

LA DERNIERE MALADIE EN DROIT CIVIL ALGERIEN

*Par Mme HANIFI Louisa**

- En droit, la conclusion d'un contrat suppose nécessairement le consentement des parties qui se matérialise par la rencontre de leur volonté commune; le contrat obéit ainsi au principe fondamental de l'autonomie de la volonté. Cependant, ce principe n'a pas un caractère absolu; il semble atténué dès lors qu'apparaissent des circonstances particulières tel l'état de dernière maladie, chez l'une des parties contractantes.

- La spécificité de cette situation a d'ailleurs été soulignée par le législateur dès lors qu'il a soumis certains actes accomplis sous l'empire de la dernière maladie à des règles particulières. Cependant, bien des points ne sont pas précisés par le législateur, ce qui suscite à l'évidence notre curiosité et justifie l'intérêt que nous portons à la question.

- Ainsi, on remarquera tout d'abord que la loi ne définit pas la dernière maladie, d'autant qu'il s'agit là d'une notion à la fois complexe et vague dans l'esprit de certains. Sur ce, on est en droit de s'interroger si la jurisprudence n'a pas tenté de combler une telle lacune? Par ailleurs il apparaît nécessaire de rechercher le fondement sur lequel repose cette institution; en effet, la question se pose de savoir, dans une 1ère hypothèse, si la dernière maladie s'inscrit dans le schéma classique préconisé par le droit civil à savoir : est ce qu'elle se rattache à la théorie des vices du consentement ou à celle des incapacités juridiques. Dans la négative, il y a lieu de s'interroger alors si elle obéit à une autre logique, propre au droit familial; cette 2ème hypothèse n'est pas à écarter dès lors que l'on sait que la notion de dernière maladie trouve son origine dans le droit musulman et qu'elle est pratiquement enracinée dans les règles du droit de la famille et notamment celles relatives aux successions.

* *Chargée de cours, Institut de droit, Ben-Aknoun*

- Enfin, l'intérêt de la question apparaît également dans le fait de savoir si le législateur vise l'ensemble des opérations consenties par le disposant quelque soit leur nature, ou bien est-ce qu'il limite la dernière maladie seulement à des actes bien particuliers; la réponse à cette question n'est pas dépourvue d'intérêt car elle constituera un élément de plus qui justifiera le fondement de cette institution.
- Ce sont là autant de points qui constitueront l'essentiel de notre présente analyse.

I. — NOTION DE DERNIERE MALADIE

• Avant même d'aborder la question sous l'angle du droit algérien, il convient de souligner au préalable que la notion de dernière maladie est empruntée au droit musulman qui lui porte un grand intérêt et la prévoit non seulement pour les actes patrimoniaux mais également pour les actes extrapatrimoniaux (répudiation). Aussi, il n'est pas inutile de rappeler dans une 1ère étape, les définitions retenues par la doctrine musulmane de la dernière maladie.

• 1. LA DOCTRINE MUSULMANE : connaît une divergence importante quant à la définition de la dernière maladie, ainsi, certains fukahha considèrent que la maladie est réputée mortelle lorsqu' "elle empêche un homme de prier debout"⁽¹⁾; d'autres la considère comme telle lorsque le malade ne peut vaquer à ses occupations habituelles (se rendre à la mosquée, faire le marché etc...) et qu'il en meurt avant un an"⁽²⁾, ou encore "lorsque l'état du malade s'aggrave". Comme on peut le remarquer tous ces critères paraissent insuffisants pour définir la dernière maladie et même peu convaincants. En revanche, certains fukahha ont proposé une définition qui semble réelle en qualifiant de dernière maladie celle "qui donne au malade le sentiment que sa fin est proche"⁽³⁾.

• Cette crainte de la mort est à l'évidence l'élément essentiel qui caractérise l'état de dernière maladie. C'est d'ailleurs à cet avis que se rallie la majorité des fukahha qui soutient que la nature de la maladie importe

(1) Abu-I-Lais, auteur des Fatawa-Al-Hindiyya, cité par Sayed Ameer-Ali-Mohamedai-Lax-I, p. 53, rapporté par Linand de Bellefonds, Traité de droit musulman- comparé T1. p.267.

(2) Qadri Pacha- statut personnel, article 266.

(3) Kasani, VII, 224, rapporté par Linant de Bellefonds, Traité de droit musulman comparé, T 1 p. 265

peu; qu'il s'agisse d'une maladie aiguë "qui met la vie du malade en danger," ou d'une maladie chronique, elle a un caractère de dernière maladie si, par suite de cette maladie, la mort s'en suit. En revanche, ne peut être considérée comme telle, selon elle, la mort subite car l'idée d'une mort était absente dans l'esprit du défunt. Ajoutons également que certains fukahha, notamment Qadhi Pacha (l'article 268 du code du statut personnel) ont même abordé la question des rémissions, à ce sujet, ils considèrent que si l'état du malade s'accompagne d'une rémission, la maladie ne sera considérée comme mortelle qu'en ce qui concerne la période d'un an à compter du moment où l'affection a commencé. En cas de rechute, un nouveau délai d'un an sera appliqué.

