

جامعة زيان عاشور  
كلية الحقوق والعلوم السياسية



حماية الورثة من الوصية المستترة  
بين الشريعة والقانون الجزائري

مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر  
تخصص احوال شخصية

/

حمادي نور الدين

- حران سميرة ام نائل

- : علي موسى حسين رئيسا

- : حمادي نور الدين

- :

2014/2013:

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# إهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى الذي شيد بشقائه صرح الحياة أمامي إلى الذي كان سببا في تعلمي و وصولي، إلى من اتخذني قرة العين، إلى الذي رعايني في صغري وشبابي أبي الغالي أبقاه الله تعالى .

والى من جعلت الجنة تحت قدميها والصبر مليء كفيها ، إلى التي حملتني وحضنتني وليدة وأفاضت عليا من حبها ، إلى التي سهرت الليالي حتى أوصلتني إلى هذه الدرجة ، أمي الغالية أبقاها الله تعالى.

إلى أخواتي الغاليات اللواتي شاركنني فرحتي وحزني ، وأخوتي اللذين ساعدوني ووقفوا إلى جانبي في السراء والضراء ، إلى اللذين كانوا سندي و كانوا ولا زالوا قدوتي في الحياة ، إلى اللذين كانوا سببا في وصولي إلى هذا المستوى.

إلى كل صديقاتي اللاتي تعرفت بهن طوال مشوار حياتي الدراسي والمهني. إلى كل من أخواتي وأولادهم والى كل العائلة دون استثناء. و إلى كل من ساعدنا في إنجاز المذكرة.

## شكر

أتقدم بالشكر الجزيل إلى أستاذي المشرف الدكتور " حمادي نور الدين " الذي لم يبخل عليا في سبيل توجيهي وإرشادي بنصائحه و أفكاره الصائبة التي أسهمت في دعمي في انجاز هذا العمل.

كما أشكر كل من قدم لي يد المساعدة طيلة المشوار الدراسي من طلبة، وأساتذة وعمال الإدارة، كما لا يفوتني شكر زملائي و زميلاتي في العمل الذين قدموا لي كل ما في وسعهم من مساعدة.

و لا أنسى شكر كل من المحافظ السامي للمحافظة السامية لتطوير السهوب بالجلفة الذي توجهني بقبوله لدراستي و شجعني عليها، و كذلك المحافظ الجهوي لإقليم الوسط الغربي الذي صبر ووضع فوق رأسي تاج التحدي و المثابرة.

وأشكر كل من كانت له يد العون في انجاز هذا العمل.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
" فَتَعَالَى اللَّهُ الْمَلِكُ الْحَقُّ وَلَا تَجْعَلْ بِالْقُرْآنِ مِنْ  
قَبْلِ أَنْ يُقْضَىٰ إِلَيْكَ وَحْيُهُ وَقُلْ  
رَبِّيَ ذُنَيْبٌ عُلْمًا "

(سورة طه 114)

مقدمة

## مقدمة :

تعتبر الوصية في الإسلام سببا من نقل الملكية ، فقد جاءت نظاما مرتبطا بنظام الموارث حيث أن كلاهما يرد على الذمة المالية للشخص بعد وفاته ، و فيهما يخلف فيه الوارث مورثه في تركته سواء بطريقة إجبارية بحكم الشارع الحكيم ولا دخل للمورث ولا للوارث فيه وهي الميراث، أو بطريقة اختيارية تثبت بإرادة المورث أي الموصي وإرادته .

يتضح لنا أن الشارع الحكيم قد قسم مال الشخص إلى قسمين: قسم تولى هو سبحانه وتعالى تقسيمه وفق أنصبة محددة ولا يجوز التدخل فيها ولا تغييرها و هو الميراث، وقسم ثاني ترك فيه القسمة لحرية الشخص المطلقة يضعها حيث شاء عن طريق الوصية وجعل تنفيذها مقدما على الميراث.

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

وقد نصت جل القوانين العربية على تنظيم الوصية في قوانينها الخاصة بنظام الأسرة كمجلة الأحوال الشخصية التونسية ومدونة الأحوال الشخصية المغربية وقانون الأحوال الشخصية السوري وقانون الأسرة الجزائري، في حين نظمها القانون المصري بقانون خاص بها هو قانون الوصية.

وبالرغم من أن الله سبحانه وتعالى أعطى للإنسان الحق في الإيضاء حسب ما جاء في الآية 12 من سورة النساء "من بعد وصية توصون بها أو دين" إلا أن الشريعة الإسلامية قيدتها بضوابط شرعية قصد حماية حقوق الورثة وعدم الاعتداء عليها، حتى لا تكون الوصية خاضعة لإرادة المورث يتصرف فيها حسب ميوله وأهواءه ولكي لا يمس بحقوق أحد خاصة الورثة.

وقد يقوم الأشخاص بتصرفات رغبة منهم في التحايل على أحكام القانون المقيدة لحرية الإيضاء تستر الوصية لكي يكون له الحرية المطلقة دون أي قيد أو شرط، بالتصرف والتقيد بقواعد القانون المتعلقة بالوصية وذلك بمعاملة من يحاول التهرب من أحكامها بنقيض قصده، واعتبار تصرفه وصية رغم ظهوره بمظهر آخر كالهبة والوقف والإقرار والإبراء في مرض الموت وذلك حماية لحقوق الورثة .

## ❖ الإشكالية :

### كيف جسدت الشريعة والقانون حماية الورثة من الوصية المستترة؟

التساؤلات:

- ما المقصود بالوصية و ما أساس تقييدها؟
- ما أسس حماية الورثة في التصرفات الملحقة بالوصية؟
- ما هي التصرفات الساترة للوصية وأحكامها وما المقصود بتصرفات المريض مرض الموت؟
- كيف عالج المشرع الجزائري أحكام التصرف لوarith؟
- **أسباب وأهمية اختيار الموضوع (الدراسة):**

من بين أسباب التي جعلتني أتطرق لهذا الموضوع كثرة تصرفات والمعاملات الساترة للوصية وذلك بالرجوع للمنازعات المطروحة أمام القضاء، وما يؤكد ذلك كثرة قرارات المحكمة العليا الصادرة في هذا المجال .

وكذلك قلة الدراسات في هذا المجال رغم ما للوصية من أهمية في حياة الشخص والتي قد تؤدي إلى تغيير مركزه المالي وتمس أيضا بحالته الاجتماعية وعلاقته بأفراد أسرته أي باقي الورثة، خاصة إذا ما أوصى المورث لأحد الورثة دون غيره و دون سبب مقنع ومجدي مما قد يسبب البغضاء والعداوة بين أفراد الأسرة الواحدة والذي يؤدي بدوره إلى التفكك الأسري وقطع صلة الرحم وبالتالي عدم التوازن الاجتماعي لأن الأسرة هي أساس المجتمع .

#### ● أهداف الدراسة :

- بيان اهتمام الشريعة الإسلامية لحقوق الورثة من الوصية المستترة.
- اهتمام فقهاء الشريعة الإسلامية بالمركز المالي للوارث والمورث.
- بيان الضرر من احتيال المورث على أحكام الوصية .

#### - تحديد المفاهيم:

- **الوصية:** تمليك مضاف إلى ما بعد الموت<sup>1</sup>.

- **الوارث:** وهو الشخص الحي ذكرا أو أنثى أو حملا والمستحق لنصيب معين من هذه التركة لسبب من أسباب الميراث.
- **المستترة:** إخفاء تصرف تحت غطاء تصرف آخر مغاير له في المعنى.
- **الشريعة:** ما شرعه الله لعباده من الأحكام عن طريق أنبيائه قال تعالى: ﴿ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعنا ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون﴾<sup>1</sup>
- **القانون:** هو مجموعة من القواعد التي تنظم سلوك وعلاقات الأفراد والتي تجعل هذه العلاقات تسير على وتيرة واحدة طبقا لنظام ثابت وذلك بالتزام الأفراد بإتباعها واحترامها.

#### - **منهج الدراسة:** اتبعت في دراستي المناهج التالية :

المنهج الاستدلالي للاستدلال ببعض الاجتهادات القضائية التي سارت عليه المحكمة وكذا بعض الآيات القرآنية والأحاديث و المنهج المقارن من خلال مقارنة موضوع الدراسة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

#### **الدراسات السابقة :**

باطلاحي على الدراسات السابقة ذات الصلة بموضوع الدراسة لم أجد إلا ثلاث دراسات: الأولى: تحت عنوان حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون<sup>2</sup> الطالب القاضي زروق عبد الرؤوف. الدفعة 14 قضاء غليزان و الثاني: أحكام الوصية في قانون الأسرة والشريعة الإسلامية، عمار بهاليل هاني الدفعة 15<sup>3</sup>. و الثالثة دراسة لمحمد علي محمود يحي، أحكام الوصية في الفقه الإسلامي. رسالة ماجستير. جامعة النجاح الوطنية بنابلس.

1 د. محمد سعد اليوبي. ،كتاب مقاصد الشريعة و علاقتها بالأدلة الشرعية ، دار الهجرة للنشر ،السعودية ، 1418 هـ.

(ط1) ص 28

2 زروق عبد الرؤوف ،مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء،حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون

الجزائري،الدفعة الرابعة عشر 2006/2005،قضاء غليزان

3 عمار بهاليل هاني ،أحكام الوصية في قانون الأسرة والشريعة الإسلامية،مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء،الدفعة

الخامسة عشر 2007/2006.

## خطة المذكرة :

مقدمة:

الفصل الأول: الأسس المعتمدة لحماية الورثة في الوصية والتصرفات الملحقة بها

المبحث الأول: ماهية الوصية وأساس تقييدها

المبحث الثاني: أسس حماية الورثة في التصرفات الملحقة بالوصية

الفصل الثاني: التصرفات الساترة للوصية وأحكامها

المبحث الأول: تصرفات المريض مرض الموت

المبحث الثاني: أحكام التصرف لو ارث مع الاحتفاظ بالحيازة والانتفاع

مدى الحياة وقواعد إثباتها

خاتمة.

## الفصل الأول :

الأسس المعتمدة لحماية الورثة  
في الوصية والتصرفات الملحقة

بها

## الأسس المعتمدة لحماية الورثة في الوصية و التصرفات الملحقة

بها

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

ولقد حدد الشارع الكريم وكذلك القانون قواعد الخلافة الاختيارية في المال - الوصية - ولم يتركها مطلقة، وإنما جعل لها حدود وبين شروطها وذلك بتقييد حرية الإيضاء وفقا لقواعد جاءت بها الشريعة الإسلامية وتقلد بها قانون الأسرة، باعتبار أن أحكام الشريعة الغراء جاءت مستمدة من قواعد و مبادئ منزهة وخالية من النقص و القصور، وبما أن الشريعة الإسلامية وكذا القانون لم يكتفيا بتحديد القيود التي ترد على الوصية بل تعدت لتمس بعض التصرفات الأخرى التي يلجأ إليها الشخص حال صحته، ومرضه كالتصرفات الواردة في مرض الموت و التي يكون للقاضي السلطة المطلقة في تكييفها و إلحاقها بأحكام الوصية، خاصة إذا أثبت الشخص نية التهرب من القيود الواردة على الوصية.

سوف نحاول توضيح ماهية الوصية وأسس تقييدها و العلة من ذلك في الشريعة الإسلامية و القانون في المبحث الأول ، وإلى أسس حماية الورثة في التصرفات الملحقة بالوصية في المبحث الثاني .

## المبحث الأول: ماهية الوصية وأساس تقييدها

قد يبرم المورث تصرفات تخفي الوصية، لذا ألحق المشرع هذه التصرفات بحكم الوصية حماية للورثة ولتحقيق هذه الحماية فإن القاضي يطبق أحكام الوصية عليها .  
لذا وجب علينا التطرق إلى ماهية الوصية عموماً وفقاً لما جاء في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري في المطلب الأول ثم توضيح أسس تقييد الوصية في المطلب الثاني.

### المطلب الأول: ماهية الوصية

نتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الوصية و تحديداً أركانها الأساسية.

#### الفرع الأول : تعريف الوصية

**أولاً: لغة :** الوصية في اللغة تطلق على معان عدة، يقال : أوصيت إلى فلان بمال جعلته له و أوصيته بولده استعطفته عليه ، وأوصيته بالصلاة أمرته بها . ويقال وصيت الشيء بالشيء إذا وصلت به كأن الموصيلاً أوصى بالمال وصل ما بعد الموت بما قبله في نفاذ التصرف<sup>(1)</sup>.

**ثانياً: اصطلاحاً:** للوصية كاصطلاح شرعي عدة تعريفات حيث عرفها العلامة علاء الدين الكاساني بأنها (( اسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد الموت ))<sup>(1)</sup>.  
وقال الكرخي بأنها ((ما أوجبه الموصي في ماله تطوعاً بعد موته في مرضه الذي مات فيه))<sup>(2)</sup>.

كما عرفها البعض بأنها (( تملك مضاف إلى ما بعد الموت ))<sup>(3)</sup>.

**ثالثاً: تعريف المشرع الجزائري:** لقد أشار المشرع الجزائري إلى الوصية في القانون المدني في

الفصل الثاني المعنون بطرق اكتساب الملكية في القسم الثاني - الوصية - في المواد 775

1 - عبد الرحمان بن محمد عوض الجزيري، من علماء الأزهر الشريف، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، المجلد الثالث، 1299هـ، 1360هـ، ص 281.

2 - محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية ، دار الفكر العربي، مصر، ص 9.

3 - الشيخ أحمد إبراهيم بك، المعاملات الشرعية المالية، دار الأنصار، القاهرة، ص 26

- 776 - 777 لكنه لم يعرفها وإنما أحالها إلى قانون الأحوال الشخصية حيث نصت المادة 775 على أنه يسري على الوصية قانون الأحوال و النصوص المتعلقة بها أي أحالها إلى أحكام في قانون الأسرة الجزائري.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة و بالتحديد إلى المادة 184 نجد أن المشرع قد نص في هذه المادة على أن " الوصية تمليك مضاف إلى مابعد الموت بطريق التبرع ."

نستنتج من هذا التعريف ما يلي:

- أن مصطلح **تمليك** يشمل كل أنواع الوصايا سواء واجبة، مندوبة بالمال أو بغيره و الوصية بالمنافع و الوصية بالأعيان.

- عبارة **مضاف إلى ما بعد الموت** تعني أنها الوصية لا تنفذ إلا بعد موت الموصي عكس الهيئة.

- مصطلح **تبرع** يقصد به أن الوصية تتم بدون عوض فيخرج بذلك الوصايا التي تنبني على بيع و إيجار لشخص ما.

**رابعاً: مشروعية الوصية:**

الوصية كما هو معلوم مشروعية بالكتاب و السنة ، فمن الكتاب قوله تعالى ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَ الْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾<sup>1</sup>. وكذلك قوله تعالى ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾<sup>2</sup>

من السنة النبوية ما روي عن سعد ابن أبي وقاص أنه قال : عاذني رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع من وجع أشفيت منه على الموت فقلت : يا رسول الله بلغنيما ترى من الوجع وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي واحدة أفأصدق بثلثي مالي قال : "لا" قال

1-سورة البقرة ، الآية 180

2-سورة النساء ، الآية 11

قلت : أفأ تصدق بشطره قال: "لا" قلت : فالثالث ، قال : الثالث و الثالث كثير إنك أن تذر ورتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس<sup>(1)</sup>.

وعن يحي وهو ابن سعيد القطان عن عبيد الله أخبرني نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " ما حق امرئ مسلم له شيء يريد أن يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده"<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني :أركان الوصية .

بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة و الشريعة الإسلامية نجد أن الوصية تقوم على أربعة أركان وهي : الصيغة، الموصي، الموصى له، الموصى به.

سوف نفضلها كالتالي :

#### اولا:الصيغة:

إن الأصل في التصرفات أن تكون منجزة و الاستثناء أن الوصية تخرج من هذه القاعدة فهي تأبالتنجز ، وذلك بحكم طبيعتها لأنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت .

وتتحقق الصيغة بالإيجاب وحده وهو كل لفظ دال على التملك بعد الموت سواء كان بلفظ الوصية صريحا، كأوصيت لفلان بكذا، أو هذا وصية لفلان أو كان بلفظ غير صريح يفهم منه الوصية كقول الشخص :أعطوا فلانا كذا بعد موتي.

وأما القبول عندهم فهو شرط لزومها أو شرط دخول المال الموصى به في ملك الموصى له.

ولقد اختلف الفقه في ركن الصيغة من حيث توافق إرادتين وقد انقسموا إلى عدة آراء :

- فالأحناف وخاصة الإمام زفر قال أن الوصية تلزم بالموت من غير حاجة إلى قبول و أن الموصى له لا يملك حق الرد ،مثله مثل الوارث.

