تحول تصرفات المريض مرض الموت الى وصية

transformation of the patient behaviors of a death sickness to a will

خمار نريمان[1]، لشهب حورية[2]

[1] جامعة محمد خيضر بسكرة (الجزائر)، narimene.khemmar@unvi-biskra.dz

[2] جامعة محمد خيضر بسكرة (الجزائر)، lechehebhouria@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2019/11/29 تاريخ القبول: 2020/10/11 تاريخ النشر: 2020/12/31

الملخص: تعتبر نظرية تحول التصرفات القانونية وسيلة فعالة لإنقاذ العقود من البطلان، حيث نص المشرع الجزائري صراحة على نظرية تحول العقد في المادة105 من القانون المدني، وأفرد لها العديد من التطبيقات العملية سواء في القانون المدني أو القوانين الخاصة الاخرى، مثل تحول تصرفات المريض مرض الموت الى وصية. هذا المريض الذي حد المشرع من حريته في التصرف بأمواله حال حياته بالرغم من تمتعه بالأهلية القانونية، وجعلها تصرفات نافذة في حالات معينة وبحدود معينة، وغير نافذة في حالات أخرى وفقا لنص المادة المذكورة أعلاه.

كلمات مفتاحية: تحول التصرفات القانونية، المريض مرض الموت، البطلان، بيع المريض، هبة المريض.

Abstract:

The theory of transformation of legal behaviors is an effective way to save contracts from invalidity, where the Algerian legislator explicitly stipulated the theory of transformation of the contract in Article 105 of the Civil Code, and devoted many practical applications in both civil law and other special laws, such as the transformation of the patient's who is sick a death sickness to a will This patient, whose legislator has limited his freedom to dispose of his property in the event of his life despite his legal capacity, and make it effective in certain cases and within certain limits, and not effective in other cases in accordance with the text of the above article.

Key words: Transformation of legal behaviours, Patient of a death sickness, invalidity , Patient's sale, patient Gift,

المؤلف المرسل: خمار نريمان، **الإيميل:** narimene.khemmar@unvi-biskra.dz

1. مقدمة:

ان تصرفات المريض مرض الموت تعتبر من المسائل المهمة على الصعيد القانوني في هذا العصر نظرا لكثرة تطبيقاتها العملية، لكن بالرغم من ذلك نجد أن هذا الموضوع لم تعطه الكتابات الفقهية القانونية ما يستحق من البيان فهي درجت على معالجته من الناحية الشرعية أو الناحية القانونية، لكن المشرع الجزائري اعتبر هذه التصرفات من أهم التطبيقات العلمية لنظرية تحول العقد التي نصت عليها المادة 105 من القانون المدني التي جاء فيها:" اذا كان العقد باطلا أو قابلا وتوافرت فيه أركان عقد اخر، فان العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت أركانه اذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف الى ابرام هذا العقد"، والتي استمدها المشرع من نص المادة 144 القانون المدني الالماني التي نصت على الاتي:"اذا كان التصرف القانوني الباطل مشتملا على شروط تصرف قانوني آخر، كان هذا التصرف الأخير"، وقد استقى المشرع الجزائري حكم تصرفات المريض مرض الموت من الشريعة الإسلامية التي تقرر مبدأ عام" أنه لا ضرر ولا ضرار في الإسلام".

وعليه هدفت هذه الدراسة الى تسليط الضوء على أحكام تصرفات المريض مرض الموت، من خلال عرض تعريف تحول التصرف القانوني، وتعريف مرض الموت دون اهمال شروط التحول، وحكم تصرفات المريض مرض الموت سواء العقدية أو التصرفات بالإرادة المنفردة، وموقف المشرع الجزائري والقضاء من هذه التصرفات، ومنه نطرح الاشكالية الآتية: هل عالج المشرع الجزائري تصرفات المريض مرض الموت كفاية؟ وما موقف القضاء الجزائري تجاه هذه المسألة؟، ولان طبيعة الموضوع هي التي تحدد المنهج المتبع، اتبعنا المنهج التحليلي لتحليل النصوص القانونية المنظمة لتحول العقد، والمنهج الوصفي لتوضيح المفاهيم المتصلة بهذا الموضوع، وللإجابة عن الاشكالية ارتأينا تقسيم الموضوع الى محورين:

المحور الأول: مفهوم التحول ومرض الموت

المحور الثاني: حكم تصرفات المريض مرض الموت

2. مفهوم التحول ومرض الموت:

ان تحديد مفهوم التحول ومرض الموت يتطلب تعريف كل منهما وبيان قوامهما، وأهم الشروط اللازمة لإعمال التحول، وكذا مرض الموت وفقا للعرض الاتي:

1.2 تعريف وشروط تحول التصرف القانوني:

لرسم حدود تحول التصرف القانوني بدقة نعرض مايلي:

1.1.2 تعريف تحول التصرف القانوني: عرف الفقيه Philippe Simler تحول العقد بقوله:" هو استبدال العقد الباطل بعقد آخر صحيح تؤخذ عناصره من العقد الباطل" (Philippe Simle, 1969, p13)، ولقد اعتبر الفقيه التحول بمثابة ظاهرة قانونية بفضلها ينقلب عقد باطل إلى آخر صحيح عند توافر شروط صحة هذا الأخير بحيث يخضع لنفس الهدف المرغوب تحقيقه من قبل الأطراف. كما نجد الفقيه (سيميليه) هو الآخر قد عرف تحول العقد بأنه:"عملية قانونية يستوفي بموجبها العقد الباطل العناصر والشروط القانونية لعقد آخر يكون له نتيجة مشابهة ويطابق الهدف المرجو من قبل أطراف العلاقة العقدية فيصبح صحيحا بهذا المعنى (Olivier cornay, 1937, p17).

2.1.2 شروط تحول التصرف القانوني: تشير المادة 105 من القانون المدني بوضوح الى الشروط الواجب توافرها حتى يمكن تطبيق تحول التصرف القانوني نذكرها كآلاتي:

– بطلان التصرف الأصلي: يعد العقد الأصلي نقطة الانطلاق لإعمال تقنية تحول العقد حيث أنه انطلاقا من عناصره سيسعى القاضي إلى تكوين عقد آخر جديد، فشرط الرجوع إلى العقد الأصلي هو شرط أساسي وبديهي عند تطبيق نظرية تحول العقد فعلى القاضي أن يتثبت من بطلان العقد كخطوة أولى نحو التصريح بالتحول(محمد صبري السعدي،2008، ص264)، أما العقد الصحيح فلا يتحول إلى عقد آخر حتى ولو كان المتعاقدان يؤثرانه على العقد الأول لان نظرية تحول العقد لا تعني العقد الصحيح(عبد العزيز مصطفى الخالد، 1989، ص33). كما نصت المادة على تحول العقد القابل للإبطال إلا أن هذا الاخير كما يرى بعض الفقه أنه لا يتولد عن أركانه عقد آخر كونه عقدا صحيحا إلا إذا تم إبطاله وبالتالي يكون تحول العقد ممتنعا في هذه المرحلة لان التحول إنما يرد على

التصرفات الباطلة فقط دون التصرفات الصحيحة، فبعد التمسك بالبطلان يمكن إجراء التحول على العقد الباطل الذي كان قبل هذا قابلا للإبطال(رأفت الدسوقي، ص75)، أي إمكانية تحول التصرفات القابلة للإبطال شأنها شأن التصرفات الباطلة. وعليه يرى جانب من الفقه أن العقد الباطل بطلان نسبيا الذي انتهى مصيره إلى البطلان قضاء أو اتفاقا بعد التمسك بالبطلان يقبل أن يتحول شأنه في ذلك شأن العقد الذي ولد باطلا فيجب النظر إليه باعتباره باطلا من أول الأمر، حيث يعتبرون أن العقد القابل للإبطال هو عقد باطل وأنه ليس هناك ضرورة للتفرقة بين البطلان المطلق والبطلان النسبي، وأنه ليس هناك ما يمكن تسميته بالوجود المؤقت للعقد القابل للإبطال. ولذلك كان الأجدر بالمشرع الجزائري الاكتفاء بعبارة" إذا كان العقد باطلا". أما في المرحلة الثانية ما بعد إبطال التصرف يجيز هذا الفقه إعمال تحول العقد حيث أصبح التصرف فاقد الأثر منذ نشأته مثله في ذلك مثل التصرف الباطل(رأفت الدسوقي، ص72).