- Notons également que l'on assimile à la dernière maladie, la personne en "situation dangereuse" car les circonstances relatives à ces deux situations font présumer un risque prononcé de mourir.

- Selon Sidi Khalil (article 518) les personnes en danger de mort sont, "les condamnés à l'amputation d'un membre dans le cas où elle peut être mortelle, et les individus placés sous les drapeaux en temps de guerre". Certains malékites y ajoutent même les femmes enceintes qui sont arrivées au terme de leur grossesse (les deux derniers mois de la grossesse).

- Comme on peut le constater, l'opinion dominante retient donc comme critère de la dernière maladie l'idée d'une mort prochaine. La question se pose à présent de savoir si le droit algérien se situe dans le droit fil de ce courant.

• 2. POSITION DU DROIT ALGERIEN

a) D'un point de vue des textes de loi, aussi bien le code civil que le code de la famille auquel le législateur renvoie bien souvent en cette matière, ne donnent aucune définition de la dernière maladie. Cependant, des éléments sont retenus par le législateur qui méritent réflexion... Ainsi, le critère d'une mort rapprochée consacré par la doctrine musulmane dominante, apparaît comme un élément constant puisqu'il a été repris par le code civil; les termes de l'article 408 § 1 (c.civ.) à savoir «*la maladie qui a entraîné la mort*» font apparaître très clairement l'idée de la mort comme la conséquence certaine de la maladie dont est atteint le disposant. De plus, l'article 408 § 2 (relatif à la vente consentie à un tiers) indique que l'acte est considéré comme ayant été accompli «*sans consentement valable*». Doit-on comprendre que ce défaut de validité se justifie par la présomption d'un

vice de consentement chez la personne atteinte de dernière maladie? En d'autres termes, le législateur exige-t-il directement que le malade soit atteint dans ses facultés intellectuelles (voir dans sa capacité de discernement)? Si tel est le cas, alors il va sans dire que cette définition de la dernière maladie aura des conséquences importantes sur le fondement de cette institution (question qui sera analysée dans la 2^e partie) de notre étude.

- Par ailleurs, il y a lieu de constater que le législateur ne fixe aucune durée pour la dernière maladie; il parle de «période aiguë» c'est-à-dire de période critique et désespérée quelque soit donc la durée et les intermittences de la maladie..

- Enfin et pour préciser davantage cette notion de dernière maladie, il convient de la comparer à des situations voisines consacrées expressément à l'article 204 du code de la famille, il s'agit notamment de «la personne atteinte de maladie grave», celle qui se trouve «en situation dangereuse» et enfin «la maladie ayant entraîné la mort».

- Il convient de souligner d'ores-et déjà que la dernière maladie se distingue de la maladie grave du fait que cette dernière n'exclut pas une éventuelle guérison. En revanche, la dernière maladie s'identifie à «la maladie ayant entraîné la mort» dès lors que ces deux situations écartent tout espoir de guérison et débouchent fatalement sur la mort.

- Rappelons que le code civil (art 408 alinéa 1) a même retenu le critère de «maladie ayant entraîné la mort» pour qualifier la dernière maladie; preuve qu'il s'agit pratiquement d'une même notion.

b) D'un point de vue de la jurisprudence : la jurisprudence algérienne s'étendra d'avantage sur la définition de la dernière maladie que ne le fait le législateur lui-même. Ainsi, qu'il s'agisse de la chambre civile ou encore de la chambre du statut personnel, celles-ci retiendront des éléments importants qui ne sont pas évoqués dans les textes de loi. L'intérêt et l'importance de ces éléments nous incitent même à reprendre certains attendus clés dans la langue de rédaction. Ainsi, la Cour Suprême (chambre du statut personnel) déclare dans une décision rendue le 09/07/1984, n° 33719 (in revue de la Cour Suprême, année 1989, N° 3, p. 51)

«حيث يتضح من الدعوى أن القضية تدور حول ابطال تصرف في حالة مرض صاحبه مرض الموت وفي هذا الصدد فإن المعروف فقها واجتهادا أن المرض الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا يجر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه ويحسب ذلك فعلى الطاعنين أن يثبتوا بأن البائع لم يملك

تمييزه، ولا صحة عقله وأن المرض الأخير الذي انتابه أدى إلى تصرف باطل ولكن قضاة الوقوع اقتنعوا بما وضع أمام أيديهم من أدلة أن المرض الأخير لم يكن مرضاً من شأنه أن يفقد المتصرف مراقبة المال وكان من سلطاتهم التقديرية في قضية لا تمس النظام العام وعليه فإن قرارهم جاء معللاً بما فيه الكفاية».

