جامعـــة زيـــان عاشـــورا لجلفـــة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

التحايل على أحكام الإرث في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر

تخصص : أحوال شخصية

إعداد الطالبة :
طيبي زوليخة

إشراف الدكتور:
أمعيزة عيسى

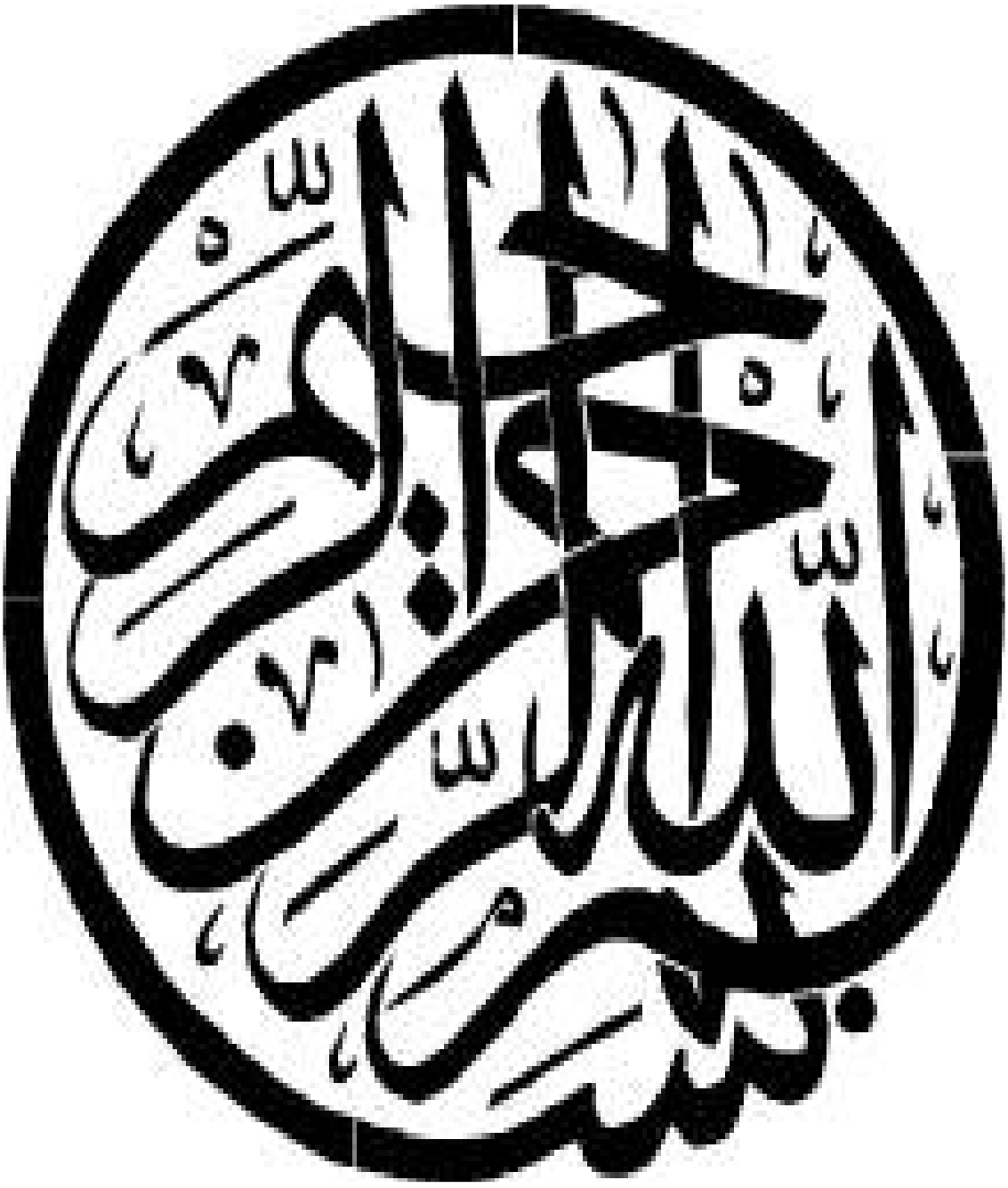
لجنة المناقشة :

د أو أ : بن حفاف سماعيل .....رئيسا

د أو أ : امعيزة عيسى .....مقررا

د أو أ : بشيري عبد الرحمان.....مناقشا

السنة الجامعية 2013 / 2014



إهداء

اللهم لك الحمد حتى ترضى ، ولك الحمد حين ترضى، ولك الحمد بعد الرضا ، ولك الحمد إذا رضيت.

أُهدي ثمرة جهدي إلى روح "أبي" الطاهرة ، والى نبع الحنان "أمي الغالية" ، التي كانت سندا لي في مسيرتي وبحر إرادتي في الحياة العلمية والعملية

وبدعائها ما كنت وبدون تشجيعها ما فعلت وبغير سكينتها ما حققت .

والى كل من تصفح هذه المذكرة ،

إليكم جميعا.

شكـــر وتقـــدير

الحمد لله الذي هدانا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله والسلام على نبينا الكريم وعلى من اهتدى بهديه واستن بسنته ودعا بدعوته إلى يوم الدين.

بداية أشكر أستاذنا الفاضل الدكتور " أمعيزة عيسى " جزيل الشكر الذي زرع في ثقة لا مثيل لها للبحث الجاد ، واشكر القائمين على مكتبة مدرسة الإخلاص بجعل كتبها تحت تصرفنا ،

كما أتقدم بالشكر إلى كل من حمل هته المذكرة على محمل الجد.

مقـــدمـــة

مقدمـة

الحمد لله رب العالمين قيوم السماوات والأرضين، مدبر الخلائق أجمعين سبحانه وتعالى أنزل القرآن ، خلق الإنسان وميزه على كثير من خلقه بنعمة العقل ليهتدي إلى الطريق المستقيم القائل : ﴿ إِنَّا نَحْنُ نَرِثُ ٱلْأَرْضَ وَمَنْ عَلَيْهَا وَإِلَيْنَا يُرْجَعُونَ ﴿٤٠﴾﴾ [مريم:40] . وأشهد أن لا اله إلا الله وحده لاشريك له وأشهد أن محمد عبده ورسوله أفضل المخلوقين وعلى آله وصحبه أجمعين .

إن المولى عزٌ وجل خلق الإنسان وأستخلفه في الأرض وسخر له ما فيها من خيرات ، فتولى تنظيم انتقال ملكية الأموال عن طريق التوريث ، وحدد الأنصبة في كتابه العزيز، فأعطى كل ذي حق حقه، فجعل الميراث حق شرعي للورثة ،ومنحهم حق الدفاع عليه بكل الوسائل ، رغم أن أموال الميراث هي الشيء الوحيد الذي يدخل جبرا في ملك الإنسان .

وبالمقابل منحت الشريعة الإسلامية للشخص الحرية التامة في التصرف في أمواله كيف ما يشاء ولمن يشاء عن طريق التبرع بالوصية ، الهبة والوقف لما لهذه التصرفات من آثار حميدة إذا أراد بها التقرب إلى الله عز وجل أوالى أقاربه أو للغير لزرع المحبة والتودد فهي تقوي الروابط الإنسانية والعلاقات بين أفرا د المجتمع فهي من أعظم أبواب البر والإحسان .

لكن هذه التبرعات خطيرة وقد تضر بالورثة مستقبلا وخاصة إذا كان القصد منها الإضرار بهم ، فمن خلال هذا البحث أردت الكشف عن بعض التصرفات التبرعية التي تحمل في طياتها تحايلا على أحكام الإرث للإضرار بالورثة .

ومن خلال هذا البحث سنحاول الإجابة على الإشكالية التالية:

الإشكالية:

ما هي أوجه التحايل على أحكام الميراث بالتصرفات التبرعية ؟ وما الحماية التي وفرتها الشريعة الإسلامية ، والمشرع الجزائري للورثة في حالتي الصحة ومرض الموت ؟ وهل ساير المشرع والقضاء الشريعة في ذلك ؟.

أسباب اختيار الموضوع:

الأسباب الشخصية :

1)- الميل لمثل هذه التصرفات التبرعية لأنها من أعمال البر والإحسان.

2)- معرفة مد ى مشروعية هذه التصرفات فقها وقانونا في حالتي الصحة ومرض الموت.

3)- معرفة الآثار الاجتماعية التي تعقب مثل هذه التصرفات.

4)- الكشف على انعكاسات هذه التصرفات على الورثة في حالتي الصحة ومرض الموت.

الأسباب الموضوعية :

1)- انتشار ظاهرة التحايل على أحكام الميراث في المجتمع وذلك بالوصايا المستترة عن طريق الهبة خاصة.

2)- معرفة مدى حماية الورثة من تصرفات مورثهم في حال صحته.

3)- انتشار تصرف الوقف على النفس وعلى الذكور دون الإناث.

4)- تصرفات المريض مرض الموت وآثارها على الورثة .

5)- الكشف عن كيفية حماية الورثة في تصرفات مورثهم المريض مرض الموت .

6)- معرفة سبب تقييد كل من حرية الإيصاء، وتصرفات المريض مرض الموت.

7) - معرفة كيفية إثبات مرض الموت ومن يقع عليه عبء إثباته .

صعوبات البحث :

1)- ضيق الوقت واتساع الموضوع جعلني ألقى صعوبة في انتقاء المفيد فقط .

2)- حداثة الموضوع وقلة الآراء والمراجع فيه .

3)- صعوبة التعامل مع أمهات الكتب الفقهية واختلاف المصطلحات الفقهية والقانونية .

الدراسات السابقة :

1)- كتاب بعنوان : " رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري للدكتور "عبد العزيز محمودي " غير أن دراسته لم تكن مقارنة بالمذاهب الفقهية .

2)- مذكرة تخرج من المعهد الوطني للقضاء عنوانها : حماية الورثة من الوصية المستترة .

على حدود علمي لم أجد دراسة سابقة تتضمن الإلمام بكل التصرفات التبرعية ومدى حماية الورثة فيها في حال صحة مورثهم وفي حال مرض موته ، مما جعلني أحاول التطرق إليها من خلال بحثي هذا و أرجو أن أوفق في ذلك.

المنهج المتبع:

سأعتمد في هذا البحث على المناهج التالية:

أ)- المنهج الاستقرائي : وبه يتم استقراء أراء الفقهاء في مثل هذه التصرفات التبرعية.

ب)- المنهج التحليلي: لتحليل ما أختاره المشرع الجزائري إن كان من الفقه الإسلامي.

ج)- المنهج المقارن: وذلك من الجوانب التالية:

- المقارنة بين آراء الفقهاء في الشريعة الإسلامية في هذه التبرعات .
- المقارنة بين ما أخذ به المشرع الجزائري من الفقه الإسلامي

وللوصول إلى الإجابة على الإشكالية المطروحة اقترحنا الخطة الآتية

خطـة البحـث

خطـة البحـث:

الفصل التمهيدي: مفاهيم عامة حول التصرفات التبرعية ومرض الموت.

المبحث الأول: ماهية التصرفات التبرعية.

المطلب الأول : مفهوم الوصية.

المطلب الثاني : مفهوم الهبة.

المطلب الثالث : مفهوم الوقف .

المبحث الثاني: ماهية مرض الموت.

المطلب الأول :مفهوم مرض الموت وشروطه .

المطلب الثاني : حالات حكمها حكم مرض الموت.

الفصل الأول : حماية الورثة في تبرعات مورثهم في حال صحته .

المبحث الأول :أساس حماية الورثة في الوصية.

المطلب الأول : تقييد حرية الإيصاء.

المطلب الثاني : سبب تقييد حرية الموصي.

المبحث الثاني: مدى حماية الورثة في الهبة والوقف في حالة الصحة.

المطلب الأول : مدى حماية الورثة في هبة مورثهم في حالة صحته.

المطلب الثاني : مدى حماية الورثة في وقف مورثهم في حالة صحته.

الفصل الثاني: حماية الورثة في تبرعات مورثهم في حالة مرض الموت.

المبحث الأول : :أساس حماية الورثة في حالة مرض الموت.

المطلب الأول : سبب تقييد حرية تصرفات المريض مرض الموت.

المطلب الثاني : تحايل المريض مرض الموت.

المبحث الثاني: أحكام الهبة والوقف في مرض الموت.

المطلب الأول : خضوع كل من الهبة والوقف لأحكام الوصية.

المطلب الثاني: موقف الورثة من التصرفات التبرعية لمورثهم في مرض الموت .

خاتمة

مفاهيم عامة حول التصرفات التبرعية ومرض الموت

حرصت الشريعة الإسلامية الغراء، ومن ورائها القوانين الوضعية كقانون الأسرة - 12 - الجزائري على إطلاق حرية الشخص في التصرف في أمواله كيفما يشاء، ولمن يشاء، وقد نصت كل الدساتير على حماية الملكية الفردية وتقديسها وأعطت كل الضمانات للأشخاص، لإبرام تصرفات ناقلة للملكية؛ ومما لا شك فيه أن لهذه التبرعات تأثير في إنشاء واستقرار العلاقات والروابط الإنسانية،على اعتبار أنهم باب من أبواب البر

والإحسان، وتدعيم أواصر الأخوة والتعاون بين الأهل والأقارب ولا تخلو هذه التبرعات من أن يكون القصد فيها التبرع لوجه الله عز وجل، وإما بقصد التودد والتقرب بين الناس.

وهذه التبرعات منها ما يكون لما بعد الموت كالوصية، ومنها ما يكون في حال الحياة كالهبة والوقف، وكلها تكون في حال الصحة،أو حال مرض الموت، فكلها جائزة ومشروعة فقها وقانونا.

ومن خلال هذا الفصل سنتعرف على ماهية هذه التصرفات وعلى ماهية مرض الموت وذلك من خلال المبحثين التاليين:

*** المبحث الأول: مفهوم التصرفات التبرعيَة.**

*** المبحث الثاني: مفهوم مرض الموت.**

المبحث الأول: ماهية التصرفات التبرعية

التصرفات التبرعية من التصرفات المباحة شرعا وقانونا،لكنها تختلف عن بعضها البعض في بعض الأمور سنعرفها من خلال ماهية كل من الوصية، والهبة والوقف ، وسنلاحظ أوجه التشابه الاختلاف بينهم من خلال خصائص كل منها وذلك من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول : مفهوم الوصية

الوصية تصرف تبرعي قانوني يصدر من جانب واحد على سبيل التقرب به إلى المولى عز وجل ، وينال به الثواب فهي صدقة جارية على صاحبها ، ونظراً لأهميتها فقد خصها المولى عز وجل في كتابه بأحكام خاصة وحذا حذوه المشرع الجزائري لأنها تصرف مضاف لما بعد الموت ، وفي هذا المطلب سنتعرض لماهية الوصية ، ونميزها عن باقي التصرفات الشرعية الأخرى كالهبة والوقف .

لذا قسمنا المطلب إلى فرعين هما كالتالي :

الفرع الأول : تعريف الوصية

أولاً : تعريف الوصية لغة

الوصية اسم مفعول بمعنى الشيء الموصى به ،وتكون مصدراً بمعنى الإيصاء ، ولا فرق في اللغة بين الوصية والإيصاء ، فكلاهما يطلق على إقامة الإنسان لغيره مقامه في حال حياته أو بعد وفاته ، وعلى تمليك المال تمليكاً مضافاً إلى ما بعد الموت [1].

ثانيا : تعريف الوصية فقهاً

هناك عدّة تعريفات فقهية للوصية لا حصر لها سنوجز بعضها فيما يلي :

الحنفية عرَّفها الحنفية بأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواءً أكانت عيناً أو منفعة ، المالكية :عرفها بأنها عقد يوجب حقاً في ثلث عاقده ، يلزم بموته أو نِيَابة عنه بعده، الشافعية : تبرع بحق مضاف ولو تقديراً لما بعد الموت، الحنابلة : يعرِّفونها بأنها التبرع بالمال بعد الموت والظاهر من كل هذه التعاريف كلها أنها اعتبرت الوصية تصرفاً سليماً صادراً من جانب واحد تتخذ بعد موت الموصى [2] .

فإذا كانت هذه تعار يف الفقهاء فكيف عرفها المشرع الجزائري ؟.