– اشتمال التصرف الباطل على أركان تصرف صحيح اخر: تنص105 من القانون المدني على أنه:" إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر..."، ويعني هذا النص وجود عقد جديد آخر يحل محل العقد الأصلي الباطل ويكون مختلفا عنه ولكنه يشاركه في قليل أو كثير من مقوماته الفنية، فجميع عناصر التصرف الصحيح التي يتطلبها القانون يجب أن تكون متوافرة في التصرف الباطل دون حاجة إلى إضافة جديدة، إلا أنه يجب أن يكون التصرف الثاني مختلفا عن التصرف الأول الباطل، بمعنى أن يكون هناك فرق بين التصرفين سواء من حيث الآثار أو المضمون أو من حيث النوع، وإلا ما الفائدة من تقرير نظام تحول التصرف القانوني إذا كانت الأركان المتوافرة هي ذات الأركان الخاصة بالعقد الباطل، وان الأركان التي يجب أن تتوافر في العقد الباطل يجب أن تشكل بذاتها عقدا آخر صحيحا من دون أي تغيير يطرأ عليها كالإضافة أو الاستبدال أو الانتقاص، وإلا امتنع في هذه الحال إجراء تحول العقد حيث سنكون أمام نظام قانوني آخر هو تصحيح العقد (علي كاظم الشباني،2015، ص127).

– انصراف ارادة المتعاقدين الى التصرف الصحيح: إن الإرادة المطلوبة لإعمال تحول العقد هي ليست الإرادة الحقيقية بالتأكيد، وبالرغم من وضوح نص المادة 105 من القانون المدني التي تقصد إرادة لم تكن موجودة في يوم من الأيام، ومنذ إبرام العقد الأصلي الباطل أو القابل للإبطال، فلا هي إرادة حقيقية، ولا هي إرادة احتياطية إنما هي نية المتعاقدين وقت إبرام العقد الأصلي، وهي نية غير معروفة وغير حقيقية بل هي نية مفترضة أساسها القاعدة الفقهية:"أن ما لا يدرك كله لا يترك كله"، يمكن للقاضي إثباتها عند إعمال تحول التصرف(عبد الحي حجازي،1982، ص33)، فالعبرة هي بالغاية القانونية التي أرادا تحقيقها الاطراف، فان كان التصرف الذي اتجهت إليه إرادتهما تصرفا قانونيا باطلا ليس من شأنه أن يحقق هذه الآثار، وكان هذا التصرف الباطل يقوم على أنقاضه تصرف آخر صحيح يؤدي إلى تحقيق هذه الآثار، فليكن هذا التصرف الآخر هو الذي اتجهت إليه إرادة الطرفين، فهما وقد أراد تحقيق آثار معينة لا تترتب إلا بناء على هذا التصرف الأخير فان إراداتهما المفترضة بلا شك قد انصرفت إلى هذا التصرف، والقاضي عندما يستخلص هذه الإرادة المفترضة فانه يستقل بهذا الأمر ولا يخضع إلى الرقابة على اعتبار أن هذا الأمر من وسائل الواقع(عبد الحكم فودة، ص465).

2.2 : تعريف مرض الموت وشروطه:

سنقوم بتعريف مرض الموت، ثم نحدد أهم شروطه فيما يلي:

1.2.2 تعريف مرض الموت: لقد حاول الفقهاء الاجتهاد ووضع تعريف لمرض الموت، وتحديد شروطه إذا توافرت اعتبر المرض مرض موت، ففقهاء المذهب المالكي يعرفون مرض الموت بأنه:"ما حكم أهل الطب بأنه يكثر الموت في مثله ولو لم يغلب" (عبد الرزاق أحمد السنهوري،2011، ص313)، في حين عرفه الفقه الحنفي بأنه:" المرض الذي يغلب فيه خوف الموت، ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجا عن داره ان كان من الذكور وعن رؤية مصالحه داخل داره ان كان من الاناث، ويموت على ذلك الحال قبل

مرور سنة، سواء كان صاحب فراش أو لم يكن، وان امتد مرضه ومضت عليه سنة وهو على حال واحدة، كان في حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح مالم يشتد مرضه ويتغير حاله، ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ومات قبل مضي سنة يعد حاله اعتبارا من وقت التغيير الى الوفاة مرض الموت(اياد محمد جاد الحق، 2011، ص56)، وعرفه القضاء الجزائري في قراره بـ:" من المقرر شرعا أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الاخير اذا كان خطيرا ويجر الى الموت، ويفقد المتصرف وعيه وتمييزه (جليلي ابتسام، 2018، ص51).

