-دراسة التفاصيل المتعلقة ببيع المريض في مرض الموت بشكل عام وتحديد احكامها في القانون المدني الجزائري.

هذا ويعود أسباب اختيارنا لهذا الموضوع الى أسباب ذاتية وموضوعية

أما الأسباب الذاتية فتعود الى اهتمامنا بموضوع العقار بصفة عامة بحكم التخصص ، ورغبتنا في البحث في مجال العقود المدنية بصفة خاصة.

وأما الأسباب الموضوعية فترجع الى كثرة تشعبات الموضوع وهو من الموضوعات ذات الاهمية البالغة في مجال العقود المدنية.

كما اعتمدت هذه الدراسة على الاسلوب التحليلي حيث تم الوقوف على ماهية عقد بيع العقار وأركانه وأحكام البيع في مرض الموت في القانون المدني الجزائري وبعض التشريعات المقارنة، ودراسات الباحثين السابقين ، وذلك للوصول الى ايضاح شامل لموضوع الدراسة حتى تكون منطلقا لدراسات متعمقة حول ما يؤول اليه البيع العقاري في مرض الموت.

مقدمة

أما بخصوص الدراسات السابقة ففي الواقع لم نجد دراسات سابقة تطرقت الى احكام بيع العقار في مرض الموت، وإنما اجثات في تصرفات المريض مرض الموت بشكل عام، يتحدث من خلالها الباحثين عن البيع في مرض الموت ، ووجدنا في بعضها ماقد يحدد مصير بعض بيوع المريض مرض الموت .

أما الأبحاث السابقة المتوفرة حول موضوع الدراسة وهو البيع في مرض الموت هي:

- حاج داود لمياء ، مرض الموت وأثره على التصرفات القانونية للمريض، مذكرة ماستر في الحقوق،

كلية الحقوق ، جامعة الدكتور مولاي الطاهر - سعيدة.

- سارة خضر أرشيدات ، البيع في مرض الموت ، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق ،

جامعة الشرق الأوسط - الأردن.

لذلك فان بيع المريض مرض الموت من الموضوعات التي يجب دراستها والبحث فيها.

ولمعالجة هذا الموضوع والإلمام بمختلف جوانبه والنقاط القانونية التي يثيرها تم تقسيمه الى فصلين نظرا

لأن كلا من عمليتي انعقاد البيع العقاري والبيع في مرض الموت مستقلتين عن بعضهما البعض لاختلاف

أحكامهما، حيث تناول الفصل الأول انعقاد البيع العقاري ومختلف الأركان اللازمة لذلك الانعقاد مع

التركيز على الشكلية التي استوجبها المشرع للإحاطة بمختلف أحكامها.

أما الفصل الثاني فكان حول البيع في مرض الموت تطرقنا فيه الى ماهية مرض الموت من تعريف وتكييف

وشروط في التشريع الجزائري والشريعة الاسلامية ثم بعد ذلك قمنا بدراسة وتحليل النصوص القانونية

المتعلقة ببيع المريض مرض الموت وأحكام ذلك البيع بالنسبة للورثة والغير في التشريع الجزائري مع القاء

نظرة على التشريعات العربية في ذلك.

الفصل الأول

إنعقاد البيع العقاري

تمهيد:

العقار يلعب أهمية إقتصادية وإجتماعية وسياسية له دور فعال في تنمية الإقتصاد الوطني لما تجنيه الدولة من فوائد من تحصيل مداخيل مالية عن طريق بيع العقار فقد أولى المشرع الجزائري أهمية قصوى لحماية الملكية العقارية و سن تشريعات ووضع إجراءات قانونية التي تنتقل من خلالها الملكية العقارية ، لذا يعتبر عقد بيع العقار من أهم العقود المسماة التي ترد على الملكية وعليه سنقسم هذا الفصل الى مبحثين رئيسيين كالتالي:

المبحث الأول في ماهية عقد البيع العقاري وأما المبحث الثاني تناولنا فيه الرسمية في عقد بيع العقار .

المبحث الأول : ماهية عقد البيع العقاري .

لا يأتي الحديث عن إجراءات نقل الملكية في عقد البيع العقاري إلا ببيان ماهية هذا العقد و أركانه، وذلك لأن ما لحق هذا العقد من إجراءات خاصة سيأتي في الفصلين المواليين، إنما كان لخصوصية هذا العقد و خصوصية تكوينه، وعليه سنتناول بالدراسة هذا المبحث كما يلي:

المطلب الأول: مفهوم عقد البيع العقاري في التشريع الجزائري.

للقوف على مفهوم عقد البيع العقاري يقتضي مّا التطرق لتعريف عقد البيع في التشريع الجزائري في الفرع الأول من هذا المطلب، على أن نتطرق في الفرع الثاني منه للخصائص التي يتميز بها.

الفرع الأول: تعريف عقد البيع في التشريع الجزائري.

البيع في اللغة مطلق المبادلة.¹

¹ - الشريف علي بن محمد الجرجاني، كتاب التعريفات، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان-، طبعة 1. ص 48- 1983

عرفت المادة 351 من القانون المدني الجزائري البيع على أنه: "عقد يلتزم بمقتضاه البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي."¹

يستخلص من هذا التعريف أمرين أولهما أنه قد يقع البيع على حقوق عينية غير الملكية كحق انتفاع أو حق، وقد يقع على حقوق شخصية كما في حوالة الحق إذا كانت في مقابل مبلغ من النقود. والأمر الثاني أنه يبين أن الثمن لا بد أن يكون من النقود وهذا وصف جوهري في الثمن.² ويعرف البيع العقاري على أنه "عقد ناقل للملكية العقارية بالشهر العقاري"³

الفرع الثاني: خصائص عقد البيع العقاري .

من خلال تعريف المادة 351 من القانون المدني الجزائري يتبين أن للبيع عدة خصائص فهناك خصائص يتميز بها كباقي العقود وتعتبر خصائص عامة، وهناك خصائص تميزه عن غيره من العقود وتعتبر خصائص خاصة.

أولاً: الخصائص العامة لعقد البيع العقاري.

تتمثل الخصائص العامة لعقد البيع العقاري في:

1- عقد البيع عقد رضائي.

العقد الرضائي هو العقد الذي لا يتطلب المشرع لانعقاده شكلاً خاصاً، وإنما يكفي تراضي طرفيه عليه لانعقاده.

¹ - المتضمن القانون المدني السابق الذكر. - الأمر رقم 75-58.

² - خليل أحمد حسن قداة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ص12.

³ - مجيد خلفوني، شهر التصرفات القانونية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، طبعة 1-2008، ص30.

بحيث يكفي التعبير عن رغبتهما في انعقاد العقد أيا كان شكل هذا التعبير كتابة أو شفاهة أو بالإشارة الدالة¹.

أما العقد الشكلي فهو العقد الذي يشترط لانعقاده إفراغ رضا أطرافه في شكل معين، ومبدأ رضائية البيع ليس متعلقا بالنظام العام، فيجوز للمتعاقدين أن يتفقا على خلافه، فيجوز لهما الاتفاق على أن ينعقد البيع بينهما إلا إذا أفرغ رضاهما في شكل معين كتدوينه في ورقة رسمية، فلا ينعقد البيع في هذه الحالة إلا باستيفاء الشكل المتفق عليه، ولكن بما أن الأصل أن عقد البيع رضائي، فيجب على المتعاقدين إذا أرادوا مخالفة هذا الأصل وتعليق وجود البيع على تحرير العقد أن يظهرها هذه النية صراحة. كما قد يكون عقد البيع قضائي مثال ذلك في العقارات المحجوزة.

2- عقد البيع ملزم للجانبين.

البيع عقد ملزم للجانبين، أو عقد تبادلي، لأنه يولد التزامات متقابلة على عاتق المتعاقدين، بحيث يصبح كل منهما دائما ومدينا للآخر في آن واحد، ويترتب على ذلك خضوع البيع لأحكام العقود الملزمة للجانبين من ناحية تطبيق أحكام الفسخ، والدفع بعدم التنفيذ وتبعية استحالة التنفيذ². فالبايع يلتزم بنقل ملكية أحد الأشياء أو الحقوق المالية التي يملكها، في حين يلتزم المشتري بدفع الثمن، وهذه الإلتزامات المتقابلة لا تسمح لأحد المتعاقدين أن يتحلل منها بتصرفه الإنفرادي، بل لا بد من إتفاق الطرفين، كما يرتب عقد البيع في ذمة البائع إلتزاما بضمان المبيع للمشتري، وحيازته وهذا يقتضي أن يلتزم البائع بالامتناع عن التعرض للمشتري وكذا يدفع عنه كل تعرض من طرف الغير.

¹ - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري - مصادر الإلتزام - دار الهدى، عين مليلة - الجزائر - 2004، ص 83، ج 1، طبعة 2.

² - خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 12.

3- عقد البيع معاوضة.

عقد البيع من عقود المعاوضات لأن كل من طرفيه يأخذ مقابلًا لما يعطيه، فالبائع يحصل على الثمن مقابل المبيع، والمشتري يحصل على المبيع مقابل الثمن، فإذا انعدم المقابل أصبح العقد هبة لا يبيعا وتعين خضوعه للأحكام الخاصة بالهبة لا البيع.¹

ثانياً: الخصائص الخاصة.

هناك خاصيتين أساسيتين لعقد البيع، بواسطتهما يمكن أن تميزه عن غيره من العقود، ونحاول بيان هاتاهما الخاصيتين على النحو التالي:

1- عقد البيع ناقل للملكية.

وهي الخصيصة الحقيقية لعقد البيع، ونقل الملكية هو الغرض الأساسي الذي يميز عقد البيع عن سائر العقود، وحتى يمكن نقل الملكية خاصة في العقار فيما بين المتعاقدين وفي مواجهة الغير يجب أن يكون البائع مالكا للعقار، كما يجب القيام بالإجراءات اللازمة لنقل الملكية من تسجيل وشهر . ويعتبر نقل الملكية كأثر مترتب على عقد البيع العقاري، وهو يعد أساسا كالتزام واقع على البائع وذلك خلافا لعقد البيع في الفقه الإسلامي حيث ينقل عقد البيع الملكية بذاته، ولا يقتصر على إنشاء التزام بنقل الملكية.²

¹ - محمد يوسف الزغبى، شرح عقد البيع في القانون المدني، دار الثقافة، عمان، الأردن، طبعة 1-2004، ص 20.

² - سي يوسف زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع، دار الأمل، تيزي وزو، الجزائر، 2008، ص 13 . المرجع. 18، السابق، ص 17.

2- عقد البيع المقابل فيه يكون نقديا.

وهذه الخاصية الثانية لعقد البيع، فهو عقد معاوضة يحصل فيه البائع على الثمن مقابل نقل ملكية المبيع للمشتري، وهذا الثمن يجب أن يكون نقدا وفقا لنص المادة¹ 51 من القانون المدني الجزائري، وبالتالي لا يمكن أن يكون المقابل شيئا آخر وإلا كنا بصدد عقد مقايضة وليس عقد بيع.

يرى جانب من الفقه أنه في هذه الحالة لتحديد طبيعة العقد يؤخذ بالعنصر الغالب فإذا كان المبلغ هو العنصر الغالب كان العقد بيعا، أما إذا كانت السيارة مثلا هي المقابل فإن العقد يعد مقايضة².

إلا أنه يبق التمييز بين عقد البيع وعقد المقايضة، إن أعطى شخص منزله لآخر مقابل أوراق مالية أو سبائك ذهبية، فهل يعتبر المقابل هنا بمثابة النقد أم لا ؟

يرى بعض الفقه أن العقد في هذه الحالة هو عقد مقايضة رغم سهولة تحويل الأوراق المالية أو السبائك الذهبية إلى نقد، لأن العبرة هي طبيعة المقابل وقت التعاقد³.

المطلب الثاني: أركان عقد البيع العقاري في التشريع الجزائري.

لقيام العقد يجب توافر التراضي بين الطرفين، وأن ينصب هذا التراضي على شيء معين، وأن تكون إرادة كل متعاقد مدفوعة بغاية مشروعة تستهدف تحقيقها، فلكي ينشأ العقد يجب أن تتوافر فيه الأسس اللازمة لوجوده وهي، الرضا، المحل والسبب.

¹ - أنور العمروسي، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر. 83، 2002، ص 82، طبعة 1.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، ص 28.

³ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، ص 28.

فإذا كان عقد البيع بصفة عامة من العقود الرضائية، أي العقود التي تنعقد بمجرد تطابق الإيجاب مع القبول دون حاجة إلى أن يفرغ رضا الأطراف في شكل معين كأن يكتب العقد في ورقة رسمية، إلا أن المشرع الجزائري يشترط الشكلية لانعقاد عقد البيع العقاري وهذا ما قضت به المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري.

لذلك يجب لقيام عقد البيع العقاري توفر الأركان العامة للعقد من رضا ومحل وسبب، فإذا انعدمت هذه الأركان يترتب عليه الجزاء الذي نص عليه القانون والبطالان المطلق.

وسيتم التطرق إذن إلى كل ركن على حدى ، الرضا في عقد البيع العقاري، ثم المحل في عقد البيع العقاري، وبعدها سبب عقد البيع العقاري.

الفرع الأول: التراضي في عقد البيع العقاري.

التراضي هو الركن الأول في عقد البيع العقاري، ويقصد بالتراضي اتجاه الإرادة إلى إحداث الأثر القانوني المطلوب¹، ومن ثم التطرق إلى التراضي في عقد البيع العقاري ، ثم نبين شروط صحة التراضي .

1- التراضي في عقد البيع العقاري.

يلزم لانعقاد البيع العقاري الرضا بين البائع والمشتري على العناصر الأساسية وهي المبيع، الثمن وطبيعة العقد أما المسائل الثانوية مثل كيفية تسليم المبيع أو زمن التسليم أو سداد الثمن² وغيرها، فإنه لا يلزم لانعقاد البيع أن يتفق عليها الطرفان، إذ تكفّلت ببيان أحكامها القواعد المقررة التي أوردها المشرع في باب البيع والتي يتعين إعمالها عند عدم الاتفاق عليها³.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد -مصادر الالتزام - منشورات الحلبي 2000، ص 211

، الحقوقية، بيروت -لبنان-، طبعة 3، ج 1.

² - سي يوسف زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص 32.

³ - سي يوسف زاهية حورية، المرجع نفسه، ص 32.

وبالتالي سنبين كيفية الإتفاق على المبيع، ثم الإتفاق على الثمن، بعدها الاتفاق على طبيعة العقد.

أ- الإتفاق على المبيع.

إن الاتفاق على المبيع من المسائل الجوهرية، أي تطابق إرادتين على المبيع، كما لو كان للبائع داران، وعرض على شخص أن يبيعه إحداهما، فظن هذا أنه يبيع الدار الأخرى، فقبل شراءها لم يتم البيع، لأن المتعاقدين لم يتفقا على المبيع، فقد قصد البائع أن يبيع دارا وقصد المشتري أن يشتري أخرى¹.

ب- الإتفاق على الثمن.

لا بد من توافق الإرادتين على الثمن، فلا ينعقد البيع إذا عرض أحد الطرفين البيع بثمن معين فقبل الطرف الآخر الشراء بثمن أقل، فلو طلب البائع في الدار ألفا ولم يقبل المشتري أن يشتريها إلا بتسعمائة، لم يتم البيع، لأن المتبايعان لم يتفقا على الثمن².

إلا أنه قد يتساءل الشراح عن حكم الفرض العكسي، أي إذا عرض البائع أن يبيع بثمن معين فقبل المشتري الشراء بثمن أعلى، ذهب بعضهم إلى أن البيع ينعقد في هذه الحالة بالثمن الذي سماه البائع (الثمن الأول)، باعتبار أن المشتري الذي قبل الشراء بالثمن الأعلى قد تضمنت إرادته القبول بالثمن الأقل.

لكن هنا يجب التفرقة بين حالتين:

الحالة الأولى: أن المشتري وقع في غلط لما قبل الشراء بأزيد مما طلبه البائع، إذ يعتقد أنه يقبل الشراء بالثمن الذي طلبه البائع، ثم يتبين له أن الثمن الذي طلبه البائع أقل من ذلك.

¹ - سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 33.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 43.

الحالة الثانية: وهي أن يكون المشتري قد قصد أن يزيد في الثمن الذي طلبه البائع لاقتناعه بأن المبيع يساوي هذه الزيادة والحل الذي يذهب إليه الشراح يصدق على الحالة الأولى أي حالة وقوع المشتري في غلط، فينعقد البيع بالثمن الذي سماه البائع أي الثمن الأقل¹.

ج- الاتفاق على طبيعة العقد.

بالإضافة إلى الاتفاق على المبيع والثمن، يجب أن يتم الاتفاق على طبيعة العقد، أي أن تتجه إرادة البائع إلى البيع وإرادة المشتري إلى الشراء.

إذن لا يكون هناك توافق بين الإرادتين على ماهية العقد إذا اتجهت إرادة أحد المتعاقدين إلى البيع واتجهت إرادة المتعاقد الثاني إلى عقد آخر².

ومن طبيعة عقد البيع العقاري أن ينشئ التزاما بنقل الملكية، ولذلك فإن كل عقد لا يقصد به حقيقي إنشاء هذا الالتزام لا يعتبر بيعا.

د- شروط صحة الرضا.

يشترط لانعقاد عقد البيع العقاري اقتران إرادتين متطابقتين، أي وجود إيجاب معين، وقبول مطابق له، ويستوي أن يصدر الإيجاب من البائع أو المشتري³.

وينبغي لصحة الرضا أن يصدر من ذي أهلية، وأن تكون الإرادة خالية من العيوب الخفية وضرورة علم المشتري علما كافيا بالمبيع، وسندرس هذه الشروط على النحو الآتي بيانه:

¹ - سي يوسف زهية حورية، المرجع السابق، ص34.

² - مثال ذلك إذا قصد أحد الطرفين أن يؤجر منزله إلى آخر مقابل أجرة سنوية طوال حياته، في حين اعتقد الآخر أن يشتريه في مقابل إيراد مرتب مدى حياة البائع، فهنا لا يكون ثمة اتفاق على طبيعة العقد، ولا ينعقد بينهما بيع ولا إيجار.

³ - تسري على تبادل الإيجاب والقبول الأحكام العامة التي نص عليها المشرع الجزائري في المواد من 59 إلى 70 من القانون المدني الجزائري.

– الأهلية.

يجب لصحة الرضا، أن يكون صادرا من ذي أهلية، وعقد البيع من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، ولذلك يشترط لصحته توفر أهلية الأداء¹، فإن صدر من ناقص أهلية كان قابلا للإبطال وهذا ما نصت عليه المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري والتي جاء فيها ما يلي: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون 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 يدفع الأمر إلى القضاء."