• En quelques mots, la Cour Suprême, précise que la nullité d'un acte pour cause de maladie n'est fondée que s'il s'agit d'une dernière maladie, ayant un caractère de gravité et entraînant la mort du disposant; elle ajoute également des éléments importants à savoir qu'il faut prouver une perte de discernement chez le mourant ainsi qu'une atteinte à ses facultés mentales. En l'espèce, la Cour Suprême a rejeté le pourvoi en cassation et confirmé l'arrêt de la Cour d'Alger (confirmatif du jugement du tribunal) en ce qu'il a considéré l'acte de vente conclu devant notaire valable; cette décision est motivée par le fait que les preuves produites par le demandeur à l'appui de ses prétentions, à savoir que le disposant était atteint de maladie grave dont on pouvait craindre fortement la mort, qu'il est mort effectivement 9 jours après la conclusion de l'acte, étaient considérées comme insuffisantes. Les juges du fond ont soutenu que rien ne prouvait que le disposant n'était plus en possession de ses facultés mentales et qu'il était dans l'incapacité de conclure des actes».

• D'autres décisions rendues par la chambre du statut personnel de la Cour Suprême montrent que celle-ci est très exigeante dans la définition de la dernière maladie; c'est ainsi que dans une décision rendue le 27/10/1992 dossier n°852260 (inédit) elle déclare :

«حيث أن قضاة الموضوع قد سلكوا أسباباً غريبة بقولهم من أن الواهبة كانت تتمتع بكامل قواها العقلية والجسدية بدليل أنها انتقلت إلى مكتب التوثيق حتى ولو كانت تعاني من مرض عضال وخطير لم يمنعها ذلك من التحرك بدليل نقلها للعلاج بين الجزائر وتونس وأن قضاة الموضوع لم يناقشوا المرض المدعي به من طرف الطاعن والمنصوص عليه بالمادة 204 من قانون الأسرة بذلك فقد عرضوا قرارهم للنقض».

• En l'espèce, la donation a été consentie par une personne atteinte d'un cancer du sein et des poumons depuis 1982; elle est morte 4 ans après c'est-à-dire le 11/08/1986 après avoir suivi un traitement en Algérie et à l'étranger (Tunisie, France). Cette donation a été contestée sur la base des articles 776 du code civil, 189 et 204 du code de la famille. Les juges du fond ont considéré la donation valable au motif que la malade était en pleine possession de ses facultés physiques et mentales...Or la Cour Suprême n'est

pas convaincue par la motivation des juges du fond; elle leur reproche de n'avoir pas porté leur discussion sur la maladie en elle-même conformément à l'article 204 du c. famille; d'où elle casse et annule sans pour autant nous préciser en quoi les éléments retenus par les juges du fond sont insuffisants pour caractériser l'état de dernière maladie. Parallèlement à ce flottement qui apparaît à travers les décisions rendues par la chambre du statut personnel, en revanche, la chambre civile de la Cour Suprême ne fait apparaître aucune hésitation quant aux critères permettant de définir la dernière maladie; elle s'appuie de façon constante sur l'idée d'atteinte aux facultés physiques et mentales. La Cour Suprême justifie d'ailleurs sa position par référence à la chari'a dont elle déclare expressément qu'elle constitue la source même de l'article 408 du code civil; ainsi, dans une décision rendue le 07/07/1980 dossier n° 20502 (inédit) elle déclare :

«حيث أن أحكام المادة 408 من القانون المدني الجديد ماهي إلا تكريس لمبادئ الشريعة الإسلامية المطبقة وقت تحرير عقد البيع المذكور، وهي المبادئ التي ترى، بأن المرض يؤثر على الأهلية القانونية للإنسان إذا كان من شأنه أن يفضي إلى الموت فالضعف الجسدي والعقلي يترتب عليه منع المريض من القيام بالتصرفات القانونية خشية المساس بالآمال المشروعة للورثة كما هو عليه الأمر في هذا المثال...»

Cette attendu évoque en plus de la déficience physique et mentale de la personne atteinte de dernière maladie, l'idée que celle-ci produit un effet sur la capacité juridique de la personne si elle entraîne la mort. Il ajoute que la faiblesse physique et mentale crée un empêchement pour le malade de conclure les actes. De même qu'il révèle un élément important (qui va même nous éclairer sur le fondement de la dernière maladie à savoir qu'il y a une crainte de porter atteinte à l'intérêt des héritiers comme c'est le cas en l'espèce d'attendu parle de «أمال» qui se traduit par espoir, mais il s'agit en fait de l'intérêt des héritiers.