2.2.2 شروط مرض الموت: حتى يمكن القول أن المرض مرض الموت لا بد من توافر شرطين معا:

– أن يغلب فيه الهلاك عادة، ومرجع ذلك الأطباء وأهل الخبرة في تحديد طبيعة المرض الذي يغلب فيه الهلاك، ولا يلزم لاعتبار المرض مرض موت أن يكون صاحبه طريح الفراش طوال مدة مرضه أو أن يعجز عن الخروج أو مباشرة أعماله العادية، فالعبرة بمرض الموت هي غلبة الهلاك، ولذلك فان ذهاب المريض الى المحكمة أو الى عيادة الطبيب لا ينفي أن مرضه مرض موت طالما توافرت فيه غلبة الهلاك، وهو ما جاء في قرارات المحكمة العليا (عبد العزيز محمودي، 2006، ص38).

– أن يعقب مرض الموت، الموت مباشرة سواء كان الموت بسببه أو بسبب آخر أفضى إليه كالقتل أو الغرق أو الحرق ونحوه. ومفاد ذلك أن الموت إذا اتصل بالمريض كان التصرف الذي أبرم خلاله قد تم في مرض الموت حتى لو نشأ الموت عن سبب آخر كالقتل أو الموت حرقا أو غرقا (محمد زهدور، 1991، ص40)، ومعنى هذا أن لا يشترط في مرض الموت أن يقعد صاحبه عن قضاء حاجته أو أن يؤثر هذا المرض في قواه العقلية أو أهليته (أنور سلطان،1952، ص437)، وعليه إن تصرفات الشخص تعتبر سليمة وسارية إذا تخلف أحد الشرطين المتقدمين لان المرض لم يكن بمرض الموت.

وقد اعتبرت فكرة مرض الموت فكرة مرنة متطورة تختلف من زمان إلى آخر وفقا لتغيرات العصر وما يواكبه من اكتشافات طبية مختلفة، حيث توجد أمراض يغلب فيها الخوف من الموت، ولكنها لا تعجز المريض عن مزاولة أعماله المعتادة، ومثال ذلك الفشل

الكلوي المزمن، ومرض الايدز(حسني محمود عبد الدايم،2007، ص131)، وعليه فان المعيار في تحديد وجود مرض الموت من عدمه هو معيار شخصي يتمثل بنشأة الاعتقاد لدى المريض بدنو الأجل من عدمه ولا يهم إن كان هذا الشخص شيخا أم شابا.

وعلى هذا الأساس اعتبر المشرع الجزائري مرض الموت واقعة مادية تثبت بكافة طرق الإثبات بما في ذلك البينة والقرائن، وتنهض الشهادات الطبية دليلا قويا لا سيما تلك الموقعة في مصالح الطب الشرعي المؤهلة لذلك، وغالبا ما يركن قضاة الموضوع لهذه الوسيلة ويعتبرونها دليلا حاسما في الدعوى، ويقع عبءالإثبات طبعا على الورثة ان تصرف مورثهم قد صدر في مرض الموت عملا بنص المادة 776 الفقرة الثانية من القانون المدني (فتحي حسن مصطفى، 1992، ص120).

