جامعة المسيلة
كلية الحقوق والعلوم السياسية

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبة

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مذكرة لنيل شهادة الماستر في قانون الأسرة

حماية الورثة من الوصية المستترة

في القانون الجزائري

إعداد الطالبة:

- بن حامة كريمة

الرتبة	الصفة
	رئيسا
عمارة عمارة	مشرفا ومقررا
	مناقشا

السنة الجامعية: 2020-2021

بسم الله الرحمن الرحيم

* ملحق بالقرار رقم ....1082.... المؤرخ في ..... 17 ديسمبر 2020

الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي: جامعة محمد بوضياف المسيلة - كلية الحقوق والعلوم السياسية

نموذج التصريح الشرفي

الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله،

السيد(ة): بن حامة كريمة الصفة: طالب، أستاذ، باحث طالبة ماستر

الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 227089 والصادرة بتاريخ 2011/09/06

المسجل(ة) بكلية / معهد: الحقوق قسم: الحقوق

والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه).

عنوانها: حماية الوثيقة من الوصية المستثنة في قانون الجزائري

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 2021/06/09

توقيع المعني (ة)

توقيع السيد: 227089

بطاقة التعريف رقم:

بتاريخ: 2011/09/06

مصادق عليه

بلدية عين الدزاق

ع/ رئيس المجلس الشعبي البلدي

رئيس الفرع الإداري البلدي

سلمى عبد الرزاق

استمارة معلومات

المعلومات الشخصية:

الاسم: كريمة اللقب: بن حامة

اسم الأب: علي اسم ولقب الأم: تراثني حمامة

تاريخ الازدياد: 1982/06/05 مكان الازدياد: برج بوعريريج

رقم الهاتف: 0663 94 53 14

البريد الالكتروني: avocatekarima8@gmail.com

العنوان الشخصي: حوزة طيب حيرة شارع ج ا رقم 25 برج بوعريريج

الباكالوريا:

المعدل: 10.44 الشعبة/التخصص: حقوق سنة الحصول على شهادة الباكالوريا: 2004

الليسانس:

تخصص الليسانس: حقوق الدفعة/ سنة التخرج: 2010 / 2009

الماستر:

تخصص الماستر: قانون أسرة الدفعة/ سنة التخرج:

المعدل التراكمي للماستر: (المعدل العام)

الوضعية المهنية:

موظف: ☐ عاطل عن العمل: ☐

في حالة موظف:

وصيف عمومي قطاع خاص:

المصلحة المستخدمة اسم المؤسسة / الشركة:

الرتبة في العمل:

الصيغة:

موظف بـ: موظف في إطار عقود: نوع العقد:

امضاء الطالب

شكر وتقدير

اتقدم بالشكر والتقدير الأستاذ المشرف

عمارة عمارة

و الذي لم يبخل عليا بالنصائح والتوجهات و كان سندا لنا الإنطلاق في هذا العمل المتواضع

اهداء

الى الوالدين الكريمين اطال الله في عمرهما

والى زوجي والى كافة الأهل والأحباب

والأصدقاء

اهدي هذا العمل المتواضع

مقدمة

مـقدمـــة

فقد كتب الله تعالى على عباده الموت مهما ارتفعت اقدارهم، ومهما طالت اسنانهم، قال الله تعالى: **(وَمَاجَعَلْنَا لِبَشَرٍمِّن قَبْلِكَ ٱلْخُلْدَأَفَإِيْن مِّتَّ فَهُمُ ٱلْخَٰلِدُونَ)**،واينما حلوا وحيثما ارتحلوا، قال الله تعالى **(أَيْنَمَاتَكُونُوايُدْرِكْكُمُ الْمَوْتُ وَلَوْكُنْتُمْ فِي بُرُوجٍ مُشَيَّدَةٍ)**.

فحدّ سبحانه وتعالى لهم اجالا، مع علمه بأنهم سيتركون خلفهم اموالا وعيالا، فشرع لهم شرائع تعينهم على امورهم، فكان ان شرع لهم الوصية في اموالهم، فجعل لهم من كسب دنياهم ما يستحصلون به كسب الآخر.

وتعتبر الوصية في الإسلام سببا من نقل الملكية، فقد جاءت نظاما مرتبطا بنظام المواريث حيث ان كلاهما يرد على الذمة المالية للشخص بعد وفاته، وفيما يخلف فيه الوارث مورثه في تركته سواء بطريقة اجبارية بحكم الشارع الحكيم ولا دخل للمورث ولا للوارث فيه وهي الميراث، أو بطريقة اختيارية تثبت بإرادة المورث اي الموصي وارادته.

وقد شرعت الوصية لحاجة الناس اليها ليتدارك بها الشخص ما فاته من أعمال الخير والإحسان وليصل به يرحمه ممن لا يرث ويساعد بها المحتاجين والفقراء.

تعتبر الوصية من اهم التبرعات بالأموال المضافة الى ما بعد الموت، ونظرا لأهميتها وكثرة انتشارها في الحياة العملية، فقد عالجتها الشريعة الإسلامية ووضعت لها شروطا واحكاما، كما تولى الفقه الإسلامي والقانون ذلك بالشرح والاجتهاد على اساس العدل والإنصاف لحفظ نظلم الأسرة والمجتمع لما لها من اهمية دنيوية واخروية، ولما تحققه للفرد من حرية التصرف في ثلث المال في حياته، والوصية تصرف بالإرادة المنفردة تنشأ بمجرد ايجاب الموصى.

فتبقى نظرة التشريع تهدف الى الموازنة بين مصالح، فمن الإجحاف تقيد حرية الإنسان من التصرف في ماله مطلقا، لا لشيء الا ان له وارث حقه محتمل في التركة، اذ ان اغلبية

التشريعات ومنها التشريع الجزائري اقرت حق الشخص في الإيصاء من خلال اعتباره تصرف مضاف الى ما بعد الموت.

لذا فان الأشخاص ولأسباب مختلفة و رغبة منهم في التحايل على احكام القانون المقيدة لحرية الإيصاء تستر الوصية لنيل الحرية في تعين من يخلفهم في اموالهم، ويصبغون على تصرفهم بالوصية ثوب تصرف آخر منجز حال الحياة يكون لهم فيه الحرية المطلقة دون أي تقيد، لكن المشرع تصديا لمثل هذه التصرفات و ضع احكام بها يمكن فرض احترام القواعد الآمرة للقانون المتعلقة بالوصية، وهذا بمعاملة من يحاول التهرب من احكامها بنقيض قصده واعتبار تصرفه وصية رغم ظهوره بمظهر آخر كالهبة والوقف والإقرار والإبراء في مرض الموت وذلك حماية لحقوق الورثة.

ونظرا لما من اهمية كبيرة لهذا الموضوع بالنسبة للفرد في المجتمع سواء كان مورثا صاحب ثروة ويقع عليه اللبس في التصرف فيها، خاصة عندما ينتاب هذا الشخص مرض مميت فيتسم سلوكه في هذه الفترة بالشك و الريبة، وذلك بمحاباة بعض الورثة او الغير على حساب باقي الورثة، وتسود هذه الظاهرة في مجتمعنا حيث تكون المحاباة غالبا لذكور على حساب الإناث لإعتبارات عديدة منها ان الذكور يحملون اسم المورث، وكذا ضرورة الحفاظ على حقوق الورثة والدائنين التي يمكن ان تهضم من جراء التصرفات التي قد يقدم عليها المورث بإنشاء حقوق واهمال حقوق اخرى.

هناك عدة اسباب أدّت بنا الى اختيار هذا الموضوع من بينها اسباب شخصية كون انه في مجال عملي لاحظت كثرة التصرفات والمعاملات الساترة للوصية وذلك بالرجوع للمنازعات المطروحة امام القضاء مما يؤكد ذلك كثرة قرارات المحكمة العليا الصادرة في هذا المجال وهناك اسباب الموضوعية اخري وهي تسليط الضوء على حماية الورثة من الوصية المستترة في قانون الجزائري وكذا ابراز دور القضاء في حماية الورثة من هذه التصرفات، وكذا قلة الدراسات والبحوث

في هذا المجال رغم ما للوصية من أهمية في حياة الشخص والتي تؤدي الى تغيير مركزه المالي وتمس ايضا بحالته الاجتماعية وعلاقته بأفراد اسرته أي باقي الورثة.

وهدفنا من خلال هذا البحث هو تقريب المفاهيم وتحديدها وتوضيح الأحكام المتعلقة بها لمثل هذه الشريحة من المجتمع، كذلك بالنسبة للباحث والدارس القانوني في مجال الميراث والوصية، كما ان اهيمية هذا الموضوع لا تقل شانا بالنسبة للقاضي الذي يعرض عليه نزاع من هذا القبيل، فيجب الإلمام بجميع جوانبه الفقهية والقانونية، وخصوصا اذا ماعلمنا انه يطرح عدة اشكالات قانونية تتعلق اما بتحديد بعض المفاهيم او بتطبيق النصوص القانونية المتعلقة به.

بما ان موضوع دراستنا هو حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون الجزائري، فهو مجالا واسعا لا يمكن حصره، مما جعله يفرز عدة مشاكل عملية وقانونية على اساسها ارتأينا طرح الإشكاليات الأتية: ما هو النظام القانوني الذي اعتمده المشرع الجزائري للحماية القانونية للورثة من الوصية المستترة؟ وماهي اهم الأليات القانونية لتكريس فعالية هذه الحماية؟

وهذا ما يقودنا الى اعداد هذه الدراسة التي تحمل في طياتها تساؤلات واشكاليات عديدة سنحاول الإجابة عليها من خلاله، ولذا سنعتمد عند تناوله على المنهاج التحليلي كأسلوب للإلمام بعناصر الموضوع سواء من خلال القواعد المقررة في القانون المدني او قانون الأسرة، وكذا المنهاج الوصفي الذي يقوم بإعطاء الوصف النظري للموضوع خاصة في الفصل الأول منه وكذا للمنهاج الاستدلالي للاستدلال ببعض الاجتهادات القضائية التي سارت عليه المحكمة وكذا بعض الآيات القرآنية والأحاديث، كما تخدر الإشارة ايضا الى انه تم التركيز على الجانب القضائي، وابراز الدور الفعال الذي يلعبه القضاء من خلال قرارات المحكمة العليا المنشورة وغير المنشورة.

اما الدراسات السابقة التي تم الاطلاع عليها والتي ذات صلة بالموضوع هي:

اطروحة لنيل الدكتوراه في القانون تخصص القانون الخاص الداخلي، التصرفات التبرعية في التشريع الجزائري للباحثة حاج مخناش سوهيلة، واطروحة اخري لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم

تخصص القانون الخاص، النظام القانوني لعقود التبرعات (الوصية، الهبة، الوقف) في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي للباحث عبد المالك رابح .

وكذا مذكرة نهاية الدراسة لإستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر تخصص احوال شخصية تصرفات مريض مرض الموت بين الإجازة والمنع في مسائل الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري للباحث يحي بن يحي، وايضا مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر تخصص احوال شخصية، حماية الورثة من الوصية المستترة بين الشريعة والقانون للباحثة حران سميرة ام نائل، ايضا مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون الجزائري، للقاضي زروق عبد الرؤوف.

لا ننكر انه اعترضت طريقنا بعض الصعوبات عند تناول هذا الموضوع، واهمها قلة المراجع المتخصصة في تحليل القانون الجزائري، فيما لمسنا مقابل ذلك كثرة المراجع التي تناولت الموضوع في التشريع المصري، الوضع الذي اجبرنا على الإعتماد على ما ورد في مضمونها، وكذا قلة البحوث والدراسات في هذا الموضوع، وكذا عدم وجود نظام قانوني مخصص لموضوعنا بالإضافة الى قلة الوقت الممنوح لدراسة هذا الموضوع، والتي احالت بيني وبين البحث الجيد.

غير اننا ومن اجل الإلمام بعناصر الموضوع قمنا بتقسيم الموضوع الى فصلين، وقفنا في الفصل الأول الى الإطار المفاهيمي للوصية والتصرفات الساترة لها فتعرضنا لهذا الفصل في مبحثين تحت مبحث الأول بعنوان ماهية الوصية، وحمل المطلب الأول منها مفهوم الوصية، في حين نال المطلب الثاني منها اركان الوصية ثم فتحنا وفي نفس الفصل مبحث ثاني بعنوان ماهية التصرفات الساترة للوصية اين قسمنه الى مطلبين، المطلب الأول استوفينا من خلاله مفهوم التصرفات الساترة للوصية في حين رسمنا في المطلب الثاني صور التصرفات الساترة للوصية، وانتهينا بخلاصة عن الفصل الأول، ثم هممنا مباشرة بتناول الفصل الثاني من الموضوع تحت عنوان الأحكام القانونية لتصرفات الساترة للوصية وهو الأخير بدوره تضمن مبحثين، صوب اول مبحث فيه حكم التصرفات الساترة في مرض الموت، الذي وزع مضمونه على مطلبين، جاء في

المطلب الأول الحكم العام لتصرف مريض مرض الموت اما المطلب الثاني فقد قمنا من خلاله برصد الأحكام الخاصة لبعض تصرفات المريض مرض الموت لننتقل على اثرها الى المبحث الثاني والأخير من هذا الفصل، والذي كان تحت عنوان التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحيازة والانتفاع بالعين مدى الحياة، لنلمس بذلك مطلبين المطلب الأول شروط التصرف الورد في المادة 777 من القانون المدني، وتوجهنا مباشرة بذلك الى اخر مطلب في البحث، لنقف على احكام التصرف لوارث مع احتفاظ بالحيازة والإنتفاع مدى الحياة و قواعد الإثبات المتعلقة به، وانهينا هذا الفصل بخلاصة عن اهم ما جاء في الفصل الثاني هذا لنجد انفسنا بعد كل مسبق على وقع خاتمة الموضوع، التي عرصنا فيها اهم وجوهر ما خلصنا اليه في معظم مناحي هذه الدراسة.

وعليه قسمنا البحث الى فصلين وفق الخطة التالية:

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للوصية والتصرفات الساترة لها

- المبحث الأول: ماهية الوصية
- المطلب الأول: مفهوم الوصية
- المطلب الثاني: اركان الوصية
- المبحث الثاني: ماهية التصرفات الساترة للوصية
- المطلب الأول: مفهوم التصرفات الساترة للوصية
- المطلب الثاني: صور التصرفات الساترة للوصية

الفصل الثاني: الأحكام القانونية لتصرفات الساترة للوصية

- المبحث الأول: حكم التصرفات الساترة في مرض الموت
- المطلب الأول: الحكم العام لتصرف مريض مرض الموت
- المطلب الثاني: الأحكام الخاصة لبعض تصرفات المريض مرض الموت

- المبحث الثاني: التصرف لوراث مع الاحتفاظ بالحيازة والانتفاع بالشيء مدى الحياة
- المطلب الأول: شروط التصرف الورد في المادة 777 من القانون المدني
- المطلب الثاني: احكام التصرف لوارث مع احتفاظ بالحيازة والانتفاع مدى الحياة وقواعد الإثبات المتعلقة به

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للوصية والتصرفات الساترة لها

تمهيد

يعتبر كل من الميراث والوصية، سببان لكسب الملكية وبعض الحقوق العينية الأصلية بسبب الوفاة، وفي كليهما تتحقق الخلافة في المال للوارث او الموصى له.

ولما رسم الشارع والقانون قواعد الخلافة الإجبارية المتمثلة في الميراث، بصفة محكمة ودقيقة، فانه تبعا لذلك لم يترك زمام الخلافة الإختيارية – المتمثلة في الوصية – تحت ارادة المورث المطلقة، بل حد حدودها، وبين شروطها بتقييد حرية الإيصاء وفقا لقواعد جاءت بها الشريعة الإسلامية، واعتنقها قانون الأسرة باعتبار ان جميع احكام الشريعة الغراء تقوم على اسس مستمدة من قواعد ومبادئ منزهة عن النقض او القصور.

الا ان الشريعة الإسلامية، ومن ثم القانون لم يكتفيا بإحاطة الوصية لتسري على بعض التصرفات الأخرى التي يلجأ اليها المورث حال صحته، او خلال فترة مرضه ويصبغ عليها شكل تصرف اخر غير الوصية، فألحقت هذه التصرفات بأحكام الوصية، ومنح للقاضي سلطة اعتبارها كذلك، وهذا بناء على اسس معينة تختلف عند تعلق الأمر بالتصرفات الواردة في مرض الموت عنها اذا تعلق الأمر بتصرفات تحيط بها قرائن اخرى تثبت نية التهرب من احكام الوصية.[1]

ومن اجل التعمق اكثر في دراسة ما سبق وجب معرفة ماهية الوصية (مبحث اول) اضافة الى معرفة ماهية التصرفات الساترة للوصية (مبحث الثاني).

1 فودة عبد الحكيم، النظام القانوني لحماية الورثة من الوصية المستترة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 09 .

المبحث الأول

ماهية الوصية

قد يبرم المورث تصرفات تخفي الوصية، لذا الحق المشرع هذه التصرفات بحكم الوصية حماية للورثة ولتحقيق هذه الحماية فان القاضي يطبق احكام الوصية عليها. لذا وجب علينا التطرق الى ماهية الوصية (مبحث اول)ضبطت قانونا وشرعا، مما جعل بعض الأفراد يلجؤون لبعض التصرفات الساترة للوصية (مبحث ثاني) من اجل التحايل على تلك الأحكام والضوابط حيث يصبغون على الوصية صبغة تصرفات منجزة في الحياة الا انها في حقيقتها هي تصرفات مؤجلة لما بعد الموت.

المطلب الأول

مفهوم الوصية

سوف نتطرق في هذا المطلب الى تعريف الوصية في (فرع اول) وكذلك معرفة مشروعيتها (فرع ثاني) اضافة الى معرفة الحكم الشرعي للوصية (فرع ثالث).

الفرع الأول: تعريف الوصية

معناها العهد، او التصرف في التركة مضافا الى ما بعد الموت.

وهي ان يعهد الإنسان وصية لشخص في تصريف شيء من ماله، او النظر على اولاده الصغار او يعهد لشخص في اي شيء من الأعمال التي يملكها

اولا: لغة: الوصية في اللغة تطلق على معان عدة، يقال آصيته، قال تعالى: "**وَوَصَّى بِهَا إِبْرَاهِيمُ بَنِيهِ وَيَعْقُوبُ**"، وقال تعالى "**يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ ۖ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ**" وفي حديث خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم "فأوصي بتقوى الله ".[1]

[1] ميادة بنت كمال آل ماضي، الوصية،مصدر المادة الكتيبات الإسلامية، دار الوطن للنشر، ص 8 .

اوصيت الى فلان بمال جعلته له واوصيته بولده استعطفته عليه، واوصيته بالصلاة أمرته بها ويقال وصيت الشيء بالشيء اذا وصلته به كان الموصي لما اوصى بالمال وصل ما بعد الموت بما قبله في نفاذ التصرف[1].