وسن التمييز طبقا لنص المادة 42 من القانون المدني الجزائري هو 13 سنة، أما سن الرشد فهو 19 سنة كاملة، وهذا ما نصت عليه المادة 43 من القانون المدني الجزائري.

– سلامة الإرادة من العيوب.

كما يشترط لصحة البيع خلو الإرادة من العيوب، أي لا تكون إرادة أحد المتعاقدين مشوبة بغلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال، فإن شاب إرادة البائع أو المشتري عيب من هذه العيوب كان عقد البيع قابلا للإبطال².

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 49339 المؤرخ في 14_11_1988 ولما كان من الثابت –في قضية الحال – أن الطاعن لم يلتزم بالعقد إلا على اعتبار صفة المهندس للمطعون ضده، دون أن يقدم هذا الأخير أية وثيقة تثبت صفته هذه، فإن قضاة المجلس بتأييدهم للحكم المستأنف القاضي

¹ - المقصود بأهلية الأداء القدرة على التعبير عن الإرادة تعبيرا صحيحا منتجا لآثاره القانونية في ذمة الشخص الصادر عنه هذا التعبير.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – البيع والمقايضة المرجع السابق. 113، ص 112

على الطاعن أن يدفع للمطعون ضده أجوره المستحقة خرقوا القانون ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه" ¹.

وتجدر الملاحظة أن المشرع الجزائري وضع أحكاما خاصة بحالة الغبن في بيع العقار غبنا يزيد عن خمس قيمة المبيع وقت البيع، وذلك في المواد من 358 إلى 360 من القانون المدني الجزائري ².

– العلم الكافي بالمبيع.

اشترط المشرع الجزائري في عقد البيع ضرورة علم المشتري بالمبيع علما كافيا، ويتم ذلك عن طريق رؤية المبيع ومعاينته، أو أن يشتمل عقد البيع على بيان المبيع وأوصافه الأساسية، وإذا أقر المشتري في عقد البيع بأنه عالم بالمبيع سقط حقه في طلب إبطال عقد البيع بحجة عدم العلم الكافي بالمبيع إلا إذا أثبت غش البائع، وهذا ما نصت عليه المادة 352 من القانون المدني الجزائري.

الفرع الثاني: المحل في عقد البيع العقاري.

إن البيع عقد ملزم للجانبين، فهو عقد يرتب التزاما على كل من البائع والمشتري وأهم التزام يقع على البائع هو نقل ملكية المبيع، ولذلك يعتبر المبيع محلا في عقد البيع. أما أهم التزام يقع على المشتري فهو دفع الثمن، ولهذا يعتبر الثمن محلا ثانيا في عقد البيع، فالمحل في عقد البيع العقاري إذن مزدوج يتكون من العقار والثمن، ولذلك سنتناول تعريف المبيع وشروطه ثم تعريف الثمن وشروطه.

1- العقار المبيع.

نتناول على التوالي تعريف المبيع، وشروطه .

¹ - حمدي باشا عمر، القضاء المدني ، ص 32.

² - لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، دار هومة، الجزائر، 2005 ، ص 100-101.

أ- تعريف المبيع.

يقصد بالمبيع الحق الذي يرد على شيء من الأشياء كحق الملكية الواردة على العقار والذي هو حق عيني أصلا.

وقد يكون حقا شخصيا، وقد يكون حقا أدبيا¹ وباعتبار أننا بصدد دراسة عقد البيع العقاري فالمبيع هو العقار، هذا الأخير عرفه المشرع الجزائري في المادة 683 من القانون المدني بأنه " كل شيء مستقر يجيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول".

ب- شروط المبيع.

لم يرد في القانون المدني الجزائري نصا خاصا بالشروط الواجب توافرها في المبيع، ولذلك يجب الرجوع إلى القواعد العامة المتعلقة بشروط محل العقد بصفة عامة².

ومن الشروط التي نص عليها القانون:

- وجود العقار أو قابليته للوجود في المستقبل.

تقضي القاعدة العامة أنه يجب لانعقاد العقد أن يكون المحل موجودا، وبالتالي إذا لم يكن موجودا من القانون المدني الجزائري نصت على أنه "يجوز يقع العقد باطلا لانعدام محله، إلا أن المادة أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا".

ومن الأمثلة على بيع الأشياء المستقبلية بيع شخص لمتزل قبل بنائه وهو ما يسمى بالبيع على التصاميم، وقد شاع هذا البيع في وقتنا الحاضر.

¹ - أورمضيني محمد، البيع العقاري، مذكرة تخرج المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، دفعة 16. ص 06 2007/2008،

² - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني - مصادر الالتزام-المرجع السابق، ص 210.

وذلك للفوائد الكثيرة التي يَحَقِّقها للمشتريين وللمرقي العقاري الذي يتولى عملية بناء هذه السكنات لفائدة المشتري¹.

ج- تعيين العقار المبيع.

يجب أن يكون العقار معيناً حتى يمكن أن يرد عليه الإتفاق، ويعتبر العقار من الأشياء القيمة أي الأشياء المعينة بذاتها، وهي التي تتميز عن غيرها بصفات خاصة تعينه تعييناً ذاتياً يجعل غيره لا يقوم مقامه فالوفاء.

وتعيين العقار يكون بذكر موقعه وحدوده ومساحته ورقمه إذا شمله المسح العام للأراضي فيجب أن يكون التعيين واضحاً نافياً للجهالة².

د- جواز التعامل في العقار المبيع.

هناك عقارات تخرج عن التعامل بحكم القانون كالعقارات الموقوفة، والعقار الموقوف هو المال المحبوس عن تملكه والتصرف فيه وجعله على وجه من وجوه البر والإحسان.

كما لا يجوز التعامل في التركات المستقبلية³، والحقوق المتنازع فيها، والتعامل في أملاك الدولة العامة. من القانون المدني الجزائري ما يلي: "لا يجوز التصرف في أموال حيث ورد في المادة الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم...".

¹ - خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، عقد البيع، المرجع السابق، ص 78

² - سي يوسف زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص 73-74.

³ - هذا ما قضت به الفقرة 02 من المادة 92 من القانون المدني الجزائري بقولها: "غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون".

- أن يكون المبيع مملوكا للبائع وقت البيع¹ فالبائع لا يستطيع أن ينقل للغير أكثر مما يملك، وعلى هذا إذا كان البائع غير مالك للمبيع، فلا يستطيع أن ينقل ملكيته إلى المشتري، وهذا الشرط إقتضته طبيعة البيع من أنه عقد ناقل للملكية بذاته، فإذا كان البائع غير مالك للمبيع وقت البيع، إستحال إنتقال الملكية منه إلى المشتري بمجرد العقد².

2- الثمن .

تنص المادة 351 من القانون المدني الجزائري على أن البيع "عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي".
من خلال نص هذه المادة نستخلص تعريف الثمن، وشروطه.

أ-**تعريف الثمن:** حسب نص المادة 351 من القانون المدني أن الثمن مبلغ من النقود، يلتزم بدفعه للبائع في مقابل إلتزام هذا الأخير بنقل ملكية المبيع إليه، لذا فالثمن ركن في عقد البيع لا ينعقد بدونه، فالإتفاق على الثمن يقتضي بطبيعة الحال تعيين هذا الثمن، وبيان الأسس التي تؤدي إلى تقديره³.

ب- **شروط الثمن.** تتمثل شروط الثمن فيما يلي:

- الثمن مبلغ من النقود:

يتميز البيع عن المقايضة بأن يكون مقابل المبيع نقودا وهو الثمن، فإذا كان الثمن غير نقود فالعقد يعد مقايضة⁴.

¹ - لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، المرجع السابق، ص 292

² - لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع نفسه، ص 292.

³ - سي سوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 79.

⁴ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 29.

– الثمن معين أو قابل للتعين:

إما يحدد ثمن المبيع من طرف المتعاقدين، ويعين تعيينا كافيا لا يدع مجالاً للمنازعة في مقداره مستقبلاً¹.
تعيين الثمن وتقديره يرد بتعيين مبلغ محدد للشيء المبيع من طرف المتعاقدين معا بهدف حماية مصلحتهما وعدم وقوع إحداهما في الغبن، والتقدير قد يكون فوراً أو بالاقتصار على الإشارة على الأسس التي سيقدر الثمن بناءً عليها بعد إبرام العقد طبقاً لنص المادة 365 من القانون المدني الجزائري².
والثمن في بيع العقار أخضعه المشرع لعدة إجراءات خاصة مختلفة عن بيع المنقول نظراً لأهميته الإقتصادية، وحماية لمصلحة الأطراف وتجنب لوقوع الغبن، لذلك أوجب إيداع خمس ثمن المبيع أمام مرأى وبين يدي الموثق محرر العقد تحت طائلة البطلان طبقاً لنص المادة 256 من قانون التسجيل المعدلة بالمادة 123 من قانون المالية لسنة 1998³.
وتنص المادة 256 في فقرتها الثانية والثالثة على أنه "إذا كان الثمن قابل للدفع عن أجل، فإن الدفع يتم عند حلول كل أجل بين يدي الموثق محرر العقد إلى غاية تشكيل خمس ثمن نقل الملكية، الذي يجب أن يجرر لزوماً ...".

¹ - لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 77.

² - حيث نصت المادة على أنه: "يجوز أن يقتصر ثمن المبيع على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد ...".

³ - أورمضيني محمد، البيع العقاري، المرجع السابق، ص 12.

- يجب أن يكون الثمن حقيقيا وجديا:

من شروط صحة الثمن أن يكون حقيقيا وجديا مماثلا للقيمة الحقيقية للمبيع، وإلا عد باطلا والثمن الحقيقي هو الذي تكون إرادة الطرفين قد اتجهت إلى إلزام المشتري بأن يدفعه فعلا باعتباره مقابلا حقيقيا لا رمزيا، ويكون الثمن غير حقيقي إذا كان صوريا أو تافها أو بخسا¹.

فالثمن الصوري هو الذي لا يقصد أن يتقاضاه من المشتري، بل نيته اتجهت إلى ذكر مبلغ من النقود يكتمل به المظهر الخارجي لعقد البيع، وهنا العقد لا يكون بالضرورة باطلا إذا كان الثمن المتفق عليه مخالفا للثمن المذكور في العقد زيادة أو نقصانا، وإثبات الصورية في الثمن تخضع للأحكام العامة للإثبات².

أما الثمن التافه، فمبدئيا تسمح حرية التعاقد للطرفين باشتراط الثمن الذي يناسبها، وليست للقاضي سلطة ممارسة الرقابة على التوازن الإقتصادي للعقد ما عدا الحالات الاستثنائية للغبن وبالرغم من ذلك ودون الاستناد إلى أي نص قانوني وفصلا في أحكام القضاء بأنه لا يبيع إذا كان المبلغ المتفق عليه من التفاهة إلى درجة عدم تناسبه وقيمة المبيع وصولا إلى الإعتقاد بأن الثمن غير جدي والبائع لم يتعاقد للحصول على هذا المقدار من الثمن³.

أما الثمن البخس نصت عليه المادة 358 من القانون المدني الجزائري بقولها "إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس، فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل، ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس، أن يقوم العقار حسب قيمته وقت البيع".

¹ - عبد الرزاق السنهوري، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 383

² - حسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 86.

³ - أورمضيني محمد، المرجع السابق، ص 12.

والثمن البخس هو ثمن جدي، لكن بينه وبين المبيع تفاوت كبير، وهو مختلف عن الثمن الصوري والتافه، إذ أن الحصول على الثمن البخس كان الدافع للبائع نقل ملكية المبيع إلى المشتري، ففي هذه الحالة ينعقد البيع بالثمن البخس بصفة طالما كان التفاوت عن الخمس فإن للبائع الحق بمطالبة المشتري بتكملة الثمن أو فسخ العقد وهو ما يسمى بالغبن الفاحش¹ المادة 384، وقد قررت هذه القاعدة للعقار دون سواه من المبيعات الأخرى نظرا لقيمة العقار رغم أنه يؤخذ على هذه المادة حصر هذه الحماية على العقارات دون المنقولات رغم وجود بعض المنقولات التي تفوت قيمة العقارات مثل الجواهرات، السيارات الفخمة .. إلخ².

الفرع الثالث: السبب في عقد البيع العقاري.

نتطرق في هذا الفرع إلى تعريف السبب، والشروط الواجب توافرها في السبب.

1- تعريف السبب.

لم يعرف المشرع الجزائري السبب في العقد وإكتفى بالنص عليه في المادة 97 من القانون المدني الجزائري "إذا إلتزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام والآداب كان العقد باطلا"³ ولقد عرف ركن السبب نظريتين: تقليدية وحديثة⁴.

وتعني النظرية التقليدية للسبب الغرض القريب المباشر الذي قصده الملتزم من وراء إلتزامه فللبائع مثلا يقصد بتحملة نقل ملكية المبيع أن يتحمل المشتري الإلتزام بدفع الثمن.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 390.

² - أورمضيني محمد، المرجع السابق، ص 13.

³ - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، ج 1، المرجع السابق، ص 222.

⁴ - محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003. ص 195.

أما النظرية الحديثة فتعتمد بالسبب الدافع، وهو الباعث الذي دفع الملتزم إلى أن يرتب في ذمته الإلتزام، فمن يشتري منزلا قد يكون الدافع له على الشراء والإلتزام بدفع الثمن هو أن يستغل المنزل أو أن يخصص لسكناه، أو أن يجعل منه محلا لعمله...، ومن ذلك أن الباعث يجمع الخصائص الآتية: هوشيء خارجي عن العقد، شيء ذاتي للملتزم، وهو شيء متغير.

2- شروط السبب .

يجب أن يكون السبب في عقد البيع العقاري موجودا، و صحيحا، كما يجب أن يكون مشروعاً.

-أن يكون السبب موجودا .

ينصرف هذا الشرط إلى السبب القصدي، وهو الغاية التي يقصد الملتزم الحصول عليها، وفي عقد البيع العقاري يكون سبب إلتزام البائع بنقل الملكية هو إرتقاب الحصول على الثمن من المشتري، وسبب إلتزام بدفع الثمن هو إرتقاب الحصول على ملكية المبيع من البائع، ولذلك فإلتزام كل من البائع والمشتري مرتبط بالآخر، بحيث إذا تخلف إلتزام أحدهما فلا ينشئ إلتزام الآخر وبالتالي لا ينعقد عقد البيع¹.

- أن يكون السبب صحيحا .

يجب أن يكون السبب صحيحا، فإذا كان موهوما أو صوريا، فيكون السبب غير صحيح، فإذا تعهد الخلف العام أو الخلف الخاص بوفاء دين سلفه ثم اتضح أن هذا الدين انقضى، فهنا يكون السبب

¹ - أورمضيني محمد، المرجع السابق، ص 14.

موهوما لأن المتعاقد وقع في غلط بشأن وجود السبب ويبطل العقد، ويكون السبب سوريا إذا كان يخفي سببا آخر غير مشروع¹.

– أن يكون السبب مشروعاً.

ينصرف هذا الشرط إلى السبب الدافع أي الباعث الذي دفع الملتزم إلى أن يرتب الإلتزام في ذمته، ويكون السبب غير مشروع، إذا خالف النظام العام والآداب، فإذا كان الباعث للمتعاقد غير مشروع، كان العقد باطلاً بطلانا مطلقاً.

أما إذا كان الباعث لأحد المتعاقدين غير مشروع ففي هذه الحالة هناك إفتراضين².

– إذا كان الطرف الآخر يعلم بعدم مشروعية الباعث لدى المتعاقد معه، فإن العقد يكون باطل بطلان مطلق .

– إذا كان الطرف الآخر لا يعلم بعدم مشروعية الباعث لدى المتعاقد معه، فلا يكون العقد باطل.

¹ - أورمضيي محمد، المرجع السابق، ص 14.

² - "من المقرر قانوناً أنه إذا 3/04 - وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار رقم 43098 المؤرخ في 12 إلتزم المتعاقد لسبب غير مشروع، أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون، ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن عقد إيجار المنزل المتنازع عليه معد لإستغلاله في الدعارة، فإن قضاة المجلس بمناقشتهم لهذا العقد وإعتماده كوثيقة رتب عليها إلتزامات بالرغم من بطلانه بطلاناً مطلقاً حرقوا القانون". راجع في ذلك: حمدي باشا عمر، القضاء المدني، 36، المرجع السابق، ص 35-1987.

المبحث الثاني: الرسمية في عقد البيع العقاري

إن مبدأ الرضائية الذي يترجم حرية المتعاقدين في إبرام العقود ما فتى يتراجع حديثا وذلك لأسباب عدة منها ما يخص المصالح الفردية ومنها ما يتعلق بالمصلحة العامة.

فبالنسبة للمصالح الخاصة فإن للرضائية مساوى قد يتضرر بسببها المتعاقد والغير، فهي تزيد في تسرع المتعاقد في إبرام العقد وعدم تقدير الأمور، وقد تساعد على نشوء الخلافات والتزاعات حول مضمون العقد، ولذلك فإن الشكلية قد تكفل حماية إرادة المتعاقد وسلامة رضاه، خاصة إذا تمثلت في كتابة رسمية وذلك لتجنب إنكار أو نسيان العقد من قبل المتعاقد معه.

أما بالنسبة للمصلحة العامة فإن الشكلية قد تعود على الخزينة بإيرادات هامة عن طريق الضرائب كالتسجيل مثلا وتوفر الضمانات للوفاء بالدين بالنسبة للتجارة الداخلية والخارجية.

لقد نص المشرع الجزائري عن الرسمية في بيع العقار بالمادة 324 مكرر 1¹ من القانون المدني وذلك تحت طائلة بطلان العقد.

ولدراسة الرسمية في عقد البيع يقتضي أولا تحديد مفهوم الحرر الرسمي، وهو ما نتناوله في مطلب أول. ولما كان المشرع قد أورد الحكم المنوه عنه بالمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني لأول مرة بموجب المادة 12 من الأمر 91/70 المؤرخ في 15/12/1970 المتضمن قانون التوثيق، ثم تلاه صدور القانون المدني بموجب الأمر 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 ولم يتضمن الإشارة ضمن أحكام عقد البيع لأي حكم مماثل، فقد أفرز هذا الوضع اختلافا حادا حول طبيعة الشرط المنصوص

¹ - المادة 324 مكرر 1 من الأمر 58 / 75 المؤرخ في : 26/09/1975 والمتضمن القانون المدني .

عنه بالمادة 12 من قانون التوثيق أعلاه لذلك فإننا نتناول تحديد جزاء تخلف الرسمية في البيع العقاري في مطلب ثان.

المطلب الأول: مفهوم المحرر الرسمي

لقد تناول المشرع تحديد مفهوم العقد الرسمي وذلك بتعريفه بالمادة 324¹ من القانون المدني بنصه: "العقد الرسمي هو عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه". سنحاول تحليل التعريف الذي أورده المادة 324 من القانون المدني ثم نعرض على تحديد شروط المحرر الرسمي.