ثالثاً : التعريف القانوني للوصية

1- العربي بلحاج : الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري – الميراث والوصية – ، الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الساحة المركزية ، بن عكنون ، 2002 ص (2 / 230) .

2- نسيمة شيخ : أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري الهبة، الوصية ، الوقف ، الجزائر ، دار هومة ، ص 179 .

عرف المشرع الجزائري الوصية في المادة 184 من قانون الأسرة :« الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع » . ومعنى مصطلح " تمليك " هو الوصية بالمنقولات أو العقارات، وكذا الوصية بالمنافع من سكنى دار أو زراعة أرض ، وكل الوصايا بالمال أو بغيره،أما جملة « مضاف إلى ما بعد الموت» يقصد بها أن التصرف بالوصية لا يترتب إلا بعد الموت أما كلمة « تبرع » هو أن الوصية تتم بدون عوض ، فهي تطوع من الموصي بعد موته [1].

الفرع الثاني : مشروعية الوصية

استدل العلماء على مشروعية الوصية بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول .

أولاً: من القرآن الكريم

لقد جاءت عدَّة آيات تحث على الوصية وتُبين أحكامها . نذكر منها ما جاء في قوله عز وجل :﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴿١٨٠﴾﴾ [البقرة: 180] ، وقوله : ﴿ مِّنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ ۗ ﴾ [النساء :12]. وقول جل من قائل : ﴿ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ حِينَ ٱلْوَصِيَّةِ ﴾ [المائدة: 106] .

ثانياً: من السنة الشريفة:

وذلك بقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ ((إِنَّ الله تَصَدّقَ عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم))[2]، وكذلك ما رواه عبد الله بن عمر عن الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال :

1- عمر حمدي باشا : عقود التبرعات ، الجزائر ، دار هومة ، 2004 ، ص 45 .

2– أبي عبد الله محمد بن ماجة: سنن ابن ماجة، الرياض، السعودية ،بيت الأفكار الدولية ، كتاب الوصايا،ح/2709 ، ص 295.

((ما حَقُ امرئ مسلم يبت ليلتين وله شيء يريد أن يوصي به إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه))[1].

ثالثاً : من الإجماع:

أجمع الفقهاء على جواز الوصية ومشروعيتها في كل الأزمنة. لأن الإنسان يحتاج أن يختم حياته بأعمال صالحة زيادة في حسناته [2].

الفرع الثالث : أركان الوصية وشروط صحتها

معظم الفقهاء قسموا أركان الوصية إلى أربعة هي: موصي ، موصى له، موصى به وصيغة : واختلفوا فقط في ركن الصيغة من حيث توافق الإرادتين أي الإيجاب والقبول.

والمشرع الجزائري ساير الشريعة الإسلامية في هذه الأركان وشروط الصحة لكي تكون الوصية نافذة وهي:

أولاً : أركان الوصية

سنوجز أركان الوصية فيما يلي :

1/ الموصي : اشترط المشرع الجزائري لصحة الوصية شروط معينة في الموصي وهذا ما جاء به نص المادة 186 ق- أ . وهي أن يكون سليم العقل ـ بالغاً (19) سنة على الأقل ، أي أن يكون أهلا للتبرع .

2/ الموصى له: أن يكون موجوداً معلوماً،أهلا للتملك والاستحقاق، وأن لا يكون جهة معصية ولا قاتلاً للموصي ، ولا وارثاً له ، وعالجها المشرع الجزائري في المواد من 185 إلى 189 من ، ق ، أ .

3/ الموصى به: أن يكون مما يجري به الإرث

أ- أن يكون موجوداً عند الوصية .

ب- أن يكون مالاً منقولاً وقابلاً للتملك وغير مستغرق بالدين .

---

[1]2 - بن ماجة : نفسه ،ح /2699 ، ص 294

2 – العربي بلحاج : مرجع سابق ، ص (2/ 231 – 232) .

ج – لا يزيد على ثلث التركة وإذا زاد يتوقف على إجازة الورثة .

د – تعرض له المشرع الجزائري في المواد من (190 إلى 191) من ق ، أ .

4/ الصيغة : هي المعبرة عن إرادة المتصرف وهي تصدر على أشكال مختلفة حسب طبيعة العقود وما قرره لها الشارع من أحكام .

وقد تكون منجزة أو معلقة على شرط أو مضافة ، وفى الوصية تكون مضافة .

ثانيا : شروط صحة الوصية

إضافة للشروط التي ذكرناها في الأركان السالفة الذكر هناك شروط أخرى لصحة الوصية وهي :

1) الشروط الموضوعية : يشترط أن لا تكون الوصية منافية لمقاصد الفقه الإسلامي ، وأن يكون الباعث عليها غير محرم ، ولا يشترط فيها ما هو غير مباح .

2) الشروط الشكلية : لإنشاء التصرف القانوني لابد من توفر الشروط الشكلية المقررة والتي منها التعبير عن الإدارة بوضوح لا ليس فيه ، وغموض بالألفاظ المتعارف عليها، أو بالكتابة أو بالإشارة المفهمة لمن لا يحسن النطق أو الكتابة .

فإذا كان التعبير عن الإدارة بالكلام أمام الشهود انعقدت الوصية .[1]

المطلب الثاني : مفهوم الهبة

أولاً: الهبة لغة

الهبة لغة هي العطية الخالية عن الأعواض والأغراض وهي من أسماء الله تعالى "الوهاب" أي المُنعم على عباده ، ورجل واهب ووهاب ووهوب؛ أي كثير الهبة لأمواله، والاستيهاب : سؤال الهبة [2].

وهي التفضل والإحسان بشيء ينتفع به الموهوب له سواءً كان ذلك الشيء مالا أو غير مال .

---

1 – العربي بلحاج : مرجع سابق ، ص (2/ 232 – 243) .

2 – ابن منظور : لسان العرب ، تح عبد الله علي كبير ومحمد أحمد حسين الله وهاشم محمد الشاذلي ، القاهرة ، مصر، دار المعارف ، ط1، 1981 ، مادة وهب : (6/ 4929) .

وقد تكون الهبة غير المال كقول إنسان لآخر ليهب الله لك ولداً ، مع أن الولد حر ليس مال وقد ورد في الآية الكريمة : ﴿ وَإِنِّي خِفْتُ ٱلْمَوَٰلِيَ مِن وَرَآءِي وَكَانَتِ ٱمْرَأَتِي عَاقِرًا فَهَبْ لِي مِن لَّدُنكَ وَلِيًّا ۝٥ ﴾ [مريم:5] .

والهبة مأخوذة من فعل وهب بمعنى مرّ وهذا بمُرورها من يد إلى يد أخرى وعلى هذا فإنَّ نقل الهبة من المعنى العام إلى المعنى الاصطلاحي هو نقل الاسم من العام إلى الخاص [1].

ثانيا : تعريف الهبة فقهاً

إن موضوع الهبة فقهي بالدرجة الأولى وذلك لأن جل أحكامها مأخوذة من أحكام الشريعة الإسلامية ، لذا سنذكر بعض التعاريف التي أعطاها الفقهاء لها .

1- عرفها المالكية عدة تعار يف لكنها متقاربة من بينها التعريف التالي :

« الهبة تمليك بلا عوض ولثواب الآخرة صدقة » أي أنها تمليك ذات العين الموهوبة دون عوض. أما إذا كان تمليكها قصد ثواب الآخرة فهي صدقة وأما تمليك العارية والوقف فهو للمنفعة .

2- وقد عرفها الأحناف عدة تعار يف منها ما يلي :

أ- الهبة تمليك بلا عوض في الحال[2] .

وهناك تعريف آخر وهو :

ب- تمليك المال بلا عوض حال حياة المالك وكلها تعاريف متقاربة.

3-وعرفها الشافعي بأنها : تمليك عين أو دين بلا عوض مما يلاحظ على هذا التعريف أنه أضاف هبة الدين.

4- عرفها الحنابلة بأنها : (تبرع بالمال في حال الحياة) .

---

1 – نورة منصوري : هبة العقار في التشريع ن الجزائر عين مليلة ، دار الهدى ، 2010 / ص 12 .

2- أحمد المختار الجنكي الشنقيطي : مواهب الجليل من أدلة الخليل ، لبنان ، دار الكتب العلمية ، ص (4/ 174) .

ومن خلال هته التعارف الفقهية في المذاهب الأربعة كلها متقاربة من حيث أن الهبة تمليك للمال بدون مقابل .[1]

وعرفها بن قدامه بقوله : الهبة والصدقة والهدية والعطية معانيها متقاربة وكلها تمليك في الحياة بغير عوض ن واسم العطية أشمل لجميعها ، والنتيجة الظاهرة أن من أعطى شيئا ليتقرب به إلى الله تعالى لمحتاج فهو صدقة ، ومن وهب إنسان شيئا للتقرب منه والتودد إليه فهو هدية وجميع هذه التصرفات محثوث عليها .[2]

ثالثاً : التعريف القانوني لعقد الهبة

عرف المشرع الجزائري عقد الهبة في المادة 202 من قانون الأسرة بنصه على ما يلي: « الهبة تمليك بلا عوض، ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تماماً على إنجاز الشرط» "[3].

يتضح لنا أن معظم التعاريف السابقة للمذاهب الفقهية الأربعة والتشريع الجزائر أنهم اختلفوا فقط في استعمال الألفاظ التي تعبر عن الهبة إلا أنَّهم اتفقوا على أن الهبة تمليك المال بلا مقابل أي بدون عوض . وكل هذه التعاريف جاءت شاملة وعامة ،ونلاحظ أن التعريف القانوني متفق مع تعريف الشافعية في الألفاظ المستعملة .[4]

1- نورة منصوري : مرجع سابق .ص15.

2 – إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان : منار السبيل في شرح الدليل، على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، القاهرة ، دار الحديث ، ص (2 / 17) .

3 – القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404ه الموافق 09 يونيو 1984 المعدل بالأمر رقم 05-02، أنظر: فريق الحقوقيين ، قانون الأسرة الجزائر، دار الحديث، 2008 م ، ص 42.

4 – نورة منصوري: مرجع سابق ، ص 16 .

نلاحظ هنا نقص في الفقرة الأولى فلو أضاف المشرع كلمة في حال الحياة كانت الجملة أصح، وإلا قد يفهم منها أنها وصية . فالشرط الأساسي من بين شروط الهبة أنها تتم بين الأحياء .

لكن نلاحظ أن المشرع أضاف شيء جديد في الفقرة الثانية وهو أنه يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بأي التزام يتوقف على تمام الهبة سواء كان هذا الالتزام لمصلحة الواهب أو الموهوب له أو للغير أو للمنفعة العامة [1].

الفرع الثاني : مشروعية الهبة " فقها وقانوناً" :

الهبة تصرف خطير تنتج عنه آثار تمس ثروة الواهب ، قد ينتج عنها تأثيراً بالغاً في نفوس الأهل والأقارب ، لذا اختلفت نظرة المجتمعات إليها وهذا سبب تباين الأخلاق والقيم، ومن خلال هذا الفرع سَنَعرف موقف الفقه الإسلامي منها وخاصة ما جاء في الكتاب والسنة الشريفة .

أولاً : من القرآن الكريم

تحث الشريعة الإسلامية في كثير من الآيات والأحاديث على البر والإحسان ، وتمنح الواهب مطلق الحرية ولو شملت هبته كل أمواله ودليل ذلك ما جاء في كتاب الله عز وجل بقولـــه: ﴿لَن تَنَالُواْ ٱلۡبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُواْ مِمَّا تُحِبُّونَۚ وَمَا تُنفِقُواْ مِن شَيۡءٖ فَإِنَّ ٱللَّهَ بِهِۦ عَلِيمٞ ٩٢ ﴾ [آل عمـران : 92] ، ويقـول أيـضاً: ﴿ وَٱلَّذِينَ تَبَوَّءُو ٱلدَّارَ وَٱلۡإِيمَٰنَ مِن قَبۡلِهِمۡ يُحِبُّونَ مَنۡ هَاجَرَ إِلَيۡهِمۡ وَلَا يَجِدُونَ فِي صُدُورِهِمۡ حَاجَةٗ مِّمَّآ أُوتُواْ وَيُؤۡثِرُونَ عَلَىٰٓ أَنفُسِهِمۡ وَلَوۡ كَانَ بِهِمۡ خَصَاصَةٞۚ وَمَن يُوقَ شُحَّ نَفۡسِهِۦ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡمُفۡلِحُونَ ٩ ﴾: [الحشر: 9]

---

1 – نسيمة شيخ : مرجع سابق ، ص 16 و 17 .

ثانياً : من السنة النبوية الشريفة

وعلى غرار ما جاء في كتاب الله عز وجل حيث دعت السنة النبوية الشريعة في العديد من الأحاديث إلى الإحسان والبر وبالصدقة والهدية ، فيقول صلى الله عليه وسلم : ((لو دُعيتُ إلى كُراعٍ لأجبت ولو أهدي إليَّ كراع لقبلت)) [1]، وهذا من تواضعه عليه الصلاة والسلام .

وهكذا يدعوا المولى عز وجل إلى التصدُّق ، والعطاء لابتغاء مرضاة الله عز وجل ولنيل ثواب وجزاء هذه الأعمال الصالحة التي تكون خالصة لوجهه تعالى. فهو لا يضيع أجر من أحسن عملاً.

ومن كل ما تقدم يتضح أن عقد الهبة له خصائص تميزه عن باقي التصرفات القانونية الأخرى سندرجها من خلال الفرع الثالث وهي أركان الهبة وشروط انعقادها .

ثالثاً: موقف التشريع الجزائري من الهبة :

يتماشى موقف المشرع الجزائري من الهبة وأصالة الشعب الجزائري الذي يدين الإسلام السمح ويرتبط إيمانه وسلوكه به وتقاليده وقِيَمُهُ وأخلاقه بالحضارة الإسلامية والعربية ، ارتباطاً يضرب في أعماق التاريخ الحافل بالثقافة الإسلامية ؛ لذا وجب ربط حاضر أسرته بماضيها ، فاستمد أحكام الأسرة من تراثه الفقهي العظيم . وأغلب أحكام قانون الأسرة من الفقه المالكي وجمهور الفقهاء ، وأحال ما لم يُنَص عليه في القانون إلى أحكام الشريعة الإسلامية بمقتضى المادة 222 ق ـ أ.

وهكذا يتبيَّن أن موقف المشرع الجزائري من الهبة كان موقف انتماء وسند وأخذ من الفقه الإسلامي الذي سبق أن اعتمد القضاء في فصله في مسائل الهبة على مبادئه ، استند في أحكامه على قواعده مُقتفيا ما استقر عليه العمل من مذهب الإمام مالك رحمة الله [2].

1- البخاري: صحيح البخاري ، كتاب العتق ، باب العليل من الهبة (5/ 199) ، رقم 2568 من حديث أبي هريرة مرفوعاً به بمثله .

2 – محمد بن أحمد تقية : دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن ، الديوان الوطني للأشغال ، ط1 سنة 2003 ، ص 48 .

نظم المشرع الجزائري الهبة في باب التبرعات من قانون الأسرة في المواد من 202 إلى 212 في الكتاب الرابع الباب الأول" الفصل الثاني " وذلك لأنها موضوع فقهي كما أسلفنا .

وقد يهَبُ الأشخاص لأغراض متعددة منها ابتغاء الأجر والثواب للآخرة ومنها الاجتماعي والأسري ، فالقانون يُعتبر مجرد تقنين لهذه الأعمال إلاَّ أنَّ هناك مسألة التسجيل والتوثيق والإشهار وإبطال الهبة فقد شرط شروطاً معينة لا تصح الهبة إلاَّ بها؛ وذلك للآثار الناتجة واتصال الهبة بالعقار، وأن انتقال ملكية العقار لا تصح إلاَّ بالتسجيل[1].

الفرع الثالث : أركان الهبة وشروط انعقادها :

الهبة عقد كسائر العقود الأخرى، لكي يُبرم صحيحاً لابد من أن تتوفر فيه أركانه، وشروط صحته ، وهذا ما سنوجزه فيما يلي :

أولاً : أركان الهبة :

أ- **الواهب:** بينت المادة 203 من قانون الأسرة شروط الواهب، ولم تتعرض لشروط الموهوب له ، وذلك لأن الضرر يلحق بالواهب دون الموهوب له .وهذا نص المادة 203 قانون الأسرة :« يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، بالغاً تسع عشرة (19) سنة وغير محجور عليه »[2].