- يرى جمهور الفقهاء أن للموصى له حق الرد لأنه لا شيء يدخل في ملك الإنسان جبرا عنه إلا الميراث وذلك بمقتضى نص الشارع الكريم.

1 -رواه بخاري ومسلم.

2 -أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، شرح صحيح مسلم، المجلد السادس ، دار الوعي، الجزائر، ص 70.

ولأن للموصى له حق الرد دفع الاحتمال لضرر، فضرر المَنه ثابت، ومن الناس من لا يقبله<sup>(1)</sup>.

وقد اتفق على ما يلي:

- أن الوصية تنشأ بإيجاب الموصي.  
- أن القبول هو شرط لثبوت الملكية لا لإنشاء التصرف فلا عبرة به إلا عند تنفيذ الوصية.  
وهذا ما نلاحظه في قانون الأسرة في المادة 191 فقرة 1 التي تنص على تصريح الموصي بالوصية فقط دون الحاجة لقبول الموصى له.

وهو ما أكدته المادة 197 قانون الأسرة في نصها: " يكون قبول الوصية صراحة او ضمنا بعد وفاة الموصي " .

وهذا ما يؤكد أن المشرع اعتبر الوصية تصرف ينشأ بالإرادة المنفردة للموصي و أن القبول يكون بعد وفاة الموصي وعليه فإن القبول لا يكون إلا شرطا للزوم الوصية وتثبت به ملكية الموصى به للموصى له.

- أما بالنسبة للتعبير عن هذه الصيغة، فقد اختلفت المذاهب في وسائله و بالرجوع إلى الأحكام العامة للقانون المدني المادة 60منهالتي تنص على أن : "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، و بالكتابة و أو بالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لايدعأي شك في دلالاته على مقصود صاحبه " .

#### ثانيا:الموصي :

لكي تكون الوصية صحيحة وتنتج آثارها بعد وفاة الوصي لابد من توافر بعض الشروط الخاصة بشخص الموصي وهي أن يكون الموصي أهلا للتصرف و التبرع إذ أن الوصية تُصنف من التصرفات الضارة بالمركز المالي للشخص.

1 -محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 18.

فهي إخراج نصيب من المال بلا عوض لفائدة الغير و بالتالي لابد أن يكون الشخص الموصي أهلاً لإبرام هذا التصرف وقد نصت المادة 186 قانون الأسرة على أنه " يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغاً من العمر تسع عشرة (19) سنة على الأقل وهو سن الرشد المدني حسب المادة 40 من القانون المدني و بالتالي فإن وصية المجنون تعد باطلة بطلاناً مطلقاً باعتباره عديم الأهلية، كما ينطبق هذا الحكم أيضاً على المعتوه، وحسب المذهب المالكي فإن الوصية متى صدرت صحيحة لا تبطل بزوال أهلية الموصي بعد ذلك، وبما أن الوصية تبرع مالي ولا يقابل معرض دنيوي فإن الوصية الصادرة عن الصبي تكون باطلة بطلاناً مطلقاً.

وبالإضافة إلى الشرطين السابقين - البلوغ و العقل - يجب أن نشير إلى أنه يجب توفر عنصر الرضا - رضا الموصي - كما هو الحال في باقي التصرفات خاصة في الهبات و التبرعات، وإلا كانت غير صحيحة، ولهذا فمن المتفق عليه فقهاً و قضاءً أن وصية المكره و الهازل و المخطئ باطلة، كما لا تصح وصية السكران، لأنه لا قصد له و الوصية هنا تضر بورثته وكذا بمركزه المالي إذ القاعدة المقررة في هذا الشأن أنه "لا ضرر و لا ضرار". - أما القانون التونسي فقد استلزم في الموصي أن يكون بالغاً (18) سنة إذا أمضاها الحاكم. وهو ما يفهم بأنه لابد من موافقة الجهات المختصة على الوصية.

ونص القانون المغربي في المادة 1/279 على أنه يشترط في الموصي أن يكون راشداً.<sup>(1)</sup> أما القانون المغربي فقد نص في المادة 2/279 على أنه تصح الوصية من المجنون حال إفاقته ومن السفیه والمعتوه و وقد عرفت المادة 216 من مدونة الأسرة المغربية المعتوه بأنه الشخص المصاب بإعاقة ذهنية لا يستطيع معها التحكم في تفكيره و تصرفاته والملاحظ أن الفقهاء يعتبرون المجنون و المعتوه محجور عليهما شرعاً وتصرفاتهما باطلة<sup>(2)</sup>.

1 - الدكتور بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، ص 19.

2 - الدكتور بن شويخ الرشيد، الوصية المرجع نفسه، ص 19.

وما نلاحظه عن المشرع الجزائري أنه سكت عن وصية ناقص الأهلية أي من كان سنه بين (13 و 19 سنة) ومن حكمه كالفقيه و كذا ذو الغفلة و المحجور عليه.

### ثالثا: الموصى له :

يشترط في الموصى له أن يكون موجوداً أو محتمل الوجود (كالحمل) معلوماً، أهلاً للتملك وألا يكون جهة معصيته ولا قاتلاً للموصى أو وارثاً له.

أ. أن يكون موجوداً أو محتمل الوجود : وهذا عند إنشاء الوصية و المقصود من مُحْتَمَل الوجود كالحمل أو المَعْدُوم فقد نصت المادة 187 قانون الأسرة على مسألة الوصية للحمل حيث نصت على أنه "تصح الوصية للحمل شرط أن يولد حياً وإذا وُلِدَ تَوَائِمٌ يَسْتَحِقُونَهَا بالتساوي ولو اختلف الجنس".

وقد نصت المادة 134 من قانون الأسرة " لا يرث الحمل إلا إذا ولد حياً، و يعتبر حياً إذا أستهل صارخاً أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة"، وكذا المادة 25 من القانون المدني التي نصت في فقرتها الثانية " على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حياً".

نلاحظ من خلال هذه المواد أنها اتفقت على ضرورة الولادة المصحوبة بعلامة ظاهرة للحياة<sup>(1)</sup>.

وهذا ما جاء موافقا لأحكام الفقه الإسلامي.

وقد تكون الوصية إلى من لم يكن موجوداً وقت إنشاء الوصية، ويحتمل الوجود في المستقبل وهو ما يعرف بالوصية للمعدوم، ولا يراد به من كان موجوداً ثم انعدم، وهي الحالة التي لم ينص عليها المشرع الجزائري، لذا نطبق عليها أحكام المذهب المالكي، التي تجيز الوصية للمعدوم و تبقى الوصية مابقي الأمل في وجود الموصى له قائماً وظاهراً إلى أن يتحقق اليأس من وجوده وذلك حماية لمصلحة الموصى له.

1-الدكتور العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني، الميراث والوصية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2004، ص 256.

- أما القانون التونسي فلم ينص صراحة على تحديد شخص الموصى له، وإنما نص على صحة الوصية للحمل في الفصل 184 التي جاء فيه " تصح الوصية للحمل بشرط أن يكون موجوداً في تاريخ الإيصاء وأن يوضع حيا في المدة المعينة بالفصل 35" ويقصد بذلك المدة القصوى للحمل وهي سنة كاملة، و القانون المغربي نص على هذه الشروط في المادة 281 على أنه تصح الوصاية لكل من صح شرعاً تملكه للموصى به حقيقة أو حكماً. كما نصت المادة 282 منه على أنه تصح الوصية لمن كان موجوداً وقتها أو منتظر الوجود.

**ب - أن يكون الموصى له معلوماً:** وذلك إما بالتعيين كالقول وصيت لفلان ابن فلان أو جهة البر الفلانية، أو بالوصف كالقول وصيت لفقراء طلبة العلم. والمراد من هذا الشرط ألا يكون الموصى له مجهولاً جهالة مطلقة لأنه يؤدي إلى بطلان الوصية و كالقول أوصي لمحمد أو أوصي لطالب في الجامعة. أما إذا كان الموصى له جهة بر فإنه لا يشترط تعيينها فإذا قال أوصيت بثلاث مالي للفقراء و المساكين فإن الوصية صحيحة<sup>(1)</sup>.

**ج - أن يكون الموصى له أهلاً للتملك:** اتفق الفقهاء - باستثناء الحنابلة<sup>(2)</sup> - على اشتراط أن يكون الموصى له أهلاً للتملك وعليه فلا تصح الوصية لحيوان مثلاً لأنه ليس أهلاً للتملك. أما قانون الأسرة فقد أغفل هذا الشرط، وقد يفهم ذلك حسب بعض الفقهاء أن الوصية لمن ليس أهلاً للتملك صحيحة مثل: 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 شرعاً وقانوناً، لأن الأصل في الوصية و الغاية منها كسب ثواب و أجر ولا يتصور ذلك إن كان الموصى له جهة معصية كالوصية لخمارة أو لدور اللهو و الرقص.... الخ.

1 - عبد الرحمان بن محمد عوض الجزيري، المرجع السابق، ص 289.

2 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 259.

وقد يكون الموصى له ليس محرماً في ذاته، لكن الباعث عليه محرماً، مثل الوصية للخليلة و العشيقة و يكون الهدف منها استمرار العلاقة غير شرعية بين الموصي و الخليفة، فالرأي الراجح هنا حسب المالكية و الحنابلة و منهم ابن تيمية و ابن القيم أنها باطلة، لأن العبرة بالقصد و النية<sup>(1)</sup>

وهذا ما تؤكد المادة 97 قانون مدني التي تنص على " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلاً " .

هـ. **ألا يكون الموصى له قاتلاً للموصي:** اختلفت المذاهب في نوع القتل المانع للوصية، فالحنفية و الحنابلة اعتبروا القتل بغير حق أو عذر شرعي سواء أكان عمداً أم خطأ هو الذي يمنع الإرث و الوصية.

ويرى الشافعية أن القاتل يستحق الوصية سواء كان القتل عمداً أم خطأ، لأن الوصية تملك كالهبة و القتل لا يبطل الهبة فلا يبطل الوصية.

أما المذهب المالكي فقد ذهب إلى أن القتل يمنع الوصية، وهذا استناداً لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: " لا وصية لقاتل"<sup>(2)</sup>.

غير أنه يرى أن الوصية تصح للقاتل خطأ لأنها تملك كالهبة.

بالرجوع إلى قانون الأسرة، فإننا نجد أنه أخذ بما أخذ به المذهب المالكي وذلك حسب المادة 188 منه التي تنص على " لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمداً " .

و. **ألا يكون الموصى له وارثاً للموصي:** وذلك تطبيقاً لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: " إن الله أعطى لكل ذي حق حقه فلا وصية لوارث " ، وعن ابن عباس قوله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " لا وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة " <sup>(3)</sup>.

1 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 259-260.

2 - رواه البيهقي والدارقطني

1 - رواه الترمذي.

وقد اختلف الفقهاء في هذا الشأن كما اختلفت القوانين العربية فيه ، أما المشرع الجزائري فقد نص على ذلك في المادة 189 من قانون الأسرة التي تنص على : " لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي ."

لا ندخل في تفاصيل بخصوص هذا الشرط لأننا سوف نتطرق إليه بالتفصيل في المطالب الموالي .

#### رابعاً:الموصى به :

يجب توفر عدة شروط<sup>(1)</sup> في الموصى به هي : أن يكون مالاً قابلاً لتوارث وأن يكون متقوماً وقابلاً للتمليك ، موجوداً عند الوصية وغير مستغراً بالدين و ألا تتجاوز قيمته ثلث التركة.

- أن يكون الموصى به مالاً مما يجري فيه الإرث: فالموصى به الذي نقصده نوعان:

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

- نوع لا يصلح للتوارث لكن تصح به الوصية مثل المنافع أي الوصية بسكن دار لأن المقصود من الوصية عمل الخير كسب الأجر أي منفعة أخروية وليس دنيوية وهذا ماجاءت تؤكد المادة 190 قانون الأسرة التي تنص على : " للموصى أن يوصي بأن أموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عيناً أو منفعة "

- أن يكون الموصى به متقوماً وقابلاً للتمليك : أي يجب أن يكون المال هو موضوع الوصية مما يباح ملكه و الانتفاع به فالخير و المخدرات والخنزير، وكل ما هو محرم هي أموال غير متقومة شرعاً ولا يجوز التعامل فيها.

أما المقصود بقابل للتمليك هو ما يجوز تملكه بعقد من العقود فلا يتصور الإيصال بوظيفة أو أموال عامة.

2 -بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية،

أن يكون الموصى به موجودا عند الوصية : ولذا لا تصلح الوصية بملك الغير حتى وإن ملكه الموصي بعد الوصية ثم مات ، و إن أجازها الغير بعد الوفاة فتكون هبة ولا تتم إلا بالقبض ولكن هناك مسألة تصح فيها الوصية مع أن الموصى به غير موجود وقت الوصية ولا وقت الوفاة ، وهي الوصية بغلّة البستان فإذا مات ولم تكن في بستانه غلّة تصح الوصية وتكون له الغلات المستقبلية ما دام الموصى له حياً لأن الوصية بالغلّة من قبيل الوصية بالمنافع<sup>(1)</sup>.

- ألا يكون الموصى به مستغرقا بالدين : أي أن لا يكون الموصي مدينا بديون تستغرق كل أمواله ، وذلك لأن الديون مقدمة على الوصية و الإرث فالديون تأتي في مرتبة الثالثة بعد مصاريف التجهيز و الدفن بالقدر المشروع حسب المادة 180 قانون الأسرة وقد روي عن علي - كرم الله وجهه - أنه قال : " إنكم تقرؤون الوصية قبل الدين ، ولقد شهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم بدأ بالدين قبل الوصية وعليه فإن تقديم القرآن الكريم للوصية على الدين في(الآية 11) سورة النساء ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ لم يكن لتقديمها في الرتبة، بل لتبيان أهميتها ووجوب تنفيذها<sup>(2)</sup>

## المطلب الثاني : أسس تقييد الوصية

لقد تولى الشارع الحكيم تنظيم الخلافة في المال بالميراث ذلك بالتوزيع العادل، كما نظم أمر الخلافة بالوصية مقيدا حرية الأشخاص في الإيصاء حفاظاً على حقوق الورثة ، وحماية لهم من تصرف الموصي بالوصية سواء أكانت لوارث أم لغير وارث لأنها تمس بالتركة وحقوق الورثة وقد عمل المشرع الجزائري بما جاءت به أحكام الشريعة الإسلامية حيث قيد حرية

1-محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 110-111.

2-زرورق عبد الرؤوف، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون

الجزائري، الدفعة 14، قضاء غليزان، ص 11

الإيضاء بعدة أحكام منها ما تعلق بالموصى له ومنها ما تعلق بمقدار الموصى به وهذا ما سنتطرق له بالتفصيل في ما يأتي :

### الفرع الأول : تقييد حرية الإيضاء في الشريعة الإسلامية و القانون

أولاً : ما تعلق بالشخص الموصى له

كقاعدة عامة لا يجوز إيضاء لوارث .

قال الله تعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾ (الآية 180) سورة البقرة.

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " إن الله أعطى لكل ذي حق حقه فلا وصية لوارث" (1) وروي عن ابن عباس أنه قال أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " لا وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة " (2).

### الرأي الأول : لا يجيز الإيضاء لوارث

وهذا هو رأي المشهور من المالكية فلو صح وأن أوصى للوارث و لغيره صحت لغير الوارث، وبطلت وصية الوارث فقط ويرى ابن حزم أن الوصية للوارث باطلة بطلانا مطلقا ولا تصحها إجازة الورثة بعد وفاة الموصي.

- وهذا الرأي أخذ به المشرع المغربي الذي نص على أنه لا وصية لوارث إطلاقا، ولا تصح ولو أجازها الورثة (2) .

غير أنه يوجد رأي آخر وهو لابن القصار و ابن العطار وهما من المالكية فإن الوصية لوارث صحيحة بإجازة الورثة بعد وفاة الموصي،، ولقد اعتمد من رفض عدم جواز الوصية لوارث على عدة اعتباراتها:

- أن الشارع الحكيم هو الذي حدد الميراث، ونصيب كل شخص وتولى تقسيمه وبيانه.

1-رواه الترميذي.

2-رواه الدارقطني.

1 -العربييلحاج، المرجع السابق، ص 264.