الفرع الأول: تعريف المحرر الرسمي

لقد أورد المشرع الجزائري للحكم المنصوص عليه بالمادة 324 أعلاه تحت عنوان الإثبات بالكتابة ضمن الفصل الأول من الباب السادس من الكتاب الثاني من القانون المدني وهو نص عام يتعلق بالإثبات.

ويبدو وللوهلة الأولى أن صياغة نص المادة 324 من القانون المدني من شأنها أن تحدث خلطاً بين العقد بمفهوم المادة 54 من القانون المدني، وبين المحرر الذي يفرغ فيه العقد وهو ما تولى المشرع تعريفه وتحديد شروطه بالمادة 324.

ذلك أنه من المعلوم أن الإلتزام ينشأ من مصادر متعددة هي العقد والتصرف بإرادة منفردة والفعل المستحق للتعويض وشبه العقد والقانون، وعقد البيع ما هو إلا مجرد مصدر من بين تلك المصادر ولذلك

¹ - المادة 324 مكرر 1 ، المصدر السابق .

قد يرد ضمن محرر رسمي أو محرر عرفي وقد لا يفرغ محتواه ضمن أي محرر أصلا طالما أن القانون لا يشترط بحسب الأصل الكتابة إلا في حالات معينة، أما السند الذي تناولته المادة 324 فإنه ليس مصدرا للإلتزام، بل أنه الوسيلة التي يلجأ إليها الأطراف مسبقا لتهيئة الدليل على العقد الذي تم التراضي عليه، وهذا السند هو الذي يجب أن يرد في الشكل الرسمي إذا تعلق بنقل ملكية عقار أو حق عيني عقاري طبقا للمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني.

إن ما يعزز هذا الطرح أن المادة 324 قبل تعديل 1988 وردت بالصيغة التالية:

"الورقة الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة..."

ولذلك فإننا نرى كما ذهب إليه البعض¹ أنه يجب تعديل صياغة المادة 324 من القانون المدني وذلك باستعمال مصطلح السند أو المحرر الرسمي أو الورقة الرسمية بدلا من العقد الرسمي.

الفرع الثاني: شروط المحرر الرسمي.

إن تحليل مضمون المادة 324 من القانون المدني يقودنا إلى القول بضرورة توافر بعض الشروط حتى يكتسب العقد صفة الرسمية، والتي يمكن إجمالها في ثلاث هي:

- شروط تتعلق بصفة محرر العقد.

- شروط تتعلق باختصاص محرر للعقد.

- شروط متعلقة ببيانات العقد.

أولا: الشروط المتعلقة بصفة محرر العقد لا يكتسب العقد صفة الرسمية إلا إذا كان محررا من طرف شخص مؤهل قانونا لذلك هؤلاء الأشخاص عددهم المادة 324 من القانون المدني وهم: الموظف، الضابط العمومي، الشخص المكلف بخدمة عامة.

¹ - ينظر علي فيلاي، الإلتزامات، النظرية العامة للإلتزام، الطبعة الثانية، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص233.

- الموظف العام لتعريف الموظف العام ينبغي الرجوع إلى القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية الصادر بموجب الأمر 06-03 المؤرخ في 2006/07/15¹ والذي عرف الموظف في المادة 04 منه: "يعتبر موظفا كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة ورسم في رتبة في السلم الإداري.

الترسيم هو الإجراء الذي يتم من خلاله تثبيت الموظف في رتبته".

يتضح من مجمل هذا النص أن الموظف هو كل شخص تعينه الدولة للقيام بعمل من أعمالها²

وعلى هذا النحو يعتبر موظفو الولايات والبلديات والوزارات والإدارات العمومية ومدراء أملاك

الدولة³ وغيرهم بمثابة موظفين عموميين لهم صلاحية تحرير المحررات الرسمية التي تتنوع حسب اختصاص كل واحد منهم.

- الضابط العمومي.

وهو كل شخص يخوله القانون سلطة التصديق على المحررات وإعطائها الصبغة الرسمية، كرئيس

البلدية بصفته ضابطا للحالة المدنية وأمين الضبط بصفته يدون كل ما يدور بالجلسة من مرافعات

الموثق⁴.

¹ - الجريدة الرسمية، العدد 46، سنة 2006.

² - يحيى بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1981، ص 93.

³ - مدير أملاك الدولة الذي يعتبر موثق الدولة.

⁴ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 235.

– الشخص المكلف بخدمة عامة.

هم أشخاص يقومون بمهن حرة بحسب الأصل ويتلقون أتعابهم من ذوي الشأن ويتم تعيينهم من السلطة العمومية وباعتبار أن مهامهم تتعلق بتسيير مرفق عمومي فإن القانون يحدد بدقة مهامهم وشروط ممارسة المهنة والرقابة والتأديب وغيرها¹.

وفي هذا الإطار ينبغي التنويه أن المحكمة العليا قد أكدت الطابع الرسمي للعقود التي تم تحريرها من طرف القضاة الشرعيين عندما اعتبرت: "...من المستقر عليه فقها وقضاء أن العقود المحررة من قبل الأعيان العموميين وتعد عنوانا على صحة ما يفرغ فيها من اتفاقات وما تنص عليه من تواريخ بحيث لا يمكن ما هو مغاير أو معاكس لفحواها..."²، وأضافت في قرار آخر: "...حيث أن القرار المطعون فيه أخطأ في تطبيق القانون لما اعتمد على المادة 308 من القانون المدني الجديد، بينما الوعد بالبيع الرسمي المؤرخ في 1965/05/02 تحت رقم 1077 أبرمه القاضي الشرعي في ظل القانون المدني القديم الذي كان ساري المفعول...".

ثانيا: الإختصاص.

يشترط ليكتسب المحرر الصبغة الرسمية أن يتقيد محرره بحدود الإختصاص النوعي والإقليمي، فإذا كانت صلاحيات محرر الوثيقة لا تسمح له بتحرير نوع معين من العقود، فإن الوثيقة المحررة على هذا النحو لا تعتبر رسمية حتى ولو صدرت من موظف عام.

كما يجب على محرر العقد أن يتقيد باختصاصه المحلي فلا يصح للمحضر القضائي أن يتولى تبليغ العرائض خارج الدائرة الإقليمية للمجلس القضائي الذي يشتغل فيه، إذ أن المادة 02 الفقرة 02 من

¹ - نفس المرجع، ص ص 235-236.

² - قرار المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، بتاريخ 1989/06/03، ملف رقم 40097، المجلة القضائية، العدد الأول، سنة 1992.

القانون 03/06 المؤرخ في 2006/02/20 يتضمن تنظيم مهنة المحضر لقضائي تنص: "...يمتد

الإختصاص الإقليمي لكل مكتب إلى دائرة الإختصاص الإقليمي للمجلس القضائي التابع له"¹.

وتحدد القواعد القانونية المنظمة للمرفق العام إختصاص الموظف أو الضابط العام بشقيه. وفي هذا

السياق ينبغي التنويه أن القانون قد يعطي الضابط أو الموظف الإختصاص الإقليمي عبر كامل الإقليم

الوطني، فالقانون 02/06 المؤرخ في 2006/02/20 المتعلق بتنظيم مهنة الموثق لم يقيد الموثق بنطاق

مكاني محدد، إذ أن إختصاصه يشمل كامل التراب الوطني وهو ما أكدته المادة الثانية من القانون المنظم

لمهنة التوثيق بنصها: "تنشأ مكاتب عمومية للتوثيق ... ويمتد إختصاصها على كامل التراب الوطني"،

غير أنه لا ينبغي أن يفهم من النص أن الموثق ينتقل إلى مختلف الأماكن ويتولى تحرير العقود خارج

مكتبه، بل على العكس فإن الانتقال خارج المكتب لا يصح إلا في حالات استثنائية جدا.

ثالثا: شروط متعلقة ببيانات العقد.

لا يكفي صدور المحرر من شخص مؤهل لذلك وأن يتقيد هذا الشخص بإختصاصه النوعي

والحلي، بل يجب فضلا عن ذلك أن يتقيد بجميع الأشكال التي يحددها القانون، وباستقراء مختلف

النصوص القانونية لاسيما المادة 324 مكرر 02 و324 مكرر 04 المواد 26 وما يليها من القانون

02/06 المتعلق بالتوثيق والمادة 61 وما يليها من المرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق

بتأسيس السجل العقاري²، يمكن القول أن الأشكال التي يجب مراعاتها لاكتساب المحرر الصفة الرسمية

هي:

¹ - الجريدة الرسمية، العدد 14 لسنة 2006، الصادر في 2006/03/08، ص21.

² - الجريدة الرسمية، العدد 30 لسنة 1976، الصادر في 1976/04/13، ص498.

- أن يحجر العقد باللغة العربية في نص واحد بدون اختصار أو بياض أو نص أو كتابة بين الأسطر.
 - أن تكتب المبالغ والسنة والأشهر ويوم تحرير وتوقيع العقد من ذوي الشأن بالحروف.
 - أن يصادق على الإحالات في الهامش أو أسفل الصفحات ونفس الشيء بالنسبة للكلمات المشطوبة.
 - أن يحدد العقار محل التعامل تحديدا كافيا نافيا للجهالة من حيث موقعه ورقمه ومساحته ومعامله الحدودية.
 - أن يتضمن تحديد أصل الملكية¹.
 - أن يتم إيداع خمس المبلغ بين يدي الموثق طبقا للقانون 02/97 المؤرخ في 1997/12/31 المتضمن قانون المالية لسنة 1998²، مع الملاحظة أنه قبل صدور هذا القانون كان يتعين إيداع المبلغ كاملا طبقا للمادة 324 مكرر 01.
 - أن يتضمن ذكر إسم الموثق وتوقيعه على العقد بمعية الأطراف والشهود. والشهود ثلاثة أنواع: شهود التعريف (Les témoins de certification) وحضورهم في العقد ليس واجبا إلا إذا كان الموثق يجهل هوية الأطراف، شهود العدل (Les témoins instrumentaires) يساهمون في تكوين العقد وشهادتهم واجبة في العقود
-
- ¹ - يعفى الموثق من الإشارة إلى أصل الملكية في بعض الحالات منها: عقود الشهرة المعدة طبقا للمرسوم 352/83، وعقود إيداع العقود العرفية ثابتة التاريخ قبل 1971/01/01، وعقود التنازل المحررة في إطار القانون 01/81 المتضمن التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للقطاع العام، أنظر في هذا الصدد حمدي باشا عمر، دراسات قانونية مختلفة،: دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة، الجزائر 2006، الهامش 01، ص 136.
- ² - ينظر المادة 23 من القانون 02/97 التي عدلت المادة 256 من قانون التسجيل، الجريدة الرسمية، العدد 89 لسنة 1997، الصادر في 1997/12/31 ص 136.

الإحتفالية (Les contrats solonels) كالهبة والوصية والتزويل، وشهود التشريف

(Les témoins d'honneur) ليس لهم أي قيمة قانونية في العقد بل أن حضورهم

غرضه التشريف لا أكثر¹.

المطلب الثاني: جزاء تخلف الرسمية في البيع العقاري.

تباينت اتجاهات القضاء حول جزاء تخلف الرسمية في عقد البيع العقاري أو العقود الرامية لنقل

الملكية العقارية على مر مختلف التعديلات التي طرأت على القانون المدني منذ صدوره، بدءا بالأمر

59/75، ثم الأمر 91/70، ثم القانون 14/88 المؤرخ في 1988/05/03، الأمر الذي جعله غير

مستقر إلى حد بعيد إلى غاية صدور قرار الغرف المجتمعة للمحكمة العليا الذي سنراه أدناه.

وعليه سنحاول إبراز مختلف المواقف القضائية بخصوص هذه المسألة على النحو التالي:

الفرع الأول: الرسمية ليست ركنا لانعقاد البيع العقاري.

اكتفى القضاء إلى وقت ليس ببعيد إلى ترتيب آثار عقد البيع ومنها نقل الملكية العقارية للمشتري

بناء على عقود عرفية، وألزم بالتبعية البائع بالمثول أمام الموثق لإتمام إجراءات البيع النهائي وذلك

بتحريره في شكل رسمي.

وتجسيدا لهذا الإتجاه قررت المحكمة العليا تأييد قضاء المحاكم والمجالس القضائية في هذا الإطار، فقد

قضت: "...ياحالة الأطراف إلى الموثق لإتمام إجراءات البيع فإن القضاة طبقوا القانون تطبيقا سليما

ولا يمكن الإحتجاج بنص المادة 12 من الأمر 91/70..."¹.

¹ - حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص ص 109-110.

كما قضت المحكمة العليا للقول بنقض قضاء المحاكم الابتدائية التي فصلت على خلاف هذا الاتجاه، فذهبت المحكمة العليا للقول: "أنه كان يتعين على قضاة الموضوع مناقشة المادتين 351، 361 وليس المادة 12 من الأمر 91/70 الغير قابلة للتطبيق في قضية الحال... وأن المشرع قد قصد تخصيص مكانة للعقد العرفي في العلاقات القانونية ويعد مصدرا للإلتزامات المتعاقدين..."².

ويرى حمدي باشا عمر³ أن هذا الموقف من المحكمة العليا في الحقيقة كان يهدف إلى إيجاد حل قانوني لوضعيات فرضها الواقع، ذلك أن الأمر 26/74 المؤرخ في 1974/02/20 المتعلق بالإحتياطات العقارية⁴ منح الإحتكار لصالح البلديات فيما يخص المعاملات العقارية ومنع الأشخاص من التداول في العقارات الداخلة ضمن المخطط العمراني للبلدية باستثناء نقل الملكية بفعل الوفاة، إذ أن المادة 06 نصت: "الأراضي الخاصة الموجودة في حدود التصميم العمراني للبلدية تخصص بالولاية لسد الإحتياجات العائلية لمالكها، وكل ما زاد على هذه الحاجة يدمج في احتياطات البلدية العقارية، ولا يجوز التصرف في هذه الأراضي بأي صفة كانت إلا لصالح البلدية، ويستثنى من هذا الخطر نقل الملكية بموجب الإرث".

إن هذا الوضع جعل الأشخاص ولحق الحظر المضروب بموجب الأمر المذكور، يلجئون إلى التعامل في العقارات الداخلة ضمن المخطط العمراني بموجب عقود عرفية، وهو ما جعل المحكمة العليا

¹ - قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، بتاريخ 1995/05/05، ملف رقم 181108، غير منشور، نقلا عن حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، المرجع السابق، ص128.

² - قرار، المحكمة العليا، الغرفة المدنية، بتاريخ 1990/11/19، ملف رقم 61796، غير منشور، نقلا عن حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، المرجع السابق، ص128.

³ - حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، المرجع السابق، ص129.

⁴ - الجريدة الرسمية، العدد 19 لسنة 1974، الصادر في 1974/03/05، ص291، ألغي بموجب القانون 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 يتضمن التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية، العدد 49 لسنة 1990، الصادر في 1990/11/18، ص1560.

تتماشى مع هذا الواقع الاجتماعي، ولعل السبب في ذلك يرجع - حسب رأي نفس المؤلف - إلى قناعة الكثير من قضاة المحكمة العليا إلى شدة القيود التي فرضها الأمر 26/74 أعلاه¹.

ولذلك فقد حاولت المحكمة العليا إعطاء حل قانوني لهذه الوضعيات بالاستناد إلى بعض الحجج القانونية منها ما ورد ذكره صراحة في القرارات المذكورة، ومنها ما يتعلق بقناعة القضاة الشخصية حول الأمر المذكور، ويمكن أن تستخلص بصفة ضمنية بالنظر للوضعيات التي عولجت بموجب القرارات القضائية المذكورة، وعلى كل فإن هذه المبررات لا تخرج عما يلي:

- أن عقد البيع يرتب آثاره بمجرد التراضي على شروطه، أما الشكلية التي جاء بها الأمر 91/70 في مادته 12 فلا تعد أن تكون مجرد إجراء لتمام العقد.

- أن المادتين 351، 361 من القانون المدني تلزمان البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري وتسليمه والإمتناع عن أي فعل قد يجعل نقل الملكية عسيرا أو مستحيلا، ولا يوجد ضمن أحكام عقد البيع ما يستوجب الشكلية المذكورة كشرط لنقل الملكية، لاسيما أن القانون المدني صدر بالأمر 58/75 بتاريخ 1975/09/26 بعد صدور الأمر 91/70 بتاريخ 1970/12/15، وكان بإمكان المشرع أن يدرج الشرط المذكور ضمن أحكام القانون المدني وتحديدًا عند ذكر أركان البيع وهو ما لم يحصل، الشيء الذي يستخلص منه أن الشكلية المذكورة لا يمكن أن تعتبر بمثابة ركن للبيع.

- أن الغاية من الشرط المذكور بالمادة 324 مكرر 01 من القانون المدني هي السماح للخرينة بتحصيل الرسوم والضرائب المتعلقة بنقل الملكية العقارية فقط، وهو ما يفهم منه أن الشرط المذكور لا يتعلق بالعقد في حد ذاته.

¹ - حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، المرجع السابق، ص 129.

إن أغلب الحجج المبدأة - استثناء الثانية منها- حسب رأي الباحث لا تستند إلى أسس قانونية

متينة على التفصيل التالي:

- أنه إذا كانت المواد المتعلقة بعقد البيع لم تورد في الحقيقة حكماً خاصاً بعقد البيع يستوجب ما مفاده ضرورة إفراغه في شكل رسمي كركن من أركان انعقاده، إلا أن هذا الحكم ورد صراحة بموجب المادة 12 من الأمر 91/70 متعلق بالتوثيق حين اشترطت الرسمية في كل العقود الرامية لنقل الملكية العقارية بما فيها عقد البيع، وإذا كان هذا الحكم المذكور ورد بقانون التوثيق وهو قانون خاص فإن القاعدة تقضي بأن الخاص يقيد العام.

- أنه متى نصت المادة 12 المذكورة أعلاه على أن جزاء تخلف هذا الشرط هو البطلان، فإن الشرط المذكور يضحى حتماً بمثابة ركن من أركان انعقاد العقد، ومتى تخلفت أركان العقد كان جزاؤه البطلان المطلق ويصبح في حكم العدم، والعدم لا يرتب أي أثر قانوني بما فيها نقل الملكية، ولذلك فلا يمكن القضاء أن يلزم البائع بالمشول أمام الموثق لتنفيذ عقد معدوم.

- أن المادة 15 من الأمر 74/75 المؤرخ في 12/09/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري¹ - وهو قانون لاحق للقانون المدني- نصت على أن: "كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إظهارهما في مجموعة البطاقات العقارية...". وأضافت المادة 16 من نفس الأمر: "إن العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية". وتكون المادة 14 من نفس الأمر قد ألزمت المحافظ

¹ - الجريدة الرسمية، العدد 92 لسنة 1975، الصادر في 14/11/1975، ص 1206.