3. حكم تصرفات المريض مرض الموت:

ان أي شخص يمكن له أن يتصرف في ماله لمن يريد حال صحته دون قيد على حريته في ذلك ولا يحق لأحد مراجعته أو مجرد الاعتراض عليه، ولكن هذا نجده مختلف مع المريض مرض الموت، الذي قيد الشرع ثم القانون تصرفاته في ماله، لذا كان لازما أن نوضح حكم تصرفات المريض مرض الموت سواء كان معاوضة أو تبرعا وفقا للقانون، وهذا ما سنبينه كالآتي:

1.3 حكم بيع المريض مرض الموت:

لقد وضع المشرع الجزائري تنظيما خاصا لحكم بيع المريض مرض الموت، فنصت المادة 408 من القانون المدني الجزائري على الآتي:" إذا باع المريض مرض الموت لوارث، فان البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة. أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فانه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال".

تجدر الإشارة أن المشرع عندما نظم المواد المتعلقة بالبيع في مرض الموت و الآثار التي تترتب على ذلك إنما قصد بيع المريض الذي فيه التبرع لأنه يفترض أن البيع حقيقته هبة مستترة وأن المريض لم يقبض ثمنا من المشتري، وأن الثمن المذكور في العقد إنما هو ثمن صوري أي البيع بغير ثمن أصلا ولكن هذه القرينة البسيطة أو الفرض قابل

لإثبات العكس، وقد علق الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري على هذا قائلا:" ولا يقال أن البيع يكون باطلا ويتحول إلى هبة صحيحة، بل العقد هبة مكشوفة رأسا"(محمد صبري السعدي، 2008، ص488).

ومن القرائن القوية على الصورية أن يكون عجز المشتري عن دفع الثمن واضحا كل الوضوح بحيث لا يعقل أن يكون البائع قد أخذ الأمر على محمل الجد، وأن الثمن المذكور في العقد ليس إلا ثمنا صوريا والعقد ليس إلا تبرعا. وعلى المشتري لينقض هذه القرينة أن يثبت أنه فعلا دفع ثمن المبيع لا يقل عن قيمته فان لم يستطع أن يثبت أنه دفع ثمنا ما للمريض اعتبر هذا البيع هبة بغير ثمن وكان لها حكم الوصية لا البيع الجدي إذا كان مشتملا على عناصر الوصية، أما إذا كان التصرف الأصلي وهو البيع لا يشتمل على العناصر اللازمة لصحة ونفاذ الوصية فانه يظل باطلا ولا يتحول إلى وصية (صاحب عبيد الفتلاوي، ص 220)، وعلى هذا الأساس فالبيع في مرض الموت إما أن يكون بثمن لا يقل عن قيمة المبيع وفي هذه الحالة يعتبر البيع صحيحا نافذا في حق الورثة دون حاجة إلى إجازتهم سواء كان البيع لوارث أو لغير وارث (عبد الرزاق أحمد السنهوري،2011، ص 329)، أو بثمن يقل بما لا يجاوز ثلث التركة فإذا أثبت المشتري أنه دفع ثمنا للمبيع وأثبت مقدار ما دفع، وكان هذا المقدار يقل عن قيمة المبيع وقت الموت بما لا يجاوز ثلث التركة، فان البيع هنا أيضا يكون صحيحا نافذا في حق الورثة، ويستوي في ذلك أن يكون البيع لوارث أو لغير وارث (علي كاظم الشباني، 2015، ص456)، وذلك حسب التفصيل الآتي:

1.1.3 حكم بيع المريض مرض الموت لوارثه: وفقا للفقرة الأولى من المادة 408 من القانون المدني فان بيع المريض مرض الموت لوارثه يكون صحيحا بين العاقدين، ولكنه غير نافذ في حق باقي الورثة إلا إذا أقروه، فان أقروه أصبح نافذا في حقهم من وقت إبرام التصرف، وان رفضوه يكون غير صحيح ويترتب عليه بطلان العقد وبهذا قضت المحكمة العليا التي جاء في قرارها:" من المقرر أنه إذا باع المريض مرض الموت لوارث فان البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة، ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد إساءة في

تطبيق القانون"، لكن قد يحدث أن يقر بعض الورثة التصرف ولا يقره آخرون وفي حال أقر بعض الورثة البيع وبعضهم لم يقره وكان البيع يقبل التجزئة ينفذ البيع في حصص من أقروه من الورثة، ولا ينفذ في حصص من لم يقر البيع بالنسبة إلى أنصبتهم، ويترتب على ذلك أن يلتزم المشتري بأن يرد إلى التركة ذلك القدر كله أو بعضه الذي يخص الورثة الذين لم يقروا البيع أو قيمته(سارة خضر ارشيدات، 2011، ص46).

