



جامعة العربي التبسي-تبسة-الجزائر



كلية الحقوق و العلوم السياسية

- قسم الحقوق -

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر

تخصص قانون عقاري

بعنوان:

حماية الوراثة من الوصية المستترة في التشريع الجزائري

إشراف الدكتور:

ريم مراحى

إعداد الطالب:

هشام حلايمية

أعضاء لجنة المناقشة

الصفة في البحث	الرتبة العلمية	الإسم و اللقب
رئيسا	أستاذ محاضر - أ-	صونية بن طيبة
مشرفا ومقرا	أستاذ محاضر - ب-	ريم مراحى
ممتحنا	أستاذ مساعد - ب-	إلهام بخوش

الكلية لا تتحمل أي

مسؤولية على ما يرد

في هذه المذكرة من آراء



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ

إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْأَقْرَبِينَ

وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ

صَدَقَ اللَّهُ الْعَظِيمُ

سورة البقرة - الآية ١٨٠

شُكْرٌ وَعِرْفَانٌ

قال الله سبحانه وتعالى: "وَأَنْ الْفَضْلَ بِيَدِ اللَّهِ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ وَاللَّهُ ذُو الْفَضْلِ الْعَظِيمِ"

إن الحمد والشكر لله أولاً وأخيراً، الذي وفقنا وكان لنا أعظم معين، فله الحمد كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه.

ثم بعد :

نتقدم بالشكر الجزيل والتقدير الكبير إلى أستاذتنا الفاضلة ، الدكتورة
مراحيريم على قبولها الإشراف على هذا العمل وتقديمها لنا النصح
، لكرميننا فائق الشكر والتقدير والإحترام ، والتوجيه المتواصل
أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مناقشة هذه كما لا يفوتنا أن نشكر
المذكورة.

إلى كل الأساتذة في قسم الحقوق وأخص بالذكر أساتذتنا فخر القانون
العقاري

إلى جميع زملائنا وزميلاتنا في قسم قانون عقاري ، لفة 2019 / 2020 .

إهداء

أهدي هذا البحث إلى أمي العزيزة
أصل الله في عمرها ،
إلى روح والدي رحمه الله
إلى زوجتي العزيزة التي كانت
وخلصت تدفعني كما إلى الماضي
كما في تحقيق النجاح ،
إلى ابنتي الغالية روفان حفصها الله

قائمة المختصرات :	
الإختصار	/ المصطلح
-ق.أ.ج :	قانون الأسرة الجزائري.
-ق.م.ج :	قانون مدني جزائري.
-ق.إ.م.إ :	قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
-ج.ر.ج.ج :	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.
-د.ت.ن :	دون تاريخ نشر.
-ص :	صفحة.

مقدمة

يعد حق الملكية من أهم الحقوق التي إستأثر بها الإنسان، و ذلك نظرا للإرتباط الوثيق بين المال و الملكية في حياة الفرد، فتعددت بذلك أسباب إكتسابها فنجد الخلافة في المال فتكون إما اجبارية أساسها الميراث و ثابتة بحكم الشارع ولا إرادة للمورث أو الوارث فيها، و إما تكون إختيارية تثبت بإرادة المورث قبل وفاته فنكون أمام خلافة إختيارية ألا و هي الوصية.

لذا خصتهما الشريعة الإسلامية ثم القانون بالتنظيم المحكم و المفصل لأحكامهما.

و بالرغم من أن للإنسان حق الإيضاء بأمواله حال حياته إلا أن وصيته مقيدة بضوابط شرعية و قانونية بهدف عدم المساس بحق الورثة.

فتبقى نظرة التشريع تهدف إلى الموازنة بين المصالح، فمن الإجحاف تقييد حرية الإنسان من التصرف في ماله مطلقا، إذ أن أغلب التشريعات و منها التشريع الجزائري أقرت حق الشخص في الإيضاء لإعتبره تصرف مضاف إلى ما بعد الموت.

لذا فإن الأشخاص و لأسباب مختلفة و رغبة منهم في التحايل على أحكام القانون، يصبغون على تصرفهم بالوصية ثوب تصرف آخر منجز حال الحياة يكون لهم فيه الحرية المطلقة دون أن تقيد، لكن المشرع وتصديا لمثل هذه التصرفات أخضعها لأحكام الوصية.

و على هذا الأساس فمجال بحثنا يتعلق بالوصايا الحكيمة و التي سماها الفقه بالوصايا المستترة، و الإطار الذي وضعه المشرع لمواجهة التحايل على أحكامها.

• أهمية الموضوع:

نظرا لما لهذا الموضوع من أهمية بالغة بالنسبة للفرد في المجتمع، كان لزاما علينا من خلال هذا البحث تقريب المفاهيم و تحديدها و توضيح الأحكام المتعلقة بالوصايا المستترة في أوساط المجتمع و أهميتها للباحث و الدارس القانوني.

كما أن أهمية هذا الموضوع لا تقل شأنًا بالنسبة للقاضي حين يعرض عليه النزاع في موضوعها فيجب عليه الإلمام بجميع الجوانب الفقهية و القانونية حتى يتسنى له تجسيد الحماية القانونية لأصحابها.

- **دوافع إختيار الموضوع:**

إن التصرفات الساترة للوصية أخذت حيزا واسعا في أوساط مجتمعنا، و يتضح ذلك من خلال المنازعات المتعلقة بها و المطروحة أمام القضاء قصد طلب الحماية القانونية لحق الورثة و ما يؤكد هذا الطرح كثرة القرارات القضائية.

كما أن هذا الموضوع لم يحظ بدراسة متخصصة لكل جوانبه النظرية و العلمية.

- **الإشكالية:**

إن موضوع حماية الورثة من الوصايا المستترة يبقى مجالا واسعا لا يمكن حصره لنفرق أحكامه بين الشريعة الإسلامية و القانون، ما جعله يفرز عدة إشكالات عملية و قانونية و من هذا المنطلق نطرح الإشكاليات التالية:

ما هو الأساس القانوني و الفقهي الذي إعتد عليه المشرع الجزائري لإلحاق التصرفات الصادرة من طرف المورث بأحكام الوصية حماية لحق الورثة؟

ما هو مجال هذه الحماية و إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في تكريسها لمصلحة ورثة المتصرف سواء كان في مرض الموت أو تصرف في الشيء و أستثنى لنفسه الحيازة و الإنتفاع مدى الحياة؟

و إنطلاقا من هاته الإشكالية تقودنا إلى البحث عن حجية القرائن التي أوردها المشرع الجزائري في أحكام القانون المدني.

- **المنهج المتبع:**

لإعداد هذه الدراسة أعتد على المنهج التحليلي كأسلوب للإلمام بعناصر الموضوع مع تحليل النصوص القانونية الواردة بأحكام قانون الأسرة و القانون المدني الضابطة لهذا الموضوع، إضافة إلى إعتداد المنهج الوصفي قصد جمع المعلومات و طرحها ثم تحليلها محاولة منا للوصول إلى الغموض أو القصور الذي وقع فيه المشرع الجزائري أو القضاء على حد سواء.

- **أهداف الدراسة:**

تتمثل الأهداف من دراسة هذا الموضوع في:

✓ السعي إلى تقريب المفاهيم و تحديدها و توضيح الأحكام المتعلقة بالوصية الحكمية.

✓ العمل على زيادة الأبحاث المتعلقة بهذا الموضوع حتى يتسنى للباحث و الدارس القانوني الإستعانة بهذا العمل لاحقا و فتح المجال لأبحاث متخصصة به.

• **الدراسات السابقة:**

بإطلاعي على الدراسات السابقة ذات الصلة بموضوع الدراسة هي بعض المذكرات لنيل شهادة الماجستير و من ضمنها:

- مذكرة العربي زنتو بعنوان: حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون الجزائري.
- مذكرة علاوة بوتغرار بعنوان: التصرفات الملحقة بالوصية في التشريع الجزائري.
- مذكرة عامر رشاد بعنوان: تصرفات المريض مرض الموت.

• **صعوبات البحث:**

لا ننكر أنه إعترضت طريقنا بعض الصعوبات عند تناول هذا الموضوع أهمها قلة المراجع المتخصصة في تحليل القانون الجزائري، و في المقابل كثرة المراجع التي تناولت الموضوع في التشريع المصري.

- هذا الموضوع جدير بالإهتمام و الدراسة خاصة من الناحية العلمية، لذلك حاولنا قدر الإمكان إعتتماد الأسلوب المباشر و عدم التعمق في سرد الآراء الفقهية على إختلافها، مع التركيز على ما جاءت به المحكمة العليا من قرارات في هذا الموضوع.

• **خطة البحث:**

للإجابة على الإشكالية محل الطرح قمنا بتقسيم الموضوع إلى فصلين، نتناول في الفصل الأول أساس حماية الورثة في الوصية و في التصرفات الملحقة بها و الذي قسمناه بدوره إلى مبحثين تضمن المبحث الأول أساس حماية الورثة في الوصية و المبحث الثاني أساس حماية الورثة في التصرفات الملحقة بالوصية، أما الفصل الثاني تناولنا من خلاله التصرفات الساترة للوصية و أحكامها و هو بدوره إحتوى على مبحثين، جاء المبحث الأول منه بعنوان التصرفات الساترة للوصية في مرض الموت لننتقل إلى المبحث الثاني و الأخير في هذا الفصل لينطوي في مضمونه على نوع التحاليل و هو التصرف لوارث مع الإحتفاظ بالحياة و الإنتقاع بالشيء مدى الحياة.

و نصل في الأخير إلى خاتمة الموضوع التي عرضنا فيها أهم و جوهر ما خلصنا إليه من هذه الدراسة.

و عليه قسمنا البحث إلى فصلين وفق الخطة التالية:

- الفصل الأول: أساس حماية الورثة في الوصية و التصرفات الملحقة بها.
المبحث الأول: أساس حماية الورثة في الوصية.
المبحث الثاني: أساس حماية الورثة في التصرفات الملحقة بالوصية.
- الفصل الثاني: التصرفات السائرة للوصية و أحكامها.
المبحث الأول: التصرفات السائرة للوصية في مرض الموت.
المبحث الثاني: التصرفات لوarith مع الإحتفاظ بالحياة و الإنتفاع بالشيء مدى الحياة
لحكم الوصية.

الفصل الأول

تصميم وإخراج مكتبة عمون للتعليم

الفصل الأول: أساس حماية الورثة في الوصية و التصرفات الملحقة بها.

تعتبر الوصية أحد أسباب كسب الملكية بعد الوفاة حيث تتحقق الخلافة في المال للموصى له.

و لما رسم الشارع الحكيم و القانون قواعد الخلافة الإختيارية في المال ممثلة في الوصية، فلم يتركها على إطلاقها فحد حدودها و بين شروطها بتقييد حرية الإيضاء وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية و تقلد بها قانون الأسرة و لم يكتفيا عند هذا الحد بل تعدت ذلك لتسري على بعض التصرفات أصبغ عليها شكل تصرف آخر غير الوصية قصد التحايل على أحكام القانون أو حتى حرمان بعض الورثة من حقهم في الميراث، فألحقت هذه التصرفات بأحكام الوصية حماية لهم.¹

لذا سنحاول دراسة أساس هاته الحماية القانونية للوارث التي تمس حقه في الوصية و التصرفات الملحقة بها.

و على هذا الأساس نقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: ماهية الوصية وأساس تقييدها.

المبحث الثاني: أساس حماية الورثة في التصرفات الملحقة بالوصية.

¹ عبد العزيز محمودي، رد التحاليل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، دون طبعة، قصر الكتاب، البليلة، إصدار 2006، ص 13.

المبحث الأول: ماهية الوصية وأساس تقييدها.

إن حماية الورثة من التصرفات التي يبرمها المورث، و التي تخفي وصية يكون بإلحاق المشرع هذه التصرفات بحكم الوصية.

و بما أن الوصية هي تصرف مضاف إلى ما بعد الموت بالتبرع، و أن مرض الموت هو ما إنتهى بالموت فعلا، و أن الميراث من بين أكبر الأسباب لكسب الملكية الفردية، فكان لزاما بسط الحماية في الوصية و في مرض الموت حفاظا على الأموال التي ستورث، ولما كانت الأمور تلحق بأسبابها إتحد سبب الخلافة في المال بين الوصية و مرض الموت، و تقيدت على إثر ذلك حرية المرء في التصرف و ذلك لمصلحة الورثة.

لذا وجب علينا قبل البحث في أساس هذه الحماية، توضيح ماهية الوصية و الأحكام المتعلقة بها و هو ما سندرجه في عنوان المطلب الأول.

كما أن المشرع قيد المورث في الوصية بعدة أحكام، بهدف حماية الورثة و الدائنين من التصرفات الضارة بهم، و هو ما يتناوله المطلب الثاني.

المطلب الأول: ماهية الوصية:

نتطرق إلى تعريف الوصية و تحديد أركانها دون الخوض في الأحكام الشرعية و القانونية بتفاصيلها.

الفرع الأول: تعريف الوصية ومشروعيتها:

لقد أورد الفقهاء تعاريف متعددة للوصية، فهناك من يعرفها إنطلاقا من النصوص القانونية الواردة في التشريعات الوضعية كالقانون المدني و قانون الأسرة، و هناك من يستنبط تعريفها من مشروعيتها في الكتاب و السنة.

الفصل الأول: أساس حماية الورثة في الوصية و التصرفات الملحقة بها.

1- التعريف الفقهي للوصية:

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريف الوصية إلا أن معناها في إصطلاحهم " تملك مضاف إلى ما بعد الموت"، سواء كان الموصي به عينا أو منفعة¹ و من بين هذه التعريفات نجد:

- ❖ **الأحناف:** "عرفوها على أنها تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان الموصى به عينا أو منفعة".
- ❖ **الشافعية:** "عرفوها على أنها تبرع مضاف إلى ما بعد الموت و ذلك كالتبرع المنجز في مرض الموت".
- ❖ **الحنابلة:** "عرفوها على أنها الأمر بالتصرف بعد الموت فالوصية بالمال هي التبرع".
- ❖ **المالكية:** "عرفوها بأنها هبة الرجل لشخص آخر بعد موته سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح"².

2- تعريف الوصية في القانون الجزائري:

عرف المشرع الجزائري الوصية بموجب المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري و التي تنص على أن: "الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"³.

جاء هذا التعريف شاملا و جامعا لكل أنواع الوصايا، سواء كانت واجبة أو مندوبة أو كانت بالمال أو غيره، فمصطلح "تمليك" يشمل ذلك كله، و هو يشمل أيضا التمليكات و تقرير المرتبات و تقسيم التركة بين الورثة سواء بالمنافع أو الأعيان.⁴

¹ حمدي كمال، الموارث و الهبة و الوصية، منشأة المعارف، مصر، 1991، ص 190.

² عبد السلام أحمد فيغو، التصرفات الصادرة من المريض مرض الموت (دراسة فقهية مقارنة)، الطبعة الثانية، دار الأفاق المغربية للنشر، المغرب 2010، ص 175.

³ القانون رقم: 84/11 المؤرخ في 12 رمضان عام 1404هـ ، الموافق ل: 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة.

⁴ بلحاج العربي الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الميراث و الوصية)، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999، ص 230-231.

الفصل الأول: أساس حماية الورثة في الوصية و التصرفات الملحقة بها.

أما المقصود من عبارة "مضاف إلى ما بعد الموت " فهو أن أثر التصرف المنجز حال حياة الموصي لا يترتب إلا بعد وفاته.

أما مصطلح "تبرع" فتعني أن الوصية تتم دون عوض بإعتبارها مال أوجبه الموصي تطوعا بعد موته.¹

3. مشروعية الوصية:

ثبتت مشروعية الوصية من الكتاب والسنة وإجماع الصحابة والتابعين.

ففي الكتاب إستدل العلماء على مشروعية الوصية بقوله تعالى : " كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين" (الآية 180 من سورة البقرة) ، وقوله تعالى : " من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار وصية من الله والله عليم حلیم" (الآية رقم 12 من سورة النساء).

أما من السنة النبوية الشريفة نستدل بقوله ﷺ : " إن الله تعالى تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم، فضعوه حيث شئتم"² ، وما روي عن عبد الله بن عمر عن رسول الله . ﷺ . أنه قال : " ما حق أمرئ مسلم ببيت ليلتين وله شئ يريد أن يوصي به إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه"³.

أما عن الإجماع فقد أجمع علماء الشريعة الإسلامية على إستحباب الوصية في حدود الثلث متى كانت مستوفية لأركانها وشروطها وإذا قصد بها التقرب إلى الله تعالى، كما نجد تاريخ الصحابة يروي نماذج من وصاياهم ، فقد اوصى أنس بن مالك وأبو الدرداء وغيرهم من دون مخالفة ولا معارضة ، وهكذا تواتر نقل الإجماع عن الصحابة بصحة الوصية ومشروعيتها ، والحكمة من مشروعية الوصية هو تحصيل ذكرى الخير في الدنيا ونوال الثواب في الآخرة ، فالمرء عند شعوره بدنو أجله، يرغب في تدارك ما فاتته وأهمل فيه فيحاول تعويض ما تركه

¹ حمدي باشا عمر، عقود التبرعات (الهبة، الوصية، الوقف) دار هومة للنشر، 2004، ص 45.

² سنن ابن ماجه، حديث رقم 2709، باب الوصية بالثلث، الطبعة الاولى ، مكتبة المعارض للنشر والتوزيع،الرياض.

³ ابن رشد،بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، دون تاريخ نشر، ص 128.

الفصل الأول: أساس حماية الورثة في الوصية و التصرفات الملحقة بها.

وقصر في تحصيله ، كما أنه يقصد بالوصية مساعدة بعض أقربائه وأحبائه ممن هم في حاجة ليد العون¹.

أما القياس فلا يجيز الوصية لأنها تمليك مضاف على ما بعد الموت، والموت مزيل للملك، فتقع الإضافة إلى زمان زوال الملك، فلا يتصور وقوعه تمليكا فلا يصح.

من خلال تعريف الوصية وتوضيح مشروعيتها ، يظهر لنا جليا أن المصلحة من الوصية هي أن يتدارك الإنسان ما فاتته من واجبات، وقد تقدم الموصى لهم من الفقراء واليتامى والمساكين لتكون لهم عونا ماليا في الحياة، وقد تصل لأن تكون مبعث صلة للأقرباء الذين لا يرثون، بشرط أن تقيد في حدود الثلث لأن الخلافة في المال تولت بالتنظيم والتوزيع العادل من الشارع الحكيم، ومن ثم كان أمر الثلثان مرتبط بذلك وحق للوارثين يتقيد فيهما الشخص المتصرف بالتصرف المضاف إلى ما بعد وفاته²، وهو مبعث إحتياط القانون في حماية حقوق الوارث.

الفرع الثاني: أركان الوصية

بما أن الوصية تصرف من جانب واحد و بالإرادة المنفردة للموصي، فهي بذلك تتطلب الإيجاب كركن وحيد لها³ بمعنى أن ركن الوصية الوحيد هو الإيجاب فقط، أما قبول الموصى له بعد وفاة الموصي فلا يعد إلا شرط للزوم الوصية.

و بالتالي فالوصية تختلف عن العقود التي تتطلب تطابق الإيجاب و القبول كالهبة⁴، كما أن آراء الفقه الإسلامي لم تتفق على ما يعد من أركانها و ما يعد من شروطها.

¹ محمد كمال الدين إمام، الوصية والوقف في الإسلام (مقاصد وقواعد)، دون طبعة، منشأة المعارف ، مصر، 1999.

² محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، دون طبعة، دار الفكر العربي، 1988، ص 10.

³ محمد زهدور، الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية، طبعة 1991، المؤسسة الوطنية للكتاب، ص 64.

⁴ عبد العزيز محمودي، مرجع سابق، ص 18.

الفصل الأول: أساس حماية الورثة في الوصية و التصرفات الملحقة بها.

و رغم ذلك بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية و أحكام قانون الأسرة فإنها تشترط بوجه عام لإنشاء الوصية توافر جملة من الأركان قسمها معظم الفقهاء إلى أربعة و هي: الصيغة، الموصي، الموصى له، و الموصى به و نفضلها على النحو الآتي:

أولاً: الصيغة

يختلف الفقهاء في ركن الصيغة من حيث توافر الإرادتين أي الإيجاب و القبول و إنقسموا في ذلك إلى آراء:

فعند الأحناف يتمثل ركن الوصية من حيث الصيغة في الإيجاب فقط، فإذا مات الموصي و هو مصر على وصيته إنتقلت ملكية الموصى به دون الحاجة إلى قبول الموصى له.¹

أما جمهور الفقهاء فيرى أن الموصى له لديه حق الرد لأنه لا شيء يدخل في ذمة الإنسان جبراً غير الميراث، و قد إنتقوا على ما يلي:

- ❖ القبول لا يكون إلا بعد الوفاة و لا عبرة له في حياة الموصي.
- ❖ القبول لا يعتبر شرطاً لإنشاء الوصية، إنما يكفي الإيجاب لكن القبول يكون كشرط لثبوت الملكية بعد وفاة الموصي.
- ❖ الموصى له غير ملزم بالقبول فور وفاة الموصي بل يثبت له على التراخي، كما يقبل من المجنون و المعتوه و الصبي غير المميزين ممن له الولاية عليه،² و هو ما أخذ به المشرع الجزائري في المادتين 191 فقرة 01 و 197 من قانون الأسرة الجزائري، حيث إشتراط في نص المادة 191 فقرة 01 بتصريح الموصي بالوصية دون الحاجة إلى قبول الموصى له، أما نص المادة 197 فقد جاء فيها أن القبول يكون بعد الوفاة، أي أنه لا يشترط لإنشاء الوصية بل يشترط للزومها.

أما بالنسبة للتعبير عن هذه الصيغة فلا إختلاف من الفقهاء في أن الإيجاب من الموصي يجوز أن يكون باللفظ أو الكتابة أو الإشارة و جواز الوصية بأحد هذه الأمور الثلاثة

¹ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 232.

² أبو زهرة محمد، شرح قانون الوصية، دار الفكر العربي، مصر، 1988، ص 18.

الفصل الأول: أساس حماية الورثة في الوصية و التصرفات الملحقة بها.

يختلف باختلاف حال الموصي من القدرة على الكلام أو الكتابة أو عدم القدرة عليهما أو على أحدهما.¹

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 60 من القانون المدني على أن "التعبير عن الإدارة يكون باللفظ أو الكتابة، أو الإشارة المتداولة عرفا كما يكون بإتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه، و يجوز أن يكون التعبير عن الإدارة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا".²

و عليه يفهم من نص المادة أن المشرع يجيز التعبير عن الإدارة بأي وسيلة.

ثانيا: الشخص في الوصية:

الشخص في الوصية لا يعدو أن يكون أحد الطرفين إما موصي أو موصى له.

1- الموصي:

هو من أنشأ الوصية، فهي نتاج إرادته يصدرها إختيارا في الوصية و تصدر عنه إجبارا في الوصية و قد نصت المادة 186 من ق.أ.ج على شروط يجب توافرها في الموصي لصحة الوصية بنصها: "يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغاً من العمر تسع عشرة (19) سنة على الأقل"، أي أنها تشترط أن يكون الموصي من أهل التبرع بتوافر ما يلي:

❖ سلامة العقل: فلا تصح الوصية من المجنون و المعتوه، لكن نشير إلى أن

المجنون إذا كان جنونه مستمرا فإن وصيته لا تصح بأي حال من الأحوال، أما

إذا كان جنونه منقطع فإن وصيته تصح إذا وقعت منه في حال الإفاقة بشرط

¹ أحمد فراج حسين، جابر الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث و الوصية و الوقف في الفقه و القانون و القضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص 39.

² الأمر رقم 58/75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 78 صادرة في 30 سبتمبر 1975، معدل و متمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 ماي سنة 2007 .

الفصل الأول: أساس حماية الورثة في الوصية و التصرفات الملحقة بها.

أن يتم ذلك قبل الحجر عليه، و كذلك لا تصح وصية المحجور عليه لفسه أو لغفلة.¹

❖ **أن يكون بالغاً:** لكون الوصية من التبرعات فلا تصح من الصبي سواء كان مميزاً أو غير مميز لأنها تضره ضرراً محضاً، لذلك يشترط سن البلوغ المحدد ب 19 سنة كاملة في القانون المدني الجزائري بنص المادة 40 منه و هي نفس السن الواردة بنص المادة 186 من قانون الأسرة.

❖ **الرضا:** كباقي التصرفات خاصة الهبات و التبرعات يجب أن يتوافر رضا الموصي حين الإيصال و إلا كانت وصيته غير صحيحة لذلك أجمع الفقه و القضاء على بطلان وصية المكره، الهازل، المخطئ و السكران لأنه لا قصد له و الوصية هنا تضر بورثته تطبيقاً لقاعدة "لا ضرر و لا ضرار".²

2- **الموصى له:** هو المستحق للوصية، سواء إستعادة ملكية رقبة أو ملكية منفعة أو هما معا و الموصى له قد يكون موجوداً كالإنسان الحي، وقد يموت على الوجود كالوصية، وهو من صدرت الوصية لصالحه، سواء كانت إختيارية أو إجبارية، تمليلية أو عهدية، سواء كان الموصى له شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً، و يجب أن تتوفر فيه بعض الشروط لتكون الوصية صحيحة نوردها تباعاً فيما يلي:

أ- أن يكون الموصى له موجوداً و معنياً:

يشترط في الموصى له أن يكون موجوداً عند إنشاء الوصية أو عند وفاة الموصي، فجمهور الفقهاء منهم الشافعية، الحنابلة، الأمامية، و الزيدية يشترطون أن يكون الموصى له موجوداً حال الوصية، أما الأحناف فقالوا أنه يكفي أن يكون موجوداً وقت وفاة الموصي، و وجوده يمكن أن يكون حقيقياً أو مقدراً كالحمل،³ و هو ما أخذ به المشرع الجزائري بالمادة 187 من ق.أ.ج بنصها على أنه: "تصح للحمل بشرط أن يولد حياً، و

¹ صقر نبيل، قانون الأسرة نصاً و فقهاً و تطبيقاً، دار الهدى للطباعة و النشر، 2006، ص 370-371.

² حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 48.

³ إلياس ناصيف، الوصية للمسلمين في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص 89.

الفصل الأول: أساس حماية الورثة في الوصية و التصرفات الملحقة بها.

إذا ولد توائم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس"، و يضيف الفقهاء في هذا الشأن أنه في حالة تعدد الحمل فإن ولد أحدهما حي و الآخر ميتا، كانت الوصية للحي دون الميت، و إن مات أحدهما بعد الولادة حيا آلت وصيتهم لورثته.¹

و تضيف المادة 194 من ق. أ. ج بنصها على أنه: "إذا أوصي لشخص ثم أوصي لثاني يكون الموصي به مشتركا بينهما"، أي أنه إذا قام الموصي بتعيين أكثر من شخص واحد موصى له تكون الوصية مشتركة بينهما كما يشترط أن يكون الموصى له معيناً إما بشخصه سواء كان ذلك بإسمه أو بالإشارة أو معيناً بغيره عن طريق الوصف.²

ب . أن يكون معلوماً:

و ذلك بالتعيين (بالإشارة أو بالإسم) أو بتعريفه بالوصف، و يقصد بهذا الشرط ألا يكون الموصى له مجهولاً جهالة مطلقة و فاحشة لا يمكن دفعها و إلا بطلت الوصية.

و قد قرر جمهور الفقهاء هذا الشرط حتى يتسنى تنفيذ الوصية، ذلك أنها لا تلزم إلا بقبول الموصى له (المواد: 184 . 192 من قانون الأسرة)، إلا أنهم إستثنوا من هذا الشرط الوصية لله تعالى و لأعمال البر، و أساس ذلك وجود مفهوم التكافل في مثل هذه الوصايا، كما أن أعمال البر و الإحسان تأخذ حكم النوع الواحد و إن تعددت لإتحاد القصد منها.

ج . أن يون الموصى له أهلاً للملك:

إنفق الفقهاء -بإستثناء الحنابلة-³ على إشتراط أن يكون الموصى له أهلاً للملك و عليه فلا تصح الوصية لحيوان مثلاً فهو ليس أهلاً للملك، أما قانون الأسرة الجزائري فقد أغفل هذا الشرط، و قد يفهم ذلك حسب بعض الفقهاء أن الوصية لمن ليس أهلاً للملك صحيحة مثل:

¹ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 257.

² إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 89.

³ العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 259.

الفصل الأول: أساس حماية الورثة في الوصية و التصرفات الملحقة بها.

الوصية لبناء مسجد أو مدرسة لكنها لا تكون للتمليك، بل مجرد وصية بتصرف أي

إخراج مال من تركة الموصي.

د- ألا يكون الموصى له جهة معصية:

أي جهة محرمة شرعا، لأن الأصل في الوصية و الغاية منها كسب الثواب و الأجر و

لا يتصور ذلك إن كان الموصى له جهة معصية كالوصية لخمارة أو لدور اللهو... إلخ.

و قد يكون الموصى له محرما في ذاته، لكن الباعث إليه محرم مثل الوصية للخليفة و

العشيقة و يكون الهدف منها إستمرار العلاقة غير الشرعية.

فالرأي الراجع هنا حسب المالكية و الحنابلة و منهم ابن تيمية و ابن القيم أيضا باطلة،

لأن العبرة بالقصد و النية.¹

و هذا ما تؤكدته المادة 97 من القانون المدني بنصها على أنه: "إذا إلتزم المتعاقد لسبب

غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للأداب العامة كان العقد باطلا".

ه- ألا يكون الموصى له قاتلا للموصي:

إختلفت المذاهب في نوع القتل المانع للوصية، فالحنفية و الحنابلة إعتبروا القتل بغير

حق أو عذر شرعي سواء أكان عمدا أم خطأ فهو الذي يمنع الإرث و الوصية.

و يرى الشافعية أن القتل يستحق الوصية سواء كان القتل عمدا أم خطأ، لأن الوصية

تمليك كالهبة و القتل لا يبطل الهبة فلا يبطل الوصية.

¹ العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 259 - 260.

الفصل الأول: أساس حماية الورثة في الوصية و التصرفات الملحقة بها.

أما المذهب المالكي فقد ذهب إلى أن القتل يمنع الوصية، و هذا إستنادا إلى قول الرسول صلى الله عليه و سلم "لا وصية لقاتل"¹ غير أنه يرى أن الوصية تصح للقاتل خطأ لأنها تمليك كالهبة.

و بالرجوع إلى قانون الأسرة فقد أخذ بما ذهب إليه الفقه المالكي، الأمر الوارد بنص المادة 188 منه بنصها على أنه: "لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا".

و- ألا يكون الموصى له وارثا للموصي:

و هذا مصداقا لقوله _صلى الله عليه و سلم_: "إن الله أعطى لكل ذي حق حقه فلا وصية لوارث"²، و عن ابن عباس قوله: قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: "لا وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة"³.

و قد اختلفت قوانين الدول الإسلامية في شأن جواز الوصية لوارث من عدمه، أما المشرع الجزائري فقد أخذ هذا الشرط بنص المادة 189 من قانون الأسرة، و قضت به المحكمة العليا في قراراتها.

ثالثا: الموصى به:

الموصى به هو محل الوصية و يشترط فيه أن يكون مالا قابلا للتوارث، و أن يكون مقوما و قابلا للتمليك، كما يشترط أن يكون موجودا عند الوصية و غير مستغرق بالدين و أن لا يزيد عن ثلث التركة⁴، و هو ما نبينه تباعا فيما يلي:

¹ رواه البيهقي، حديث رقم 12652، باب ما جاء في الوصية للقاتل، ج 6 تحقيق محمد عبد القادر عطا، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، 2003 م - 1424 هـ/ و الدار قطني، حديث رقم 4143، الجزء 5، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، 1424 هـ - 2003 م.

² سنن الترمذي، حديث رقم 2120، باب ما جاء لا وصية الوارث، الطبعة الأولى، مكتبة المعارف للنشر و التوزيع، الرياض.

³ سنن الدار قطني، حديث رقم 4295. ج 5. المرجع السابق.

⁴ بن شويخ الرشيد، الوصية و الميراث في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، ص 30.

الفصل الأول: أساس حماية الورثة في الوصية و التصرفات الملحقة بها.

❖ أن يكون الموصى به مالا مما يجري فيه الإرث:

فالموصى به يندرج في كافة أموال الإنسان بأنواعها المختلفة و التي يحوزها حقيقة أو حكما، و كذا الحقوق المالية أو الملحقة بالمال و الحقوق العينية على خلاف الحقوق الشخصية المحضة، كما تندرج فيها أيضا الوصية بالمنافع.

❖ فيتضح إذن أن الموصى به الذي يصلح للإيصاء نوعان:

✓ نوع يصلح للتوارث مثل الأموال الحقيقية كالنقود و الذهب و الأموال العينية و الحقوق التي تتعلق بها كحق الارتفاق مثلا.

✓ نوع لا يصلح للتوارث لكن لا تصح به الوصية مثل المنافع أي الوصية بسكن دار لأن المقصود من الوصية عمل الخير، كسب الأجر أي منفعة آخروية و ليست دنيوية.

و هذا ما أقره قانون الأسرة، في مادته 190 التي تنص على أنه : "للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها و التي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة"، و عليه فقد أجاز الوصية بالمنافع لمدة معينة أو غير معينة و في هذه الحالة الأخيرة تنتهي بوفاة الموصى له (المادة 196 من قانون الأسرة).

❖ أن يكون الموصى به متقوما و قابلا للتمليك:

أي يجب أن يكون المال موضوع الوصية مما يباح ملكه و الإنتفاع به فالخمر و الخنزير و المخدرات، و كل ما هو محرم هي أموال غير متقومة شرعا و لا يجوز التعامل فيها.¹

أما قابلية الموصى به للتمليك فيقصد بها أن يكون مما يجوز تملكه بعقد من العقود كالبيع، أو الهبة بإعتبار الوصية تمليكا (المادة 184 من قانون الأسرة)، و عليه لا تصح الوصية بالأموال المباحة غير المملوكة بعقد معين، و لا بالوظائف العامة أو الأموال العامة، و غيرها من الحقوق الشخصية و المهنية المحضة.

¹ عمر حمدي باشا، مرجع سابق، ص 55.

الفصل الأول: أساس حماية الورثة في الوصية و التصرفات الملحقة بها.

❖ أن يكون الموصى به موجودا عند الوصية:

و لذا لا تصلح الوصية بملك الغير حتى و إن ملكه الموصي بعد الوصية ثم مات، و إن أجازها الغير بعد الوفاة فتكون هبة و لا تتم إلا بالقبض، و لكن هناك مسألة تصح فيها الوصية مع أن الموصى به غير موجود وقت الوصية و لا وقت الوفاة، و هي الوصية بغلة البستان فإذا مات و لم تكن في بستانه غلة تصح الوصية و تكون له الغلات المستقبلية ما دام الموصى له حيا لأن الوصية بالغلة من قبيل الوصية بالمنافع.¹

❖ ألا يكون الموصى به مستغرقا بالدين:

يشترط لنفاذ الوصية ألا يكون الموصي مدينا بديون تستغرق جميع ماله، و ذلك لأن ديون العباد مقدمة على الوصية و الإرث لتعلق حق الدائنين بأموال المدين، فالديون تأتي في المرتبة الثانية بعد مصاريف التجهيز و الدفن بالقدر المشروع حسب نص المادة 180 من قانون الأسرة، فأداؤها واجب بينما الوصية في غير الواجبات مندوبة أو مباحة، و الواجب مقدم على المندوب و المباح في أحكام الفقه.

و قد تصح الوصية بمال مستغرق بالدين إذا أبرأه الغرماء و أسقطوا ديونهم أو إذا أجازوا نفاذ الوصية قبل الدين.²

❖ ألا يزيد الموصى به عن ثلث التركة:

نصت المادة 185 من قانون الأسرة على أنه "تكون الوصية في حدود ثلث التركة، و ما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة"، و هذه هي الحدود الشرعية و القانونية للوصية، كما جاء في الحديث الشريف عن سعد ابن أبي وقاص حيث قال الرسول

¹ محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، مرجع سابق، ص 110-111.

² عمر حمدي باشا، مرجع سابق، ص 56.

الفصل الأول: أساس حماية الورثة في الوصية و التصرفات الملحقة بها.

صلى الله عليه و سلم و سعد في مرض الموت: "الثالث و الثالث كثير"¹ و يقول
صلى الله عليه و سلم "إن الله تصدق عليكم بثالث أموالكم عند مماتكم".²

المطلب الثاني: أساس تقييد الوصية و العلة منه

لقد تولى الشارع الحكم تنظيم الخلافة في المال بالميراث و ذلك بالتوزيع العادل، كما نظم أمر الخلافة بالوصية مقيدا حرية الأشخاص في الإيضاء حفاظا على حقوق الورثة، و حماية لهم من تصرف الموصي بالوصية سواء كانت لوارث أم لغير وارث لأنها تمس بالتركة و حقوق الورثة و قد أخذ المشرع الجزائري بما جاءت به أحكام الشريعة الإسلامية حيث قيد حرية الإيضاء بعدة أحكام منها ما تعلق بالموصى له و منها ما تعلق بمقدار الموصى به و هذا ما ستطرق له فيما يأتي:

الفرع الأول: تقييد حرية الإيضاء في الشريعة الإسلامية و القانون

أولا: عدم جواز الإيضاء لوارث:

من أهم شروط الموصى له المقيدة لحرية الموصي في الإيضاء بأمواله، ألا يكون الموصى له وارثا كقاعدة عامة، مصداقا لقوله تعالى "كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين و الأقربين بالمعروف حقا على المتقين" (الآية 180 من سورة البقرة). و قال رسول الله _صلى الله عليه و سلم_: "إن الله أعطى لكل ذي حق حقه فلا وصية لوارث"³، كما روي عن ابن عباس قوله: قال رسول الله _صلى الله عليه و سلم_: "لا وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة"⁴ و بما أن جل أحكام الوصية مستقاة من الفقه الإسلامي، كان مرد

¹ صحيح البخاري، حديث رقم 2743، باب الوصية بالثالث، ج 02، الطبعة الأولى، المطبعة السلفية و مكتبتها، القاهرة، 1403هـ.

و صحيح مسلم، حديث رقم 1628، باب الوصية بالثالث، ج 5، بيت الأفكار الدولية، سنة 1419هـ-1998م.

² سنن ابن ماجه، حديث رقم 2709، مرجع سابق، و الدار قطني، حديث رقم: 4298، مرجع سابق.

³ رواه الترميذي، حديث رقم 2120، مرجع سابق.

⁴ رواه الدار قطني حديث رقم 4295، مرجع سابق.