- قول الرسول صلى الله عليه وسلم : " إن الله قد أعطى لكل ذي حق حقه ، ألا لا وصية لوارث و اللام تدل على النفي سواء أجازها الورثة أم لا رغم أن الحديث لم تثبت روايته عن المسلم و البخاري فهو قول الشافعي و أقرب إلى عصر السلف الصالح .
- إن أساس التوريث في الإسلام تقسيم الشارع الحكيم للتركة بين الورثة ، كل حسب نصيبه وقد أعطى للمورث الحق في الثلث يعطيه لمن يشاء من غير الورثة ، فإذا أعطى أحد الورثة ومنع الآخر فقد غير في قسمة الشارع الحكيم وغير في مقدار الأنصبة، مما يؤدي إلى خلق البغض والغل في قلوب الورثة نحو بعضهم البعض ،مع التذكير أن الهدف من الوصية كسب الأجر و الثواب لا خلق الغل و البغضاء بين الناس .
- هناك إجماع من الصحابة- رضوان الله عليهم- أن الوصية غير واجبة للوالدين ولم يلزموا بها

### الرأي الثاني : يجيز الإيصاء للوارث

- وقد اعتمد هذا الرأي القانون المصري الذي اعتبر أن الوصية للوارث لا تحتاج إلى إجازة الورثة إلا إذا تجاوزت الثلث و اعتمدوا على قول بعض المفسرين منهم أبو مسلم الأصفهاني بأن(الآية 180 )، سورة البقرة السالفة الذكر غير منسوخة بآية المواريث .
- واعتمد على أنه يمكن أن يكون هذا الوارث أحوج من غيره ، و الآية تشير إليه ، لأنها اشترطت لنفاذ الوصية ألا يكون فيها تجانف لإثم ، إذ قال تعالى بعد آية الوصية ﴿فَمَنْخَافَ مِنْ مُوصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ (الآية 182) سورة البقرة ، ولقد ذكر ذلك القول الزمخشري في الكشاف ، فقال " وقبل لم تنسخ الآية ، و الوارث يجمع له بين الوصية و الميراث بحكم الآيتين"إن الحديث الشريف:
  - " إن الله أعطى لكل ذيحقه ، فلا وصية لوارث " هو حديثاًحاداً، ولكن تلقاه التابعون وعلماء الأنصار بالقبول فكان هذا إجماعاً على صحته

ويرى الإمام محمد أبو أزهره أن إجازة القانون المصري الوصية للوارث وجعلها كوصية الأجنبي مبدأ خطير أستحدث في قوانين الدولة المصرية ، وأن هذه المخالفة تنتهي إلى

مخالفة قسمة الله العادلة في الموارث من غير مبرر وذلك بتخصيص بعض الورثة بأكثر من نصيبه<sup>(1)</sup>.

- أما المشرع الجزائري فقد كان رأيه من رأي الذين أجازوا الوصية لوارث وذلك حسب المادة 189 من قانون الأسرة التي تنص على " لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي " وأعتبر أن الوصية لوارث صحيحة لكنها موقوفة على شرط وهو إجازة الورثة لها، بعد وفاة الموصي .

من المؤكد أن أغلب التشريعات العربية قد أقرت الوصية مطلقا لغير الوارث ، أما الوصية لوارث فهي أساس الاختلاف فقد يكون - الوارث - مصابا بعاهة أو مرض مزمن ، ويريد والده مثلا أن يؤمن له حياة كريمة ويوفر له العلاج بعد وفاته فيكون بذلك المشرع الجزائري قد أصاب عندما أقر الوصية للوارث في المادة 189 إلا أنه وحسب الدكتور فشار عطاء الله في كتابه أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري الذي انتقد نص المادة 189 فقد صيغت حسب رأيه بطريقة يفهم منها أنها اتجهت إلى المنع من خلال عبارة " لا وصية لوارث " وكان الوصية بهذا التعبير صارت ممنوعة إلا بموافقة الورثة وهذا غير مقبول لأن الوصية جائزة للوارث ولغيره ولكن في حدود الثلث أما مازاد عن الثلث فيتطلب موافقة الورثة وقد اقترح تعديل المادة 185 فتصبح " تكون الوصية للوارث ولغير الوارث في حدود ثلث التركة، وما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة " .

ويجب الإشارة هنا أنه إذا أجاز بعض الورثة الوصية، ولم يجزها البعض الآخر كانت نافذة في حق من قبلها دون أن تنفذ في حق من لم يقبلها من الورثة.

وقد قضت المحكمة العليا بقاعدة عدم جواز الوصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة في العديد من قراراتها منها القرار الصادر بتاريخ 1990/03/05 ملف رقم 59240<sup>(2)</sup>.

1- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 72-73

1- قرار المحكمة العليا لصادرتاريخ 1990/03/05 ملف رقم 59240،المجلة القضائية،العدد الثالث،1992،ص 57

2- قرار المحكمة العليا،الصادرتاريخ 1992/11/24،ملف رقم 86039،الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية،عدد

خاص 2001،ص 292.

وكذلك القرار الصادر بتاريخ 1992/11/24 ملف رقم 86039<sup>(1)</sup>.

ويشترط في صحة الإجازة أن تكون من الوارث الذي يكون أهلا للتبرع وهو كامل الأهلية،بالغعقل ولم يحجر عليه ولذا فإن الوارث عديم الأهلية أو ناقصها للأسباب التي يقررها القانون يكون تصرفه بالإجازة باطلا بطلانا مطلقا وذلك حسب المواد 40،42،43،44 من القانون المدني و المواد 81،82،83 من قانون الأسرة.

ومن القوانين التي أجازت الوصية للوارث و لغير الوارث القانون المصري في المادة 37 فقرة 1 والتي تنص على : " تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره وتنفذ من غير إجازة الورثة، وتصح بما زاد على الثلث ولا تنفذ في الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه " .

- كما نصت مدونة الأسرة المغربية لسنة 2004 على نفس الحكم في المادة 280 " لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة، غير أن ذلك لا يمنع من تلقي الاستشهاد بها " .  
- كما نص القانون التونسي 1959 الخاص بالوصية في الفصل 179 على " لا وصية لوارث ولا فيما زاد على الثلث إلا بإجازة الورثة بعد وفاة الموصي "

### ثانيا : ما تعلق بقيمة الشيء الموصى به

لقد أجمع الفقهاء على عدم تجاوز قيمة الموصى به ثلث التركة وذلك استنادا على حديث الرسول صلى الله عليه وسلم لسعد بن ابي وقاص عندما سأله رضي الله عنه عندما ذهب ليعوده من وجع اشتد به قال: " يا رسول الله إني قد بلغ بي من الوجع ماترى وأنا ذو مال، ولا يرثني إل ابنة لي ، فهل أتصدق بثلثي مالي ؟ قال : كلا فقلت ، فالشطر ، أي النصف، قال: كلا ، فقلت : فالثلث يا رسول الله ، قال: الثلث ، والثلث كثير ،إنك إن نذر وراثتك أغنياء ، خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس<sup>(2)</sup> .

وكذلك قوله - صلى الله عليه وسلم - : " إِنَّ اللَّهَ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ بِثُلْثِ أَمْوَالِكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ؛ زِيَادَةً فِي حَسَنَاتِكُمْ "

إن النبي صلى الله عليه وسلم نهى سعداً أن يتصدق بالزيادة على الثلث في ذلك دلالة على أن الوصية بما زاد عن الثلث باطلة، وذلك عملاً بظاهر الحديث وهناك عدة آراء وأحوال سوف نتطرق لها بإيجاز:

1- حكم الوصية بأكثر من الثلث إذا كان للموصي وارث تكون موقوفة على إجازة الورثة ، ودليلهم في ذلك حديث الرسول صلى الله عليه وسلم لسعد بن أبي وقاص ووجه الاستدلال هو أن المنع من الزيادة هو لأجل الورثة فإن أجازوها جازت<sup>(2)</sup> وأخذ بذلك بعض الحنفية وبعض الشافعية.

- إن الوصية بما زاد عن الثلث باطلة مطلقاً ، سواء أجازها الورثة أم لا وهو رأي أبو يوسف و بعض المالكية و بعض الشافعية وبعض الحنابلة وبعض الظاهرية ودليلهم في ذلك نفس الحديث السابق فقد نهى الرسول صلى الله عليه وسلم سعداً أن يتصدق بالزيادة على الثلث .

2- حكم الوصية بأكثر من الثلث إذا لم يكن للموصي وارث

- إذا لم يكن للموصي وارث ووصى بما زاد عن الثلث تكون الوصية جائزة حسب رأي الحنفية وبعض المالكية وبعض الحنابلة، ودليلهم في ذلك أن المنع من الزيادة يتعلق بحق الورثة، أما من لا وارث له فتجوز وصيته بجميع ماله<sup>(1)</sup>.

- تكون الوصية باطلة في ما زاد عن الثلث، حتى إذا لم يكن للموصي ورثة وهذا قول الحنفية و بعض المالكية و الشافعية وبعض الحنابلة و الظاهرية ودليلهما ورد عن عمران

2- محمد علي محمود يحيى، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، أحكام الوصية في الفقه الإسلامي، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2010، ص 127.

1- محمد علي محمود يحيى، مرجع نفسه، ص 129

بن حصينان رجلاً أعتق ستة عبيد مملوكيين له عند موته لم يكن له مال غيرهم ، فدعاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم أثلاثاً ثم أقرع بينهم ، فأعتق اثنين وأرق أربعة ، وقال قولاً شديداً ولأن مال

من لا وارث له يؤول إلى بيت مال المسلمين<sup>(1)</sup>.

وعليه إذا تجاوزت الوصية الثلث القانوني، فيذهب الفقه المالكي إلى أن الوصية لغير الوارث في هذه الحالة تقع باطلة بالنسبة للزيادة فقط أما إذا أجازها الورثة فإنها تأخذ حكم الهبة من أموالهم.

وبالرجوع إلى المادة 185 من قانون الأسرة نجدتها تنص على أن الوصية تكون في حدود الثلث وأن مازاد عنه يتوقف على إجازة الورثة.

لكن ما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه أغفل فرضية عدم وجود ورثة وذلك بعدم النص عليها ، لكن بالرجوع للقواعد العامة للميراث الواردة في المواد من المادة 126 إلى 183 من قانون الأسرة و بالتحديد للمادة 180 فقرة 4 التي تنص على أنه في حالة عدم وجود وارث فإن التركة تكون من حق الخزينة العامة ، و قياساً على ذلك فإننا نرى أن رأي المالكية هو الرأي الراجح أي في حالة عدم وجود ورثة فإن مازاد عن الثلث يؤول إلى الخزينة العامة .

إضافة إلى ما سبق، يجب أن نحدد وقت تقدير الثلث و كيفية تقديره، فبالنسبة لوقت تقدير الثلث فقد اختلف الفقهاء في وقت تقديره.

- فالرأي المشهور عند المالكية والأحناف أن وقت تقدير ما يتركه الموصي هو وقت القسمة، وأخذ كل من الورثة و الموصى له حقوقهم، وهو وقت تنفيذ الوصية.

- أما الشافعية و الحنابلة فإن وقت تقدير ما يتركه الموصي هو وقت الوفاة، لأن الوصية تلزم بوفاء الموصي.

2- صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب ثواب العبد و أجره إذا نصح لسيد وأحسن عبادة الله، ص 66.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم يتطرق لهذه المسألة، وعليه فيجب أن يرجع إلى أحكام المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لا نص فيه. أما بالنسبة لكيفية تقدير التركة، فيجب أن تقدر التركة بعد سداد الديون وذلك حسب المادة 180 من قانون الأسرة.

وما يلاحظ أن تقدير الثلث بالنسبة للوصية بالأعيان لا يثير إشكالا لأن الوصية تقدر بقيمة العين نفسها ، أما الإشكال فيثور بالنسبة للوصية بالمنافع<sup>(1)</sup> فقد اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين :

**الرأي الأول :** هو رأي أبي حنيفة و الإمام مالك أن الوصية بالمنفعة تقدر بقيمة العين الموصى بمنفعتها أيًا كانت المدة وعللوا ذلك بأن الوصية بالمنافع فيها منع العين عن الوارث لمدة طالت أو قصرت .

**الرأي الثاني:** وهو رأي الشافعية و الحنابلة هو أن قيمة الوصية بالمنافع تقدر بقيمة المنافع نفسها في مدة الوصية لأن قيمة الوصية يكون بقيمة ما يناله الموصى له منها، فتقدر قيمة المنافع مجردة من العين ذاتها.

وطريقة تقدير قيمة المنفعة هو أن يعرف أجر المثل للعين التي تحمل المنفعة في مدة الوصية.

### الفرع الثاني: علّة وأساس تقييد الوصية.

هناك من الوصايا ما قد يؤثر على حقوق الورثة التي خصها الشارع الحكيم بأنصبة محددة، وقد اتبع المشرع الجزائري نفس الطريق وذلك حفاظا على حقوق الورثة ومنع الإضرار بهم وسوف نتطرق في هذا الفرع إلى نقطتين أساسيتين هما :

### أولا : منع الإضرار بالورثة .

1 -تتص المادة 190 من قانون الأسرة: " للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة "

إن الهدف من الوصية في الشرع و القانون هو التصديق بجزء من مال الشخص للأقرباء أو الفقراء اللذين لا يرثون أي الإنفاق من أجل كسب الأجر و الثواب على وجه من أوجه البر و الإحسان ، و الهدف الأساسي منها هو عمل الخير إلى درجة وجوب الوصية في بعض الحالات بحكم الشرع و القانون وهو ما يسمى بالوصية الواجبة أي التتزيل حسب المواد 169 إلى 172 من قانون الأسرة، واعتبار الوصية مكروهة في حالات أخرى كوصية

صاحب المال القليل للغير مع كثرة ورثته وفقدهم، مصداقا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: " إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس ".

مما سبق وتحقيقا للغرض النبيل الذي جاءت من أجله الوصية ،اعتبرت الشريعة الإسلامية هذه الأخيرة باطلة إذا كان القصد منها الإضرار بالورثة و المساس بحقوقهم وذلك مصداقا لقوله تعالى : ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَ اللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ﴾. (الآية 12) سورة النساء.

ولذا فقد أقر الفقهاء بطلان ما يسمى بوصية الضرار<sup>(1)</sup>، وهي التي يقصد بها الإضرار بالورثة كأن يوصي الشخص بثالث ماله لبعض جهات البر إن تزوج ابنه من فلانة ويصرح أنه كان يود أن يوصي بجميع ماله لو لم يمنعه القانون من ذلك ، فالقصد هنا الإضرار بالورثة .

وعن ابن عباس - بإسناد صحيح - أن وصية الضرار من الكبائر وذلك لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : " الإضرار في الوصية من الكبائر " <sup>(2)</sup>.

ولا يجب أن يفهم من عدم جواز وصية الضرار عندما تكون نية أو قصد المورث الإضرار بالورثة فقط ، بل أن عنصر الإضرار يتحقق في حالتين :

1- إذا اتجهت نية الموصي إلى الإضرار، كأن يقرّ بأنه يريد حرمان ورثته صراحة من الوصية.

1- زروق عبد الرءوف، مرجع سابق، ص100

1-رواه الدار قطني.

أو أن يستخلص ذلك من اشتغال الوصية على شرط يتوقف تنفيذها على تحققه.  
غير أن الإمام مالك يرى أن الوصية إذا كانت مشروعة وفي حدود الثلث ولغير وارث فيجب العمل بها.

2- كما يتحقق الضرر دون وجود نية أو قصد الإضرار في حالة ما إذا أوصى الشخص بأكثر من ثلث التركة أو أوصى لأحد ورثته دون غيره رغم يسره.

### ثانيا : تولي الشرع الخلافة في المال بالتنظيم

من أسباب الملكية بالخلافة في مال الهالك وانتقال ما كان له من أموال وحقوق إلى آخر يعدّ خليفة له لسببين اثنين هما :

1- إماماً بحكم الشارع الحكيم وهذا في الميراث فتكون الخلافة بحكم الشارع الحكيم لا بحكم المورث، وحتى بغير إرادته لذا قيل أنه لا يدخل في ملك الإنسان جبراً عنه سوى الميراث<sup>(1)</sup>.  
2- وإماماً بإرادة المتوفى ، و هذا في الوصية وهو ما يعرف بالخلافة الاختيارية و الأصل أن الشارع الحكيم هو الذي يتولى أمر الخلافة في مال الميت ويحددها في إطار الأسرة ولا يتعداها ، وذلك حماية لها و لتوثيق العلاقات بين أفرادها و المحافظة على كيانها وتربطها و لذا فإن الشريعة الإسلامية تولت هذا الأمر في حدود ثلثي التركة وتقسيمة بالعدل و الإنصاف ، هذا التقسيم يقوم على ثلاثة أسس هي :

- منح الميراث لمن هو أقرب للمتوفى .

- مراعاة الحاجة.

- توزيع التركة على عدة أفراد أي التوزيع دون التجميع.