وهذه الشروط ثابتة شرعاً أيضا لأن الواهب هو من له حق التبرع ويجب أن يكون بالغاً ، عاقلا غير محجور عليه ، إذا اختل شرط من هذه الشروط لا تصح الهبة .

ب) الموهوب له: وهو من له حق التملك للهبة . ولم يشترط الشرع ولا القانون أي شروط عليه لأن الهبة لفائدته وصالحه حتى ولو كان حملاً . بشرط أن يولد حياً كما جاء في نص المادة 209 قانون الأسرة الجزائري .

---

1 – نورة منصوري : مرجع سابق ، ص 19 .

2 – قانون الأسرة ، مصدر سابق ، ص 42.

جـ) الموهوب : وهو كل مملوك يقبل النقل كالثوب والدار ...الخ وان يكون خالٍ من الفساد والعيوب، كما يشترط في المباع .

د) الصيغة : كوهبتك وأعطيتك .[1]

ثانياً : شروط انعقاد الهبة :

1) في قانون الأسرة الجزائري:

نصت المادة 206 من قانون الأسرة :« تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم الحيازة...»[2] ذكرت هاته المادة شرطين هامين لانعقاد الهبة وهما .

أ- تطابق الإيجاب والقبول : من خلال نص المادة هذا نلاحظ أنها أكدت بصريح العبارة على حتمية انعقاد الهبة بالإيجاب من الواهب وقبول من الموهوب له .

ب- الحيازة : ويقصد بها تمكين الموهوب له من وضع يده على الشيء الموهوب قصد السيطرة عليه والظهور بمظهر صاحب الحق ولا يمكن ذلك إلا بالتسليم للموهوب له لات الحيازة ركن جوهري في الهبة.

2) شروط الانعقاد في الفقه الإسلامي :

أ) الشافعية والحنابلة : الهبة لا تنعقد إلا بالإيجاب والقبول .

ب) أبي حنيفة وصاحبيه: القبول شرط للتملك لا للانعقاد وعليه تنعقد الهبة بالإيجاب فقط.

حـ) فريق من المالكية : وعلى رأسهم مالك تنعقد الهبة بالقبول ويُجْبَرُ على القبض كالبيع[3].

من استقراء نص المادة 206 ق ـ أ وآراء الفقهاء في شروط الانعقاد نلاحظ أن المُشرع الجزائري أخذ برأي الجمهور بضرورة تطابق الإرادتين والإيجاب والقبول وعلى وجوب الحيازة وإلاَّ تُصبح الهبة باطلة .

1- ابن أبي زيد القيرواني: رسالة الطالب الرباني ، تح / محمد محمد ثامر ، القاهرة ، مصر ، مكتبة الثقافة الدينية ، باب الشفعة والهبة ، ص (3/ 12).

2 – قانون الأسرة ، مصدر سابق ، ص 43.

3- أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد : بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، الجزائر ، دار شريفة / كتاب الهبات ، ص (2/ 324) .

المطلب الثالث : مفهوم الوقف :

يعتبر الوقف تصرفاً من بين التصرفات التبرعية في حال حياه المورث ، لكن هناك ما يميزه عن باقي التصرفين ، الوصية والهبة وذلك من خلال تعريفه وشروط صحته وهذا ما سنبينه فيما يلي :

الفرع الأول : تعريف الوقف :

للوقف عدَّة تعار يف لغوية وفقهية وقانوني سَنُوجزهَا فيما يلي :

أولاً : تعريف الوقف لغة :

الوقف لغة هو مِنْ وقف ـ الوقوف خلاف الجلوس ، وقال الليث: الوقف مصدر قولك وقفت الدابة ، ووقفت الكلمة وقفاً ، أي الحبس[1].

وهو أيضاً : الحبس والمنع ، وقفت الدار وقْفاً ، حبستها حبْساً في سبيل الله والجمع أوقاف .

ثانياً : تعريف الوقف فقهاً :

هو عند جمهور الفقهاء : حبس العين على ملك الله تعالى، والتصدق بالمنفعة على جهة من جهات البر ابتداءً وانتهاءً [2] وسنفصل في تعريف أئمة المذاهب بما يلي : 1-1- **المذهب المالكي** : يعرف الوقف بأنه : حبس العين عن التصرفات التمليكية مع بقائها على ملك الواقف والتبرع اللازم بِرَيْعِها على جهة من جهات البر.

2- **المذهب الحنفي** يعرف الوقف بأنه حبس العين على ملك الواقف والتصرف بمنفعتها على جهة من جهات البر في الحال والمآل، فهم يجيزون بقاء الموقوف عند الواقف ويجوز له التصرف فيه، وإذا مات ينتقل إلى ورثة من بعده ، وكل ما يترتب على الوقف هو التبرع بالمنفعة ويجوز الرجوع في أي وقت.

1- ابن منظور : لسان العرب ، مادة وقف ، ص (6 / 4898) .

2- القيرواني : كفالة الطالب الرباني ، مرجع سابق ، ص (3 / 4) .

3- **المذهب الشافعي والحنبلي** يعرف الوقف بأنه حبس العين على حكم ملك الله تعالى والتصدق بالمنفعة على جهة من جهات البر ابتداءً وانتهاءً ، ويرى أصحاب هذا الرأي بأن الوقف يُخرج المال الموقوف عن مُلك واقفة ولا يتصرف فيه ويجعل ثمرته على الموقف عليهم .[1]

ثالثاً : التعريف القانوني للوقف :

عرف المشرع الجزائري الوقف في المادة 213 من قانون الأسرة جاء فيها :

« الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق »[2].

يتضح لنا من هذا التعريف أن المشرع الجزائري أخذ برأي جمهور الفقهاء ، إذ أخرج المال الموقوف عن ملك الواقف بعد تمام الوقف . واشتَرَطَ لصحة الوقف أن يكون مؤبداً لأنه صدقه دائمة ، لكنه لم يحدد إلى من تؤول ملكية المال الموقوف .

وقد أكد القضاء الجزائري هذا التعريف ، حيث قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 19 ماي 1998 وهو نفسه تعريف المادة 213 من قانون الأسرة .

وقد أصدر المشرع الجزائري بتاريخ 27 أبريل 1991 القانون رقم 91 / 10 المتعلق بالأوقاف ، فعرف الوقف في المادة الثالثة منه بأنه :« حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير »[3] .

وهذا التعريف أكثر وضوحاً من التعريف الوارد في المادة 213 منه قانون الأسرة ؛ لأنه بيَّن أن التصدق يكون بالمنفعة وليس بالعين الموقوفة .

وأضاف عبارة المنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والإحسان مقتدياً في ذلك بتعاريف فقهاء الشريعة الإسلامية .[4]

الفرع الثاني : مشروعية الوقف:

---

1 – حمدي باشا : مرجع سابق، ص 74 .

2- قانون الأسرة : مرجع سابق ، ص 49 .

3 – المادة 03 ، قانون رقم 10/91 مؤرخ في 27 أبريل 1991، المتعلق بالأوقاف ، المعدل والمتمم .

4 – نسيمة الشيخ : مرجع سابق ، ص 253 و 254 .

لم يكن نظام الوقف نظاماً مستجلباً أو تجميعاً لعادات عربية سبقت الإسلام بل هو نظام إسلامي أصيل، مستمد من القرآن الكريم وأصوله المباشرة في السنة النبوية الشريفة . وقد أكد هذه النشأة الإسلامية . قول الإمام الشافعي رحمة الله : " لم تُحبس أهل الجاهلية ، وإنما حبس أهل الإسلام " [1].

إن المصادر الأصلية في الإسلام هي الكتاب والسنة والإجماع وفي كل هذه المصادر حديث مجمل ومفصل عن الوقف .

أولاً: من القرآن الكريم : تحتل نظرية الإحسان العام مكانها في نصوص القرآن الكريم ، الوقف ليس إلا لونا من الإحسان بل هو إحدى صوره الرئيسة ، وقد حثت على ذلك آيات كثيرة منها قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡبِرِّ وَٱلتَّقۡوَىٰۖ وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡإِثۡمِ وَٱلۡعُدۡوَٰنِۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَۖ إِنَّ ٱللَّهَ شَدِيدُ ٱلۡعِقَابِ ﴾[المائدة : 2] ومنها قوله : ﴿لَن تَنَالُواْ ٱلۡبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُواْ مِمَّا تُحِبُّونَۚ وَمَا تُنفِقُواْ مِن شَيۡءٖ فَإِنَّ ٱللَّهَ بِهِۦ عَلِيمٞ ٩٢ ﴾ [آل عمران : 92] ويقال أن أبا طلحة لما سمع بهذه الآية وقف بستانه في المدينة المسماة " بيرحاء " الذي هو أحب أمواله إليه على وجوه البر ابتغاء مرضاة الله .

هذه الآيات لا تدل مباشرة على مشروعية الوقف ولكنها تُشرع للإحسان العام ويأتي الوقف في المقدمة لما يؤديه من خدمات عامة دينية وعلمية واجتماعية .

ثانياً: من السنة النبوية الشريفة :

من سنة رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ شرع الوقف وأمر به فمن أحاديثه ـ صلى الله عليه وسلم ـ ((إذا مات العبد انقطع عمله إلا من ثلاثة أشياء من صدقة جارية ، أو

---

1 – إبراهيم بن محمد: مرجع سابق، ص (2/ 5) .

علم ينتفع به ، أو ولد صالح يدعو له)) [1]. رواه مسلم . وقد فسر الفقهاء الصدقة الجارية بأنها الوقف لأن منافعه تظل دائمة .

ومن الآثار ما روي من عدة أطرف أن الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ وقف سبع حواط بالمدينة ـ أي سبعة بساتين من النخيل . وكانت هذه الحواط من أموال مخيريق، يهودي قيل أنه أسلم , قال إن أُصبت فأموالي لمحمد يضعها حيث أراه الله ، وقد حبس أبو بكر الصديق ـ رضي الله عنه ـ مرباعاً له بمكة وتركها فلا يُعرف أنها ورثت عنه[2].

ثالثاً: موقف المُشرع الجزائري من الوقف:

اهتم المشرع الجزائري بتنظيم أحكام الوقف فصدرت بذلك سلسة من القوانين تُكرس مشروعية الوقف أهمها:

ـ القانون رقم 64ـ 283 يتضمن نظام الأملاك الحبسية العامة .

ـ القانون رقم 91 ـ 10 يتضمن قانون الأوقاف المعدل والمتمم .

ـ القانون رقم 01 ـ 07 يتعلق بتعديل قانون الأوقاف.

ـ القانون رقم 02 ـ 10 يتعلق بتعديل قانون الأوقاف.

ـ المرسوم التنفيذي 98 ـ 381 يتضمن شروط إدارة الأملاك الوقفية.

* أخذ المشرع الجزائري أحكام الوقف من مبادئ الشريعة الإسلامية .

الفرع الثالث : أركان الوقف وشروط صحته :

بعد التعرف على الوقف لغة واصطلاحاً وقانوناً في الفرع الأول، وفي هذا الفرع سنتعرض لأركان الوقف وصحته .

1- أبي الحسين مسلم بن الحجاج ، صحيح مسلم ، اعتنى به/ أبو صهيب الكرمي ، الرياض ، السعودية بيت الأفكار الدولية ، 1419هـ ، 1998 م ، كتاب الوصية ، ح/ 1631 ص 670 .

2 – محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي : أحكام الميراث والوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء ، مصر الإسكندرية ، دار المطبوعات الجامعية –2011 ، ص 443 ← 445.

لكي يعتبر الوقف صحيحاً؛ لابد من توافر مجموعة من الأركان هي نفسها شروط صحته، شروط في الواقف ومحل الوقف وحتى الموقوف عليه. وهي كالآتي :

1- شروط الواقف : وهي أن يكون الواقف بالغاً ، عاقلاً وغير مكره ، ولا يَشترط جمهور الفقهاء أن يكون مسلماً، وأضاف المشرع الجزائري أن يكون ممن يصح تصرفه في ماله أي غير محجور عليه لسفه أو دين .

2) محل الوقف : يشترط في المال الموقوف ليصبح وقفاً أن يكون :

أ- مالا منقولاً _ عقاراً _ منفعة .

ب- معلوماً محددا : يجب أن يكون المال الموقوف معلوماً وقت وقفه .

ج - أن يكون مشروعا ، إذ لا يجوز وقف الخمور والمخدرات .

د- أن يكون مملوكاً للواقف وقت وقفه ملكاً باتاً لازماً .

وتثور مشكلة بالنسبة للمال المشاع، هنا أجاب المشرع بالمادة 11 فقرة 3 على ذلك "ويصح وقف المال المشاع، وفي هذه الحالة تتعين القسمة " [1] ومعنى هذا أنه إذا لم تتم القسمة لا يجوز وقفه .

أما بالنسبة للمال المرهون ، المشرع الجزائري لم يتعرض له إلا أنه غير جائز للوقف لأنه مهدد بخطر الزوال .[2]

3) الموقوف عليه : أن يكون جهة بر وإحسان ولا يشترط في الموقوف عليه قبوله إذا كان غير معين كالفقراء ، أما إذا كان معين وكان أهلاً للقبول والرد فهنا يشترط القبول .[3]

4) شروط الصيغة : يجب أن تكون منجزة ، أن لا تقترن يشترط باطل، أن لا تكون الصيغة مقترنة بما يدل على التأقيت (يجب أن يكون الوقف مؤبداً) .[4]

---

1 – قانون الأوقاف ، مصدر سابق .

2 – عمر حمدي باشا : مرجع سابق ، ص 76 إلى 78.

3 – القيرواني : كفاية الطالب الرباني ، باب الشفعة والهبة ، ص (3 / 27) .

4 – أحمد فراج حسين : أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية ، الإسكندرية ، مصر، دار الجامعية الجديدة للنشر ، 2003 ، ص 249 إلى 251 .

المبحث الثاني : ماهية مرض الموت :

إن المشرع الجزائري لم يأت بتعريف دقيق لمرض الموت ولا لشروطه، ولكنه اكتفى برد تصرفات المريض مرض الموت إلى مواد القانون المدني . وذلك في المادة 204 من قانون الأسرة .

لهذا فالمرجع الأساسي لتعريف مرض الموت وشروطه وطرق إثباته تعود إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وذلك حسب ما جاء في نص المادة 222 من قانون الأسرة التي تُحيل كل ما لم يرد فيه النص في القانون إلى أحكام الشريعة الإسلامية ، وباعتبار مرض الموت من مسائل الأحوال الشخصية[1] سنوجز تعريفه وشروطه فيما يلي :

المطلب الأول : مفهوم مرض الموت وشروطه :

هناك تعاريف مختلفة لفقهاء الشريعة الإسلامية سنتطرق لأهم وأدق التعاريف والشروط فيما يلي :

الفرع الأول : تعريف مرض الموت :

قد عرَّف أغلب فقهاء الشريعة الإسلامية مرض الموت بأنه المرض الذي يغلب فيه الهلاك ، ويقعد الشخص عن القيام بمصالحه ، ويتصل به الموت فعلاً ومباشرة سواء مات الشخص بسبب ذلك المرض ، أو بطارئ آخر كحادث مرور مثلاً ، طالما أن الوفاة وقعت أثناء المرض .

1) لا يعتبر مريضاً مرض موت الشخص الذي يقعده مرضه عن أداء شؤونه العادية ومصالحة .

2) لا يعتبر مريضاً مرض الموت الشخص الذي يقعد بمرضه مدَّة ، ثم يُشفى منه ولا يغلب فيه الهلاك والموت .[2]

1- محمد بن أحمد تقية : مرجع سابق ، ص 50 .

2 – عبد العزيز محمودي : رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري ، البليدة ، قصر الكتاب ، 2006 ، ص 32 – 33 .