الفصل الأول: أساس حماية الورثة في الوصية و التصرفات الملحقة بها.

الخلاف في جواز و عدم جواز الوصية للوارث في تفسير الآيات الكريمة و إعتقاد الأحاديث النبوية الشريفة و ذلك إلى رأيين نوردهما فيما يلي:

الرأي الأول: يجيز الإيصاء لوارث

و قد اعتمد هذا الرأي القانون المصري الذي إعتبر أن الوصية للوارث لا تحتاج إلى إجازة الورثة إلا إذا تجاوزت الثلث و أعتمدوا على قول بعض المفسرين منهم أبو مسلم الأصفهاني بأن الآية رقم 180 من سورة البقرة السالفة الذكر غير منسوخة بآية الموارث.

و اعتمد أصحاب هذا الرأي على أنه يمكن أن يكون هذا الوارث أحوج من غيره، و الآية تشير إليه، لأنها إشتترطت لنفاذ الوصية ألا يكون فيها تجانف لإثم، إذ قال تعالى بعد آية الوصية، " فمن خاف من موص جنفا أو إثمًا فأصلح بينهم فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم" (الآية 182 من سورة البقرة)، و لقد ذكر ذلك القول الزمخشري في الكشاف، فقال " و قبل لم تنسخ الآية، و الوارث يجمع له بين الوصية و الميراث بحكم الآيتين".

و يرى الإمام محمد أبو زهرة أن إجازة القانون المصري الوصية للوارث و جعلها كوصية الأجنبي مبدأ خطير أستحدث في قوانين الدولة المصرية و أن هذه المخالفة تنتهي إلى مخالفة قسمة الله العادلة في الموارث من غير مبرر وذلك بتخصيص بعض الورثة بأكثر من نصيبه.¹

الرأي الثاني: لا يجيز الإيصاء لوارث

و هذا هو رأي المشهور من المالكية فلو صح و أن أوصى للوارث و لغيره صحت لغير الوارث، و بطلت وصية الوارث فقط و يرى ابن الحزم أن الوصية للوارث باطلة بطلانا مطلقا و لا تصححها إجازة الورثة بعد وفاة الموصي، و هذا الرأي أخذ به المشرع المغربي و الذي نص على أنه لا وصية لوارث إطلاقا، و لا تصح و لو أجازها الورثة.²

غير أنه يوجد رأي آخر و هو لإبن القصار و ابن العطار و هما من المالكية فإن الوصية لوارث صحيحة بإجازة الورثة بعد وفاة الموصي، أما إذا أجازها بعض الورثة و رفضها البعض الآخر نفذت في حصص من قبلها، و من بين الإعتبارات التي إعتمدوا عليها ما يلي:

¹ الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق ص 72 - 73.

² العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 264.

الفصل الأول: أساس حماية الورثة في الوصية و التصرفات الملحقة بها.

❖ أن الشارع الحكيم هو الذي حدد الميراث و نصيب كل وارث و تولى تقسيمه و بيانه.

❖ قوله صلى الله عليه و سلم : "إن الله قد أعطى لكل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث"، فقد جاء فيه نفي الوصية بـ "لا" فهو نفس جنس الوصية لوارث، سواء أجازها الورثة أم لا، رغم أن الحديث لم تثبت روايته عن الإمامين: مسلم و البخاري فهو قول الشافعي من الأئمة و أقترّب إلى عصر السلف الصالح.

❖ إن أساس التوريث الإسلامي تقسيم الشارع للتركة بين الورثة، و قد أعطى للمورث الثلث يعطيه من يشاء من غير الورثة، فإذا جاء المورث و أعطى هذا و منع ذلك فقد غاير قسمة الشارع، و زاد بعض الأنصبة و أنقص أخرى.¹

❖ إن ثمة إجماعا من الصحابة _رضوان الله عليهم_ من أن الوصية غير واجبة للوالدين، و لم يلزموا بها، و لو صح خلاف ذلك لأقدموا عليها.²

أما عن موقف المشرع الجزائري فقد خالف أغلب القوانين العربية و كان رأيه من رأي الذين أجازوا الوصية لوارث مجسدا ذلك بنص المادة 189 من قانون الأسرة بنصها على أنه: "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي" و أعتبر أن الوصية لوارث صحيحة لكنها موقوفة على شرط بإجازة الورثة لها بعد وفاة الموصي، و يجب الإشارة هنا أنه إذا أجاز بعض الورثة الوصية و لم يجزها البعض الآخر كانت نافذة في حق من قبلها دون أن تنفذ في حق من لم يقبلها من الورثة.

¹ الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 63.

² عامر رشاد السيد. تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري - رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 1989، ص 93.

الفصل الأول: أساس حماية الورثة في الوصية و التصرفات الملحقة بها.

و قد قضت المحكمة العليا بقاعدة عدم جواز الوصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة في العديد من قراراتها من بينها القرار الصادر بتاريخ: 1990/03/05 ملف رقم 59240¹، و كذا القرار الصادر بتاريخ 1992/11/24 ملف رقم: 86039².

و تطبقا لقاعدة عدم جواز الإيصاء لوارث، يجب الإشارة إلى أن العبرة في تحديد صفة الوارث أي في كون الموصى له من الورثة أو من غير الورثة _هي بتاريخ وفاة الموصي لا تاريخ إنشاء الوصية، كما أن العبرة بالإجازة التي يعبر عنها بعد وفاة الموصي لأن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، و هذا ما جاءت به أحكام المادة 189 من قانون الأسرة.

و يشترط في صحة الإجازة أن تكون من الوارث الذي يكون أهلا للتبرع و هو كامل الأهلية، بالغا، عاقلا و لم يحجر عليه و ذلك أن الإجازة تبرع، و التبرع تصرف ضار ضررا محضا، لذا فإذا كان الوارث عديم الأهلية أو ناقصا للأسباب التي يقرها القانون، فإن تصرفه بالإجازة يكون باطلا بطلانا مطلقا طبقا لأحكام المواد: 40،42،43،44، من القانون المدني و المواد: 81،82،83 من قانون الأسرة.

إضافة إلى ذلك لا بد أن يكون الوارث عالما علما كاملا بالوصية ليجيزها³ لأن الجهالة تمنع صحة التصرف.

ثانيا: عدم تجاوز الموصى به ثلث التركة

من القيود الواردة على الوصية ما تعلق بالموصى به، و المتمثلة في إشتراط حدود للوصية بعدم تجاوز الموصى به ثلث التركة، وهذا ما أجمع عليه الفقهاء بإستنادهم على حديث سعد بن أبي وقاص إلى الرسول _صلى الله عليه و سلم_ قال سعد_ رضي الله عنه: "جاءني رسول الله صلى الله عليه و سلم يعودني من وجع إشتد بي، فقلت يا رسول الله، إني قد بلغ بي من الوجع

¹ أنظر قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 1990/03/05 ملف رقم 59240، المجلة القضائية، العدد 03، 1992، ص 57.

² أنظر قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 1992/11/24/ ملف رقم 86039، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001، ص 292.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، أسباب كسب الملكية، المجلد التاسع، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1986، ص 213.

الفصل الأول: أساس حماية الورثة في الوصية و التصرفات الملحقة بها.

ما ترى و أنا ذو مال، و لا يرثني إلا ابنة لي، فأصدق بثلثي مالي، قال: كلا، فقلت فالشطر، قال: كلا، قلت فالثالث يا رسول الله، قال "الثالث، و الثلث كثير، إنك إن تذر وراثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس" ¹.

و كذا قوله صلى الله عليه و سلم "إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند مماتكم" ².

و لكن نميز بين حالتين:

❖ **الحالة الأولى:** إذا كان للموصي وارث: إتفق أغلبية الفقهاء على أنه إذا كان للموصي وارث و كانت الوصية في حدود الثلث فإنها تنفذ دون الحاجة إلى إجازة الورثة، لأن الله أعطى حق التصرف في هذا المقدار ليتدارك به ما فاته.

أما إذا كانت الوصية بأكثر من الثلث، كانت نافذة في الثلث أما الزائد يكون موقوفا على إجازة الورثة، و في حالة ما إذا أجازها البعض دون البعض الآخر نفذت في حق المجيز و بطلت في حق غيره.

❖ **الحالة الثانية:** إذا لم يكن للموصي وارث: فهنا تكون الوصية بالزائد نافذة و لو كان الموصى به جميع المال، لأن المنع من حق الورثة و بما أنه لا يوجد وارث فإن الزيادة لا تمس بحق أي أحد فتتخذ الوصية فيه.

و قال المالكية و الشافعية أنه لا تجوز وصية من لا وارث له بأكثر من الثلث لأن الزائد من حق المسلمين ³.

¹ صحيح البخاري حديث رقم 2744، باب الوصية بالثلث، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، المطبعة السلفية و مكتبتها، القاهرة، 1403، و صحيح مسلم، حديث رقم 1628 باب الوصية بالثلث، الجزء الخامس، بيت الأفكار الدولية، 1419هـ _ 1998.

² ابن ماجة، حديث رقم: 2709 و الدار قطني، حديث رقم 4989، المرجعين السابقين.

³ رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث و الوصية و الوقف (الوجيز في أحكام الوصية و الوقف) القسم الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص 369.

الفصل الأول: أساس حماية الورثة في الوصية و التصرفات الملحقة بها.

أما عن موقف المشرع الجزائري تجسد في أحكام المادة 185 من قانون الأسرة بنصها على ما يلي "تكون الوصية في حدود ثلث التركة، و ما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة".

و هو ما قضت به المحكمة العليا في قراراتها و من بينها القرار المؤرخ في 1986/02/24¹ و القرار المؤرخ في 1997/7/29².

إلا أن الإشكال المثار لا يطرح في حالة تجاوز الموصى به ثلث التركة و وجد ورثة يجيزونه أو يرفضونه، و إنما يطرح في حالة عدم وجود ورثة للموصي.

هنا فالزيادة عن الثلث باطلة عند كل من المالكية والشافعية وتؤول إلى بيت مال المسلمين، أما عند الاحناف والحنابلة فإن الزيادة عن الثلث تصح لكن بعد إيفاء الديون إن وجدت.

أما قانون الأسرة فقد أغفل الفرضية أي عدم وجود الورثة و ذلك بعدم النص عليها لكن بالرجوع إلى القواعد العامة في الميراث الواردة بأحكام المواد 126 إلى 183 من قانون الأسرة فإن المادة 180 فقرة 04 منه تنص على أنه: " في حالة عدم وجود وارث فإن التركة تكون من حق الخزينة العامة". و قياسا على ذلك فإن ما ذهب إليه المالكية و الشافعية هو الأصوب.³

أما بالنسبة لوقت تقدير الثلث فهو محل إختلاف الفقهاء و لهم في ذلك رأيين:

◀ حيث أن جمهور الفقهاء و منهم المالكية و الحنفية و الحنابلة يرون أن وقت تقدير الثلث هو وقت قسمة التركة لأنه وقت إستقرار الملك و تنفيذ الوصية، لذلك إذا ما وقع نقص أو هلاك في التركة قبل القسمة يقسم ذلك النقص على جميع الورثة و الموصى لهم.

¹ أنظر قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1986/02/24 ملف رقم 40651، غير منشور مشار إليه، أ. عمر حمدي باشا، مرجع سابق ص 167.

² أنظر قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1997/07/29، ملف رقم 166090، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001، ص 298.

³ بلحاج العربي، مرجع سابق ص 297.

الفصل الأول: أساس حماية الورثة في الوصية و التصرفات الملحقة بها.

◀ أما الرأي الثاني¹ فهو للشافعية الذين يقدرّون وقت الوفاة لذلك كل زيادة في الموصى به المعين بعد الوفاة يكون ملكا خالصا للموصى له، و لا تحتسب من الثلث لأنها نماء ملكه و بالمقال تقع عليه نفقة الموصى به من وقت الوفاة على أنها نماء ملكه و ليس على أساس الوصية².

و عليه نستخلص مما ذكر أن جميع ما يصح تملكه من الأموال المباحة عينا أو منفعة، يصح أن يكون محلا للوصية، فخطورة التصرف فيه تتجلى في هذا الجانب و على هذا الأساس قبلت الوصية من طرف الفقه و من ثم القانون في حدود الثلث و لغير وارث.

الفرع الثاني: علة و أساس تقييد حرية الإيضاء

حفاضا على حقوق الورثة الذين ستؤول إليهم التركة من الوصايا التي قد ينشئها الموصي على أنصبتهم، فإن الشريعة الإسلامية و كذا القانون قيّدا حرية الإيضاء بالرجوع إلى أسس شرعية يمكن إجمالها في ثلاث نقاط: منع الإضرار بالورثة، منع التحاليل على أحكام القانون، و تولى الشرع الخلافة في المال بالتنظيم، و هو ما سنتناوله تباعا فيما يلي:

أولا: منع الإضرار بالورثة

الأصل في الوصية بمفهوم الإسلام هي باب من أبواب الإنفاق على الأقرباء الذين لا يرثون فتحقق لهم موردا قد يكونون في حاجة إليه و تكون في وجوه الخير العامة كالمساجد و المدارس و غيرها، أي أن الهدف منها هو تحقيق التكافل الإجتماعي و لهذا كانت الوصية من قوانين التكافل في نظام الإسلام،³ إلى درجة تقرير وجوب الوصية في بعض الحالات بحكم الشرع و القانون و هو ما يسمى بالوصية الواجبة أي التنزيل طبقا لأحكام المواد: (169-172) من قانون الأسرة، و إعتبار الوصية مكروهة في حالات أخرى كوصية صاحب المال القليل للغير مع أن ورثته كثيرون و محتاجون مصداقا لقوله _ صلى الله عليه و سلم_ : "إنك إن تدع

¹ العربي زنتو - حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون الجزائري - رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، سنة 2014_2015، ص 41.

² العربي زنتو، مرجع سابق، ص 43.

³ محمد كمال الدين إمام، الوصية و الوقف في الإسلام، مقاصد و قواعد، نشأة المعارف، 1999، ص 34.

الفصل الأول: أساس حماية الورثة في الوصية و التصرفات الملحقة بها.

ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس"¹، و عليه فتحقيقاً لهذا الغرض تكون الوصية باطلة في الشرع و القانون إذا كان القصد منها هو الإضرار بالورثة، و قد نصت الشريعة الإسلامية على إنشاء وصية الضرار في قوله تعالى: "من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار وصية من الله عليم حلیم" (الآية 12 من سورة النساء).

كما نص عليه الصلاة و السلام بقصد الإضرار بالورثة بقصد الإضرار بالورثة في قوله _صلى الله عليه و سلم_ : "الإضرار في الوصية من الكبائر"².

فيتحقق عنصر الإضرار إذا قصد الموصي حرمان ورثته من بعض ماله أو أوصى بأكثر من الثلث أو أوصى لأحد ورثته دون باقي الورثة.

كما يتحقق عنصر الإضرار إذا إتجهت إرادة الموصي إلى الإضرار أي قصد حرمان ورثته من بعض ماله، كأن يقر صراحة في الوصية أو يستخلص من إشمال الوصية على شرط يتوقف تنفيذها على تحقيقه، و لكن لم يشترط الفقهاء توافر قصد الإضرار بل يكفي تحقق الضرر الأكيد بالنسبة لحقوق الورثة.³

ثانياً: تولى الشرع الخلافة في المال بالتنظيم

من أسباب الملكية بالخلافة في مال المالك و إنتقال ما كان له من أموال و حقوق إلى آخر يعد خليفة له لسببين هما:

1- إما بحكم الشارع و هذا بالميراث فتكون الخلافة بحكم الشارع لا بحكم المورث و حتى بغير إرادته، لذا قيل أنه لا يدخل في ملك الإنسان جبراً عنه سوى الميراث.⁴

¹ صحيح البخاري، حديث رقم 2744، مرجع سابق.

² رواه الدار قطني في سننه، مرجع سابق.

³ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 248.

⁴ الإمام محمد أبوزهرة ، أحكام التركات و المواريث، دار الفكر العربي، القاهرة، 1987، ص 05.

الفصل الأول: أساس حماية الورثة في الوصية و التصرفات الملحقة بها.

2- و إما بإرادة المتوفى، و هذا ما يعرف بالخلافة الإختيارية و الأصل أن الشارع الحكيم هو الذي يتولى أمر الخلافة في مال الميت، و ينظمها في إطار الأسرة و لا يتعداها، و ذلك حماية لها و لتوثيق العلاقات بين أفرادها و المحافظة على كيانها و ترابطها.

و لذا فإن الشريعة الإسلامية تولت هذا الأمر في حدود ثلثي التركة و تقسيمه بالعدل و الإنصاف، و يقوم هذا التقسيم على ثلاثة أسس هي:

- ❖ منح الميراث لمن هو أقرب للمتوفى.
- ❖ مراعاة الحاجة فكلما كانت الحاجة أشد كان العطاء أكثر.¹
- ❖ توزيع التركة على عدة أفراد أي التوزيع دون التجميع.

ثالثاً: منع التحايل على أحكام القانون:

جل القوانين العربية و القانون الجزائري تحديداً إستمدت أحكام الوصية من الشريعة الإسلامية مع إختلاف طفيف في بعض الأحكام، فحرية الإيضاء مقيدة من ناحيتين بحسب الشخص الموصى له، فإن كانت للأجنبي لا تنفذ إلا في حدود الثلث من التركة و ما زاد عن الثلث توقف على إجازة باقي الورثة، و بالرجوع إلى أحكام المادة 185 من ق.أ.ج نصت على أنه: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة و ما زاد على الثلث توقف على إجازة باقي الورثة"، أما إذا تمت لوارث فإنها لا تجوز حتى في الثلث إلا بالإجازة من الورثة بعد وفاة الموصي طبقاً لما تنص عليه المادة 189 من قانون الأسرة على أنه: " لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي".²

غير أن بعض التشريعات العربية خالفت المشرع الجزائري و أجازت الوصية لوارث في حدود الثلث و منها المشرع المصري و العراقي.

و في الأخير بعد توضيح الأسس السابقة نخلص إلى أن الله عز و جل قد نظم الخلافة بالمال سواء بالميراث أو بالوصية و حدد لها حدوداً لا يجوز للإنسان أن يتعداها و لم يترك

¹ الإمام محمد أبو زهرة، أحكام التركات و الموارث، نفس المرجع، ص 210.

² عبد العزيز محمودي، مرجع سابق، ص 27.

الفصل الأول: أساس حماية الورثة في الوصية و التصرفات الملحقة بها.

الأمر لإرادة الموصي المطلقة حتى لا يسمح بالإعتداء على الحقوق المالية للشخص و حتى تتحقق العدالة و الإنصاف بين أفراد الأسرة الواحدة التي تعتبر وحدة البناء الاجتماعي.

المبحث الثاني: أساس حماية الورثة في التصرفات الملحقة بالوصية.

باعتبار الشريعة الإسلامية كمصدر من مصادر التشريع فإنها لم تترك أمرا إلا و نظمته تنظيما لا يترك مجالاً للحيرة أو العجز في إيجاد حل كامل يرضي جميع الأطراف خاصة في المعاملات المالية، فهناك حالات قد يتحايل فيها الشخص على القانون قصد حرمان بعض الورثة من حقهم الثابت في الميراث أو يفضل بعضهم على بعض أو رغبة منه في تقسيم أمواله حال حياته، فيقوم بتصرفات منجزة كالبيع و الهبة تحايلا على القانون و تهربا من تقييد حرية الإيضاء، إلا أن هناك قرائن يستخلص منها هذا التحايل أنشأ من خلالها المشرع قرينة قانونية بنص المادة 777 من القانون المدني مثلا كما أن المورث و عند شعوره بدنو أجله قد يفضل أحد الورثة أو أجنبيا فيحابيه بتصرف منجز أو مضاف إلى ما بعد الموت طبقا لأحكام المادة 776 من القانون المدني و هذا ما ألحقه المشرع بالوصية.