العقاري حين مسك الدفتر العقاري الإشارة إلى جميع العقود الرسمية المتعلقة بحق الملكية العقارية بنصها: "تلتزم الإشارة من أجل مسك مجموعة البطاقات العقارية إلى...: - جميع العقود الرسمية المنشئة أو الناقلة أو المصرحة أو المعدلة المتعلقة بالملكية العقارية...".

وتطبيقا لهذا الأمر صدر المرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 يتعلق بتأسيس السجل العقاري والذي نصت مادته 61: "كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي".

إن مجموع هذه النصوص يتضمن ما مفاده أن الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية لا تنتقل بين المتعاقدين إلا من تمام إجراءات الشهر العقاري، وهذه العملية لا تتم إلا بموجب وثائق رسمية وهو ما يجعل المحافظ العقاري ملزما من الناحية القانونية - باستثناء بعض الحالات ليس هو مجال دراستها- برفض إشهار أي عقد يتضمن نقل ملكية عقارية لم يقدم في الشكل الرسمي.

- أنه لا يمكن التسليم بشدة القيود التي فرضها الأمر 26/74 أعلاه والإستناد عليها كمبرر ولو ضمنا لمعالجة أوضاع واقعية نشأت بسبب معاملات مخالفة للقانون، ذلك أن القضاء مكلف بالفصل في المنازعات المعروضة عليه طبقا للقانون وهو ما يستدعي إلغاء كل المعاملات التي تمت خلافا له، وليس محاولة إيجاد حل لتلك الوضعيات بمخالفة القانون.

ورغم أن أغلب الحجج المذكورة لم تكن تستند إلى دعائم قانونية متينة على النحو المتقدم، إلا أن هذا الاتجاه للمحكمة العليا كان مبررا من الناحية القانونية وإلى حد بعيد إلى غاية صدور القانون رقم 14/88، وأن الإستناد إلى الحجة الرامية للتمسك بأحكام القانون المدني الذي لم يشترط ضمن

أحكامه الرسمية - وهو القانون اللاحق زمنيا لقانون التوثيق-، كان سببا كافيا لاستبعاد المادة 12 من الأمر 91/70¹.

الفرع الثاني: الرسمية ركن لانعقاد البيع العقاري.

تميزت هذه المرحلة في البداية بتذبذب في الإجتهد القضائي بخصوص مسألة الرسمية في عقد البيع العقاري وفي العقود الناقلة للملكية العقارية بوصف عام، مع أسبقية ملحوظة لموقف معاكس تماما للموقف السابق دراسته أعلاه، بحيث أن القضاء صار يميل وبشكل كبير إلى اعتبار الرسمية ركن لانعقاد عقد البيع العقاري يترتب على مخالفته البطلان المطلق.

غير أن الموقف لم يحسم بصفة نهائية لصالح أحد الاتجاهين على حساب الاتجاه الآخر، وهو ما جعل الوضع يزداد حدة من الناحية العملية، إذ أن قضاة المحاكم والمجالس وجدوا أنفسهم في حالة عدم استقرار نتيجة عدم وضوح الموقف، خاصة أن المحكمة العليا هي الجهة المخولة دستوريا بتوحيد الإجتهد القضائي تعرف موقفين مختلفين وهو ما يصعب معه على قضاة الدرجات الدنيا تفضيل موقف على الآخر، وهو ما استدعى تدخل الغرفة المجتمعة للفصل في المسألة بصفة نهائية.

أولا: الوضع قبل صدور قرار الغرفة المجتمعة بتاريخ 18 فيفري 1997

لقد بدأت نوايا تكريس الموقف الثاني الرامي للقول أن الرسمية ركن من أركان عقد البيع تظهر جليا من توالي صدور قرارات المحكمة العليا في هذا الصدد لاسيما بعد صدور القانون 14/88 المؤرخ في 1988/05/03.

¹ - القانون رقم 70 - 91 المؤرخ في 1970/12/15 والمتضمن مهنة التوثيق، المعدل والمتمم للقانون، 88-27 المؤرخ في 1988/07/12.

فقد قضت المحكمة العليا: "...يشترط في العقود المتضمنة نقل الملكية العقارية أن تحرر في الشكل الرسمي، وإلا وقعت تحت طائلة البطلان... أن الهبة تنعقد بالإيجاب والقبول مع مراعاة قانون التوثيق في العقارات، لذا فإن الهبة تعتبر باطلة لعدم استيفائها الشروط الجوهرية"¹.

وفي نفس الإطار ذهبت المحكمة العليا بموجب قرار آخر صادر في 1990/10/21 رقم 68467 إلى القول: "...ولما ثبت في قضية الحال أن كلا من العقدين المقدمين للمحكمة عرفيين، ومن ثم فإن قضاة الموضوع بأخذهم اللفيف واعتباره عقدا رسميا دون توفره على الشروط المنصوص عليها قانونا خرقوا القانون"².

ثانيا: قرار الغرف المتجمعة بتاريخ 18 فيفري 1997

رغم توالي صدور العديد من القرارات التي قضت بضرورة استيفاء الرسمية كشرط لنقل الملكية العقارية، إلا أن المسألة لم تحسم بصفة نهائية.

فقد أثار الملف رقم 136153 مسألة قانونية من شأنها أن تؤدي إلى تغيير الاجتهاد القضائي، ولذلك انعقدت الغرفة المختلطة طبقا للمادة 20 من القانون 22/89 المؤرخ في 1989/12/12 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وسيرها وتنظيمها للنظر في هذا الملف، وقد تشكلت هذه الغرفة من قضاة الغرفة المدنية والغرفة التجارية والبحرية، وبعد النقاش لم تتوصل الغرفة المختلطة إلى حل نهائي على اعتبار أن الغرفة المدنية تمسكت بموقفها الرامي للقول بصحة العقود العرفية كما تم بيانه أعلاه عند

¹ - قرار المحكمة العليا، بتاريخ 1994/11/09، ملف رقم 103656، نشرة القضاة، العدد 51، نقلا عن حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، المرجع السابق، ص12.

² - قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية بتاريخ 1990/10/21، ملف رقم 68467، المجلة القضائية العدد 2 لسنة 1992، ص ص 84-86.

دراسة الموقف في ظل الإجتهااد القاءم؁ ببناء تمسكأ الراءة الأأاراءة بموقفا الرامى للقول ببطلان هأه العقود لمخالفتها شرط الرسمىة.

ونظرا لهذا التباين الملحوظ فى المواقف أقرر إأالة الملف طبقا للمادأأأ 22؁ 23 من القانون 22/89 أعاله على الراءة المأأمة؁ لأن القرار الذى سآأأ من شأنه أن يؤأى إلى الأرااع عن الإأأهااد القضاأى لإأأى الراءأأأ على النحو السابق ببانه.

وقأ انأهأ الراءة المأأمة إلى إصأار قرار بأأارآ 18/02/1997 قضاأ فىه: "من المقرر قانونا أن كل ببع أأأارآ لأل أأارآ...ببب إأبأه بعقد رسمى وإلا كان باطلا. ومن المقرر أأضا أنه زأأاة على العقود الأى يأمر القانون بأأضااعها إلى الشكل الرسمى ببب أأب طائلة البطلان أأرأر العقود الأى أأأأمن نقل ملكأة عقار أو أقوق عقارأة... ببب أن أأرر على الشكل الرسمى. ومن المقرر أأضا أن بعاأ المأعاأأأ إلى الأالة الأى كانا علىها قبل العقد فى أالة بطلان العقد أو إبطاله"¹.

ورغم أن هأا القرار صأر فصلا فى نزااع قضاأى أأعلق بببع لأل أأارآ أأر أنه بمكن أعمبمه على أأمبب الأالات المأأورة فى المأاة 324 مكرر 01 من القانون المأأى ومنها عقد الببع الوارأ على عقار أو أوق عببى عقارآ.

وبأرى البعض أن قرار الراءة المأأمة آاء فى وقت مناسب بالنظر لكونه فصل فى نأطة قانونأة مهمة موحأا بشأأها الإأأهااد القضاأى؁ وأأر أأمبب القضاة بأرورة الأأببب السلبم للقانون.

¹ - قرار الراءة المأأمة فى موضوع؁ (ببع - عقد عربى - بطلان العقد) ملف رقم 136156؁ قرار بأأارآ 18/02/1997؁ ببع لأل أأارآ - بعقد عربى - ضرورة الشكل الرسمى؁ المواد 79/1 من القانون الأأارآ - 324 مكرر 1 قانون مأأى.

غير أن القرار المذكور كان يمكن أن يكون أكثر جدوى لو جاء في مرحلة سابقة أين كان تباين الإجتهاادات القضائية مبررا من الناحية القانونية بحجج سليمة.

ذلك أنه وكما مر معنا وقبل صدور القانون 14/88 فإن التباين في المواقف كان راجعا لتمسك أصحاب الإتجاه الأول - عن صواب - باستبعاد المادة 12 من الأمر 91/70 التي تستوجب الرسمية وتطبيق مقتضيات القانون المدني لاسيما المادة 351 التي ألزمت البائع بنقل الملكية العقارية دون أن تستوجب أي شروط شكلية، لاسيما أن القانون المدني صدر بعد الأمر 91/70 المتعلق بالتوثيق وكان المشرع يملك مكنة إدراج الحكم المذكور بالقانون المدني بكل سهولة غير انه لم يفعل.

بينما تمسك أصحاب الإتجاه الثاني بضرورة تطبيق المادة 12 من الأمر 91/70 باعتبارها نصا خاصا والخاص يقيد العام.

فإلى غاية هذه المرحلة كان كل موقف من الموقفين المذكورين يشكل اجتهادا قضائيا، مادام أن الإجتهاد وكما هو معلوم هو عملية فكرية يلجأ إليها القاضي لإيجاد حل قانوني لتزاع معروض عليه في حالة عدم وجود نص قانوني أو وجود نص غامض يحتمل أكثر من تفسير واحد، أو وجود أكثر من نص واحد ولكن تطبيق النصين في آن واحد يكون أمرا غير ممكن، أو أن تطبيق كل نص على حدا يعطي حلا قانونيا مخالفا للحل الآخر.

أما وبعد صدور القانون 14/88¹ المذكور أعلاه فقد أدرج محتوى المادة 12 من الأمر 91/70 في القانون المدني ضمن المادة 324 مكرر 01، ومن ثمة فإن أعمال الإتجاه الأول المذكور صار مفتقدا

¹ - القانون 91-70 ، المصدر السابق.

لأدنى مبرر قانوني، وهو ما يجعل إمكانية الإجتهااد بخصوص مسألة الرسمية غير ممكن على الإطلاق طالما أن القواعد العامة تقضي أنه لا اجتهااد مع وضوح النص.

ولذلك فإن أن قرار الغرف المجتمعة في الحقيقة لا يشكل قرارا مبدئيا ولا يمكن أن يوصف بالإجتهااد القضائي، طالما أنه توصل إلى تكريس موقف الغرفة التجارية البحرية وهو بدوره لا يعد من قبيل الإجتهااد لأنه كان بالأساس مجرد تطبيق سليم لنص قانوني واضح ولا يحتاج لأي تفسير. ومع ذلك فإن قرار الغرف المجتمعة لا يخلو من فائدة، لأن تباين القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا كان من شأنه أن يبقي الغموض مستمرا ويؤثر بصفة مباشرة على قضاة المحاكم والمجالس ويبقي الجدل مستمرا.

خلاصة الفصل الأول:

من خلال ما سبق في هذا الفصل اتضح لنا بأن عقد البيع العقاري هو عقد رضائي وملزم لجانبين عقد معارضة وكذا هو عقد ناقل للملكية بالشهر العقاري ، فقد خصه المشرع الجزائري بالإضافة إلى الأركان العامة من رضا ومحل وسبب بوجوب إفراغ التصرفات الواردة على العقارات في الشكل الرسمي، غير معتمد في ذلك بأي تصرف يحتل فيه هذا الركن ، باعتبار أن القاعدة الرسمية في المعاملات العقارية من شأنها ترقية السوق العقارية ، وضمان لاستقرارها، كما أن قاعدة الرسمية تمتاز بعدة مزايا منها: أنها توجب تحرير المحرر الرسمي من طرف الموظف العام، أو الضابط العمومي أو شخص مكلف بخدمة ، وذلك في حدود سلطته واختصاصه " فتصبح للمحرر حجية وللبينات التي تحتوي عليها تلك المحررات الرسمية قوة وقطعية، وبعد ذلك بمثابة حماية تامة للأطراف المتعاقدة والغير خصوصا مع علمهم بمدى خطورة التصرف المقدمين عليه.

الرسمية تضمن شهر المحررات المودعة بالمحافظة العقارية في الآجال القانونية المحددة.

فقاعدة الرسمية تعد بمثابة سند قابل للتنفيذ وإجراء الشهر دون الحاجة الى الحكم بتنفيذه.

الفصل الثاني

بيع العقار في مرض الموت

تمهيد : يملك الإنسان أن يتصرف في جميع أمواله لمن يريد ولا يجد من حرите في ذلك إلا حبه لنفسه وحرصه على أن لا يتجرد من ماله حال حياته فيجوز للمرء أن يبيع أو يهب كل أمواله أو بعضها دون أن يكون لأحد حتى مراجعته أو الاعتراض عليه لأنه يتصرف بذلك في خالص حقه.

أما إن احتفظ بأمواله طوال حياته، ويتصرف فيها كلها أو بعضها تصرفاً لا ينفذ إلا بعد وفاته فإن هذه التصرفات، لا يعود منها أي ضرر طالما أنها لا تنفذ حال حياته، وإنما يقتصر أثرها على إخراج المال المتصرف فيه من تركته، فيضرب الورثة بذلك من دونه.

ولم ير المشرع داعياً لتقييد حق الشخص فيها شرع حال حياته، لأنه قدر أن حرص المرء أن لا يجرد نفسه من ماله كفيلاً بالحد من رغبته في التبرع طالما بقي له الأمل في حياة لا يعرف مداها.

ولكنه قدر أيضاً أن هذا الحرص يزول من شعور الشخص بدنو أجله والظاهر أن أكثر ما يشعر المرء فيه بدنو أجله يكون غداً مرض ما يغلب فيه الوفاة ويسمى هذا الوضع مرض الموت .

ويعد مرض الموت من المسائل المهمة على الصعيد القانوني في هذا العصر نظراً لكثرة تطبيقاته العملية وامتداداته وتشعباته النظرية لذا فإن المشرع نظم أحكام هذه التصرفات في مواد متعددة منها المواد 408-409-776 من القانون المدني وكذا المادة 204 من قانون الأسرة، كما اتجهت النيابة في معظم البلدان العربية والإسلامية إلى سن تشريعات وقوانين مشتقات من الشريعة الإسلامية مثل المشرع المصري.

ولذلك فإن تصرفات المريض مرض الموت من الموضوعات التي يجب دراستها والبحث فيها لما لها من أهمية بالغة في الحياة الاجتماعية بصفة عامة وفي الحياة القانونية للذمة المالية بصفة خاصة فالمريض أثناء مرضه يتصرف ويفضل البعض الآخر على البعض.

وعليه قبل الدخول في صلب الموضوع، فقد تطرقنا لتعريف المرض لغة واصطلاحاً، وطبيعة مرض الموت وتكييفه، وذكرنا حكم تصرفات مريض مرض الموت، وعليه يتم طرح التساؤلات التالية:

ما معنى المرض في النحو و الاصطلاح؟ وما هو تعريف مرض الموت؟ وما هي حكم تصرفات مريض مرض الموت.

وهذا ما سيتم دراسته من خلال موضوعنا وفق مبحثين حيث يتناول المبحث الأول ماهية مرض الموت. أما المبحث الثاني فيتضمن حكم بيع المريض مرض الموت.

المبحث الأول : ماهية مرض الموت

المطلب الأول : مفهوم مرض الموت

قبل التطرق إلى تعريف مرض الموت في الاصطلاح ينبغي تعريف كلمة المرض في المعنى اللغوي ومن ثم الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لإعطاء المعنى الواضح لمرض الموت مع العلم أن فقهاء الشريعة اختلفوا في تعاريفهم لمرض الموت وهذا ما سيتم دراسته في اللغة والاصطلاح الشرعي والقانوني.

الفرع الأول :تعريف مرض الموت لغة واصطلاحاً

أولاً :تعريف المرض لغة

يعرف المرض لغة بأنه : كل ما خرج الكائن الحي عن حد الصحة و الاعتدال من علة أو رعا ف أو تقصير في أمر¹.

¹ - ينظر الامام مجد الدين محمد بن يعقوب بن محمد بن ابراهيم الفيروزابادي الشيرازي الشافعي ، الجزء 2 ، دار الكتب العلمية لبنان ، القاموس المحيط .

وقوله تعالى: "و ما كان لنفس أن تموت إلا بإذن الله كتابا مؤجلا و من يرد ثواب الدنيا نؤته منها و من

يريد ثواب الآخرة نؤته منها و سنجزى الشاكرين" ¹.

و قوله تعالى: في التتريل العزيز "في قلوبهم مرض" ².

والمرض: نقيض الصحة و هو السقم ، وذلك بخروج البدن عن حد الاعتدال والاعتیاد ، ويقال : المرض

والسقم في البدن والدين جميعا، والمرض في القلب يطلق على كل ما خرج به الإنسان عن الصحة في

الدين و أصل المرض النقصان .

و يقال: بدن مريض ناقص القوة قلب مريض ناقص الدين و المرض في القلب فتور عن الحق وفي الأبدان

فتور الأعضاء ³.

والمرض: جمع أمراض فساد المزاج و سوء الصحة بعد اعتدالها.

والمرض: إظلام الطبيعة و اضطرابها بعد صفائها و اعتدالها.

والمريض: هو الذي اعتلت صحته ، سواء كانت في جزء من بدنه أو في جميع بدنه .

و هو أيضا: كما جاء في كشف الأسرار قبل المرض حالة البدن خارجة عن المجرى الطبيعي .

وهو أيضا : المرض عبارة عن سبب غامض قادم مع أن الظاهر السلامة منه الموت.

ثانيا: تعريف الموت لغة

و الموت في اللغة : ضد الحياة

¹ - سورة ال عمران ، الاية 144 - 145.

² - سورة البقرة ، الاية 09.

³ - ينظر لسان العرب لابن منظور ، ص 231-232.

وقيل : صفة وجودية خلقت ضد الحياة يزول بها قوة الإحساس و النماء و التعقيل .

و الموات ما لا روح فيه و هو أيضا الأرض التي لا مالك لها من الآدميين.