2.1.3 حكم بيع المريض مرض الموت لغير وارثه: نصت الفقرة الثانية من المادة 408 من القانون المدني على ما يلي:" أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف، فانه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك قابلا للإبطال".

الأصل أنه يجوز بيع المريض في مرض موته لغير وارثه بثمن المثل أو بغبن يسير، ولا يعد الغبن اليسير محاباة عند عدم استغراق الدين، فإذا باع المريض في مرض موته لغير الوارث بغبن فاحش نقصا في الثمن، فهو محاباة تعتبر من ثلث ماله، فان خرجت من ثلث ماله بعد الدين بأن كان الثلث يفي بها لزم البيع، وان كان الثلث لا يفي بها بأن زادت عليه يكون محلا للطعن، و يخير المشتري بين أن يدفع للورثة الزائد لإكمال ما نقص من الثلثين أو يفسخ البيع (سعاد إبراهيم صالح،1991، ص 180).

وواضح من المادة 776 من القانون المدني الجزائري أن جميع تصرفات المريض مرض الموت تعتبر وصية، وقد أدرج المشرع الجزائري الوصية في قانون الأسرة فقد نصت المادة 184 منه على الآتي:" الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، ثم جاءت المادة 185 من نفس القانون محددة الجزء الموصى به من التركة ووضعت حكما لما بقي من التركة.(عبد الحميد محمود البعلي، 2009، ص 18).

فالمشرع الجزائري عمم فأعطى حكم الوصية لكل عمل قانوني يصدر في مرض الموت سواء كانت معاوضة أو تبرعا فاعتبره وصية مستترة، وان كان هذا الفرض قابلا لإثبات العكس، فالعبرة إذن بالقصد أي بالنية وليس بظاهر العقد أو شكله والمعروف أن

هذه المسألة خاضعة لسلطة وتقدير قاضي الموضوع، لان التصرف إذا انطوى صراحة على معنى التبرع فلا صعوبة في الأمر إذ تسري عليه أحكام الوصية ومثال ذلك الهبة، أما إذا كان التصرف في ظاهره معاوضة وادعى أحد الورثة أنه تبرع، وأثبت ذلك بالطرق المخولة قانونا سرت أحكام الوصية ولا تسري أحكام المعاوضات التي تبرم في مرض الموت(محمد أحمد البديرات،2006، ص78)،(حمدي باشا عمر، 2004، ص65).

2.3 حكم هبة المريض مرض الموت:

عقد الهبة هو عقد تمليك الإنسان ماله لغيره في الحياة بلا عوض في الحال كما يطلق عليه لفظ الصدقة على الهبة التي يراد بها وجه الله، وهبة التودد التي يراد بها التودد والمحبة أي يقصد بها وجه المخلوق، وهبة الثواب على هبة العوض، واعتبرها المشرع الجزائري في المادة 202 من قانون الأسرة بأنها:"الهبة تمليك بلا عوض، ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف على انجاز الشرط" .

الأصل إذا كان الواهب صحيحا وكان أهلا للتبرع جاز له أن يهب ماله كله أو بعضه لمن يشاء سواء كان أصلا له، أم فرعا، أم قريبا أو أجنبيا ولو كان مخالفا لدينه، وله إمكانية أن يفصل بين الحق العيني وحق الانتفاع والدين لدى الغير، فالمبدأ هو إطلاق الهبة وهو ما نصت عليه المادة 205 من قانون الأسرة التي جاء فيها:" يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا أو منفعة أو دينا لدى الغير" (فاطمة أسعد،2015، ص413).