و عليه سنحاول توضيح الأسس التي إعتد عليها المشرع ليتدخل في التصرفات التي يبرمها المورث عامة في المطلب الأول و تصرفات المريض مرض الموت في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الأساس العام الذي تقوم عليه قرينة الإيضاء.

أورد المشرع الجزائري في أحكام القانون المدني و قانون الأسرة قرائن قانونية في بعض تصرفات الشخص التي يبرمها في أمواله و التي تأخذ حكم الوصية، و ذلك منعا للتحايل على أحكام القانون الواردة في الوصية و هذا تدعيما لسلطة القاضي في تكييف التصرفات القانونية، لذا سنطرق إلى منع التحايل على أحكام القانون في فرع أول و إلى سلطة القاضي في تكييف التصرفات القانونية في فرع ثاني:

الفرع الأول: منع التحايل على أحكام القانون.

كثيرا ما يلجأ الأفراد من الناحية العملية إلى وصف تصرفاتهم بأنها تصرفات منجزة كالبيع أو الهبة أو الوقف، رغم أنها في الحقيقة تصرفات مضافة إلى ما بعد الموت و هو ما يعتبر سترا للوصية و تحايلا على أحكام القانون الامرة المقيدة لحرمة الإيضاء، لأن القصد هنا هو التبرع و إضافة التمليك إلى ما بعد الموت و هي بذلك تحقق كل أهداف الوصية دون أن تتقيد بأحكامها

الفصل الأول: أساس حماية الورثة في الوصية و التصرفات الملحقة بها.

الأمرة¹، فيلجأ الطرفان مثلا إلى إظهار الوصية بمظهر البيع فيذكر في العقد ثمن صوري لا يلتزم المشتري به، أو بمظهر الهبة بإبرامه في شكل تصرف منجز و لكن يبقى للبائع الحق في الانتفاع بالعين المباعة طول حياته، لذا لا يجب التقيد في هذا الصدد بما يضيفه الأفراد على تصرفاتهم من أوصاف، و إنما يجب الإعتداد بما يثبت من الناحية الواقعية² و لكل ذي مصلحة التمسك بالتصرف الحقيقي و إثبات التحايل، و أن التصرف كان قصد التبرع و هو تملك مضاف إلى ما بعد الموت و ذلك بكافة طرق الإثبات و غالبا ما يتم الإثبات عن طريق القرائن القضائية³، كأن نستخلص نية التبرع كون المتصرف لم يقبض ثمن البيع أو أن الثمن كان غير مناسب أو عدم قدرة المشتري على دفع الثمن، أو كأن تثبت نية إضافة الملك إلى ما بعد الموت من عدم تنفيذ التصرف طيلة حياة المتصرف.

و اعتمادا على هذه القرائن يمكن للورثة أو من له مصلحة أن يثبت عدم صحة التصرف المبرم من طرف المورث، و للقاضي الحرية المطلقة في الأخذ بها أو تركها، حيث لا يترتب على مجرد وجودها إعتبار التصرف وصية.

و قد حدد المشرع هذه القرائن تسهيلا على من له مصلحة في إعتبار التصرف وصية عندما تتم في مرض الموت و ذلك بأحكام المواد: 776، 408، 409 من القانون المدني و المادتين 204، 215 من قانون الأسرة.

و بالمقابل فإن خلو العقد من شروط القرينة القانونية لا يصح دليلا لنفي الوصية المستترة، و على القاضي التحقق من توفر شروطها حسب ظروف و ملابسات الدعوى القضائية غير

¹ سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، دون سنة، ص 29.

² توفيق حسن فرج، الوجيز في عقد البيع، الدار الجامعية، 1988، ص 23.

³ تنص المادة 340 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم على ما يلي: "يترك لتقدير القاضي إستنباط كل قرينة لم يقررها القانون و لا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة"، فللقرينة القضائية عنصرين: مادي و هو الواقعة التي يختارها القاضي، و معنوي: هو الإستنباط، و بالتالي القرينة القضائية هي تحويل للإثبات من محل إلى آخر لأن إثبات المحل الأول صعب عن طريق الإثبات المباشر، عبد الرحمان ملزي، محاضرات في طرق الإثبات في المواد المدنية و التجارية، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 22، السنة الأولى 2011-2012.

الفصل الأول: أساس حماية الورثة في الوصية و التصرفات الملحقة بها.

متقيد بما ورد في العقد حيث يجوز الإثبات بكافة الطرق، و لتوضيح هذه المسألة يجب التفرقة بين صورية العقد و التحايل على نظام الإرث:

فالصورية هي تعمد المتعاقدان إخفاء حقيقة التصرف بإظهار تصرف آخر يخفي التصرف الحقيقي مختلفا عنه و له شروط مستترة هي التي إتجهت إليها إرادة المتعاقدين.

أما التحايل على نظام الإرث فيكون بغير صورية أي أن شروط العقد ظاهرة غير مستترة كالهبة مع الإحتفاظ بالحياة¹ و يكون عبئ الإثبات على الورثة و ذلك بكافة طرق الإثبات على أساس وجود غش أو تحايل على أحكام القانون.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تكييف التصرفات القانونية

في حالة إبرام المتعاقدين تصرف يكون ساترا للوصية فإن سلطة القاضي تظهر جليا في تكييف هذا التصرف و ذلك حماية للورثة، و يتضح ذلك من خلال التعرف على نية المتعاقدين بتطبيق أحكام المادتين: 111 و 112 من القانون المدني.

و التفسير هنا مسألة موضوعية لا يخضع فيها القاضي إلى رقابة المحكمة العليا ما دام قد التزم بقواعد التفسير، إلا أن رقابة المحكمة العليا تقوم على مدى إحترام القاضي لهاته القواعد الواردة بالمادتين 111 و 112 من القانون المدني و التي جاء فيها: "عدم الإنحراف على عبارات العقد الواضحة و كذا قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين".

و بعد إستخلاص القاضي لنية و إرادة المتعاقدين بعد تكييف التصرف و إعطائه التصرف القانوني المناسب يسقط عليه نص القانون، و لا يتقيد القاضي بتكييف الأطراف، و عليه إذا تعمد المتعاقدين إعطاء تصرفهما شكلا مخالفا للظاهر قصد التحايل على أحكام القانون و ذلك بستر الوصية في شكل تصرف منجز مثلا، فللقاضي حينها إعادة تكييف الوقائع بما يراه مناسبا بنص القانون و ليس بما يدعيه الأطراف و ذلك بالنظر إلى ملابسات القضية و القرائن و الأدلة المقدمة له.

¹ محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005 ص 7.6.

الفصل الأول: أساس حماية الورثة في الوصية و التصرفات الملحقة بها.

و التكيف عملية قانونية من صميم صلاحيات القاضي حتى يتسنى له التطبيق السليم لأحكام القانون على التصرف سواء كانت هذه الأحكام أمرة أو مكملة، و القاضي في ذلك يخضع لرقابة المحكمة العليا، فهو بصدد مسألة قانونية محضة لأنه يترتب على التكيف آثار قانونية إذ أنه يطبق القانون على الواقع و تطبيق القانون من المسائل القانونية.¹

فأثار تكيف التصرف على أنه وصية تتمثل في تطبيق أحكام الوصية عليه من حيث عدم جواز الإيضاء بأكثر من الثلث، و عدم جواز الإيضاء لوارث و توقف ما خالف ذلك على إجازة الورثة و عليه قضت المحكمة العليا في قرار صادر بتاريخ 2002/04/24 على أن "القرار الذي قضى بإبطال عقد هبة في مرض الموت أن يقضي باعتبار العقد وصية و يستفيد منها الموهوب له في حدود ما سمح بذلك موضوع الوصية".²

المطلب الثاني: حماية الورثة من تصرفات المريض مرض الموت.

قد يمر الإنسان أثناء حياته بفترة يغلب عليها المرض حيث يشعر خلالها أنه يقرب إلى الهلاك و تعرف هاته الحالة فقها و قانونا بمرض الموت، قد يبرم فيها الشخص تصرفات سواء لوارث أو غيره و قد نظم المشرع أحكام هذه التصرفات في هاته الفترة بالمواد: 408، 776 من القانون المدني و كذا المادة 204 من قانون الأسرة، و ذلك حماية لورثة المريض و مراكزهم المالية.

و عليه سنوضح مفهوم مرض الموت في الفرع الأول، بعدها نبين أساس تقييد تصرفات المريض مرض الموت في فرع ثاني.

الفرع الأول: مفهوم مرض الموت.

بالرجوع إلى أحكام القانون نجد أن المشرع الجزائري لم يعرف لنا مرض الموت لكنه إكتفى بتحديد التصرفات الصادرة خلاله إلا أنه فتح لنا باب أحكام الشريعة الإسلامية فيما نص فيه

¹ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للإلتزامات، العقد و الإدارة المنفردة، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر، 2004، ص 306.

² أنظر قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، صادر بتاريخ 2002/04/24، ملف رقم 229397، المجلة القضائية العدد الثاني 2002، ص 387.

الفصل الأول: أساس حماية الورثة في الوصية و التصرفات الملحقة بها.

عملا بنص المادة 222 من قانون الأسرة، لذا سنعتمد على ما جاء في الفقه الإسلامي و هناك عدة تعريفات لمرض الموت منها:

❖ أن مرض الموت هو الذي يغلب فيه خوف الموت، و يعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجا عن داره إن كان من الذكور، و عن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث و يموت على ذلك الحال قبل مرور سنة، سواء كان صاحب فراش أو لم يكن.¹

❖ و يعرفه البعض أنه المرض الذي يتحقق فيه أمران أحدهما أن يكون مرضا من شأنه أن يحدث الموت غالبا، و ثانيهما أن يموت الشخص بالفعل موتا متصلا به.²

❖ و التعريف الراجع لمرض الموت في الفقه الإسلامي هو أنه: "المرض الذي يغلب فيه الهلاك و يعجز الشخص عن القيام بمصالحه، و يتصل به الموت فعلا، و لو كان المريض قد توفي بسبب آخر كحادث مثلا ما دامت وفاته قد وقعت في أثناء هذا المرض".

من خلال هذه التعريفات الفقهية المختلفة نستنتج في مرض الموت أمرين لا نكون بصددنا من دونهما و هما:

❖ أن يكون مرضا يحدث منه الموت غالبا.

❖ أن يموت الشخص بالفعل موتا متصلا به.

فلا نكاد نجد إختلافا بين الفقهاء في أن هذين الأمرين لا بد من تحقيقهما لكي يتحقق وصف الشخص بأنه مريض مرض الموت، و رغم إختلاف هذه التعريفات في عباراتها إنما يدور حول الأمارات و الأوصاف الظاهرة التي يتبين بها مرض الموت، و لكن المعنى المقصود في

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي ترد على الملكية _ البيع و المقايضة _ المجلد الرابع، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ص 313.

² الإمام محمد أبو زهرة، أحكام التركات و المواريث، مرجع سابق، ص 07.

الفصل الأول: أساس حماية الورثة في الوصية و التصرفات الملحقة بها.

مرض الموت هو أن يكون المريض في حال يغلب فيها الهلاك و يتوقعه، و تكون تصرفاته لخوف الموت المرتقب.¹

أما بخصوص الاختلاف الذي وقع بين الفقهاء حول تحديد المرض الذي من شأنه إحداث الموت غالباً، فمنهم من يرى أنه المرض الذي يلزم صاحبه فيه الفراش و منهم من يرى أنه المرض الذي يعجز الشخص فيه عن أداء مصالحه.

و يرى الإمام أبو زهرة أن مرض الموت الذي يكون فيه الشخص في حال يغلب فيها الهلاك و أن يتوقع هو ذلك فيتصرف تصرفات يحكمها خوف الموت القريب.²

و يستخلص مما تقدم من تعريفات أن هناك ثلاث شروط³ و يجب توافرها حتى نقول أننا أمام حالة مرض الموت و هي:

أولاً: أن يقعد المريض عن قضاء مصالحه:

مفاد هذا الشرط أن يجعل المرض المريض عاجزاً على قضاء مصالحه العادية المألوفة، و هي المصالح التي من العادة أن يقوم بها و هو في صحته كالعامل، و كذا عن قضاء الحوائج المنزلية.

و لا يشترط ليكون المرض مرض موت أن يقعد صاحبه الفراش، فقد لا يلزمه إياه و يبقى مع ذلك عاجزاً عن قضاء مصالحه.

و قد يكون الإنسان عاجزاً عن قضاء مصالحه دون أن يكون سبب ذلك المرض، فلا يعتبر في مرض الموت، فمن كان كذلك بسبب الشيخوخة فيكون لتصرفاته حكم تصرفات الأصحاء، و كذا من يحترف حرفة شاقة يقعه مرضه عنها دون أن يعجزه عن مباشرة المألوف من الأعمال بين الناس.

¹ محمد بن أحمد تقيية، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003، ص 114.

² الإمام محمد أبو زهرة، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، بيروت، بدون سنة، ص 314.

³ العربي زنتو، مرجع سابق، ص 65.

الفصل الأول: أساس حماية الورثة في الوصية و التصرفات الملحقة بها.

ثانيا: أن يغلب في المرض خوف الهلاك.

مفاد هذا الشرط أن يغلب على المرض خوف الموت، فليس كل مرض يغلب فيه الهلاك، فتستبعد الأمراض التي يشفى منها المريض عادة و الأمراض البسيطة حتى و إن أقعدت المريض عن قضاء مصالحه أو أدت به إلى الوفاة، لأن هذه الأمراض لا يغلب فيها الهلاك و إنما يغلب فيها الشفاء فتأخذ تصرفاته في هذه الحالة حكم حالة الصحة، كما تستعيد أيضا الأمراض المزمنة إذا طالبت بحيث يطمئن المريض إلى إبتعاد خطر الموت العاجل مثل: (مرض السكري، الروماتيزم)¹ و حتى نعتبر المرض مرض موت يجب أن يكون مرضا خطيرا من الأمراض التي تنتهي بالموت عادة أو أن يبدأ المرض بسيطا ثم يتطور بسرعة حتى تسوء حالة المريض و تكون نسبة شفائه ضئيلة.

ثالثا: أن ينتهي المرض بالموت فعلا

مفاد هذا الشرط أن ينتهي المرض بالموت مباشرة دون أن تفصل بينهما فترة الصحة، سواء كان الموت بسبب ذلك المرض أو لسبب آخر و يجوز لمن له مصلحة أن يطعن في تصرف المريض خلال فترة مرضه و التي إنتهت بوفاته على أنه تصرف في مرض الموت، أما إذا برىء منه كان حكم تصرفه هو حكم تصرف الأصحاء.²

و يتجه الرأي الغالب في الشريعة الإسلامية إلى أنه يشترط وفاة المريض قبل سنة من بدء المرض، أما إذا مضى أكثر من هذه المدة على بدء المرض و لم يميت المريض لم يعتبر مريضا مرض الموت و لو كان المرض من الأمراض المزمنة، لأن القاعدة في هذه الأمراض أنها لا تعتبر للوهلة الأولى مرض موت إذا طالبت دون أن تشتد بحيث يطمئن المريض إلى أنه لم يعد هناك خطر داهم و لم يعد يغلب خطر الموت العاجل، لكن إذا أشدت المرض و أزداد و ساءت حالة المريض حتى أصبحت تنذر بدنو أجله و أنتهت بالموت فعلا فيعتبر مرض موت

¹ خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الرابع، عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 246.

² العربي زنتو، مرجع سابق، ص 65.

الفصل الأول: أساس حماية الورثة في الوصية و التصرفات الملحقة بها.

من الوقت الذي إستند فيه حتى و لو بقي مشتدا أكثر من سنة، و لم يمت إلا بعد إنقضائها و هذا لتولد الشعور في نفسه بأنه مهدد بالموت في أي وقت.

و يلاحظ أن المحكمة العليا لم تأخذ بشرط وفاة المريض خلال سنة و نستنتج ذلك من قرارها الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1993/11/23.¹

و بالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا المتعلقة بالتصرفات في مرض الموت فإن العديد منها يشير إلى وقوع التصرف في مرض الموت دون إعطاء تعريف دقيق له، بإستثناء بعض القرارات كالقرار الصادر عنها بتاريخ 1984/07/09 حيث قضت بأنه "من المقرر فقها و قضاء أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا و يجر إلى الموت و به يفقد المتصرف وعيه و تميزه"²

غير أنه يؤخذ على هذا التعريف أنه يخرج عن الإطار الذي رسمه فقهاء الشريعة الإسلامية لمرض الموت من حيث كونه لا يؤثر على أهلية المريض و تميزه.

الفرع الثاني: إثبات مرض الموت

مرض الموت كما سبق تعريفه عن حالة يغلب فيها الهلاك و يتصل بها الموت، و من شروطه أن يقعد المريض عن قضاء مصالحه و غلبة الموت فيه و إنتهائه فعلا، لذلك فكل هذه الأمور موضوعية تقيم في نفس المريض حالة نفسية بأن يوشك على الموت، لذلك فإن ضبطها يستلزم الإسترشاد بهذه العلامات المادية للوقف على الحالة النفسية للمريض و التي يعتبر فيها حكم المريض مرض الموت و ما يلحق بها من الأوصياء من وصف كالمحكوم عليه بالاعدام،³ و بإعتبار مرض الموت مجرد واقعة مادية فإنه يثبت بكافة وسائل الإثبات منها البينة و

¹ أنظر قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1993/11/23، ملف رقم 96675، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001، ص 302.

² أنظر قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 1984/07/09 ملف رقم 33719، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد الثالث 1989.

³ عامر رشاد السيد ابراهيم، تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري مقارنة بالشريعة الإسلامية و القوانين الأخرى، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر، الجزائر، 1989، ص 41.

الفصل الأول: أساس حماية الورثة في الوصية و التصرفات الملحقه بها.

القرائن و شهادة الشهود، إلا أن خاصية هذه الواقعة و إتصالها بمسائل صحية و طبية لابد فيها من رأي خبرة تدونه شهادة طبية و هو أكثر ما يثبت به، لأنها دالة على حالة المرض في أواخر أيام المريض.

أما عن عبء الإثبات فلا تختلف قاعدة إثبات مرض الموت عن القاعدة العامة في الإثبات، التي تقضي بأن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي طبقاً لأحكام الفقه و القانون، و على هذا الأساس يتعين على صاحب المصلحة سواء كان دائن أو وارث أن يثبت أن المريض كان في حالة مرض الموت حتى يتم الطعن في تصرفات مورثهم بجميع الطرق القانونية.

الفرع الثالث: العلة في تقييد تصرفات مرض الموت

إضافة إلى الأسس العامة لتقييد تصرفات المورث و إعتبارها وصية في بعض الحالات كما سبق ذكرها، فإن علة تقييد التصرفات الصادرة في مرض الموت ترجع إلى منع الإضرار بالورثة لتعلق حقهم بأموال المريض من وقت المرض حتى يتحصل الورثة على حقهم في الثلثين من التركة، و لقد جاء في الفقه الإسلامي أن حق الورثة يتعلق بأموال مورثهم لا من وقت موته فحسب بل من وقت المرض الذي يموت فيه بإعتبار أن حقهم في التركة يثبت بالموت¹.