مما سبق نستخلص أن الله سبحانه وتعالى قد نظم الخلافة بالمال سواء بالميراث أو بالوصية وحدد لها حدود لا يجوز للإنسان أن يتعداها ولم يترك الأمر لإرادة الموصي المطلقة حتى لا يسمح بالاعتداء على الحقوق المالية للشخص وحتى تتحقق العدالة و الإنصاف بين أفراد الأسرة الواحدة التي تعتبر وحدة البناء الاجتماعي، فبصلاحها و تربطها و تكافلها يصلح

2-محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، دار الفكر العربي، مصر، ص 07.

المجتمع بأكمله وذلك مصداقا لقوله تعالى : ﴿يَبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ أَنَّ تَضْلُوا وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾<sup>(1)</sup>

### المبحث الثاني: أسس حماية الورثة في التصرفات الملحقة بالوصية

تعتبر الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي لقانون الأسرة الجزائري و التي لم تترك أمراً إلا ونظمتها تنظيماً لا يترك مجالاً للحيرة أو العجز في إيجاد حل كامل يرضي جميع الأطراف خاصة في المعاملات المالية ، وهناك بعض الحالات التي يتحايل فيها الشخص على القانون من أجل حرمان بعض الورثة من حقه الميراث ، أو يفضل بعضهم على بعض ، أو رغبة منه في تقسيم تركته حال حياته حتى وإنه لا يصح استعمال مصطلح التركة في هذه الحالة لأن التركة تطلق على ما خلفه المتوفى من أموال فإنه يقوم بتصرفات منجزة كالبيع و الهبة تحايلاً على القانون وتهرباً من تقييد حرية الإيضاء، إلا أنه يوجد قرائن نستخلص من خلالها هذا التحايل مثل ما جاء في المادة 777 قانون مدني ، كما أن المشرع قد ألحق تصرف المريض مرض الموت بالوصية .

1-سورة النساء، الآية176

وعليه سوف نحاول توضيح الأسس التي اعتمد عليها المشرع ليتدخل في التصرفات التي يبرمها المورث عامة في المطلب الأول و تصرفات المريض مرض الموت بصفة خاصة في المطلب الثاني .

### **المطلب الأول:الأساس العام الذي تقوم عليه قرينة الإيحاء**

لقد أقام المشرع الجزائري في أحكام القانون المدني وكذا قانون الأسرة قرائن قانونية في بعض تصرفات الشخص التي يبرمها في أمواله والتي تأخذ حكم الوصية ، وذلك منعاً للتحايل على أحكام القانون الواردة في الوصية ، و هذا تدعيماً لسلطة القاضي في تكييف التصرفات القانونية لذا سوف نتطرق إلى منع التحايل على أحكام القانون في الفرع الأول وإلى سلطة القاضي في تكييف التصرفات القانونية في الفرع الثاني.

### **الفرع الأول: منع التحايل على أحكام القانون**

كثيراً ما يلجأ الأفراد من الناحية العملية إلى وصف تصرفاتهم بأنها تصرفات منجزة كالبيع مثلاً و الهبة ، رغم أنها تكون في حقيقة الأمر تصرفات مضافة إلى مابعد الموت وهذا ما يعتبر ستراً للوصية وتحايلاً على أحكام القانون المقيدة لحرية الإيحاء.

والتي سبق وأن تطرقنا إليها، لأن القصد هنا هو التبرع من ناحية ، و إضافة التملك إلى مابعد الموت من ناحية أخرى، وهنا نكون أمام وصية دون التقيد بأحكامها ، فيلجأ الطرفان إلى إظهار الوصية بمظهر البيع فيذكر في العقد ثمن صوري لا يلتزم المشتري به، أو يصبغ عليه المتصرف مظهر الهبة بإبرامه في شكل تصرف منجز ولكن يبقى للبائع الحق بالانتفاع بالعين المبيعة طول حياته، لذا لا يجب التقيد في هذا الصدد بما يضيفه الأفراد على

تصرفاتهم من أوصاف ، و إنما يجب الاعتداد بما يثبت من الناحية الواقعية<sup>(1)</sup>، ولكل ذي مصلحة التمسك بالتصرف الحقيقي، وإثبات التحايل وأن التصرف كان قصد التبرع وهو تملك مضاف إلى ما بعد الموت وذلك بكل طرق الإثبات .

كأن نستخلص أنّ نية التبرع من 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 .

واعتمادا 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 اعتبار التصرف وصية .

وقد حدد المشرع هذه القرائن تسهيلا على من له مصلحة في اعتبار التصرف وصية عندما تتم في مرض الموت وذلك في المواد 776، 408 ، 409 من القانون المدني ، والمواد 204، 215 من قانون الأسرة.

وبالمقابل، فإن خلو العقد من شروط القرينة القانونية لا يصلح دليلا لنفي الوصية المستترة، وعلى القاضي التحقق من توفر شروطها على ضوء ظروف الدعوى وملابساتها غير متقيد بما ورد في العقد ، حيث يجوز الإثبات بكافة الطرق .

ولتوضيح ذلك يجب التفرقة بين صورية العقد و التحايل على نظام الإرث:

إذ أن الصورية هي أن يتعمد المتعاقدان إخفاء حقيقة التصرف بإظهار تصرف آخر يخفي التصرف الحقيقي مختلفا عنه وله شروط مستترة هي التي اتجهت إليها إرادة المتعاقدين .

- أما التحايل على نظام الإرث فقد يكون بغير صورية أي أن شروط العقد ظاهرة غير مستترة كالهبة مع الاحتفاظ بالحيازة مدى الحياة<sup>(2)</sup>.

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

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

ويكون عبئ الإثبات على الورثة وذلك بكافة طرق الإثبات على أساس وجود غش أو تحايل على القانون .

### الفرع الثاني: سلطة القاضي في تكييف التصرفات القانونية

في حالة إبرام المتعاقدين تصرف سائر للوصية فإن سلطة القاضي تظهر جلياً في تكييف هذا التصرف وذلك حماية للورثة، ويظهر ذلك من خلال التعرف على نية المتعاقدين وذلك بتطبيق المادتين 111 و112 من القانون المدني.

والتفسير هنا مسألة موضوعية لا يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا مادام قد التزم بالقواعد التي نص عليها المشرع في التفسير إلا أن رقابة المحكمة العليا تقوم على مدى احترام القاضي لقواعد التفسير المنصوص عليها في المادتين 111 و 112 من القانون المدني و التي جاء فيها عدم الانحراف على عبارات العقد الواضحة و كذلك قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين .

وبعد استخلاص القاضي نية و إرادة المتعاقدين بعد تكييف التصرف و تحديد ماهيته وإعطائه الوصف القانوني المناسب يسقط عليه حكم القانون ، ولا تنتقد المحكمة بالتكييف الذي جاء به الأطراف بل تصححه من تلقاء نفسها ، وعليه إذا تعمد المتعاقدين إعطاء تصرفهما شكلاً مخالفاً للظاهر قصد التحايل على القانون وذلك بستر الوصية في شكل تصرف منجز مثلاً ، فللقاضي أن يصحح هذا التصرف ويكيّفه حسب ما يراه مناسباً فالعبرة بالواقع وليس بما يدعيه الأشخاص وذلك بالنظر إلى ملابسات القضية وإلى القرائن والأدلة التي تكون بين يديه .

والتكييف عملية قانونية يقوم بها القاضي حتى يتمكن من تطبيق أحكام القانون على التصرف، فآثار تكييف التصرف وصية تتمثل في تطبيق أحكام الوصية عليه من حيث القيود التي ترد على الوصية.

### المطلب الثاني:أساس حماية الورثة من تصرفات المريض مرض الموت

قد يمر الإنسان أثناء حياته بفترة يغلب فيها المرض حيث يشعر خلالها أنه يقرب إلى الهلاك وتعرف هذه الحالة فقها وقانوناً بمرض الموت ، قد يبرم فيها الشخص تصرفات سواء لوارث أو لغيره ، وقد نظم المشرع أحكام هذه التصرفات في هذه الفترة من خلال المواد 408، 409 ، 776 من القانون المدني وكذا المادة 204 من قانون الأسرة وذلك حماية لورثة المريض و مراكزهم المالية .

سوف نوضح مفهوم مرض الموت في الفرع الأول ثم نبين أساس تقييد تصرفات المريض مرض الموت و المتمثل في تعلق حق الورثة بأمواله خلال فترة مرضه مرض الموت .

### الفرع الأول : مفهوم مرض الموت

بالرجوع إلى القانون فإننا نجد أن المشرع لم يعرف لنا مرض الموت لكنه اكتفى بتحديد أحكام التصرفات الصادرة خلاله لذلك ومادامت المادة 222 قانون الأسرة قد أحالتنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لا نص فيه، لذا سوف نعتمد على ما جاء في الفقه الإسلامي<sup>(1)</sup>

هناك عدة تعريفات لمرض الموت منها :

- مرض الموت هو الذي يغلب فيه خوف الموت ، ويعجز فيه المريض عن رؤية مصالحه خارجاً عن داره إن كان من الذكور ، وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء كان صاحب فراشاًو لم يكن<sup>(2)</sup>.  
ويعرفه البعض على أنه المرض الذي يتحقق فيه أمران، أحدهما أن يكون مرضاً من شأنه أن يحدث الموت غالباً، و ثانيهما أن يموت الشخص بالفعل موتاً متصلاً به<sup>(3)</sup>.  
وعُرف أيضاً: ما يخشى عادة وغالبا وقوع الموت منه<sup>(4)</sup>.

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

1 عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، ص 313.

3- محمد أبوزهرة، أحكام التركة والمواريث، المرجع السابق، ص 07.

4- ابن الهمام مفتاح القدير، أحكام الوصية في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، ص 74.

- و التعريف السائد لمرض الموت في فقه الإسلام هو "المرض الذي يغلب فيه الهلاك ويعجز الشخص عن القيام بمصالحه، ويتصل به الموت فعلا، ولو كان المريض قد توفي لسبب آخر كحادث مثلا مادامت وفاته قد وقعت في أثناء هذا المرض " .

ورغم اختلاف هذه التعريفات، فإننا نجدتها تشترك في أمارات و أوصاف ظاهرة يتبين بها مرض الموت وهي أن يكون المريض في حالة يغلب فيها الهلاك ويتوقعه، وتكون تصرفاته لخوف الموت المرتقب<sup>(1)</sup>.

نستخلص مما سبق أنه يجب توفر ثلاثة شروط حتى نقول أننا أمام حالة مرض الموت وهي:

**أولاً:** أن لا يستطيع المريض القيام بمصالحه بمفرده أي أن يعجز المريض على قضاء مصالحه العادية المألوفة التي كان يقوم بها في صحته كالذهاب إلى العمل ، الخروج للتسوق ، القيام بالأعمال المنزلية ، بالنسبة للإناث ...إلخ

ولا يشترط أن يُقعدَ صاحبه الفراش، ويخرج من ذلك من لزم الفراش بسبب الشيخوخة لا بسبب المرض فتأخذ تصرفاته حكم تصرفات الأصحاء.

وكذا من يحترف حرفة شاقة ويقعده مرضه عنها دون أن يعجزه عن مباشرة عمله المألوف.

**ثانياً** - أن يغلب في المرض خوف الهلاك أي أنه يجب أن يغلب في المرض خوف الموت و لأنه ليس كل مرض يغلب فيه الهلاك ، فنستثني من ذلك الأمراض البسيطة التي يكون فيها احتمال الشفاء كبير حتى وإن أقعدت المريض عن قضاء مصالحه وأدت به إلى الهلاك لأن الغالب في هذه الأمراض الشفاء وليس الهلاك فتأخذ تصرفاته في هذه الحالة حكم تصرفات الأصحاء ، كما نستبعد أيضا الأمراض المزمنة حتى وإن طالت لأن المريض يطمئن إلى ابتعاد خطر الموت العاجل (مثل السكري ، الروماتيزم )<sup>(2)</sup>، وحتى نعتبر

1- محمد بن أحمد تقيّة،دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري،مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن،الديوان الوطني للأشغال التربوية،الجزائر ، 2003،ص 114.

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

المرض مرض موت يجب أن يكون مرضاً خطيراً من الأمراض التي تنتهي بالموت عادة ، أو أن يبدأ المرض بسيطاً ثم يتطور بسرعة حتى تسوء حالة المريض وتكون نسبة شفائه ضئيلة .

هناك من يعتبر أن توفر الشرط الثاني يُعني عن الشرط الأول إذا غلب على المرض خوف الموت ولم يقعد المريض عن قضاء مصالحه ، ويذهب اتجاه آخر إلى أنه يجب توفر الشرطين معاً ، لأن الأصل هو أن يغلب في المرض خوف الموت ، وأن القعود عن قضاء المصالح هو العلامة المادية التي تشعر المريض بخطر الموت .

**ثالثاً -** أن ينتهي المرض بالموت فعلا أي ينتهي المرض بالموت مباشرة دون أن تفصل بينهما فترة الصحة ، سواء أكان الموت بسبب ذلك المرض أو لسبب آخر ويجوز لمن له مصلحة أن يطعن بأن التصرف الذي قام به المريض في فترة مرضه والتي انتهت بوفاته هو تصرف في مرض الموت .

ويتجه الرأي الغالب في الشريعة الإسلامية إلى إنه يجب وفاة المريض قبل سنة من بداية المرض ، أما إذا مضى أكثر من هذه المدة ولم يموت المريض فلا يعتبر مرض الموت لأن القاعدة أن الأمراض وخاصة المزمنة لا تعتبر مرض موت إلا إذا اشتدت بحيث يطمئن المريض أن حالة الخطر قد زالت ، أما إذا اشتد المرض وازدادت حالة المريض سوءاً وأصبح احتمال الهلاك أكيد وانتهت بالموت فعلا فيعتبر مرض موت من الوقت الذي اشتد فيه حتى ولو بقي مشتداً أكثر من سنة ، ولم يموت إلا بعد انقضائها، وقد أكدت المحكمة العليا على ضرورة توفر هذه الشروط ".....ولما كان ذلك فإن القرار صدر موافقا للقانون متى بين في أسبابه أن الموكل كان حين عقد الهبة مريضاً بالسرطان كما هو ثابت في المستندات وهو مرض يغلب فيه الهلاك وقد دخل المستشفى في .... وقد لازمه حتى مات به في .... ولما كان ذلك فإن الموكل لا يستطيع أن يؤدي بنفسه العمل الذي وكلّ فيه (1)

1 -قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث الصادر بتاريخ 2001/02/21 ملف رقم 256869،  
المجلة القضائية، العدد الثاني، 2002، ص 428.

وبالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا المتعلقة بالتصرفات في مرض الموت فإن العديد منها يشير إلى وقوع التصرف في مرض الموت دون إعطاء تعريف دقيقة له ، باستثناء البعض منها كالقرار الصادر بتاريخ 1984/07/09 الذي جاء فيه : " أنه من المقرر فقها وقضاءً أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا و يجر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه<sup>(1)</sup>

### الفرع الثاني : تعلق حق الورثة بأموال المريض مرض الموت

إن العلة من تقييد تصرفات المريض مرض الموت هي منع الإضرار بالورثة وذلك لتعلق حقهم بأموال هذا المريض ، ولكي يحصلوا على حقهم في الثلثين من التركة ، ولقد جاء في الفقه الإسلامي أن حق الورثة يتعلق بأموال مورثهم لا من وقت موته فحسب بل من وقت المرض الذي يموت فيه باعتبار أن حقهم في التركة يثبت بالموت .

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

وقد أكد الفقهاء أن حق الورثة في الخلافة حال مرض الموت على أنه حق ثابت ، رغم اختلافهم في تكييفه فمنهم من اعتبره حق ملكية كامل يثبت بمجرد المرض ، و منهم من اعتبره حق ملكية يكون لهم عند الموت لكن يستند إلى وقت بدء المرض ، ويذهب آخرون إلى اعتباره حق خلافة أو إرث وليس حق ملكية ، ورغم هذا الاختلاف إلا أننا نتفق على أنه حق يقيد تصرفات المريض ، إلا أنه يجب التفريق هنا بين الحقوق التي تتعلق بمال المريض وهي حسب الترتيب كالتالي:<sup>(2)</sup>

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

1- الدكتور حسن منصف، الوصايا الحكمية، مقالات وأبحاث، 2014/01/09، ص 15.

1- حق المريض نفسه الذي يتعلق بقضاء مصالحه وحاجته الخاصة، ك شراء الدواء، وأجرة الطبيب، و مستلزمات العلاج فإن هذه التصرفات جائزة وتخرج من دائرة المنع.

2- حق الدائن إذا كان على المريض دين سواء استغرق كل أموال المريض أو بعضها.