• Egalement, dans une autre décision rendue le 09/11/1977 donnée n° 12916 (inédit), la Cour Suprême (chambre civile) a déclaré :

«ولكن حيث أن القضاة اعتمدوا في تصحيح البيع المتنازع فيه على كونه متوفرا على شروط الصحة لوقوعه أمام موثق، وإن شاهدين أكدوا أمامه صحة البائع البدنية والعقلية، وأضافوا بأن المساحة المباعة ضئيلة وأن الثمن مناسب، وأن الموت لم يقع إلا بعد سبعة أشهر من تاريخ البيع»

• Cet arrêt nous révèle que les magistrats ne considèrent pas l'âge avancé de la personne (la vieillesse étant un phénomène normal) comme

un élément caractéristique de la dernière maladie. Elle s'appuie une fois de plus sur la déficience des facultés physiques et mentales du disposant. C'est pourquoi la Cour Suprême a confirmé l'arrêt de la Cour de Sétif (infirmatif du jugement du tribunal) en ce qu'il a considéré le contrat de vente conclu par le disposant valable. En l'espèce, les demandeurs ont prétendu que le vendeur était d'un âge avancé, qu'il était atteint physiquement et mentalement et que l'acte a été conclu 6 mois avant sa mort. La Cour a motivé sa décision par le fait que les conditions de validité étaient requises notamment qu'il était conclu devant un notaire et que deux témoins ont confirmé devant lui que le vendeur était en bonne santé physique et mentale, ajoutant que la parcelle vendue et pratiquement minime, que le prix est proportionnel et que la mort n'a eu lieu que 7 mois après la date de vente.

— Dans une décision récente (du 08/02/1995 dossier n° 114346 (inédit)) la Cour Suprême, considère que la nullité de la donation consentie par le malade ne peut être prononcée que s'il est prouvé que ce dernier est atteint dans ses facultés mentales et que *son consentement est vicié*.

«وفي هذا الصدد فإن الطاعنين لم يثبتوا أمام هؤلاء القضاة أدعائهم بأن الواهب كان في تاريخ التزامه بالهبة المذكور غير سليم العقل وأن رضائه كان فاسداً كما أنهم عجزوا عن إثبات زعمهم بأن المتصرف كان مصاباً في ذات الوقت بمرض أودى بحياته هذا من جهة».

- Si l'on suit donc le raisonnement des magistrats, tant qu'il n'est pas prouvé que la personne est atteinte physiquement et surtout mentalement, l'opération consentie sera considérée comme valable. Dès lors, une personne atteinte de paralysie par suite d'un accident de la circulation survenu au cours de l'année 1979 et qui meurt 6 ans après c'est-à-dire le 13/03/1985, ne saurait probablement être considéré en état de dernière maladie; la donation consentie en pareilles circonstances ne peut être entachée de nullité tant il n'est pas prouvé que le donateur était atteint également dans ses facultés mentales (arrêt de la Cour Suprême chambre civile, du 16 mars 1994, dossier n° 108069, inédit). Notons dans ce cas d'espèce que la Cour Suprême a rejeté le pourvoi, sans se prononcer sur ce point précis.

- L'ensemble de ces décisions montrent que la Cour Suprême ne limite pas la définition de la dernière maladie au seul critère d'une mort quasiment certaine du malade. D'autres éléments sont invoqués soit de façon constante (la dégradation physique et mentale), soit occasionnellement (la gravité de la maladie, l'atteinte à l'intérêt des héritiers...) Cependant

d'autres critères apparaissent de façon moins précise notamment la question du délai; on peut même dire que la jurisprudence, tout comme la loi, ne semblent pas en tenir compte. En tout état de cause, les magistrats montrent une certaine fermeté quant à la preuve de la dernière maladie; en effet, les héritiers ne doivent pas prouver que l'auteur de l'acte était malade au moment de la conclusion de l'acte; encore faut-il qu'ils prouvent qu'il était en état de dernière maladie, cette preuve peut être administrée par tous moyens; la Cour Suprême l'a d'ailleurs rappelé dans une décision rendue le 05/05/1986, dossier n° 41111 (citée par Larbi Belhadj "Droit de la famille", O.P.U. p. 197); en l'espèce, les magistrats de la Cour Suprême, après avoir rappelé que la dernière maladie peut être prouvée par tous moyens, reproche aux juges du fond d'avoir seulement retenu le fait que le donateur était malade au moment où il a consenti la donation, et qu'il a demandé au notaire de venir à son domicile pour rédiger l'acte. La Cour Suprême a cassé la décision des juges du fond qui n'était pas suffisamment motivée en ce sens qu'ils ne s'étaient pas assurés si la donation était consentie réellement sous l'empire de dernière maladie.