غير أن الجدل قائما حول نصاب الهبة، حيث يرى بعض الفقه أن الهبة لا تصح أن تتجاوز حد النصاب الذي يحق للواهب أن يتصرف فيه قياسا على الوصية، ويرى البعض الآخر من الفقه أنه يجوز التصرف بطريق الهبة خارج مرض الموت دون تقييد التصرف، ولو ترتب عليها حرمان الورثة كلهم أو بعضهم من الميراث أو المساس بأنصبتهم فيه، بمعنى أنه لا تقيد حرية التصرف بالهبة إلا في مرض الموت وعلى ذلك فالشخص كامل الأهلية صاحب المال له أن يهب من المال ما شاء حتى ولو جرد أولاده من احتمال استحقاقهم للميراث، إذ الثابت أنه لا ميراث إلا بعد واقعة الوفاة، لكن رغم ذلك لا تصل حرية الشخص إلى تقسيم تركته حال حياته.

ويبدو أن الرأي الثاني هو الأقرب إلى الصواب كونه وضع رغم إطلاق حرية التصرف في الهبة استثناء بتقييدها إذا كان الشخص في مرض الموت، فهو قيد من حرية هذا الأخير قصد حماية حق الورثة وعدم الإضرار بهم.

لكن إذا كان الواهب مريض مرض الموت فتسري أحكام الوصية على هبته، ونصت على هذا الحكم المادة 204 من قانون الأسرة التي جاء فيها:" الهبة في مرض الموت، والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية"، نلاحظ أن المشرع الجزائري أضاف حالة لم يتطرق لها الفقه الإسلامي ألحقها بمرض الموت فيما سماها بالحالات المخيفة، ولعل هذا الوصف هو حكم غريب يحتاج إلى تفسير من قبل القضاء من خلال الاجتهاد .

4. خاتمة:

تمثل المادة 105 من القانون المدني الجزائري أن الأساس القانوني لتحول العقد في التشريع الجزائري، الذي يعتبر تحول تصرفات المريض مرض الموت الى وصية من أهم التطبيقات العملية لهذه المادة، حيث توصلنا في ختام هذا البحث الى جملة من النتائج والاقتراحات، نوردهما فيما يلي:

- **النتائج:**

أ. تبني المشرع الجزائري لنظرية تحول العقد كمبدأ عام يتناغم مع المبدأ من اقرار هذه النظرية، حيث يوسع سلطة القاضي في التقليل من حالات البطلان.

ب. قصر المشرع الجزائري المادة 105 من القانون المدني على العقد دون باقي التصرفات القانونية مخالفا بذلك النص الاصلي وهو المادة 140 من القانون الالماني التي جاءت واسعة النطاق شاملة لجميع التصرفات القانونية.

ت. إن تصرفات المريض مرض الموت تعتبر من أهم التطبيقات لفكرة تحول العقد، رغم أن مرض الموت لم ينل نصيبه الكافي من البحث أو التفصيل باستثناء ما كتب في البيع وإذا كان التشريع الجزائري قد تناول بيع المريض مرض الموت فانه لم يعالجه بنصوص

صريحة كشراء هذا المريض وإجازته وإقراراته سواء كانت لوارث أو غير وارث، وما إلى ذلك من معاملاته الأخرى واكتفى ببيان الحكم العام في جميع تصرفات هذا المريض.

ث. ان تصرفات المريض مرض الموت واقعة مادية يجوز اثباتها بجميع طرق الاثبات بما في ذلك البينة والقرائن ويعتبر الوارث خلفا عاما.

ج. للمحكمة سلطة تقديرية في التحقق من اصابة الشخص المريض مرض الموت كما لها سلطة تقديرية للتحقق من جدية التصرف أو انطوائه على التبرع وفقا لظروف كل دعوى.

- **الإقتراحات:**

أ. تعديل نص المادة 105 من القانون المدني لتشمل كافة التصرفات القانونية، وعدم الاكتفاء بالنص على العقد فقط.

ب. أن ينص المشرع الجزائري على غرار المشرع العراقي والمصري لتعريف جامع مانع لمريض مرض الموت بحيث لا يبقى بقية لقائل على الصعيد القضائي أو الفقهي.

ت. من خلال استعراض المادة 105 من القانون المدني نجدها قد نصت على:" إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فان العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد"، وحيث ذهب غالبية الفقهاء كما تبين لنا من خلال البحث إلى القول بأن العقد القابل للإبطال هو عقد صحيح ومنتج لآثاره، لذا نجد أن المشرع الجزائري لم يكن موفقا في إيراده لعبارة (أو قابلا للإبطال) حيث لا يمكن تحول العقد القابل للإبطال، كونه عقدا صحيحا ومرتبا لآثاره، ومن ثم نرى أنه من الأجدر حذف هذه العبارة من نص المادة وجعلها مقصورة على العقود الباطلة فقط دون العقود القابلة للإبطال، كما هو الحال بالنسبة لأصل المادة في القانون المدني الألماني.