كما ان الوصية والإيصاء كلمتان: الأولى منها مأخوذة من وصى، يقال وصى فلان بكذا يوصى، توصية ووصية والثانية مأخوذة من اوصى يقال اوصى فلان بكذا، يوصي، ايصاء.

وكل الكلمتين تطلق في اللغة بمعنى العهد الى الغير في القيام بامر من الأمور، سواء اكان القيام بذلك الأمر حال حياة الطالب، ام كان بعد وفاته[2].

ثانيا: اصطلاحا: للوصية كاصطلاح شرعي عدة تعريفات حيث عرفها العلماء الوصية بقولهم ((هي تمليك مضاف الى مابعد الموت)) او يقال: ((هي التبرع بالمال بعد الموت)) [3]، كما عرفها الكاساني بانها ((اسم لما اوجبه الموصي في ماله بعد الموت)).

وقال الكرخي بانها ما اوجبه الموصي في ماله تطوعا بعد الموت او في مرضه الذي مات فيه.

فهذه التعريفات ناقصة من جوانب مختلفة، فالتعريف الأول لا يشمل الإسقاطات كالإبراء والإقرار وتعريف الكساني لا يشمل الوصية بأداء واجبات عليه، لأنه ما وجبها على نفسه، بل هي واجبة بإيجاب الشارع، وما اوجبه هو اداءها بعد وفاته، وتعريف الكرخي يجعل تبرعات المريض مرض الموت من باب الوصايا عند انشائها، فهذا التعريف ادخل في الوصايا ما ليس منها في حقيقته، وان اخذ حكمها في نهايته احتياطا لحقوق الورثة، وحماية لها.[4]

---

[1] عبد الرحمان بن محمد عوض الجزيري، من علماء الأزهر الشريف، كتاب الفقه على المذهب الأربعة، مجلد الثالث، 1299هـ، 1360 هـ، ص 281 .

[2] زكي الدين شعبان و احمد الغندور، احكام الوصية و الميراث و الوقف في الشريعة الإسلامية، مكتبة الفلاح الكويت، الطبعة الأولى، 1404 هـ 1974 هـ، ص 9 .

[3]مكتب البحوث والدراسات، الخلاصة الرضية في احكام الوصية، الطبعة الأولى، ربيع الأول 1438 هـ، ص 6 .

[4] الإمام محمد ابو زهرة، شرح قانون الوصية، دار الفكر العربي، مصر، 1988، ص 10.

اما الدكتور علي علي سليمان فقد عرفها بانها ((تصرف في التركة يضاف الى ما بعد الموت)) مستخدما مصطلح " مضاف"، مؤكدا بذلك على الأثر المستقبلي لنفاذ الوصية .[1]

كما عرفها ابن عابدين انها ((تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع)) وهو اصح التعريفات واشملها باعتباره تعريفا جامعا مانعا يشمل كل شيء يوصي به الشخص بعد وفاته كما يشمل قيام الوصي على اولاده الصغار ورعايتهم .[2]

ثالثا: الوصية في القانون الجزائري وبعض القوانين الأخري:

لقد عرفت المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري الوصية على ان ((الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع)).[3]

عرف المشرع المصري الوصية في المادة الأولى من قانون الوصية على ان ((الوصية تصرف في التركة مضاف الى مابعد الموت))[4]، وقد جاء هذا التعريف شامل، لأنه يجمع كل انواع الوصايا كالتمليكات والإسقاطات وتقرير مرتبات، الا انه لم يشمل التبرعات في مرض الموت التي تأخذ حكم الوصية.

ويرى الإمام محمد ابو زهرة ان عدم اشارة في تعريف الوصية الى تبرعات المريض مرض الموت يعد من كمال هذا التعريف لا من اسباب نقصه، لأن الفقه الصحيح لا يجعل تبرعات الشخص في مرض الموت من الوصايا في حكم الإنشاء[5].

---

[1] د علي علي سليمان، ضرورة اعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، ص 26 .

[2] د بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني، الميراث والوصية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2004، ص 230.

[3] القانون 11/84 المؤرخ في 9 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 12 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، جريدة رسمية رقم 24 لسنة 1984، ص 10، المعدل والمتمم بالأمر رقم : 02/05 المؤرخ في: 2005/02/27.

[4] قانون الوصية المصري الصادر بالقانون رقم 71 سنة 1946.

[5] الإمام محمد ابو زهرة، شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص 12 .

اما المشرع المغربي فقد عرف الوصية في المادة 277 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية بان الوصية عقد موجب حقا في ثلث مال عاقده يلزم بموته يلاحظ من خلال هذا التعريف ان مشرعنا كان ادق من نظيره المغربي ولم يرى في الوصية بانها عقد بل اكد انها تصرف في التركة بالإرادة المنفردة [1].

لذا نجد ان قانون الأسرة الجزائري الصادر في 09 جوان 1984 قد عالج احكام الوصية ووضح شروطها في المواد من 184 الى 201 وبالتالي يمكن تعريف الوصية بانها تمليك مضاف الى ما بعد الموت يكون للموصي بمقتضاه او ينقل كل او بعض ماله الى الموصى له او يخوله حقا يتعلق بهذا المال وهذا التعريف جامع مانع يشمل كل شيء يوصي به الشخص بعد وفاته اي كل صور الوصية التي يقرها القانون

لقد استعمل المشرع الجزائري في تعريف الوصية في نص المادة 184 من قانون الأسرة مصطلح تمليك يقصد به الوصية بالأعيان من منقول او عقار، كذا الوصية بالمنافع من سكني دار او زراعة أرض، وجميع انواع الوصايا سواء كانت بالمال أو غيره.

أما المراد بجملة مضاف الى ما بعد الموت أن أثر التصرف الذي تم في حال الحياة لا يرتب الا بعد الموت.

اما المقصود من كلمة التبرع هو أن الوصية تتم بدون عوض باعتبارها مال أوجبه الموصي في ماله تطوعا بعد الموت[2].

الفرع الثاني: مشروعية الوصية

الوصية مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع

---

[1] عبد العزيز محمودي، رد التحايل على احكام اليراث في التشريع الجزئري، قصر الكتاب، البليدة، اصدار 2006، ص 16 .

[2] بلحاج العربي، ابحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1996، ص 152.

في الكتاب فقول الله عزوجل: **(كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَاحَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ)**[1]

فهذه الأية تدل دلالة واضحة على طلب الوصية ممن أوشك على الوفاة اذا كان له مال يتركه بعد وفاته، والطلب يفيد مشرعية المطلوب.

وقوله جل شأنه **(مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْدَيْنٍ..)**[2] فانه شرع الميراث مرتبا على الوصية، ومؤخرا عنها في الأداء عند وجودها، ومعني هذا أن استحقاق الإرث إنما يكون بعد تنفيذ الوصية واخراجها من التركة وهذا يدل دلالة قوية على مشروعية الوصية[3].

في السنة فما رواه عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " **ماحق امرئ مسلم له شيء يريد ان يوصى فيه يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عنده** " متفق عليه وما رواه الدار قطني عن ابي الدرداء عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "**ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم، ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم** " وما رواه سعد بن ابي وقاص أنه قال: " **جاءني رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي فقلت يارسول الله: اني قد بلغ بي من الوجع ماترى وأنا ذو مال ولا يرثني الا ابنة لي فتصدق بثلثي مالي ؟ قال لا، قلت فالشطر يا رسول الله؟ قال: لا، قلت فالثلث؟ قال: الثلث والثلث كثير، ان تذر ورثتك اغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس** " متفق عليه[4].

في الإجماع استناد الى هذه الآيات القرآنية والأحاديث الشريفة المذكورة، نجد ان علماء الشريعة الإسلامية اجمعوا كلهم على جواز الوصية ومشروعيتها في كل الأزمنة وذلك في حدود الثلث،

[1] سورة البقرة الأية 180.

[2] سورة النساء الأية 12.

[3] زكي الدين شعبان واحمد الغندور، المرجع السابق ص 13.

[4] احمد محمد داود، الحقوق المتعلقة بالتركة في الفقه و القانون، دار الثقافة للنشر و التوزيع الإسكندرية، ص107 .

وثبت عن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه أنه كتب وصيته واتمنها كلما عقد السفر، ويتسلمها من مؤتمنها حين عودته.

الفرع الثالث: الحكم الشرعي للوصية

ان الحكم الخاص بالوصية، يتراوح بين الوجوب والإستحباب وقد اتفق الفقهاء على أن الوصية تخضع للأحكام التكلفية الخمسة فإضافة للوجوب والندب وكذلك الحرمة والكراهية اضافة الى الإباحة كل هذا على طبيعة الموصى به وظروف الموصى له.

الوصية الواجبة: فتكون الوصية واجبة اذا كان على الشخص حقوق لله تعالى لم يؤدها حال حياته كالزكاة والكفارات والنذور، او كان عليه حقوق للناس، لا تعرف الا من جهته، مثل ان يكون عليه دين، غير مكتوب في وثيقة، ولا يوجد من يشهد به، أو كان عنده أمانة أو وديعة لا يعلم بها أحد سواه، فاذا وجد حق من هذه الحقوق، ولم يكن هناك طريق الى الوفاء به الا الوصية كانت الوصية واجبة، لأن أداء الحق واجب، فما يؤدى اليه يكون واجبا مثله، فان مات ولم يوصى كان أثما ومستحقا للعقاب

الوصية المستحبة: وتكون الوصية مستحبة اذا كانت لجهة من جهات الخير والبر، كالمساجد والمصحات والملاجئ، وذلك لأن الشرع رغب في فعل الخير، وحث على كل ما يقرب الى الله غز وجل فتكون الوصية لجهة الخير والبر داخله في هذا العموم فيحكم باستحبابها بناء على ذلك.

الوصية المحرمة: وتكون الوصية حراما اذا كانت للإضرار بالورثة، وذلك لقول الله تعالى: **(مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ)**[1].

[1] سورة النساء الأية 12 .

ويقول النبي صلى الله عليه وسلم **(الإضرار في الوصية من الكبائر)** ويتحقق الإضرار اذا قصد الموصي حرمان ورثته من بعض ماله بعد موته، أو أوصى بأكثر من الثلث، أو لأحد ورثته دون باقي الورثة[1].

وكذلك تكون الوصية حراما اذا كانت في معصية كالوصية بمال لإنشاء ناد لشرب الخمر ولعب الميسر، ورقص النساء مع الرجال، والوصية بمال لفاسق بقصد اعانته على الفسق والفجور، لأن الوصية حينئذ تؤدي الى الحرام، وما يؤدي الى الحرام يكون حراما، فلو أوصى الشخص بشيء من ذلك آثما و مستحقا للعقاب.

الوصية مباحة: وتكون الوصية مباحة اذا لم يوجد ما يجعلها واجبة أو مندوبة أو حراما أو مكروهة كالوصية لغير المحتاج المستقيم التي لا يقصد بها معصية، وحكم هذه الوصية أنه ثواب على فعلها ولا عقاب ولا عتاب على تركها، بل فعلها و تركها سواء. [2]

الوصية المكروهة: وهي اذا كان الموصى قليل المال وكثير العيال فيتعرض الورثة بالوصية للفاقة والحاجة حيث يكون الورثة هم الأولى بالوصية، تطبيقا لمبدا الأقربون اولى بالمعروف.

المطلب الثاني

اركان الوصية

يتوقف وجود الوصية شرعا وقانونا على أمور أربعة: الموصي، الموصى له، والشيء الموصى به، والصيغة المنشئة للوصية.

فلا خلاف في أن صيغة الوصية وهي ما ينشئ به الموصي وصيته من عبارة أو ما يقوم مقامها من كتابة أو اشارة هي ركن للوصية إتفاقا، وذلك ما يعبر عنه الفقهاء بالإيجاب ويضيف

[1] عبد المالك رابح، النظام القانوني لعقود التبرعات (الوصية، الهبة، الوقف) في القانون الجزائري، اطروحة نيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص القانون الخاص، ص 18 .

[2] زكي الدين شعبان، احمد الغندور، المرجع السابق، ص 17-18-19.

المالكية والشافعية والحنابلة الى ذلك الركن أركانا اخرى هي: الموصي، والموصى له والموصى به، خلافا للحنفية اذا لا يرون ذلك من أركانها، أما المشرع الجزائري فانه يشترط لإنشاء الوصية توافر الأركان الأربعة وهذه الأركان هي: الصيغة (فرع أول) أطرف الوصية: الموصى والموصى له (فرع الثاني) الشيء الموصى به (فرع الثالث) .

الفرع الأول: الصيغة

إن الأصل في صيغ التصرفات أن تكون منجزة ولا تخرج عن هذه القاعدة إلا الوصية، فهي تأبى التنجيز ، وذلك بحكم طبيعتها ولأنها تصرف مضاف الى ما بعد الموت، وبالتالي فإن صيغتها لا تكون إلا مضافة الى أجل[1] والأجل هنا هو وفاة الموصي، وقد تكون الصيغة على عدت اشكال مختلفة حسب طبيعة العقود والتصرفات وما قراره لها الشارع من أحكام (منجزة أو مضافة أو معلقة)

فالصيغة المنجزة: هي ما دلت على وجود التصرف، ووجود حكمه في الحال.

فالصيغة المضافة: هي ما أفادت وجود العقد الحال، وتخلف حكمه الى زمن مستقبل.

فالصيغة المعلقة: وهي ما دلت على وجود التصرف مرتبا على وجود شيء آخر سيوجد في المستقبل[2].

وقد اختلف الفقه في ركن الصيغة من حيث توافق الإرادتين، أي إيجاب والقبول وانقسموا في ذلك الى أراء:

يري الأحناف وخاصة الإمام زفر أن الوصية تتم بالإرادة المنفردة للموصي (الايجاب) وتنتقل ملكية الموصى به الى الموصى له دون توقف على ارادته أو حاجة الى قبوله (القبول) باعتبارهم أن الوصية ليست عقد

[1] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 230 .

[2] حمدي باشا عمر، عقود التبرعات الهبة –الوصية –الوقف، دار هوامة الجزائر، طبعة 2004 ، ص 46 .

ويراي جمهور الفقهاء أن للموصى له حق الرد، لأنه من غير حاجة الى قبول، وانها لا ترتد أخر أن الوصية عقد لا تصرف إنفرادي، ولا تتحقق صورة العقد الخارجية إلا بإيجاب وقبول، فصيغة الوصية عندهم لها عنصران : الإيجاب من الموصي و القبول من الموصى له – إيجاب الموصي الذي يظهر أثره بعد موته وقبول الموصى له الذي لا يصح إلا بعد وفاة الموصي– .

وبالرجوع الى أحكام قانون الأسرة الجزائري نجده قد أخذ براي جمهور الفقهاء، فاعتبر الإيجاب وحده محققا للوصية، أما القبول الذي يصدر له بعد وفاة الموصي فما هو إلا شرط للزوم الوصية وثبوت ملكية الموصى به، وهذا إستناد إلى المادة 191 ف 1 التي تنص على أن تصريح الموصي بالوصية فقط دون حاجة لإقترانه بالقبول من الموصى له، وأكدت المادة 197 التي نصت على أنه: (يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنيا بعد وفاة الموصي)، فيتبين لنا أن الإيجاب الموصي هو الركن الوحيد لإنعقاد الوصية دون الحاجة إلى قبول الموصى له، فهي لاتحتاج إلى قبول حتى يتحقق إبرامها وإلا كانت عقدا، إلا أنها لا تثبت للموصى له بمجرد وفاة الموصي وإنما لا بد من أن يقبلها الموصى له صراحة أو ضمنيا بعد الوفاة.

ومما تقدم نصل إلى أن الإيجاب هو ركن الصيغة، والقبول شرط لثبوت الملك فيما للموصى له لذا فالمشرع الجزائري إستلزم لإنعقاد الوصية توافر ركن الإيجاب.

والإيجاب هو التعبير البات النهائي الذي يقصد به صاحبه أثر قانونيا طالما صادف القبول ويتحقق الإيجاب في الوصية بكل لفظ أو كتابة أو اشارة تنطوي على قصد التمليك بعد الموت[1].وهذا من نصت عليه المادة 60 من القانون المدني الجزائري ((التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه)[2].

[1] حاج مخناش سوهيلة، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث (ل.م.د) في القانون تخصص القانون الخاص الداخلي التصرفات التبرعية في التشريع الجزائري، ص 165-166 .

[2] امر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني ج ر 78 مؤرخة في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.

الفرع الثاني: أطراف الوصية

للوصية طرفان رئيسيان وهما الموصي (أولا) ويقصد به صاحب المال والموصى له (ثانيا) وهما مستحق الوصية بعد الوفاة الموصي.

اولا / الموصي: وهو الشخص الذي يصدر منه الإيجاب بالوصية حال الحياة، ويقصد به كل من له إرادة معتبرة تنشئ الوصية، ويشترط في الموصي أمور، بعضها يشترط لصحة الوصية، بحيث إذا فقد شرط منها ترتب على ذلك بطلان الوصية، وبعضها يشترك لنفاذ الوصية، بحيث إذا فقد شرط منها توقف نفاذ الوصية على إجازة من له الحق في إجازتها [1]

شروط الواجب توافرها في الوصي:

سنتناول فيه شروط الموصي في الفقه الإسلامي وفي القانون.

1/ – شروط الموصي في الفقه الإسلامي:

– **أن يكون أهلا لتبرع:** أن يكون الموصي عاقلا بالغا، سواء كان مسلما أو كافرا، وهناك إجماع بين الفقهاء حول هذا الشرط (العقل) وهو شرط مجمع عليه في صحة الوصية وإنعقادها، فلا تصح وصية المجنون والمعتوه والمعمي عليه، فلا تصح وصية الصبي غير المميز، أما فقهاء المالكية والحنابلة فأجازوا وصية المميز (وهو ابن عشر سنين) دون غير المميز (عديم التميز)، لأن الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه أجاز وصية من غسان له عشر سنين أوصى لأخواله، ولأنه لا ضرر على الصبي في جواز وصيته، لأن المال سيبقي على ملكه حال حياته.[2]

– **أن يكون حرا:** لقد أجمع الفقهاء على وجوب توفر هذا الشرط في الموصي، حيث ابطلوا وصية العبد المملوك، وهو ما ذهب اليه أيضا الأمامية والحنابلة وبعض الشافعية و الزيدية، فيما إذا أعتق فيما بعد وبقي مصرا عليها حتى مات.

---

[1] زكي الدين شعبان واحمد الغندور، احكام الوصية والميراث والوقف، المرجع السابق، ص 61

[2] عبد المالك رابح، المرجع السابق، ص 28

– **أن يكون راشدا:** أي بالغا سن الرشد، وقد ذكر الفقهاء أن للبلوغ الطبيعي علامات، كخروج المني من الموضع المعتاد، سواء كان في نوم أو يقظة، هي علامة بلوغ الصبي فاتفقوا على بعضها واختلفوا على البعض الأخر، ونفس الأمر عند الأنثى، فهي تختص بالحيض، وهي أيضا علامة من علامات البلوغ إلا أنهم قد اختلفوا في إنبات الشعر العانة، فقد إعتبره بعضهم كالإمامية والمالكية والحنابلة والشافعية.