الفرع الثاني : شروط مرض الموت :

لم يتفق الفقهاء في حصر شروط مرض الموت، ومع ذلك فإن الراجح عندهم هو توافر الشروط التالية:

أولاً: أن **يقعد المريض مرض الموت عن قضاء مصالحه:**

المصالح المقصودة هي التي من العادة أن يقوم بها الشخص وهو في صحته ومن بين ذلك أعماله المهنية والتسوُّق ، وليس من الواجب أنْ يُقعِده الفِراش، فقد يعجز الإنسان عن قضاء مصالحه دون مرض كحالة الشيخوخة مثلا وقد حكمت محكمة الاستئناف المصرية بأن : مرض الموت هو المرض الذي يفاجئ الإنسان في صحته ، وينتهي بالموت بحيث يشعر المصاب بقرب وانتهاء أجله ، وليست الشيخوخة من أمراض الموت .

ثانياً: أن يغلب في المرض خوف الموت :

يجب أن تغلب خشية الهلاك والموت، فلا يكفي قعود المريض عن قضاء مصالحة، فكل الأمراض التي يقعد فيها المريض عن قضاء مصالحه كالأمراض المزمنة مثلاً، والشيخوخة...الخ ، لا يغلب فيها خوف الموت وإن زادت شدَّة المرض فيها [1]، ففي هذه الحالة تكون تصرفات المريض صحيحة كتصرفات الأصحاء ، وفسر بعض الفقهاء ، امتداد المرض بسنة، فإذا بغي المريض بعلته ما يزيد عن سنة بعد تصرفه بعدها كتصرف الصحيح ما لم تتغير حالته .

وقد فضت أغلب محاكم مصر بتفسير امتداد المرض بسنة [2]، مهما يكن هذا المرض مرض أو غير مزمن ، المهم أن يؤدي إلى الموت على امتداد سنة .

ثالثاً : انتهاء المرض بالموت فعلاً :

كما أسلفنا كل تصرفات المريض ما لم تنته بالموت فعلاً ، فهي تصرفات كتصرفات الأصحاء ، ولو أقعده المرض عن قضاء مصالحه ، وغلبت فيه خشيه الموت، ولا يجوز

1- عبد الرزَّاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، البيع والمقايضة ، لبنان ، دار إحياء التراث العربي ، ص (4 / 314) .

2 – عبد العزيز محمودي : مرجع سابق، ص 34 .

للوارث الطعن في تصرفاته ما دام المريض حياً ، فبحدوث الموت فعلا يملك الوارث حق الطعن في تصرفات مورثه الواقعة في مرض الموت ، والمريض الذي تصرف وهو يعتقد أنه سيموت ثم شُفِيَ له حق الطعن في تصرفه للغلط في الباعث الذي هو خشية دنوا جله " الموت " [1].

المطلب الثاني : حالات حكمها حكم مرض الموت

الفرع الأول : المقصود بهذه الحالات

هناك من تعرض إليها من المالكية في كتاب النفيس في شرح موطأ ابن أنس به. جاء فيه « قد تنزل بالأصحاء أحوال تتحقق فيها هذه العلة فوجب أن يكون حكمهم حكم المريض، حصر تصرفهم على الثلث كالحامل في أخريات أمرها، والملجج في البحر ، وحاضر الزحف في القنال والتعرض للصنف، وهي مسألة من مسائل الخلاف» [2].

وهناك من قال أنها هي الحالة النفسية التي تجعل المريض يشعر بدنو أجله ، ولو كان سليماً في بدنه، بل وحتى وإن لم يكن مريضاً صلاً ، فالعبرة في الحالة النفسية للمريض يغلب فيها الهلاك وتتصل بالموت فعلاً ، كالمحكوم عليه بالإعدام والجندي في ساحة القتال، ومن يوجد في سفينة أشرفت على الغرق، فكل تصرفات الشخص في هذه الفترة يأخذ حكم تصرف المريض مرض الموت .[3]

محكمة النقض المصرية قضت بأنه " لا يشترط لاعتبار المرض مرض مرت أنه يؤثر على سلامة إدراك المريض ،أو يُنقض من أهليته للتصرف " [4].

---

1 – عبد العزيز محمودي : مرجع سابق، ص، 33.

2– أبي بكر محمد بن عبد الله أبي العربي الأندلسي المالكي : القبس في شرح موطأ ابن أنس تح / اليمن نصر الأزهري ، وعلاء إبراهيم الأزهري، لبنان – دار الكتب العلمية، ط 1 ، 1998، ص 3 / 501.

3– عبد العزيز محمودي : المرجع السابق ، ص 36 –37 .

4– عبد الرزاق السنهوري : الوسط في شرح القانون المدني الجديد ، البيع والمقايضة، لبنان ، دار إحياء التراث العربي، ص (4/ 315) .

الفرع الثاني : موقف المشرع والقضاء

المشرع الجزائري في نص المادة204 نص على أن الهبة في مرض الموت والحالات المخيفة تعتبر وصية ،فلم يبين المقصود من هذه الحالات فهذا الوصف يحتاج إلى تفسير من قبل القضاة، قضى مجلس قضاء البليدة بما يلي : «حيث يتبين من خلال ملف الدعوى والوثائق المرفقة به لاسيما الملف الطبي وأن الواهبة كانت تعاني من داء الكلى ، وان مرضها هذا كان في مرحلته الأخيرة ،حيث أن الواهبة ماتت بعد مرور أقل من 10 أشهر ، حيث عملا بالمادة 204 من ق – أ فإن الهبة في مرض الموت والحالات المخيفة حكمها حكم الوصية »1.

1 – ملف رقم 1099، قرار بتاريخ 01– 04 –2000 م ، مجلس قضاء البليدة ، أنظر :عبد العزيز محمودي ، مرجع سابق ص38.

خلاصة الفصل التمهيدي

وكنتيجة لما رأيناه في الفصل التمهيدي من تعار يف ومشروعية وأركان للتصرفات التبرعية يمكن الخروج بالنتائج التالية:

كل من الوصية ، الهبة والوقف تصرفات تبرعية محضة تخضع للإرادة المنفردة للشخص .

إذا كان الباعث مشروع تصبح من أعظم أعمال البر والإحسان التي ينال بها أعظم الأجر في الدنيا والآخرة .

كل هذه التصرفات التبرعية مشروعة في الشريعة الإسلامية و القانون .

الوصية تصرف مضاف لما بعد الموت ، مرتبطة بثلث التركة ؛ لذا فهي لها ميزات خاصة عن باقي التصرفات التبرعية .

يجب ألا تتجاوز الثلث، ولا تكون لوارث إلا بإجازة باقي الورثة .

أما الهبة فلا حدود فيها لأنها في حال الحياة والصحة أما إذا كانت في حال مرض الموت هنا يتغير حكمها.

الهبة لا تصح إلا بالحيازة وإلا تكون باطلة وفيها تنتقل الملكية من الواهب إلى الموهوب له.

الوقف من الصدقات الجارية التي يتقرب بها العبد إلى خالقه ، له شخصية معنوية مستقلة ، ولا تنتقل به الملكية بل هو تبرع بالمنافع على وجه التأبيد.

تنفذ كل شروط الواقف المشروعة لان شرط الواقف كنص الشارع.

مرض الموت لم يعرفه المشرع الجزائري لكنه أخذ بما جاء في الفقه الإسلامي.

مرض الموت له شروط كما ذكرها فقهاء الشريعة الإسلامية وهي:

- أن يقعد المريض مرض الموت عن قضاء مصالحه.
- أن يغلب في المرض خوف الموت .

- انتهاء المرض بالموت فعلاً بعد مرور سنة من تاريخ بداية المرض إلى الوفاة .
- الشيخوخة والأمراض المزمنة ليست أمراض موت.
- توجد حالات حكمها حكم مرض الموت ،المشرع الجزائري يذكرها في نص المادة ولم يبنها وبالتالي يتم تطبيق ما جاء في الفقه الإسلامي.

الفصل الأول:

حماية الورثة في التصرفات التبرعية في حاله صحة مورثهم

من الثابت شرعا وقانونا أن الإنسان حر في كل ما يقوم به من تصرفات تبرعية حتى لو كانت خطيرة وضارة ضررا محضا له ولورثته ، ومن بين هذه التصرفات التي هي محل الدراسة في هذا البحث ، وهي الوصية ، الهبة والوقف.

ولهذه التصرفات أثر قانوني لأنها سبب من أسباب نقل ملكية الأموال من المتبرع إلى المُتبرِّع له .

وقد يلجأ المتبرع وهو في حال صحته إلى إصدار تبرعات كالوصية التي خصتها الشريعة الإسلامية بضوابط محددة لأنها تصرف لما بعد الموت نافذة في ثلث التركة .

وقد يتصرف المورث وهو في حال صحته لأحد ورثته بتصرف كالهبة مثلا ويشترط الحيازة والمنفعة مدى الحياة واعتبر هذا التصرف وصية مستترة وفيه تحايلا على أحكام الميراث .

لكن القانون تصدى لمثل هذه التصرفات وغيرها .

وهناك تصرفات في الهبة والوقف لبعض الورثة دون الآخرين غير عادلة ،كل هذه التصرفات سنتعرض لها بإيجاز وذلك من خلال المبحثين التاليين:

***المبحث الأول : أساس حماية الورثة في الوصية.**

***المبحث الثاني : حماية الورثة في الهبة والوقف في حال صحة مورثهم.**

المبحث الأول : أساس حماية الورثة في الوصية.

الوصية نظام عرفه الإنسان منذ القديم ، لكنها كانت مطلقة.

وبعد ظهور الإسلام نظمتها الشريعة الإسلامية تماشيا مع مبادئ العدل والإنصاف وروح البر، وفي هذا المبحث سنبين أساس الحماية التي وفرها الشارع الحكيم ، وحذا حذوه المشرع الجزائري ؛ وذلك بوضع ضوابط خاصة لتقيدها ، وعلّة ذلك عدم الإضرار بالورثة ،فقسمنا المبحث إلى مطلبين هما كالآتي:

المطلب الأول :تقييد حرية الإيصاء .

بما أن الموصي وحده له حرية التبرع بماله بإرادته المنفردة لمن يشاء؛ لذا وضعت لذا وضعت ضوابط لهذه الحرية تتمثل فيما سنذكره في الفروع التالية:

الفرع الأول: لا وصية لوارث.

عند دراسة شروط صحة الوصية ، نجد أن من بينها ألا يكون الموصى له وارثا ؛ لأنه يستحق الإرث بالفعل وقت وفاة الموصي ،ولو انتفى عنه سبب الإرث وقت إبرام الوصية تكون الوصية له صحيحة ، وهذا باتفاق العلماء ،وينقصها إجازة الورثة فقط حتى لو كانت في حدود الثلث ، وهذا مصداقا لقوله *صلى الله عليه وسلم*ـ ((إنّ الله أعطى لكل ذي حق حقه فلا وصية لوارث))[1].

وقوله أيضا: ((لا وصية لوارث إلاّ إذا أجازها الورثة.))[2] يتضح لنا جليا أنه لصحة الوصية أن لا تكون لوارث إلا إذا أجازها الورثة أما إذا أجازها البعض و رفضها البعض تنفذ في حق من أجازوها[3].

1- محمد بن الشوكاني: نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، اعتنى به :رائد صبري ، لبنان بيت الأفكار الدولية، 2009، كتاب الوصايا،ح/ 2530 ، ص 8113.

2 – نفسه: كتاب الوصايا،ح/2530 ، ص1138.

3 – نسيمة شيخ : مرجع سابق، ص 209، 210.

الفرع الثاني : عدم تجاوز الوصية لثلث التركة .

إنّ الحدود الشرعية والقانونية للوصية هي عدم تجاوز ثلث التركة وهذا ما جاء في نص المادة 185 ق_أ ، فإذا زادت الوصية عن هذا الحد تتوقف على إجازة الورثة وإلا تكون الوصية باطلة (نص المشرع على ذلك في نصوص المواد 185و189ق_أ) وكذلك المادة (408 قانون مدني).

وقد جاء في حديث لرسول الله _ *صلى الله عليه وسلم_لسعد* بن أبي وقاص وهو في مرض الموت حيث قال له :((الثلث والثلث كثير)).[1]

وكنتيجة لهذا الحديث إن مازاد عن ثلث التركة فهو من حق الورثة وليس للقاضي ولا للمحكمة من سلطة عليهم في تنفيذ الزيادة.

والوصية إذا تجاوزت الثلث القانوني هناك آراء فقهية ، حيث يذهب الفقه المالكي بأن الوصية لغير الوارث إذا تجاوزت الثلث فهي باطلة بالنسبة للزيادة ،أما إذا أجازها الورثة فهي تأخذ حكم الهبة من أموالهم ،وهناك من المالكية من يقول أن الزيادة في الوصية صحيحة بشرط أن لا تكون لوارث ،وأنها موقوفة على إجازة الورثة ، أما إذا لم يكن للموصي من وارث ، فالزيادة عن الثلث باطلة و تؤول إلى الخزينة العامة وهذا رأي جمهور الفقهاء المالكية ، الحنابلة والشافعية؛ لأن المال ميراث للمسلمين ولا مجيز له منهم ، ويرى الشافعية والحنابلة أن الزيادة في الثلث في الوصية موقوفة أيضا على إجازة الوارث إذا أجازها صحت ، وإذا لم يجزها بطلت ،و الوصية بالزيادة عن الثلث باطلة عند المالكية .

ويستحب في الفقه ٱلإسلامي أن ألا تتجاوز الوصية الثلث سواء أكان ورثته أغنياء أم فقراء.[2]

1- مسلم : صحيح مسلم ، كتاب الوصية، ح 1628 ص668. البخاري : صحيح البخاري ، كتاب الوصايا،ح/2742، ص527.

2 – العربي بالحاج : مرجع سابق ، ص (271/2، 276) .

كما هو معروف فإن الوصية معلقة بالميراث ومرتبطة به ارتباطا وثيقا فلا تقسم التركة إلا بعد نفاذ الوصية .

وهنا ندرج :

أمثلة :

الفرض الأول : في حلة إجازة كل الورثة.

فلو توفي شخص عن أب وأم ووصية بالنصف أجازها الورثة المذكورين والتركة 30مليون سنتيم ، فيُعطى الموصى له ½ التركة وهو 15 مليون سنتيم ، والباقي يقسم حسب فرضيهما وهو الأم 3/1 لعدم وجود الفرع الوارث وهو 5 مليون سنتيم والباقي يأخذه الأب باعتباره من العصبة وهو 10 مليون سنتيم.

الفرض الثاني : في حالة ما إذا أجاز بعض الورثة الوصية ولم يجزها البعض.

أما إذا أجازها بعض الورثة ولم يجزها البعض الآخر في هذه الحالة نضطر إلى حل المسالة على فرضين كالاتي :

أولا: إجازة كل الورثة ونحل كالمثال السابق .

ثانيا : فرض عدم الإجازة منهم جميعا ، فمن أقر الوصية نفذ الإقرار في حقه ، وبالتالي يأخذ نصيبه على فرض الإجازة ، والباقي وهو الفرق بين الإجازة وعدمها يضم إلى الوصية [1]

المطلب الثاني : سبب تقييد حرية الموصي.

تعد الوصية من المسائل الهامة والمرتبطة بالميراث ، والتي أولاها الشارع الحكيم اهتماما بالغا ، فوضع أحكام المواريث العادلة على أساس التسوية بين الطبقات ، وبالمقابل منح الشخص حق الوصية ليتدارك ما عساه يكون قد فاته في حياته من واجبات مصداقا لقوله _صلى الله عليه وسلم – حيث قال: ((إنّ الله تبارك وتعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم فضعوه حيث شئتم)).

[1] الرشيد بن شويخ: الوصية والميراث ، دار الخلدونية ، ص 48 .

الفرع الأول : الوصية تمليك مضاف لما بعد الوقت .

يشترك كل من الوصية والميراث في وقت الخلافة في المال وذلك يكون بعد الوفاة مباشرة حيث تنتقل الملكية بالوصية قبل تقسيم التركة ، وذلك كما أسلفنا يكون في حدود ثلث التركة ؛ وهذا بعد سداد الديون .

كل القوانين العربية والمشرع الجزائري أخذت أحكام الوصية من مبادئ الشريعة الإسلامية إلا في بعض الأحكام الطفيفة.