فالمريض بحلول مرض الموت به يجعله يعتقد دنو أجله، و إذا تبرع بماله أو تصرف فيه فهو يقصد إنتقال أمواله إلى غيره بعد موته لا فترة مرضه و لا يستطيع الشخص أن ينقل ماله بإرادته في هذه الحالة إلا عن طريق الوصية.

و قد أكد الفقهاء أن حق الورثة في الخلافة حال مرض على أنه حق ثابت، رغم إختلافهم في تكييفه فمنهم من إعتبره حق ملكية كامل يثبت بمجرد المرض، و منهم من إعتبره حق ملكية يكون لهم عند الموت لكن يستند إلى وقت بدء المرض، و يذهب آخرون إلى إعتباره حق خلافة أو إرث و ليس حق ملكية، و رغم هذا الإختلاف إلا أننا نتفق على أنه حق يقيد تصرفات المريض، إلا أنه يجب التفرقة بين الحقوق التي تتعلق بمال المريض و هي حسب الترتيب الآتي:

¹ محمد بن احمد تقيية، مرجع سابق، ص 123.

الفصل الأول: أساس حماية الورثة في الوصية و التصرفات الملحقة بها.

- 1- حق المريض نفسه الذي تعلق بقضاء مصالحه و حاجاته الخاصة كأجرة الطبيب و شراء الدواء و مستلزمات العلاج فهذه التصرفات حائزة و تخرج عن دائرة المنع.
- 2- حق الدائن إذا كان على المريض دين سواء إستغرق كل أموال المريض أو بعضها.
- 3- حق الورثة يتمثل في ثلثي أموال المريض الخالي من الديون يجب الإشارة إلى أن تصرفات المريض مرض الموت لا ينظر فيها إلا بعد وفاته، فإن كانت تمس بحق الورثة فلهم الاعتراض عليها و يتم ذلك بتحقق السبب المنشئ لهذا الحق و هو الوفاة المتصلة بمرض الموت إلا إذا شاب إرادته عيب أو فقد أهليته.

كما يجب الإشارة أيضا إلى أن تقييد تصرفات المريض مرض الموت لا يرجع إلى نقص أو إنعدام في الأهلية، و لا عيب في الإرادة بإعتبار أن مرض الموت ليس من أسباب نقص الأهلية أو فقدانها و ليس عيبا من عيوب الإدارة حسب أحكام القانون المدني إلا إذا فقد المريض تمييزه فإن تصرفاته تخضع للأحكام العامة التي نص عليها القانون المدني و بالتالي تكون باطلة.¹

¹ العربي زنتو ، مرجع سابق، ص.74.

الفصل الأول: أساس حماية الورثة في الوصية و التصرفات الملحقة بها.

خلاصة الفصل الأول:

مما سبق نلاحظ أن المشرع الجزائري أخذ بمبادئ الفقه الإسلامي المختلفة لصياغة أحكام قانونية توفر الحماية و تكفل حقوق الورثة، فإذا كان تقييد حرية الإيضاء و تصرفات المريض مرض الموت لصالح الورثة و الدائنين لتعلق أموالهم بمال مورثهم، فإن إندفاع الأشخاص إلى التحايل على أحكام القانون لتجاوز هذا التقييد، جعل منا لزوما الوقوف على دراسة أحكام تصرفات المريض مرض الموت، لا سيما في غياب التطرق التفصيلي لجميع التصرفات في القانون المدني الجزائري.

كما أنه وجب علينا تحليل تلك الوسائل القانونية التي إعتدها المشرع لرد التحايل على حرية الإيضاء و التصرف في مرض الموت، و قياس تلك المعالجة على الحياة العلمية التي بها نقائص نبينها في حينها، و نسعى إلى سنها و معالجتها.

الفصل الثاني

تصميم واجاز مكتبة عون للتعليم

الفصل الثاني: التصرفات الساترة للوصية و أحكامها:

لما كانت حرية الإيصاء مقيدة كما سبق و ذكرنا، إذا أنها لا تجوز للوارث حتى في حدود الثلث إلا بإجازة الورثة طبقا لأحكام نص المادة 189 من قانون الأسرة، و أنها لا تجوز للأجنبي في حدود الثلث و ما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة طبقا لأحكام نص المادة 185 من قانون الأسرة، و أن مرض الموت يسبب تعلق حق الورثة بمال المورث من وقت نزول المرض به، و هذا التقيد المزدوج يدفع ببعض الأشخاص إلى التحايل على أحكام القانون فيلجؤون إلى إضفاء صفة المعاوضة على التصرف الحقيقي التبرعي في مرض الموت، و قد يعتمد الشخص القيام بتصرف عند تمتعه بكامل صحته كأن يتصرف لأحد ورثته أو لغيره و يستثني بطريقة ما الإنتفاع بالشيء و حيازته مدى الحياة.

لذا فإن المشرع أقام قرائن قانونية لحماية لمصلحة الورثة و الغير و منع التحايل على القانون سواء تعلق الأمر بالتصرفات المبرمة في مرض الموت أو التصرفات لوارث مع الإحتفاظ بحيازة العين و الإنتفاع بها مدى الحياة.

و قد إرتأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، نخصص المبحث الأول لدراسة أحكام التصرفات لوارث مع الإحتفاظ بالحيازة و الإنتفاع مدى الحياة و قواعد الإثبات المتعلقة بها.

المبحث الأول: التصرفات الساترة للوصية في مرض الموت

جاء في نص المادة 776 من القانون المدني الحكم العام في تصرفات المريض مرض الموت، و قد أحاط هذه التصرفات بقواعد محددة في إثباتها سواء بنص هذه المادة أو غيرها. إلا أن المشرع لم يكتف بذلك فخص بعض التصرفات المبرمة في مرض الموت بقواعد خاصة بها كالبيع طبقاً للمادتين: 408 و 409 من القانون المدني، أو الهبة في المادة 204 من قانون الأسرة.

رغم ذلك نجد أن المشرع لم يوضح بصفة صريحة أحكام بعض التصرفات الأخرى التي تؤثر على حقوق الورثة شأنها شأن الهبة و البيع.

إلا أنه و بتحليل بعض النصوص القانونية و قرارات صادرة عن المحكمة العليا المتعلقة بها يمكن إلحاقها بالحكم العام، و من أهم هذه التصرفات الوقف، الإبراء، الإقرار، لذلك سنتوقف عند هذه التصرفات بإيجاز عند دراستنا لعقد البيع و العقود التبرعية في مرض الموت.

و بناء على ما سبق سنتطرق في المطلب الأول من هذا المبحث إلى الحكم العام لتصرفات المريض مرض الموت، و نتناول في مطلب ثاني الأحكام الخاصة ببعض التصرفات في مرض الموت.

المطلب الأول: الحكم العام لتصرفات المريض مرض الموت

يلجأ المريض مرض الموت إلى تفضيل بعض الورثة بإعطاء تصرفه الضار بحق الورثة أسماء ينجز بها عمله القانوني، فإذا كانت حرية الإيحاء و تصرفات المريض مرض الموت مقيدة لصالح الورثة و الدائنين لتعلق أموالهم بمال مورثهم¹، فإن إندفاع الأفراد للتحايل على أحكام القانون ضد هذا التقييد هو ما جعل ضرورة وضع وسائل قانونية لرد هذا التحايل و حماية للورثة و الدائنين، لذلك فالوصية يجب أن تأخذ حكمها مهما حاول المورث سترها بإعطائها أي

¹ عبد المنعم فرج صدة، شرح القانون المدني الأردني، أسباب كسب الملكية، الجزء الثاني، مكتبة دار الثقافة، الأردن، 1974، ص 842.

الفصل الثاني: التصرفات الساترة للوصية و أحكامها:

إسم تصرف آخر منجز حال الحياة و التي هي تصرفات لا يمكن الطعن فيها، و مثل هذا التحايل لا يقره المشرع فوضع من القواعد ما يكشف عن حقيقة هذا التصرف، و هذا ما جاء به في نص المادة 776 من القانون المدني التي تعتبر الأساس الذي وضعه المشرع لجميع التصرفات في مرض الموت حيث بين فيها خضوع مثل هذه التصرفات لحكم الوصية و هو ما نتناوله في فرع أول، و في فرع ثاني نتناول تقدير الحكم العام في تصرفات المريض مرض الموت.

الفرع الأول: خضوع التصرف في مرض الموت لحكم الوصية

إنطلاقاً من أحكام نص المادة 776 من القانون المدني بنصها على أن: "كل تصرف قانوني يصدر عن الشخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر مضافاً إلى ما بعد الموت، و تسري عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف.

و على ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم و هو في مرض ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، و لا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً.

إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت، أعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع، ما لم يثبت من صدر منه التصرف خلاف ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه".

هذا النص يتصف بالعمومية فكلمة "التصرف" تسع للتبرعات و المعاوضات، و بالتالي فإن النص يسري على البيع المنطوي على تبرع و كذا الهبة و الوقف و الإبراء.... إلخ.¹

الملاحظ لهذا النص يستنتج أن المشرع الجزائري وضع قاعدة عامة في تصرفات المريض مرض الموت، و كل تصرف يصدر في مرض الموت و يكون القصد به التبرع فإنه يعتبر وصية و تسري عليه أحكامها لكن بتحقق شرطين و هما: وقوع التصرف في مرض الموت و الصفة التبرعية للتصرف.

¹ زهدور محمد، مرجع سابق، ص 138.

الفصل الثاني: التصرفات الساترة للوصية و أحكامها:

أولاً: وقوع التصرف في مرض الموت

أي أن يبرم المريض مرض الموت تصرفه القانوني خلال فترة مرضه، أي كانت تسمية التصرف، المهم أن المتصرف قصد به التبرع فيعتبر تبرعاً مضافاً إلى ما بعد الموت، و على الورثة إثبات أن هذا التصرف المبرم من طرف مورثهم قد تم أثناء فترة مرضه مرض الموت و ذلك بكافة طرق الإثبات كما سبق ذكره آنفاً.

ثانياً: أن يكون التصرف بقصد التبرع

بالرجوع إلى الفقرة الأولى من نص المادة 776 من ق.م.ج نجد أن العبرة بالقصد و ليس بظاهر العقد أو شكله، و المعروف أن هذه المسألة خاضعة لسلطة و تقدير قاضي الموضوع، لكن إذا كان التصرف في ظاهرة معاوضة و إدعى أحد الورثة أنه تبرع و أثبت ذلك سرت على التصرف أحكام الوصية و لا تسري عليه أحكام المعاوضات التي تبرم في مرض الموت.

و لكي يثبت الورثة أن التصرف عبارة عن تبرع فقد وضع المشرع قرينة في الفقرة الثالثة من المادة 776 من ق.م.ج، حيث خفف على الورثة عبء إثبات قصد التبرع، إذ يكفيهم إثبات أن التصرف قد صدر من مورثهم و هو في مرض الموت ليعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع، و على المتصرف له نقض هذه القرينة بإثبات عكس ما يدعيه الورثة¹ إذ يجوز لهم إثبات أن العقد معاوضة و أنه دفع المقابل فيكون التصرف نافذاً في حق الورثة متى كان المقابل معادلاً لما أخذه، أما إذا كان أقل مما أخذه فإن ما زاد عن قيمة المقابل _ القدر المحابى به _ يأخذ حكم الوصية.²

¹ حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 65.

² زهدور محمد، مرجع سابق، ص 141-142.

الفصل الثاني: التصرفات الساترة للوصية و أحكامها:

الفرع الثاني: تقدير الحكم العام في تصرفات المريض مرض الموت

بالرجوع إلى الفقرة الثانية من نص المادة 776 من القانون المدني بنصها على أنه: "لا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً"، من هنا نجد أن النص غير دقيق لأنه يقضي بأنه لا يحتج على الورثة بتاريخ العقد _المحرر العرفي_ إذا لم يكن ثابتاً، و يكون لهم إثبات العكس بكافة الطرق لأنهم يثبتون واقعة مادية هي الغش المتمثل في تقديم التاريخ الذي ادعى الورثة أن الورقة العرفية تحمل تاريخاً معيناً هي ورقة لا تحمل التاريخ الحقيقي.¹

إن تاريخ المحرر العرفي ليس حجة ضد الورثة، فيعتبر غير موجود و بالتالي يكون التصرف صادر في مرض الموت، و ليس على الورثة إثبات عدم صحة هذا التاريخ، أي أنهم يعتبرون من الغير في مفهوم نص المادة 328 فقرة 01 من القانون المدني و التي تنص على ما يلي: "لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، و يكون تاريخ العقد ثابتاً من يوم تسجيله، من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام، من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص من يوم وفاة حد الذين لهم على قيد العقد خط و إمضاء...".

نلاحظ أن هذا النص يتعارض مع نص المادة 776 من القانون المدني في نهايته، و لكن كان صحيحاً في إلزام الورثة بإثبات عدم صحة التاريخ أي أن الورثة لا يعتبرون من الغير بالمعنى الوارد في نهاية النص، لذلك كان النص صحيحاً و هو ما قصده المشرع، أما عيب الصياغة فيتلخص في نهايته التي جاءت مناقضة له فهي غير سليمة و تجاوزت قصد المشرع.

المطلب الثاني: الأحكام الخاصة ببعض التصرفات في مرض الموت.

إنطلاقاً من الحكم العام للتصرفات في مرض الموت خص المشرع بعض التصرفات بنصوص خاصة أورد فيها أحكاماً خاصة كالبيع في مرض الموت، أو بنصوص جاءت تطبيقاً

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (أسباب كسب الملكية)، المجلد الأول، الجزء التاسع الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص 223.

الفصل الثاني: التصرفات الساترة للوصية و أحكامها:

للقواعد العامة و هذا في بعض التصرفات التبرعية و هو ما سنتناوله تباعا في فرعين نتناول في أولهما البيع في مرض الموت و ثانيهما أحكام بيع المريض مرض الموت.

الفرع الأول: البيع في مرض الموت

أورد المشرع أحكام البيع في مرض الموت بالمواد 408 و 409 من القانون المدني، حيث تنص المادة 408 على ما يلي "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 و من أجل ذلك يكون قابلا للإبطال"

فهذا الحكم ينطبق على البيع فقط، و تطبيقا للقواعد السالفة فإن تطبيق هذا الحكم يقتضي أن يثبت أولا من صدر له التصرف عكس القرينة التي نصت عليها المادة 776 فقرة 03 من القانون المدني¹ السابق بيانها بأن يثبت أن التصرف رغم صدوره في مرض الموت كان بمقابل و ليس تبرع، غير أن المشرع الجزائري على خلاف بعض التشريعات الأخرى _ كالمشرع المصري مثلا_ لم يبين هل أن البيع تم دون ثمن أصلا أو بأقل من قيمة المبيع، أو إذ كان فيه محاباة تجاوز ثلث التركة.

فالرجوع إلى القواعد العامة، إذا تم البيع دون ثمن أصلا أو تم مقابل ثمن بخس يصل إلى حد التفاهة لم يأخذ التصرف حكم البيع لمخالفته أحكام المادة 351 من القانون المدني، حيث يعتبر ركن الثمن منعدما، و بالتالي يبطل عقد البيع، و فيما عدا هذه الحالة إذا كان البيع بأقل من القيمة الحقيقية للمبيع، فإن بعض التشريعات كالقانون المصري إعتبرت البيع ساريا في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تجاوز ثلث التركة (بما فيها البيع ذاته) أما إذا جاوزته فإن البيع فيما يجاوز الثلث لا يسري في حق الورثة إلا إذ أقره أورد المشتري للتركة ما بقي بتكملة الثلثين².

¹ خليل أحمد حسن قداة، مرجع سابق، ص 248.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد التاسع، مرجع سابق، ص 224.

الفصل الثاني: التصرفات الساترة للوصية و أحكامها:

لكن القانون الجزائري لم يتضمن مثل هذا الحكم و لم يفرق بين التصرفات إعتقاد على قيمة المبيع الحقيقية و قيمة البيع بل أخضع التصرف هنا لأحكام المادة 408 من القانون المدني و التي جاءت بأحكام بيع المريض مرض الموت.

الفرع الثاني: أحكام بيع المريض مرض الموت.

أورد المشرع الجزائري أحكام البيع في مرض الموت في المواد 408 و 409 من القانون المدني حيث نص في المادة 408 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 و من أجل ذلك يكون قابلا للإبطال".

إن القارئ لهذا النص يجده ينطبق فقط على التصرف بالبيع في مرض الموت و لتطبيق هذا الحكم يجب على من صدر منه التصرف إثبات عكس القرينة التي نصت عليها المادة 766 من القانون المدني أي أنه يثبت أن العقد بيع و ليس تبرع،¹ و المشرع الجزائري فرق في أحكام نص المادة 408 من القانون المدني بين حالة البيع لوارث و البيع لغير وارث، لما أورد بالمادة 409 منه إستثناء على الحالتين و أوردت حماية للغير حسن النية.

أولا: البيع في مرض الموت لوارث:

نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 408 من القانون المدني جاء فيها أنه: "إذا باع المريض مرض الموت لوارث، فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة" و مصطلح "لا يكون ناجزا" الوارد بالمادة يدل على أن البيع يكون صحيحا و ليس باطلا، لكن موقوف النفاذ على إقرار الورثة له.

فإن أقره أصبح نافذا في حقهم من وقت إبرامه، و إن رفضوه لم ينفذ في حقهم و بقي الشيء المبيع كعنصر من عناصر التركة، و على الورثة أن يردوا إلى المشتري المبلغ الذي دفعه كضمن للمبيع.

¹ قداة خليل أحمد حسن، مرجع سابق، ص 248.

الفصل الثاني: التصرفات الساترة للوصية و أحكامها:

و إذا أقر بعض الورثة البيع و لم يقره الغير الآخر نفذ في حق من أقره بنسبة حصصهم في الميراث و لم ينفذ في حق البقية.

و ما يلاحظ هنا أن المشرع طبق على البيع لوارث في مرض الموت أحكام الوصية، حيث جعل نفاذ التصرف متوقفا على قبول باقي الورثة أي أنه ألحق البيع بأحكام الوصية بطريقة غير مباشرة.

و إقرار الورثة أو رفضهم للتصرف لا يكون معتدا به إلا إذا صدر بعد موت المورث، و لا يعتد بالإقرار السابق على الموت لأن صفة الوارث و حقه في الميراث لا تثبت إلا بعد موت المورث.

و يشترط لصحة الإقرار ما يشترط لصحة أي تصرف تبرعي آخر، فيجب أن يكون المقر بالغاً، عاقلاً، غير محجور عليه، و ذلك تحت طائلة بطلان إقراره بطلاناً مطلقاً.

كما يجب أن يكون الإقرار صريحاً، فلا يكفي السكوت أو أي تصرف آخر دليلاً على إقرار البيع الصادر في مرض الموت.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع أصاب عندما إستعمل مصطلح "إقرار" بدلاً من "إجازة"، لأن الإجازة تلحق التصرف القابل للإبطال و تصدر من أحد أطراف التصرف، و لا تلحقه إذا كان باطلاً بطلاناً مطلقاً.¹

ثانياً: البيع في مرض الموت لغير وارث

نصت الفقرة الثانية من المادة 408 من القانون المدني على ما يلي: "أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف، فإنه يعتبر غير مصادق عليه و من أجل ذلك يكون قابل للإبطال"، أي أن هذه الفقرة إعتبرت البيع الصادر في مرض الموت لغير الوارث قابل للإبطال، كونه غير مصادق عليه مما يضيفي صفة الغموض و اللبس على هذا الحكم نظراً لإختلاف النص العربي عن النسخة الفرنسية في أساس الجزاء، فالنص العربي يعتبر التصرف غير مصادق عليه و من

¹ العربي زنتو، مرجع سابق، ص 94.