– **أن يكون عدلا:** اختلف الفقهاء في اشتراط العدالة في الموصي على قولين: فذهب الحنفية والحنابلة إلى عدم إشتراط العدالة في الموصي فتصح ولاية الفاسق، بينما ذهب الشافعية إلى إشتراط العدالة في الموصي فلا تصح ولاية الفاسق ليس له ولاية.

– **أن لا يكون الموصي مدين بدين يستغرق جميع تركة:** إذا كان الموصي مدينا بدين يستغرق جميع ماله، كانت الوصية صحيحة، لأنها تصرف ممن تتوفر فيه شروط الصحة في مال قابل لهذا التصرف، غير أن هذا المال قد يتعلق به حق الغير، فهذا الدين بل هذا الحق مقدم في الوفاء على الوصية بإجماع الفقهاء، ويتبقى حنئيذ هذه الوصية موقوفة على إجازة أصحاب هذا الدين، فإن أجازوها نفذت، وإن أسقطوا حقهم زال المانع.[1]

2/ – شروط الموصي في القانون:

ولقد نص المشرع الجزائري في نص المادة 186 من قانون الأسرة على شروط التي يجب أن تتوفر في الموصي لكي تكون الوصية صحيحة وتنتج أثارها بعد وفاة الموصي وهي:

– **الرضا:** وهو الرغبة في الشيء والارتياح إليه، وبناء على ذلك يجب أن يتوافر رضا الموصي بالإيصاء، فإذا كان مكرها أو هازلا أو مخطئا فلا تصح الوصية، وكذلك لا تصح وصية السكران لأنه لا قصد له لأنها تضر ورثته، إذن القاعدة المقررة في هذا الشأن أن ((لا ضرر ولا ضرار))[2].

---

[1] عبد المالك رابح، المرجع السابق، ص 29

[2] حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 48

- **سلامة العقل:** جاء في نص المادة 186 من ق الأسرة بأنه: ((يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل ......)) ولم يفرق بين وصية المجنون ولا المعتوه ولا السفيه ولا الصبي ولا ذي الغفلة مما يوجب الرجوع الى مبادئ الفقه المالكي وأحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة [1]، إلا أن الفقهاء جميعا متفقون على أنه يشترط في الموصي لتصح وصيته أن يكون عاقلا مميزا، فإن إنعدم العقل والتميز فلا وصية، وعلى هذا لا تصح وصية المجنون ومن حكمه من المعاتبه.

- **البلوغ:** فلا تصح الوصية من الصبي المميز، وهو من بلغ السابعة من عمره ولم يصل إلى درجة البلوغ، وهذا عند الحنفية والشافعية في القول المعتمد عندهم وحجتهم في ذلك، أن الوصية تبرع لأنها لا يقابلها عوض دنيوي، والصبي ليس مؤهل لتبرع، لما فيه من الضرر المحض.[2]

والمشرع الجزائري إشترط في نص المادة 186 من ق الأسرة على أن يكون الموصي ((....بالغا من العمر تسع عشرة سنة على أقل)) وهذا معناه ضرورة التمتع بسن الرشد القانوني الوارد في المادة 40 من قانون المدني[3].

في حين نجد أن القانون المصري قد توسع أكثر في شروط الموصي حيث نصت المادة 5 من قانون الوصية بقولها ((أن يكون الموصي أهلا لتبرع قانونا على أنه إذا كان محجورا عليه لسفه أو غفلة أو بلغ من العمر ثماني عشرة سنة شمسية جازت وصيته بإذن المجلس الحسبي))[4].

ثانيا: الموصى له: وهو يقصد به المستحق للوصية، وقد يكون الموصى له جهة عامة أو جهة خاصة أو شخص طبيعي كان أو معنوي، المهم أن يكون معينا، ولكي تصح الوصية يجب أن تتوفر في الموصى له شروط معينة وهي:

[1] بلحاج العربي، ابحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 166 .

[2] زكي الدين شعبان و احمد الغندور، المرجع السابق، ص 63 .

[3] حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 48-49.

[4] عبد الملك رابح، المرجع السابق، ص 29 .

1/ – ألا يكون للموصى له جهة معصية: ويقصد بالجهة المعصية الجهة المحرمة شرعا وقانونا فالوصية شرعت لتكون قربة أو صلة، فاذا كان الموصى له جهة معصية، فإن هذا يحول دون تحقيق الغاية من الوصية وهي صلة الرحم وإعانة ذوي القربى أو اليتامى أو جهات البر.

لذا لا يصح لمسلم أن يوصي لجهة حرمتها الشريعة الإسلامية كالوصية لدور اللهو أندية القمار أو للكنائس أو للمعاهد التي تخص المسلمين.

وقد تكون الجهة الموصى لها غير محرمة في ذاتها، ولكن الباعث على الوصية محرم كالوصية لخليلة لتبقى على علاقتها المحرمة مع الموصي، فإن الوصية هنا تمليك لمن هو أهل للتمليك وهو الشخص ولكن الباعث عليها محرم[1].

2/ – أن يكون الموصى له موجودا أو محتمل الوجود: وهذا عند انشاء الوصية و المقصود من محتمل الوجود كالحمل أو المعدوم فقد نصت المادة 187 من ق ا على مسالة الوصية للحمل حيث نصت على أنه(تصح الوصية للحمل شرط ان يولد حيا وإذا ولدا توائم يستحقونها بالتساوي ولو إختلف الجنس) .

وقد نصت المادة 134 من ق الأسرة (لا يرث الحمل إلا ولد حيا، ويعتبر حيا إذا إستهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة) وكذا المادة 25 من القانون المدني التي تنصت في فقرتها الثانية (على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا).

ونلاحظ من خلال هذه المواد أنها إتفقت على ضرورة الولادة المصحوبة بعلامة ظاهرة للحياة[2].

كما أنه إتفق الفقهاء على انه في حالة تعدد الحمل، وإن ولد أحدهما حيا والأخر ميتا، كانت الوصية للحي دون الميت، وإن مات أحدهما أو كلاهما بعد الولادة، حيا كان نصيبه لورثته إذا كانت الوصية بالأعيان.

[1] حمدى باشا عمر، المرجع السابق، ص 52 .

[2] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني، المرجع السابق ص 256

أما إذا كانت الوصية بالمنفعة عادت إلى ورثة الموصي، لأن الوصية بالمنافع تنتهي بموته مالم يكن هناك شرط أخر يعمل به [1]

وقد تكون الوصية إلى من لم يكن موجودا وقت انشاء الوصية، ويحتمل الوجود في المستقبل وهو ما يعرف بالوصية للمعدوم ولا يراد به من كان موجودا ثم إنعدم، وهي الحالة التي لم ينص عليها المشرع الجزائري، لذا نطبق عليها أحكام المذهب المالكي، التي تجيز الوصية للمعدوم وتبقى الوصية ما بقي الأمل في وجود الموصى له قائما وظاهرا إلى أن يتحقق اليأس من وجوده وذلك حماية لمصلحة الموصى له.

3/ – أن يكون الموصى له معلوما : يجب أن لا يكون مجهولا جهالة لا يمكن رفعها، بأن يكون معينا بإسمه، كفلان بن فلان، أو تعريفه بالوصف كطلبة الجامعية أو فقراء هذه المدينة.

أما إذا كان الموصى له مجهولا جهالة تامة لا يمكن إزالتها، كما لو أوصى لطالب من الجامعة أو لإسماعيل ولم يبين لقبه كانت الوصية باطلة، لأنها تمليك والتمليك للمجهول تامة لا يمكن إزالتها لاتصح [2].

4/ – ألا يكون الموصى له قاتل الموصي : لقد إشترط المشرع الجزائري في الوصى له أن لايكون قاتلا للموصي وهذا ما نصت عليه المادة 188 من قانون الأسرة: (لا يستحق من قتل الموصى عمدا) فالعبرة هنا بالحرمان من الإيصاء بالقتل العمد سواء كان فاعلا أصليا أو شريكا، أو شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم على الموصي بالإعدام و تنفيذه، أو كان عالما بالقتل وتدبيره ولم يخبر السلطات المعنية بذلك، وبالنتيجة يستبعد القتل الخطأ أو كان في حالة دفاع شرعي عن نفسه، وفي هذه الحالة هنا لا يبطل الوصية فتبقى صحيحة ونافذة في حق الموصى له، وحتى تبطل وصية الموصى له القاتل يجب ان يكون هذا الأخير عاقلا، وبالغا أهلا للمسؤولية الجنائية وفقا للمواد 47،48، 49 من العقوبات الجزائري، لأنه إذا كان عديم التميز والإدراك كان

[1] حمدي باشا عمر المرجع السابق، ص 54 .

[2] حمدي باشا عمر، المرجع نفسه، ص 52 .

مجنونا، أو معتوها، أو صبيا، أو فاقدا للوعي انتفى عنصر القصد الجنائي عنه، وبالتالي إنتفت مسؤولية الجنائية فلم تبطل الوصية في جانبه[1].

5/ – أن يكون الموصى له أهلا للتمليك: إذا لا تصح الوصية لمن ليس أهلا للتمليك، فمن أوصى لحيوان مثلا بطلت وصيته على أساس إن الموصى له غير قابل للتمليك والإستحقاق[2].

لم يتعرض المشرع الجزائري لهذا الشرط بالإثبات أو النفي في قانون الأسرة، ويفهم من إغفال القانون لذلك الشرط أن الوصية لمن ليس أهلا تكون صحيحة كالوصية لبناء مدرسة أو مسجد وهي في هذه الحالة لاتكون للتمليك بل هي مجرد وصية بتصرف، أي إخراج مال من تركته.[3]

الفرع الثالث: الموصى به

وهو موضوع الوصية أو محل الوصية، وقد نصت عليه المادة 190 من قانون الأسرة (للموصي أن يوصي بأمواله التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة)، وعليه فحسب هذه المادة فان جميع ما يصح تملكه من الأموال المباحة عينا كانت او منفعة يصح أن تكون محلا للوصية، ويشترط لصحة الموصى به أن يكون مما يجري فيه الإرث، وإن لا يكون موجودا عند الوصية، وإن يكون مالا متقوما أو قابلا للتمليك، غير مستغرق بالدين وإن لا يزيد عن ثلث التركة.

اولا : أن يكون الموصى به مما يجري فيه الإرث: ومعناه أن يكون الموصى به قابلا للتمليك بعقد من العقود الناقلة للملكية حال حياة الموصي المادة 184 و المادة 191 من قانون الأسرة سواء كان مالا حقيقة كالدراهم و الأشياء والعينية أو مالا حكما كالمنافع كسكنى الدار وزراعة الأرض و البراءة من الدين و الكفالة وغيرها، وقد نص القانون الجزائري في المادة 190 قانون الأسرة للموصي أن يوصى بالأموال القابلة للتمليك و التي تكون مما يجري فيه الإرث ومحلا

---

[1] حاج مخناش سوهيلة، مرجع السابق، ص 179.

[2] حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 53

[3] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الوصية والميراث، مرجع السابق، ص 259

للتعاقد وعلى هذا تصبح الوصية بالحمل وبالأعيان المالية (عقار أم منقولا) بالحقوق المالية (كحقوق الإرتفاق مثلا) أو بالمنافع لمدة معلومة أو مؤيدة وهكذا، ولقد أجاز المشرع الجزائري الوصية بالعين أو بالمال أو بالمنفعة لمدة معينة، ولكنه في المادة 196 قانون الأسرة ينص على انه إذا تعلق الأمر بالوصية لمنفعة و لمدة غير محدودة فأنها تنتهي بوفاة الموصى له [1].

ثانيا: أن يكون الموصى به موجودا عند الوصية: أي يجب أن يكون المال معينا باللذات كمن يوصي لشخص بسيارته فيجب أن تكون في ملكه عند إنشاء الوصية، إذا لا تصح الوصية بملك الغير[2]وإن ملكه بعد وصية ثم مات، وذلك أكده القانون الجزائري في المادة 190 والتي تنص على ضرورة الإيصاء بالأموال التي يملكها الموصى حين الوصية، أما إذا تعلق الأمر بشيء غير معين بذاته كما إذا تعليق الأمر بجزء شائع من المال كله فيشترط وجوده عند الوفاة[3] .

ثالثا: أن يكون مالا متقوما : ومعناه ان المال الذي يصح أن يكون موضوعا للوصية يجب أن يكون مما يباح الإنتفاع به، فالخمر والخنزير والمخدرات أموال غير متقومة في مفهوم الشرع الإسلامي وبالتالي فهي لا تصلح لأن تكون موضوعا للوصية شرعا بين المسلمين [4].

رابعا: أن يكون قابلا لتمليك : ومعنى قابلا لتمليك هو أن يكون الموصى به مما يجوز تملكه بعقد من العقود في نظر القانون الجزائري والإسلامي (كعقود البيع والهبة والإيجار والإرث وكذا الحقوق المالية)، لأن الوصية تمليك (المادة 184 قانون الأسرة)، وما لا يقبل التمليك لا تنعقد الوصية به وعلى هذا الأساس لا تصح الوصية بما لا يعتبر مالا ولا بالأموال المباحة غير مملوكة بعقد من العقود في القانون وكذا لا تصح بالوظائف العامة أو بالأموال العامة وغيرها من

[1] بلحاج العربي، ابحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي الجزء الأول، المرجع السابق، ص 175

[2] حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص56 .

[3] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 175

[4] حمدي باشا عمر، المرجع نفسه، ص 55 .

الحقوق الشخصية والمهنية المحصنة لأنها تورث ولا تصح لأن تكون محلا لتعاقد الموصى حال حياته .[1]

جامسا: أن لا يكون الموصى به مستغرقا بالدين: حيث يشترط في نفاذ الوصية أن لا يكون الموصى به مستغرقا بالدين[2]، أي ألا يكون الموصي المقدمة في التعلق بمال الميت على كل حق بعد مصاريف التجهيز و الدفن بالقدر المشروع (المادة 180 قانون الأسرة) لأن أداء الديون واجب على كل مسلم، والوصية في غير الواجبات مندوبة أو مباحة، والواجب في أحكام الفقه مقدم على المندوب و المباح وبالتالي تبقي الوصية في هذا الشأن موقوفة على إجازة الورثة وأصحاب الحق الشرعيين، فان أجازوها نفذت وإلا كان العكس صحيحا، وتصح الوصية المستغرقة بالدين في حالتين

- إذا أبراه الغرماء وأسقطوا ديونهم جازت الوصية حينئذ.
- وكذا إذا أجاز الغرماء تنفيذ الوصية قبل الدين جازت الوصية أيضا.

من القيود الواردة على الوصية ما تعلق بالموصى به، والمتمثلة في إشتراط حدود للوصية هي عدم تجاوز الموصى به ثلث التركة، وهذا ما أجمع عليه الفقهاء مستندين على حديث سعد بن أبي وقاص الى الرسول صلى الله عليه وسلم – قال سعد – رضي الله عنه –: "جاءني رسول الله صلى الله عليه وسلم، يعودني من وجع إشتد بي، فقلت يا رسول الله، إني قد بلغ بي من الوجع ما ترى وأنا ذو مال، ولا يرثني إلا إبنة لي، فأتصدق بثلثي مالي، قال: كلا، فقلت فالشطر، قال: كلا، قلت فالثلث يا رسول الله، قال: الثلث، والثلث كثير، إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس".

وكذا قوله صلى الله عليه وسلم: " إن الله تصدق عليكم بثلث اموالكم عند مماتكم " ويتضح من هذه الأحاديث إن ما زاد عن ثلث التركة إنما هو خالص للورثة فإن رفضوه لا يجوز لأحد

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 176 .
[2] محمود ابو زهرة، المرجع السابق، ص 100.

أن ينفذ عليهم ذلك، لذا يستحب في الفقه الإسلامي أن يوصي الإنسان دون الثلث، سواء كان الورثة أغنياء أم فقراء ، وقد نصت المادة 185 قانون الأسرة (تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة)[1] ومن خلال ذلك يتضح أن الوصية في حدود الثلث التركة، والأولى أن ينقض الموصى عنه ولا يزيد عليه و إذا تجاوز الموصى به ثلث التركة ولم يكن للموصي ورثة صحت الوصية في حدود الثلث ولم تصح في الزيادة، فالزيادة عن الثلث باطلة والتي تؤول إلى الخزينة العامة، لإن الموصى به يعتبر ميراثا للمسلمين في حالة إنعدام الورثة .

وإذا أجاز بعض الورثة الزيادة ورفضها البعض الأخر، فإن الوصية تنفذ في حق من أجازها ما دام كان من أهل الإجازة بمعنى أن لا تكون الإجازة من الصبي أو المجنون أو المحجور عليه وذلك لأن الإجازة تبرع والتبرع تصرف ضار ضرار محضا، لذا فاذا كان الوارث عديم الأهلية أو ناقصها للأسباب التي يقرها القانون، فإن تصرفه بالإجازة يكون باطلا بطلانا مطلقا طبقا للمواد 40،42،43،44 من القانون المدني والمواد 81، 82، 83، من قانون الأسرة، وإضافة لذلك لابد أن يكون الوارث عالما علما كاملا بالوصية ليجيزها [2]، وتبطل في حق من لم يجزها، ولتكون إجازة الوارث صحيحة يجب ان تقع بعد موت الموصي لأنه وقت ثبوت المالكون تكون صريحة لا يساورها أدنى شك وهذا ما قضت به المحكمة محكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2001/03/14 رقم ملف 241885 [3]، أما إذا أصدرت حال حياة الموصي فلا يجوز، لأنه يحق لهم الرجوع عنها بعد وفاة الموصي لأن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، فيشترط في الإجازة أن تكون حال ملكهم ولا يتحقق إلا بعد موت الموصي أما قبل هذا الأخير فلا يملكون شيئا وبالتالي تكون إجازتهم فيما لا يملكون .

---

[1] العربي زنتو حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر 1، سنة 2014 /2015، ص39 .

[2] عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، المجلد التاسع، دار احياء التراث العربي، لبنان، 1986، ص 213 .

[3] قرار المحكمة العليا صادر بتاريخ 2001/03/14 ملف رقم 241885 المجلة القضائية، العدد الأول، 2002 ص 133.

أما في ما يخص الوقت الشرعي والقانوني الذي يقدر فيه الثلث المسموح به شرعا وهو وقت قسمة التركة، أي الوقت الذي يتم فيه قبض كل من الورثة والمخالصة حقوقهم، لأنه الوقت الذي تنفذ فيه الوصية ويستقر فيه مال التركة وبعد سداد ديون العباد وحقوقهم[1].