وأما اصطلاحا: هو مفارقة الروح للجسد و الموت هو خمود حركات الجسد و سكونها و عدم قابليته

للمو و تهيئته للتعفن والتفسخ لذهاب الروح عنه ، فالموت هو النهاية للحياة الإنسانية

قال تعالى : " و يأتيه الموت من كل مكان"¹

قال تعالى : "كل نفس ذائقة الموت ثم إينا ترجعون"²

والموت عبارة عن خروج النفس التي يسميها الناس الروح من الجسد الإنساني خروجا نهائيا في الدنيا أي

انفصال الجسد انفصالا يؤدي إلى توقف أجهزة الجسد عن العمل.

وعليه فمرض الموت: هو المرض الذي يفضي عادة إلى الموت سواء أكان المريض طريح الفراش أم لم

يكن مثل : (الإيدز، السرطان) و إذا اتصل به الموت كان مرض الموت و جرت عليه أحكام المريض مرض

الموت، وإذا لم يتصل به الموت بان صح المريض من مرضه وبرأ ثم مات بعد ذلك فحكمه حكم الصحيح

لا المريض.

كما يعرف مرض الموت بأنه : المرض الذي يعجز صاحبه عن القيام بمصالحه خارج البيت إذا كان من

الذكور و داخله إذا كان من الإناث و يكون الغالب فيه موت المريض .

وهذا هو الرأي الراجح في الفقه و القانون.

¹ - سورة ابراهيم ، الاية 17.

² - سورة العنكبوت ، الاية 57.

الفرع الثاني : تعريف مرض الموت في الفقه

لتحديد معنى مرض الموت ينبغي الرجوع إلى الفقه الإسلامي كون المشرع لم يقم بتعريفه و عليه سنتناول في الفرع الاول التعريف الفقهي لمرض الموت و في الفرع الثاني التعريف القانوني.

أولا :التعريف الفقهي

لقد اختلف الفقهاء في تعريف مرض الموت كما اختلفوا في تفسيره أيضا. ويعرف مرض الموت في اصطلاح الفقهاء بأنه المرض الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز المريض على رؤية مصالحه خارجا إذا كان من الذكور و عن رؤية مصالحه داخل داره إذا كان من الإناث و يموت على ذلك الحال قبل مرور سنة و هو على حال واحدة ويكون في حكم الصحيح و تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه و تغير حاله و مات قبل مضي سنة فيعد حالة اعتبار من وقت التغير إلى تاريخ الوفاة مريضا مرض الموت، و عليه سنعرض آراء الفقهاء حول تعريف مرض الموت:

1- تعريف الحنفية:

عرف الحنفية مرض الموت بأنه كل مرض يغلب فيه هلاك المريض ويعجز معه عن القيام بمصالحه خارج البيت إذا كان من الذكور كعجز الفقيه عن الإتيان إلى المسجد و عجز السوقي عن الإتيان إلى دكانه وفي حق المرأة أن تعجز عن مصالحها داخل البيت مثل الطبخ و غسل الملابس و يموت على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء كان ملازما لفراشه أو لم يكن¹.

2- تعريف المالكية:

عرف فقهاء المالكية مرض الموت بأنه : ما لا يتعجب من صدور الموت ولو لم يكن غالبا

¹ - جامع الفصوليين ، محمود بن اسرائيل المشهور بابن قاضي سماونة، الجزء 2، الطبعة 1، مطبعة الازهر ، مصر ، 1300 هـ ، ص 229.

وهو المرض الذي يخاف منه الموت على المريض في العادة كالسل وذات الجنب وما أشبه ذلك.

و اعتبر المالكية الحامل إذا قرب وضعها بحكم المريض مرض الموت¹.

3- تعريف الشافعية:

أما الشافعية فقد عرفوه بأنه : المرض الذي يخاف منه الموت لا ناذرا وان لم يكن فغالبا وقيل: هو كل ما

اتصل به الموت².

وهو عندهم المرض المخوف ومن الأمراض عندهم القولنج وذات الجنب ورعاف دائم وإسهال

متواتر... الخ

4- تعريف الحنابلة:

يرى الحنابلة بان مرض الموت هو ما يكثر حصول الموت منه، ويتحقق فيه شرطان:

1- إن يكون المرض مخوفا أي يخاف منه موت المريض.

2- إن يتصل به الموت.

وعليه من خلال دراستنا لهذه التعاريف نلاحظ إن فقهاء الشريعة حصروا مرض الموت بالمرض المؤدي

إلى الهلاك والموت فعلا.

القول الراجح:

والراجح من هذه الأقوال في تعريف مرض الموت هو ما ذهب إليه الحنابلة وهو كل مرض يخاف منه

الهلاك ويتصل به الموت فعلا والمقصود بخوف الهلاك منه أن الموت يقع بسببه غالبا وليس على وجه

¹ - شرح الخرش على مختصر سيدي خليل ومعه حاشية الشيخ علي العدوي الصعيدي : لأبي عبد الله محمد الخرشى ، الجزء

5، الطبعة 2 - المطبعة الأميرية ببولاق . مصر 1317 هـ، ص 304.

² - ينظر الأم للشافعي 4 / 35 وما بعدها.

الندرة، ولا يقبل حصول الموت فيه بمدة سنة وإنما القيد أن يتصل به الموت أي يبقى مريضاً ويمتد به مرضه إلى الموت سواء بقي على هذه الحالة سنة أو أكثر أو أقل قبل أن يموت.

كما أنه يلزم الاستعانة بأهل الخبرة والعلم بالطب لمعرفة كون المرض مخوفاً أم لا أما الحالات الملحقة بمرض الموت فالقباض فيها كل حالة يغلب فيها الهلاك على من يكون فيها كالمحكوم عليه بالإعدام وقد حاز الحكم صفة الثبات ووافق على تنفيذه رئيس الدولة وصار واجب التنفيذ وأخبر المحكوم بوقت التنفيذ¹.

الفرع الثالث: تعريف مرض الموت في التشريع الجزائري.

إن المشرع الجزائري لم يعرف مرض الموت في القانون المدني غير أن تعريفه منبثق من أحكام الشريعة الإسلامية إعمالاً للمادة الأولى من الفقرة الثانية من القانون المدني التي تحيل إلى أحكام الشريعة فيما لم يوجد في حكمه نص القانون وعليه فمرض الموت هو المرض الذي يغلب فيه الهلاك ويقعد الشخص عن القيام بمصالحه ويتصل به الموت فعلاً.

على عكس نظيره المصري إلا أن القضاء الجزائري لم يبق مكتوف الأيدي فلقد تطرق لمرض الموت في عدة قرارات صادرة عن المجلس الأعلى.

ونذكر بعض القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى ومنها:

القرار الصادر بتاريخ 9 جويلية 1984 يعرف في حيث يأتته مرض الموت والتي جاءت كما يلي :

ويتضح من الدعوى إن القضية تدور حول إبطال تصرف في حالة مرض الموت وفي هذا الصدد فإن² المعروف فقها واجتهادا إن المرض الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا يجر إلى الموت

¹ - عبد الكريم زيدان. المرجع السابق ذكره. ص 365 - 366

² - قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية رقم 237858: فهرس رقم 257 بتاريخ 2000

وبه يفقد المتصرف وعيه وتميزه وبحسب ذلك فعلى الطاعنين إن يثبتوا بان البائع لم يملك تميزه ولا صحة عقله وإن المرض الأخير الذي انتابه أدى إلى تصرف باطل... .

كما نجد قرار آخر صادر بتاريخ 23 نوفمبر 1993 عن المحكمة العليا الذي ينص في حيثياته على:

وإن حالة المحبس ع م الذي قام في الحبس حسب موضوع النزاع في أوت 1987 كان يعاني منذ

1985 من مرض خطير لازمه إلى يوم وفاته في 3 نوفمبر 1987 .

كما نجد في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 24 سبتمبر 1996 الذي يعرف في حيثياته مرض

الموت : حيث بالرجوع إلى أوراق الدعوى يتبين أن الواهب مات بمرض السرطان بعد 5 أشهر من الهبة التي صدرت منه.

حيث أن المرض الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا أو يجر إلى الموت وبه يفقد

المتصرف وعيه وتميزه.

ونجد قرار صادر بتاريخ 22 فيفري 2000 عن المحكمة العليا الذي جاء في حيثياته ... 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 الذي¹ يغلب فيه خوف

الموت المريض و يعجز هذا الأخير على رؤية مصالحه في إجراء أي تصرف . كما نجد قرار آخر صادر

عن المحكمة العليا بتاريخ 18 أبريل 2001 ينص في حيثياته: بينما عقد الهبة المحرر لفائدة المدعى عليها

في الطعن ثم يوم 12 سبتمبر 1996 قبل وفاة الواهب بشهر واحد و ثلاثة و عشرون يوما , عن عمر

يناهز 90 عاما وهي حالة مرض أهلك قواها أ وقعدها واثر على مداركها العقلية وأدى إلى وفاتها ،

¹ - القرار عن غرفة الأحوال الشخصية تحت رقم 96675 بتاريخ 23.11.1993 منشور بالمجلة القضائية لسنة 2001 عدد خاص أحوال شخصية ص 302 .

وتحققت بذلك علاقة السببية بين المرض والموت . كما نجد قرار آخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 23 نوفمبر 2005 بنص أن ما يعنيه الطاعن على القرار المطعون فيه ليس في محله ذلك أن قضاة الموضوع قد بينوا وبأسباب كافية إن الواهب تصرف في مرض الموت وأثبتوا بتوفر الشروط الثلاثة ، وهي:

أن يقعد المرض صاحبه عن قضاء مصالحه ، وان يغلب فيه الموت وان ينتهي بالموت , وقد تأكدوا من توفر الشروط الثلاث¹

والملاحظ في التعريف الوارد في القرارات القضائية عدم خروجه عن الإطار الذي رسمه علماء الشريعة لمرض الموت من كونه لا يؤثر على أهلية المريض.

وهذا ما ذهبت إليه محكمة مصر الابتدائية في حكمها الذي جاء كالآتي: مرض الموت عند علماء الشرع هو الذي تخاف منه الموت ولا يرجى برؤه سواء أزم صاحبه الفراش أم كان يخرج من بيته و سواء طال مدة المرض أو قصرت ، من غير النظر إلى استيلائه على القوى العقلية وعدمه ، لا الأمراض العضالة تؤثر من طبعها في العقل كمرض السل مثلا: وتعرف محكمة النقض المصرية : مرض الموت في حكمها الصادر في 7 جانفي 1976 بأنه: المرض الشديد الذي يغلب على الظن موت صاحبه عرفا أو بتقدير الأطباء ، ويلازمه ذلك المرض حتى الموت أ و ن يعجز غير العاجز من قبل ، عن القيام بمصالحه الحقيقية خارج البيت فيجتمع فيه تحقق العجز والهلاك اتصال الموت به.

كما قضت محكمة النقض المصرية بأنه لا يشترط لاعتبار المرض مرض الموت أن يؤثر على سلامة إدراك المريض أو ينقص من أهليته للتصرف وإذا تقادمت العلة ووقفت عند حد فهي مرض صحته والمعول

¹ - قرار صادر عن غرفة أحوال الشخصية تحت رقم 312593 بتاريخ 2005/07/23.

عليه أن تقادم المرض يكون بمضي سنة لكن يجب اعتبارها مرض موت مهما طال مدتها أي ولو زادت عن السنة إذا كانت حالة المريض آخذة في التدهور حتى التمس المرض فعلا بوفاته.

وتقضي محكمة النقض المصرية أنه إذا استمر المرض مدة تزيد عن السنة دون ازدياد أو تغير في حالة الشخص فإن تصرفاته في هذه الفترة تكون كتصرفات الصحيح ولا يعتبر التصرف في مرض الموت في هذه الحالة إلا إذا تغيرت حالة المريض واشتدت وصدر التصرف بعد هذا التغير الذي إشتد فيه المرض وأعقبه الموت فعلا¹.

كما أن المادة 543 من القانون الأردني تعرف مرض الموت بأنه: "مرض الموت هو المرض الذي يعجز فيه الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة ويغلب فيه الهلاك ويموت عن تلك الحال قبل مرور سنة فإن امتد مرضه وهو على حالة واحدة دون ازدياد تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح".

والمادة 505 من مشروع القانون المدني الفلسطيني بأنه: "هو المرض الذي يعجز فيه الإنسان عن متابعة أعماله ويغلب فيه الهلاك ويموت على تلك الحالة قبل مرور سنة فإن امتد مرضه سنة أو أكثر قد يكون مرض الموت"

المطلب الثاني: شروط مرض الموت وتكييفه وطبيعته القانونية

الفرع الأول : شروط مرض الموت وتكييفه

لكي يكون المريض مرض الموت لابد من توفر الشروط وإذا اجتمعت هذه الشروط كان من شأنها أن

تقيم في نفس المريض حالة نفسية هي أنه مشرف على الموت ولقد كان الفقه الإسلامي يقف عند

¹ - محمد حسين. عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الطبعة الرابعة، سنة 1994، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، ص 216 - 217.

الضوابط الموضوعية ويستدل بما على الأمور الذاتية فإنه يكتفي بهذه المعلومات المادية ليستخلص منها أن المريض وهو ينصرف كانت تقوم به حالة نفسية هي أن حلم قد دنا.

هذا وقد أجمع الفقه والاجتهاد القضائي على أن مرض الموت يجب أن تتحقق فيه ثلاثة شروط:

1- أن يقعد المريض عن قضاء مصالحه أو حوائجه:

يجب أن يجعل المرض المريض عاجزا عن قضاء مصالحه العادية المألوفة التي يستطيع الأصحاء عادة

مباشرتها كالذهاب إلى السوق وممارسة أعمال المهنة إذا لم تكن شاقة وقضاء الحوائج المتزلية إذا كان

المريض من الإناث وليس واجبا، ليكون المرض مرض الموت أن يلزم المريض الفراش فقد لا يلزمه ويبقى

مع ذلك عاجزا عن قضاء مصالحه¹.

وعلى العكس من ذلك قد يكون الإنسان عاجزا عن قضاء مصالحه لسن عالية في شيخوخته تجعله غير

قادرا على مباشرة الأعمال المألوفة ويكون في حاجة إلى من يعاونه عليها وليس به مرض وإنما هو

الشيخوخة أو هيئته فهذا لا يكون مريضا مرض الموت ويكون لتصرفاته حكم الأصحاء أو يكون عاجزا

عن مباشرة الشاق من أعمال مهنته بسبب المرض كما إذا كان محترفا حرفة شاقة لا يستطيع مباشرتها

إلا وهو في كامل عافيته فيقعد مرضه عن ذلك دون أن يعجز عن مباشرة المألوف من الأعمال بين الناس

فلا يكون في هذه الحالة مريضا مرض الموت².

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، البيع المقايضة، المجلد الأول، الجزء الرابع دار الحياة، التراث العربي، بيروت، لبنان، ص 320 .

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق ذكره، ص 321 .

2- أن يغلب في المرض خوف الموت.

يجب أن يغلب فيه خوف الموت وذلك في حالة كون المرض مرضا خطيرا وهو من الأمراض التي تنتهي بالموت عادة أو أن يكون المرض قد بدأ بسيطا ثم أخذ يتطور حتى بات يخشى على صاحبه الهلاك. إن قعود المريض عن قضاء مصالحه ليست شرطا أساسيا من شروط مرض الموت لأنه هناك أمراض يتولد فيها شعور لدى المريض بخوف الموت وتنتهي بالموت فعلا إلا أن هذه الأمراض لا تقعد المريض عن قضاء حاجته وهناك أمراض تقعد المريض عن قضاء حوائجه وقد لا يدري فيها المريض ولا تظهر إلا بعد وفاته ففي هذه الحالة تعتبر تصرفات المريض تصرفات صحيحة.

إن عدم قعود المريض مرض الموت عن القيام بمصالحه وعدم علمه بأنه مريض بمرض خبيث يؤدي إلى الموت وعدم وجود شعور لديه بالخوف من الموت ينفي توفر شروط الموت. حالة مرض الموت مشروطة شرعا بأن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك أي الموت فيكون مرضا خطيرا ، إذا قد يبدأ بسيطا ثم يتطور لتصبح حالة المريض سيئة وخطيرة¹.

وقد يكون المرض مما يعجز الشخص عن قضاء مصالحه إلا أنه لا يغلب فيه الهلاك مثال ذلك أن يصاب الإنسان في عينيه فيعجز عن الرؤية أو يصاب في قدمه إصابة تعجزه عن المشي وبالتالي عن الخروج من بيته فمثل هذه الأمراض وان عجز الإنسان عن قضاء مصالحه إلا أنه يشفى منها عادة ولا يغلب فيها الموت ومن ثم تكون تصرفاته هي بذاتها تصرفات الأصحاء.

ولقد قضت محكمة النقض المصرية حالة مرض الموت مشروطة شرعا بأن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد اكتفى في اعتبار أن المورث كان مريضا مرض الموت وقت

¹ - نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت الوصية، البيع الهبة، الوقف، الخلع، الطلاق، دار الهدى للنشر و التوزيع، الجزائر، ص

صدور التصرف المطعون فيه بأن قعد عن مزاولة أعماله خارج المنزل في الشهور الستة السابقة لوفاته بسبب سقوطه من فوق ظهر دابته دون بيان لنوع المرض الذي انتاب المورث وتحقيق غلبة الموت فيه وقت صدور التصرف المطعون فيه فإن ذلك الحكم يكون قاصرا قصورا يعجز المحكمة النقض عن مراقبة صحة تكييفه للمرض بأنه مرض موت¹.

3- يجب أن ينتهي المرض بالموت فعلا:

ويجب أخيرا أن ينتهي المرض بالموت فعلا فإذا أصيب شخص بمرض أفعده عن قضاء مصالحه وغلب فيه خوف الموت، ولكنه مع ذلك برئ منه وقد كان قد تصرف في حالة أثناء المرض كان حكم تصرفه هذا هو حكم تصرف الأصحاء وترى من ذلك أن المريض بمرض يقعد عن قضاء المصالح ويغلب فيه خوف الموت إذا تصرف في ماله أثناء هذا المرض كان تصرفه معتادا به حال حياته ولا يجوز للورثة الاعتراض عليه مادام المريض حيا فإذا انتهى المرض بالموت تبين عن ذلك أن التصرف وقع مع مرض الموت وجاز الطعن فيه على هذا الأساس وإذا شفي المريض تبين أن التصرف الذي صدر منه لم يقع في مرض الموت فلا يجوز الطعن فيه بذلك من الورثة ولكن يجوز لمن صدر منه التعرف نفسه أن يطعن في تصرفاته بالغلط في الباعث بأن يثبت أنه إنما تصرف² وهو معتقد أنه في مرض الموت ولو اعتقد أنه سيشفي ما كان ليتصرف ففي هذه الحالة يكون التصرف قابلا للإبطال للغلط ويجوز للمتصرف أن يبطله لهذا العيب. وقد يطول المرض بأن يكون من الأمراض المزمنة كالشلل والسل وينتهي بالموت ولكن بعد مدة طويلة والقاعدة في هذه الأمراض المزمنة أنها لا تعتبر للوهلة الأولى مرض الموت وإذا طالت دون أن تشتد بحيث يطمئن المريض إلى أن المرض قد وقف سيره ولم يعد هناك منه خطر داهم وهذا حتى لو كان المرض قد

¹ - نبيل صقر، المرجع السابق ذكره، ص 14 - 15.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق ذكره، ص 325.