- Notons sur ce point, qu'il est parfois difficile de prouver (même par des certificats médicaux qui est le moyen le plus couramment utilisé) qu'un acte a été accompli au moment précis où le disposant était en état de dernière maladie; la concomitance entre l'état du malade et le moment de la conclusion de l'acte n'est pas toujours facile à établir. La difficulté est encore plus grande lorsque l'acte n'a pas date certaine; à ce sujet, la loi précise que *"si l'acte n'a pas requis date certaine, il ne fait plus preuve de sa date à l'égard des héritiers"* (art 776 code civil).

- Ainsi, après avoir évoqué les éléments qui caractérisent la dernière maladie au regard de la loi et de la jurisprudence, il convient à présent d'en rechercher le fondement.

II. — NOTION DE DERNIERE MALADIE

- La détermination du fondement sur lequel repose la dernière maladie constitue un point important de notre analyse. Elle nous permet de comprendre si :

- La dernière maladie présume chez son auteur une volonté qui, sans être inexistante, est imparfaite d'un point de vue de sa lucidité; en d'autres termes se rattache-t-elle à la théorie des vices des consentements?

- ou encore est-ce qu'elle présume chez son auteur une déficience de facultés mentales auquel cas le malade est-il frappé d'une incapacité à disposer de ses biens?

- Enfin, si la dernière maladie ne se justifie pas par rapport à ces deux théories développées par le droit civil, alors à quelle logique obéit-elle?

* 1. LA DERNIERE MALADIE PAR RAPPORT AU DROIT CIVIL

• a) La dernière maladie et la théorie des vices du consentement

- Il convient de faire remarquer tout d'abord que la dernière maladie ne se pose pas en termes d'absence de consentement auquel cas le contrat serait nul de nullité absolue. En revanche, la question se pose de savoir si la volonté émanant d'une personne en état de dernière maladie est saine, consciente, lucide. Selon la Cour Suprême (arrêt du 09/07/1984, n° 33719 précité), la dernière maladie implique chez son auteur une atteinte à ses facultés intellectuelles, elle pose en effet très clairement le problème en termes de «perte de discernement» «فقدان التمييز». Or, cette thèse est loin d'être justifiée et on ne saurait aller trop loin dans cette voie. En effet, comment justifier que la vente consentie par le malade demeure valable lorsqu'elle est ratifiée par les héritiers; de même comment expliquer sinon que la vente soit inattaquable lorsqu'elle est consentie en faveur d'un tiers de bonne foi, de même comment justifier que le malade puisse consentir valablement d'autres opérations (actes d'administration, de gestion et bien d'autres actes dont le contrat bail...) hormis la vente et les libéralités.

- Certes, la dernière maladie révèle sans doute un affaiblissement de la personne, mais cet état ne supprime pas nécessairement son intelligence, voire sa conscience à vouloir s'engager; le malade n'est pas systématiquement dépourvu de sa capacité psychique nécessaire à l'activité juridique.

- Partant de ces constatations, la dernière maladie ne se justifie donc pas sur le terrain des vices du consentement, et il convient donc d'en rechercher ailleurs le fondement.

• b) La dernière maladie se rattache-t-elle au régime et des incapacités juridiques?

- En matière contractuelle, il est admis que «toute personne majeure jouissant de ses facultés mentales et n'ayant pas été interdite est pleinement capable pour l'exercice de ses droits civils» (art. 40 du code civil).

- En somme, l'incapacité résulte soit de l'âge, soit de l'altération des facultés mentales ou encore de l'insuffisance psychique; cela concerne notamment le mineur, le dément, le prodigue, le faible d'esprit ou encore celui qui est frappé d'imbécillité. L'état de ces personnes nécessite une protection de la loi, aussi sont-elles soumises au régime de l'administration légale, de la tutelle ou de la curatelle.

- Il est donc important de souligner que l'incapacité *ne peut résulter que d'une disposition légale*. Or, s'agissant de la personne en état de dernière maladie la loi ne la prévoit pas parmi les catégories sus-visées; donc, juridiquement, la personne en état de dernière maladie n'est frappée d'aucune incapacité à disposer à titre onéreux ou gratuit. On notera donc sur ce point, une contradiction avec la jurisprudence (arrêts précités du 09.07.1984, dossier N° 33719, et du 07.07.1980, dossier N° 20 502) qui, comme on l'a constaté, a parlé d'incapacité juridique de la personne atteinte de dernière maladie,

- Par ailleurs, il est vrai que l'on peut voir à travers l'article 776 du code civil (relatif aux libéralités consenties sous l'empire de la dernière maladie), une sorte d'incapacité qui résulte du fait que les actes conclus par le mourant sont soumis aux règles du testament; en effet, ces libéralités ne peuvent excéder le tiers du patrimoine du disposant. Cependant, il ne peut s'agir d'incapacité puisque la loi ne soumet pas ces actes à la nullité, ils sont seulement réductibles au tiers.