3- حق الورثة و الذي يتمثل في ثلثي أموال المريض الخالي من الديون.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن المريض مرض الموت أثناء مرضه لا ينظر في تصرفاته وإنما ينظر فيها بعد وفاته ، فإن كانت تمس بحق الورثة كان لهم الاعتراض بعد وفاته لأن حقهم في الاعتراض يكون بتحقق السبب المنشئ لهذا الحق وهو الوفاة المتصلة بمرض الموت ، إلا إذا شاب إرادته عيب أو فقد أهليته .

ويجب الإشارة إلى أن تقييد تصرفات المريض مرض الموت لا يرجع إلى نقصاً وانعدام في الأهلية ، ولا لعيب في الإرادة باعتبار أن مرض الموت ليس من أسباب نقص الأهلية أو فقدانها وليس عيباً من عيوب الإرادة حسب القانون المدني إلا إذا فقد المريض تمييزه فإن تصرفاته تخضع للأحكام العامة التي نص عليها القانون المدني .

وما يلاحظ أن المشرع في المادة 408 من القانون المدني الفقرة 2 اعتبر أن البيع في مرض الموت إذا تم للغير غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلاً للإبطال.

أما النسخة الفرنسية لنفس المادة تعتبر أن البيع هذه الحالة بدون تراض sans consentement أي اعتبر مرض الموت عارض من عوارض الأهلية أو عيب من عيوب الإرادة، كما أن المحكمة العليا اعتمدت نفس الموقف الغريب وذلك في القرار الصادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية الصادرة بتاريخ 1984/07/09 السالف الذكر، ص33 و بها خالف القواعد الفقهية المستمدة من الشريعة الإسلامية حينما اعتبر مرض الموت يفقد الشخص وعيه و تمييزه .

وكذلك القرار الصادر من المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1992/10/27 و الذي جاء فيه " تعتبر الهبة في مرض الموت و الحالات المخيفة وصية لأنه يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل وقت إبرام و تحرير الهبة ، وإن إبطال الهبة المحررة بواسطة الوكيل في مرض

الموت هو تطبيق سليم للقانون لعدم تحقيق ما تقتضيه أحكام المادتين 203 و204 من قانون الأسرة<sup>(1)</sup>.

---

1-قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 2001/02/21 ملف رقم، 256869، المجلة القضائية، العدد الثاني 2002،  
428.

**الفصل الثاني :**

**التصرفات الساترة للوصية**

**وأحكامها**

## تمهيد

قد يقوم الشخص خلال مرض موته بتصرفات يقصد بها إخفاء التصرف الحقيقي كأن يضفي صفة المعاوضة على تصرفه الذي قصد به التبرع أو قد يعتمد القيام بتصرف عند تمتعه بكامل صحته كأن يتصرف لأحد ورثته أو لغيره ويستثني بطريقة ما الانتفاع بالشيء وحيازته مدى حياته ، وذلك قصد التحايل على أحكام القانون المقيدة لحرية الإيضاء كما سبق ذكره.

لذا فان المشرع أقام قرائن قانونية حماية لمصلحة الورثة والغير ومنع التحايل على القانون وذلك سواء تعلق الأمر بالتصرفات المبرمة في مرض الموت أو التصرفات لوأرث مع الاحتفاظ بحيازة العين والانتفاع بها مدى الحياة.

وقد ارتأينا أن نقسم هذا الفصل إلى مبحثين ، نخصص المبحث الأول لدراسة تصرفات مريض مرض الموت ونخصص المبحث الثاني إلى أحكام التصرفات لوأرث مع الاحتفاظ بالحيازة والانتفاع مدى الحياة وقواعد الإثبات المتعلقة بها.

## المبحث الأول: تصرفات المريض مرض الموت

جاء في نص المادة 776 من القانون المدني الحكم العام في تصرفات المريض مرض الموت وقد أحاط هذه التصرفات بقواعد محددة في إثباتها سواء بنص هذه المادة أو غيرها.

إلا أن المشرع لم يكتفي بذلك فخص بعض التصرفات المبرمة في مرض الموت بقواعد خاصة بها كالبيع في المادتين 408 و 409 من القانون المدني والهبة 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 والبيع. إلا أننا وبتحليل بعض النصوص القانونية وقرارات المحكمة العليا المتعلقة بها يمكن إلحاقها بالحكم العام ، من أهم هذه التصرفات التي سوف نتطرق إليها الوقف ، الإبراء ، الإقرار.

بناء على ما سبق سوف نتطرق في المطلب الأول إلى الحكم العام للتصرف في مرض الموت، كما سنتعرض في المطلب الثاني إلى الأحكام الخاصة لبعض التصرفات الأخرى.

### المطلب الأول: الحكم العام للتصرف في مرض الموت

جاء في نص المادة 776 من القانون المدني " كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت ، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف. وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا.

إذا اثبتت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف الصادر على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك ، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه " (1).

على هذا الأساس سوف نتكلم عن شروط أعمال المادة 776 من القانون المدني سألقة الذكر وخضوع التصرف لحكم الوصية كنتيجة عنها في الفرع الأول ونتكلم عن قواعد الإثبات المتعلقة بها في الفرع الثاني.

### الفرع الأول: شروط اعتبار التصرف وصية

إن التصرف الصادر من الشخص في مرض الموت بقصد التبرع مضافا إلى ما بعد الموت يعتبر وصية مستترة وتسري عليه أحكامها وذلك بتوفر شرطين أساسيين هما:  
**أولاً:** أن يتم التصرف في مرض الموت: أي أن يبرم المريض مرض الموت تصرفه القانوني خلال فترة مرضه، أيأ كانت تسمية التصرف المهم أن المتصرف قصد به التبرع فيعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت. وعلى الورثة إثبات أن التصرف قد ابرم من طرف مورثهم أثناء فترة مرض الموت وذلك بكافة الطرق سواء بالخبرة الطبية أو شهادة الشهود.....الخ  
**ثانياً :** أن يكون التصرف بقصد التبرع : كما جاء في المادة 776 من القانون المدني لكي يعتبر التصرف القانوني الصادر من المورث وصية ويخضع لأحكامها يجب أن يكون من التصرفات التبرعية أي بدون عوض ، فإذا تبين معنى التبرع فلا صعوبة في الأمر ونطبق أحكام الوصية حسب المادة 776 من القانون المدني ، لكن الإشكال يطرح عندما تكون التصرفات ساترة للوصية أي أن يكون ظاهرها معاوضة و حقيقتها الخفية تصرفا تبرعيا ومنه متى صدر التصرف في مرض الموت كان ذلك قرينة على نية التبرع .

وبتالي حسب المادة 776 من القانون المدني فان الورثة يستفيدون بما هو مقرر لهم من تقييد حرية الإيصاء والتي سبق تبيانها والتي جاء فيها أنه لو تم تصرف لوارث فانه

1-المادة 776 من القانون المدني .

لا يجوز ولا ينفذ ، ويبقى متوقفا على إجازة الورثة وذلك حسب المادة 189 من قانون الأسرة ، أما إذا كان لغير وارث فانه يكون صحيحا وناظدا في ثلث التركة ، وما زاد عنه يتوقف على إجازة الورثة حسب المادة 185 من القانون الأسرة.

وقد جاء في قرار المحكمة العليا<sup>(1)</sup> الصادر بتاريخ 1994/03/22 ، ملف رقم 95385 المجلة القضائية 1995 العدد الأول ص 134 " التنزيل - لا يتم إلا بين الأصول والفروع - المطعون ضدها ليست بنت صليبه وتكييف التنزيل على انه وصية خرق صارخ لأحكام الشرع والقانون. من المقرر قانونا وشرعا أن التنزيل لا يكون إلا بين الأصول والفروع ويكون بتنزيل الفرع منزلة الابن المتوفى من قبل الأصل ليأخذ المنزلون مناب المتوفى في حدود ما قرره القانون و الشرع، ولا يجوز الحكم بغير ذلك ولما ثبت من قضية الحال أن قضاة المجلس اعتبروا عقد التنزيل المحرر في 1975/11/20 على انه وصية يكونوا قد أخطأوا التصور والتكييف لان العقد المذكور بتنزيل المطعون ضدها منزلة البنت الصلب رغم ما في ذلك من خرق صارخ لأحكام الشريعة الإسلامية والمادة 776 من القانون المدني.

### الفرع الثاني : قواعد الإثبات المتعلقة بالتصرفات في مرض الموت

من الناحية القانونية وكذا العملية فانه لا وجود لحق بدون دليل يثبته عند المنازعة وحسب المادة 776 من القانون المدني فان إثبات أن المورث كان في مرض الموت يقع على الورثة ولهم إثبات ذلك بكافة الطرق.

#### أولا : إثبات مرض الموت

لقد سبق وان عرفنا مرض الموت وهو حاله مرضية تقعد الشخص عن قضاء مصالحه ويغلب في المرض خوف الهلاك وينتهي المرض بالموت فعلا وهو واقعه مادية

1- أ . الدكتور محمد أحمد سراج، أحكام الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي والقانون، دراسة فقهية قانونية مقارنة، دار المطبوعات الجامعية ، ص 458 .

يجوز إثباتها بكافه الطرق بما في ذلك البينة والقرائن.... وعلى القاضي استخلاصها من ظروف الدعوى.

وملابساتها وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 16/06/1998 الذي جاء فيه: "...إضافة إلى أن مرض الواهب هو حاله مادية ظاهرة لا يمكن إخفاؤها ويجوز إثباتها بشهادة الشهود زيادة على الشهادات الطبية المحتج بها...." (1)

والقاضي عند تقديره لمرض الموت وفق دراسته للقضية لا يخضع لرقابة المحكمة العليا، وإنما ينصب دور هذه الأخيرة على التسبيب الذي جاء به الحكم والعناصر التي اعتمد عليها لاعتبار المرض مرض الموت وفقا لأسباب سائغة وقانونية ، كما تتأكد من توفر شروط مرض الموت التي ذكرناها سابقا.

وعلى الورثة إثبات مرض الموت بكافة الطرق ومن بينها الشهادات الطبية كما جاء في قرار المحكمة العليا " من المقرر قانونا أن الهبة في مرض الموت تعتبر وصية ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون، وكما كان ثابتا- في قضية الحال - أن الواهب كان في مرض الموت بشهادة الموثق والشهود والشهادات الطبية فإن قضاة الموضوع بقضائهم برفض دعوى الطاعن على أساس أن العقد التوثيقي لا يمكن إبطاله إلا في حاله الطعن بالتزوير مع أن الدعوى كانت ضد التصرف الذي أقامه الواهب وليس ضد شكلية العقد رغم ثبوت أن الهبة موضوع النزاع كانت في مرض الموت فعلا فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وعرضوا قرارهم للنقض" (2)

**ثانيا : إثبات شروط المادة 776 من القانون المدني**

1 -قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 16/06/1998 ملف رقم 197335 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص 2001 ، ص 281 ، بلحاج العربي قانون الأسرة وفق التعديلات ، ص 565.  
2-قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 16/06/1998 ملف رقم 197335 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص 2001 ، ص 281.

يكون عبئ الإثبات بالنسبة للشرط الأول وهو ضرورة صدور التصرف في مرض الموت على الورثة وذلك بجميع طرق الإثبات ، لأنهم بصدد إثبات واقعة مادية .

وبناء على هذا المبدأ نسبية آثار العقد فإنها تنصرف إلى المتعاقدين وخلفهما العام حسب أحكام المادة 108 من القانون المدني التي تنص على " ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يثبت من طبيعة التعامل، أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث "، وحسب القاعدة العامة أن الورثة يعتبرون من الخلف العام للمورث ، لكن يقصد بعبارة " مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث " عدم سريان تصرفات المورث إذا أبرمها في مرض الموت في حق الورثة واعتبارها وصية حيث يعتبرون في هذه الحالة من الغير في مواجهة هذه التصرفات (1).

لكن بالنسبة لمسألة ثبوت تاريخ المحرر العرفي الذي يصدر من المورث فإن الورثة لا يعتبرون من الغير وذلك حسب مفهوم المادة 1/328 من القانون المدني التي تنص على " لا يكون العقد الحرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت " لأن الورثة حسب القاعدة العامة هم من الخلف العام .

وبما أن تاريخ التصرف القانوني الصادر من المورث المريض مرض الموت له أهمية بالغة وذلك لتحديد آثار هذا التصرف على الورثة وتمكينهم من الطعن في صحة هذا التاريخ المدون على السند المثبت للتصرف بالنظر إلى مدة المرض والوفاة.

وللتهرب من الأحكام المقيدة للوصية فإن المورث قد يعتمد إلى تقديم تاريخ تصرفه ، ويجعله سابقا على المرض وعليه إذا ادعى الورثة أن المحرر العرفي الذي يحمل تاريخا معيناً لا يحمل التاريخ الحقيقي يجب عليهم إثبات أنه قد تم تقديم التاريخ عمدا الذي يعتبر غشا ويمكن إثبات الغش بكافة الطرق باعتباره واقعة مادية.

1- مذكرة تخرج من شهادة المدرسة العليا للقضاء، حماية الورثة من الوصية المستترقة في القانون الجزائري، ص 33

وحسب الأستاذ عبد الرزاق السنهوري<sup>(1)</sup> فإنه يستخلص من المادة 776 أن المشرع قصد أن التاريخ العرفي لا يحتج به على الوارث إلى الحد الذي يمنعه من إثبات العكس ، بل يجوز له مادام التاريخ غير ثابت أن يقيم الدليل على عدم صحته ، فكل شخص يكون التاريخ العرفي حجة عليه - ولو كان المتعاقد نفسه - يستطيع إثبات عدم صحة هذا التاريخ.

أما بالنسبة لإثبات أن تعرف المريض مرض الموت كان بقصد التبرع لا يقع على الورثة فالمشرع هنا وقوفاً أمام التحايل خفف العبء بأن أقام قرينة قانونية لصالح الورثة وذلك حسب الفقرة الثالثة من المادة 776 من القانون المدني التي تنص على " إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت أعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك..... "

وعلة هذه القرينة هي أن الإنسان لا يتصرف عادة في مرض موته إلا على سبيل التبرع لأنه في حالة يأس من الحياة فلا يقصد المعاوضة لكن هذه القرينة ليست قاطعة وهي قابلة لإثبات العكس حسب المادة 776 الفقرة 3 من القانون المدني.

### المطلب الثاني : الأحكام الخاصة لبعض التصرفات في مرض الموت

بالإضافة إلى الحكم العام للتصرفات في مرض الموت خصت الشريعة الإسلامية والمشرع الجزائري بعض التصرفات التبرعية في مرض الموت ببعض الشروط كالبيع، الهبة، الوقف والتي سنتطرق إليها على التوالي:

#### الفرع الأول: البيع في مرض الموت

يخضع البيع في الفقه الإسلامي لعدة ضوابط فإذا تضمن البيع محاباة للمشتري أي بقيمة أقل من القيمة الفعلية فإنه يخضع لأحكام الوصية، والاختلاف في الحكم يكون في

1- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد التاسع، ص 223-224 .

عدة حالات وهي حالة ما إذا كان البائع مريض مرض الموت مدينا أو غير مدين وما إذا كان البيع لوارث أو لغير الوارث.

**أولاً :** إذا لم يكن المريض مدينا فيذهب الإمام أبو حنيفة إلى أنه إذا كان البيع لوارث بثمن المثل أو بغيره يسير، فإن مصير العقد يتوقف على إجازة الورثة (1) أما إذا كان البيع لغير وارث فإنه يكون بيعاً صحيحاً وناظداً دون حاجة لإجازة الورثة .

**ثانياً :** إذا كان المريض مدينا وباع لغير وارث فإننا نكون أمام حالتين:

1 - إذا كانت التركة مستغرقة بالدين وكان البيع خالياً من المحاباة فليس للدائنين الاعتراض أما إذا تضمن البيع محاباة (غبناً) سواء كان لوارث أو لغير وارث فإنه لا ينفذ إلا إذا إجازة الدائنون ولا دخل للورثة بهذه الإجازة لأن قضاء الدين مقدم على حق الإرث.

2 - عدم استغراق الدين التركة، فإذا باع المريض لغير وارث يتم استئزال قدر الدين من التركة ثم يأخذ القدر الباقي حكم الحالات التي لا يكون فيها المريض مديناً.

أما المشرع الجزائري فقد أورد أحكام البيع في مرض الموت في الباب السابع من القانون المدني في القسم الثاني المعنون بأنواع البيع في المادة 408 و409 منه حيث نصت المادة 408 " إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزاً إلا إذا أقره باقي الورثة أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلاً للإبطال " .