أقعد المريض عن قضاء مصالحه وألزمه الفراش مادام لم يغلب فيه خطر الموت العاجل لكن اشتد المرض بعد ذلك وساءت حالة المريض حتى أصبحت تقدر بدنو الأجل واستمر المرض في الاشتداد حتى انتهى بالموت فعلا فإنه يعتبر مرض الموت في الوقت الذي اشتد فيه وهناك رأي في الفقه الإسلامي أخذت به المجلة، تقدر المدة التي يطول فيها المرض ويستقر فلا يخشى منه خطر عاجل بسنة فإذا طال المرض المزمّن سنة دون أن يشتد لم يعتبر مرض الموت وإذا اشتد المرض بعد ذلك انتهى بالموت فعلا قبل انقضاء سنة من اشتداده، يعتبر في هذه الفترة مرض الموت ولقد أخذ القضاء المصري بهذا الرأي في أكثر

أحكامه¹، ولقد قضت المحكمة العليا الجزائرية متى كان من المقرر فقها وقضاء أن مرض الموت الذي يبطل التصرف فيه هو المرض الأخير إذا كان خطيرا ويجر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتميزه فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا للقواعد الفقهية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي السائد بشأن هذا الخصوص إذا كان الثابت أن الطاعنين لم يستطيعوا إثبات أن البائع لم يكن يملك تميزه ولا صحة إدراكه وقت تصرفه وأن المرض الأخير الذي اعتراه أدى إلى تصرف باطل فإن قضاة الموضوع اقتنعوا بما لهم من أدلة يكون المرض الأخير لم يكن مرضا من شأنه أن يفقد التعرف مراقبة أمواله وقد اتفقوا فيما قضوا به في النزاع المطروح أمامهم ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن المؤسس على مخالفة أحكام هذا المبدأ.

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق ذكره ص326

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لمرض الموت.

أتى القانون المدني الجزائري والقوانين العربية الأخرى ببعض الأحكام الخاصة بتصرفات المريض مرض الموت استمدت معظمها من الشريعة الإسلامية إلا أنه لم يوضح ما هي أهلية المريض مرض الموت ، وهل المرض يفقدها أو ينقصها ؟ وعليه سنتطرق لذلك في الشريعة الإسلامية ثم في القانون المدني.

أولا : في الشريعة الإسلامية.

تتحقق أهلية الشخص متى كان قادرا على فهم أدلة التكليف، وقادرا على الإتيان بها والفهم لا يتحقق إلا لمن كان عاقلا ، لأن أداة الفهم و الإدراك لا تكلف إلا لمن لا عقل له ، فقد روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم (رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحلم وعن المجنون حتى يعقل ¹ . والمريض مرض الموت هو شخص عاقل راشد له أهلية الوجوب والأداء لذلك فهو أهل ليتعاقد شرعا وقانونا ولذلك فإن القانون والشريعة الإسلامية لم تحدد من عقود المريض مرض الموت وتصرفاته لانعدام أهليته أو نقصها وإنما يرجع تقييد الصرف في مرض الموت إلى تعلق حق الورثة بأموال المريض في وقت المرض، لذلك لا يجوز للمورث التصرف الكامل في مال يعتبر في حكم المملوك للورثة. وحفاظا على حق الدائم في تركته أسيرا على رغبته الدافعة لأثار بعض الورثة مخالفا لذلك أحكام الميراث أو اندفاعا وراء رغبة أو شهوة لإعطاء من يستحق أكثر مما له أو تدفعه مغاضبة بعض الورثة محاولة حرمانه من ميراثه بعد موته ² .

¹ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع سابق ذكره ، الجزء الرابع ص323

² - الإمام محمد أبو زهرة، المرجع سابق ذكره ص371

ومرض الموت عند الشرعيين وان كان من عوارض الأهلية التي تقتضي تغيرا في بعض الأحكام فإنه ينافي أهلية الوجوب أي إلزاميته بالواجبات الشرعية، سواء أكانت من حقوق الله تعالى كالصلاة والزكاة أم من حقوق العباد كالقصاص ونفقة الأزواج والأولاد ولا ينافي ذلك أهلية العبادة أي احترام الأقوال التي تصدر عنه بغض النظر عن لزومها ونفاذها، انه لا يخل بالعقل ولا يمنه من استعماله.

ثانيا : في القانون المدني

وعليه فالعقد يكون صحيحا إذا كانت جميع شروطه كاملة غير منقوصة وينفذ مباشرة، أما إذا فقد شرطا من الشروط المطلوبة يكون باطلا أو غير صحيح.

ويراد من نفاذ العقد أن يترتب عليه آثاره في الحال، ولا يتوقف على إجازة غير العاقد، وذلك يكون إذا كان العاقد مالك الما عقد عليه أهلا للاستقلال في إصدار هذا العقد بأن يكون بالغا عاقلا أو غير مالك لما تعاقده عليه ولكنه دون ولاية في إصداره كالولي، والوصي والوكيل، أما إذا كان مالكا ولكنه غير أهل للاستقلال بإصدار العقد كالصبي المميز في العقود والدائرة بين النفع والضرر، أو كان أهلا للتعاقد ولكنه ليس مالكا ولا ذا ولاية شرعية أو قانونية على من يملك كالفضولي، فإن العقد لا يكون نافذا ولكنه يكون موقوفا وإذا نظرنا إلى هذا الأصل بالنسبة إلى المريض وجدنا أن المريض أهل للتعاقد، ومتى عقد على ما يملك كان عقده صحيحا فيلزم أن يكون نافذا.

فاعتبار أهلية المريض مرض الموت أهلية كاملة كأهلية الصحيح تاما يرجع إلى الأسباب التالية:

1- لو كان المريض مرض الموت ناقص الأهلية لكان تصرفه بالوصية في حدود الثلث باطلا مطلقا، لأنه تصرف ضار به ضررا محضا، وهناك إجماع على أن تصرفه في حدود الثلث صحيح نهائيا.

2- لو كان ناقص الأهلية، وكان تصرفه تبرعاً فإنه يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً ولا يستطيع ورثته

إجازته، لأنه التصرف الباطل بطلاناً مطلقاً ترد عليه الإجازة وهناك إجماع أن للورثة إجازة هذا

التصرف.

3- لو كان المريض مرض الموت ناقص الأهلية لكان تصرفه تبرعاً باطلاً بطلاناً مطلقاً إن لم يكن له

وارث وهناك إجماع على تصرفه في كل ماله صحيح إن لم يكن له وارث.

4- إن نقص الأهلية يرجع قانوناً إلى عارض من عوارض الأهلية وهي الجنون، العته، السفه، الغفلة، أو

عيب من عيوب الرضا وهي الغلط، التدليس الإكراه والاستغلال ولم يقل أحد من فقهاء الشريعة

الإسلامية التي هي مصدر تصرفات المريض مرض الموت أنه مصاب بأخذ هذه العوارض أو أن إرادته

معيبة بأخذ هذه العيوب.

5- لو قلنا أن تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر قابلة للإبطال فإن طلب الإبطال لا يكون إلا لمن شرع

الإبطال لمصلحته وإذا مات انتهى بموته هذا الحق وصار التصرف صحيحاً نهائياً.

6- إذا كان للورثة حق إبطال تصرفه فإن حقهم هذا حق شخصي لم يرثوه عن ورثتهم بل أنهم

يستعملونه للدفاع عن حقوقهم لا عن حق مورثهم.

والمريض مرض الموت هو شخص عاقل رشيد، ففيه أهلية الوجوب والأداء والعبارة ولذلك فهو أهل

التعاقد شرعاً وقانوناً ولذلك فغن الشريعة الإسلامية لم يحدا من عقود المريض مرض الموت وتصرفاته

لانعدام أهليته أو نقصها وإنما للحفاظ على حق الدائنين والوارث لتمكين الدائنين من استيفاء ديونهم

ولكي لا يتمكن هو من تضييع حق الورثة في تركه.

ومرض الموت وإن كان من عوارض الأهلية التي تقتضي تغيرا في بعض الأحكام فغنه لا ينافي أهلية الوجوب أي التزامه بالواجبات الشرعية سواء أكانت من حقوق الله تعالى كالصلاة أو الزكاة أو من حقوق العباد كالقصاص ونفقة الأزواج والأولاد، ولا يتنافى كذلك أهلية العبادة أي احترام الأقوال التي تصدر عنه بغض النظر عن لزومها ونفاذها لأنه لا يخل بالعقل ولا يمنع من استعماله، حتى صح زواج المريض وطلاقه وانعقدت جميع تصرفاته وجميع ما يتعلق بالأقوال التي تصدر عنه.

المبحث الثاني: بيع العقار أثناء مرض الموت في التشريع الجزائري والتشريعات العربية

أورد التقنين المدني الحكم العام الذي يحكم تصرفات المريض مرض الموت سواء كان التصرف بيعا أو غير بيع في المادة 776 التي تنص على أن كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه الأحكام الوصية أيا كانت تسمية التي تعطى إلى هذا التصرف.

وتصرفات المريض مرض الموت متنوعة ومختلفة من حيث الأثر الناتج فبعضها لا يكون أثر سلبى ومستحب وبعضها قد تكون عقود معوضة مثل البيع والشراء ... إلخ.

وقد تكون عقود ترتيب التزام من طرف واحد كالوصية والهبة والوقف وقد يترتب عليها آثار جانبية مثل الطلاق والخلع.

المطلب الأول: بيع العقار في مرض الموت في التشريع الجزائري

إن أي شخص يمكن أن أفي جميع أمواله لمن يريد وحرصه على أن لا يتجرد من ماله حال حياته ، فيحوز له أن يبيع أو يهب كل أمواله أو بعضها دون أن يكون لأحد حق مراجعته أو مجرد الاعتراض عليه لأنه إنما يتصرف في خالص حقه.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد الى انه لم يرد في التشريع الجزائري ما يبين حكم بيع العقار في مرض الموت وإنما الذي ورد هو حكم البيع في مرض الموت بصفة عامة بحيث تنطبق هذه الاحكام على كافة البيوع بما فيها بيع العقار في مرض الموت.

وقد نصت المادة 408 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال".
وعلى هذا سنتناول هذا المطلب كالتالي:

الفرع الأول: البيع في مرض الموت

نص المشرع على أحكام بيع مريض مرض الموت في المادتين 408 و 409 من القانون المدني، و تطبيق هذه القواعد يقتضي أن يثبت المتصرف له أن العقد بيع و ليس تبرعا.

و تنص المادة 408 على: "إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا، إلا إذا أقره باقي الورثة"

فإذا لم ينفذ البيع في حق الورثة بقي الشيء المبيع عنصرا من عناصر التركة، على أن يرد المشتري الثمن الذي دفعه للبائع.

و إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه، و من أجل ذلك يكون قابلا للإبطال و يترتب على البطلان أن يرد للمشتري الثمن الذي ثبت دفعه للبائع و أن يرد المشتري المبيع¹.

¹ - الدكتور أنور طلحة نفاذ و إنحلال عقد البيع، دار الكتب القانونية 2003

غير أن المشرع في المادة 409 ق.م استثنى من هذه الأحكام الحالة التي يكون فيها المتصرف إليه قد تصرف في الشيء إلى شخص آخر، ورتب له حقا عينيا على المبيع. فإن كان الغير حسن النية و كان التصرف صادر إليه معاوضة فلا تؤثر على الحق الذي اكتسبه، و ذلك بشرط أن يكون قد اكتسب فعلا الحق العيني اكتسابا يجوز به الاحتجاج على الغير، إذ أن ورثة البائع يعتبرون غيرا بالنسبة للتصرفات التي يبرمها المشتري، فإن كان الشيء عقارا ووجب أن يكون قد تم شهره.

الفرع الثاني : بيع المريض مرض الموت للورثة

إن البيع الحاصل من المورث و هو في حالة مرض الموت لأحد ورثته لا ينفذ إلا إذا أقره باقي الورثة و يتبين من ذلك أن المشرع اعتبر البيع لو ارث كله محاباة، أي دون ثمن أصلا فطبق عليه حكم الوصية كاملا، و في حالة عدم الإقرار فإن المبيع يبقى ضمن عناصر التركة. و تجدر الإشارة أن نص المادة 408 ق.م باللغة الفرنسية تتعارض مع النص العربي، بحيث أن النص باللغة الفرنسية يشترط أن يتم البيع في حالة وهو شرط لم يرد في النص العربي، و لم تشترطه الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الذي « اشتداد المرض¹ استقى منه المشرع الجزائري أحكام تصرفات المريض مرض الموت.

فالنص العربي اشترط أن يتم البيع في مرض الموت، و عبارة مرض الموت تكفي لأن تحوي في طياتها شروط قيام حالة المرض، من غلبة الهلاك و العجز و اتصال الموت بمرض فعلا.

و لقد وجهت انتقادات² للنص فيما يخص الحكم الوارد به على أساس أنها و إن وافقت المادة 189 من قانون الأسرة، فإنها لا تتماشى مع المادة 185 من نفس القانون، بمعنى أن المورث يجوز له الوصية

¹ - الدكتور سليمان مرقص، شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد البيع، القاهرة عالم الكتاب 1980 ص566

² - الدكتور علي علي سليمان، إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، المطبوعات الجامعية 1992 ص-128-129.

بثلث ماله، و إذا باع للوارث ما يعادل ثلث المال فهذا لا يحتاج لإقرار الورثة، و بهذا يرى المنتقدين

ضرورة التعديل، بحيث يكون نفاذ البيع لوارث دون إقرار الورثة إذا لم يجاوز ثلث التركة.

و النص اعتبر البيع لوارث كله محابة و أعطاهها حكم الوصية، متماشيا مع أحكام الشريعة الإسلامية التي

جعلت البيع الحاصل من المورث و هو في حالة مرض الموت لأحد ورثته، لا يكون نافذا في حق سائر

الورثة إلا إذا أجازوه و الإجازة¹ ضرورة وفقا لمذهب الإمام أبي حنيفة، و لو كان البيع بثمن مثل

لثبوت حق الورثة جميعا في أعيان التركة ذاتها، فتصرف المورث في حال المرض لأحد الورثة فيه إثبات

أحد الورثة على الآخر و هذا يولد الحقد بين الورثة خاصة أن لهم حق في مال المورث من وقت بدء

المرض، و بالتالي

فوقف النفاذ على الإقرار بعد الوفاة فيه عدل لحقوق الورثة المحددة بأحكام الموارث، هذا حتى وإن كان

البيع بثمن المثل، لأنه قد يبيع المورث خلال مرضه لوارث عين نادرة الوجود¹ بقيمة المثل، و كانت

هذه العين لها قيمة معنوية لدى جميع أفراد العائلة، فإن البيع فيه محابة حتى ولو كان بثمن المثل فضلا

على أنه لو لم يتم هذا البيع فبعد الوفاة و إجراء قسمة التركة، فإن هذه العين قد لا تكون من نصيب

هذا الوارث و إذا تمسك بها فلا يكون له ذلك إلا بإقرارهم.

و هذا ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها: "من المقرر قانونا أنه إذا باع المريض مرض الموت لوارث،

فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد إساءة في

تطبيق ... القانون².

¹ - الدكتور سليمان مرقص، المرجع السابق ص566

² - المجلة القضائية عدد 04 سنة 1991 ص 2 / 07/ 68 قرار رقم 62165: المؤرخ في 09-1990.

وقضت أيضا "من المقرر قانونا أن عقد البيع المنجز أثناء مرض الموت لفائدة الوارث، لا يكون نافذا إلا إذا..." أقره باقي الورثة¹.

و بما أن النص يتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية و المادة 189 من قانون الأسرة فإنني أقترح عبارة "حتى ولو كان البيع بضمن المبيع" و هذا في آخر الفقرة، مع تصحيح النص باللغة الفرنسية وفقا للنص العربي بعد إحداث التعديل المقترح.

الفرع الثالث: بيع المريض مرض الموت للغير:

نصت المادة 408 فقرة 2 من القانون المدني أنه "إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه و من أجل ذلك يكون قابلا للإبطال"

تجدر الإشارة أن النص باللغة الفرنسية يتضمن تعرضا مع النص باللغة العربية، فالنص العربي يعتبر التصرف غير مصادق عليه و من أجل ذلك يكون قابلا للإبطال، و النص الفرنسي يفترض أن البيع قد تم بدون رضا صحيح أي أن النص العربي جعل أساس القابلية للإبطال، أن يكون البيع غير مصادق عليه، دون تبيان ممن تصدر هذه المصادقة.

والنص الفرنسي جعل أساس القابلية للإبطال عيب شاب الرضا دون تبيان هذا العيب² و عيوب الرضا هي الغلط، التدليس، الإكراه، الاستغلال و نقص الأهلية للقصر.

والشريعة الإسلامية قيدت تصرفات المريض لتعلق حقوق الورثة بالتركة من تاريخ بدء المرض وليس لعيب في رضاه.

¹ - المجلة القضائية عدد 02 سنة 1996 ص 3 / 07/ 80 القرار رقم 139123: المؤرخ في 09-1996.

² - ينظر أيضا محمد زهدور محمد، الوصية في القانون المدني 1-130-131- الدكتور علي سليمان، المرجع السابق ص 129 - 132.

وإذا كان التصرف للغير قابل للإبطال فلمن يكون حق الإبطال؟ فإن كان لمصلحة المريض فهذا الأخير لا يعتبر في حالة مرض الموت، إلا بتحقيق نتيجة الوفاة. و بالتالي فالإبطال غير ممكن بالنسبة له وعليه فالحديث عن القابلية للإبطال في غير محله، لأن المسألة تتعلق بمدى نفاذ تصرفات المريض مرض الموت لغير الوارث، والحكم الوارد في نص المادة 408 من الفقرة 2 من القانون المدني خاطئ ومخالف لأحكام الشريعة الإسلامية، كونها لا تعتبر كل بيع في مرض الموت لأجنبي كالوصية في أحكامها، بل البيع الذي يأخذ حكم الوصية هو "البيع بالمحاباة" لأنها اعتبرت البيع صحيحا وناظرا في حق الورثة إذا تم بثمن المثل أو دونه بقليل، وكذلك إذا تم بثمن دون المثل بكثير وكان يخرج من ثلث التركة.