المبحث الثاني

ماهية التصرفات الساترة للوصية

كثيرا ما يلجأ الأفراد من الناحية العملية أي وصف تصرفاتهم بأنها تصرفات منجزة كالبيع مثلا أو الهبة، رغم أنها تكون في حقيقتها تصرفات مضافة إلى ما بعد الموت، وهذا ما يعتبر سترا للوصية تحايلا على أحكام القانون الآمرة المقيدة لحرية الإيصاء، لأن القصد هنا هو التبرع من ناحية، وإضافة التمليك إلى ما بعد الموت من ناحية أخرى، وهي بذلك تحقق أهداف الوصية دون أن تتقيد بأحكامها الآمرة [2].

المطلب الأول

مفهوم التصرفات الساترة للوصية

قد يقوم المورث ببعض التصرفات القانونية وذلك هروبا من القيود والضوابط القانونية المفروضة على الوصية وتسمي هذه التصرفات بالتصرفات الساترة للوصية ولتحديد مفهومها ينبغي تعرفها في الفرع الأول ومتطرق لمبطلاتها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف التصرفات الساترة للوصية

لقد حدد الشريعة الإسلامية حق التصرف في مال الوصية بمقدر الثلث أو أقل من الثلث وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري أين نص في المادة 185 من قانون الأسرة، إلا أن الموصي وهروبا من هذه القيود يجري بعض التصرفات ظاهريا هي تصرفات بمعاوضة وباطنها تبرعية دون أي

[1] حاج مخناش سوهيلة، المرجع السابق، ص 186

[2] محمد ابو زهرة، المرجع السابق، ص 66 .

مقابل، وهذه التصرفات تسمى بالتصرفات الساترة للوصية، حيث أنه وفي بعض الحالات، ورغبة من المورث في حرمان بعض الورثة ومن حقهم الثابت في الميراث، أو تفضيلا لبعضه على آخرين، أو رغبة منه في تقسيم تركته حال حياته، فإنه يصبغ على تصرفاته شكل تصرفات منجزة كالبيع والهبة وهذا تحايلا على القانون، إلا أن هناك قرائن يستخلص منها هذا التحايل أنشأ من خلالها المشرع قرينة قانونية بنص المادة 777 من القانون المدني مثلا، كما أن المريض مرض الموت وهو يشعر بدنو أجله قد يفضل أحد الورثة أو أجنبيا فيحابيه بتصرف منجز أو مضاف إلى ما بعد الموت، وهذا ما ألحقه المشرع بالوصية، أيضا العديد من النصوص القانونية .

الفرع الثاني: مبطلات التصرفات الساترة للوصية

كثيرا ما يلجأ الأفراد من الناحية العملية إلى وصف تصرفاتهم بأنها تصرفات منجزة كالبيع و الهبة والوقف، رغم أنها تكون في حقيقتها تصرفات مضاف إلى ما بعد الموت وهذا ما يعتبر ستر للوصية وتحايلا على أحكام القانون الآمرة المقيدة لحرية إيصاء، لأن القصد هنا هو التبرع من ناحية وإضافة التمليك الى ما بعد الموت من ناحية أخرى[1].

والواقع أنه لا يجب التقيد في هذا الصدد بما يصفه الأفراد على تصرفاتهم من أوصاف، وإنما يجب الاعتداد بما يثبت من الناحية العملية، وعليه يكون لكل ذي مصلحة كالوارث – بوصفه من الغير – أن يتمسك بالتصرف الحقيقي، وإن يثبت التحايل وقصد التبرع و إضافة التمليك إلى ما بعد الموت وغالبا ما يتم الإثبات عن طريق القرائن القضائية، وكأن تستخلص منه نية التبرع من كون المتصرف إليه لم يقبض ثمنا للبيع، أو من عدم جدية الثمن أو عدم قدرة المشتري على دفعه، كان تثبت نية إضافة الملك إلى ما بعد الموت من عدم تنفيذ التصرف قبل الوفاة أو من

[1] حران سميرة او نائل، حماية الورثة مة الوصية المستترة بين الشريعة و القانون الجزائري، مذكرة نهاية الدراسة لإستكمال متطلبات شهادة الماستر تخصص احوال شخصية، جامعة زيان عاشور الجلفة، سنة الجامعية 2014/2013، ص 27

شمول التصرف لكافة ممتلكات المتصرف، أو عدم تسجيل سند التصرف والإحتفاظ به لدى المتصرف طوال حياته [1].

وإعتماد على هذه القرائن وغيرها فإن على الورثة أن يقيموا الدليل على عدم صحة ما ورد في تصرف المورث، فعبء الإثبات يقع عليهم، وما سبق ليس سوى قرائن قضائية يتوسل بها الطاعن إلى إثبات دعواه، والقاضي بعد ذلك حر في أن يأخذ بها أو لا يأخذ، حيث لا يترتب على مجرد وجودها إعتبار التصرف وصية.

لذا وتيسيرا من المشرع عبء الإثبات في هذه الحالة، فقد حرص القانون على تقرير قرائن قانونية بإستنباطها باعتبار التصرف وصية، سواء تم في مرض الموت (المواد 776 و480و409 من القانون المدني، والمواد 204 و215 من قانون الأسرة) أو إقتران التصرف بشروط معينة (المادة 777 من القانون المدني)، وهي قرائن تغني من تقررت لمصلحته عن إثبات أي شيء أخر إذا توافرت شروطها، فالهدف من تقرير هذه القرائن القانونية هو إعفاء الورثة من الإثبات لتحقيق مصلحة عامة هي التضييق على من يحاول التحايل على القانون [2].

وبالمقابل، فإن خلو العقد من شروط القرينة القانونية لا يصلح دليلا لنفي الوصية المستترة، وعلى القاضي التحقق من توافر شروطها على ضوء ظروف الدعوى ملابساتها غير متقيد بما وردد في العقد، حيث يجوز للطاعن إثبات دعواه بطريق إثبات أخرى، وهذا لجواز إثبات التحايل على القانون بكافة طرق الإثبات.

ولتوضيح ذلك يجب التفرقة بين أعمال الدفع بالصورية، والدفع بالتحايل على نظام الإرث.

---

[1] العربي زنتو، المرجع السابق، ص 53

[2] زروق عبد الرؤوف، حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، السنة الجامعية 2006/2005 ص 18

اولا / الدفع بالصورية:

إن الصورية هي أن يعتمد المتعاقدان إخفاء حقيقة علاقتهما تحت مظهر كاذب، بحيث نجد أمامنا تصرفا ظاهرا يخفي تصرف حقيقيا مختلفا عنه، وله شروط أخرى مستترة هي التي إتجهت إرادة المتعاقدين إليها.

إذن الصورية هي وضع ظاهر يخفي حقيقة العلاقة القانونية بين المتعاقدين، فالإرادة الباطنة الحقيقية تتجه إلى إيقاع الغير في غلط، وقد تقترن الصورية أحيانا بالغش، كما إذا أراد المتعاقدان التهرب من مصلحة الضرائب فيلجآن إلى ابرام عقد يتضمن ثمنا صوريا.

ولكن الصورية في بعض الأحيان تخلو من الغش ويكون الدافع لها مجرد الضمير الخلقي الذي يمنع صاحبه من كشف واقع الأمر، كما جاء في حالة ستر عقد هبة لإبن غير شرعي أو خليلة بعقد بيع ظاهر.

ثانيا / التحايل على القانون (الغش):

فالتحايل على القانون قد يكون بغير الصورية متى كانت شروط العقد ظاهرة غير مستترة كالهبة مع الإحتفاظ بالحيازة والإنتفاع مدى الحياة .

أما إذا إدعى الورثة وجود وصية مستترة تحايلا على تقيد حرية الإيصاء فانهم يستمدون حقهم من القانون مباشرة لا من المورث، حماية لهم من تصرفات المورث التي قصد بها التحايل على القانون بإعتبار أن التركة حق مقرر للوارث وأن الوصية لا تنفذ إلا بعد وفاة المورث، وبذلك متى تعدت نصابها مست بالميراث، فهنا يتغير المركز القانوني للورثة من الخلف العام إلى الغير، وبالتالي جاز لهم الإثبات بكافة الطرق دون التقيد بقاعدة عدم جواز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة، على أساس وجود غش أو تحايل على القانون[1].

[1]العربي زنتو، المرجع السابق، ص 55-56 .

المطلب الثاني:

صور التصرفات الساترة للوصية

في بعض الأحيان يقوم المورث بتصرف في أمواله بتصرفات منجزة كالبيع والهبة تحايلا على القانون من أجل حرمان بعض الورثة من حقهم الثابت في الميراث، أو يفضل بعضهم على بعض أو رغبة منه في تقسيم أمواله حال حياته، وعليه وحب توافر شرطين لإعتبار التصرف وقع في مرض الموت حيث يجب أن يكون الشخص أبرم التصرف وهو يعاني من مرض الموت وهذه مسالة يقررها القاضي بالإعتماد على تقارير الأطباء وإن يتصل الموت بالمرض أي يليه مباشرة، حيث لا تفصل بين المرض والوفاة فترة صحة، ومن بين هذه التصرفات البيع في مرض الموت (فرع اول) أو التصرفات التبرعية (لفرع ثاني).

الفرع الأول: البيع في مرض الموت

قد يلجأ الشخص خلال مرض موته إلى إضفاء صفة المعاوضة على تصرفه الذي يقصد به التبرع، ومن بين هذه التصرفات التي يقوم بها مريض مرض الموت البيع، لذا فإن المشرع نظم أحكام هذه التصرفات في مواد متعددة منها المواد 776،408،409 من القانون المدني وكذا المادة 204 وغيرها من قانون الأسرة وذلك حماية لورثة المريض.

اولا: مفهوم مرض الموت

لم يعرف المشرع في التقنين المدني مرض الموت وإنما إقتصر على بيان القواعد العامة التي تحكم تصرفات المريض مرض الموت[1] دون أن يبين المقصود من هذا المرض ونفس الشيء فعله في قانون الأسرة وبتالي فإن المرجع في تعريف هو أحكام الشريعة الإسلامية إعمالا للمادة الأولى من القانون المدني فقرتها الثانية التي تحيل على أحكام الشريعة الإسلامية فيما لا يوجد في حكمه نص والمادة 222 من قانون الأسرة بإعتبار مرض الموت من مسائل الأحوال

[1] مرض الموت يطلق عليه بالمصطلح الأجنبي (الفرنسي) la dernier maladie

الشخصية[1]. فبالرجوع للفقه الإسلامي فقد وردت العديد من التعريفات منها: (مرض الموت هو الذي يغلب فيه الخوف الموت ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجا عن داره إن كان من الذكور وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة، سواء كان صاحب فراش أو لم يكن) [2].

كما عرفته محكمة النقض المصرية في أحكامها المستقرة بأن(المرض الشديد الذي يغلب فيه الهلاك، والذي ينتهي بموت المريض) [3].ويؤخذ من التعريفات السابق أن هناك شروط ثلاثة ليكون المريض مرض الموت من شأنها أن تقيم في نفس المريض حالة نفسية هي أن أجله قد دنا، وأنه مشرف على الموت، وهذه الشروط هي كالاتي:

- ✓ أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه
- ✓ أن يغلب في المرض خوف الهلاك
- ✓ أن ينتهي المرض بالموت فعلا.

وقد حدد الفقهاء المعيار الزمني لمرض الموت بسنة كاملة، فإذا مات بعد سنة كان في حكم الأصحاء وبالتالي تكون تصرفاته صحيحة ويرجع سبب تقييد التصرف في مرض الموت إلى تعليق حق الورثة بأموال المريض من وقت المرض[4].

وبالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا المتعلقة بالتصرفات في مرض الموت فإن العديد منها يشير إلى وقوع التصرف في مرض الموت دون إعطاء تعريف دقيق له، باستثناء بعض القرارات، كالقرار الصادر بتاريخ 1984/07/09 حيث قضت انه: (من المقرر فقها وقضاء أن مرض

---

[1] نبيل صقر، صرفات مريض مرض الموت الوصية البيع الهبة الوقف الكفالة الإبراء الإقرار الخلع الطلاق، دار الهدى، عين مليلة، ص 5 .

[2] عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة، الجزء 4، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2000، ص 313 .

[3] حسنى محمود عبد الدايم، مرض الموت واثره على عقد البيع دراسة معمقة و مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندارية، 2007، ص 105 .

[4] حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 22 .

الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا ويجر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتميزه)[1] غير أنه يؤخذ على هذا التعريف انه يخرج عن الإطار الذي رسمه فقهاء الشريعة الإسلامية لمرض الموت من حيث كونه لا يؤثر على أهلية المريض وتميزه[2]

ثانيا: تعريف البيع في مرض الموت

البيع عقد ملزم للجانبين، فهو يتكون بين إرادتين منفردتين (إرادة البائع وإرادة المشتري) البائع يلتزم بنقل ملكية المبيع والمشتري يلتزم بدفع الثمن هذا أقل شيء، ولكي تكون تصرفات كل منهما صحيحة وجب خلو الإرادة المزدوجة من أي عيب.

أما البيع في مرض الموت فهو عقد البيع الذي تتم كل إجراءاته في فترة مرض الهالك فيكون هذا المرض هو المؤدي لوفاة البائع حيث ينتهي المرض بالوفاة فعلا [3].

وحتى يعد هذا البيع صحيحا واجب إحترام كل شروط و أركان عقد البيع، ولا أمكن إبطاله من طرف الورثة، وبالتالي يعد تصرفا ساترا للوصية أي ظاهر التصرف بيع وباطنه وصية ومثال ذلك الإحتفاظ بالشيء المبيع والإستفادة منه مدى الحياة، أو إعتراف بأن المقابل هو دين، إلا أنه لاوجود لأي إثبات خاص بهذا الدين.

هذه القرائن أو هذه الأسباب هي الطريق المؤدي لإبطال هذه التصرفات وذلك بإعتبارها وصية وليست تصرف بعوض.

وقد نظم المشرع الجزائري أحكام هذا البيع في المواد 408 و 409 من القانون المدني .

[1]قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1984/07/09 رقم الملف 33719، مجلة القضائية رقم 3 سنة 1989 ص 51، يوسف دلاندة قانون الأسرة منقح بالتعديلات التي ادخلت عليه بموجب الأمر رقم 02/05 مدعم باجتهادات المحكمة العليا في مدتي احوال الشخصية والمورث، دار الهومة، الطبعة 2 سنة 2006 ص 184 .

[2]زروق عبد الرؤوف، المرجع السابق، ص 23 .

[3] عبد العزيز محمودي ، رد التحايل على احكام الميراث في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، البليدة، 2006،ص 30 .

الفرع الثاني: التصرفات التبرعية في مرض الموت

المقصود بالتصرفات التبرعية هي تلك التصرفات التي تكون دون عوض ومثالها الهبة، الوصية الوقف، الإبراء، الإقرار.

هذه التصرفات من أشد التبرعات الضارة بالمتصرف ضرار محضا لذا أحاطها المشرع بضوابط هامة، لاسيما تلك المتعلقة باهلية المتبرع، فإذا كان الواهب أهلا للتبرع من غير المرض جاز له أن يهب شرعا أو قانونا كل ماله لمن يشاء، وارثا كان أم أجنبيا طبقا لأحكام المادة 205 من قانون الأسرة.

إلا أن حرية الشخص في الهبة تتقيد في حالة مرض الموت، يحق لصاحب المصلحة الطعن فيها بعد الوفاة، وذلك طبقا للمادة 204 من قانون الأسرة التي تنص على أن الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات الخيفة، تعتبر وصية، إضافة إلى نص المادة 776 من القانون المدني التي تنطبق على الهبة أيضا[1].

أما الوقف فنظمه المشرع الجزائري في المواد 213 الى 219 من قانون الأسرة، كما تنص المادة 4 قانون الأوقاف على أن عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة.

بالرجوع إلى قانون الأسرة فقد نصت المادة 215 على تطبيق المادة 205 منه على الوقف والتي تنص على إعتبار الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة وصية[2].وعليه فإن الوقف في مرض الموت إذا لم يكن مدينا يأخذ حكم الوصية في مرض الموت وتسري عليه أحكام الوصية [3]، وهذا ما نصت عليه المادة 4 من قانون الأوقاف على (أن الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة).

[1] عبد العزيز محمودي، المرجع السابق، ص 44 .

[2] زروق عبد الرؤوف، المرجع السابق، ص 21

[3] نبيل صقر، المرجع السابق، ص 122

أما فيما يخص الإبراء في مرض الموت لها نفس حكم تصرفات التبرعية في مرض الموت ونوضح ذلك فيما يأتي، نصت المادة 306 من القانون المدني على أنه(تسري على إبراء والأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع) بإعتبار نية التبرع الصريحة في الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع بإعتبار نية التبرع الصريحة في الإبراء فإن نزول المريض مرض الموت عن دينه يأخذ حكم الوصية تطبيقا لأحكام الشريعة الإسلامية، إضافة إلى تطبيق الحكم العام للتصرفات القانونية التي تصدر عن الشخص في مرض الموت بقصد التبرع الوارد بالمادة 776 من القانون المدني، بالتالي تسري عليه القيود الواردة على الوصية و التي سبق بيانها[1].

أما بالنسبة للإقرار في مرض الموت فهو أيضا يأخذ حكم التصرفات التبرعية تسري عليه كل الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع.

[1] نبيل صقر، المرجع السابق، ص 146 .

خلاصة الفصل الأول

خلاصة لما تقدم في هذا الفصل أن الوصية تصرف تبرعي صادر بالإرادة منفردة ناقل للملكية وتكون معلقة النفاذ إلى مابعد وفاة الوصي.

وللوصية طرفان رئيسيان هما الموصي والموصى له ويشترط في الأول بلوغ سن الرشد القانوني سلامة العقل، وكذا خلو الإرادة من العيوب، أما الطرف الثاني فهو مستحق الوصية، ويشترط فيه أن يكون جهة معصية، ولا وارثا له.

أما فيما يخص محل الوصية (الموصى به)، وجب أن يكون مالا متقوما، أي مما يمكن الإنتفاع به، قابلا للتمليك، كما يشترط أن يكون موجودا عند الوصية، وأن لا يكون مستغرقا في دين، وأن لا يزيد عن ثلث التركة.

إن للموصي حق الإيصاء بأمواله حال حياته، إلا أن الوصيته مقيدة بضوابط شرعية وقانونية بهدف عدم المساس بحق الورثة، إلا أنه قد يقوم بتصرفات تبرعية رغبة منهم في التحايل على أحكام القانون المقيدة لحرية الإيصاء تستر الوصية لكي يكون له الحرية المطلقة دون أي قيد أو شرط بالتصرف والتقيد بقواعد القانون المتعلقة بالوصية وذلك بمعاملة من يحاول التهرب من أحكامها بنقيض قصده، وإعتبار تصرفه وصية رغم طهوره بمظهر آخر كالهبة والوقف والإقرار والإبراء في مرض الموت وذلك حماية لحقوق الورثة.