- En d'autres termes, il n'y a pas incapacité à tester mais seulement inaptitude à donner plus du tiers. De plus, si le mourant décède sans laisser d'héritier, ces libéralités demeureront valables. L'incapacité ne se justifie pas également pour les mêmes raisons que celles précisées précédemment pour les vices du consentement. On peut rappeler sur ce point que le droit français prévoit quant à lui (article 909 du code civil) la dernière maladie parmi les incapacités relatives à disposer et à recevoir à titre gratuit; le malade ne peut disposer en faveur des médecins, pharmaciens, ou du culte qui l'ont assisté au cours de la maladie dont il décède; peu importe d'ailleurs la nature de la libéralité (donation entre vifs, disposition testamentaire...).

- Cependant, il est important de souligner que le droit français justifie cette incapacité par le souci de protéger le disposant lui-même contre tout abus d'influence de la part du gratifié. Il est vrai qu'en droit, l'incapacité est conçue dans le but de protéger la personne même de l'incapable pour les raisons précisées ci-dessus et invoquées aux articles 42 et 43 du

code civil algérien. Or, la dernière maladie telle qu'elle est envisagée par le droit algérien ne vise pas à protéger le disposant lui-même; c'est davantage l'intérêt des héritiers dans une succession future qui va justifier le fondement de cette institution. On est donc bien loin de la thèse développée par le droit français et qui donc correspond tout à fait à l'esprit dans lequel la dernière maladie a été conçue.

*** 2. LA DERNIERE MALADIE TROUVE SON FONDEMENT DANS UNE LOGIQUE PROPRE AU DROIT FAMILIAL.**

- Comme on pourra le préciser à travers cette partie, le fondement de la maladie s'insère dans une logique propre au droit familial (notamment les règles de la succession). En effet, nous l'avons déjà annoncé en introduction de notre article, la dernière maladie est une institution très enracinée dans le droit familial; la preuve en est que le code civil renvoie lui-même au code de la famille qui s'applique en grande partie à cette matière.

- Cela s'explique aisément par le fait que la dernière maladie étant marquée par l'approche de la disparition du malade, elle annonce en quelque sorte l'ouverture d'une succession; c'est sur cette base même que repose toute cette institution. En somme, cette succession à venir conduit donc le législateur à protéger davantage les héritiers contre toute éviction de leur part successorale.

- La Cour Suprême n'a d'ailleurs pas manqué de le préciser dans la décision du 07.07.1980, dossier N°20502 précité où elle parle d'atteinte à l'intérêt légitime des héritiers (sous-entendu dans une succession future).

- C'est également la raison pour laquelle seuls les actes ayant pour effet de réduire le patrimoine du disposant (c'est-à-dire les actes de vente (article 408 code civil) et les libéralités (articles 776 et 777 code civil) sont visés. Dès lors, toute vente consentie sur le patrimoine du mourant s'apparente en fait à la vente du bien d'autrui. Les biens du mourant sont en voie d'être transférés aux héritiers; le législateur exige (art 408. code civil) d'ailleurs la ratification des héritiers pour la validité de l'acte de vente consenti à un successible; c'est bien le signe que les héritiers ont pratiquement un droit sur les biens du mourant. C'est dans cet esprit qu'a été conçue la dernière maladie.

- C'est pourquoi le législateur, en utilisant l'expression «sans consentement valable» (article 409 code civil), vise à dépouiller la volonté du malade de son efficacité juridique, la raison en est, non pas dans une atteinte à l'intégrité de son consentement, non pas à une forme d'incapacité, mais davantage à une atteinte à l'intérêt des héritiers. Les actes conclus (ceux visés par la loi) en circonstance de dernière maladie ne peuvent donc pas produire d'effet dès lors que l'on retire à la volonté du malade sa validité juridique.

III— ACTES VISES PAR LA LOI

- La dernière maladie ne produit d'effet que sur les actes de disposition à titre onéreux notamment la vente, et les actes à titre gratuit tels les libéralités. Sont donc exclus les actes qui n'ont pas pour effet de réduire le patrimoine du mourant; ainsi en est-il des actes de gestion et d'administration.