ومنه فإن هذا الحكم ينطبق على البيع فقط وعلى من صدر في حقه التصرف أن يثبت أن هذا التصرف تم بعوض رغم صدوره في مرض الموت وأنه لم يكن تبرعاً لأن جل التشريعات العربية تعتبر أنه إذا أثبت المشتري أنه دفع للبائع ثمناً لا يقل عن قيمة المبيع أعتبر هذا البيع صحيحاً منتجاً لآثاره وناظداً في حق الورثة دون حاجة لإجازتهم عكس المشرع الجزائري الذي يخضعه لأحكام المادة 408 من القانون المدني .

1 المادة 264 من مجلة الأحوال الشخصية الأردنية

وبالرجوع إلى القواعد العامة ، إذا تم البيع دون ثمن أصلا أم تم مقابل ثمن بخس يصل إلى حد التفاهة لم يأخذ التصرف حكم البيع لمخالفة المادة 351 من القانون المدني حيث يعتبر الثمن منعما وبالتالي يبطل العقد وبالتالي تسري عليه أحكام المادة 776 من القانون المدني لاعتباره تصرفا تبرعيا وقد خص المشرع الجزائري تصرفات المريض مرض الموت بأحكام خاصة لافتراض وجود تحايل وذلك في المادة 776 من القانون المدني.<sup>(1)</sup>

وقد خص البيع فيمرض الموت سواء لوأرث أو لغير وأرث في المادة 408 وأورد استثناء في المادة 409 من القانون المدني خصها بالغير حسن النية.

### أولا: البيع في مرض الموت لوأرث

جاء في المادة 408 فقرة 01 من القانون المدني " إذا باع المريض مرض الموت لوأرث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة " <sup>(2)</sup> وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 139123، المجلة القضائية 1996 عدد 02 ص 80

ومصطلح " لا يكون ناجزا " يدل على أن البيع صحيح وليس باطلا لكنه موقوف النفاذ على إقرار الورثة فإن أقره أصبح نافذا في حقهم و إن رفضوه لم ينفذ في حقهم ويبقى من عناصر التركة، وعلى الورثة أن يرد والى المشتري المبلغ الذي دفعه ويسترجعوا الشيء المبيع، أما إذا أقره البعض الآخر نفذ في حق من أقره بنسبة حصته في الميراث.

وما يلاحظ أن المشرع طبق بطريقة غير مباشرة أحكام الوصية على البيع لوأرث في مرض الموت حيث جعل نفاذ البيع موقوفا على قبول الورثة.

والمقصود بالورثة هم من ثبتت لهم صفة الورثة وقت وفاة المريض لا وقت البيع ويجب توفر شروط في المقر وهي البلوغ ، العقل و أن لا يكون محجور عليه ويجب أن يكون الإقرار صراحة أي لا يعتد بالسكوت.

1-عمار بهاليل هاني، أحكام الوصية في قانون الأسرة والشريعة الإسلامية،مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء،الدفعة الخامسة عشر 2006/2007، ص.

2-العربييلحاج ، المرجع نفسه، ص 538

وقد أورد الدكتور علي علي سليمان جملة من الانتقادات للفقرة الأولى من المادة 408 من القانون المدني<sup>(1)</sup> حيث جاء في النسخة الفرنسية أن يتم البيع في حالة اشتداد وحدة المرض رغم أنها لم ترد في النص العربي.

### ثانيا : البيع في مرض الموت لغير وارث

جاء في الفقرة الثانية من المادة 408 قانون المدني " أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال " ، بينما يختلف النص الفرنسي لنفس الفقرة ونفس المادة حيث يعتبر البيع في نفس الظروف قد تم بدون رضا صحيح .

وبالرجوع للنص العربي لم يوضح المشرع ممن تصدر المصادقة وأيضا ما يقصد بالمصادقة؟ أما النص الفرنسي يعتبر البيع قد تم بدون رضا صحيح أي أن الأساس هو عيبا شاب الرضا رغم أن فقهاء الشريعة الإسلامية يتفقون على أن تصرفات المريض مرض الموت لا يشوبها عيب في الرضا وإنما هي تصرفات تمس بحقوق الورثة في الميراث وبالرجوع إلى الأحكام العامة للقانون المدني فإن طلب الإبطال يكون لصالح من شاب رضاه عيب ، فإذا اعتبرنا أن رضا المريض مرض الموت قد شابه عيب فيكون له وحده حق طلب الإبطال، وهنا المريض قد مات، ولا ينتقل حق طلب الإبطال للورثة لأنهم ليسوا خلفا عاما بالنسبة لتصرفاته في مرض الموت<sup>(2)</sup>، فليس من المعقول تصور طلب الإبطال من شخص ميت.

وبما أن المذهب المالكي يعتبر الوصية لازمة بعد وفاة الموصي بحيث لا يجوز لأحد إبطالها أو تعديلها فقد جاء عن الإمام مالك رضي الله عنه أنه قال : " إذا مات الموصي لزم الوصية ، وليس لغيره أن يغير شيئا من ذلك ولا يبطله ولا يبدله بغيره "

1- علي عيسليمان ، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ص 128

2- علي علي سليمان ، المرجع السابق ، 132

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

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

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

- توفر حسن النية في الغير أي أنه لا يعلم بان المبيع الذي اشتراه كان نتيجة بيع في مرض الموت وان الورثة معترضين على هذا البيع .

### الفرع الثاني : التصرفات التبرعية الصريحة في مرض الموت

هناك عدة تصرفات تبرعية في مرض الموت تأخذ حكم الوصية وهي كالتالي: الهبة، الوقف و الإبراء... الخ.

وقد اختلف الفقهاء في حكم تبرعات المريض مرض الموت على قولين:

**القول الأول:** إن تبرعات المريض المنجزة مثل الهبة، والوقف والإبراء.... فإنها تكون من جميع التركة، وإن صدرت في مرض مخوف اتصل به الموت فهي من ثلث التركة، يتوقف نفاذها على الثلث، وعلى إجازة الورثة إن زادت على ثلث، والى ذلك ذهب جمهور الفقهاء.

**القول الثاني:** أن تبرعات المريض المنجزة السابق ذكرها تكون من جميع التركة، والى ذلك ذهب الظاهرية.

جاء في (المحلى): كل ما نفّذه المريض - مرضا يموت منه - في أمواله من هبة أو صدقة أو محاباة في البيع أو إقرار كان لو ارث أو لغير وارث، أو عتق أو نحو ذلك، فكلها نافذة من جميع المال. (1)

### أدلة القول:

1- ما ورد عن سعد بن أبي وقاص - رضي الله عنه - قد ذكرناه سابقا.

2- ولما ورد عن مصعب بن سعد عن أبيه، قال: مرضت فأرسلت إلى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَعَلَى آلِهِ وَسَلَّمَ، فقلت: دعني أقسم مالي حيث شئت، فأبى، قلت فالنصف؟ فأبى، قلت فالثلث؟ قال: فسكت بعد الثلث، قال: فكان بعد الثلث جائزاً.

ودليلهم في ذلك على أن التبرع لا يكون إلا من ثلث التركة، كما يعتبر تبرعه في التملك بالوصية من الثلث، كما جاء في (البدائع) و إن كان مريضاً لا تجوز إلا في الثلث، لأن الهبة والصدقة كل واحد منهما إيجاب الملك.

وجاء أيضاً: وأما إجازته في مرض موته فإنما اعتبرت من ثلثه وهو متبرع، لأن حق الورثة متعلق بماله، فلا يجوز إلا في ثلثه.

ودليلهم في ذلك قوله تعالى: ﴿ وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ ﴾، (الآية 77) سورة الحج، لأن في الآية حث على الصدقة وفعل الخير.

و أيضاً قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ ﴾، (الآية 237) سورة البقرة، لأن الله سبحانه وتعالى لم يخصّ صحيحاً من مريض، ولا حاملاً من حائل، ولا آمناً من خائف، ولا مقيماً من مسافر (2).

وقوله تعالى: ﴿ وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا ﴾، (الآية 64) سورة مريم.

1- أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المرجع نفسه، ص 316.

2- أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، نفس المرجع، ص 316-317.

جاء في (المحلى): - لو أراد الله سبحانه وتعالى تخصيص شرع من ذلك- أنها فقط في ثلث التركة- لبيّنه على لسان رسول الله صَلَّى الله عليه وعلى آله وسلّم، فإذا لم يفعل فنحن نشهد بشهادة الله عزّ و جلّ الصادقة أنه تعالى ما أراد قط تخصيص أحد.

### الرأي الراجح:

وبعد ما عرضته من أقوال العلماء ودليل كل قول، أرى أنّ الرأي الراجح هو القول الأول، بأن تبرّعات المريض تخرج من ثلث التركة فقط، وذلك لتعلّق حقّ الورثة بمال المريض مرض الموت فيما وراء الثلث، ولما قد يكون في إخراجها من جميع التركة إلحاق الضرر بالورثة، وقد نهى الله عن الإضرار بقوله تعالى: ﴿غَيْرَ مُضَارٍّ﴾، (الآية 12) سورة النساء.

ويعني كما ذكر في كتب التفسير غير مدخل الضرر على الورثة بمجاوزة الثلث، وقياساً على الوصية في حدود الثلث والله تعالى أعلم<sup>(1)</sup>.

### أولاً : الهبة في مرض الموت

تعتبر الهبة بوصفها تمليكا بلا عوض<sup>(2)</sup> من أشدّ التبرعات الضارة بالمتصرف ضرراً محضاً لذا أحاطها المشرع بضوابط هامة ، ورغم أنه يمكن للواهب أن يهب جميع ممتلكاته إلا أن حرية الشخص في الهبة تتقيد ابتداء من مرض الموت ويحق لمن له مصلحة الطعن فيها بعد الوفاة وذلك طبقاً للمادة 204 من قانون الأسرة التي تنص على " الهبة في مرض الموت، والأمراض والحالات المخيفة ، تعتبر وصية "

نلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع قد أضاف حالة لم يتطرق لها الفقه الإسلامي ولا جل التشريعات العربية وألحقها بحكم مرض الموت وهي الحالات المخيفة وهو ما يحتاج إلى تفسير القضاء وترجع السلطة التقديرية للقاضي في تحديد ما إذا كانت هذه الحالات مخيفة أم لا .

1- محمد علي محمود يحيى، أحكام الوصية في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2010، ص

67.

2- المادة 202 قانون الأسرة.

وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا ملف رقم 197335 عدد خاص ص 281 أنه من المقرر قانونا أن الهبة في مرض الموت ، والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية<sup>(1)</sup> وعليه فان الهبة في مرض الموت ، أعطائها المشرع حكم الوصية بنص صريح وهذا ما أكدته قرارات المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث ومنها قرار رقم 219901 الصادر بتاريخ 1999/03/16 والقرار رقم 256869 الصادر بتاريخ 2001/02/21

وقد جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1998/03/13 إلى اعتبار الهبة وصية استنادا إلى قرينة يستخلص من خلالها إضافة الهبة إلى ما بعد الموت 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 إلى ما بعد الموت في حين أن الشريعة الإسلامية لا تسمح بالوصية للوارث...."<sup>(2)</sup> وأيضا القرار رقم 219901 الصادر بتاريخ 1999/03/16 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ص 287<sup>(3)</sup> الذي جاء فيه من المقرر قانونا أن الهبة في مرض الموت تعتبر وصية مادام الواهب كان في مرض الموت بشهادة الموثق والشهادات الطبية فان قضاة الموضوع خالفوا القانون عندما قضاوا برفض دعوى الطاعن على أساس أن العقد التوثيقي لا يمكن إبطاله إلا في حالة الطعن بالتروير مع أن الدعوى كانت ضد التصرف الذي أقامه الواهب وليس ضد شكلية العقد رغم ثبوت أن الهبة موضوع النزاع كانت في مرض الموت فعلا .

### ثانيا : الوقف في مرض الموت

1- باديسديابي، قانونا للأسرة على ضوء الممارسة القضائية، دار الهدى، عينمليلة، الجزائر، ص 117

2- ملف رقم 179724 الصادر بتاريخ 1998/03/13 الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001 ص 277 .

3- ملف رقم 179724 الصادر بتاريخ 1998/03/13 الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001 ص 277 .

لمعرفة أحكام الوقف في مرض الموت يجب أولاً تعريف الوقف في الشريعة الإسلامية عند المذاهب الأربعة:

عرفه الأحناف على أنه حبس العين عن ملك الواقف والتصدق بمنفعتها على جهة من جهات البر في الحال أو المآل.

وعرفه أبو يوسف بأنه حبس العين على ألا تكون مملوكة لأحد من الناس وجعلها على حكم الله تعالى والتصدق بريعها على جهة من جهات الخير في الحال أو المآل. وعرفها المالكية، على أنه إعطاء منفعة شئى مدة وجوده لازماً بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديراً<sup>(1)</sup>.

والوقف عند الحنابلة هو حبس المال على ملك الموقوف عليه بحيث يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه وذلك بقطع التصرف في رقبته<sup>(2)</sup>.

أما المذهب الشافعي فقد عرف الوقف بأنه حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح وموجود<sup>(3)</sup>.

أما فقهاء الشريعة والقانون ، فقد عرفه الإمام محمد أبو زهرة رحمه الله بأنه منع التصرف في رقبة العين التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء أصلها وجعل المنفعة لجهة من جهات الخير إبتداءً أو إنتهاءً<sup>(4)</sup>.

أما المشرع الجزائري فقد عرفه في المادة 213 من قانون الأسرة والتي جاء فيها: "الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصدق" من خلال هذه التعريفات نستنتج أنها تتفق في:

- 1- حبس العين عن التملك ومنع التصرف فيها بصفة مطلقة.
- 2- صرف منفعة العين من المالك الأصلي إلى جهة من الجهات التي يختارها.

1- وهبة الزحيلي، الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، دمشق، دار الفكر، سوريا ص 153-155.

2- غوثي نملحة، قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 215.

3- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 154.

4- محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 07.

أما بالنسبة للوقف في مرض الموت فإنه:

إذا كان للواقف ورثة أخذ هذا الوقف حكم الوصية أي انه ينفذ من ثلث المال من غير توقف على إذن احد وإذا مات لزم ورثته هذا القدر وأما وقفه فيما زاد على الثلث فانه ينفذ من وقت إنشاء الوقف ولكنه لا يلزم الورثة بعد موته ، لأنه لما مات من هذا المرض تبين أن حق الورثة تعلق بعين المال في ثلثيه فيكون قد تصرف في مال تعلق به حق للغير فيتوقف على إجازتهم، إن أجازوه سقط حقهم فيه وان لم يجيزوه لم ينفذ في حقهم<sup>(1)</sup> وكل وارث صاحب الحق بالنسبة إلى نصيبه، فلو أجاز البعض ورد البعض الآخر نفذ في حق من أجاز وبطل فيفي حق من رد بشرط أن يكون المجيز من أهل التبرع عالما بما يجيزه، وان يكون بعد وفاة الواقف .

وقد اخذ الوقف في مرض الموت حكم الوصية لان المريض في هذه الحالة مضنة أن يتهم في وقفه وانه يريد الإضرار بورثته أو بدائنيه<sup>(2)</sup>.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نظم أحكام الوقف في المواد من 213 إلى 219 من قانون الأسرة، وكذلك صدور قانون التوجيه العقاري وكذا قانون الأوقاف 91 - 10 المؤرخ في 1991/04/27 والمعدل والمتمم بالقانون 01-07 المؤرخ في 2001/05/22 والقانون 02

- 10 المؤرخ في 2002/12/14 وقد نص في المادة 32 منه على حق الدائنين في طلب إبطال الوقف في مرض الموت إذا كان الدين يستغرق جميع أمواله ولكنه لم يتضمن أي حكم يتعلق بالورثة ، لكن بالرجوع إلى قانون الأسرة فقد نصت المادة 215 منه على تطبيق أحكام المادة 204 منه على الوقف أي اعتبار الوقف في مرض الموت بأخذ حكم الهبة فيمرض الموت وتسري عليه أحكام الوصية .

1- محمد أبوزهرة، شرح قانون الوصية، مرجع سابق، ص 179 .

2- الدكتور الشيخ محمد مصطفى شبلي، أحكام الوصايا والأوقاف، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت 349

وهذا ما أكدته عدة قرارات المحكمة العليا منها القرار رقم 96675 ، عدد خاص ص 302 المؤرخ في 1993/11/23 الذي جاء فيه " من المقرر قانونا انه يبطل الحبس في مرض الموت ويعتبر وصية ومن كان ثابتا في قضية.

الحال إن المحبس الذي أقام الحبس كان في حالة مرض خطير لازمه إلى يوم وفاته وعليه فان القرار المنتقد لما قضى بإلغاء حكم المحكمة القاضي ببطلان الحبس والقضاء من جديد برفض الدعوى يكون قد اخطأ في تطبيق الشريعة والقانون ومن كان كذلك استوجب نقد القرار المطعون فيه (1).