غير أن المشرع عالج مثل هذا التحايل عن طريق شبهة إعتبار التصرف وصية مستترة ذلك تحت إبطال التصرف بالطعن صاحب المصلحة.

الفصل الثاني

الأحكام القانونية لتصرفات الساترة الوصية

تمهيد

قد يعمد الشخص خلال مرضه إلى التصرف في بعض ماله أو كله بتصرفات يقصد بها إخفاء التصرف الحقيقي كان يضفي صفة المعاوضة على تصرفه الذي يقصد به التبرع أو قد يعتمد القيام بتصرف عند تمتعه بكامل صحته كان يتصرف لأحد ورثته أو لغيره ويستثني بطريقة ما الإنتفاع بالشيء وحيازته مدى حياته، وذلك قصد التحايل على أحكام القانون المقيدة لحرية الإيصاء.

لذا فإن المشرع أقام قرائن قانونية حماية لمصلحة الورثة والغير ومنع التحايل على القانون وذلك سواء تعلق الأمر بالتصرفات المبرمة في مرض الموت أو التصرفات لوراث مع الإحتفاظ بحيازة العين والإنتفاع بها مدى الحياة.

وقد إرتاينا أن نقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نخصص المبحث الأول لدراسة حكم تصرفات مريض مرض الموت ونخصص المبحث الثاني إلى أحكام التصرفات لوارث مع الإحتفاظ بالحيازة والإنتفاع مدى الحياة.

المبحث الأول

حكم التصرفات الساترة في مرض الموت

لقد نص المشرع الجزائري في القانون المدني على الحكم العام الذي يحكم تصرفات المريض مرض الموت أيا كان هذا التصرف في المادة 776 التي تنص على إن (كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا الى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف)، وباعتبار تجرد الحق من قيمته إذا عجز صاحبه عن إثباته أمام القضاء فإن هذه التصرفات قد أحيطت بقواعد محددة في إثباتها سواء بنص هذه المادة أو غيرها.

إلا أن المشرع لم يكتفي بذلك فخص بعض التصرفات المبرمة في مرض الموت بقواعد خاصة بها كالبيع في المادتين 408 و 409 من القانون المدني، أو الهبة في المادة 204 من قانون الأسرة كما نص أيضا على ذلك في حالة الوقف في المادة 215.

المشرع الجزائري لم يوضح بصرحة أحكام بعض التصرفات كالوقف والإقرار والإبراء، والتي تؤثر على حقوق الورثة شأنها شأن البيع والهبة إلا أنه يمكن إستخلاص أحكامها من خلال إلحاقها بالحكم العام، وكذا من خلال دراسة بعض النصوص القانونية وقرارات المحكمة العليا المتعلقة بها، ولذلك سنتوقف عند هذه التصرفات بإيجاز عند دراستنا لعقد البيع والعقود التبرعية في مرض الموت.

وبناء على ما سبق سوف نتطرق في المطلب الأول الى الحكم العام للتصرف في مرض الموت كما سنتعرض في المطلب الثاني الى احكام الخاصة لبعض التصرفات الأخرى.

المطلب الأول

الحكم العام للتصرف في مرض الموت

لقد نصت المادة 776 من القانون المدني على أن: كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف.

وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثتهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا.

إذا ثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع مالم يثبت من صدر له التصرف خلال ذلك، كل هذا مالم توجد أحكام خاصة تخالفه[1].

وعلى هذا الأساس سوف نقوم بدراسة شروط أعمال المادة 776 من القانون المدني سالفة الذكر وخضوع التصرفات لحكم الوصية كنتيجة عنها في الفرع الأول ونتكلم عن قواعد الإثبات المتعلقة بها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: شروط اعمال المادة 776 من قانون المدني وحكمها

إن التصرف الذي يقوم به مريض مرض الموت ويكون الغرض منه التبرع يعتبره القانون وصية مستترة، وتسري عليه أحكام الوصية وذلك حماية للورثة، وهذا بتوفر الشرطين التالين:

[1] المادة 776 من القانون المدني

اولا / أن يتم التصرف في مرض الموت

يجب أن يبرم التصرف خلال مرض الموت ،(اي لكي يعتبر المرض مرض الموت لابد ان يقعد المريض عن قضاء مصالحه، وان يغلب فيه الموت، وان ينتهي بالموت فعلا) [1]، ويتضح من خلال مصطلع "كل تصرف قانوني" شمول حكم المادة لكل تصرف صادر في مرض الموت أيا كانت تسمية التي أعطيت له من تبرعات ومعاوضات، فهذا النص يتصف بالعمومية وعليه تخرج من مفهوم هذه المادة التبرعات والهبات المنجزة التي يبرمها الشخص حال حياته وصحته، فلا معقب للورثة علية التصرف لإنتفاء على الإضرار .

وحتي يستفيد الورثة من أحكام هذه المادة، فإن عليهم أن يثبتوا أن التصرف وقع في مرض الموت، فعبء الإثبات يقع عليهم وذلك طبقا للمادة 776 من قانون المدني والتي تضيف أن لهم إثبات ذلك بكل الطرق أي بما فيها البينة و القرائن باعتبار أنهم بصدد إثبات واقعة مادية.

حيث يجوز لهم إثبات مرض الموت بالشهادات الطبية الدالة على حالة المريض في أواخر أيامه وكذلك يثبت بشهادة الشهود[2]وتقارير الخبراء والأطباء وغيرها من القرائن المستخلصة من ظروف المرض، كما يجوز لهم إثبات صدور التصرف خلال المرض بكافة الطرق كالبينة مثلا وغيرها[3].

ثانيا / أن يكون التصرف بقصد التبرع: جاء في المادة 776 من قانون المدني أنه لكي يعتبر التصرف القانوني الصادر من المورث وصية ويخضع لأحكامها يجب أن يكون من التصرفات التبرعية أي بدون عوض، فإذا تبين معني التبرع في هذه الحالة لا يوجد أي إشكال نطبق أحكام المادة 776 من القانون المدني، ولكن الإشكال يطرح عندما تكون التصرفات ساترة للوصية أن

[1] عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة، الجزء 4، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2000، ص 314

[2] عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع نفسه، ص 322.

[3] زروق عبد الرؤوف، المرجع السابق، ص 26 وص27

يكون ظاهرها معاوضة وحقيقتها الخفية تصرفا تبرعيا ومنه متى صدر التصرف في مرض الموت كان ذلك قرينة على نية التبرع.

ويتبين من نص المادة 776 من قانون المدني أن الورثة يستفدون بما هو مقرر لهم من تقيد حرية الإيصاء والتي جاء فيها أنه لو تم تصرف لوارث فإنه لا يجوز ولا ينفذ، ويبقي متوقفا على إجازة الورثة في ذلك وهذا حسب المادة 189 من قانون الأسرة، إما إذا كان لغير وارث فإنه يكون صحيحا ونافذا في ثلث التركة، وما زاد عنه يتوقف على إجازة الورثة حسب المادة 185 من قانون الأسرة[1].

وقد جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1994/03/22، ملف رقم 95385 المجلة القضائية 1995 العدد الأول ص134 " التنزيل لا يتم إلا بين الأصول و الفروع – المطعون ضدها ليست بنت صلبية و تكيف التنزيل على انه وصية خرق صارخ لأحكام الشرع والقانون، ومن المقرر قانونا و شرعا أن التنزيل لا يكون إلا بين الأصول والفروع و يكون بتنزيل الفرع منزلة الإبن المتوفي من قبل الأصل ليأخذ المنزلون مناب المتوفي في حدود ما قرره القانون و الشرع، ولا يجوز الحكم بغير ذلك ولما ثبت من قضية الحال أن قضاة المجلس إعتبروا عقد التنزيل المحرر في 1975/11/20 على أنه وصية يكونوا قد اخطأوا التصور والتكيف لأن عقد المذكور بتنزيل المطعون ضدها منزلة البنت الصلب رغم ما في ذلك من خرق صارخ لأحكام الشريعة الإسلامية والمادة 776 من القانون المدني [2]

الفرع الثاني: قواعد الإثبات المتعلقة بالتصرفات في مرض الموت

من الناحية القانونية وكذا العلمية فإنه لاحق بدون دليل يثبته عند المنازعة وحسب المادة 776 من القانون المدني فإن إثبات أن المورث كان في مرض الموت يقع على الورثة ولهم إثبات ذلك بكافة الطرق:

[1] حران سميرة ام نائل، المرجع السابق، ص 39 .

[2] قرار محكمة عليا، الصادر بتاريخ 1994/03/22، ملف رقم 95385، المجلة القضائية، العدد الأول، 1995، ص 134 .

أولا: اثبات مرض الموت

بإعتبار أن الموت واقعة مادية، فإنه يجوز اثباتها بكافة الطرق ومن بينها البينة والقرائن، وغالبا ما تثبت بالشهادات الطبية الدالة على حالة المريض في أواخر أيامه، لأنها دليل قوي وعملي للإثبات عند إنتداب أصحاب الخبرة، وكذلك بشهادات الشهود، ويقتضي حياة المريض في أيامه الأخيرة، ويقع عبء إثبات على الورثة بجميع الطرق، وعلى القاضي استخلاصها من ظروف الدعوى وملابساتها وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1998/06/16 الذي جاء فيه (.من القرار قانونا أن الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية، ومن ثم فان قضاة الموضوع بقضائهم برفض دعوى الطاعنين رغم الثبوت بشهادات طبية بان الواهب كان في حالة مرض مخيف وبان الهبة كانت في مرض الموت، فان قضائهم كما فعلوا عرضوا قرارهم للقصور في التسبيب، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.) [1].

والقاضي عند تقريره لمرض الموت وفق دراسته للقضية لا يخضع لرقابة المحكمة العليا، وإنما ينصب دور هذه الأخيرة على التسبيب الذي جاء به الحكم والعناصر التي إعتمد عليها لإعتبار المرض مرض الموت وفقا لأسباب سائغة وقانونية.

ولأن مرض الموت من المسائل الفنية التي يجب الرجوع فيها إلى أهل الخبرة وليس من قبيل المعلومات التي تعتبر من الشؤون العامة المفروض علم كافة بها وإنما من المعلومات الفنية التي لا تتوافر لغير أهل الخبرة من الأطباء فإنه لا يجوز بناء حكم عليها إذا كانت صادرة عن علم شخصي للقاضي[2].

وعلى الورثة إثبات مرض الموت بكافة الطرق ومن بينها الشهادات الطبية كما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1999/03/16 ملف رقم 219901 أنه من المقرار قانونا أن

[1] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1998/06/16، رقم ملف 197335، غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001 ص 281، يوسف دلاندة قانون الأسرة منقح بالتعديلات التي ادخلت عليه بموجب الأمر 02/05 مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا، ص 185.

[2] نبيل صقر، المرجع السابق، ص 17

الهبة في مرض الموت تعتبر وصية ومن ثم فان القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الواهب كان في مرض الموت بشهادة الموثق و الشهود والشهادات الطبية فان قضاة الموضوع بقضائهم برفض دعوى الطعن على أساس أن العقد التوثيقي لا يمكن إبطاله إلا في حالة الطعن بالتزوير مع أن الدعوى كانت ضد التصرف الذي اقامه الواهب وليس ضد شكلية العقد رغم ثبوت ان الهبة موضوع النزاع كانت في مرض الموت فعلا لأنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وعرضوا قرارهم لنقض[1].

ثانيا: اثبات شروط المادة 776 من القانون المدني

وبالرجوع إلى نص المادة 776 من القانون المدني يكون عبء الإثبات على الورثة في ضرورة صدور التصرف في مرض الموت ويكون ذلك بجميع الطرق الإثبات لأنهم بصدد إثبات واقعة مادية.

وبناء على مبدا نسبية آثار العقد فإن هذا الأخير تنصرف إلى المتعاقدين وخلفهما العام تأسيسا على أحكام المادة 108 من القانون المدني التي تنص (ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، مالم يتبين من طبيعة التعامل، أو من نص قانوني، وإن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث)، والقاعدة العامة أن يعتبر الورثة خلفا عاما للمورث، ولكن جاءت نص هذه المادة كإستثناء للقاعدة العامة وهي عدم سريان تصرفات المورث إذا أبرامها في مرض الموت في حق الورثة، وإعتبارها وصية وهذا ما نستخلصه من عبارة المذكورة في المادة (مع مراعاة القواعد المتعلقة للميراث) ويعتبرون من الغير في هذه الحالة في مواجهة هذه التصرفات،

[1] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1999/03/16، رقم ملف 219901، غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001 ص 287، يوسف دلاندة قانون الأسرة منقح بالتعديلات التي ادخلت عليه بموجب الأمر 02/05 مدعم بأحدث مبادئ و اجتهادات المحكمة العليا، ص 185 .

إلا أن الورثة في مسالة ثبوت تاريخ المحرر العرفي الذي يصدر من مورثيهم لا يعتبرون من الغير وهذا ما نصت عليه المادة 328 فقرة 1 من القانون المدني (لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت) بإعتبار أن القاعدة العامة هي أن الورثة يعتبرون خلفا عاما لمورثهم ولذا يسري عليهم ما كان يسري في حقه، ومن ثم يكون تاريخ الورقة العرفية المثبتة للتصرف الصادر عنه حجة عليهم كما كان حجة على مورثهم.[1]

أما إذا إدعى الورثة بأن المحرر العرفي الذي يحمل تاريخ معينا لا يحمل التاريخ الحقيقي، فإنه يجوز لهم أن يثبتوا أن هذا التاريخ قد قدم عمدا لإخفاء أن التصرف قد صدر في مرض الموت، وأن التاريخ الذي صدر فيه التصرف متأخر عن التاريخ الصوري المذكور في التصرف، ويقع في وقت كان فيه المورث في مرض موته، ولهم أن يثبتوه بجميع طرق الإثبات باعتباره واقعة مادية، لأنهم يثبتون غشا وتحايلا على القانون، فإن في هذه الحالة يصبحون من الغير بالنسبة إلى سريان التصرف، ولم يعد التصرف الصادر من المورث يسري في حقهم إلا في حدود ثلث التركة، ولا تنفيذ الزيادة في حق الورثة إلا إذا أجزوها .[2]

وإستناد إلى ما سبق فإن الفقرة الثانية للمادة 776 من القانون المدني قد جانب الصواب بنصها على أنه (لا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا) بإعتبار أن هذا التاريخ حتى ولو يكن ثابتا يحتج به على الورثة، وإنما لهم إثبات عكسه كما سبق الذكر.

وحسب الأستاذ عبد الرزاق السنهوري فإنه يستخلص من الفقرة الثانية من المادة 776 من القانون المدني أن المشرع قصد بها أن التاريخ العرفي لا يحتج به على الوارث إلى حد الذي يمنعه من إثبات العكس، بل يجوز له مادام التاريخ غير ثابت أن يقيم الدليل على عدم صحته ولكن هذا بديهي فلا ضرورة لإيراد حكم خاص به، فكل شخص يكون التاريخ العرفي حجة عليه ولو كان المتعاقد نفسه، يستطيع إثبات عدم صحة هذا التاريخ.

[1] زروق عبد الرؤوف، المرجع السابق، ص 29 .

[2] حسنى محمود عبد الديم، المرجع السابق، ص 156 -157.

أما بالنسبة لإثبات الشرط الثاني المتمثل في أن يكون التصرف في مرض الموت بقصد التبرع فإن عبء إثبات أن التصرف الصادر من المورث قد قصد به التبرع لا يقع على الورثة عكس ماهو ثابت أن الورثة يقع عليهم عبء إثبات الشرط الأول، فالمشرع هنا وقوفا في وجه التحايل خفف العبء الإثبات بأن أقام قرينة قانونية لصالح الورثة جاءت الفقرة الثالثة من المادة 775 من القانون المدني ونقل بها محل الإثبات إلى واقعة أخرى يسهل عليهم إثباتها بحيث أنهم إذا أثبتوا صدور التصرف في مرض الموت أعتبر صادرا على سبيل التبرع وأعتبر الورثة من الغير فلا يسري في مواجهتهم تصرف مورثهم إلا في حدود الثلث، وإذا لم يقوموا بإجازة مازاد عنه كان لهم تتبع العين تحت يد المتصرف إليه لإستفاء نصيبهم المتمثل في الثلثين .

وعلة هذه القرينة هي أن الإنسان لا يتصرف عادة في مرض موته إلا على سبيل التبرع، ويندر أن يكون تصرفه، وهو في الحالة اليأس من الحياة والقنوط منها، بقصد المعاوضة.

ولكن هذه القرينة ليست قاطعة، وإنما هي قرينة قانونية بسيطة قابلة لإثبات العكس، فيجوز للمتصرف إليه أن يدحضها بأن يثبت أن التصرف ليس تبرعا، وإنما كان على سبيل المعاوضة، فإذا أثبت ذلك إنتفت القرينة وسرت على التصرف أحكام البيع في مرض الموت (المواد 408،409 من القانون المدني)

ويجب التوضيح أخيرا أن نية التبرع مسألة خاضعة لسلطة و تقدير قاضي الموضوع [1].

المطلب الثاني

الأحكام الخاصة لبعض تصرفات المريض مرض الموت

إن المشرع جعل بعض التصرفات الصدرة من المريض القابلة للإبطال إذا إتصل الموت بالمريض وذلك حماية لمصالح الدائنين والورثة وهذه التصرفات يمكن إبطالها بعد موت المورث وهي التي تمس بحقوق الدائنين والورثة، وتؤدي إلى إنقاص مال المريض كأن يحاول تصوير

[1] زروق عبد الرؤوف، المرجع السابق، ص 30 .

الوصية بصورة عقد البيع وكذا التصرفات التبرعية الصريحة كالهبة والوقف والإقرار والإبراء وسوف نتطرق في الفرع الأول إلى البيع في مرض الموت في الفرع الثاني الى التصرفات التبرعية الصريحة في مرض الموت .

الفرع الأول: البيع في مرض الموت

يخضع البيع في مرض الموت في الفقه والشريعة الإسلامية لعدة ضوابط فإذا تضمن البيع محاياة للمشتري بقيمة أقل من القيمة الفعلية فإنه يخضع إلى أحكام الوصية، والإختلاف في الحكم يكون في عدة حالات وهي حالة ما إذا كان البائع مريض مرض الموت مدينا أو غير مدين وما كان البيع لوارث أو لغير الوارث.

أما المشرع قد خص البيع في مرض الموت بأحكام خاصة لافتراض شبهة التحايل في الثمن ولاسيما إذا ما تم لوارث فخصه بأحكام تختلف عما ورد بقرينة المادة 776 من القانون المدني، وفرق بين البيع لوارث والبيع لغير وارث، كما أنه أورد بالمادة 409 منه إستثناء على الحالتين السابقتين يتعلق بحماية الغير حسن النية.

اولا / البيع في مرض الموت لوارث: لقد نصت المادة 408 من القانون المدني 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).