وقد أخذت المحكمة العليا في قرار لها: من المقرر قانونا أن الوصية هي تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع وهي مقدمة على التركة ،ولما كان النزاع الحالي يتعلق بقسمة التركة وقد أثار أحد الأطراف أثناء الدعوى دفعا يتعلق بوجود وصية فإنّ قضاة الموضوع كانوا ملزمين بمناقشة ذلك، استثناء للدلائل المقدمة لهم لإثباتها أو نفيها ولا يمكن القول أبدا بأنها نفذت في حياة المورث لأن في ذلك خرق للقانون ولإحكام الشريعة مما يعرض قضائهم للإبطال [1].

ويتضح مما سبق أن الوصية مرتبطة ارتباط وثيقا مع الميراث مما يجعلها تشكل خطرا على الذمة المالية للوثة فيصبح حقهم معلق في الثلثين من التركة فقط.

وهذا هو السبب الرئيسي لتقييد حرية الموصي.

الفرع الثاني : منع الإضرار بالورثة .

كما هو معلوم أن الأصل في الوصية هو التقرب إلى الله عز وجل إ ذا الهدف منها فعل الخير وتحقيق التكافل الاجتماعي لأنها تصرف تبري على الفقراء أو لذي رحم، أو لدور العلم ...الخ.

وهناك وصية مكروهة كوصية صاحب المال القليل للغير.

وقد تعتبر الوصية باطلة إذا كان القصد منها الإضرار بالورثة وحقوقهم وذلك مصداقا لقوله عز وجل ﷻ: مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ غَيۡرَ مُضَآرّٖۚ وَصِيَّةٗ

1 عبد العزيز محمودي : مرجع سابق، ص 27.

مِّنَ ٱللَّهِ ۗ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ ﴿١٢﴾ [النساء :من 12] وفسر القرطبي "غير مضار" أي مدخل الضرر على الورثة بان تزيد الوصية عن الثلث وذلك لان حق الورثة معلق بالثلثين الباقيين من بعد الوصية من مال الموصي بعد وفاته .

وقد يلجأ الموصي هروبا من القانون إلى التحايل بالوصية المستترة.

المبحث الثاني : حماية الورثة في الهبة والوقف في حاله صحة مورثهم :

بعد دراسة مدى مشروعية ، وفوائد كل من الهبة والوقف في الشريعة الإسلامية وفي القانون الجزائري ، يتضح جلياً أن لكل إنسان حرية مطلقة في التصرف في

ثروته كيفما يشاء ، ولمن يشاء ، ونظراً لخطورة هذين التبرعين " الهبة والوقف " على أموال المتبرع، وهو في حال الصحة على الورثة . فمن خلال هذا المبحث نُريد التوصل فيما إذا كانت هناك حقوق أو أوجه لحماية الورثة من هذين التصرفين لذا قسمت هذا المبحث إلى مطلبين وهما كالآتي :

المطلب الأول : حماية الورثة في هبة مورثهم في حالة صحته:

الهبة تصرف تبرعي بحت ، قد يريد به المتبرع وجه الله وتصبح صدقة، وقد يريد بها لتودد لشخص ما ، أو محاباة أحد أولاده على الآخرين ، أو لكل أولاده لكن الهبة تصرف خطير قد يؤدي الورثة ، فما مدى حماية منها شرعاً وقانوناً . وهل لديهم حقوق في أموال مورثهم لمعرفة ذلك قسمت المطلب إلى فرعين هما كالآتي :

الفرع الأول : وجه حماية الورثة في الهبة حاله صحة مورثهم :

يمكن القول بأن هناك وجهين لحمايتهم وهما كالآتي :

العدل بين الأولاد :

إن الهبة لبعض الأولاد دون الآخرين ، تدل على التفضيل بينهم وإن مقصد الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الأصيل للهبة فهي تحث على العدل والتسوية بين الأبناء في العطاء ، وقد اختلف الفقهاء ، في هذه التسوية فمنهم من يقول التسوية المستحبة أن يقسم بينهم على حسب قسمة الميراث للذكر مثل حظ الاثنين ، هذا قول أحمد وعطاء وتسريح وإسحاق ومحمد بن الحسن ، وقال قوم منهم مالك ، الشافعي أبو حنيفة وإن المبادر بالتسوية بينهم أن تعطى الأنثى مثل مايعطى الذكر.[1]

ومما جاء في السُنَّة عن النعمان بن بشير قال : قال النبي – صلى الله عليه وسلم –((اِعْدِلُوا بين أبنائكم . اعدلوا بين أبنائكم ، اعدلوا بين أبنائكم)) [2].

---

1 – الشنقيطي : مواهب الجليل من أدلة الخليل ، كتاب الشفعة والعقبة ، ص (4 /180) .

2– الشوكاني :نيل الأوطار ، كتاب الهبة والهدية ، ح/2481 ، ص 1116 .

وفي حديث آخر عن النعمان " أن أباه أتى به رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فقال: أني نحلت ابني هذا غلاماً كان لي ، فقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – : ((أكُلَ ولدك نحلته مثل هذا))، فقال لا قال :((أرجعه)) [1] .

فتاوى :

1)– وقد أفتى فضيلة "الشيخ أحمد حماني* بأن الهبة لبعض الأبناء دون البعض بما جاء به الرسول – صلى الله عليه وسلم – بأن الهبة لبعض الأبناء دون الآخرين (بالجُور) والجور لا يقر ولا يمضي وهذا ما جاء في نص الحديث الصحيح وهو أن بشير بن سعد أراد أن يهب بعض ماله لابنه النعمان ، وإن يحصه دون أبنائه وأن يشهد الرسول – صلى الله عليه وسلم – بذلك ولما عرف الرسول – صلى الله عليه وسلم – بأن الهبة ليست لكل الأبناء قال له : لا تشهد فغي على جور . وبالتالي أفتى الشيخ بإرجاع الأب إلى طريق الحق أن كان حتى ، إن مات قسم مشاركتهم لإخوانهم في الميراث .[2]

2)– أما الشيخ " محمد أبو زهرى "فقد نهى عن الهبة لبعض الأبناء دون الآخرين واستدل على ذلك بأحاديث الرسول – صلى الله عليه وسلم – التي يحث فيها على العدل والمساواة بين الأبناء ، وقال أن الإمام أحمد بن حنبل قال عن مثل هذه الهبة أنها باطلة وذلك لأنها تُوجد العداوة والبغضاء بين الإخوة . أما الأئمة الآخرون فقالوا أن الهبة تصح ، ولكن يكون الواهب آثماً بهذا التفضيل [3].

3) موقف القضاء الجزائري : قرار رقم 252985 مؤرخ في 21 / 11 / 2000 ، م ق 2001 عدد 2 ص 287 .

---

1 – الشوكاني : المرجع نفسه ، ح/2483 ، ص 1116 .

2– أحمد حماني : فتاوى الشيخ أحمد حماني ، فتاوى واستشارات شرعية ومباحث فقهية ، تق / الربيع ميمون ، البليدة، قصر الكتاب ، ط1 / 2001 م ، ص(2/ 180).

3– محمد أبو زهرة : فتاوى الشيخ محمَّد أبو زهرة ، تح / محمد عثمان شبير ، دمشق ، سوريا ، دار القلم ، ط1 / 1427 هـ/ 2006 م ، ص 155.

إن الرجوع في الهبة يشمل الابن وابن الابن التابع لأبية والذي لم يكن مقصوداً ، بذاته ما لم يحصل أي مانع من بين الموانع المنصوص عليها في المادة 211 من قانون الأسرة.[1] والتي ذكرت أن للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما كانت سنة وبينت الحالات التي لا يجوز فيها الرجوع . إذاً فالرجوع قد يعتبر حماية للورثة الآخرين .

الفرع الثاني : شروط القرينة الخاصة بالتصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحيازة :

حتى تقوم القرينة القانونية [2]التي نصت عليها المادة 777 من القانون المدني والخاصة بالتصرف لوارث : (يعتبر التصرف وصية وتجرى عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدَّة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك) [3] باستقراء نص المادة نستنتج الشرطين التاليين لقيا الغربية القانونية وهما:

أولاً : التصرف لوارث :

لكي يأخذ التصرف حكم الوصية تطبيق لنص المادة 777 مدني يجب أن يكون التصرف قد صدر من المورت حال حياته ولأحد الورثة ، أما إذا كان لغير الورثة فلا تقوم القرينة القانونية ، وقد يلجأ المورث إلى وصية مستترة للإيصاء لغير الوارث بأكثر من ثلث التركة ويلتمسون تطبيق أحكام هذه المادة ، " فإن الدكتور رمضان أبو السعود يرى أن التصرف لغير الوارث مع الاحتفاظ بحيازة العين والانتفاع بها مدى الحياة أن لم يصلح كقرينة قانونية ، قلا أقل من اعتباره قرينة قضائية " وسواء اعتبر قرينة قانونية أو قضائية فهو 3 الحالتين يقبل إثبات العكس ، والعبرة في تحديد

1- عمر حمدي باشا – مرجع سابق ، (ص 160).

2 – القرينة القانونية : هي وسيلة يهدف لها المشرع إلى إثبانت واقعة غير معلومة ، ولم يقيم أي دليل على ثبوتها بالاستناد إلى أمور أخرى ثابتة ومعلومة .

3 – الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق لـ: 26 سبتمبر 1975 ، المعدل والمتمم بالقانون رقم 80 – 07 والقانون رقم 83 – 01 والقانون رقم 87 -19 والقانون رقم 88 – 14 والقانون رقم 89 – 01 والقانون رقم 05 – 10 و القانون رقم 07 – 05 .المتضمن القانون المدني.

الوارث وقت وفاة المتصرف لا بوقت انعقاد التصرف لأنه وقت الوفاة يصبح وارثاً . والوارث الذي يطعن في التصرف الصادر من مورثه بانه وصية وقصد به الاحتيال على قواعد الإرث المقرر شرعاً يجوز له إثبات ذلك التحايل بأي طريقة من طرف الإثبات ، وبالتالي يصبح الوارث المتضرر من الغير وتتعلق حقوقه بالثلثين الباقيين ولا يصبح خلف عام للمورث ، ويجوز له الطعن في تصرف مورثه [1].

ثانيا : التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحيازة :

قد تصدر عن المورث بعض التصرفات ، وهو في كامل صحته رغبة منه في محاباة بعض الورثة على آخرين ، فيعمدُ من خلالها التصرف لوارث ويحتفظ بحق الانتفاع والحيازة طوال حياته لهذا الشيء الموهوب مثلاً، وحقيقة هذا التصرف يصبح وصية مستترة ، ولكي نفهم هذا التحايل يجب أن نتعرض لمعرفة الحيازة لغة واصطلاحاً،وعناصرها .

1- تعريف الحيازة : أ- لغة : من الحوز وكل من ضمَّ شيئاً إلى نفسه من مال أو غيره فقد حازه حوزاً وحيازة ، والحوز من الأرض أن يتخذها الرجل ويبين حدودها فيستحقها.

ب) تعريف الحيازة اصطلاحاً : الحيازة وضع مادي يسيطر به الشخص سيطرة فعلية على شيء أو حق من الحقوق ، بقصد الظهور بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر، سواء أكان هذا الشخص هو صاحب الحق أو لم يكن كذلك ، وتتحقق هذه السيطرة الفعلية لمباشرة أعمال تتفق ومضمون الحق وعادة ما يباشرها المالك بنفسه[2] .

القانون المدني الجزائري لم يعرف الحيازة تعريفاً مباشراً ، لكن القانون المدني الأردني عرضها بموجب نص المادة 1171 منه بما يكن :(الحيازة سيطرة فعلية من

1- عبد العزيزمحمودي: مرجع سابق، ص 104.

2- نفسه ، ص 102.

الشخصية بنفسه ، وبواسطة غيره على شيء أو حق يجوز التعامل به).لتكون الحيازة ثانية وجب أن تتوفر فيها عناصر وهي :

2) عناصر الحيازة : للحيازة عنصرين أساسين هما :

1) العنصر المادي : يتمثل في مجموع الأعمال المادية التي يأتيها الحائزة ، وهي في العادة من قيا المالك كإحراز الشيء والانتفاع به ، حتى يظهر بمظهر صاحب الحق

2) العنصر المعنوي : يتمثل في اتجاه نية الحائز إلى مباشرة تلك الأعمال لحساب نفسه فتكون له نية الظهور بمظهر المالك .

والحيازة لا ترد بمعناها الصحيح إلا على الحقوق العينية أما الحقوق الشخصية فلا ترد عليها ويجب أن ترد على الأشياء المادية التي يمكن التسلط عليها تسلطاً مادياً ، والحق محل الحيازة قد يكون عقاراً أو منقولاً وقد يكون مفرزاً أو مشاعاً ، وفي حين يرى الدكتور رمضان أبو السعود أن الحيازة هي سيطرة فعلية على شيء أو حق فتجوز حيازة الحقوق العينية كحق الانتفاع وحق الارتفاق وحقوق الرهن المختلفة ، كما تجوز حيازة الحقوق الشخصية .[1]

وعليه فإن الهبة التي لا تتبعها عملية الحيازة تكون باطلة ومن ثم فإنه إذا أُبْرِم عقد هبة عقار ويحتفظ بحف الانتفاع مدى الحياه فإنه هذا التصرف باطلا لأن من أركان الهبة الحيازة .

نصت المادة 206 من قانون الأسرة وأكدت المحكمة العليا هذا المبدأ في القرار 240، 59 « من المقرر قانوناً أنه يعتبر التصرف وصية وتجرى عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك » [2].

1- نسيمة الشيخ : مرجع سابق ، ص 51.

2- عمر حمدي باشا : مرجع سابق، ص 21 .

المطلب الثاني : حماية الورثة من وقف مورثه في حال صحته :

بعد التعرض لمشروعية الوقف في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري المستمد منها ، ظهر جلياً أنه لا توجد فيرد على الواقف بأن يوقف كل ما لديه لمن نساء ، رغم أن الوقف لم يذكر بصريح العبارة في كتاب الله إلا أن هناك أحاديث شريفه تجيزه ، وهذا أيضا باتفاق جمهور الفقهاء على جواز ، لأنه يعتبر صدقة جارية للواقف بعد مماته .ومن خلال هذا المطلب أريد التوصل لمدى حماية الورثة من وقف مورثهم وهو في حاله الصحة ، وقد قسمت المطلب إلى فرعين هما كالآتي :

الفرع الأول : وجه حماية الورثة في الوقف في حالة الصحة :

في هذا الفرع سنتطرق لحدود حرية الواقف وأنواع الوقف .

أولاً : حدود حرية الواقف :

إن الوقف من أنواع الصدقات الجارية التي يقصد بها التقرب إلى الله عز وجل . فهو من القرب المشروعة ، وهو طريق من طرق البر الكثيرة ، وإجزال المثوبة للمتصدق إذا اقترن عمله بنية صالحه ، والتصور الإسلامي للوقف ينطلق من التصور الإسلامي للملكية وللوظيفة الاجتماعية للمال [1].

ومن كل ما سبق من حث على الصدقة وعلى أعمال البر والخير في القرآن والسنة نجد أنه لا حدود لحرية الواقف وهو في حالة الصحة ، وحتى المشرع الجزائري أقر ذلك

ثانياً : أنواع الوقف :

ينقسم الوقف إلى نوعين وهذا باعتبار الموقوف عليهم وهما كالآتي :

1) الوقف الخيري :

1- محمد الحبيب بن خوجة: أصول الفقه والمقاصد للإمام محمد الطاهر ابن عاشور ، قطر ، طبع وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية 1425 هـ ، 2004 م ، ص (2 / 433) .

هو الذي يوقف ابتداءً على جهة من جهات البر والإحسان ، ولو لمدة معينة يصبح الوقف بعدها لجهة ولأشخاص عينهم الواقف ، وقد يكون وقف غير محدد الجهة ويصرفه ريعة في نشر العلم وفي سبيل الخبرات ، وهذا الوقف مشروع وثابت بالنسبة النبوية وبإجماع أغلب المذاهب ، وذلك لما يترتب عليه من آثار اجتماعية ورعاية أحوال الفقراء.[1]

2) الوقف الأهلي : وهو الذي يوقفه الإنسان ابتداءً على نفسه أو على أولاده وذريته أو أشخاص معنيين من ذوي قرابته أو غيرهم حتى ولو جعله بعد ذلك وقفاً على جهات البر.