* 1. S'AGISSANT DES ACTES DE VENTE, il n'est pas inutile de rappeler que seuls les hanéfites ont envisagé cette hypothèse en plus des libéralités; les autres écoles n'ont retenu la dernière maladie qu'en ce qui concerne les libéralités.

- Le législateur algérien envisage deux situations :

a) Lorsque l'acte de vente est conclu avec un héritier, il peut être déclaré nul, s'il n'est pas ratifié par les autres héritiers (article 408/1). La Cour Suprême rappelle ce principe dans un arrêt du 09.07.1990, dossier n°62156 (inédit).

Les héritiers sont donc en droit d'engager une action tendant à la nullité d'une telle opération. Cependant, des difficultés peuvent surgir lorsque l'acte n'a pas de date certaine; certains civilistes notamment SENHOURI (p.445) *القانون المدني في شرح الوسيط* soutient que les héritiers ne peuvent se prévaloir contre l'acte de vente que s'il a date certaine;

- Toutefois, s'il est prouvé que l'acte a été consenti en cours de dernière maladie, une telle opération consentie sous l'effet de la crainte de la mort risque de favoriser un successible par rapport à d'autres. Cette idée d'une mort prochaine fait présumer un certain favoritisme à l'égard de l'héritier cocontractant.

• Certains fouqaha soulignent d'ailleurs que de tels actes peuvent cacher «un avantage motivé par les égards personnels» (Qadri Pacha, code du statut personnel, article 561). Il est à craindre en effet, que sous l'apparence d'une vente, l'acte ne dissimule en réalité une donation. Or, l'éventualité d'une donation déguisée est contraire aux règles de la succession. En effet, le bien doit être maintenu dans la masse successorale pour être compris dans la liquidation et le partage de la succession. De plus, s'agissant de l'hypothèse où l'acte est conclu avec un héritier, la question se pose de savoir à quel moment s'apprécie la qualité d'héritier? Est-ce au moment où l'acte a été conclu ou à la mort du decujus? La question n'est pas dépourvue d'intérêt lorsque l'on sait que l'on peut être étranger au moment de l'acte et acquérir la qualité d'héritier à la mort du decujus (ainsi en est-il de la vente conclue avec une femme que le disposant épouse par la suite, et devient héritière à la mort de celui-ci); de même, qu'une personne peut être héritière au moment de l'acte et se voir écartée à la mort du decujus (ainsi en est-il du frère qui est successible au moment de l'acte, faute de descendant, et se voit écarté à la mort du decujus par la naissance d'un fils de ce dernier.

• En règle générale, la vocation successorale s'apprécie au moment de l'ouverture de la succession, c'est-à-dire à la mort du decujus. Pour certains fouqaha cependant, (Muhamma y Mûsa, auteur hanafite cité par L. Bellefonds p.276), l'héritier est «celui dont la vocation successorale existe au moment de l'acte et qui vient, en fait à la succession du défunt».

• Par ailleurs, une autre question se pose à propos de la vente qui est considérée comme valable dès lors qu'il y a approbation des autres héritiers. Il s'agit en effet de savoir, à quel moment doit se faire cette approbation, et sous quelle forme doit-elle se faire. Devant le silence de la loi et face à l'absence d'une jurisprudence, on peut présumer que la ratification doit se faire par une déclaration expresse de sorte que l'intention des héritiers soit clairement révélée; c'est du moins la position de la justice égyptienne qui considère que la ratification doit se faire par une action positive (l'inaction et le silence ne peuvent avoir valeur d'une ratification). Quand au moment où elle doit intervenir, signalons qu'il y a une véritable controverse doctrinale sur ce point; certains pensent qu'elle ne doit se faire qu'au décès du decujus car c'est à ce moment là seulement que leur droit à l'héritage prend effet et non pendant qu'il est en vie. Pour d'autres, la ratification engage l'héritier même si elle a lieu pendant la maladie au cours de laquelle le disposant est décédé.

• b) Lorsque l'acte de vente est conclu avec un tiers

• En pareil cas, la vente est présumée avoir été consentie sans consentement valable, d'où elle est annulable. Cependant, le législateur précise que la sanction n'est pas opposable aux tiers de bonne foi qui ont acquis

un droit réel sur le bien vendu (article 409 code civil); c'est ainsi que la Cour Suprême a considéré que la vente consentie au profit d'un tiers mais en présence de deux témoins et de l'épouse du vendeur qui a été chargée de récupérer la somme du bien vendu chez le notaire, est considérée comme un acte de bonne foi (arrêt Cour Suprême du 05.01.1994 - dossier n°106.193, inédit). Il semblerait que cette réserve à l'égard des tiers de bonne foi soit étrangère au droit musulman; elle a été introduite dans le code civil égyptien (article 478).