وقد جاء في القرار رقم 96675 بتاريخ 1993/11/23 الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ص 302 " إن المحبس الذي أقام الحبس كان في حالة مرض خطير لازمه إلى يوم وفاته وعليه فإن القرار المنتقد الذي قضى بإلغاء حكم المحكمة القاضي ببطلان الحبس والقضاء من جديد برفض الدعوى يكون قد أخطأ في تطبيق الشريعة والقانون" (2).

وحماية للورثة من تصرفات مورثهم الماسة بحقوقهم فإن المحكمة العليا اعتبرت في عدة قرارات لها أن عقد الحبس الذي يحرر بسوء نية بقصد حرمان أحد الورثة من الميراث يعد باطلا بغض النظر عن وقوعه في مرض الموت من عدمه" (3).

### ثالثا: الإبراء و الإقرار في مرض الموت

للإبراء والإقرار في مرض الموت أهمية كبيرة فلو أقر المريض مرض الموت لوارث فأننا ننظر إذا ما وجدت قرائن تدل على صدقة عملنا بإقراره و إن لم توجد فأقراره كتبرعه لا يصح ولا يقبل لأنه ربما يكون الناس والعياذ بالله لا يخافون الله، فيقر المريض في مرضه المخوف لبعض الورثة بشيء كان يقول: في ذمتي لفلان كذا وكذا وهو ليس كذلك.

1- العربييلحاج، قانوننا لأسر توفيقاً لحدث التعديلات، ص 544

2- باديسديابي، المرجع السابق ص 130

3- قرار رقم 230617 الصادر بتاريخ 1999/11/16، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001 ص 311.

فإذا علمنا أن هذا الرجل عنده من الإيمان بالله عز وجل والخوف منه ووجدت عنده قرينة أخرى تدل على أنه كان فقيرا و أن الوارث كان غنيا فحين إذا يقبل إقراره<sup>(1)</sup>.  
فالأصل عدم قبول إقراره، وإذا وجدت قرينة تدل على صدقة فإننا لا يمكن أن نحرم صاحب الدين من دينه وتبقى متعلقة في ذمة الميت.

يأخذ كل من الإبراء و الإقرار في مرض الموت حكم التصرفات التبرعية في مرض الموت فقد نصت المادة 306 من القانون المدني " تسري على الإبراء والأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع"

باعتبار نية التبرع الحرية في الإبراء فإن نزول المريض مرض الموت عن دينه بأخذ حكم الوصية تطبيقا لأحكام الشريعة الإسلامية بالإضافة إلى تطبيق الحكم العام للتصرفات القانونية التي تصدر عن الشخص في مرض الموت بقصد التبرع الوارد في المادة 776 من القانون المدني ومنه تسري عليه القيود الواردة على الوصية.

أما بالنسبة للإقرار فإنه من الوسائل التي وضعها المشرع للإعفاء من الإثبات إذا أنه يعفى الخصم من إقامة الدليل على ما يدعيه، ويجوز الطعن في الإقرار بكل ما يجوز الطعن به في التصرف القانوني وهناك نوعان من الإقرار إما قضائي أو غير قضائي.  
فقد عرف المشرع الجزائري الإقرار القضائي في المادة 341 من القانون المدني التي نصت على " الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة".

والإقرار القضائي يكون حجة قاطعة على المقر حسب المادة 342 من القانون المدني ويقتصر عليه ولا يتعداه كقاعدة عامة فإذا أقر الشخص قضائيا ثم مات قبل صدور الحكم فإن إقراره لا ينصرف إلى ورثته، لكن إذا صدر الحكم قبل وفاته فإن هذا الحكم يكون حجة عليهم.

1- محمد بنصالح العثيمين، الشرح الممتع لزيادة المستنقع، كتاب الوقف، باب الهيئة والعطية، دارنا المدني، ص 608.

أما الإقرار غير القضائي فقد جاء في قرار المحكمة العليا رقم 33719 الصادر بتاريخ 1984/07/09. المجلة القضائية، العدد الثالث 1989 ص 53" حيث أنه من المقرر نفها واجتهادا أن لا يجوز التمسك بإقرار البائع أنه قبض ثمناً ولو ذكر ذلك في عقد البيع لأن هذا الإقرار من المريض مرض الموت، لا يعتد به لأن الشبهة قائمة بين البائع والمشتري أنهما متواطئان على تصوير أن هناك ثمناً دفع، وحيث أن القرار المطعون فيه مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية في إقرار المريض مرض الموت ، مما يتعين نقضه "(1).

## المبحث الثاني: التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحياة و الانتفاع بالشئ مدى الحياة

بالإضافة إلى التصرفات التي يبرمها مريض مرض الموت والتي تأخذ حكم الوصية، فقد تصدر من المورث بعض التصرفات وهو في كامل صحته رغبة منه في محاباة بعض الورثة على آخرين، وذلك من خلال القيام بإخفاء وصيته في صورة تصرف منجز، كالبيع مثلاً تحايلاً منه على القانون وتهرباً من الأحكام المقيدة للوصية كأن يقوم ببيع عين ويذكر في العقد ثمناً صورياً لا يلتزم به المشتري في حقيقة الأمر أو أن يبقى محتفظاً بحق الانتفاع بالعين طوال حياته أو أن يسبغ على التصرف شكل الهبة مع ورود نفس الشرط السابق الذكر، وقد يذهب أحياناً إلى أبعد من ذلك بحيث يمنع من صدر في حقه التصرف أن يتصرف في العين ما دام هو على قيد الحياة.

لذا فقد تصدى المشرع لهذه التصرفات بحيث أقام قرينة قانونية تمنع المورث من التحايل على القانون وهذا ما جاء في نص المادة 777 من القانون المدني التي جاء في نصها : " يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حياة الشئ المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك " .

1- عماريهايليهاني،مرجعسابق،ص 42.

## المطلب الأول: شروط اعتبار التصرف القانوني وصية الواردة في المادة 777 من القانون المدني

يجب توفر بعض الشروط حتى تقوم القرينة القانونية على أن التصرف وصية كالتالي:

### الفرع الأول: تصرف الشخص لأحد ورثته

حتى يعتبر التصرف الذي قام به المورث وصية وتسري عليه أحكامها يجب أن يكون هذا التصرف لصالح أحد الورثة وقد جاء عن محكمة النقض المصري بعض التصرفات منها:

- بيع الوالد إلى ولده عينا بثمن بخس على أن يحتفظ بالانتفاع طول حياته
- ثبوت عدم حاجة المورث إلى بيع أملاكه لأحد ورثته وأنه لم يتقاضى ثمنًا وظل واضعاً يده على أملاكه التي تصرف فيها حتى وفاته، كما أنه احتفظ بالعقد ولم يعطيه للمتصرف إليه حتى لا يتخذ إجراءات تسجيله<sup>(1)</sup>.
- إيداع الأم مبالغ مالية نقدية في صندوق التوفير باسم ابنتها التي تعيش في رعايتها.
- أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص صراحة على أن يكون التصرف لوarith لأن الوصية غير جائزة له، إلا بإجازة الورثة الباقين له وذلك حسب المادة 189 من قانون أسرة وعليه فإذا تم التصرف لغير وارث فإنه لا يجوز إعمال هذه القرينة القانونية ولا يعتبر التصرف وصية.

وبمفهوم المخالفة فإذا تم التصرف لغير وارث فإنه لا يجوز إعمال هذه القرينة القانونية و اعتبار التصرف وصية، بالرغم من أنه في بعض الحالات قد يلجأ المورث إلى التصرف لغير وارث فيهب له معظم أو كل أمواله أو يصبغ صفة البيع على تصرفه مع احتفاظه بالحيازة والانتفاع بالمال وفي هذه الحالة لا يمكن تطبيق المادة 777 من القانون المدني باعتبارها قرينة قانونية.

1- عمار بهاليلهاني، المرجع نفسه، ص 17

والعبرة في تحديد صفة الوارث هي وقت وفاة المتصرف لا وقت انعقاد التصرف ولو لم يكن وارثا وقت التصرف، وعلى العكس من ذلك لا يعتبر وارثا من لم يعد كذلك وقت الوفاة ولو كان وارثا وقت انعقاد التصرف<sup>(1)</sup>.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1990/03/05 ملف رقم 59240، المجلة القضائية لسنة 1992، العدد الثالث، ص 57 والذي جاء فيه " من المقرر قانونا أنه يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته و استثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك، ومن المقرر أيضا أنه لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد يستوجب الرفض. ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن قضاة الاستئناف لما قضاوا ببطلان عقد الهبة وعدم تنفيذ التصرف باعتباره وصية لوارث يكونوا بقضائهم كما فعلوا طبقوا القانون تطبيقاً صحيحاً، ومن كان كذلك استوجب رفض الطعن"<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني: الاحتفاظ بالحيازة والانتفاع بالعين المتصرف فيها مدى الحياة:

إضافة إلى الشرط الأول أضاف المشرع شرط آخر و هو حيازة الشيء المتصرف فيه و الانتفاع به مدة حياة المتصرف وتعتبر الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية فقد عرفها عبد الرزاق السنهوري على أنها: " 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"<sup>(3)</sup>.

وعليه لا بد من توفر ركنين أساسيين في الحيازة وهما :

-1

هناكراً آخر فإعتبار صفة الوارث، أنظر رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقود البيع والمقايضة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2003، ص 79، 80.

-2 الأستاذ عمر سعيد، الاجتهاد القضائي وفقاً لأحكام القانون المدني، دارا لهدى، عينميلة، ص 498.

-3 زروق عبد الرؤوف المرجع السابق، ص 45.

- ركن مادي وضع اليد على العين المراد حيازتها أي الانتفاع بالعين ماديا وفعليا.
- ركن معنوي وهو اتجاه نية الحائز إلى القيام بالأعمال لنفسه و لحسابه الخاص أي نية الظهور بمظهر المالك.

لكن الحيازة المقصودة في المادة 777 من القانون المدني هي احتفاظ المتصرف بالعين أي أن يكون حائزا لها ومنتفعا بها لا مالكا لها.

إلا أن هناك من يرى أن المشرع مادام قد اعتبر هذا التصرف وصية فالموصي يبقى مالكا للشئ الموصى به لكون الوصية تصرفا مضافا لما بعد الموت ومنه فإن الحيازة المقصودة بنص المادة 777 من قانون المدني هي السيطرة الفعلية والقانونية على الشئ محل التصرف أي يكفي مجرد وضع اليد دون توفر الركن المعنوي، كأن يحتفظ المتصرف بالحيازة و يقوم بإدارة العين بنفسه أو أن يشترط منع المتصرف له من التصرف في العين طوال حياة المتصرف.

إلا أن اشتراط منع المتصرف له من التصرف في العين طوال حياة المتصرف ليس قرينة على وجود العين في حيازة المتصرف، فرغم وجود ذلك الشرط فقد تبقى العين في حوزة المتصرف له، لكن تستفاد حيازة المتصرف للعين المبيعة إذا استبقى لنفسه حق الانتفاع بها<sup>(1)</sup>. فالانتفاع بها يعني بالضرورة حيازتها.

وأخيرا نستنتج أن احتفاظ المورث بحيازة العين التي تم التصرف فيها، هي واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة الطرق القانونية<sup>(2)</sup>.

أما بالنسبة لشرط الانتفاع بالشئ المتصرف فيه مدة حياته فيجب أن نعرف أولا معنى الانتفاع الذي لم يعرفه القانون المدني لكن جاء عن الأستاذ عبد الرزاق السنهوري أنه: " هو حق عيني في الانتفاع بشئ مملوك للغير ، فتكون له سلطة استعماله و استغلاله بشرط

1- زروق عبد الرؤوف المرجع السابق. ص 45.

2- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2000/11/22 ملف رقم 201544، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثاني،

2004، ص 283.

الاحتفاظ بذات الشيء لرده إلى صاحبه عند نهاية حق الانتفاع الذي يجب أن ينتهي حتما بموت المنتفع<sup>(1)</sup>.

وعليه فإننا نستنتج من المادة 777 من القانون المدني أن يحتفظ المتصرف باستعمال الشيء المتصرف فيه بنفسه، و أيضا استغلاله لحسابه الخاص وهذا طوال حياته. ويجب أن يكون الانتفاع مستندا إلى حق ثابت، فبمجرد الانتفاع الفعلي الذي لا يستند إلى حق قانوني لا يكفي لقيام قرينة الإيحاء.

ويقع عبئ إثبات هذا التصرف- الوصية المستترة- على من يدعي وجود و توافر شروط المادة 777 من القانون المدني من باقي الورثة، فإذا أثبت توافر الشروط السابقة الذكر مجتمعة أمكن استخلاص وجود قرينة الإيحاء وتكون بمثابة وصية مستترة، أما إذا لم يتمكن الورثة من إثبات وجود هذه الشروط مجتمعة فيمكن اللجوء إلى طرق الإثبات الأخرى بما في ذلك القرائن القضائية التي هي من اختصاص وسلطة القاضي في تكييف وتقدير القضية وموضوعها وذلك وفقا لظروف وملابسات الدعوى، ومن بين القرائن القضائية مايلي:

- قيام البائع بإبراء المشتري من الثمن وكون المتصرف إليه فقيرا لا يستطيع دفع الثمن بأي حال.

- احتفاظ المورث بعقد البيع وبقاء وضع يده على العين دون أن يقبض ثمناً.

- عدم تسجيل العقد وعدم قبض الثمن وبقاء العقد في حوزة المتصرف حتى وفاته.

- انتفاع وحياسة البائع للعين المبيعة رغم وجود عقد بيع رسمي.

وقد جاء في قرار المحكمة العليا تأكيدا لما سبق ذكره - بتاريخ 1991/05/28، ملف رقم 74549، المجلة القضائية 93 العدد 2 ص 28. - عقد تملك - بشرط واقف إلى بعد الموت - يعد وصية الذي جاء فيه " من المقرر قانونا أنه يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته و استثنى لنفسه بطريقة ما حيابة الشيء

1- عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد التاسع، ص 1200.

المتصرف فيه والانتفاع به ... ذلك ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير وجيه يستوجب رفضه.

ولما كان - في قضية الحال - التصرف قد تم بلا مقابل تحت شرط واقف متعلق بسبق وفاة أحد الممتلكين ( الأب أو البنت).

فإن قضاة الموضوع بتعيينهم للموثق لتحرير وحصر مخلفات المتوفى طبقوا القانون تطبيقاً سليماً. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن<sup>(1)</sup>.

## **المطلب الثاني: أحكام التصرف الواردة في المادة 777 من القانون المدني وقواعد الإثبات المتعلقة بها**

سوف نتطرق في هذا المطلب إلى خضوع التصرف لأحكام الوصية في الفرع الأول ، ثم إلى قواعد الإثبات المتعلقة بهذا التصرف في الفرع الثاني.

### **الفرع الأول: خضوع التصرف لأحكام الوصية**

بتوافر الشروط المذكورة في المادة 777 من القانون المدني<sup>(2)</sup> السابقة الذكر تنتج لنا قرينة قانونية على أن تصرف المورث لأحد ورثته هو عبارة عن وصية مستترة، ومنه يصبح الوارث في منزلة الموصى له لا في منزلة المشتري لأنه لم يحز العين الموصى بها ولم ينتفع بها، وبقي هذا الحق في يد المورث، ويستفيد الوارث من الحق في الحيازة و الانتفاع عند وفاة المورث ويكون هذا من أحكام الموصى له.

وقد ألحق المشرع هذا التصرف بالوصية بموجب هذه القرينة لرد التحايل والتهرب من أحكام الوصية، فقد يقوم المورث بإعطاء تصرفه وصفا قانونيا غير صحيح بأن يستر وصيته في شكل تصرف منجز كبيع أو هبة.

لذا حسم المشرع الأمر بأن كيف هذا التصرف القانوني على أنه وصيته، وتبقى السلطة التقديرية للقاضي في تكييف الموضوع وتطبيق القواعد القانونية المناسبة عليه.

1- العريبي لحاج، قانوننا لأسر وفقاً لحدثاً التعديلات، المرجع السابق، ص 553.

2- المادة 777 من القانون المدني، وتعديلاتها لغاية 20 يونيو 2005، طبعة 2006/2005.

فإذا نجح الوارث في إثبات أن التصرف الذي صدر من مورثه لأحد الورثة هو عبارة عن وصية مستترة فيكون سريانها موقوف على إجازة باقي الورثة فمن أجازها سرت في حقه ومن لم يجزها تصبح غير نافذة في حقه.