وقد تعرض الوقف الأهلي في العقود الأخيرة إلى حملة واسعة أنهت بإلغائه في عديد من التشريعات منها القانون السوري الصادر سنة 1949، والقانون اللبناني الصادر سنة 1947 ، والقانون المصري رقم 180 الصادر سنة 1952 ، وقد كان قيل إلغاء الوقف الأهلي كان لا يصح إلا مؤقتا بينما يصح الوقف الخيري مؤقتا ومؤبداً وهذا هو مذهب الأئمة الأربعة : أبو حنيفة والشافعي وأحمد .[2]

وقد يكون الوقف كله خيرياً أو كلمة أهليا ، أو يكون بعضه خيرياً وبعضه أهلياً ، وذلك إذا وقف نصف أراضيه الزراعية المعينة على جهة من جهات البر ، ووقف نصفها الآخر على نفسه تم من بعده على ذريته .[3]

الفرع الثاني : الوقف وقرينة مخالفة أحكام الإرث :

إن الوقف ينشأ بالإرادة المنفردة للمتبرع الذي له الحق في الاشتراط ليعبر عن رغباته ومقاصده في كيفية إنشاء وقفه. وحكم هذه الشروط أنه يحب الوفاء بها احتراماً لإرادة المحبس وقد شاع بين الفقهاء " شرط الواقف كنص الشارع " والمقصود هنا

1- محمد كمال الدين أمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي : المرجع سابق ، ص 477 .

2- محمد كمال الدين إمام و جابر عبد الهادي سالم الشافعي : أحكام الميراث والوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء ، مرجع سابق ، ص 477 و 478 .

3 – أحمد فراج حسين – أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية : مرجع سابق ، ص 241 .

بالشروط طبعا الشروط الصحيحة ، إلى لا تجوز مخالفتها إلا للضرورة أو لمصلحة راجحة .

وهناك سؤال طرح بحدة على الصعيد التطبيقي وهو جواز إلغاء وقف لصالح الذكور دون الإناث ، من طرف القاضي . وقد عرضت عدة مسائل للفتوى .

أولاً: الوقف على بعض الأبناء دون الآخرين :

لقد كثر في بلادنا إنشاء سلوكات وقفيه شوهت الأوقاف واخفت خيراتها ، ولم يعد الهدف منها التقرب إلى الله عزوجل ، بل سلك مسلك آخر يستعمل فيه جوانب أخرى ، ودخلت فيه المحاباة والتفضيل لبعض الأنباء ، أو للزوجة وأحياناً يميز الأب بين الذكور يحبس لهم دون الإناث وهذا هو الشائع عندنا في الجزائر ، وهذا هروباً من المذهب المالكي المعمول به عندنا الذي جعل من استثناء البنات من الوقف مبطلاً له لما فيه من مخالفة للشرع وحرمان البنات من الإرث . وهذا ما جعل القاضي يجتهد فإذا أي أن هناك أوضاعاً يكون فيها غبن على المرأة المحرومة من الإرث يعمل على تخفيفها وذلك بتعديل الحبس دون إلغائه وذلك بإشراكها فيه .

وهروباً من المذهب المالكي دخل الناس تحت لواء المذهب الحنفي الذي لا يرى أية حرمة فيه " الحبس على الرجال دون النساء " .[1]

أما الإمام مالك فقال أن الوقف إذا لابسته معصية بطل ، كما إذا وقف الإنسان على بنيه دون بناته ، لأنه يشبه فعل الجاهلية من حرمان البنات من الميراث ، ولأنه حبس لفرائض الله .[2]

وجاء في فتوى للشيخ أحمد حماني: أن مثل هذا الواقف أي الذي يحرم الإناث من الوقف أنه قد احتال منع الإناث من إرثه ، ويملك ذلك أيضا بأنه يشبه فع الجاهلية من حرمان البنات من إرث أبيهم مستدلاً يقول الدردير .[3]

---

1 – حمدي باشا : مرجع سابق ، ص 88 .

2 – محمد كمال الدين أمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي : مرجع سابق ، ص 476 .

3 – أحمد حماني : مرجع سابق ، ص(2/ 180) .

ثانياً: موقف المحكمة العليا :

ونُميز هنا رأيين للمحكمة العليا: « من المقرر شرعاً أنَّ الحبس الذي يحرر وفقاً للمذهب الحنفي، يرخص بالتحبيس على النفس قيد الحياة ولا يشترط فيه الحيازة كما أنه يسمح بإخراج البنات بشرط أن يجعل لمن عند الاحتياج حق استغلال الأملاك المحبسة ، ولما كان الثابت ـ في قضية الحال ـ أنَّ عقد الحبس المحرر وفقاً للمذهب المذكور ينص على وجه الخصوص أنَّ البنات الثلاثة لهن حق الاستغلال في البستان، فإن قضاة الاستئناف بإثباتهم ذلك والقضاء برفض دعوى المدعيات برروا ما قضوا به ومنه استوجب رفض الطعن »[1]، وارتأت المحكمة العليا هنا بأن وقف الشخص على أولاده دون بناته ليس مقصوداً منه حرمانهم من الميراث وإنما كان ذلك لأسباب أخرى منها:

1- أنَّ المرأة سوف تتزوج وإذا أُعتبرت في الوقف فإنه سوف ينتقل بواسطتها إلى أجنبي وهم أولادها .

2- إبقاء الملك في اسم الواقف مهما طال عليه العهد .

3- تحصين ملكه وإحاطته بسياج يحميه دون التصرف فيه بالبيع أو الهبة .

4- الكثرة الكبرى من الفقهاء تعتبر الوقف على الورثة جائز، وليس فيه محاربة للميراث سواء أكان مُتفقاً في توزيعه مع نظام الإرث أم مختلفاً ، بل سواء أكان فيه حرمان لبعضهم لأن الوقف كالهبة وكالصدقات العاجلة تصرف في العين حال الحياة .

وفي قرار آخر للمحكمة العليا:« ... متى تبين في قضية الحال أن القرار المنتقد لما قضى بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بصحة الحبس الذي أقامه

---

1 – ملف رقم 351 35 ، قرار بتاريخ 13 / 12 / 1984 ، المجلة القضائية ، عدد 04 ، ص 85 ، أنظر: عمر حمدي باشا، مرجع سابق ، ص 89.

المحبس على زوجته وبناته وحرم ابنه الطاعن من كل الاستفادة من الحبس المذكور فإنه عرض قراره لانعدام الأساس القانوني والشرعي » [1].

خلاصة الفصل الأول

مما لا شك فيه أن التصرفات التبرعية من أعظم الصدقات و أعمال البر التي ينال بها العبد رضا ربه ، ويخدم المجتمع وخاصة حينما يكون الإنسان في حال الصحة وهذا طبعا إذا كان الباعث مشروعا .

ومن بين التصرفات :

الوصية : والتي خصها الفقه الإسلامي بحدود وهي:

لا وصية لوارث و أن لا تتجاوز الثلث ، إلا بأجازة الورثة لعدم الإضرار بهم ؛ وذلك لأنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت ، وتتعلق بالتركة لذا فحقهم معلق بها .

---

1 – ملف رقم 658 171 ، قرار بتاريخ 30 / 09 / 1997 ، المجلة القضائية ، عدد خاص ، ص 305 ، أنظر: جمال سايس : الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية ، الجزائر ، منشورات كليك ، ط1 / 2013 م ، ص (3/ 1152) .

الهبة : تصرف خطيرو غير مقيدة لأنها في حال الحياة ولا وجه للحماية إلا في حالتي العدل بين الأبناء ، والهبة لأحد الورثة مع الاحتفاظ بالحيازة مدى الحياة ،في هذه الحالة تعتبر وصية مستترة ،أي تحايل على أحكام القانون في هذه تأخذ حكم الوصية وتتوقف على إجازة الرثة.

الوقف : كثيرٌ من الناس في بلادنا يتخذ الوقف كذريعة لمحاربة أحكام الميراث سواءً بالتحبيس على النفس أو تفضيل بعض الأولاد ، كتفضيل الذكور على الإناث ، وهذا التصرف وصفه الشيخ حماني في فتواه بتصرف الجاهلية ، وعدم العدل بين الأبناء بالجور.

الفصل الثاني:

حماية الورثة في الهبة والوقف في حالة مرض الموت

قد يشعر الإنسان المريض مرض الموت بدُنو أجله مما يجْعله يتصرف تصرفات تبرعية لأحد ورثته أو لأجنبي، أو لجهة خير أراد بها وجه الله عز وجل، وتتعدد التصرفات التبرعية التي يُجريها المريض عبر كل زمان ومكان في الحياة العملية .

ومن بين هذه التصرفات لاحظنا أنَّ الوصية بما أنها تصرف مُضاف لما بعد الموت؛ فقد خصها الشارع الحكيم، وعلى غراره المشرع الجزائري بضوابط وشروط خاصة بالموصى له، والموصى به وقد تعرض لها فلا داعي لتكرار، وتعتبر هذه الضوابط حماية للوارث من الوصية، وذلك لأنَّ الوصية تنفذ بعد الموت وقبل الميراث

، وبالتالي يتعلق حق الورثة بالثلثين الباقيين ، أما الهبة والوقف في حال الصحة فلا قيود فيها .

ومن خلال هذا الفصل سنحاول التطرق لمدى الحماية التي وفرتها الشريعة الإسلامية، والمشرع الجزائري للورثة في حال مرض مورثهم مرض الموت، وسبب هذه الحماية ، وسنعرف موقف الورثة من هذه التصرفات التبرعية وطريقة إثباتها، وذلك من خلال المبحثين الآتيين :

*** المبحث الأول: أساس حماية الورثة في مرض الموت**

*** المبحث الثاني: أحكام الهبة والوقف في مرض الموت**

المبحث الأول: أساس حماية الورثة في مرض الموت:

إنَّ المريض مرض الموت ليس لأحد من ورثته من سلطان على تصرفاته التبرعية؛ حيث يعتبر تصرفه في هذه الحالة بالهبة والوقف كتصرف الأصحاء لأنَّ المرض لا يؤثر على أهليته ، ولا يمكن لأحد أنْ يجزم بأنَّ هذا المرض هو مرض الموت، فقد يُشفى المريض وقد يموت، فما على الورثة إلاَّ الانتظار لإثبات حقوقهم وذلك تبعاً لما يحصل بعد المرض إنْ كان الشفاء فلا حقوق لهم، وإنْ كان الموت فهناك حماية لحقوقهم من الحيل التي قد يستعملها المورث للإضرار بهم ، وإذا ثبت أنَّ المرض مرض موت، فما سبب تقييد تصرفات هذا المريض؟ ، هذا ما سنتعرض له في هذا المبحث، وذلك من خلال المطلبين التاليين:

*** المطلب الأول: سبب تقييد تصرفات المريض مرض الموت.**

*** المطلب الثاني: تحايل المريض مرض الموت**

المطلب الأول: سبب تقييد تصرفات المريض مرض الموت

من خلال هذا المطلب سنتعرض لمقدار المال الذي يتعلق به حق الورثة وحق الدائنين، وقبل ذلك نرى فكرة تعلق حق الورثة بأموال المريض مرض الموت، وذلك الفرعين التاليين:

*** الفرع الأول : تعلق حق الورثة بأموال المريض مرض الموت**

***الفرع الثاني : مقدار المال الذي يتعلق به حق الورثة وحق الدائنين**

الفرع الأول : تعلق حق الورثة بأموال المريض مرض الموت

من الثابت في الشريعة الإسلامية أن تصرفات المريض مرض الموت، يختلف حكمها عن تلك التصرفات التي تقع في حال صحته ، أما المشرع الجزائري لم يُبين سبب تقييد تصرفات المريض مرض الموت ولم يتعرض لها بالتدقيق هل هي نقص بأهليته أم عارض* بها أو عيب** شاب إرادته فجاءت نصوصه عامة سواء في القانون المدني أو في قانون الأسرة، لذا وجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بموجب أحكام المادة الأولى من القانون المدني؛ إذ أنَّ القاعدة الشرعية تقضي بعدم نفاذ تصرفات المريض مرض الموت الضارة بالورثة[1] ، وذلك لأنَّ الشارع الحكيم أعطى لكل ذي حق حقه ، كما قال صلى الله عليه وسلم .

---

* عوارض الأهلية: هي الجنون، العته،السفه ،الغفلة، منصوص عليها في المواد " 42 ،43 " من القانون المدني،والمادة 85 من قانون الأسرة .

** عيوب الإرادة : هي الغلط ، التدليس ، الإكراه ، الاستغلال ، منصوص عليها في المواد 80 وما بعدها من القانون المدني ، والتي تجعل التصرف قابل للإبطال .

1 – عبد العزيز محمودي: مرجع سابق ، ص 41 .

وقد تولى المولى عز وجل توزيع الخلافة في المال للحفاظ على انتقال حق المالكية من المورث إلى الوارث ومنعاً للضرر الذي ينتقل إلى الورثة بسبب تصرف مورثهم التبرعي؛ لذا فإن الشارع جعل حق الورثة يتعلق بأموال مورثهم، لا عند وفاته فقط بل أحاطها بالحماية في حالة المرض الذي ينتهي بالموت حقيقة وذلك طبقاً لتوافر الشروط السابقة لمرض الموت. وذلك لأن المرض قد يجعل المريض في حالة نفسية تجعله يحس بدنو أجله ، فيتبرع بماله لنقل المكية إلى غيره بعد موته ، وقد اختلف الفقهاء في تكييف هذا الحق ، حيث ذهب فريق إلى اعتباره حق ملكية كامل يثبت بمجرد المرض، ويذهب آخرون إلى اعتبار حق الملكية أنه يكون لهم عند الموت ، ولكن يستند إلى وقت بدء المرض ، كما يذهب البعض الآخر إلى اعتبار حق الورثة عند المرض ليس بحق ملكية بل هو حق خلافة بالإرث[1] .

وقد جاء في قرار للمحكمة العليا « ...من المقرر فقها وقضاءً أنَّ مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيراً، ويُجر إلى الموت ، وبه يفقد المتصرف وعليه وتمييزه...»[2] ، من المبين في هذا الاجتهاد أنه لا يطابق ما جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية من أنَّ مرض الموت لا يجعل المريض فاقداً لوعيه وتمييزه، لأنه كما ذكرنا أنَّ أهليته كالأصحاء تماماً، وبينوا أنَّ مرض الموت مُقيد لحرية التصرف بسبب تعلق حق الورثة بأموال المريض، وقد خالفت المحكمة العليا في قرارات أخرى القرار السابق، فقضت « من المقرر شرعاً وقانوناً بأنه يشترط في الواهب أنْ يكون سليم العقل وإن صدر تصرفه في مرض الموت وتعتبر الهبة وصية...»[3]، وبهذا القرار الأخير تكون المحكمة قد عادت إلى أحكام الشريعة الإسلامية .

1- محمد أبو زهرة : أحكام التركات والمواريث، القاهرة ، مصر، دار الفكر العربي، 1963 م، ص 06 ، 07.

2- ملف رقم 33719 ، قرار بتاريخ 09 / 07 / 1984 ، المحكمة العليا، المجلة القضائية العدد 03 ، 1989 م ،عبد العزيز محمودي: مرجع سابق ، ص 42 .

3- ملف رقم 41111 ، قرار بتاريخ 05 / 05 / 1986 ، المحكمة العليا، غير منشور، نفسه ، ص 42 .

الفرع الثاني : مقدار المال الذي يتعلق به حق الورثة وحق الدائنين:

للمريض الحق في ماله لقضاء مصالحه، وحاجاته كالنفقة على نفسه وعلى أسرته وعلاجه ...الخ ، خارجة عن حقوق الورثة وجائزة شرعاً وقانوناً .

أما حق الدائنين إذا كان على المريض ديون فهو يتعلق بأمواله كلها حتى لو كان مستغرقا لقيمة ك أماله؛ وذلك لأنَّ الدين أولى من الوصية والإرث، وهذا ثابت شرعاً وقانوناً .