* 2. S'AGISSANT DES ACTES DE DISPOSITION A TITRE GRATUIT.

- Ceux-ci ne peuvent produire que les effets relatifs au testament. C'est ce que précise l'article 776 alinéa 1 du code civil, conçue dans ces termes *«tout acte juridique accompli par une personne pendant sa dernière maladie dans un but de libéralité, est censé être une disposition testamentaire et doit être régi par les règles du testament quel que soit la dénomination donnée à cet acte»*. Les héritiers peuvent le contester et prouver que cet acte a été consenti à l'article de la mort, à moins que le bénéficiaire ne prouve le contraire. Cependant s'il est prouvé que l'acte a été réellement consenti sous l'empire de la dernière maladie, il ne pourra excéder le tiers du patrimoine du disposant.

- L'excédant du tiers ne s'exécute que si les héritiers y consentent (article 185 du CF). Cette règle est inspirée du droit musulman et la justice algérienne l'a rappelée et l'a appliquée de façon constante.

«لا وصية إلا في حدود الثلث»

=> arrêt de la Cour Suprême du 30.04.1969 cité par Larbi BELHADJ «Droit de la famille» p.190.

=> arrêt de la Cour Suprême du 17.10.1990 publié à p.81, N°2, 1991.

المجلة القضائية (revue de la jurisprudence).

- La même règle s'applique lorsque la libéralité faite par testament est consentie au profit d'un héritier, il ne produit effet que si les co-héritiers y consentent après le décès du testateur (art.189 CF).

«لا وصية لو ارث إلا إذا أجازها الورثة»

- En effet, il est admis en droit algérien qu'on ne peut être héritier et légataire en même temps.

- Cette règle trouve sa source dans le Coran (sourate IV, verset 37) *«Dieu a donné à chaque ayant droit sa part; il n'y aura pas de legs en faveur d'un héritier.»*

=> Sidi Khalil affirme dans ce sens qu'il ne peut y avoir de testament par l'époux en faveur de son épouse.

=> Ib Acem également confirme cette règle (vers 1380) «Est prohibé tout legs fait à un héritier s'il n'est rendu exécutoire par les autres héritiers d'une façon formelle.

- La justice algérienne a confirmé cette règle dans de nombreuses décisions :

=> arrêt Cour Suprême du 28.02.1968 cité par BELHADJ p.190

=> arrêt Cour Suprême du 20.03.1968 cité par BELHADJ p.190.

=> arrêt Cour Suprême du 05.03.1990 dossier N°59240 publié à المجلة القضائية N°03.1993 p.57

- L'ensemble de ces règles se justifient par le souci déviter que ces libéralités consenties sous l'empire de la dernière maladie ne viennent réduire voire appauvrir le patrimoine du decujus de nature à affecter la part successorale des héritiers. Dès lors, ces libéralités risquent d'entraîner une éviction des héritiers de leur part successorale. Or, la loi ne permet pas que ceux-ci soient dépouillés de leur droit à l'héritage qui est un droit propre, garanti par la loi. Ces actes sont considérés comme ayant été accomplis au mépris des règles relatives à la succession.

- Or, celles-ci ont un caractère impératif; elles sont d'ordre public et ne peuvent faire l'objet d'aucune transgression. Ces règles sont conformes au droit musulman qui s'est penché (toutes écoles confondues) sur la question des libéralités consenties entre vifs en cours de dernière maladie (s'agissant de la donation, remise de dette, cautionnement...) sont assimilées au legs qui est limité au 1/3 sauf confirmation par les héritiers.

- Cette assimilation de la donation faite par une personne en cours de dernière maladie à un legs est également confirmée par le code de la famille (article 204); elle ne peut effectivement excéder le tiers du patrimoine du donateur. La Cour Suprême a d'ailleurs confirmé cette règle notamment dans la décision du 05.05.1986 précitée (dossier N°41.11 cité par L. BELHADJ).

- Notons enfin que les mêmes règles s'appliquent au waqf (art. 215 du code de famille).

CONCLUSION

• Alors que l'on peut reprocher au législateur certaines lacunes quant à la définition de la dernière maladie, les tentatives engagées par la Cour Suprême sont en revanche très discutables. En effet, à notre avis, ce n'est pas tant l'atteinte aux facultés mentales du malade (présenté comme un élément essentiel dans la définition de la dernière maladie) ni même à sa capacité de discernement qui caractérise la dernière maladie. C'est davantage l'idée que le malade ne pourra plus se relever de sa maladie quelque soit sa durée et sa nature. Le malade se trouve dans une situation désespérée, qui élimine tout espoir de guérison et débouche fatalement sur la mort. C'est en fait sur ce seul élément que repose la véritable signification de la dernière maladie.