ث. لزوم إصدار تشريع مستمد من الفقه الإسلامي، ويحدد بشكل صريح وواضح حقيقة مرض الموت وجميع تصرفات المريض مرض الموت دون الاكتفاء ببيع فقط نزولا عند متطلبات الواقع الاجتماعي.

5. قائمة المراجع:

- المؤلفات:

– أنور سلطان، العقود المسماة شرح البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، دار نشر الثقافة، الطبعة الثالثة، جمهورية مصر العربية، 1952.

– حسني محمود عبد الدايم،مرض الموت وأثره على عقد البيع، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي،دار الفكر الإسلامي،الإسكندرية،جمهورية مصرالعربية،2007.

– حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، الهبة، الوصية، الوقف،دار هومة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، 2004.

– رأفت الدسوقي، تحول العقد الباطل إلى تصرف صحيح، دار للنشر والبرمجيات، جمهورية مصر العربية، دار الكتب القانونية، جمهورية مصر العربية.

– سعاد إبراهيم صالح، أحكام الميراث والوصية في الشريعة الإسلامية، دار الضياء، جمهورية مصر العربية،1991.

– صاحب عبيد الفتلاوي، تحول العقد الباطل إلى تصرف صحيح، دار الكتب القانونية، دار للنشر والبرمجيات، جمهورية مصر العربية.

– عبد الحكم فودة،موسوعة البطلان في القانون المدني وقانون العقوبات، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة،البطلان في قانون المرافعات،بطلان القبض على المتهم، البطلان في قانون الإجراءات الجنائية وفقا لأحدث أحكام محكمة النقض.

– عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفق القانون الكويتي، المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة، مطبعة الجامعة الكويتية، الكويت،1982.

– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، جمهورية مصر العربية، 2011.

– عبد العزيز محمودي، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، التصرف في مرض الموت والتصرف مع الاحتفاظ بالحيازة والمنفعة مدعم بتطبيقات قضائية،دار قصر الكتاب، البليدة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، 2006.

– علي كاظم الشباني، تحول العقد في نطاق القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان،2015.

– فتحي حسن مصطفى، الملكية بالميراث في ضوء الفقه والقضاء، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، 1992.

– محمد زهدور، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، دار المؤسسة الوطنية للكتاب، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، 1991،

– محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى،عين مليلة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، 2008.

- الأطروحات:

– عبد العزيز مصطفى الخالد، العقد الموقوف والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه،كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1989.

– جليلي ابتسام، تصرفات المريض في مرض الموت،مذكرة ماجستير،كلية الحقوق، الجزائر، 2018.

– سارة خضر ارشيدات، البيع في مرض الموت، مذكرة ماجستير،كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2014.

– فاطمة أسعد، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في العلوم،كلية الحقوق،جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2015.

– Olivier cornay, la conversion des actes juridique, thèse Lausanne, 1937.

– Philippe Simler, la nullité partielle des actes juridique, thèse, Librairie générale de droit et de jurisprudence, paris, 1969.

- المقالات:

– أياد محمد جاد الحق، هبة المريض مرض الموت في مجلة الاحكام العدلية، سلسلة الدراسات الإسلامية، مجلة الجامعة الإسلامية، المجلد التاسع عشر، العدد الثاني، 2011.

– محمد أحمد البديرات، مدى اعتبار مرض الايدز مرض موت وتأثيره في تصرفات المريض في القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، مجلة جامعة جرش للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد اثنان وعشرون، العدد الأول،2006.

- المداخلات:

– عبد الحميد محمود البعلي، دراسة تمهيدية في تحول العقود في الفقه والقانون، دراسة مقارنة وموازنة، مؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول (31ماي إلى03 جوان2009)، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، دبي، الإمارات العربية المتحدة.