يستخلص من الفقرة الأول من نص المادة أن قيام الشخص ببيع شيء من أمواله لأحد ورثته في مرض الموت لا ينفذ بحق باقي الورثة إلا إذا أقروه ومصطلح ناجزا الورد بالمادة يدل على أن البيع يكون صحيحا وليس باطلا، ولكن موقوف النفاذ على إقرار الورثة له فان أقروه أصبح

نافذا في حقهم من وقت إبرامه، وإن رفضوه لم ينفذ في حقهم [1]وبقي الشيء المبيع كعنصر من عناصر التركة وعلى الورثة أن يردوا إلى المشتري المبلغ الذي يكون قد دفعه كثمن للمبيع [2].

وإذا أقر بعض الورثة البيع ولم يقره البعض الأخر نفذ في حق من أقره بنسبة حصصهم في الميراث ولم ينفذ في حق البقية.[3]

والإجازة لا تكون إلا بعد وفاة المريض مرض الموت الصادر منه التصرف ذلك لأن الإجازة لا تكون إلا بعد ثبوت الحق فيها وهي لا تثبت إلا بعد الوفاة[4].

والورثة الذين لهم الحق إقرار البيع هم الأشخاص الذين ينحصر فيهم إرث البائع وقت موته ولو لم يكونوا وارثين وقت البيع، ولا يعتد بإقرارهم السابق على موت البائع ولو دونوه كتابة في ذيل المحرر المثبت للبيع، لأن حقهم في الإرث، وبالتالي في إقرار تصرفات المورث، لا يثبت لهم إلا عند موت الأخير، ولا يجوز لهم النزول عن هذا الحق قبل قيامه[5].

وما لاحظ أن المشرع طبق على البيع لوارث في مرض الموت أحكام الوصية، بحيث جعل نفاذ التصرف متوقفا على قبول باقي الورثة أي أنه الحق البيع بأحكام الوصية بطريقة غير مباشرة.

كما تجدر الإشارة إلى أن المشرع أصاب عندما إستعمل في الفقرة الأولى مصطلح" اقرار" وليس" إجازة "، لأن الإجازة تلحق التصرف القابل للإبطال وتصدر من أحد أطراف التصرف، ولا تلحقه إذا كان باطلا بطلانا مطلقا[6].

---

[1] محمد صبري السعدي، الوضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للإلتزامات مصادر لإلتزام العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة منقحة ومزيدة طبقا لأحداث التعديلات 2008/2007، دار الهدى عين مليلة الجزائر، ص 324.

[2] محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، طبعة 2001، ص 219 .

[3] العربي زنتو، المرجع السابق، ص 94 .

[4] نبيل صقر، المرجع السابق، ص 90.

[5] حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 196 .

[6] العربي زنتو، المرجع نفسه، ص 94 .

ثانيا / البيع في مرض الموت لغير وارث:

جاء في الفقرة الثانية من المادة 408 من القانون المدني (أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال)، بينما يختلف النص الفرنسي لنفس الفقرة ونفس المادة حيث يعتبر البيع في نفس الظروف قد تم بدون رضا صحيح، وبالرجوع للنص العربي لم يوضح المشرع ممن تصدر المصادقة وأيضا ما يقصد بالمصادقة؟ أما النص الفرنسي يعتبر البيع قد تم بدون رضا صحيح أي أن الأساس هو عيبا شاب الرضا رغم أن فقهاء الشريعة الإسلامية يتفقون على أن تصرفات المريض مرض الموت لا يشوبها عيب في الرضا وإنما هب تصرفات تمس بحقوق الميراث.

وبالرجوع إلى أحكام العامة للقانون المدني فإن طلب الإبطال يكون لصالح من شاب رضاه عيب، فإذا إعتبرنا أن رضا المريض مرض الموت قد شابه عيب فيكون له وحده حق طلب الإبطال، وهنا المريض قد مات، ولا ينتقل حق طلب الإبطال للورثة لأنهم ليسوا خلفا عاما بالنسبة لتصرفاته في مرض الموت، فليس من المعقول تصور طلب الإبطال من شخص ميت.

كما لو فرضنا أن رضا المريض كان غير صحيح فإن رضاه يشوبه نفس العيب عند البيع لأحد الورثة فلماذا فرق القانون بين التصرفين واعتبر البيع لوارث صحيح لكن لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة، أما البيع لغير وارث فيعتبر غير مصادق عليه ومنه قابلا للإبطال.

وتجدر الإشارة إلا أن القانون المدني وحسب المادة 409 قد حمى الغير حسين النية إذا كان قد كسب بعوض حقا عينينا على الشيء المبيع فقد يقوم المشتري من مرض الموت ببيع الشيء المشتري إلى شخص آخر فيجب توافر شرطين حسب المادة حتى تحمي الغير حسن النية وهما:

يجب أن يكون الغير قد إكتسب ملكية الشيء المبيع بعوض وإذا كان عقارا فيجب أن يكون بسند رسمي مشهر في السجل العقاري.

توفر حسن النية في الغير أي أنه لا يعلم بأن المبيع الذي اشتراه كان نتيجة بيع في مرض الموت وأن الورثة معترضين على هذا البيع[1].

الفرع الثاني: التصرفات التبرعية الصريحة في مرض الموت

قد يقوم مريض مرض الموت بتصرفات متنوعة ومختلفة من حيث الأثر الناتج فبعضها لا يكون أثر سلبي ومستحب وبعضها قد تكون عقود معاوضة وبعضها تبرعية محضة كالهبة والوقف والإقرار والإبراء

اولا/ الهبة في مرض الموت

الهبة هي تمليك بلا عوض إلا أنه يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف على إنجاز شرط هذا ما نصت عليه المادة 204 من قانون الأسرة، وبما أن الهبة تمليك بلا عوض فهي تعتبر من أشد التبرعات الضارة بالمتصرف ضرار محضا لذا فإن المشرع أحاطها بضوابط هامة، لاسيما تلك المتعلقة بأهلية المتبرع، فإذا كان الواهب أهلا للتبرع من غير مرض جاز له أن يهب كل أمواله لمن يشاء سواء كان وارثا أو أجنبيا طبقا لأحكام المادة 205 من قانون الأسرة.

إلا أن المشرع قيد تصرفات الشخص في القيام بالهبة في حالة ماذا كان مريض مرض الموت ويجوز لصاحب المصلحة الطعن في تصرفه وهذا ما نصت عليه المادة 204 من قانون الأسرة[2].

كما أنه يستشف من نص المادة 204 من قانون الأسرة التي تنص على (أن الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية) أن الواهب إذا تصرف في أمواله كأن يهب كلها أو جزء منها وهو مريض مرض الموت أو في الحالات المخيفة، فإن تصرفه هذا يأخذ أحكام

[1] يحي بن يحي، تصرفات مريض مرض الموت بين الإجازة والمنع في مسائل الأحوال الشخصية في الفقه الأسلامي والتشريع الجزائري، مذكرة نهاية الدراسة لإستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر تخصص احوال شخصية، جامعة جلفة، 2015/2014، ص 55-56.

[2] زروق عبد الرؤوف، المرجع السابق ص 34

الوصية وهذا ما أكدته والمادة 776 من القانون المدني التي تنص على أن (كل تصرف قانوني يصدر عن الشخص في مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضاف الى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف) [1].ولذا وجب التميز بين حالتين.

اولا / إذا كان الشيء الموهوب لا يزيد عن ثلث التركة: إذا لم تزيد قيمة الشيء الموهوب وقت الموت على ثلث التركة، صحت الهبة، سواء كان الموهوب له وارثا أو غير وارث، فإن الوصية أصبحت تجوز للوارث في الثلث كما تجوز لغير الوارث، ولا حاجة إلى إجازة الورثة [2].

ثانيا / إذا كان الشيء الموهوب يزيد عن ثلث التركة: إذا كانت قيمة المال الموهوب تزيد عن ثلث التركة، صحت الهبة بغير إجازة الورثة في حدود الثلث، أما ما جاوز الثلث فلا تصح الهبة إلا بإجازة الورثة، فان لم يوجزوا، وجب على الموهوب له أن يرد إلى التركة ما أجاز الثلث أي أن يرد إليها ما يفي بتكملة ثليثها[3].

وإذا تصرف الموهوب له في الموهوب الزائد على الثلث، لم ينفذ التصرف في حق الورثة بغير إجازتهم إلا وفقا للقواعد العامة، ومن ثم يسري التصرف في حق الورثة فيما جاوز الثلث إذا كان المتصرف حسن النية قبل تسجيل دعوى الإستحقاق التي يرفعها الورثة على الموهوب له مطالبين إياه بالزائد على الثلث، ولا يسري التصرف في حقهم من وقت تسجيل هذه الدعوى، ولو كان المتصرف إليه حسن النية [4].

---

[1] نبيل صقر، المرجع السابق، ص 109 .

[2] عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، الجزء 5، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، سنة 2000، ص 127.

[3] حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 23.

[4] عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، ص 128، المرجع نفسه.

وما يلاحظ في هذا الشأن غزارة القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا والمتعلقة بالهبة في مرض الموت والتي إعتبرت هذه الأخيرة وصية منها القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث بتاريخ 16/03/ 1999[1] والقرار الصادر عن نفس الغرفة بتاريخ 2000/02/21 [2] وأكدت المحكمة العليا على أن القضاء بأبطال الهبة في مرض الموت دون مراعاة المبدأ القانوني الذي يعتبرها وصية ويستفيد منها الموهوب له في حدود ما يسمح بذلك موضوع الوصية يعد مخالفة للقانون، وكذا القرار الصادر عن نفس الغرفة بتاريخ 1998/03/13 الذي إعتبار الهبة المضافة إلى ما بعد الموت وصية حيث جاء فيه (.....ومتى تبين – في قضية الحال – أن الهبة موضوع النزاع أقامها المرحوم لزوجته بأنه في حالة ما إذا وجد بعد وفاته ورثة آخرون وشرعيون تحدد الهبة حسب القانون وهو ما يجهلها في شكل وصية مضافة إلى ما بعد الموت في حين أن الشريعة لا تسمح بالوصية للوارث والمطعون ضدها هي زوجة لاحق لها في الوصية وعليه فإن المسكن موضوع النزاع يعتبر من مخلفات الهالك ويورث عنه حسب الفريضة الشرعية، وإن قضاة الموضوع برفض الدعوى على أساس صحة الهبة خالفوا القانون، مما يستوجب رفض القرار[3].

ثانيا / الوقف في مرض الموت:

من الواضح أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى كل التصرفات الصادرة في مرض الموت شأنه شأن معظم التشريعات العربية، وبخلاف الشريعة الإسلامية التي كان لها الأثر في هذا المجال، وبما أن قانون الأسرة الجزائري لاسيما المادة 222 منه، والمادة 1 من القانون المدني، التي

[1] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1998/06/16، رقم ملف 197335، عدد خاص 2001 ص 281، يوسف دلاندة قانون الأسرة منقح بالتعديلات التي ادخلت عليه بموجب الأمر 02/05 مدعم بأحدث مبادئ و اجتهادات المحكمة العليا، ص 185 .

[2] قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث الصادر بتاريخ 2001/02/21 ملف رقم 256869 المجلة القضائية، العدد الثاني، 2002 ص 428

[3]قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1998/03/13 رقم ملف 179724 عدد خاص 2001 ص 227،يوسف دلاندة قانون الأسرة منقح بالتعديلات التي ادخلت عليه بموجب الأمر 02/05 مدعم بأحدث مبادئ و اجتهادات المحكمة العليا، ص 186.

تحيلان إلى تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية فيما لا يوجد فيه نص قانوني، فإننا مضطرون للجوء إلى احكام الفقه الإسلامي في هذا المجال من أجل تحديد تعريف للوقف، وتبيان الأحكام التي استقاها القانون من الشريعة الإسلامية لضبطه باعتباره تصرف تبرعي.

اولا / تعريف الوقف:

نظم المشرع الجزائري الوقف في الفصل الثالث من الكتاب الرابع في المواد 213 الى 219 من قانون قنون الأسرة، ثم بعدها صدر قانون التوجيه العقاري الذي نص في مادته 31 على أن: (الأملاك الوقفية هي الأملاك العقارية التي حبسها مالكها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائما تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة أو مسجد أو مدرسة قرآنية سواء كان هذا التمتع فوريا أو عند وفاة الموصى لهم الوسطاء الذين يعينهم المالك المذكور)، وأحالت المادة 32 منه على قانون خاص، وفعلا صدر هذا القانون تحت رقم 91-10 بتاريخ 1991/04/27 يتعلق بالأوقاف والذي عرف في مادته الرابعة الوقف بمايلي: (الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة)[1] وينقسم الوقف إلى وقف عام ووقف خاص وهذا ما نصت عليه المادة 6 من قانون الوقف .

بينما بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فالوقف في مرض الموت يأخذ حكم الهبة، وتطبق عليه أحكام الوصية، كما ذكرنا عند تناولنا تعريف الهبة، و تنطبق عليه في ذلك حالات التفرقة بين التصرف لوارث والتصرف لغير وارث، وما إذا كان الوقف في حدود الثلث أو يجاوزه، إلا أن المشرع الجزائري لم ينص على الوقف في مرض الموت إلا عند تطرقه لحقوق دائني الوقف، وقد نص في قانون الأوقاف المذكور أعلاه بالمادة 32 منه على حق الدائنين طلب إبطال الوقف في مرض الموت إذا كان الدين يستغرق جميع أمواله ولكنه لم يتضمن أي حكم يتعلق بالورثة، لكن بالرجوع إلى قانون الأسرة فقد نصت المادة 215 على تطبيق المادة 205 منه على الوقف والتي تنص على إعتبار الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة وصية.

[1] المادة 4، قانون 91-10 المؤرخ في 27 ابريل 1991 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم .

وقد نص قانون الأوقاف في المادة 41 منه على مايلي (يجب على الوقف ان يقيد الوقف بعقد لدى الموثق وأن يسجله لدى مصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم اثبات لها.....) يتضح من خلال هذه المادة أن الوقف في الغالب يقع على العقارات وبذلك فهو يشترط الشكلية في إبرامه ليحتج به، وبذلك إذا مات المريض وكانت تركته مستغرقة بالديون فللدائن إبطال الوقف وإستيفاء ديونه من ثمن الموقوف[1].

ثانيا / حكم الوقف في مرض الموت:

الوقف في مرض الموت يترتب عليه تعليق بمال المريض من وقت نزول المرض به وقبل حصول الوفاة بالفعل، محافظة على حقوقهم، حتى لا يتصرف في ماله تصرفا يؤدي الى ضياع حقوق.

أما إذا كان وقف مريض مرض الموت مدينا يأخذ حكم الوصية، ويكون صحيحا ونافذا، وللواقف أن يرجع عنه مادام حيا، فإذا مات وكان له وارث، فإن كان ما أوقفه لا يزيد عن الثلث نفذ الوقف في حدود الثلث وتوقف فيما زاد عن الثلث على إجازة الورثة، فإن أجازوه نفذ، وإن لم يجيزه بطل وإن أجاز البعض دون البعض نفذ الوقف في حق من أجازه، وبطل في حق من لم يجزه[2].

وعليه فإن الوقف في مرض الموت يأخذ حكم الهبة في مرض الموت وتسري عليه أحكام الوصية وهذا ما يطابق مأخذ به جمهور الفقهاء، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها: (من المقرر قانونا أنه يبطل الحبس في مرض الموت ويعتبر وصية متى كان ثابتا – في قضية الحال – أن المجلس الذي أقام الحبس كان في حالة مرض خطير لا زمه إلى يوم وفاته و عليه فان القرار المنتقد لما قضى بإلغاء حكم المحكمة القاضي ببطلان الحبس والقضاء من جديد برفض الدعوى يكون قد اخطأ في تطبيق الشريعة والقانون ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار

[1] العربي زنتو، المرجع السابق، ص 106-107.

[2] نبيل صقر، المرجع السابق، ص 121 .

المطعون فيه)[1]وحماية للورثة من تصرفات مورثهم الماسة بحقوقهم فان المحكمة اعتبرت في عدة قرارات لها ان عقد الحبس الذي يحرر بسوء نية بقصد حرمان احد الورثة من الميراث يعد باطلا بغض النظر عن وقوعه في مرض الموت من عدمه قرار صادر بتاريخ 1999/11/16 (من المقرر شرعا أنه يبطل الحبس عندما يحرر بسوء نية قصد حرمان احد الورثة من الميراث، ومتى تبين – في قضية الحال – أن عقد الحبس لم يقم على أساس قانوني أو شرعي عندما حرم أحد الورثة الشرعيين من الاستفادة من الميراث (ابنه) فإن قضاة المجلس عندما سببوا قرارهم على ضوء عقد الحبس الذي أقامه والد المدعى عليها على أملاكه لزوجته و بنته فإنهم عرضوا قرارهم للإبطال والنقض) [2].

ثالثا: الإبراء والإقرار في مرض الموت

يأخذ كل من الإبراء والإقرار في مرض الموت حكم التصرفات التبرعية في مرض الموت ونوضح ذلك فيمايلي:

نصت المادة 306 من القانون المدني على أنه: (يسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع)

وبالرجوع إلى المادة 776 من القانون المدني والتي تنص على (كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلي هذا التصرف)

[1] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1993/11/23 ملف رقم 96675 اجتهاد قضائي عدد خاص 2001، ص 302، يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 199 .

[2] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1999/11/16 ملق رقم 230617 اجتهاد قضائي.عدد خاص 2001 ص 311 . يوسف دلاندة.مرجع سابق . ص 195 .

فالإبراء إذا صدر من الدائن وهو في مرض الموت، ولم يشترط فيه أن يكون في شكل وصية، تسري عليه أحكام الوصية [1]

فإذا أبرا في مرض الموت، ولم يكن له ورثة، فالإبراء صحيح ونافذ، ولو استغرق كل التركة، أما إذا كان له ورثة و أبرا أحد ورثته، أو أبرا من لم يكن وارثة، وكان الدين المتنازل عنه لا يجاوز ثلث التركة، نفذ الإبراء وإن لم تجزه الورثة، فإذا جاوز الثلث كان الزائد موقوفا على إجازة الورثة.

وإذا كان المريض مستغرق بالديون فأبرأ مدينه في مرض موته لا يصح ابراؤه ولا ينفذ، ولو كان الدين المتنازل عنه قليلا، وسواء أكان المبرأ وارثا أم غير وارث، وذلك لأن هذا الإبراء وصية وقضاء الدين مقدم على الوصية، ولكن إذا أجاز الدائنون الإبراء فان إجازتهم تعد إبراء للميت عن الجزء الذي أجازوه، ويكون تركة، وعلى ذلك يحتاج إلى إجازة الورثة في الزائد على الثلث[2].

أما بالنسبة للإقرار فإنه من الوسائل التي وضعها المشرع للإعفاء من الإثبات، إذ أنه يعفي الخصم من إقامة الدليل على ما يدعيه، ويجوز الطعن في الإقرار بكل ما يجوز الطعن به في التصرف القانوني.