الفصل الثاني: التصرفات الساترة للوصية و أحكامها:

أجل ذلك يكون قابلا للإبطال، بينما النسخة الفرنسية تنص: "يفترض أن البيع تم بدون رضا صحيح"، فطبقا للنص العربي يكون أساس القابلية للإبطال هو أن البيع غير مصادق عليه، و هذا مصطلح غريب على أحكام القانون المدني¹ لأن الأصل أن القابلية للإبطال تكون لوجود عيب في الرضا فقط.

و بالرجوع إلى الأحكام العامة للقانون المدني فإن طلب الإبطال لصالح من شاب رضاه عيب من عيوب الرضا، فإذا إعتبرنا أن رضا المريض مرض الموت قد شابه عيب فيكون له وحده حق طلب الإبطال، و هنا فإن المريض قد مات، و بما أن الورثة يعتبرون من الغير بالنسبة لتصرفات مورثهم المريض مرض الموت و لا تنفذ في حقهم، فمن غير الممكن القول أن حق طلب الإبطال إنتقل إليهم من المورث بإعتبارهم خلفا عاما له، فهم لا يعتبرون خلفا عاما بالنسبة لتصرفاته في مرض الموت، و من غير المنطق تصور طلب الإبطال من شخص ميت.

و فضلا عن ذلك فإن المذهب المالكي يعتبر الوصية لازمة نهائيا بعد موت الموصي، بحيث لا يجوز لأحد إبطالها أو تعديلها، فقد جاء عن الإمام مالك _رضي الله عنه_ أنه قال: "إذا مات الموصي لزم الوصية، و ليس لغيره أن يغير شيئا من ذلك و لا يبطله و لا يبدله بغيره".²

و الملاحظ لنص المادة 408 فقرة 02 من القانون المدني نجدها قد خالفت في أحكامها ما أجمع عليه فقهاء الشريعة الإسلامية من أن للشخص حرية التصرف بالوصية في ثلث أمواله دون أن يتوقف تصرفه في الثلث على إجازة الورثة.³

و خلاصة لما سبق ذكره نرى أن المشرع الجزائري في كثير من مواد القانون المدني و قانون الأسرة كرس جملة من الضمانات لصالح الورثة حماية لهم من الوصية المستترة يمكن تلخيصها فيما يلي:

¹ فؤدة عبد الحكيم، النظام القانوني لحماية الورثة من الوصايا المشردة دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2003، ص 128

² علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص 132

³ عامر رشاد السيد، مرجع سابق، ص 72.

الفصل الثاني: التصرفات الساترة للوصية و أحكامها:

1- في المادة 776 من القانون المدني بنصها على ما يلي: "و على ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم و هو في مرض الموت و لهم إثبات ذلك بجميع الطرق، و لا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا. إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت أعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع....".

إعتبر المشرع في هذه المادة الورثة من الغير بصدد التصرف الذي يصدر من المورث في مرض الموت، إذا أنهم ليسوا خلفا عاما في هذه الحالة و هذا خلافا للأصل العام الذي يقضي بأن يحل الوارث محل مورثه في الحقوق و الإلتزامات التي للتركة و التي عليها، فهذه ضمانات قانونية ممنوحة من طرف القانون بمقتضاها عدم سريان تصرفات المورث الضارة على حقوق الورثة.¹

2- تخفيف عبء إثبات التصرف الذي يصدر عن المورث بأنه صدر في مرض الموت، فبمجرد إثبات الورثة ذلك قامت قرينة لصالح الورثة بإعتبار هذا التصرف صادر على سبيل التبرع، ولهم كافة الطرق في الإثبات.

3- نصت عليها المادة 408 من القانون المدني الجزائري ، أنه إذا تم البيع من مريض الموت لو ارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة، فلا يضر باقي الورثة إلا بإرادتهم، أما إذا تم البيع للغير فإنه يكون قابل للإبطال من طرف الورثة، و ما عليهم سوى إثباته على أنه تم في مرض الموت بكافة وسائل الإثبات.

4- نصت عليها المادة 409 من نفس القانون على أنه للورثة الحق في تتبع العين في يد المتبرع له من طرف مورثهم المريض مرض الموت لإستيفاء حقوقهم منها، مالم يدفع المتصرف له حيازته للعين بحسن نية.²

¹ العربي زنتو، مرجع سابق، ص 97.

² العربي زنتو، مرجع سابق، ص 98.

الفصل الثاني: التصرفات الساترة للوصية و أحكامها:

5- ضمانة واردة بنص المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري و التي ألحقت بعض الحالات بمرض الموت، و هذا ما يفهم من النص الفرنسي للمادة، و التي ذكرت أن الهبة المبرمة من طرف شخص خلال مرض تسبب في موته، أو المصاب بمرض خطير أو الموجود في وضعية خطيرة تعتبر وصية.¹

فالمشرع في هذه المادة وسع من نطاق مرض الموت إذ ألحق الأمراض الخطيرة و الحالات المخيفة بمرض الموت، ضمانا لحماية الورثة.

ثالثا: حماية الغير حسن النية

قد يقوم المشتري من المريض مرض الموت بالتصرف في المبيع الذي إنتقل إليه بإعادة بيعه إلى شخص آخر، فإذا أستعمل الورثة حقهم طبقا لنص المادة 408 من القانون المدني فإن هذا البيع لا ينفذ في حقهم فيما لا يتجاوز الثلث إلا بإقرار منهم و هذا ما سيهدد مركز الغير لذا جاء المشرع بنص المادة 409 من القانون نفسه بنصها على ما يلي: "لا تسري أحكام المادة 408 على الغير حسن النية إذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشراء".

فالمشرع بنص هذه المادة حمى الغير حسن النية من الورثة الذين يطالبون بعدم نفاذ ما تجاوز الثلث من التركة لكن بشرطين:

❖ أن يكون الغير قد كسب العين بعوض: فإذا لم يكسب الغير المبيع بعوض فإن الورثة أولى بالحماية و ذلك لإتسام فترة المرض بالشك و الريبة، و إذا كان المبيع عقارا و جب توثيقه و شهره²، و لا يكفي إثبات أن التصرف قد تم على سبيل المعاوضة بل يجب أيضا أن يثبت أن المقابل يعادل قيمة الشيء المتصرف فيه.³

¹ علاوة بوتغرار، التصرفات الملحقة بالوصية في التشريع الجزائريين، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود و المسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، سنة 2001/2000، ص 63.

² أنظر المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني و المواد 15 و 16 من الأمر 75،74 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري، ج.ج.ج عدد92، سنة 1975.

³ محمودي عبد العزيز، مرجع سابق، ص 98.

الفصل الثاني: التصرفات الساترة للوصية و أحكامها:

أما إذا كان المتصرف له _الغير_ قد تصرف في العين تبرعا فيكون للورثة تتبع العين في يد الغير ما لم تكن العين منقولا حازه المتبرع فيكون له حسن النية إذ يصبح مالكا لها بمقتضى الحيابة.

❖ أن يكون الغير حسن النية: فتبعا لنص المادة 409 من القانون المدني الجزائري يشترط في الغير أن يكون حسن النية أي المشتري الثاني الذي لا يعلم تلك المحاباة الواقعة بين من باعه و بين المريض، و العلم يكون عن الشراء و ليس بعده، أما إذا علم أن المريض حين تصرف بالبيع كان في مرضه فهنا يعتبر سيء النية و لا تمنح له حماية.¹

الفرع الثالث: التصرفات التبرعية الصريحة في مرض الموت

تطبيقا لأحكام المادة 776 من القانون المدني الجزائري فإن كل تصرف بنية التبرع يأخذ حكم الوصية، فمن باب أولي أن التصرفات التبرعية الصريحة تأخذ نفس الحكم، و تشيع في الحياة العملية تلك التصرفات التبرعية التي يجريها المريض كالهبة، الوقف، الإبراء و الإقرار و غيرها من التصرفات التي تلحق بها، لذا نحاول تفصيل ذلك مع توضيح الأحكام الخاصة بكل تصرف منها.

أولا: الهبة في مرض الموت

إنطلاقا من تعريف الهبة على أنها تملك بلا عوض حال الحياة، فهي تتفق مع الوصية كونها تملك بلا عوض، و تختلف عنها في الشروط و الأحكام، فالهبة تملك في الحال²، و الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت، و يصح أن يحتفظ الواهب بالانتفاع بالعين من غير أن يتحول العقد إلى وصية.

أما عن المشرع الجزائري فقد عرفها بنص المادة 202 من قانون الأسرة بنصه على أن: "الهبة تملك بلا عوض و يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشرط".

¹ محمودي عبد العزيز، نفس المرجع، ص 100.

² عبد الحكيم فؤدة، مرجع سابق، ص 17.

الفصل الثاني: التصرفات الساترة للوصية و أحكامها:

أما عن الفقه الإسلامي فرق بين ما إذا كان الواهب صحيحا أهلا للتبرع، فجاز له أن يهب ماله كله أو بعضه لمن يشاء سواء كان أصلا له، أم فرعا، أم قريبا، أم أجنبيا عنه، و لو مخالفا لدينه، و بين الهبة في حال المرض، فقال جمهور العلماء أنها في حدود الثلث تشبيها بالوصية، و قالت طائفة أن الهبة تخرج من رأسماله إذا مات، و لا خلاف بينهم أنه إذا شفي من مرضه فهبته صحيحة، و يرجع قول الجمهور في هذه المسألة أي أنه إذا كان مريضا مرض الموت تعطى لهبته حكم الوصية.¹

و بوصف الهبة تملিকা بلا عوض كانت من أشد التبرعات الضارة بالمتصرف ضررا محضا، لذا أحاطها المشرع الجزائري بظوابط هامة، لا سيما ما تعلق بأهلية المتبرع، فإذا كان الواهب أهلا للتبرع من غير المرض جاز له أن يصب شرعا و قانونا كل ماله لمن يشاء، وارثا كان أم أجنبيا طبقا لأحكام المادة 205 من قانون الأسرة.

حكم الهبة في مرض الموت:

الهبة في مرض الموت، أعطها المشرع حكم الوصية بنص صريح في أحكام المادة 204 من قانون الأسرة و التي جاء فيها "الهبة في مرض الموت، و الأمراض و الحالات المخيفة، تعتبر وصية"، و بهذا قال جمهور الفقهاء.²

و قد جاءت المادة 204 من قانون الأسرة تكريسا في الحقيقة لما نصت عليه أحكام المادتين 776 و 777 من القانون المدني.

و يستخلص من المادة 776 أن التصرف الذي يصدر من المورث في مرض الموت، و يكون مقصودا بالتبرع، يعتبره القانون تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت أي وصية مستترة و بالتالي تسري عليه أحكامها، و غرض المشرع من ذلك هو حماية الورثة آثار هذا التصرف.³

¹ ابن رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، الجزء الثاني، دون سنة نشر.

² العربي زنتو، مرجع سابق، ص 104.

³ محمد بن أحمد تقيّة، مرجع سابق، ص 124-125.

الفصل الثاني: التصرفات الساترة للوصية و أحكامها:

و ما كرس هذه النصوص مجموعة من القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا
أين أعتبرت الهبة في مرض الموت في حكم الوصية منها:

◀ . القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية و المواريث بتاريخ 16/03/1999¹

◀ . و القرار الصادر عن نفس الغرفة بتاريخ: 21/02/2001.²

وقد أكدت المحكمة العليا على ان القضاء بإبطال الهبة في مرض الموت دون مراعاة
المبدأ القانوني الذي يعتبرها وصية ويستفيد منها الموهوب له في حدود ما يسمح به بذلك موضوع
الوصية يعد مخالفة للقانون كما جاء في قرارها المؤرخ في 20/04/1987 جاء فيه "... من
المقرر قانونا بأن العقد العرفي للهبة هو مخالف للمادة 206 من قانون الأسرة ، ومن ثم فإن
المجلس تجاوز حدوده، وذلك بإعتبار عقد الهبة وصية وهذا لا يصح حسب قواعد الشريعة
الإسلامية ن كما ذكر الشيخ خليل في الجزء الرابع ، الصفحة 92 وما بعدها بقوله: " لا تجوز
وصية الزوج لزوجته"، وبهذا فإن قضاة الموضوع خالفوا قواعد الشريعة الإسلامية ، ومن ثم تعين
نقض القرار"³ .

و الأكثر من ذلك ذهبت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ: 13/03/1998 إلى
إعتبار الهبة وصية إستناد إلى قرينة يستخلص من خلالها إضافة الهبة إلى ما بعد الموت⁴، حيث
جاء فيه: "... ومن المقرر قانونا أن الهبة تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية ومتى تبين - في
قضية الحال - أن الهبة موضوع النزاع أقامها المرحوم لزوجته ذاكرا بأنه في حالة ما إذا وجد بعد
وفاته ورثة آخرون وشرعيون تحدد الهبة حسب القانون وهو ما يجعلها في شكل وصية مضافة

¹ أنظر قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 16/03/1999 ملف رقم 219901، الإجتهد القضائي لغرفة
الأحوال الشخصية، عد خاص 2001، ص 287.

² أنظر قرار المحكمة العليا، صادر عن غرفة الأحوال الشخصية و المواريث بتاريخ: 21/02/2001، ملف رقم
256869، المجلة القضائية، العدد الثاني، 2002، ص 428.

³ أنظر قرار المحكمة العليا، صادر عن غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، مؤرخ في 20/04/1987، ملف
رقم 45377 ، غير منشور ، أشار إليه د. العربي بلحاج ، مبادئ الإجتهد القضائي ، مرجع سابق، ص 191.

⁴ أنظر قرار المحكمة العليا، صادر بتاريخ: 13/03/1998، ملف رقم: 179724، الإجتهد القضائي لغرفة
الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001، ص 277.

الفصل الثاني: التصرفات الساترة للوصية و أحكامها:

على ما بعد الموت في حين ان الشريعة الإسلامية لا تسمح بالوصية للوارث "...، مؤسسة قرارها على أحكام الشريعة الإسلامية.

ثانيا: الوقف في مرض الموت

نضمه المشرع الجزائري في المواد 213 إلى 219 من قانون الأسرة و بعد صدور قانون التوجيه العقاري تحت رقم 90-25 المؤرخ في 18/11/1990 أحال نص المادة 32 منه مسألة تنظيم الأملاك الوقفية و تسييرها إلى قانون خاص¹، فصدر بذلك قانون الأوقاف تحت رقم 91-10 بتاريخ 27/04/1991²، أين عرف في المادة 04 منه الوقف على ما يلي: "الوقف عقد يلتزم بتبرع صادر عن إرادة منفردة"، و انقسم الوقف إلى عام و خاص.

وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فالوقف في مرض الموت يأخذ حكم الهبة ، وتطبق عليه أحكام الوصية ، إلا أن المشرع الجزائري لم ينص على الوقف في مرض الموت إلا عند تطرقه لحقوق دائني الوقف، وقد نص في المادة 32 من قانون الأوقاف على حق الدائنين طلب إبطال الوقف في مرض الموت إذا كان الدين يستغرق جميع أمواله ولكنه لم يتضمن أي حكم يتعلق بالورثة، إلا أنه بالرجوع إلى قانون الأسرة فقد نصت المادة 215 على تطبيق المادة 205 منه على الوقف بنصها على إعتبار الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة وصية.

وقد نص قانون الأوقاف في مادته 41 منه على أنه : "يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق وأن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات لها ..."، يتضح لنا من نص المادة أن الوقف في الغالب يقع على العقارات وبذلك فهو يشترط الشكلية في إبرامه ليحتج به، وبذلك فإذا مات المريض وكانت تركته مستغرقة بالديون فللدائن طلب إبطال الوقف وإستقاء دينه من ثمن الموقوف³.

¹ تنص المادة 32 من القانون 90-25 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن التوجيه العقاري المعدل و المتمم، على أن "يخضع لتكوين الأملاك الوقفية و تسييرها لقانون خاص".

² القانون 91-10 المؤرخ في 27/04/1991 يتعلق بالأوقاف المعدل و المتمم بالقانون 07/01 المؤرخ في 22/05/2001 و القانون 10/02 المؤرخ في 14/12/2002.

³ العربي زنتو، مرجع سابق ، ص 107.

الفصل الثاني: التصرفات الساترة للوصية و أحكامها:

حكم الوقف في مرض الموت:

الوقف في مرض الموت يأخذ حكم الهبة في مرض الموت و تسري عليه أحكام الوصية كما أخذ به جمهور الفقهاء، و هو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ: 1993/11/23 و جاء فيه:

"حيث ان المادتين 204 و 215 من قانون الأسرة تنص على بطلان الحبس في مرض الموت، و الحالات المخيفة و إن حالة المحبس (ع.م) الذي أقام الحبس موضوع النزاع في أوت 1987 كان يعاني منذ سنة 1985 من مرض خطير لازمه إلى يوم وفاته...¹."

و حماية للورثة من تصرفات مورثهم الماسة بحقوقهم، فإن المحكمة العليا إعتبرت في عدة قرارات لها أن عقد الحبس الذي يحرر بسوء نية قصد حرمان أحد الورثة الميراث يعد باطلا بغض النظر عن وقوعه في مرض الموت من عدمه.²

إضافة إلى ذلك فإن الوقف الخاص يشترط فيه إكتساب الموقوف عليه الإنتفاع أثناء حياة الوقف، فالواقف على النفس ثم الورثة يأخذ حكم الوصية، حيث يقول الشيخ خليل أن الواقف باطل إذا لم تتم حيازة الموقوف عليه قبل إفلاس أو موت الواقف أو قبل مرض الموت.³ و عليه إذا ظل الواقف ينتفع بالعين الموقوفة إلى حين وفاته فلا يمكن أن ينفذ الوقف الخاص إلا على أساس أنه وصية طبقا للقرينة الواردة بنص المادة 777 من القانون المدني.

¹ أنظر قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1993/11/23 ملف رقم 96675 الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001، ص 302.

² أنظر قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1999/11/16 ملف رقم 230617، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001، ص 40

³ فريدة زواوي، مقال بعنوان: (الوقف الخاص، وجهة نظر في وضعيته الحالية)، مجلة الموثق، العدد الخامس، ديسمبر 1998، ص 40.

الفصل الثاني: التصرفات الساترة للوصية و أحكامها:

ثالثاً: الإبراء و الإقرار في مرض الموت

نصت المادة 306 من القانون المدني على أنه: " تسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع" ، من خلال النص نستنتج أن حالة الإبراء في مرض الموت تسري عليها أحكام الهبة و الوقف و ذلك لتوفر نية التبرع، فإن تنازل المريض عن دينه يأخذ حكم الوصية، و إذا أبرأ المريض مرض الموت أحد ورثته من دينه و كان له ورثة آخريين فالإبراء هنا موقوف على إجازتهم سواء كان الإبراء معادل الثلث أو كان أقل أو فاقه، أما إذا كان المبرأ أجنبي عن المريض فالنظر إلى مقدار الدين المتنازل عنه، فإن لم يتجاوز الثلث فإن الزائد منه موقوف على إجازة الورثة.¹

أما عن الإقرار في مرض الموت فنلاحظ أنه لم يرد نص خاص به مما يحيلنا إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، و ذلك عملاً بنص المادة 01 فقرة 02 من القانون المدني و نص المادة 222 من قانون الأسرة و التي جاء فيها أنه: "كل ما لم يرد النص في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، و الراجع في الفقه الإسلامي أن الإقرار لأجنبي نافذ من كل المال إلا إذا وجد دليل يجعل هذا القرار أمراً سورياً، أما الإقرار للوارث بالنسبة للرأي الراجع كالإقرار لأجنبي و لا يتوقف على تصديق الورثة إلا إذا تم إثبات التبرع.