أما إذا كان الفرق أكثر من الثلث، كان للورثة حق مطالبة المشتري بتكملة الثمن بحيث ينقص هذا الفرق إلى ثلث التركة، أو يفسخ البيع¹ لذلك لا بد من أن نبين الفرضيات التالية:

أ- التصرف بالبيع دون ثمن أصلا:

الثمن النقدي من الخصائص الأساسية في عقد البيع طبقا للمادة 351 من القانون المدني فإذا لم يستطع المشتري أن يثبت دفعه الثمن اعتبر التصرف هبة، وكان لها حكم الوصية في مرض الموت وخضعت في ذلك لأحكام الوصية تطبيقا لنص المادة 204 من قانون الأسرة والمادة 776 من القانون المدني.

و على ذلك إذا كانت قيمة المبيع لا تزيد على ثلث التركة، نفذ التصرف في حق الورثة دون حاجة لإجازتهم، و فيما زادت قيمة المبيع على ثلث التركة لم تنفذ فيما جاوز الثلث إلا بإجازة الورثة، فإن لم يجيزوا وجب على المتصرف له أن يرد إلى التركة ما جاوز ثلثها إلى حد تكملة الثلثين فيها من مال الورثة

¹ - الدكتور سليمان مرقص، المرجع السابق ص 566

و للمورث أن يتصرف فيها بالوصية تطبيقا للمادة 185 من قانون الأسرة.

ب- البيع بما لا يقل عن القيمة:

الثابت قانونا إذا أثبت المشتري أنه دفع للبائع ثمنا لا يقل عن قيمة المبيع، اعتبر هذا البيع صحيحا منتجا لآثاره وناظرا في حق الورثة دون حاجة لإجازتهم لانتفاء شبهة المحاباة في الثمن¹، وهو حكم جل التشريعات العربية عملت بأحكام الشريعة الإسلامية، وهو ليس بحكم القانون المدني الجزائري، الذي جاء حكمه عاما من أن البيع قابل للإبطال لمصلحة الوارث.

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

إذا كان مقدار ما دفعه المشتري ثمنا للمبيع وقت الموت لا يجاوز ثلث التركة داخلا فيها المبيع نفسه، كان من المفروض أن يكون البيع صحيحا نافذا في حق الورثة دون حاجة لإجازتهم، لأن هذا يعتبر وصية لغير وارث فتأخذ حكمها.

حيث يجوز الإيضاء لغير الوارث في حدود الثلث، لكن بما أن التصرف تم في شكل بيع فيخضع لنص المادة 408 من الفقرة 2 ولأجل ذلك يكون قابلا للإبطال².

د - بيع المريض مرض الموت الذي لا وارث له:

إن أساس فكرة بطلان تصرفات المريض مرض الموت ليست بأحكام الأهلية ولا الحجر عليه، وإنما الثابت فقها أنها تتعلق بحق الورثة في الميراث، ورجحان شبهة الشك والريبة في المريض، ومن ثم فإن تصرفات المريض في هذه الحالة تعتبر صحيحة و لو تناولت جميع ماله، بشرط ألا يكون دينه مستغرقا

¹ - الدكتور عبد الرازق السنهوري، الجزء الرابع، المرجع السابق ص329

² - الدكتور محمودي عبد العزيز، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، التصرف في مرض الموت و التصرف مع الاحتفاظ . بالحيازة و المنفعة مدعم بتطبيقات قضائية، قصر الكتاب، الطبعة 2006 ص92

لأمواله¹ فالمرضى مرض الموت الذي لا وارث له ولا دين عليه مستغرقا لكل مال له، أن يبيع أو يوصي بماله كله أو بعضه لمن يشاء، وينفذ بيعه أو وصيته دون توقف على إجازة بيت المال.

تقدير نص المادة 408 من القانون المدني:

يثير تطبيق نص المادة 408 ق.م.إشكالات قانونية يصل مداها إلى حد التناقض الموضوعي، وفي الأساس

بين القانون المدني وقانون الأسرة، ولا يقع تطبيق المبدأ المعمول به قانونا "الخاص يقيد العام"

ولأجل هذا يعتبره بعض الفقهاء خاصة فقهاء القانون الخاص² نصا معيبا خالف به المشرع الجزائري

معظم التشريعات العربية الأخرى كالمصري مثلا.

حماية الغير حسن النية في البيع المريض مرض الموت:

قد يكسب المتصرف إليه حقا عينيا على المال المتصرف به من طرف المورث المريض مرض الموت كما

يقع أن يتصرف مشتري المبيع من المريض مرض الموت إلى آخر البيع كأن يبيعه أو يرهنه، وغالبا ما

تضي فترة قصيرة بين صدور البيع في مرض الموت وبين وفاة المتصرف فباستعمال حق الورثة المتضررين

من البيع في المرض الموت تهدد مركز الغير المبيع في نص المادة 408 من القانون المدني ويمكن أن يلحق

به الضرر في حالة تطبيق هذا النص ولكن العدالة تستلزم حماية هذا الغير من الضرر جراء ما يصيبه من

ضرر لذلك جاء المشرع في المادة 409 والتي تنص على ما يلي "لا تسري أحكام المادة 408 على الغير

حسن النية إذا كان الغير كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع."

نستخلص من هذه المادة اشترطت شرطين:

¹ - الدكتور أحمد الرازق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الرابع ص 329

² - الدكتور علي علي سليمان، المرجع السابق ص 123

أولاً: يجب أن يكون الغير قد كسب حقه بعوض:

يجب أن يكون اكتساب الغير للمبيع بعوض كي يستفيد من الحماية المقررة له بموجب المادة وإلا فإن الورثة أولى بحماية حق مورثهم اذا تصرف بغير ثمن أصلاً وكانت قيمة العين تزيد على ثلث التركة أو باع بأقل من القيمة بما يتجاوز ثلث التركة.

وفي هاتين الحالتين إذا لم يرد المتصرف إليه التركة ما يفي بتكملة ثلثها كان للمورثة أن يستوفوا من العين التي تصرف فيها المريض ما بقي بتكملة ثلثها وإذا تبرع المتصرف بالعين جاز للورثة أن يتبعوا العين في يد المتبرع له وأن يستوفوا منها حقهم.

أما إذا كان المتصرف له قد تصرف في العين معاوضة لا تبرعاً بأن باعها مثلاً من شخص آخر فإن الورثة لا يستطيعون تتبع العين في يد المشتري إذا كان حسن النية أي إذا كان المشتري لا يعلم وقت شراؤه العين أن للورثة حقا فيها بل كان يعتقد أنها ملك خالص للبائع.

ولا يبقى للورثة في هذه الحالة إلا الرجوع بحقهم على من تصرف له المريض¹.

ثانياً: أن يكون الغير حسن نية:

اشترطت م 409 ق.م أن يكون الغير حسن النية الذي لا يعلم وقت تعامله مع المشتري أن للورثة حقا عينيا على المبيع وإن حق الورثة في الإبطال العقد عندما يكون الغير سيء النية يعلم أن تعامله مع مريض مرض الموت وفق ملائسات وماعدا ذلك فلا سبيل لهم عليه في وجه الحماية المكسوبة بموجب المادة ، 409 وبتوافر الشرطين الأساسيين يحتفظ الغير بحقه الذي كسبه.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني، الجزء الرابع، المرجع السابق ذكر، ص 339 - 340.

المطلب الثاني: حكم بيع مريض مرض الموت في التشريعات العربية

الفرع الأول: حكم بيع المريض مرض الموت للورثة في التشريعات العربية

لقد عد المشرع العراقي وبصورة عامة كل تصرف ناقل للملكية يصدر عن شخص في مرض الموت بقصد الموت التبرع أو المحاباة تصرفاً خاضعاً لأحكام الوصية سواء أتم التصرف لوارث أم لغير وارث. إذ نصت الفقرة الأولى من المادة (1109) من القانون المدني العراقي على أن: كل تصرف ناقل للملكية يصدر من شخص في مرض الموت، مقصود به التبرع أو المحاباة يعتبر كله أو بقدر ما فيه من محاباة تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى لها وبالرجوع الى أحكام الوصية يقرر المشرع أنه لا تجوز الوصية للوارث وغير الوارث في ثلث التركة، ولا تنفذ فيما جاوز الثلث إلا بإجازة الورثة وبناء على ما تقدم فإن المشرع العراقي كان قد خالف قاعدة المشرع الأردني بأنه لم يفرق بين حكم البيع لوارث وغير الوارث في بيع المريض في مرض الموت، فلو باع المريض شيئاً من تركته وكان لوارث أو غير وارث بمحاباة، فالبيع صحيح ونافذ ان كانت المحاباة في حدود ثلث التركة أو اقل منه ويكون صحيحاً لكنه لا ينفذ في حق الورثة إلا بعد اجازتهم ان كانت المحاباة تزيد على ثلث التركة، لأن البيع يكون في حكم الوصية. وعليه فقد جاء في قرار لمحكمة تمييز العراق على ان المورث قد قام ببيع عقاره لبعض الورثة من دون الآخر وهو في مرض الموت، وبشمن صوري يقل كثيراً عن الثمن الحقيقي للمبيع، ولعدم اجازة بقية الورثة البيع، فإنه لا ينفذ الا من ثلث التركة، ويبطل في الثلثين، ويتم اعادة تسجيل العقار في النسبة المذكورة باسم جميع الورثة فهذه ، وتوزع فيما بينهم على اساس أحكام الميراث.

وبالنسبة للمشرع المصري فإنه لم يفرق أيضاً بين البيع لوارث أو غير وارث في بيع المريض مرض الموت فقد أجاز البيع للوارث ولغير الوارث في حدود ثلث التركة ولا يجوز للورثة عدم اجازة التصرف إلا فيما يجاوز ثلث التركة¹، فعلى الرغم من وضع المشرع المصري قاعدة عامة للتصرفات الصادرة في مرض الموت جميعها وعدها في حكم الوصية إذا كان القصد منها التبرع فإنه في الوقت نفسه، وضع تنظيمًا خاصاً لحكم بيع المريض مرض الموت، فنصت المادة (477) من القانون المدني المصري 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 داخلاً فيها المبيع ذاته.

2- أما إذا كانت هذه الزيادة تتجاوز ثلث التركة، فإن البيع فيما يجاوز الثلث لا يسري في حق الورثة إلا إذا أقره أو رد المشتري للتركة ما يفي بتكملة الثلثين.

وعليه فإن المريض، مرض الموت إذا كان قد باع لبعض الورثة من دون البعض الآخر على سبيل المحاباة، وبثمن يقل كثيراً عن الثمن الحقيقي للمبيع، ونتيجة لاعتراض بقية الورثة على البيع، فلا ينفذ إلا في حدود ثلث التركة، ويعاد تسجيل الثلثين باسم جميع الورثة بما فيهم الورثة المشتريين، وتوزع فيما بينهم على أساس أحكام الميراث، وإذا كان البيع بثمن المثل فإنه مع صدوره من البائع في مرض موته يكون نافذاً في حق الورثة، ومن دون حاجة إلى إجازة أحد منهم، وأما إذا كان البيع بأقل من ثمن المثل فإن القدر المحابي يكون نافذاً إن كان يساوي التركة أو أقل منه، وتحسب المحاباة بتقدير الفرق بين ثمن المبيع وقيمه وقت موت البائع لا وقت العقد، وتحسب ثلث التركة في ذلك الوقت أيضاً مع دخول المبيع فيه.

¹ - سارة خضر ، أرشيدات ، المرجع السابق ، ص 49.

وإذا كانت المحاباة تزيد على ثلث التركة، فإن البيع فيما يتعلق بالقدر المحابي به لا يكون نافذاً في حق الورثة إلا بعد إجازته. فإن رفضوه يلزم المشتري بأن يكمل الثمن ليصل الفرق بينه وبين قيمة المبيع إلى ثلث التركة، ولا فرق في كل الأحوال بين ما إذا كان البيع لوارث أو غير وارث.

وقد نصح المشرع السوري نصح المشرع المصري حيث نص في المادة (445) مدني على:

1- 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.¹

2- أما إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة فإن البيع فيما يجاوز الثلث لا يسري في حق الورثة إلا إذا أقره أو رد المشتري للتركة ما بقي بتكملة الثلثين ولكن ورغم نصه السابق بإجازة بيع المريض مرض الموت للورثة بمحدود ثلث التركة إلا أنه اعتمد في قانون الأحوال الشخصية قاعدة (لا وصيه لوارث) كما فعل المشرع الأردني وفق ما نص على ذلك لكن المشرع السوري ومنعاً للتحايل أضف في المادتين (877) و(878) مدني سوري قريتين لمنع التحايل على هذه القاعدة (لا وصيه لوارث) وهاتان القريتان هما حالتا التصرف في مرض الموت والتصرف لوارث مع احتفاظ المتصرف بإجازة العين والانتفاع بما مدى الحياة، وبهذا فقد نهج منهجاً وسحباً بين المشرع المصري والمشرع الأردني.²

ونعتقد بأن ما ذهب إليه التشريعات العربية، كالتشريع المصري والتشريع السوري والعراقي، من حيث إجازة البوح بالنسبة للورثة وغير الورثة بثمن المثل أو بغبن يسير، بحيث تكون دراسة المزوري

¹ - سارة خضر ، أرشيدات ، المرجع السابق ، ص 50.

² - (2) سوار، محمد وحيد الدين، ادتقوق العينية الأصلية، الطبعة السادسة، ص757

زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تتجاوز ثلث التركة داخلا فيها المبيع ذاته، رأي جدير بالتأييد، وذلك لأن الحكمة بمنع المريض عن البيع في مرض الموت هي لتعلق حق الورثة بالتركة، وبما أن مشرعنا الأردني كان قد أجاز البيع للأجنبي واعتبرها نافذة في حدود ثلث التركة، فالأولى أن يبيح ذلك البيع لأحد الورثة على السواء.

وما تقدم ذكره كان في حالة وجود وارث للمريض، أما إذا لم يكن له وارث، فاستنادا لأحكام الوصية السارية على بيع المريض مرض الموت، فإنه يجوز للمريض ان يبيع بعض تركته أو جميعها، وبالثمن المسمى في العقد من دون أن يتوقف على اجازة بيت المال، لأن حق المشتري الذي يكون في حكم الموصى له مقدم على حق بيت المال وهذا ما اشار إليه المشرع العراقي، كما يمكن القياس على المادة (37) من قانون الوصية المصري، والتي تنص على أنه: تعد وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله أو بعضه من غير توقف على اجازة الخزينة العامة.

الفرع الثاني: حكم بيع المريض مرض الموت للغير في التشريعات العربية¹

نظم المشرع حكم البيع لأجنبي في المواد (2/544 ، 545 ، 546) في القانون المدني ، وسنقوم في هذا المطلب باستعراض نصوص هذه المواد، ثم نقسمه إلى ثلاثة حالات، الحالة الأولى سنبين البيع لأجنبي بثمن المثل أو بغير يسير، وفي الحالة الثانية سنبين البيع لأجنبي بثمن يقل عن قيمة المبيع في حدود ثلث التركة، أما الحالة الثالثة نبين فيها البيع لأجنبي بما يجاوز ثلث التركة.

¹ - يعد أجنبيا متى كان المتصرف له ليس بوريث.

أولاً : البيع لأجنبي بضمن المثل أو بغبن يسير

من خلال ما نصت عليه المادة (544) من القانون المدني الأردني يبيع المريض لأجنبي بضمن المثل أو بغبن يسير نافذ لا يتوقف على إجازة الورثة "

يشير حكم المادة القانونية إلى بيع المريض مرض الموت لأجنبي شيئاً من أمواله بضمن المثل أو بغبن يسير ، فعندئذ ينفذ البيع في حق الورثة ولا يتوقف هذا النفاذ على إجازتهم للبيع. ويعود ذلك الى أن نفاذ البيع بضمن المثل ليس من شأنه الإضرار بالورثة، فصحيح أنه خرجت عين من تركة المتوفي الا أنه دخل مقابلها الثمن ومن ثم لا يتضرر الورثة بهذا البيع ، وينفذ البيع بحقهم ومن باب أولى في حالة بيع المورث لشيء يملكه وبضمن يزيد على ثمن المثل ، وأما عن علة نفاذ البيع بغبن يسير¹ ، لأن القانون المدني ومن خلال نص المادة (149) يتسامح بالغبن اليسير أو الفاحش ما لم يصحبه تغير، حيث نصت المادة على: " لا يفسخ العقد بالغبن الفاحش بلا تغير إلا في مال المحجور ومال الوقف وأموال الدولة.

ما المقصود بالغبن؟

الغبن في اللغة يعني النقص وفقها كون أحد العرضين في عقود المعاوضة غير متعادل مع الآخر بأن يكون أقل من قيمته أو أكثر منه.²

وهكذا يتضح أنه اذا باع المريض مرض الموت شيئاً من أمواله ، وتم البيع بغبن يسير فهذا البيع ينفذ في حق ورثته ، ولا يسمح لهم فسخه ، مع مراعاة ما ورد في أحكام المواد سالفه الذكر لكن المشرع المصري والمشرع السوري لم يفرقا بين البيع لو ارث أو غير وارث في البيع في مرض الموت كما سبق أن

¹ - يقابله نص المادة 1/477 من القانون المدني المصري، والمادة 394 من مجلة الأحكام العدلية

² - سلطان ، أنور ، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني ، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ، الطبعة الاولى 1987 ص 83.

ذكرت في الفصل السابق فقد أجازا بيع للوارث ولغير الوارث في حدود ثلث التركة ولا يجوز للورثة عدم إجازة التصرف إلا فيما يجاوز ثلث التركة.

ثانيا: البيع لأجنبي بضمن يقل عن قيمة المبيع في حدود ثلث التركة

نصت المادة (545/1) من القانون المدني الأردني على أن " بيع المريض لأجنبي بضمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت نافذ في حق الورثة اذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تتجاوز ثلث التركة داخلا فيها المبيع ذاته " .

وتجدر الاشارة هنا إلى أن التركة تقدر بقيعة أموال المورث وقت الموت لا وقت البيع، وذلك واضح من نص المادة (545/1) من القانون المدني الأردني سالفه الذكر، وإنما نجد أنه من الإنصاف أن نجعل الثمن هو بتاريخ التصرف لا وقت الوفاة، فعلى الرغم 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 أو أن لا يعترضوا على التصرف، وبالرغم من أن تعلق حق الورثة بالتركة يكون وقت الوفاة، إلا أنه ومن جهة أخرى، و حيث أن المشتري وقت التصرف، ارتبط مع البائع بعقد تم فيه ارتباط ارادتهما بإيجاب وقبول، واتجهت هاتان الإرادتان لإحداث هذا الأثر القانوني، ولم يكن يوجد ما يمنع البائع (المريض) من أتصرف كونه حر الإرادة وغير ناقص الأهلية، وكان مثل هذا البيع قد تم بضمن المثل أو ينقص قليلا بما لا يجاوز ثلث التركة، فليس من العدل تقدير هذا الثمن وقت الوفاة بحيث يكون قد تغير بتغير الظروف والأوضاع. وبرأينا أن ينظر الى الموضوع، من زاوية اخرى و هي: هل كان يحيط بهذا البيع شبهة المحاباة للمشتري ناتجة عن شعور المريض بدنو أجله.