والإقرار إما أن يكون قضائيا أو غير قضائي، وقد عرف المشرع الإقرار القضائي بالمادة 341 من القانون المدني، أنه إعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة.

---

[1] عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الإلتزام بوجه عام الأوصاف –الحوالة–الإنقضاء، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، 2000، ص 970 .

[2] نبيل صقر، المرجع السابق، ص 147 .

والإقرار القضائي يكون حجة على المقر، ولكنه يقتصر عليه ولا يتعداه كقاعدة عامة، فإذا أقر الشخص قضائيا ثم مات قبل صدور الحكم فإن إقراره لا ينصرف إلى ورثته، لكن إذا صدر الحكم قبل وفاته، فإن هذا الحكم يكون حجة عليهم[1].

أما بالنسبة للإقرار غير القضائي فقد جاء في قرار للمحكمة العليا مايلي: (....حيث أنه من المقرر فقها و اجتهادا أن لا يجوز التمسك بإقرار البائع أنه قبض ثمنا ولو ذكر ذلك في عقد البيع، لأن هذا الإقرار من المريض مرض الموت، ولا يعتد به لأن الشبهة قائمة بين البائع والمشتري أنهما متواطئان على تصوير أن هناك ثمنا دفع، وحيث أن القرار المطعون فيه مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية في إقرار المريض مرض الموت، مما يتعين نقضه) [2].

والإقرار إما يكون لأجنبي أو لوارث، ويكون إما بدين أو عين أمانة أو مضمونه[3].

ويمكن القول إذن في هذا السياق أنه يجوز إسقاط حكم المادة 776 من القانون المدني على الإقرار في مرض الموت إذا توافرت شروطها.

[1] زروق عبد الرؤوف، المرجع السابق، ص 36 .

[2] قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية الصادر بتاريخ 1984/07/09، ملف رقم 33719، المجلة القضائية العدد الثالث،1989 ص53

[3] نبيل صقر، المرجع السابق، ص 133 .

المبحث الثاني

التصرف لوارث مع الإحتفاظ بالحيازة والإنتفاع بالشيء مدى الحياة

بالإضافة إلى التصرفات التي يبرمها مريض مرض الموت و التي تأخذ حكم الوصية، فقد تصدر من المورث بعض التصرفات وهم في كامل صحته ورغبة منه في محاباة بعض الورثة على آخر وذلك من خلال القيام بإخفاء الوصية في شكل تصرف منجز، كالبيع مثلا تحايلا منه على القانون وتهربا من الأحكام المقيدة للوصية كان يقوم ببيع عين ويذكر في العقد ثمنا صوريا لا يلتزم به المشتري في حقيقة الأمر أو أن يبقى محتفظا بحق الانتفاع بالعين طوال حياته أو أن يسبغ على التصرف شكل الهبة مع ورود نفس الشرط السابق الذكر، وقد يذهب إلى أبعد من ذلك بحيث يمنع من صدر في حقه التصرف أن يتصرف في العين مادام هو على قيد الحياة .

لذا فقد تصدى المشرع لهذه التصرفات بحيث أقام قرينة قانونية تمنع المورث من التحايل على القانون وهذا ما جاء في نص المادة 777 من قانون المدني التي تنص (يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والإنتفاع به مدى حياته مالم يكن هناك دليل يخالف ذلك).

لذا سوف نوضح في المطلب الأول الشروط الواجب توافرها لإعمال هذه المادة، اضافة الى توضيح أحكامها وقواعد الإثبات المتعلقة بها في المطلب الثاني

المطلب الأول

شروط التصرف الواردة بالمادة 777 من القانون المدني

حتى تقوم القرينة القانونية، الواردة في المادة 777 من القانون المدني، والتي تتعلق بالتصرف لوارث مع الإحتفاظ بحيازة الشيء والإنتفاع به مدى الحياة، لابد من توافر شروط معينة تضمنتها هذه المادة الأتي نصها: " يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد

ورثة واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والإنتفاع به مدة حياته مالم يكن هناك دليل يخالف ذلك "وهي تقابل المادة 917 من القانون المدني المصري. وهي قرينة بسيطة يجوز للمتصرف إليه أن يثبت عكسها كأن يثبت أن الثمن المذكور في العقد ثمن حقيقي أو أن الهبة كانت مقصودة لذاتها فقصد بها أن تنتقل الملكية حال حياة الواهب دون أن تتجه إرادته إلى التحايل على قواعد الإيصاء[1].

ومن خلال تحليل نص المادة يظهر لنا جليا أن المشرع إشترط لإعمال هذه القرينة القانونية والتي مفادها تقيد بعض تصرفات المورث التي يقصد بها محاباة أحد ورثته أو حرمان أخر من الميراث، توفر ثلاثة شروط وهي: أن يتم التصرف لأحد الورثة، أن يحتفظ المتصرف بحيازة العين المتصرف فيها مدى الحياة، وأن يحتفظ المتصرف بالانتفاع بالعين مدى الحياة. وعليه سوف نعالج كل شرط على حدى في فرع خاص بيه:

الفرع الأول: ان يكون التصرف لأحد الورثة

حتي يعتبر التصرف الذي قام به المورث وصية وتسري عليه أحكامها يجب أن يكون هذا التصرف لصالح أحد الورثة، وعليه فإذا تم التصرف لغير وارث فإنه لا يجوز إعمال هذه القرينة القانونية وإعتبار التصرف وصية، بالرغم من أن البعض يرى أن هناك ظروفا قد تدفع المورث إلى الإيصاء لغير وارث بأكثر من ثلث التركة لوجود علاقة قوية تربطه بهذا الأجنبي يرى من خلالها أن يوصى له بكل ماله أو بجزء كبير منه، فيلجا تبعا لذلك إلى إصباغ صفة البيع أو الهبة أو غيرها على تصرفه مع إحتفاظه بالحيازة والإنتفاع بالمال، لذا فإن لم تطبق عليه القرينة القانونية عملا بحرفية النص فإنه يمكن إعتبار ذلك قرينة قضائية، وسواء كانت القرينة قانونية أو قضائية فإنه يجوز إثبات عكسها[2] وقد قدمت محكمة النقض المصرية بعض القرائن التي يستفاد منها إنصراف نية المتصرف وهي :

[1] محمد حسنين، المرجع السابق، ص 221 .

[2] رمضان ابو السعود، الوجيز في الحقوق العينية و الأصلية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1988، ص 199 .

- ✓ بيع الأب الى ولده عينا بثمن بخس، على أن يحتفظ بحق الإنتفاع طوال حياته.
- ✓ ايداع الأم مبالغ نقدية في صندوق التوفير بإسم إبنتها التي تعيش في رعايتها والتي لا مورد لها.
- ✓ ثبوت عدم حاجة المورث الى بيع أملاكه لأحد ورثته وأنه لم يتقاضي ثمنا وظل واضعا يده على املاكه التي تصرف فيها حتى وفاته، كما احتفظ بالعقد ولم يعطه للمتصرف اليه حتى لا يتخذ اجراءات تسجيله.
- ✓ عدم دفع ثمن المبيع ومنع المشترين من التصرف فيه طوال حياة المتصرف وكذا منع المشترين من وضع أيديهما عليه[1].

يتم التصرف من المورث إلى أحد ورثته كي يأخذ حكم الوصية، والعبرة في تحديد صفة الوارث هي بوقت وفاة المتصرف لا بوقت انعقاد التصرف، فيعتبر وارثا من أصبح كذلك وقت وفاة المتصرف، ولم يكن وارثا من لم يعد كذلك وقت الوفاة، أو كان وارثا وقت التصرف.

ويقع عبء الإثبات على عاتق الوارث الذي يطعن في تصرف مورثه الظاهر بأنه وقع في صورة بيع منجز وأن حقيقته وصية، وبأن قصد به الإحتيال على قواعد الإرث المقررة شرعا اضرارا بحقه فيه، وذلك بجميع الطرق وللقاضي السلطة التقديرية مطلقة في ذلك[2].

وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1990/03/05 والذي جاء فيه "من المقرر قانونا أنه يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والإنتفاع به مدة حياته مالم يكن هناك دليل يخالف ذلك، ومن القرار أيضا أنه لاوصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة ومن ثم فان النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد يستوجب الرفض[3].

---

[1] حمدى اعمر باشا، المرجع السابق، ص 64 .

[2] شيخ نسيمة، احكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، الهبة والوصية والوقف، دار الهومة الجزائر، الطبعة الثانية، 2014 ص 188 .

[3] قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 1990/03/05، ملف رقم 59240، مجلة القضائية لسنة 1992، العدد 3، ص 57 .

الفرع الثاني: الإحتفاظ بالحيازة والإنتفاع بالعين المتصرف فيها مدى الحياة

أضافة الى الشرط الأول يجب أن يستثني المتصرف لنفسه حيازة العين المتصرف فيها مدى الحياة وقد عرف الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري الحيازة على أنها سبب من أسباب كسب الملكية وهي "وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء أو حق من الحقوق بقصد الظهور المالك أو صاحب حق عيني آخر، سواء أكان هذا الشخص هو صاحب الحق أو لم يكن كذلك و تتحقق هذه السيطرة الفعلية بمباشرة أعمال تتفق و مضمون الحق وعادة ما يباشرها المالك بنفسه، وعليه لابد للحيازة من توفر ركنين أساسيين هما ركن مادي يتمثل في مجموع الأعمال المادية التي يأتيها الحائز، وهي في العادة من قيام المالك كأحراز الشيء والانتفاع به، و ركن معنوي يتمثل في إتجاه نية الحائز إلى مباشرة تلك الأعمال لحساب نفسه فتكون له نية الظهور بمظهر المالك.

وغير أن الحيازة التي تعد شرطا لأعمال قرينة المادة 777 من القانون المدني تختلف عن الحيازة كسب من أسباب الملكية، فاحتفاظ المتصرف بحيازة العين بأي طريقة معناه أن يكون حائز لها بإعتباره منتفعا لا مالكا، فيتحقق معه الركن المادي دون الركن المعنوي، إلا أن هناك من يرى أن المشرع مادام قد إعتبر هذا التصرف وصية فالموصي يبقى مالكا للشيء الموصى به لكون الوصية تصرفا مضافا لمابعد الموت، لكن هذا الراي الأخير مردود عليه لما فيه من مصادرة على المطلوب فهو يفسر الحيازة التي هي شرط للمادة 777 من قانون المدني إعتمادا على نتيجة هذا الشرط هي إعتبار التصرف وصية[1].

وعليه فان الحيازة المقصودة بنص هذه المادة هي السيطرة القانونية والفعلية على الشيء محل التصرف، أي أنه يكفي مجرد وضع اليد[2] ولا يشترط توافر الركن المعنوي لها

[1] زروق عبد الرؤوف، المرجع السابق، ص 38 .

[2] عمر حمدي باشا، المرجع السابق، ص 63

ومثال ذلك أن يحتفظ المتصرف بالحيازة بوسيلة من عدة وسائل كان يقوم بإدارة الشيء ودفع الضرائب المقررة عليه، أو كان يشترط بقاء الحيازة لديه في العقد.

الفرع الثالث: أن يحتفظ المتصرف بحقه في الإنتفاع بالعين المتصرف فيها مدى الحياة

فالشرط الأخير لتطبيق المادة 777 من القانون المدني هي أن يحتفظ المتصرف بالإنتفاع بالشيء المتصرف فيه مدى حياته.

ولتوضيح هذا الشرط يجب أن نحدد معني الإنتفاع طبقا للقواعد العامة حيث لم يعرفه القانون المدني، لكن الفقه عرفه كمايلي: (هو حق عيني في الإنتفاع بشيء مملوك للغير، فتكون له سلطة إستعماله وإستغلاله بشرط الإحتفاظ بذات الشيء لرده إلى صاحبه عند نهاية حق الإنتفاع الذي يجب أن ينتهي حتما بموت المنتفع)[1].

أي ان إحتفاظ المورث بحيازة العين التي تم التصرف فيها، هي واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة الطرق القانونية .ويقع عبء الإثبات هذا التصرف – الوصية المستترة – على من يدعي وجود وتوافر شروط المادة 777 من القانون المدني من باقي الورثة، فإذا اثبت توافر الشروط السابقة الذكر مجتمعة أمكن استخلاص وجود قرينة الإيصاء وتكون بمثابة وصية مستترة، أما إذا لم يتمكن الورثة من إثبات وجود هذه الشروط مجتمعة فيمكن اللجوء إلى طرق ا لإثبات الأخرى بما في ذلك القرائن القضائية التي هي من اختصاص وسلطة القاضي في تكيف وتقدير القضية وموضوعها وذلك وفقا لظروف وملابسات الدعوى، ومن بين القرائن القضائية مايلي:

- ✓ قيام البائع بإبراء المشتري من الثمن وكون المتصرف إليه فقيرا لا يستطيع دفع الثمن باي حال.
- ✓ احتفاظ المورث بعقد البيع وإبقاء وضع اليد على العين دون أن يقبض ثمنا.

[1] عبد الرزاق احمد السنهوري، شرح القانون المدني الجديد، اسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية (حق الإنتفاع وحق الإرتفاق) ، المجلد التاسع، ج2، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ص 1201 .

- ✓ عدم تسجيل العقد وعدم قبض الثمن وبقاء العقد في حوزة المتصرف حتى وفاته.
- ✓ انتفاع وحيازة البائع للعين المبيعة رغم وجود عقد رسمي[1].

وقد أكدت المحكمة العليا مذكر سابقا من خلال القرار الصادر بتاريخ 1991/05/28 عقد تمليك بشرط واقف الى مابعد الموت يعد وصية و الذي جاء فيه (من المقرر قانونا أنه يعتبر التصرف وصية وتجرى عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته وإستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والإنتفاع به .....من النعي على القرار المطعون فيه بالخطاء في تطبيق القانون غير وجيه يستوجب رفضه.

ولما كان في قضية الحال التصرف قد تم بلا مقابل تحت شرط واقف متعلق بسبق وفاة أحد الممتلكين (الأب او البنت) فإن قضاة الموضوع بتعينهم للموثق لتحرير وحصر مخلفات المتوفي طبقوا القانون تطبيقا سليما، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن[2].

المطلب الثاني:

أحكام التصرف لوارث مع احتفاظ بالحيازة والإنتفاع مدى الحياة وقواعد الإثبات المتعلقة به

سوف نتطرق في هذا المطلب إلى خضوع التصرف لأحكام الوصية في الفرع الأول، ثم إلى قرينة نية الإيصاء بسيطة قابلة لإثبات العكس في الفرع الثاني.

الفرع الأول: خضوع التصرف لأحكام الوصية

بمجرد توفر الشروط المنصوص عليها في المادة 777 من القانون المدني تقوم قرينة قانونية على ان تصرف المورث الى أحد ورثته يعد وصية مستترة، وقد الحق المشرع هذا التصرف بالوصية وأعطاه حكمها، فهذه القرينة أقامها المشرع لرد الإحتيال على أحكام الوصية، ومن ثم

[1] حران سميرة ام نائل، المرجع السابق، ص58 .

[2] قرارالمحكمة العليا، الصادر بتاريخ، 1991/05/28، ملف رقم 74549، المجلة القضائية 93، العدد 2، ص 28

إذا نجح الطاعن في إثبات طعنه داعيا على التصرف بأنه وصية مستترة بناء على أحكام نص المادة 777 من القانون المدني فيكون سريانها موقوف على إجازة الورثة فمن أجازها سرت في حقه ومن لم يجزها تصبح غير نافذة في حقه.

فإن الوصية لا تجوز للوارث، ومن ثم يبطل التصرف سواء كان عقد هبة أو بيع باشتراط بقاء الحيازة والإنتفاع مدى الحياة للمورث المتصرف، ويجب في ذلك إعمال التفرقة بين إنعقاد التصرف لوارث ولغير وارث، وكأنه بتطبيق حرفية نص المادة 777 من القانون المدني تلغي تطبيقها عندما يتم التصرف لأجنبي، ولا يحق للورثة الطعن على تصرف مورثهم الذي قصد منه حرمانهم من الإرث، ولكن سقوط القرينة القانونية لا ينفي العمل بالقرينة القضائية[1].

وقد اخذت المحكمة العليا المادة 777 من القانون المدني بهذه القرينة القانونية في عدة قرارات منها القرار الصادر في 1990/03/05 الذي جاء فيه " من المقرر قانونا أنه يعتبر التصرف وصية ويجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثني لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والإنتفاع به مدة حياته مالم يكن هناك دليل يخالف ذلك ومن المقرر أيضا أنه لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة .....ولما كان ثابتا – في قضية الحال – ان قضاة المجلس لما قضوا ببطلان عقد الهبة وعدم تنفيذ التصرف باعتباره وصية لوارث يكونوا بقضائهم كما فعلوا طبقوا القانون تطبيقا صحيحا" [2].

الفرع الثاني: قرينة نية الإيصاء بسيطة قابلة لإثبات العكس

إن التصرف لوارث مع الإحتفاظ بحيازة العين والإنتفاع بها مدى الحياة، وإن قام قرينة قانونية على أن التصرف وصية مستترة فانه ليس بالقرينة القاطعة طبقا للمادة 777 من القانون المدني الذي جاء في عجزها:" مالم يكن هناك دليل يخالف ذلك "وعليه فهي قرينة بسيطة يجوز لمن تصرف له المورث أن يدحضها بأن يثبت عكس ذلك أي بأن يثبت أن التصرف رغم توافر شروط

[1] محمودي عبد العزيز، المرجع السابق، ص 114 .

[2] قرار المحكمة العليا، الصدر بتاريخ 1990/03/05 ملف رقم 59240 المجلة القضائية، العدد 3، 1992، ص 57 .

المادة لم يكن وصية، إلا أنه بالصعوبة بما كان إثبات عكس القرينة المذكورة أعلاه، وعليه سنبين هتين النقطتين فيما يلي:

اولا / إمكانية إثبات عكس التصرف:

يمكن لمن تصرف له المورث أن يدحض في تصرف مورثه بأن يثبت أن التصرف رغم توافر شروط المادية لم يكن وصية بل كان في الحقيقة بيعا او هبة، وهذا حتى ولو اثبت ذلك عن طريق تقديم قرائن قضائية مضادة كان يثبت أن التصرف بيع بإقامة الدليل على واقعة دفع الثمن، او أن يثبت ان التصرف قصد به انتقال الملكية حال حياة المتصرف، او ان يثبت انه قد تنازل عن شرط المنع من التصرف وان احتفاظه بالحيازة يرجع الى ان المشتري قاصر وقد باشر الحيازة نيابة عنه باعتباره وليا، او ان احتفاظه بها كان بموجب عقد ايجار مقابل بدل ايجار محدد، او ان يثبت ان احتفاظه بمنفعة العين مدى حياته يقابله انقاص الثمن بما يتناسب مع هذه المنفعة.