¹ عامر رشاد السيد إبراهيم، مرجع سابق، ص 135.

المبحث الثاني: التصرف لوارث مع الإحتفاظ بالحياة و الإنتفاع بالشيء

مدى الحياة

إن بعض الأشخاص و تحايلا منهم على قواعد الوصية غالبا ما يلجؤون إلى إبرام تصرفات يخفون بها تصرفهم الحقيقي و المتمثل في الوصية، و غالبا ما يتخذون من عقد البيع وسيلة لهذا التحايل، فيجعلون الوصية في مظهر عقد البيع و يذكرون في العقد ثنا سوريا لا يلتزم به المشتري في حقيقة الأمر، و بالمقابل يحتفظ البائع بحق الإنتفاع بالعين طوال حياته كما يشترط الإحتفاظ بالحياة فيمنع المشتري من التصرف في تلك العين طوال حياته، و رغم صحة هذه الشروط فمتى تثبت أنها إتخذت وسيلة للتحايل و الإفلات من القاعدة المقيدة لحرية الإيضاء و جب إخضاع التصرف لأحكام الوصية لا البيع¹، و في هذا الصدد جاء المشرع بقريئة قانونية لرد التحايل عملا بنص المادة 777 من القانون المدني، و هذه القريئة ستكون محل الدراسة و التحليل لمضمونها في مطلبين:

نتناول في المطلب الأول إخضاع التصرف لوارث مع الإحتفاظ بالحياة و الإنتفاع بالشيء لمدى الحياة لحكم الوصية و في المطلب الثاني نتطرق إلى إثبات القريئة القانونية للتصرف و تقديرها.

المطلب الأول: إخضاع التصرف لوارث مع الإحتفاظ بالحياة و الإنتفاع بالشيء

مدى الحياة لحكم الوصية.

لم يكتف المشرع الجزائري بحماية مصلحة الورثة من التصرفات الصادرة عن مورثهم حال مرض الموت و حسب، فذهب إلى أبعد من ذلك و أعتبر بعض التصرفات الصادرة من المورث و هو في كامل صحته مهما كان عمره من التصرفات التي تأخذ حكم الوصية و إن أخذت شكلا معيناً أو تسمية أخرى²، مستندا في ذلك إلى مبرر قوي بمحاربة الوصايا المستترة

¹ محمد حسن قاسم، الموجز في عقد البيع، دار الجامعة الجديدة، مصر، 1996، ص 52.

² علاوة بوتغرار، مرجع سابق، ص 101.

الفصل الثاني: التصرفات الساترة للوصية و أحكامها:

ليكون التكامل بين نصي المادتين 777 من القانون المدني و 189 من قانون الأسرة¹، لذلك وجب التعرض في فرع أول للأساس القانوني لإخضاع التصرف لحكم الوصية و في فرع ثاني ببيان شروط إخضاع التصرف لحكم الوصية.

الفرع الأول: الأساس القانوني لإخضاع التعرف بحكم الوصية.

تنص المادة 777 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يعتبر التصرف وصية و تجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته و إستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه و الإنتفاع به مدة حياته، ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك".

الملاحظ لنص المادة يجده جعل من إحتفاظ المورث في تصرفه بحيازة العين بأي طريقة كانت و بحقه في الإنتفاع بها مدى الحياة قرنية قانونية على أن التصرف وصية مستترة، فرغم أن التصرف لم يصدر من الشخص في مرض الموت، إلا أنه لم يطلقه بل قيده بأن إحتفظ لنفسه بحيازة العين و الإنتفاع بها طوال حياته.

فمثلا لو باع المورث دارا لأحد ورثته و أحتفظ بحيازة الدار و الإنتفاع بها مدى حياته، نجد أن هذا التصرف إقترب كثيرا من الوصية لأنه يجعل الوارث في منزلة الموصى له لا المشتري، لأن الموصى له لا يحق له الإنتفاع بالعين الموصى بها إلا بعد وفاة الموصي، لذلك إذا تبين أن البيع في حقيقته وصية مستترة كان منعدها بوصفه بيعا و لا يكون لتسجيله أثر و لا يرد عليه التقادم.²

و المشرع الجزائري حسم التكيف القانوني للتصرف بإعتباره وصية، فإذا نجح الطاعن في إثبات أن التصرف وصية مستترة كان التصرف موقوفا على إجازة الورثة بإعتبار أن التصرف لو ارث، فمن أجازها سرت في حقه و من لم يجزها كانت غير نافذة في حقه.

¹ "لا وصية لو ارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي"، المادة 189 من الأمر 84-11 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم، مرجع سابق.

² فؤدة عبد الحكيم، مرجع سابق، ص 183_184.

الفصل الثاني: التصرفات الساترة للوصية و أحكامها:

إن إخفاء الوصية تحت ستار تصرف منجز يعني أن المورث قد خلع على التصرف وصفا قانونيا غير صحيح، و من ثمة نكون أمام تكييف غير سليم للتصرف عن عمد، بغية التحايل على أحكام القانون و التكييف مسألة قانونية يفصل فيها القاضي من تلقاء نفسه دون التقيد بالوصف الذي خلعه أصحابه على التصرف و يخضع إلى رقابة المحكمة العليا.¹

الفرع الثاني: شروط إخضاع التصرف لحكم الوصية.

حتى تقوم القرينة القانونية² الواردة بنص المادة 777 من القانون المدني و تقاديا لبعض التصرفات الصادرة من المورث التي يقصد بها محاجاة أحد ورثته أو حرمان آخر من الميراث، إشتراط المشرع لإعمال هذه القرينة ثلاثة شروط أولها أن يتم التصرف لأحد الورثة، ثانيا أن يحتفظ المتصرف بحيازة العين المتصرف فيها مدى الحياة و ثالثا أن يحتفظ المتصرف بالانتفاع بالعين مدى الحياة، و هو ما سنوضحه تباعا.

أولا: أن يتم التصرف لأحد الورثة

حتى يسري حكم المادة 777 من القانون المدني لابد أن يكون التصرف قد تم لوarith، فإن تخلف هذا الشرط لا يمكن التمسك بالقرينة القانونية، و على من تمسك بأن التصرف وصية و ليس بيع أن يثبت ذلك بطرق الإثبات، و يعد وارثا كل شخص كانت له هذه الصفة وقت وفاة المورث و لو لم تكن له وقت التصرف، فالعبرة بوقت الوفاة³، فإذا كان المتصرف إليه وارثا وقت وفاة المتصرف حتى و إن لم يكن كذلك وقت إبرام التصرف فتطبق أحكام المادة أعلاه، على عكس ما إذا أصبح المتصرف إليه وارثا وقت التصرف ثم تغيرت صفته و أصبح غير وارث عند وفاة المتصرف فإنه لا تسري عليه أحكام هذه المادة.

¹ فؤدة عبد الحكيم، نفس المرجع ص 193-194.

² "القرينة القانونية هي قاعدة يعفي بها المشرع المدعي في ظروف معينة من القيام بإثبات دعواه كلا أو بعضا".
أنظر أكثر في هذا الصدد، يحيى بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي دراسة نظرية و تطبيقية مقارنة، الطبعة الثانية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ص 357.

³ عبد المنعم فرج صدة، مرجع سابق، ص 845.

الفصل الثاني: التصرفات الساترة للوصية و أحكامها:

هناك من يرى أنه يمكن للقاضي الإعتماد على القرينة القضائية¹ بدلا من القرينة القانونية، فيحكم القاضي متى تثبت له وجود تحايل من المتصرف بأن التصرف وصية، لكن تبقى القرينة القضائية كباقي القرائن القضائية تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، و سواء كانت القرينة قانونية أو قضائية يجوز إثبات عكسها²، لأنها ليست قرينة قاطعة، و عندها يقع عبء الإثبات على المتصرف له.

ملاحظة:

القضاء حر بما هو ثابت في مبادئ القانون من أن يأخذ بهذه القرينة أولا يأخذها، لأنها تعبر كسائر القرائن القضائية تخضع لمطلق تقديره تحت رقابة المحكمة العليا فيما يخص التسبيب، و الذي يعتبر وجه من أوجه الطعن عند إثارته طبقا لنص المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.³

ثانيا: أن يحتفظ المتصرف بحياسة العين المتصرف فيها مدى الحياة

إن الحياسة المقصودة بنص المادة 777 من القانون المدني هي السيطرة القانونية و الفعلية على الشيء محل التصرف، أي يكفي مجرد وضع اليد.⁴ و لا يشترط توافر الركن المعنوي لها.

و مثال ذلك أن يحتفظ المتصرف بالحياسة كأن يقوم بإدارة الشيء و دفع الضرائب المقررة عليه، أو يشترط بقاء الحياسة لديه في العقد، إلا أن إشتراط منع التصرف إليه من

¹ القرينة القضائية هي إستنباط القاضي لأمر مجهول و غير ثابت، من أمر معلوم و ثابت و هي التي يستنتجها القاضي بإجتهاده و ذكائه في موضوع الدعوى و ظروفها، و نص عليها المشرع الجزائري بالمادة 340 من القانون المدني بنصها : "يترك لتقدير القاضي إستنباط كل قرينة لم يقرها القانون، و لا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة".

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

³ القانون رقم 09_08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

⁴ حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 63.

الفصل الثاني: التصرفات الساترة للوصية و أحكامها:

التصرف في العين طوال حياة المتصرف لا يقيم قرينة على وجود العين في حياة المتصرف، فرغم وجود الشرط المانع فقد تبقى العين مع ذلك في حوزة المتصرف إليه، و لكن تستفاد حياة المتصرف للعين المبيعة إذا استبقى لنفسه الحق في الإنتفاع¹، فالإنتفاع بها يعني بالضرورة حياتها، و إحتفاظ المورث بحق الإنتفاع طوال حياته كاف لوحده لقيام القرينة القانونية فهو يتضمن الإنتفاع بالعين مدى الحياة و إستبقاء الحياة في يده بصفته منتفعا.

و على هذا الأساس إختلفت الحياة المنوه بها في المادة 777 من القانون المدني كما سواها، لأن المشرع عالج بها أمرا بالغ الأهمية يتعلق بالتحايل على الميراث المتعلق بالنظام العام.

و تجدر الإشارة إلى أن إحتفاظ المورث بحياة العين التي تم التصرف فيها، هي واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات و هو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر عن الغرفة العقارية بتاريخ 2000/11/22 على أن الحياة واقعة مادية يتم إثباتها بجميع الطرق القانونية.²

و أخيرا ما يمكن ملاحظته أن الحياة التي إشتراطها المشرع لإعمال القرينة القانونية الواردة بأحكام المادة 777 من القانون المدني هي حياة مادية محضة، كونها حياة منصبة على الإنتفاع بالعين دون ملكية الرقبة، و عليه فشرط الحياة يستلزم لإعماله عنصر مهم و هو إحتفاظ المتصرف بالإنتفاع بالعين المتصرف فيها مدى الحياة.

ثالثا: أن يحتفظ المتصرف بالإنتفاع بالعين المتصرف فيها مدى الحياة

بالرجوع إلى أحكام القانون المدني لا نجد تعريفا لحق الإنتفاع، على خلاف الفقه الذي عرفه و تعددت بذلك التعاريف و منهم من عرفه كما يلي: "هو حق عيني في الإنتفاع بشيء

¹ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 81.

² أنظر قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 2000/11/22، ملف رقم 201544، الإجتهد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثاني، 2004، ص 283.

الفصل الثاني: التصرفات الساترة للوصية و أحكامها:

مملوك للغير، فتكون له سلطة استعماله و إستغلاله بشرط الإحتفاظ بذات الشيء لرده إلى صاحبه عند نهاية حق الإنتفاع الذي يجب أن ينتهي حتما بموت المنتفع¹.

و ينشأ حق الإنتفاع بتصرف قانوني كالعقد، أو الوصية، أو واقعة مادية، أو شفعة أو حيازة، فيكون للمنتفع سلطة الإستعمال و الإستغلال، و يقع على عاتقه إلتزام المحافظة على الشيء، أما إرجاعه إلى صاحبه عند نهاية الإنتفاع فهو لا يعد إلتزاما إذا كان حق الإنتفاع مدى الحياة بقدر ما هو نتيجة لوفاة المنتفع.²

ينتهي حق الإنتفاع بإنقضاء الأجل المتفق عليه في ذلك، و إذا لم يكن هناك أجل أعتبر مقررا مدى حياة المنتفع، كما ينتهي بموت المنتفع حتما، أو إذا هلك الشيء المنتفع به، و ينتهي كذلك بعدم إستعماله مدة 15 سنة طبقا لأحكام المواد: 852، 853، 854 من القانون المدني الجزائري، و يرد على الأموال العقارية و المنقولة.³

و حتى يعتد بقيام الشرط المتعلق بالإنتفاع مدى الحياة و يجب توفر عنصرين:

1. يجب أن يكون الإنتفاع بالعين مدى الحياة مستندا إلى حق ثابت لا يستطيع المتصرف إليه تجريده منه، فمجرد الإنتفاع الفعلي⁴، الذي لا يستند إلى حق قانوني لا يكفي لقيام القرينة القانونية على الإيضاء المنوه عنها بالمادة 777 من القانون المدني.
2. يجب أن يكون الإنتفاع لحساب نفس المتصرف لا لغيره، و أما إذا كان مقصد الإنتفاع موكولا إلى إرادة المتصرف إليه و له أن ينتزعه من يد المتصرف متى شاء سقط تطبيق هذا الشرط.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المجلد التاسع، مرجع سابق، ص 1200.

² عبد العزيز محمودي، مرجع سابق، ص 109.

³ محمي فريدة زواوي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق)، طبع المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية وحدة الرغبة، الجزائر، 1998، ص 26.

⁴ هذا ما نلاحظه في منح حق الإنتفاع الدائم للفلاحين من طرف الدولة صاحبة ملكية الرقبة، في المادة 07 من القانون رقم: 19/87 المؤرخ في 1987/12/08 المتضمن ضبط كيفية إستعمال الأراضي الفلاحية بالأمالك الوطنية و تجديد حقوق المنتجين و واجباتهم، جريدة رسمية رقم 50، لسنة 1987.

الفصل الثاني: التصرفات الساترة للوصية و أحكامها:

و يقع عبء إثبات توافر هذه الشروط على من يدعي توافرها من الورثة، و إذا أثبتوا توافر الشروط الثلاثة مجتمعة، أمكن إستخلاص القرينة الواردة بالمادة 777 من القانون المدني و التي تفيد إعتبار التصرف وصية مستترة.

المطلب الثاني: إثبات القرينة القانونية للتصرف و تقديرها.

كما سبق و أن رأينا بأن نص المادة 777 من القانون المدني الجزائري وضعت قرينة قانونية مفادها أن إحتفاظ المتصرف لأحد وراثته بالحيازة و الإنتفاع مدى حياته يجعل تصرفه في حكم الوصية. لكن و إن أقام هذه القرينة القانونية فإنها ليست بالقرينة القاطعة و تبقى بسيطة يجوز دحضها بإثبات كعس التصرف و هو ما نتناوله في مضمون الفرع الأول.

كما أن هذا النص أثار عدة إشكالات إنعكست على إستقرار المعاملات العقارية مما أصفى على النص جملة من الإنتقادات و هو ما نبينه في مضمون الفرع الثاني.

الفرع الأول: قواعد الإثبات المتعلقة بالتصرف

إن نص المادة 777 من ق. م. ج، و إن أقام قرينة قانونية على أن التصرف مع الإحتفاظ بحيازة العين و الإنتفاع بها مدى الحياة وصية مستترة، فإنها ليست بقرينة قاطعة كما جاء في عجزها: "ما لم يكن دليل يخالف ذلك".

و عليه فهي قرينة بسيطة يجوز لمن تصرف له المورث¹ أن يدحضها بإثبات عكس التصرف رغم توافر شروط المادة إلا أنه لم يكن وصية بل كان تصرفا بالبيع أو الهبة في حقيقته، و هذا حتى و لو أثبت ذلك عن طريق تقديم قرائن قضائية مضادة كأن يثبت أن التصرف بيع بإقامة الدليل على واقعة دفع الثمن، أو أن يثبت أن التصرف قصد به إنتقال الملكية حال حياة المتصرف²، إذا دحض من تصرف له المورث القرينة القانونية بإثبات عكسها

¹ يصح أن يطعن المورث نفسه في التصرف الصادر منه على أساس أنه وصية و قد رجع فيها، فيقع عليه عبء إثبات هذه القرينة، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 233 هامش 1.

² محمد زهدور، مرجع سابق، ص 145.

الفصل الثاني: التصرفات الساترة للوصية و أحكامها:

على النحو السالف الذكر، فإن التصرف لا يعتبر وصية مستترة و لا تسري عليه أحكامها، بل يعتبر بيعا أو هبة منجزة و تطبق عليه أحكام البيع و الهبة.

أما إذا لم يستطع إثبات عكس القرينة، بقيت القرينة قائمة و أعتبر التصرف وصية مستترة تطبق عليه الأحكام العامة في الوصية، و من ثم لا تنفذ في حق الورثة بما يجاوز الثلث إلا بإجازتهم و لا تسري في حق دائني التركة، و أصلا يقدم حق الدائن على حق الموصى له.¹

و في حالة إنعدام شروط القرينة القانونية الخاصة بالتصرف لأحد الورثة مع الإحتفاظ بالحياة و الإنتفاع فإنه يمكن للقاضي أن يستنتج هذه القرينة بإستعمال القرائن القضائية طبقا لنص المادة 340 من القانون المدني و التي جاء فيها: "يترك لتقدير القاضي إستنباط كل قرينة لم يقرها القانون، و لا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة".

و مهما يكن من وصف القرينة سواء كانت قانونية أو قضائية فهي قابلة لإثبات العكس.

الفرع الثاني: تقدير الحكم القانوني للتصرف.

إن نص المادة 777 من ق. م. ج. رغم إعتباره من الوسائل القانونية الهامة في رد التحايل على نظام الميراث، إلا أنه يثير عدة إشكالات من ناحية التطبيق العملي، فنجده متعارضا مع القواعد العامة لأحكام الهبة و بالرجوع إلى نص المادة 202 من ق. أ. ج. جاء فيها: "الهبة تمليك بلا عوض، و يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالالتزام يتوقف على هذا الشرط".

فإذا كان هذا النص يخول للواهب إدراج بعض الشروط على الموهوب فإن تطبيق نص المادة 777 من ق. م. ج. يجعل الهبة في حكم الوصية و هو ما يعتبر إلغاء لأحكام المادة 777 ق. م. ج. فيما يخص الهبة، إضافة إلى أن نص المادة 223 من ق. أ. ج. تنص على أنه: "تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون"، فيظهر لنا أن المشرع الجزائري ألغى بصفة

¹ فؤدة عبد الحكيم، مرجع سابق، ص 192-193.