وبما أن الوارث يستمد حقه في الطعن من القانون مباشرة لأن التصرف لأحد الورثة مع الاحتفاظ بالحياة والانتفاع مدى الحياة يفترض فيه قصد التحايل على نظام الإرث المقرر شرعاً، ومن ثم لا يكون الحكم الصادر قبل المورث بصحة التصرف بالبيع مثلاً حجة عليه، إذ يعد الوارث في حكم الغير فيما يختص بتصرفات مورثه الضارة والماسة بحقه في الإرث<sup>(1)</sup>.

وقد أخذت المحكمة العليا المادة 777 من القانون المدني بهذه القرينة القانونية في عدة قرارات منها القرار الصادر في 1990/03/05 الذي جاء فيه: " من المقرر قانوناً أنه يعتبر التصرف وصية ويجري 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".

#### الفرع الثاني: قرينة نية الإيصال بسيطة قابلة لإثبات العكس

يعتبر التصرف لوارث مع الاحتفاظ بحياة العين والانتفاع بها مدى الحياة، قرينة قانونية على أن التصرف وصية مستترة لكنها ليست قرينة قطعية طبقاً لنص المادة 777 من القانون المدني والتي جاء في آخرها " ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك ".

وعليه فإنه يجوز لمن صدر في حقه التصرف أن يثبت عكس ما جاء في هذه المادة أي أنه رغم توفر الشروط المذكورة في هذه المادة إلا أن التصرف لم يكن وصية ، كأن يثبت بأن التصرف بيع بإقامة الدليل على واقعة دفع الثمن ، أو أن يثبت المتصرف أن وجود شرط الاحتفاظ بالحياة كان لصفة المشتري - القاصر - وقد احتفظ بالحياة نيابة عنه باعتباره ولياً.

أو أن احتفاظه بها كان بموجب عقد إيجار، أو أن يثبت أن احتفاظه بمنفعة العين مدى حياته يقابله إنقاص الثمن بما يتناسب مع هذه المنفعة.

فإذا أثبت من مصدر في حقه التصرف عكس القرينة القانونية بأي طريقة من الطرق فإن التصرف لا يعتبر وصية ولا تسري عليه أحكامها، بل يبقى تصرفا منجزا بيعا أو هبة أو غيرهما من التصرفات وتسري عليه الأحكام الخاصة بكل تصرف، أما إذا لم يثبت المتصرف له العكس فإن أحكام الوصية تسري على تصرفه ومنه لا ينفذ في حق الورثة إلا بإجازتهم باعتباره وصية لوارث ويمكن للموصي أن يرجع عن تصرفه حال حياته وذلك بالعدول عنه، كما أن هذه الوصية تسقط بوفاة الموصى له<sup>(1)</sup> قبل وفاة الموصي وهذا حسب المادتين 192 و 201 من قانون الأسرة.

لكن الصعوبة تمكن في إثبات أن التصرف ليس وصية رغم وجود الشروط المذكورة في المادة 777 من القانون المدني وتوفرها لأن غالبا ما يتم إبرام هذه التصرفات بموجب محرر رسمي خاصة إذا كانت في شكل هبة عقار مع الاحتفاظ بالحيازة والانتفاع مدى الحياة، لأن المحرر الرسمي له الحجية المطلقة في الإثبات ولا يمكن الطعن فيه إلا بالتزوير حسب المادة 324 مكرر 5 من القانون المدني، وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1990/03/05 الذي جاء فيه " ... واشترط الواهب على الموهوب لها بأن تبقى الأموال الموهوبة بحياته وتحت إدارته وتصرفه إلى ما بعد موته، وبما أن الطاعنة لم تثبت عكس ما جاء في العقد لا من حيث علاقتها بالواهب، أو من حيث التدايل على حيازتها الفعلية والمادية للشيء الموهوب .

إبان حياة الواهب وعلى ذلك يعتبر ما قضى به المجلس خرقا للقانون... وإن قضاة المجلس لما قضاوا ببطلان وعدم تنفيذ التصرف طبقوا الشريعة الإسلامية أحسن تطبيق<sup>(2)</sup>

1- العربي بلحاج، الوسيط في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني، الميراث والوصية، ص 317.

2- العربي بلحاج، قانون الأسرة وفقا لأحداث التعديلات، مرجع سابق، ص 557

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى أن البعض يرى أن المادة 777 من القانون المدني تتعارض مع مبدأ استقرار المعاملات، خاصة العقارية منها وذلك أن شرط الاحتفاظ بالحياسة والانتفاع مدى الحياة شرط جائز إدراجه في العقد لأنه لا يخالف النظام العام ولا المبادئ العامة ويجوز لأي طرف إدراج الشرط الذي يريده في تصرفه ولكن تطبيق المادة 777 من القانون المدني يسمح بالطعن في العديد من العقود خاصة إذا طالت الفترة الزمنية بين تاريخ إبرام التصرف وتاريخ الطعن فيه، وكذلك بالنسبة للمعاملات العقارية التي تكون لا حقه على التصرف الأول مما يؤثر على حقوق الغير حسن النية الذي تم التعامل لصالحه.

خاتمة

خاتمة:

من خلال دراستنا لموضوع حماية الورثة من الوصية المستترة بين الشريعة الإسلامية والقانون فإننا توصلنا إلى عدة نتائج يمكن أن نستخلصها فيما يلي:

- رغم أن الإنسان له الحرية في التصرف في ماله إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة و إنما هي حرية نسبية تتوقف عند المساس بحقوق الورثة لذا فان فقهاء الشريعة الإسلامية قد حددوا قيمة الموصى به بثلاث مال الشخص لان حق الورثة حدده الله سبحانه وتعالى ولا يجوز الاعتداء عليه.

- أن تبرعات المريض مرض الموت تخرج من ثلث التركة فقط، وذلك لتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت في ثلثي ماله.

- المشرع الجزائري لم ينص على تصرفات المريض مرض الموت التي تعتبر وصية في قانون الأسرة بل أخضعها لأحكام الوصية بموجب مواد في القانون المدني، وهذا ما يعاب على المشرع فقد كان من الأولى أن ينص قانون الأسرة على الوصية في مرض الموت لأهميتها.

- اعتبر قانون الأسرة الوصية لوارث صحيحة وهذا مراعاة لحالة الوارث لأنه يمكن أن يكون هذا الوارث معاقا أو تكون لديه عاهة مستديمة فمراعاة لحالته الصحية وظروفه ورأفة به يجوز الإيضاء له في حدود الثلث عكس المشرع المغربي الذي منع الوصية لوارث مطلقا.

- هناك تعارض بين المادة 777 من القانون المدني و المادة 202 من قانون الأسرة حيث تعتبر المادة الأولى أن اشتراط الواهب حق حيازة الشيء الموهوب والانتفاع به مدى الحياة يجعل من الهبة وصية في حيث أن المادة الثانية تحول للواهب إدراج بعض الشروط على الموهوب له.

رغم أن المادة 777 من القانون المدني تضمنت شرطا حتى يعتبر التصرف وصية وهو الاحتفاظ بالحياة والانتفاع بالشئ مدى الحياة وان يكون التصرف لوارث فقط أما المادة 202 قانون أسرة تشمل الاشتراط بالقيام بالالتزام مهما كان نوعه.

- أن المشرع قد تصدى لكل تصرف يقصد به التحايل على القانون ومنح القاضي سلطة تكييف التصرف بما يحقق الحماية للورثة، وذلك من خلال المادة 777 من القانون المدني التي وضعت قرينة على نية الإيضاء كما سبق تفصيلها، إضافة إلى نصوص المواد الخاصة بالتصرفات المبرمة في مرض الموت الواردة في القانون المدني ( المواد 408، 409، 776 ) وكذلك المواد الواردة في قانون الأسرة ( 204، 215 ) وذلك حماية حقوق الورثة من تصرفات مورثهم المريض مرض الموت.

(رغم كل ذلك فإننا نقترح صياغة قانون مفصل عن الوصية وكذلك التصرفات الساترة لها).  
فبالرغم من تحديد شروط مرض الموت في الفقه الإسلامي إلا أن المحكمة العليا قد اعتبرت في بعض قراراتها أن المريض مرض الموت يفقد وعيه وتمييزه وهذا مخالف لمبادئ الشريعة الإسلامية والقانون باعتبار أن تصرفات هذا المريض لا يشوبها عيب في الإدارة ولا في الأهلية.

إضافة إلى وجود تناقض في بعض النصوص بين النص العربي والنص الفرنسي منها المادة 408 من القانون المدني سواء في تحديد فترة مرض الموت، أو في توافر التراضي من عدمه في البيع لغير وارث في النص الفرنسي الذي اعتبرته غير مصادق عليه لذا يكون قابلا للإبطال في النص العربي وهذا ما يؤدي إلى وجود لبس وغموض وبالتالي يصعب تطبيق هذا النص.

- كما أن المادة 776 من القانون المدني التي اعتبرت انه لا يجوز الاحتجاج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن ثابتا فالأصح جاءت صياغتها غير صحيحة حيث أن هذا التاريخ حجة على الورثة وانه يجوز إثبات عدم صحته بكل الطرق حسب القواعد العامة.

وبالتالي نصل إلى نتيجة هي ضرورة تدخل المشرع لتعديل المواد السابقة الذكر لتفادي الغموض وللحصول على تطبيق صحيح للقانون ولا يتسنى ذلك إلا بضرورة إمام المشرع وكذلك القاضي بأحكام الشريعة الإسلامية الغراء وذلك لحماية لحقوق الورثة. وفي الأخير أتمنى أن يراعي كل فرد الله في تصرفاته خاصة المالية ولا يتعدى على حقوق الآخرين سواء أكانوا ورثة أم لا، حتى تسود المودة والمحبة بين الناس التي أمرنا بها ديننا الحنيف.

# قائمة المراجع

## المراجع المعتمدة:

❖ المصدر:

\* القرآن الكريم.

❖ قائمة الكتب الفقهية والقانونية:

\* ابن قدامه، الكافي، كتاب الوصايا، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار هجر، 1997م.

\* أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، كتاب الوصايا، الجزء التاسع، إدارة

الطباعة المنيرية.

\* أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، صحيح مسلم، المجلد السادس، دارا لوعي، الجزائر.

\* أحمد إبراهيم بك، المعاملات الشرعية المالية، دارا لأنصار، القاهرة.

\* أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، لبنان.

\* العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني، الميراث والوصية،

ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2004.

\* العربي بلحاج، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا

المشهوره خلال أربع وأربعين سنة 1966، 2010.

\* باديس ديابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، دارا لهدي، عين مليلة، الجزائر.

\* بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة ببعض

التشريعات العربية، دار الخلدونية.

\* توفيق حسن فرج، الوجيز في عقد البيع، الدار الجامعية، 1988.

\* خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الرابع، عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 2001.

\* علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني، الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

\* عبدالرحمان بن محمد عوض الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، المجلد الثالث، مكتبة الإيمان، المنصورة، مصر.

\* عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، المجلد التاسع، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1986.

\* عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر.

\* عمر حمدي باشا، عقود التبرعات، الهبة، الوصية، الوقف، دار هومة، الجزائر، 2004.

\* غوثي بن ملح، قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية.

\* فشار عطاء الله، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائر، دار الخلدونية، 2005.

\* محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، دار الفكر العربي، مصر.

\* محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، دار الفكر العربي، مصر، 1988.

\* محمد أحمد سراج، أحكام الوصايا و الأوقاف في الفقه الإسلامي والقانون دراسة فقهية قانونية مقارنة، دار المطبوعات الجامعية.

\* محمد بن أحمد تقيّة، دراسة الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003.

\* محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، الجزء الرابع، باقي كتاب البيوع، كتاب الوقف، دار ابن المدينة.

\* محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2005

\* محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، العقد و الإرادة المنفردة، الجزء الأول، دارا لهدى، الجزائر، الطبعة الثانية، 2004.

\* وهبة الزحيلي، الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، دمشق، سوريا، دار الفكر.

#### القوانين:

\* القانون المدني في ضوء الممارسة القضائية، النص الكامل للقانون، وتعديلاته إلى غاية 20 يونيو مدعم بالاجتهاد القضائي، طبعة 2005/2006.

\* قانون الأسرة في ضوء الممارسة القضائية، النص الكامل للقانون، وتعديلاته إلى غاية 27 فيفري، مدعم بالاجتهاد القضائي، طبعة جديدة مصححة ومنقحة 2011/2012.

#### ❖ الاجتهادات والمجلات القضائية:

\* الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001.

\* المجلة القضائية، العدد الثالث، 1989.

\* المجلة القضائية، العدد الرابع، 1991.

\* المجلة القضائية، العدد، الثالث، 1992.

\* المجلة القضائية، العدد الثاني، 1993.

\* المجلة القضائية، العدد الأول، 2001.

\* المجلة القضائية، العدد الثاني، 2002.

\* المجلة القضائية، العدد الأول، 2003.

### ❖ المذكرات :

\* زروق عبد الرؤوف ،مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، حماية الورثة من

الوصية المستترة في القانون الجزائري،الدفعة الرابعة عشر 2006/2005،قضاء غليزان.

\* عمار بهاليل هاني، أحكام الوصية في قانون الأسرة والشريعة الإسلامية،مذكرة لنيل إجازة

المدرسة العليا للقضاء،الدفعة الخامسة عشر 2007/2006.

\* محمد علي محمد يحي، أحكام الوصية في الفقه الإسلامي ،رسالة ماجستير في الفقه

والتشريع،جامعة النجاح الوطنية في نابلس،فلسطين،2010.

\*ابن الهمام فتح القدير ،أحكام الوصية في الفقه الإسلامي ، رسالة

ماجستير. [www.google.com](http://www.google.com).

### ❖ مقالات:

\* حسن منصف ،الوصايا الحكمية ،مقالات وأبحاث،2014/01/09،

[www.google.com](http://www.google.com)

# الفهرس

## الفهرس:

### الشكر والإهداء

أ.....	المقدمة:
	الفصل الأول: الأسس المعتمدة لحماية الورثة في الوصية والتصرفات الملحقة
6.....	بها.....
7.....	المبحث الأول: ماهية الوصية وأساس تقييدها.....
7.....	المطلب الأول: ماهية الوصية.....
7.....	الفرع الأول: تعريف الوصية.....
9.....	الفرع الثاني: أركان الوصية.....
17.....	المطلب الثاني: أسس تقييد الوصية.....
17.....	الفرع الأول: تقييد حرية الإيصاء في الشريعة الإسلامية والقانون.....
24.....	الفرع الثاني: علة وأساس تقييد الوصية.....
27.....	المبحث الثاني: أسس حماية الورثة في التصرفات الملحقة في الوصية.....
27.....	المطلب الأول: الأساس العام الذي تقوم عليه قرينة الإيصاء.....
28.....	الفرع الأول: منع التحايل على أحكام القانون.....
29.....	الفرع الثاني: سلطة القاضي في تكييف التصرفات القانونية.....
30.....	المطلب الثاني: أساس حماية الورثة من تصرفات المريض مرض الموت.....
30.....	الفرع الأول: مفهوم مرض الموت.....
33.....	الفرع الثاني: تعلق حق الورثة بأموال المريض مرض الموت.....

- 36.....الفصل الثاني: التصرفات الساترة للوصية وأحكامها
- 37.....تمهيد
- 38.....المبحث الأول: تصرفات المريض مرض الموت
- 38.....المطلب الأول: الحكم العام لتصرف في مرض الموت
- 39.....الفرع الأول: شروط اعتبار التصرف وصية
- 40.....الفرع الثاني: قواعد الإثبات المتعلقة بالتصرفات في مرض الموت
- 43.....المطلب الثاني: الأحكام الخاصة لبعض التصرفات في مرض الموت
- 43.....الفرع الأول: البيع في مرض الموت
- 47.....الفرع الثاني: التصرفات التبرعية الصريحة في مرض الموت
- المبحث الثاني: التصرف لو ارث مع الاحتفاظ بالحيازة والانتفاع بالشئ
- 55.....مدى الحياة
- المطلب الأول: شروط اعتبار التصرف القانوني وصية الواردة في المادة 777
- 56.....من القانون المدني
- 57.....الفرع الأول: تصرف الشخص لأحد ورثته
- الفرع الثاني: الاحتفاظ بالحيازة والانتفاع بالعين المتصرف فيها
- 58.....مدى الحياة
- المطلب الثاني: أحكام التصرف الواردة في المادة 777 من القانون المدني
- 60.....وقواعد الإثبات المتعلقة بها
- 60.....الفرع الأول: خضوع التصرف لأحكام الوصية

الفرع الثاني: قرينة الإيحاء بسيطة قابلة لإثبات العكس.....61

الخاتمة:.....64

قائمة المراجع.....67

الفهرس .....71