وقد قضت المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1990/03/05 بما يلي: ".....واشتراط الواهب في عقد الهبة على الموهوب لها بأن تبقي الأموال الموهوبة بحيازته وتحت ادارته وتصرفه الى ما بعد مماته، وبما ان الطاعنة لم تثبت عكس ما جاء في العقد لا من حيث علاقتها بالواهب او من حيث التدليل على حيازتها الفعلية والمادية للشيء الموهوب إبان حياة الواهب وعلى ذلك لا يعتبر ما قضى به المجلس خرقا للقانون ...وان قضاة المجلس لما قضوا ببطلان التصرف طبقوا الشريعة الإسلامية احسن تطبيق"[1].

ففي هذه الحالة اذا لم تثبت الطاعنة عكس القرينة القانونية الواردة في المادة 777 من القانون المدني، انها ليست من ورثته وان حيازة المتصرف ليست فعلية حال حياته، يبقى التصرف في حقيقته وصية مستترة لا بيع او هبة منجزة، تسري على التصرف احكام الوصية ومن ثم لا تنفذ في حق الورثة الا بإجازتها باعتبارها وصية لوارث، ويمكن للموصي هنا ان يرجع عنها في حال

[1] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الصادرة بتاريخ 1990/03/05، ملف رقم 59240، المجلة القضائية، العدد3، 1993، ص 62 .

حياته وبالتالي تسقط بالعدول عنها، كما انها تسقط بموت الموصى له قبل موت الموصي، وهذا طبقا للمادتين 192 و 201 من قانون الأسرة .

واما اذا اثبت من تصرف له المورث عكس القرينة القانونية على النحو الذي سبق بيانه فان التصرف لا يعتبر وصية و لا تسري عليه احكامها، بل يبقي تصرفا منجزا بيعا او هبة او غيرهما، وتسري عله احكام الخاصة بكل تصرف[1].

ثانيا / صعوبة اثبات عكس التصرف:

إذا تم التصرف تطبيقا للمادة 777 من القانون المدني بموجب عقد رسمي سواء وقع التصرف في شكل عقد بيع أو هبة أو أي تصرف أخر، وغالبا ما يقع عمليا التصرف بالهبة للعين مع الإحتفاظ بحيازة العين والإنتفاع بها مدى الحياة، يجعل الأمر يصل الى حد استحالة إثبات عكس هذه القرينة، لما للعقد الرسمي من حجة مطلقة في الإثبات لا يدحضه إلا بالطعن بالتزوير حسب ما تقتضيه المادة 324 مكرر 5 من القانون المدني،

وهذا ماكده قرار المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1990/03/05 بما يلي: ".....واشتراط الواهب في عقد الهبة على الموهوب لها بأن تبقي الأموال الموهوبة بحيازته وتحت ادارته وتصرفه إلى ما بعد مماته، وبما أن الطاعنة لم تثبت عكس ما جاء في العقد لا من حيث علاقتها بالواهب، أو من حيث التدليل على حيازتها الفعلية والمادية للشيء الموهوب إبان حياة الواهب وعلى ذلك لا يعتبر ما قضى به المجلس خرقا للقانون ...وأن قضاة المجلس لما قضوا ببطلان التصرف طبقوا الشريعة الإسلامية أحسن تطبيق" [2]

[1] العربي زينو، المرجع السابق، ص 131 .

[2] حران سميرة ام نائل، المرجع السابق، 61 .

خلاصة الفصل الثاني

هروبا من الضوابط و القيود المفروضة على الوصية بداء بمقدارها ومستحقيها، يلجأ بعض الأشخاص إلى إجراء تصرفات ظاهرها يوحي أنها تصرفات بعوض، أما في حقيقتها تصرفات دون عوض حيث يكون نفاذها مؤجل إلى ما بعد موت صاحب التصرف، مما يضعها تحت شبهة الإضرار بالورثة و بالتالي إعتبارها وصية مستترة .

فهي تعتبر تحايل على القانون المنظم للميراث والوصية، وذلك بتوافر بعض القرائن القانونية، والتي بوجودها أمكن إبطال هذه التصرفات، ومن بين هذه القرائن حدوث هذا التصرفات في فترة مرض الموت للمتصرف، وهذا وفق لما نصت عليه المادة 776 من القانون المدني الجزائري.

هذا إضافة إلى قرينة التصرف لوارث مع الإحتفاظ بالحيازة والإنتفاع مدى الحياة المنصوص عليها في المادة 777 من القانون المدني الجزائري.

وبذلك تعد هذه التصرفات تحايلا على نظام المواريث وذلك بستر التصرفات التبرعية بتصرفات معاوضة، هذا التستر هو في حقيقته تستر حكمي وعلى من يدعيه عبء اثباته، مما يتيح له بعد ذلك ابطال التصرف الساتر.

خاتمة

خاتمة

من خلال دراستنا لموضوع حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون الجزائري فإننا توصلنا الى عدة نتائج يمكن استخلصها فيمايلي:

أن المشرع ضبط الخلافة في المال بالتنظيم المحكم في نظام المواريث، وبالمقابل قيد من يحاول التصرف في أمواله بتصرف مضاف إلى ما بعد الموت بقيود تتمثل في عدم جواز الإيصاء لوارث، وعدم جواز تجاور الموصى به ثلث التركة فيما عدا إجازة الورثة لما يخالف الحدود، وذلك لضمان عدم المساس بما جاء به الشارع الحكيم من توزيع عادل للتركة إذا منحت الحرية للمورث في التصرف فيها بما يلحق الضرر ببعض الورثة او كلهم.

كما أن تبرعات المريض مرض الموت تخرج من ثلث التركة فقط، وذلك لتعليق حق الورثة بمال المريض مرض الموت في ثلثي ماله، والمشرع الجزائري لم ينص على تصرفات المريض مرض الموت التي تعتبر وصية في قانون الأسرة بل اخضعها لأحكام الوصية بموجب مواد في القانون المدني، وهذا ما يعاب على المشرع فقد كان من الأولى أن ينص في قانون الأسرة على الوصية في مرض الموت لأهميتها.

لقد كفل المشرع حماية الورثة من التصرفات الساترة للوصية التي ظاهرها تصرف منجز وباطنها تصرف مؤجل النفاذ لما بعد الوفاة، وهي التي تتمثل في اجراء التصرف في مرض الموت وكذا البيع مع الاحتفاظ بالحيازة والانتفاع مدى الحياة، هذان التصرفان يعتبرنا قرينتان على وجود شبهة الإضرار بالورثة، حيث يعدان من الضمانات الحمائية للورثة من الوصية المستترة، كما تعد ايضا كل من الهبة والإبراء والوقف من التصرفات التبرعية الضارة بالورثة حيث اذا زادت عن الثلث توقف نفاذها على إجازة الورثة، أما هبة مريض مرض الموت فلها حكم الوصية.

إلا أنه بالرغم من كل ذلك، فان التطبيق العملي لأحكام الوصايا المستترة مشوب بالنقض والغموض في بعض الأحيان وخصوصا في المفهوم الصحيح لمرض الموت، فبالرغم من تحديد شروطه في الفقه الإسلامي إلا أن المحكمة العليا بقيت تعتبر في قرارتها أن المريض مرض

الموت يفقد وعيه و تميزه، بل يمس المرض بسلامة عقله، وهذا ما هو مخالف لمبادئ الشريعة الإسلامية والقانون باعتبار أن تصرفاته لا يشوبها عيب في الإرادة أو عارض من عوارض الأهلية.

إضافة إلى ذلك ان النصوص في حد ذاتها تثير العديد من الإشكالات في التطبيق منها نص المادة 408 من القانون المدني الذي جاءت الفقرة الثانية منه غير ملائمة لمبادئ العامة للقانون الخاصة بقابلية التصرفات للبطلان، مما يجعل تطبيق هذا النص مستحيل، وعليه كان الأجدر من المشرع أن يسلك ما سلكه بقانون الأسرة فيما يخص الهبة في مرض الموت ويجعل البيع في مرض الموت يأخذ حكم الوصية سواء كان لوارث او لغيره.

كما أن المادة 776 من القانون المدني جاءت مشوبة في صياغة الفقرة الثانية منها حينما اعتبرت أنه لا يجوز الاحتجاج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا، وهذا ما يجانب الصواب، والأصح النص على التاريخ حجة على الورثة، وأنه يجوز إقامة الدليل على عدم صحته أو ترك هذا الحكم للقواعد العامة دون ايراد نص خاص به.

وعليه رغم أن المشرع كفل الضمانات السابق ذكرها ألا أن صعوبة إثباتها من طرف الورثة أدى الى ضياع كثيرا من الحقوق وكذلك كثرة القضايا بالمحاكم.

وعليه نخلص إلى ضرورة تدخل المشرع لتعديل نصوص المواد السابق ذكرها لتفادي الغموض وتكريس التطبيق الصحيح للقانون تدعيما لحماية الورثة. وكذا تعزيز الضمانات الممنوحة للورثة الذين تضررت حقوقهم من تصرفات مورثهم وذلك بسن قواعد قانونية ممكنة الإثبات، إضافة إلى الأخذ المشرع بالتسمية الفقهية للتصرفات الساترة للوصية.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

اولا : المصادر

01 – القرآن الكريم

ثانيا : المؤلفات

1 – احمد محمد داود، الحقوق المتعلقة بالتركة في الفقه والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع الإسكندرية.

2 – احمد الغندور وزكي الدين شعبان، احكام الوصية و الميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، مكتبة الفلاح الكويت، الطبعة الأولى، 1404 هـ 1974 هـ.

3 – الإمام محمد ابو زهرة، شرح قانون الوصية، دار الفكر العربي، مصر، 1998 .

4 – العربي بلحاج، ابحاث ومذكرات في القانون والفقه ن الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية 03، الجزائر،1996.

5 – العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني، الميراث والوصية ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، الطبعة الثالثة،2004.

6 – حسنى محمود عبد الدايم، مرض الموت واثره على عقد البيع دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندارية، 2007 .

7 – شيخ نسيمة، احكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، الهبة والوصية والوقف، دار الهومة الجزائر، الطبعة الثانية.

8 – على على سليمان، ضرورة اعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر.

9 – عبد الرحمان بن محمد عوض الجزائري، من علماء الأزهر الشريف، كتاب الفقه على المذهب الأربعة، مجلد الثالث، 1299هـ، 1360 هـ.

عبد العزيز محمودي، رد التحايل على احكام الميراث في التشريع الجزائري، قصر الكتاب البليدة، اصدار 2006.

10 – عبد الرزاق احمد السنهوري، شرح القانون المدني الجديد، اسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية (حق الإنتفاع وحق الإرتفاق) 9، المجلد الثاني الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان .2000.

11 – عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة، الجزء 4، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، 2000 .

12 – عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، الجزء 5، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، سنة 2000 .

13 – عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الإلتزام بوجه عام الأوصاف –الحوالة–الإنقضاء، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان 2000.

14 – عمر حمدي باشا، عقود التبرعات (الهبة، الوصية، الوقف)، دار الهومة، الجزائر 2004 .

15 – قودة عبد الحكيم، النظام القانوني لحماية الورثة من الوصية المستترة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2003.

16 – محمد صبري السعدي، الوضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للإلتزامات مصادر لإلتزام العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة منقحة ومزيدة طبقا لأحداث التعديلات 2008/2007، دار الهدى عين مليلة الجزائر.

17 – محمد حسنين، عقد البع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، طبعة 2001 .

18 – ميادة بنت كمال آل ماضي، الوصية، مصدر المادة الكتيبات الإسلامية ، دار الوطن للنشر.

19 – مكتب البحوث والدراسات، الخلاصة الرضية في احكام الوصية، الطبعة الأولى، ربيع الأول 1438 هـ .

20 – نبيل صقر، تصرفات مريض مرض الموت الوصية البيع الهبة الوقف الكفالة الإبراء الإقرار الخلع الطلاق، دار الهدى، عين مليلة .

21 – رمضان ابو السعود، الوجيز في الحقوق العينية والأصلية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية 1988.

22 –يوسف دلاندة قانون الأسرة منقح بالتعديلات التي ادخلت عليه بموجب الأمر رقم 02/05 مدعم باجتهادات المحكمة العليا في مدتي احوال الشخصية والمورث، دار الهومة، الطبعة 2 سنة 2006 .

المذكرات :

1 – عبد المالك رابح، النظام القانوني لعقود التبرعات (الوصية، الهبة، الوقف) في القانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، اطروحة لنيل شهادة الدكتورة في العلوم تخصص القانون الخاص، السنة الجامعية 2017/2016، جامعة الجزائر

2 – العربي زنتو حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع العقود و المسؤولية، جامعة الجزائر 1، سنة 2014 /2015

3 –حاج مخناش سوهيلة، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث (ل.م.د) في القانون تخصص القانون الخاص الداخلي، التصرفات التبرعية في التشريع الجزائري، جامعة مولود معمري – تيزي وزو – سنة 2020 .

4 – حران سميرة او نائل، حماية الورثة من الوصية المستترة بين الشريعة والقانون الجزائري، مذكرة نهاية الدراسة لإستكمال متطلبات شهادة الماستر تخصص احوال شخصية، جامعة زيان عاشور الجلفة، سنة الجامعية 2014/2013

5 – زروق عبد الرؤوف، حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، السنة الجامعية 2006/2005

6 – يحي بن يحي، تصرفات مريض مرض الموت بين الإجازة والمنع في مسائل الأحوال الشخصيةفي الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مذكرة نهاية الدراسة لإستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر تخصص احوال شخصية، جامعة جلفة، 2015/2014

النصوص التشريعية:

1 – القانون 11/84 المؤرخ في 9 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 12 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، جريدة رسمية رقم 24 لسنة 1984، ص 10، المعدل والمتمم بالأمر رقم: 02/05 المؤرخ في: 2005/02/27

2 – الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم .

3 – قانون 91–10 المؤرخ في 27 ابريل 1991 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم، جريدة رسمية 21، لسنة 1991 .

4 – قانون الوصية المصري الصادر بالقانون رقم 71 سنة 1946

المجالات القضائية :

1 – المجلة القضائية، العدد الثالث،1989.

2 – المجلة القضائية، العدد الثالث، لسنة 1992.

3 –المجلة القضائية، العدد الثاني،1993.

4 – المجلة القضائية، العدد الأول،1995 .

5 – المجلة القضائية، العدد الأول، 2002 .

6 –المجلة القضائية، العدد الثاني، 2002

فهرس المحتويات

العنوان	الصفحة
شكر واهداء	
مقدمة	**أ-د**
الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للوصية والتصرفات الساترة لها	
تمهيد.....	7
المبحث الأول: ماهية الوصية	8
المطلب الأول: مفهوم الوصية.....	8
الفرع الأول: تعريف الوصية	8
الفرع الثاني: مشروعية الوصية.....	11
الفرع الثالث: الحكم الشرعي للوصية	13
المطلب الثاني: اركان الوصية.....	14
الفرع الأول: الصيغة	15
الفرع الثاني: اطراف الوصية.....	17
الفرع الثالث: الموصى به	22
المبحث الثاني: ماهية التصرفات الساترة للوصية	27
المطلب الأول: مفهوم التصرفات الساترة للوصية.....	27
الفرع الأول: تعريف التصرفات الساترة للوصية	27
الفرع الثاني: مبطلات التصرفات الساترة للوصية	28
المطلب الثاني: صور التصرفات الساترة للوصية	30
الفرع الأول: البيع في مرض الموت	31
الفرع الثاني: التصرفات التبرعية في مرض الموت	34
خلاصة الفصل الأول	36
الفصل الثاني: الأحكام القانونية لتصرفات الساترة للوصية	
تمهيد.....	38
المبحث الأول: حكم التصرفات الساترة في مرض الموت.....	39
المطلب الأول: الحكم العام لتصرف مريض مرض الموت	40
الفرع الأول: شروط اعمال المادة 776 من قانون المدني وحكمها.....	40
الفرع الثاني: قواعد الإثبات المتعلقة بالتصرفات في مرض الموت.....	42
المطلب الثاني: الأحكام الخاصة لبعض تصرفات المريض مرض الموت	46

الفرع الأول: البيع في مرض الموت..... 47
الفرع الثاني: التصرفات التبرعية الصريحة في مرض الموت..... 50
المبحث الثاني: التصرف لوراث مع الاحتفاظ بالحيازة والانتفاع بالشيء مدى الحياة 58
المطلب الأول: شروط التصرف الورد في المادة 777 من القانون المدني..... 58
الفرع الأول: ان يكون التصرف لأحد الورثة..... 59
الفرع الثاني: الإحتفاظ بالحيازة والإنتفاع بالعين المتصرف فيها مدى الحياة 61
الفرع الثالث: ان يحتفظ المتصرف بحقه في الإنتفاع بالعين المتصرف فيها مدى الحياة 62
المطلب الثاني: احكام التصرف لوارث مع احتفاظ بالحيازة والانتفاع مدى الحياة وقواعد الإثبات المتعلقة به..... 63
الفرع الأول: خضوع التصرف لأحكام الوصية..... 63
الفرع الثاني: قرينة نية الإيصاء بسيطة قابلة لإثبات العكس 64
خلاصة الفصل الثاني 67
خاتمة..... 69
قائمة المراجع..... 72
فهرس المجتويات..... 73
ملخص

ملخص

للإنسان حرية إبرام ما يشاء من التصرفات القانونية، تبرعية كانت أو بعوض مع من يشاء قريب أو أجنبي، دون قيد أو شرط، إلا أن هذه التصرفات قد تخضع لبعض القيود في حالة وجود شبهة الإضرار بالورثة، التي أن هذه الشبهة لا تقوم إلا بتوافر بعض القرائن القانونية منها قرينة التصرف في مرض الموت، عند اتصال الموت بالمريض فعلا، حيث تكون هذه التصرفات قابلة للإبطال بطلب من الورثة، بالإضافة إلى قرينة التصرف لوارث مع الإحتفاظ بالحيازة والإنتفاع مدى الحياة الذي يوحي بأن التصرف لم يكن بمقابل بل هو تصرف تبرعي والغرض منه هو حرمان بعض الورثة من حقهم الكامل في الميراث أو انقاصه لفائدة المتصرف له الوارث، هذه القرائن في مجموعها تشكل بالأساس ضمانا وحماية للورثة من التصرفات الساترة للوصية.

Summary

Any human being is free to make any legal deal ;no matter if it is a donation or in order to get gains and no matter whether it is a relative or a stanger without any restriction ; but this practice should be guided by to hurt the inherittors ; but this case can not be applied only in same legal condition as an illlness leading or causing or causing a death .

This practice can be rejeced if the inheritors it , in addition to the condition if an inheritor has right of a life long possessin,which seems that it in a free deal or donation and the real purpose in to dernier the inheritors from thom their rights .

This condition in general represnt a real protection for the inheritors and the practices that may hidde a commandment .