الفصل الثاني: التصرفات الساترة للوصية و أحكامها:

ضمنية نص المادة 777 من ق. م. ج، بموجب نص المادة 223 ق. أ. ج، تطبيقاً للمبدأ:
الخاص يقيد العام.¹

كثيراً ما يلجأ الموثق إلى النص في العقد على شرط الإحتفاظ بالحيازة و الانتفاع مدى الحياة و ينقل للموهوب ملكية الرقبة فقط، مما يستحيل معه إثبات العكس نظراً لما للعقد الرسمي من حجية حسب نص المادة 324 مكرر 5 من ق. م. ج² و بالمقارنة مع المادة 206 من ق. أ. ج³، فإن الحيازة ركن في الهبة و من ثم إعمال شرط الإحتفاظ بالحيازة طيلة الحياة يجعل الهبة باطلة لأنه لا يمكن هبة الرقبة فقط دون الإنتفاع، و في هذا الصدد صدرت مذكرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية تحت رقم 689 إلى مديري الحفظ العقاري جاء فيها: "و لذا فإنه إذا كانت الهبة منصبة على حق الإنتفاع (أي الواهب يحتفظ بملكية الرقبة) مقبولة قانوناً، فإن الهبة الواردة على ملكية الرقبة فقط دون حق الإنتفاع فهي مستبعدة قانوناً"⁴، و هذا ما أدى إلى صدور عدة قرارات عن المحافظين العقاريين بعدم قبول شهر العقد ووصل الأمر إلى الطعن القضائي في هذه القرارات⁵.

ما نستخلصه عن تطبيق نص المادة 777 من ف، م، ج، سواء عن طريق الهبة أو غيرها يفتح مجالاً واسعاً أمام إبطال هذه العقود مما يسبب في عرقلة إستقرار المعاملات خاصة العقارية منها إذا طال التصرف بين تاريخ إبرامه و تاريخ إبطاله بالنظر إلى سلسلة التعاملات القانونية الواردة على العقار في تلك الفترة، مما يشجع الموثقين على تلقي نظائر العقود القابلة

¹ محمد شعبان، مقال بعنوان: (وجوب تطبيق الحضر القانوني على ما هو معمول به واقعياً)، مجلة الموثق، العدد الرابع، سبتمبر، ص 31-32.

² "يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره، و يعتبر نافذاً في كامل التراب الوطني". المادة 324 مكرر 05 من الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، مرجع سابق.

³ "تنعقد الهبة بالإيجاب و القبول، و تتم الحيازة، و مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات و الإجراءات الخاصة في المنقولات و إذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة". المادة 206 من الأمر 84-11 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم، مرجع سابق.

⁴ تعليمية وزارية صادرة عن وزارة المالية موجهة لمدراء الحفظ العقاري مؤرخة في 12/02/1995، تحت رقم 689، ص 44 من الإرسالية.

⁵ محمد بن أحمد تقيّة، مرجع سابق، ص 221-223.

الفصل الثاني: التصرفات الساترة للوصية و أحكامها:

للإبطال في أي وقت و إضطراب أمام المحافظات العقارية التي تقوم بالتأشير على الدفاتر العقارية لكل عقار بعد إبطاله.¹

¹ محمودي عبد العزيز، المرجع السابق، ص 124.

خلاصة الفصل الثاني:

نستخلص مما سبق أن الوصية المنصوص عليها في أحكام المادتين 776 و 777 من القانون المدني ليست بالوصية المنصوص عليها في أحكام المادة 184 من قانون الأسرة، ذلك أن الوصية المستترة محل بحثنا هي وصية حكمة ألحق بها المشرع بعض التصرفات في مرض الموت و التصرف في الشيء مع الإحتفاظ بالحياة و الإنتفاع مدى الحياة، و ذلك بقصد الحفاظ على مال الوارث و حمايته.

كما أن التستر المراد به في مفهوم هذا البحث يختلف عن التستر الوارد بأحكام القواعد المتعلقة بالصورية، ذلك أن الصورية المعتمدة في المادتين 776-777 من القانون المدني المراد منها منع التحايل على قواعد الوصية و الميراث التي تضر بالوارث.

و نستنتج أيضا من خلال بحثنا أن مرض الموت حالة قانونية تختلف عن نقص الأهلية و فقدان الوعي و التمييز، و بالتالي فالتصرف في مرض الموت يعد تصرف صحيح، و الدفع بمرض الموت من طرف صاحب المصلحة ينجز عنه إعطاء التصرف حكم الوصية، بينما الدفع بالحجر أو عيب من عيوب الإدارة يترتب عليه البطلان أو القابلية للإبطال.

كما أن الوارث في مرض الموت يعتبر في حكم الغير بالنسبة لتصرفات المورث الضارة به، طبقا لنص المادة 776 من القانون المدني، خلافا للقاعدة العامة الواردة بنص المادة 628 من ق، م.ج، و التي تعتبر الوارث خلفا عاما لمورثه، و هذا ما يمنحه الحق باستعمال كافة الطرق في الإثبات.

خاتمة

تصميم الزخارف مكتبة عون للتعليم

من خلال البحث نخلص إلى أنه إذا كان المشرع قد أطلق حرية الإنسان للتصرف في ماله حال حياته بأي نوع من أنواع التصرف ، سواء كانت بعوض أو بغيره ولو أدى ذلك إلى ضياع ماله كله، فإنه قيد هذه الحرية في التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ، فجعلها موقوفة على إجازة الورثة حال تجاوزها الثلث ، كذلك قيد هذه الحرية حال كون الشخص مريضاً مرض الموت ، كما منع بداية التحايل على أحكام القانون وإخفاء الوصية تحت ستار قانوني آخر لحرمان الورثة من حقوقهم أو تضيقاً عليهم في هذه الحقوق ، فمنح القاضي سلطة تكييف هذه التصرفات بما يحمي مصلحة الورثة، وفي ما يلي نستعرض إلى أهم النتائج ثم التوصيات التي توصلنا لها من خلال دراستنا لهذا الموضوع.

أولاً: النتائج:

إن المشرع الجزائري ورغم الضمانات القانونية التي وضعها بهدف حماية الورثة من الوصايا المستترة ، إلا أنه وفي التطبيق العملي لأحكامها بقي مشوباً بالنقص والغموض في عدة جوانب منها:

عدم تحديد المفهوم الصحيح لمرض الموت فالمحكمة العليا إعتبرت في العديد من قراراتها أن المريض مرض الموت يفقد وعيه وتمييزه، بل يمس المرض سلامة عقله ، وهذا في حقيقته أمر مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية والقانون ، بإعتبار أن تصرفاته لا يشوبها عيب في الإرادة أو عارض من عوارض الأهلية.

وهو ما نستنتج من خلال بحثنا على أن مرض الموت حالة قانونية تختلف عن نقص الأهلية وفقدان الوعي ، فالتصرف في مرض الموت يعد تصرفاً صحيحاً، لذلك فالدفع بمرض الموت من طرف صاحب المصلحة ينشأ بعد وفاة المريض طبقاً لقواعد الشريعة الإسلامية وينجر عنه إعطاء التصرف حكم الوصية.

أما الدفع بالحجر أو عيب من عيوب الإرادة ينشأ حال حياة المحجور عليه ويترتب عليه البطلان أو القابلية للبطلان .

كما نستنتج أيضا أن الوارث في مرض الموت يعتبر في حكم الغير بالنسبة للتصرفات الضارة به ، خلافا للقاعدة العامة في أحكام القانون المدني بإعتباره خلفا عاما لمورثه ، وهو ما يمنحه الحق والحرية الواسعة في سلوك شتى وسائل الإثبات.

كما انه إذا إعتبرنا عقد الهبة بموجب نص المادة 206 من قانون الأسرة على انه عقد عيني وشكلي ، فالمشرع يؤكد بذلك إلزامية إنتقال الحياة بعناصرها المعنوية والمادية إلى المتصرف إليه ، فشرط الحياة جوهري به تكتمل شروط الهبة ، وعليه فعقد الهبة الذي خلى من الحياة يقع باطلا أو قابلا للبطلان تطبيقا لأحكام نص المادة أعلاه ، إلا أنه وبالرجوع إلى القرينة القانونية الواردة بنص المادة 777 من القانون المدني فإنها تكييف العقد الذي إحتوى على قيد إحتفاظ المتصرف بالإنتفاع بالشيئ على أنه وصية ، وحسنا ما فعل المشرع في ذلك فلم يرتب البطلان على هذا التصرف وإنما أعطاه تكييف عقد آخر وهذا حفاظا على توازن المصالح وإستقرار للمعاملات .

كما نلخص أيضا إلى ان الوصية الواردة في أحكام القانون المدني ليست بالوصية الواردة في أحكام قانون الأسرة، كون الوصية المستترة محل بحثنا هي من الوصايا الحكمية ألحق بها المشرع بعض التصرفات ، كالتصرف في مرض الموت والتصرف في الشئ مع الإحتفاظ بالحياة والإنتفاع مدى الحياة ، وذلك بقصد الحفاظ على مال الوارث وحمايته.

كما ان التستر المراد به في مفهوم هذا البحث يختلف عن القواعد العامة المتعلقة بالصورية ، ذلك أن الصورية المراد بها في هذا البحث تعلقة بمنع التحايل على قواعد الوصية والميراث حماية للورثة.

ثانيا: التوصيات :

المشرع الجزائري لما نص على أحكام تصرفات المريض مرض الموت وأخضعها لحكم الوصية بموجب أحكام القانون المدني ، فكان عليه من الأولى النص على أحكامها في قانون الأسرة لأهميتها. كان على المشرع أيضا ان يسلك ما سلكه في قانون الاسرة فيما يخص الهبة في مرض الموت ، ويجعل البيع في مرض الموت يأخذ حكم الوصية سواء تم لوارث أو لغيره.

وما نخلص إليه في الأخير إلى ضرورة تدخل المشرع قصد تعديل أحكام بعض النصوص المنظمة لأحكام بعض التصرفات الملحقة بالوصية لإزالة اللبس والغموض عنها تحقيق لتكريس التطبيق السليم لنصوصها وصولاً إلى تحقيق الحماية القانونية لحقوق الورثة في مال مورثهم.

قائمة

المصادر والمراجع

أولاً: قائمة المصادر

1- القرآن الكريم.

2- السنة النبوية الشريفة.

- سنن ابن ماجة، الطبعة الأولى، مكتبة المعارف للنشر و التوزيع، الرياض، دون تاريخ نشر.
- سنن البيهقي، تحقيق محمد عبد القادر العطاء، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003، 1424هـ.
- سنن الترميذي، الطبعة الأولى، مكتبة المعارف للنشر و التوزيع، الرياض، دون تاريخ نشره.
- سنن الدار قطني، الجزء الخامس، مؤسسة الرسالة، 2004م، 1424هـ.
- صحيح البخاري، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، المطبعة السلفية و مكتبها، القاهرة، 1403م.
- صحيح مسلم، الجزء الخامس، بيت الأفكار الدولية، 1998م - 1419هـ.

• النصوص التشريعية و التنظيمية:

1- القوانين:

- القانون رقم: 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج ر، عد 24 صادرة بتاريخ 12/جوان/1984، المعدل و المتمم بالأمر 05-02، المؤرخ في 27 فيفري 2005، ج ر عدد 15 الصادرة في 27 فيفري 2005.
- القانون 87-19 المؤرخ في 18 ديسمبر 1987، المتضمن كفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية الخاصة و تحديد حقوق المنتجين و واجباتهم، ج ر عدد 50. لسنة 1987.
- القانون 90-25 المؤرخ في 18/نوفمبر/1990 المتضمن التوجيه العقاري

- القانون 91-10 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتعلق بالأوقاف، ج ر عدد 21 لسنة 1991، المعدل و المتمم بالقانون 01-07 المؤرخ في 22 ماي 2001 و القانون 02-10 المؤرخ في 14 ديسمبر 2002.
- القانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الإدارية.

2- الأوامر:

- الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي سنة 2007.
- الأمر 75-74 و المؤرخ في 12 نوفمبر 1975، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري، ج ر، عدد 92، لسنة 1975.

ثانيا: قائمة المراجع

1- المراجع باللغة العربية:

أ- الكتب:

- 1- أحمد حسين خراج، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث و الوصية و الوقف في الفقه و القانون و القضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005.
- 2- ابن رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، الجزء الثاني، دون تاريخ نشر.
- 3- بن شويخ الرشيد، الوصية و الميراث في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
- 4- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني - الميراث و الوصية - ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائري، 1994.
- 5- لتوفيق حسن ز ج ، الوجيز في عقد البيع، الدار الجامعية بيروت، لبنان، 1988.

- 6- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات (الهبة، الوصية، الوقف)، دار هوميه، الجزائر، 2004.
- 7- حمدي كمال، الموارث و الهبة و الوصية، منشأة المعارف، مصر، 1991.
- 8- خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني (أحكام الالتزام) الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992.
- 9- خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الرابع (عقد البيع)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
- 10- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية و الأصلية، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية، مصر، 1988.
- 11- رمضان علي السيد الشرنباحي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث و الوصية و الوقف (الوجيز في أحكام الوصية و الوقف)، القسم الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.
- 12- سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، منشأة المعارف الاسكندرية، مصر.
- 13- صقر نبيل، قانون الأسرة نصا و فقها و تطبيقا، دار الهدى للطباعة و النشر، الجزائر، 2006.
- 14- عبد السلام أحمد فيغو، التصرفات الصادرة من المريض مرض الموت (دراسة فقهية مقارنة)، الطبعة الثانية، دار الآفاق المغربية للنشر، المغرب، 2010.
- 15- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، القيود التي ترد على الملكية (البيع و المقايضة)، المجلد الرابع، و إحياء التراق العربي، لبنان، 1986.
- 16- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، المجلد التاسع، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1986.

- 17- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (أسباب كسب الملكية)، المجلد الأول، الجزء التاسع، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000.
- 18- عبد العزيز محمودي، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، البلدية، الجزائر، 2006.
- 19- عبد المنعم فرج صدة، شرح القانون المدني الأردني، أسباب كسب الملكية، الجزء الثاني، مكتبة دار الثقافة، الأردن، 1974.
- 20- عبد الحاتم فودة، النظام القانوني لحماية الورثة من الوصايا المستترة، دار المطبوعات، الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2005.
- 21- علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
- 22- محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، دار الفكر العربي، 1988.
- 23- محمد أبو زهرة، أحكام التركات و المواريث، دار الفكر العربي، مصر، دون تاريخ نشر.
- 24- محمد أبو زهرة، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الاسلامية، دار الفكر العربي، مصر، دون تاريخ نشر.
- 25- محمد بن أحمد تقية، راسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائر مقارنة بأحكام الشريعة الاسلامية و القانون المقارن ، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003.
- 26- محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري الطبعة الرابعة، ط.4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 27- محمد زهدور، الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الاسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991.

- 28- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للإلتزامات (العقد و الإدارة المنفردة) الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر، 2004.
- 29- محمي فريدة زاوي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق)، طبع المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية وحدة الرعاية، الجزائر 1998.
- 30- محمد كمال الدين إمام، الوصية و الوقف في الاسلام (مقاصد و قواعد)، نشأة المعارف، مصر، 1999.
- 31- ناصيف إلياس، الوصية للمسلمين في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.
- 32- يحيى بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري، و الفقه الاسلامي، دراسة نظرية و تطبيقية مقارنة، الطبعة الثانية، المؤسسة الوطنية للكاتب، الجزائر، 1988.

ب: الرسائل:

- 1- السيد إبراهيم عامر رشاد، تعرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري مقارنة بالشرعية الاسلامية و القوانين الأخرى، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 1989.
- 2- العربي زنتو، حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في العقود و المسؤولية، كلية بن عكنون، الجزائر، 2014/2015.
- 3- علاوة بوتغرار، التصرفات الملحقة بالوصية في التشريع الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود و المسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2000 / 2001.

ج: المقالات:

- 1- فريدة محمي زاوي: مقال بعنوان: الوقف الخاص - وجهة نظر في وضعيته الحالية -، مجلة الموثق، العدد الخامس، ديسمبر 1998.

2- محمد شعبان، مقال بعنوان: وجوب تطبيق الحضر القانوني على ما هو معمول به واقعيًا، مجلة الموثق، العدد الرابع، سبتمبر 1998.

د: المداخلات:

1- عبد الرحمان ملزي، محاضرات في طرق الاثبات في المواد المدنية و التجارية، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الثانية و العشرون، 2001-2012.

ه: المجلات:

1- المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الثالث، 1989.

2- المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الثالث، 1992.

3- المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الثاني 2002.

4- الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، عدد خاص 2001.

5- الإجتهد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثاني 2004.

فقرس المكتوبات

تصميم وإنجاز مكتبة عون للتعليم

الصفحة	العنوان
	شكر وعراف اهداء قائمة المختصرات
1	مقدمة
6	الفصل الأول : أساس حماية الورثة في الوصية و التصرفات الملحقة بها
7	المبحث الأول : ماهية الوصية و أساس تقييدها
7	المطلب الأول: ماهية الوصية
7	الفرع الأول : تعريف الوصية و مشروعيتها
10	الفرع الثاني : أركان الوصية
19	المطلب الثاني : أساس تقييد الوصية و العلة منه
19	الفرع الأول : تقييد حرية الإيضاء في الشريعة الاسلامية
25	الفرع الثاني : علة و أساس تقييد حرية الإيضاء
29	المبحث الثاني : أساس حماية الورثة في التصرفات الملحقة بالوصية
29	المطلب الأول : الأساس العام الذي تقوم عليه قرينة الإيضاء
29	الفرع الأول : منع التحايل على أحكام القانون
31	الفرع الثاني : سلطة القاضي في تكييف التصرفات القانونية
32	المطلب الثاني : حماية الورثة من تصرفات المريض مرض الموت
32	الفرع الأول : مفهوم مرض الموت
36	الفرع الثاني : إثبات مرض الموت
37	الفرع الثالث : العلة في تقييد تصرفات مرض الموت
41	الفصل الثاني : التصرفات الساترة للوصية و أحكامها

42	المبحث الأول : التصرفات الساترة للوصية في مرض الموت
42	المطلب الأول : الحكم العام لتصرفات المريض مرض الموت
43	الفرع الأول: خضوع التصرف في مرض الموت لحكم الوصية
45	الفرع الثاني : تقدير الحكم العام في تصرفات المريض مرض الموت
45	المطلب الثاني: الأحكام الخاصة ببعض التصرفات في مرض الموت
46	الفرع الأول: البيع في مرض الموت
47	الفرع الثاني: أحكام بيع المريض مرض الموت
52	الفرع الثالث: التصرفات التبرعية الصريحة في مرض الموت
58	المبحث الثاني: التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحياة و الانتفاع بالشيء مدى الحياة
58	المطلب الأول: إخضاع التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحياة و الانتفاع بالشيء مدى الحياة لحكم الوصية
59	الفرع الأول: الأساس القانوني لإخضاع التعرف بحكم الوصية
60	الفرع الثاني : شروط إخضاع التصرف لحكم الوصية
64	المطلب الثاني: إثبات القرينة القانونية للتصرف و تقديرها
64	الفرع الأول: قواعد الإثبات المتعلقة بالتصرف
65	الفرع الثاني: تقدير الحكم القانوني للتصرف
70	الخاتمة .
74	قائمة المصادر والمراجع
	فهرس المحتويات