ويأتي حق الورثة المال الخالي من الديون، ومما لاشك فيه أن المريض مرض الموت كل تصرفاته وهو في حال المرض لا توجد عليها قيود، فله كامل الحرية في التصرف في أمواله لأنه – كما سبق وأنْ ذكرنا – بأن المرض لا يؤثر على أهليته وبالتالي تصرفه كتصرف الأصحاء، والورثة لا تتعلق حقوقهم بأمواله إلا بعد موته، وإنْ صدر تصرفه التبرعي خلال سنة من مرضه وانتهى المرض بالموت هنا يمكنهم إثبات تاريخ التصرف، بكل وسائل الإثبات المعروفة شرعاً وقانوناً بأنَّ تصرفه هذا صدر في خلال سنة من مرضه الذي توفي فيه وبالتالي يُمكنهم إثبات تعلق حقوقهم بماله

المطلب الثاني : تحايل المريض مرض الموت :

قد يلجأ المريض مرض الموت إلى إيثار بعض الورثة على آخرين فيستعمل تحايلاً على القانون ، أو يعطى لتصرفه الضار بحق الورثة أسماء ينجز بها عمله القانوني، وذلك مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية والقانون وفي هذا المطلب سنعرف معنى الحيلة ، وسبب هذا التحايل وهذا تبعاً لما يأتي في الفرعين التاليين :

الفرع الأول : تعريف الحيلة لغة واصطلاحاً :

أولاً: تعريف الحيلة لغة :

جاء في القاموس أن الحول والحيلات جمع حيلة / يقال: ما أحواله وأحيله على سبيل التعجُّب ، وهو أحول منك على سبيل الخير، والاحتيال ، والتحول والتحيل:

الحذق وجودة النظر والقدرة على التصرف في تدبير الأُمور ، والحيلة بهذا المعنى لا تُشْعِرُ بِمَدْح ولا بذم، كما لا تتقيد بخفاء و ظهور في وسيلتها أو غايتها [1].

ثانياً: تعريف الحيلة فقها

إن فقهاء وعلماء المسلمين لم يتناولوا الحيلة بهذا المعنى العام الذي قال به علماء اللغة، واختلفوا في معنى الحيلة تبعاً لاختلاف الزاوية التي ينظرون منها إليها ، فالمالكية والحنابلة من أشد المعارضين للحيل والقول بها فهي في نظرهم مذمومة وعلى رأسهم الإمام الشاطبي*اعتبر الحيلة لو ن فقهي مذموم ، يُلجأ إليه للأفلات من أحكام الشريعة وخرم قواعدها في صورة عمل يوافق ظاهره أحكام الشرع وذلك كمن يَهَبُ ما له للتهرب من أداء الزكاة هنا الهبة مشروعه لكن عدم أداء الزكاة محرَّم شرعاً .أما الحنابلة فيرون أن الحيلة تكون في المعاملات ، ولا وجود لها في في العبادات [2].

أما الحنفية والشافعية فهم يرون أن الحيلة تؤدي أغراض مشروعة لأن في الشريعة مقصداً ، ولا يراد بها أبطال حق، أو استحقاق باطل وإنما الهدف منها اليُسر ورفع الحرج والخروج من الأزمات إلى بحْبُوحة التسامح والرِّفق والرَّحمة، فإذا قُصد بها غير ذلك من أغراض خبيثة كانت الحرمة حكمها . والعمل على إبطالها واجب ديني [3].

وللحيلة أركان وهي :

---

1 – ابن منظور: لسان العرب ، مادة حول، ص (2/ 1200) .

* الشاطبي: هو إبراهيم بن موسى بن محمد الشهير بالشاطبي ، من لحم ، من أهل غرناطة ، لم يذكر المؤرخون عام مولده على وجه التحديد ولكنه توفي عام 790 هـ ، 1388 م ، وهو الأصولي الحافظ ، من أئمة المالكية ومن كتبه الموافقات في أصول الشريعة والمجالس، وقد شرح به كتاب البيوع من صحيح البخاري، والإفادات والإنشاءات في الأدب والاتفاق في علم الاشتقاق ، وأصول النحو ...الخ.

2 – محمود عبد العزيز ديب: الحيل في القانون المدني في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، الإسكندرية ، دار الجامعة الجديدة ، 2004 ، ص 106.

3 – محمود عبد الرحيم ديب: مرجع سابق ، ص 103.

1- الوسيلة : وهي التي يتوصل بها إلى المقصود قولاً أو فعلاً، مشروعة أو غير مشروعة .

2- المقصد : وهو الغاية التي يُراد التوصل إليها عن طريق الوسيلة ، ويكون المقصد أيضا مشروعاً أو غير مشروع .

فالحيل المشروعة هي التي تكون وسيلتها مشروعة وغايتها كذلك مشروعة والحيل غير المشروعة أو المحرمة هي تقديم ظاهر الجواز لأبطال حكم شرعي وتحويله من الظاهر إلى حكم آخر .[1]

والخلاصة من هذه التعاريف والأقوال السابقة أن الحيلة قد تكون لأهداف نبيلة وقد تكون لأهداف مذمومة؛ وهذا ما يُقصد به هنا تحايل المريض مرض الموت بتصرفاته التي قد تكون ضارة بكل الورثة أو بعضهم وسنحاول معرفة سبب هذا التحايل فيما يلي :

الفرع الثاني : سبب تحايل المريض مرض الموت:

من الشائع في الحياة العملية أن المريض مرض الموت قد يتصرف لأحد ورثته تصرفاً تبرعياً يريد به تعويضه عن تقصير منه في حال حياته، أو يخشى عليهم من بعده ومثل ذلك من يتصرف لورثته الإناث إذا كان هناك من يزاحمهم في الميراث كالعم مثلاً، إذا لم يكن لديهم أخ ذكروقد يرى الصلاح في أحد أولاده فيفضله على إخوته بالتبرع ، وقد يكون هناك الأطباء ، وغيرهم ممن اجتهد في معالجته ..الخ [2].

وقد اعتبر المشرع المصري مثل هذه التصرفات وصية مستترة وهذا ما جاء به نص المادة 916 من قانونه المدني، وجاء بالمذكرة التوضيحية له على أن التصرف الذي يتم في مرض الموت وصية مستترة تحت ستار تصرف آخر والمصلحة الورثة

---

1 – محمد بن الحبيب بن خوجه: مرجع سابق ، ص (2 / 315) .

2 – عبد العزيز محمودي: مرجع سابق، ص 47 .

وجعل مثل هذا التصرف قرينة قانونية للإثبات لأن الشارع جعل حق الورثة متعلق بالتركة .

أما القانون المدني الفرنسي فيما يخص تصرفات المريض مرض الموت ببطلانها متى حصلت في مرض الأخير إذا ما تمت للأطباء والصيادلة ورجال الدين ، ويعتبر شبه المحاباة فيها باعتبارهم آخر من كان تعامل معهم المريض مما قد يؤثر على سلامة إدراكه للتصرف، وهذا منافي لما انتهى إليه فقهاء الشريعة الإسلامية.[1]

المبحث الثاني : أحكام كل من الهبة والوقف في مرض الموت:

مما لاشك فيه أن تصرفات المتبرع وخاصة بالهبة والوقف في حال صحة المتبرع لا معقبة عليها من الورثة أو من الدائنين لانتقاء الأضرار وكما أسلفنا بأنها تصرفات مباحة شرعاً وقانوناً .

لكن ما حكم كل من الهبة والوقف في حال تصرفات المريض مرض الموت ؟ وكيف يمكن للورثة استعادة حقوقهم بعد وفاة مورثهم المتبرع؟ هذا ما سنتعرض إليه من خلا تقسيم المبحث إلى مطلبين هما:

المطلب الأول : خضوع كل من الهبة والوقف لأحكام الوصية:

نص المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 776 من القانون المدني على ما يلي :« كل تصرَّف قانوني يصدر عن شخص في حالة مرض الموت بقصد التبرع يعتبر مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيًّا كانت التسمية إلى تعطى إلى هذا التصرف » [2].

---

1 – نفسه ، ص 47 .

2– القانون المدني ، مصدر سابق ، ص 114 .

يتضح من نص هذه المادة أن المشرع اعتبر كل تصرفات المريض مرض الموت حكمها حكم الوصية، وهذا موافق لمبادئ الشريعة الإسلامية .

ونحن بصدد دراسة عن حكم الهبة والوقف في مرض الموت ومن خلال الفرعين التاليين سنتعرض لحكمهما في حالة مرض الموت شرعاً وقانوناً وقضاء.

الفرع الأول : أحكام الهبة في مرض الموت:

جاء في نص المادة 204 من ق- أ ما يلي : « الهبة في مرض الموت، والأمراض والحالات المخيفة ، تعتبر وصية »[1]، في هذه المادة حسم المشرع أن الهبة في مرض الموت حكمها حكم الوصية،وذكر المشرع الجزائري الحالات المخيفة ولم يذكرها – وقد تعرضت لها في الفصل التمهيدي من هذا البحث – وبالتالي ينطبق عليها شرعاً ما ينطبق على حكم الوصية من تقييد (عدم الإيصاء لوارث وعدم تجاوز ثلث التركة إلاَّ بإجازة الورثة) . لأن الهبة في حاله مرض الموت تتقيد فيها حرية الواهب – ذكرت سبب تقييد تصرفات المريض مرض الموت – وتصبح الهبة في حكم الوصية.

قضت المحكمة العليا في قرار لها أنه من المقرر شرعاً أن التدخل في إرادة الواهب أو المحسن فيما وهبة أو حبسه أو على من وهب أو حبس أو من حرمه من الإرث تدخل يتجاوز حدود وصلاحيات القاضي، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقواعد التبرعية والقانون ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الواهب وهب أملاكه في سنة 1930 ووقعت حيازتهم لها وقت ذاك فإن قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف فيه من جديد القضاء بإبطال الهبة خالفوا القواعد الشرعية واستجب بذلك نقض قرار غرفة الأحوال الشخصية.

---

1 – قانون الأسرة ، مصدر سابق ، ص 42.

وذلك لأن الهبة أو الحبس من ثم يثبت قيامها في مرض الموت لا يحق أبطالهما بدعوى مساسهما بحقوق الورثة ، وبهذا قضت المحكمة العليا في القرار المبين أعلاه .

الفرع الثاني : أحكام الوقف في مرض الموت :

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى كل تصرفات المريض مرض الموت ، شأنه شأن القوانين العربية ، بخلاف الشريعة الإسلامية التي أنزلت وقف المريض مرض الموت ، منزلة الوصية ، واعتبرته من ثلث حال المتبرع على أساس أنه تبرع متراضي تنتج آثاره إلى ما بعد الموت .

وقد أدرج المشرع الوقف في الفصل الثالث من الكتاب الرابع لقانون الأسرة في المواد 231 – 219 منه، ثم صدر قانون خاص الأرقاف [1] 27 أفريل 1991 م .

وطبقاً لما جاء في نص المادة 222 من قانون الأسرة التي تُحيل كل لم يرد في نص إلى أحكام الشريعة الإسلامية .

وعلى هذا الأساس فإنه ينطبق على الوقف ما ينطبق على الهبة في حال مرض الموت فحكمها واحد وتسري عليهم أحكام الوصية ، وهنا يجب التمييز بين الوقف للوارث ولغيره ومرعاه مقدار هذا الوقف فيما إذا تجاوز الثلث أم لم يجاوز وقد سبق أن تكلمنا عن كل هذا وذلك يتوقف على إجازة الورثة .

المشرع الجزائري لم يتكلم عن الوقف في حالة مرض الموت سوى في حاله ما إذا كان الدين يستغرق كل التركة حيث جاء في نص المادة 32 من القانون 91 / 10 المتعلق بالأوقاف ما يلي :« يحق للدائنين طلب إبطال وقف ، والواقف في مرض الموت وكان الدين مستغرق جميع أملاكه »، كما تنص المادة 41 منه على وجوب توثيق الوقف بعقد لدى الموثق وأن يسجل بالسجل العقاري.

---

1 – عبد العزيز محمودي، مرجع سابق ، ص 55.

لقد أعطى الشرع والقانون للدائنين الأولوية في أموال المدين قبل الوصية *والميراث، وهذا التعلق حق الدائنين بأموال المدين حتى ولو استغرقت ديونهم كل التركة ، وللدائنين أن يقتصوا ديونهم من ثمن المتبرع به باعتباره من أموال التركة، وفي هذه الحالة لا يأخذ من صدر له التبرع وهو في حكم الموصى له ولا الورثة شيئاً [1].

اعتبر المالكية أن حكم وقف المريض على بعض الورثة حكم الوصية فيلزم لنفاذها إيجازه الورثة الباقين فإن لم يجيزوها بطل الوقف له، أما إذا كان الموقوف عليه أجنبياً أي غير وارث، ومقدار الموقوف لا يزيد على ثلث الترك ،هنا يبقى الوقف لازماً ويعامل كالوصية، أما إذا كان أكثر من الثلث توقف لزومه على إجازة الورثة فهو كالوصية تماماً، أما إذا أجازة بعض الورثة ولم يجره البعض الآخر نفذ في حصة من أجازه ولا ينفذ في حصة من لم يخبره ، وبهذا قال الحنفية والحنابلة .

وقد قضت المحكمة العليا في قرار لها بمبادئ الشريعة الإسلامية : « أن المجلس كان عمره 99 سنة ولم يختلف الطرفين في ذلك وأنه كان مريضاً وأعمى مما يجعل عقد حبسه باطل ، وأن لقول الشيخ خليل الجزء الرابع ص77، وإن المتخاصمين متيقن على أن المحبس كان مريضاً لذلك فعقد الحبس المؤرخ في 07 – 07 – 1965 باطل وإن المحبس عليه من الورثة »[2].

جاء في موسوعة مسائل الجمهور في كتاب الوقف والعطايا مسألة رقم 1013 « إن جمهور أهل العلم القائلين بلزوم الوقف على أن من وقف شيئاً في مرض موته ، فإنه يعتبر وقفاً لازماً بقدر الثلث ، ولا يتوقف لزومه على إجازة الورثة، وأما ما زاد على الثلث فيتوقف صحة لزومه على إجازتهم .

---

* تبعاً للقاعدة: « لا تركة إلاَّ بعد سداد الديون » .

1 – عبد العزيز محمودي، مرجع سابق ، ص 56.

2 – عبد العزيز محمودي: المرجع السابق ، ص 54 .

وينسحب على هذه المسألة خلاف أبي حنيفة – رحمه الله – في أصل لزوم الوقف.[1]

المطلب الثاني: موقف الورثة من التصرفات التبرعية لمورثهم في مرض الموت :

بما أن التصرفات التبرعية ضارة ضرراً محضاً وخاصة للورثة إذا ما كان مورثهم في حاله مرض الموت ، هنا يمكن أن يتخذ الوارث موقفاً قانونياً في ذلك يكفل له الحماية، وذلك بالشروط المذكورة آنفاً في شروط مقدار التبرع الذي يزيد على الثلث ، والذي قد يكون لوارث،والشرط الأساسي هنا هو موت المريض لكي يثبت حقهم في أماله ، وذلك في ما يلي:

الفرع الأول : إثبات مرض الموت

مرض الموت واقعة مادية :

مرض الموت حاله مرضية يغلب فيها الهلاك على الشخص ويتصل به الموت فعلاً، من شروطه قعود المريض عن قضاء مصالحه ،وغلبة الموت فيه ، وانتهائه بالموت فعلاً. كل هذه الأمور موضوعية تقيم في نفس المريض حالة نفسية يشعر فيها بأنه مشرف على الموت ، وإن ضبطها يستلزم الوقوف عند هذه الضوابط الموضوعية للتدليل على الأمور الذاتية فإنه لأجل ذلك يسترشد بهذه العلامات المادية للوقوف على الحالة النفسية للمريض ، واتي يعتبر من خلالها في حكم المريض مرض الموت ، ويلحق بذلك من كان في الحالة النفسية للمريض لسبب غير المرض كالمحكوم عليه بالإعدام .

إن مرض الموت بالشروط والضوابط السابقة واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات ، بما فيها البينة والقرائن ، وتعتبر الشهادات الطبية دليلاً قوياً وعمليا للإثبات عند انتداب أهل الخبرة .

---

1 – محمد نعيم محمد هاني ساعي : مرجع سابق، ص(2 / 593) .