"فلو باع شخص لأجنبي وهو في مرض الموت متزلا بمبلغ ستة عشر ألف دينار ، وكانت قيمة

المتزل عند وفاة البائع عشرين ألف دينار، وترك هذا الشخص تركة عبارة عن منقولات قيمتها أربعة آلاف دينار، فإن هذا البيع يكون نافذاً في حق الورثة ولا يمكنهم الاعتراض عليه، لأن زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تتجاوز ثلث التركة داخلاً فيها البيع ذاته، لأن الزيادة في قيمة المبيع على الثمن في هذه الحالة أربعة آلاف دينار، وهذا المبلغ لا يتجاوز ثلث التركة داخلاً فيها المبيع ذاته وهو ثمانية آلاف دينار وهو بموجب نص القانون الحد المسموح به للشخص ان يتصرف فيه لأجنبي ويكون نافذاً في حق الورثة" ¹.

"وفي مثال آخر، لو أن المريض باع داراً قيمتها وقت البيع ألفان بألف ولم يكن له مال غير هذه الدار، وقد أصبحت قيمتها وقت الموت، ألفاً وخمسمائة، كان البيع أقل من قيمة المبيع بمقدار خمسمائة لا بمقدار ألف، وكان نقص الثمن عن القيمة لا يتجاوز ثلث التركة، وقد أصبحت ألفاً وخمسمائة يوم الموت ودخل المبيع فيها عند تقدير قيمتها كما سبق القول، فيكون البيع نافذاً في حق الورثة" ².

ثالثاً: البيع لأجنبي بما يتجاوز ثلث التركة

لقد نصت المادة (2/545) على أن "أما إذا تجاوزت هذه الزيادة ثلث التركة فلا ينفذ البيع ما لم يقره الورثة أو يكمل المشتري ثلثي قيمة المبيع وإلا كان للوارثان فسخ البيع"

"تبين هذه المادة حكم بيع المريض مرض الموت شيئاً من أمواله لأجنبي بثمن ينقص عن قيمته وقت موته بشكل يتجاوز ثلث التركة - إذا كان المبيع هو كل ما يملك، فهذا البيع لا ينفذ إلا بإجازة الورثة أو بأن يدفع من المال ليكمل به ثمن المبيع بحيث لا يتجاوز النقص في الثمن ثلث التركة وإلا جاز للورثة فسخ البيع، فلو باع شخص وهو في مرض الموت أرضاً لأجنبي بمبلغ عشرة آلاف دينار وكانت

¹ - الزعبي، مرجع سابق ص 510

² - السنهوري، مرجع سابق ص 330.

قيمة الأرض عند موته ثلاثين ألف دينار، فإن هذا البيع لا يكون نافذاً في حق الورثة ويمكنهم الاعتراض عليه، لأن النقص في ثمن المبيع ذاته كان عشرين ألف دينار وهذا المبلغ تجاوز ثلث التركة لأن التركة كلها عبارة عن ثلاثين ألف دينار، ومقدار محاباة المشتري الأجنبي كان عشرين ألف دينار وهو مبلغ يتجاوز ثلث التركة، وثلاثها عشرة آلاف دينار وهو الحد المسموح به للبائع أن يجابي في حدوده، فإذا تجاوزه فإن ما تجاوزه به ثلث التركة وإن كان صحيحاً غير باطل إلا أنه لا يكون نافذاً في حق الورثة إلا إذا أجازوه، فإن أجازوه نفذ في حقهم، وإن لم يجيزوه ينبغي على الأجنبي أن يكمل ثمن المبيع بحيث لا يتجاوز النقص في ثمن ثلث التركة وإلا كان من حق الورثة فسخ العقد كلها¹.

وإذا لم يستطع المشتري أن يثبت أنه دفع ثمناً للمريض، اعتبر التصرف هبة بغير ثمن، وكان لها حكم الوصية لأنها وقعت في مرض الموت، فإذا كانت قيمة العين لا تزيد عن ثلث التركة، نفذ التصرف في حق الورثة دون حاجة إلى إجازتهم، وإذا زادت قيمة العين على ثلث التركة، لم ينفذ التصرف فيما جاوز الثلث إلا بإجازة الورثة، فإن لم يجيزوا وجب على المتصرف له أن يرد إلى التركة ما جاوز الثلث، أي أن يرد إليها ما يفي بتكملة ثلثها، ويستوي في ذلك كله أن يكون التصرف لوarith أو لغير وارث². ولكن ما هو الوضع القانوني لو أن المشتري لم يذني بثلثي قيمة المبيع في هذه الحالة؟

لقد أزال المشرع الأردني هذا الغموض بنص المادة (2/545) بأن أجاز للورثة عند عدم إيفاء المشتري لقيمة المبيع أن يطالبوا بفسخ هذا البيع، وهذا برأيي الحل الأنسب لمثل هذه الحالات ولكن من خلال الإطلاع على نصوص القانون المدني السوري، فإنه ومن خلال المادة (2/445) مدني التي نصت على أن : أما إذا كانت هذه الندابة تجاوز ثلث التركة فإن البيع فيما يجاوز الثلث لا يسري في حق

¹ - الزعبي، مرجع سابق، ص512.

² - السنهوري، مرجع سابق، ص333.

الورثة إلا اذا أقروه أو رد المشتري للتركة ما بقي بتكملة الثلثين بحيث لم ينص المشرع السوري على اجازة فسخ البيع بشكل واضح وصريح في المادة .

خلاصة الفصل الثاني:

لقد تطرقنا من خلال هذا الفصل إلى موضوع مرض الموت الذي هو من المواضيع الهامة في الواقع، فبدأنا بالتعريف اللغوي ، ثم الذي عرفه بأنه المرض الذي يغلب فيه الهلاك ويتصل بالموت فعلا دون شفاء خلال مدة سنة ، وهناك من الفقهاء من أضاف الى ذلك شرطا اخر وهو عجز المريض عن قضاء حوائجه، ثم التعريف القضائي الذي وافق التعريف الفقهي حيث استمد أحكام مرض الموت من الفقه الإسلامي ونقل مواده عن المشرع المصري ، بما أن الشريعة الإسلامية تعتبر مصدرا أصليا للقانون كما جاء في المادة الأولى من القانون المدني ، كما تبين لها في ثنايا هذا الفصل أن المشرع الجزائري اعتبر كل بيع لو ارث حسب المادة 408 فقرة 01 من القانون المدني في مرض الموت غير نافذ إلا بإقرار بقية الورثة أي اعتبر البيع كله محاباة وطبق عليه حكم الوصية المادة 189 القانون الأسرة.

وقد حمى المشرع الجزائري كبقية التشريعات العربية التي رأيناها حسن النية بالحق الذي اكتسبه بعوض ، فلم يجر فسخ البيع المريض مرض الموت بمواجهة حسن النية حتى ولو لم يجزه الورثة أو الدائنين.

الخاتمة

الخاتمة

خاتمة:

لقد تطرقنا من خلال دراسة هذا الموضوع الى عملية انعقاد البيع العقاري والاركان التي تقوم عليها بالاضافة الى ركن الشكلية التي يتميز بها عقد البيع العقاري عن باقي البيوع وكذا تم التطرق الى النصوص القانونية التي ترد على بيع مريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري في المواد (408،409) وبعض التشريعات العربية ، وقد قمنا بتحليل اهم الجوانب المتعلقة بالبيع في مرض الموت.

وان نجد بان هذا النوع من البيوع يعد من المسائل المهمة على الصعيد القانوني في عصرنا هذا نظرا لاهميته في التطبيقات العملية وتتمنى بان نكون قد ازلنا بعض اللبس واستطعنا تسليط الضوء لما قد يحتاجه من له مصلحة لمعرفة ما لهم وما عليهم.

توصيات في الواقع لم نجد الكثير من الدراسات السابقة حول الموت ولم نجد ابحاث الا في تصرفات مريض مرض الموت والتي منها البيع في مرض الموت بشكل عام اذ ان اصحابها لم يتطرقوا الى الموضوع بشكل موسع ودقيق.وعليه فاننا نأمل ان نكون قد وفقنا في طرح وعرض الموضوع والاشارة بشكل صحيح الى كافة الجوانب القانونية المتعلقة به ، والله من وراء القصد.

وقد توصلنا من خلال هذه الدراسة الى النتائج التالية:

-عقد البيع العقاري هو عقد ناقل للملكية العقارية بالاشهار العقاري ، فقد جعل المشرع الجزائري بالاضافة الى الاركان العامة من رضا ومحل وسبب وجوب افراغ التصرفات الواردة على العقارات في الشكل الرسمي ، غير معتمد في ذلك باي تصرف يحتل فيه هذا الركن ، باعتبار ان توافر قاعدة رسمية في

الخاتمة

المعاملات العقارية من شأنها ترقية السوق العقارية ، كما انها تعد بمثابة ضمانة قوية لاستقرارها، وذلك نظرا لما تميز به الشكل الرسمي من مميزات اهمها :

-انها تقضي تدخل الموظف العام ، او الطباط العمومي ، او شخص مكلف بنجد عامة ، كل في حدود اختصاصه ، وهذا مايزيد من القيمة القانونية للمحرر وحجيته، ويجعل البيانات التي تتضمنها المحررات الرسمية قوية وقاطعة.

-قاعدة الرسمية تمكن الدولة من بسط رقابتها على السوق العقارية قصد التقليل من المضاربة
-كما ان قاعدة الرسمية تضع بين يدي البائع والمشتري سندا قابلا للتنفيذ ولاجراء الشهر دون الحاجة الى الحكم بتنفيذه.

-كما عرفنا من خلال دراستنا ان الشريعة الاسلامية هي المصدر الاول في تنظيم احكام تصرفات المريض مرض الموت.

ومنها استمد المشرع الجزائري والمصري وغيرهم من المشرعين العرب احكام مرض الموت، اما المشرعين الغربيين وعلى راسهم المشرع الفرنسي فلم يعرفو من احكام مرض الموت سوى الحكم ببطلان تصرفات هذا الاخير الصادرة لصالح الاطباء والصيدالة.

وبما ان موضوع تصرفات اعراض مرض الموت من المواضيع الهامة كونها ترتب اثارا بعد الوفاة، وارتأينا تناوله فبدأنا بتعريف مرض الموت وبيننا التعريف الفقهي والذي عرفه انه المرض الذي يغلب فيه الهالك ويتصل بالموت فعلا دون شفاء خلال مدة سنة ، وهناك من الفقهاء من اضاف امرا ثالثا وهو عجز المريض عن قضاء مصالحه المألوفة ، ثم بينا التعريف القضائي في مرض الموت والذي اقر التعريف الفقهي

الخاتمة

كون ان المشرع حينها تصدى الى تنظيم مرض الموت استقى احكامه من الفقه الاسلامي ونقل مواد من المشرع المصري.

-ان كل بيع لو ارث حسب المادة 408 فقرة 01 من القانون المدني في مرض الموت غير نافذ الا بقرار باقي الورثة اي اعتبر البيع كله محاباة وطبق عليه حكم الوصية المادة 189 من قانون الاسرة .

-اما البيع لغير الوارث المادة 408 فقرة 02 من القانون المدني والذي يأخذ حكم الوصية هو البيع الذي فيه محاباة غبن فاحش.

-اما بعض التشريعات العربية كالمصرية والعراقية والدستورية فلم تميز في بيع المريض الوارث او اجنبي مادام كان في حدود التركة.

-واخيرا يمكننا ايراد مقوله العماد الاصفهاني "لا يكتب انشنان كتابا في يومه، الا قال في غده لو غير كذا لكان احسن، ولو زيد كذا لكان يستحسن، ولو ترك هذا لكان افضل ، وهذا من اعظم العبر ، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر".

وختاما ، فان لكل شيء اذا تم نقصان ، والكمال يبقى لله الواحد القهار ، ونحن نتحمل اي نقص او تقصير في اي جزء من اجزاء هذه المذكرة، على ان الفضل في انمائها يعود لله عز وجل اولا الذي وفقنا في اخراجها على حالتها هذه وللتوجيهات والجهود التي بذلها الاستاذ المشرف.

والله ولي التوفيق

قائمة المصادر

والمراجع

أولا المصادر

النصوص القانونية:

-الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ: 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم .

-الأمر رقم 66-54 المؤرخ في 8 يونيو 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل و المتمم.

-الأمر رقم 84-11 المؤرخ في رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

ثانيا المراجع

1-الكتب:

- خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.

- محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني، الجزء الرابع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1990.

- محمد صبري السعدي، النظرية العامة للإلتزامات، الجزء الأول، دار الهدى، الجزائر 2004.

- سليمان مرقس، شرح القانون المدني، العقود المسماة، الجزء الثالث، عقد البيع، 1980.

- حسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2006.

- علي فيلاي، الإلتزامات، النظرية العامة للإلتزام، الطبعة الثانية، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005 .

قائمة المصادر والمراجع

- يحيى بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، دراسة نظرية و تطبيقية مقارنة، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1981.
- أبو زهرة محمد: أحكام التركات والمواريث، دار الفكر العربي- القاهرة، 1987
- أبو زهرة محمد : شرح قانون الوصية - دراسة مقارنة لمسائله وتبيان مصادره الفقهية- دار الفكر العربي 1988
- أبو زهرة محمد: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية- دار الفكر العربي.
- مجد الدين محمد بن يعقوب بن محمد بن ابراهيم ، القاموس المحيط الفيروز ابادي الشيرازش الشافعي، الجزء الثاني ، دار الكتب العلمية.
- خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء الرابع ، سنة 2001 ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر.
- عبد الكريم زيدان، المفصل في احكام المرأة و البيت المسلم في الشريعة الاسلامية الطبعة الثالثة ، الجزء العاشر ، سنة 1997
- نبيل صقر ، تصرفات المريض مرض الموت البيع ، الهبة ، الوصية ، الوقف دار الهدى للنشر والتوزيع .
- الحقوق مصدر- الأول الجزء - الأصلية العينية الحقوق في الوسط :السعود أبو رمضان الدكتور 1985 بيروت - الجامعة الدار- واللبناني المصري المدني القانون في الأصلية العينية
- البيع عقد - المسماة العقود- المدني القانون شرح : مرقس سليمان الدكتور
- الطبعة الرابعة- عالم الكتب- القاهرة.

قائمة المصادر والمراجع

- عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- العقود التي تقع على الملكية - الجزء الأول البيع والمقايضة- احياء التراث العربي- بيروت- لبنان2004.
- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية- حق الانتفاع وحق الارتفاق- المجلد- 9 دار النهضة العربية- القاهرة1967.
- علي علي سليمان : ضرورة اعادة النظر في القانون المدني الجزائري- ديوان المطبوعات الجزائرية سنة 1992
- علي علي سليمان: النظرية العامة للإلتزام- مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر- الطبعة الثالثة سنة 1966.
- مجد الدين محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم الفيروزآبادي الشيرازي الشافعي ، الجزء 2 ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، القاموس المحيط .
- إبن منظور ، لسان العرب ، الجزء 2 ، الموسوعة الفقهية 137 .
- 2-الرسائل والمذكرات العلمية:**
- سارة خضر، أرشيدات ، البيع في مرض الموت - رسالة ماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة الشرق الاوسط ، الأردن -2014.
- أورمضيي محمد ، البيع العقاري ، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة السادسة عشر 2005 - 2008 .

قائمة المصادر والمراجع

-جميلة زايدي ، إجراءات نقل الملكية في عقد البيع العقاري في التشريع الجزائري ، مذكرة ماجستير في

قانون العقود المدنية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة العربي بن مهيدي - أم البواقي -

.2012 -2011

الفهرس

الشكر

الإهداء

المقدمة.....أ

الفصل الأول: إنعقاد البيع العقاري

تمهيد.....2

المبحث الأول: ماهية عقد البيع العقاري2

المطلب الأول: مفهوم عقد البيع العقاري في التشريع الجزائري.....2

الفرع الأول: تعريف عقد البيع في التشريع الجزائري.....2

الفرع الثاني: خصائص عقد البيع العقاري.....3

المطلب الثاني: أركان عقد البيع العقاري في التشريع الجزائري.....6

الفرع الأول: التراضي في عقد البيع العقاري.....7

الفرع الثاني : المحل في عقد البيع العقاري.....11

الفرع الثالث: السبب في عقد البيع العقاري.....17

المبحث الثاني : الرسمية في عقد البيع العقاري.....20

المطلب الأول: مفهوم المحرر الرسمي.....21

الفرع الأول تعريف المحرر الرسمي.....21

الفرع الثاني: شروط المحرر الرسمي.....22

المطلب الثاني : جزاء تخلف الرسمية في البيع العقاري.....27

الفرع الاول : الرسمية ليست ركنا لانعقاد البيع العقاري.....27

الفرع الثاني : الرسمية ركن لانعقاد البيع العقاري.....32

37.....	خلاصة الفصل الأول.....
الفصل الثاني : بيع العقار في مرض الموت	
39.....	تمهيد.....
40.....	المبحث الأول : ما هية مرض الموت.....
40.....	المطلب الاول : مفهوم مرض الموت.....
40.....	الفرع الأول: تعريف مرض الموت لغة واصطلاحا.....
43.....	الفرع الثاني : تعريف مرض الموت في الفقه الإسلامي.....
45.....	الفرع الثالث: تعريف مرض الموت في التشريع الجزائري.....
48.....	المطلب الثاني : شروط مرض الموت وتكليفه وطبيعته القانونية.....
48.....	الفرع الأول: شروط مرض الموت وتكليفه.....
53.....	الفرع الثاني : الطبيعة القانونية لمرض الموت.....
56.....	المبحث الثاني : بيع العقار أثناء مرض الموت في التشريع الجزائري والتشريعات العربية.....
56.....	المطلب الأول: بيع العقار في مرض الموت في التشريع الجزائري.....
57.....	الفرع الأول: البيع في مرض الموت.....
58.....	الفرع الثاني : بيع المريض مرض الموت للورثة.....
60.....	الفرع الثالث: بيع المريض مرض الموت للغير.....
65.....	المطلب الثاني : حكم بيع مريض مرض الموت في التشريعات العربية.....
65.....	الفرع الأول : حكم بيع مريض مرض الموت للورثة في التشريعات العربية.....
68.....	الفرع الثاني: حكم بيع مريض مرض الموت للغير في التشريعات العربية.....
73.....	خلاصة الفصل الثاني.....

75.....الخاتمة

79.....قائمة المصادر و المراجع

الفهرس