وقضت محكمة النقض المصرية بما يلي: ما دامت محكمة الموضوع قد استخلصت من التحقيقات التي أجريت في الدعوى ، ومن الشهادتين الطبيتين المقدمتين فها عن مرض الموت ، أنه كان مريضاً قبل وفاته بأربعة شهور بالسل الرؤى ، وإن هذا المرض استند به وقت تحرير العقد المطعون فيه ، ثم فندت الطعون الموجهة إلى الشهادة المقدمة ممن صدر له العقد، فإنه تكون قد أوردت في حكمها من الأسباب ما يكفي لحمل قضائها:

وفي حيثيات القرار لمجلس قضاء البليدة جاء فيه: ... وحيث أن مرض الموت واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة الطرق ، وحيث تبين من الملف الطبي أن الواهبة كانت تعاني من داء الكلى ، وأن مرضها هذا كان في مرحلتها الأخيرة ، وإن الواهبة ماتت بعد مرور أقل من عشرة أشهر ، تعين أبطال الهبة عملاً بالمادة 204 أسرة ...[1]

الفرع الثاني :عبء إثبات مرض الموت وسلطة القاضي في ذلك.

أولا : عبء إثبات مرض الموت.

يقع عبء مرض الموت على الورثة ؛ حيث خول لهم القانون ذلك وأعطاهم حق الطعن في كل تصرفاته التي أبرمها وهو في حالة مرض الموت ، حيث نصت المادة 2/776 من القانون المدني في الفقرة الثانية منها على ذلك صراحة.

حيث يستفيد الطاعن بما هو مقرر له من بطلان تصرفات المريض مرض الموت التبرعية ويسري عليها حكم الوصية.

ونصت المادة 108من القانون المدني أيضا التي تنص:«ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل ،أو من نص القانون ، أن الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث .»

---

1 – عبد العزيز محمودي : مرجع سابق ، ص 38 – 40 .

ويراد بعبارة "الخلف العام" الوارث والموصى له بجزء معين من التركة كالربع أو الثلث.

ثانيا: سلطة القاضي في تكييف التصرفات القانونية.

تظهر سلطة القاضي في حالة تستر الوصية تحت وصف آخر وذلك من خلال تكييف التصرف حماية للورثة ، ويستعين في إيجاد الحقيقة بالظروف الملابسة للقضية ، وملف الدعوى والقرائن التي تساعد على ذلك ، والتكييف عملية قانونية يقوم بها القاضي حتى يتمكن من تطبيق أحكام القانون على التصرف ، سواء كانت هذه الأحكام آمرة أو مكملة ،و القاضي يخضع لرقابة المحكمة العليا فعليه الالتزام بتطبيق القانون ، ويستعين في ذلك بكل ما يقدمه الورثة من أدلة وكل وسائل الإثبات المعروفة ، كما يمكنه الاستعانة بأصحاب الخبرة كالأطباء ، وبالآراء الفقهية في هذا المجال .

فآثار تكييف التصرف بأنه وصية تتمثل في تطبيق أحكام الوصية عليه من حيث عدم جواز الإيصاء بأثر من الثلث وعدم الإيصاء لوارث ويتوقف ما خالف ذلك لإجازة الورثة .

وقد قضت المحكمة العليا في قرار صادر بتاريخ 24/04/2002 أن القرار قضى بإبطال عقد الهبة في مرض الموت أن يقضي باعتبار القد وصية ويستفيد منها الموهوب له في حدود ما يسمح بذلك موضوع الوصية.

خلاصة الفصل الثاني

يمكن أن نستنتج كخلاصة للفصل الثاني ، أن المريض مرض الموت عند إحساسه بقرب أجله ، يمكن أن يتصرف تصرفات تبرعية بالهبة أو الوقف التي يحاول بها ختم حياته بأعمال صالحة تكفر عنه ما قد يكون قصر فيه ، و تقربه من خالقه وقد يكون هدفه الإضرار بورثته لتقصير منهم معه ، ففي كل الحالات فهي تسبب ضررلهم، لذلك فتصرفاته التبرعية كلها مهما كانت تأخذ حكم الوصية أي أنها لا تتجاوز الثلث ولا تكون لوارث إلا إذا أجازها الورثة ، وهذا التقييد لا ينتج أثره إلا إذا انتهى المرض بالموت فعلا وهذا في خلال سنة كما جاء به الفقه الإسلامي.

والعلة في تقييد تصرفاته ليس لنقص أو عيب في أهلته لكن بسبب تعلق حق الورثة بأمواله .

المشرع الجزائري لم يتعرض لذلك ، لكنه ساير الفقه الإسلامي في تحديد تصرفاته ، فطبق عليها حكم الوصية .

مرض الموت واقعة مادية يمكن أثباته بكل طرق الإثبات المعروفة

عبء إثبات مرض الموت يقع على ورثته .

للقاضي السلطة التقديرية للتكييف لمثل هذه الحالة وتطبيق القانون عليها.

خـــــاتمـــــة

من خلال هذا البحث توصلنا إلى أن المولى عز وجل تولى قسمة التركة وأعطى لكل ذي حق حقه ، فهو الذي شرع كيفية الخلافة في المال ؛ حيث يقول جل جلاله : {يُبَيِّنُ ٱللَّهُ لَكُمۡ أَن تَضِلُّواْۗ وَٱللَّهُ بِكُلِّ شَيۡءٍ عَلِيمُۢ ﴿١٧٦﴾ }

فتولى قسمة الميراث بالقسمة العادلة ، وأعطى للمورث حق التصرف في أموله حال حياته وخاصة بالوصية ، التي خصها بضوابط خاصة ، لتعلقها بأموال التركة وذلك لعدم الإضرار بالورثة ؛ لأنها تصرف مضاف لما بعد الموت ، ولاتقسم التركة قبل استخراج الوصية ، فكل من التركة والوصية يشتركان بأنهما يدخلان في ذمة الإنسان دون تدخل منه.

وحثت الشريعة الإسلامية السمحاء ، على فتح أبواب البر والرحمة والتعاون بين أفراد المجتمع ، وذلك بالتصرفات التبرعية الأخرى ، كالهبة والوقف ، التي يقوم بها الشخص حال حياته ، وتنتقل إلى المتبرع له مباشرة ؛ وذلك من شروط نفاذهما ، الهبة بدون الحيازة تكون باطلة والوقف أيضا ، وعلى غرار ما جاء في الفقه الإسلامي نهج المشرع الجزائري نفس المنهاج بإعطاء حرية التصرف

للشخص بهذه التبرعات ، ولكن قد يتحايل هذا الشخص بهذه التصرفات من اجل الإضرار بورثته وخاصة أذا ما تعرض لسوء معاملة منهم أو إذا أراد محاباة بعض ورثته، فهنا يصبح هذا التصرف فيه ظلم وإثم على صاحبه ، وهذا ليس من مقاصد الشريعة الإسلامية التي تحث على عدم الإضرار، وعلى العدل بين الأبناء في العطية ، فسوت بين الذكور والإناث في ذلك على عكس ما ظهر في وقتنا الحاضر الذي كثر فيه هذا الظلم والتمييز بين الأبناء الذي يولد الحقد والبغضاء بينهم.

المشرع الجزائري تصدى لرد هذا التحايل وذلك باعتبار التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحيازة وصية مستترة، وكل تصرفات المريض مرض الموت تأخذ حكم الوصية .

اقتراحات:

من خلال هذا البحث توصلنا إلى وجوب الاهتمام أكثر بموضوع التحايل وذلك بما يلي:

- ✓ **نشر التوعية الدينية للآباء ؛ وذلك لمعرفة وجوب العدل بين الأبناء ،وهذا هو**
- ✓ **دور الداعية في كل وسائل الإعلام المرئية ، المقروءة والمسموعة.**
- ✓ **دور الإمام في المسجد .**
- ✓ **والموثق الذي يقوم بتوثيق عقد الهبة مثلا ،عليه أن ينبه الأب الواهب أن يعدل بين أبنائه .**
- ✓ **وعلى القاضي الذي تعرض عليه قضايا فيها تحايل على أحكام الإرث أن يصحح التصرف التبرعي لصالح الورثة إذا كان هذا التصرف في حال مرض الموت خاصة ؛ وذلك باعتباره وصية.**

وجوب إعادة النظر في قانون الأسرة والقانون المدني وهذا لما فيهما من نقص لحماية الورثة والدائنين من التحايل.

قائمة المصادر والمراجع :

1- القرآن الكريم .

ب كتب الحديث وشروحه :

1- أبي الحسين مسلم بن الحجاج : صحيح مسلم ، اعتنى به/ أبو صهيب الكرمي ، الرياض ، السعودية بيت الأفكار الدولية ، 1419هـ ، 1998 م .

2- أبي عبد الله محمد بن ماجة: سنن ابن ماجة، الرياض، السعودية ،بيت الأفكار الدولية، كتاب الوصايا.

3- إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان: منار السبيل في شرح الدليل، على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، القاهرة ، دار الحديث

4-ا بن ماجة أبي عبد الله محمد: سنن ابن ماجة، الرياض، السعودية ،بيت الأفكار الدولية ، كتاب الوصايا.

5- أبي بكر محمد بن عبد الله أبي العربي: القبس في شرح موطأ ابن أنس تح / اليمن نصر الأزهري ، وعلاء إبراهيم الأزهري، لبنان – دار الكتب العلمية، ط 1 ، 1998.

6- ابن أبي زيد القيرواني: رسالة الطالب الرباني ، تح / محمد محمد ثامر ، القاهرة ، مصر، مكتبة الثقافة الدينية .

7- أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزائر ، دار شريفة .

8- محمد إسماعيل البخاري: صحيح البخاري ، اعتنى به / أبو صهيب الكرمي، الرياض، السعودية ، بيت الأفكار الدولية، 1419 ه / 1998 م .

9 - محمد بن الشوكاني: نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، اعتنى به :رائد صبري ، لبنان بيت الأفكار الدولية، 2009 م.

10- محمد بن علي بن محمد الشوكاني: نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ، اعتنى به / رائد صبري ، لبنان ، بيت الأفكار الدولية ، 2004 م.

11- مسلم : صحيح مسلم ، كتاب الوصية، ح 1628 ص668. البخاري : صحيح البخاري، كتاب الوصايا.

12- أحمد المختار الجنكي الشنقيطي: مواهب الجليل من أدلة الخليل ، لبنان ، دار الكتب العلمية.

13- ابن منظور : لسان العرب ، تح عبد الله علي كبير ومحمد أحمد حسين الله وهاشم محمد الشاذلي ، القاهرة ، مصر، دار المعارف ، ط1، 1981.

14- أحمد حماني: فتاوى الشيخ أحمد حماني ، فتاوى واستشارات شرعية ومباحث فقهية، تق / الربيع ميمون ، البليدة، قصر الكتاب ، ط1 / 2001 م.

15- أحمد فراج حسين: أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية ، الإسكندرية ، مصر، دار الجامعية الجديدة للنشر ، 2003.

16- الرشيد بن شويخ: الوصية والميراث ، دار الخلدونية.

17- العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري – الميراث والوصية –، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية ، الساحة المركزية ، بن عكنون ، 2002

18- عبد الرزَّاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، البيع والمقايضة، لبنان ، دار إحياء التراث العربي.

19- عبد العزيز محمودي: رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري ، البليدة، قصر الكتاب.

20- عمر حمدي باشا : عقود التبرعات ، الجزائر ، دار هومة ، 2004

21- محمد بن أحمد تقية: دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن ، الديوان الوطني للأشغال ، ط1 سنة 2003

22- محمد أبو زهرة: أحكام التركات والمواريث، القاهرة ، مصر، دار الفكر العربي، 1963 م.

23- محمد أبو زهرة: فتاوى الشيخ محمَّد أبو زهرة ، تح / محمد عثمان شبير ، دمشق، سوريا ، دار القلم ، ط1 / 1427 هـ/ 2006 م .

24- محمود عبد العزيز ديب: الحيل في القانون المدني في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، الإسكندرية ، دار الجامعة الجديدة ، 2004.

25- محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي: أحكام الميراث والوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء ، مصر الإسكندرية ، دار المطبوعات الجامعية -2011.

26- محمد الحبيب بن خوجة: أصول الفقه والمقاصد للإمام محمد الطاهر ابن عاشور ، قطر ، طبع وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية 1425 هـ ، 2004 م.

27- نسيمة شيخ: أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري الهبة، الوصية ، الوقف ، الجزائر ، دار هومة.

28- نورة منصوري: هبة العقار في التشريع ن الجزائر عين مليلة ، دار الهدى ، 2010.

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
الإهداء	
شكر وتقدير	
مقدمة	
الفـــــصل التمهيـــــدي : مفـــاهيم عامـــة حـــول التـــصرفات التبرعيـــة ومـــرض الموت	07
المبحث الأول :ماهية التصرفات التبرعية	**07**
المطلب الأول : مفهوم الوصية	07
الفرع الأول : تعريف الوصية	07
الفرع الثاني : مشروعية الوصية	08
الفرع الثالث: أركان الوصية وشروط صحتها	09
المطلب الثاني : مفهوم الهبة	11
الفرع الأول : تعريف الهبة	11
الفرع الثاني : مشروعية الهبة	13
الفرع الثالث : أركان الهبة وشروط انعقادها	15
المطلب الثالث : مفهوم الوقف	17
الفرع الأول : تعريف الوقف	17

الفرع الثاني : مشروعية الوقف.....19
الفرع الثالث: أركان الوقف وشروط صحته 21
المبحث الثاني: ماهية مرض الموت 23
المطلب الأول : مفهوم مرض الموت وشروطه 23
الفرع الأول : تعريف مرض الموت.....23
الفرع الثاني : شروط مرض الموت.....24
المطلب الثاني : حالات حكمها حكم مرض الموت 25
الفرع الأول : المقصود بهذه الحالات..... 25
الفرع الثاني : موقف المشرع والقضاء.....26
خلاصة الفصل التمهيدي 27
الفصل الأول : حماية الورثة في تبرعات مورثهم في حال صحته 30
المبحث الأول: أساس حماية الورثة في الوصية.....31
المطلب الأول : تقييد حرية الإيصاء.....31
الفرع الأول: لا وصية لوارث.....31
الفرع الثاني : عدم تجاوز الوصية لثلث التركة 32
المطلب الثاني : سبب تقييد حرية الموصي.....34
الفرع الأول : الوصية تمليك مضاف لما بعد الوقت.....34
الفرع الثاني : منع الإضرار بالورثة.....35
المبحث الثاني: مدى حماية الورثة في الهبة والوقف في حالة الصحة.....36
المطلب الأول : مدى حماية الورثة في هبة مورثهم في حالة صحته.....36
الفرع الأول : وجه حماية الورثة في الهبة حاله صحة مورثهم.....36
الفرع الثاني : شروط القرينة الخاصة بالتصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحيازة.....38

المطلب الثاني : مدى حماية الورثة في وقف مورثهم في حالة صحته.....41
الفرع الأول : وجه حماية الورثة في الوقف في حالة الصحة.....41
الفرع الثاني : الوقف وقرينة مخالفة أحكام الإرث.....43
خلاصة الفصل الأول.....46
الفصل الثاني: حماية الورثة في تبرعات مورثهم في حالة مرض الموت.....48
المبحث الأول : :أساس حماية الورثة في حالة مرض الموت.....49
المطلب الأول : سبب تقييد حرية تصرفات المريض مرض الموت.....50
الفرع الأول : تعلق حق الورثة بأموال المريض مرض الموت.....50
الفرع الثاني : مقدار المال الذي يتعلق به حق الورثة وحق الدائنين.....51
المطلب الثاني : تحايل المريض مرض الموت.....53
الفرع الأول : تعريف الحيلة لغة واصطلاحاً.....53
الفرع الثاني : سبب تحايل المريض مرض الموت.....54
المبحث الثاني: أحكام الهبة والوقف في مرض الموت.....56
المطلب الأول : خضوع كل من الهبة والوقف لأحكام الوصية.....56
الفرع الأول : أحكام الهبة في مرض الموت.....56
الفرع الثاني : أحكام الوقف في مرض الموت.....57
المطلب الثاني:موقف الورثة من التصرفات التبرعية في مرض الموت وطرق إثباته.59
الفرع الأول : إثبات مرض الموت.....59
الفرع الثاني :عبء إثبات مرض الموت وسلطة القاضي في ذلك.....61
خلاصة الفصل الثاني.....63
خاتمة 64