

جامعة زيان عاشور الجلفة  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق



# الضوابط الشرعية والقانونية التي تقيد الوصية

مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر  
تخصص أحوال شخصية

إشراف الدكتور الأستاذ:  
أ.د. لحرش أسعد المحاسن

من إعداد الطالب:  
- مزقيش بومدين

الموسم الجامعي: 2015/2014

# كلمة شكر

في البداية من لم يشكر الناس لم يشكر الله نتقدم بالشكر الجزيل إلى السيد الأستاذ الدكتور: لحرش أسعد المحاسن و كما نشكر كل الأساتذة الذين ساعدوني على إتمام هذه الدراسة و كذا موظفي المكتبة و زملائي الطلبة .  
و الحمد لله في الأول و الأخير.

## الإهداء

أهدي ثمرة جهدي العلمي، و مسيرة حياتي إلى من كانوا سببا في وجودي  
والديّ و أسأل الله أن يجعلها في ميزان حسناتهما  
كما أهديتها إلى كل من قريب أو بعيد .

## مقدمة

لقد أحاط القانون حق الملكية بحماية كبيرة لكونه من أهم الحقوق العينية التي يتمتع بها الإنسان، كما أنه يكتسي مكانة هامة و مقدسة في مجتمعنا، لذا تولى المشرع بيان نطاق الملكية و وسائل حمايتها، و كذا القيود التي ترد عليها، و جرم الاعتداء عليها .

و بين المشرع أيضا طرق اكتساب الملكية من خلال نصوص القانون المدني، و من أهم أسباب كسب الملكية الوفاة التي تتحقق بها الخلافة في المال و ذلك سواء عن طريق الميراث أو الوصية، لذا فقد خصتها الشريعة الإسلامية الغراء، و من ثم القانون بالتنظيم المحكم و المفصل لأحكامها .

و بالرغم من أن للإنسان حق الإيضاء بأمواله حال حياته، إلا أن وصيته مقيدة بضوابط شرعية و قانونية بهدف عدم المساس بحق الورثة بترك زمام الوصية تحت إرادة المورث يتصرف فيها كما يشاء .

لذا فان الأشخاص - لأسباب مختلفة - رغبة منهم في التحايل على أحكام القانون لنيل الحرية في تعيين من يخلفهم في أموالهم، يصبغون على تصرفهم بالوصية ثوب تصرف آخر يكون لهم فيه الحرية المطلقة دون أي تقييد، لكن المشرع تصديا لمثل هذه التصرفات وضع قواعد بها يمكن فرض احترام القواعد الآمرة للقانون المتعلقة بالوصية؛ و هذا بمعاملة من يحاول التهرب من أحكامها بنقيض قصده و اعتبار تصرفه وصية حماية لحقوق ورثته .

و يلاحظ أن مثل هذه التصرفات التي تغطي أو تستر الوصية، واسعة الإستعمال في المجتمع الجزائري، حيث يتضح ذلك من خلال المنازعات المتعلقة بها المطروحة أمام القضاء، و التي ترفع عادة من الورثة قصد الوصول إلى حكم بعدم نفاذ التصرف في حقهم، و ما يؤكد ذلك غزارة قرارات المحكمة العليا بهذا الخصوص .

إلا أنه بالرغم من ذلك، فإن هذا الموضوع لم يحظى بدراسة متخصصة لكل جوانبه النظرية و العملية، بل أن جل الدراسات عاجلت أحد جوانبه و ذلك من زاوية خاصة، كالإشارة إليه عند الحديث عن أسباب كسب الملكية أو الحديث عن التصرفات في مرض الموت عند دراسة أحكام بعض العقود أو التصرفات، و يرجع ذلك إلى تفرق أغلب أحكام هذا الموضوع بين الفقه الإسلامي و القانون المدني و قانون الأسرة .

و نظرا لما من أهمية كبيرة لهذا الموضوع بالنسبة للقاضي، فإنه يجب على هذا الأخير الإلمام بجميع جوانبه الفقهية و القانونية سواء ما تعلق منها بالجانب الموضوعي، أو بقواعد الإثبات خصوصا إذا ما علمنا انه يطرح عدة مشاكل قانونية تتعلق اما بتحديد بعض المفاهيم او بتطبيق النصوص القانونية المتعلقة به و التي تطرح صياغة بعضها مشاكل قانونية و عملية عديدة .

و هذا ما يقودنا إلى إعداد هذه الدراسة للقواعد التي تحقق الحماية للورثة من الوصية المستترة، مع الإقتصار على القانون الجزائري بكل مصادره، دون الخوض فيما جاءت به التشريعات المقارنة، و مع التركيز على ما جاءت به المحكمة العليا من خلال قراراتها العديدة في هذا الشأن .

### أهمية الموضوع :

تكمن أهمية الدراسة للضوابط الشرعية والقانونية التي تقيد الوصية في كونها تنشأ بمشيئة الشخص وارادته في التبرع بجزء من أمواله قبل موته ، وأيضا لأن المشرع الجزائري رصد لها أكبر قدر من المواد القانونية في باب عقود التبرع، مما يدل على اهميتها إلا أنه لم يمسه تعديل 2005 ، وقد أخذ المشرع الجزائري عن المذهب المالكي في مادته 184 ق أج حيث عرفها ابن عابدين على أنها : " الوصية هي تملك مضاف إلى مابعد الموت بطريق التبرع فالوصية تملك بالأعيان من منقول او عقار ، وكذا الوصية بالمنافع كزراعة الارض فالوصية بالشيء الموصى به للموصى له يكون بلاعوض عن طريق التبرع فتخرج عنها الوصايا التي تبنى عن بيع أو إيجار، لأن مثل هذه التصرفات هي تملك بعوض في حين أن الوصية هي تصرف في التركة مضاف إلى مابعد الموت مشروع بالكتاب والسنة ومتفق عليها باجماع فقهاء الشريعة الإسلامية

### أسباب إختيار الموضوع :

#### الأسباب الشخصية :

- انطلاقا من الواقع المعاش بتقسيم الميراث مع وجود الوصية.
- ظلم الورثة للموصى له.

#### الأسباب الموضوعية:

- أهمية الوصية ومكانتها في العقود.
- تفعيل العقود التبرعات ومنها الوصية على أرض الواقع.

#### ● الإشكالية :

ماهي القيود الشرعية والقانونية التي تقيد الوصية وتحمي حقوق الورثة ؟

## ● التساؤلات :

- ما مفهوم الوصية وما أساس تقييدها ؟
- ماهي أسس حماية الورثة في التصرفات الملحقة بالوصية ؟
- كيف عالج المشرع الجزائري الضوابط الشرعية والقانونية للوصية ؟

## ● أهداف الدراسة :

- اهتمام المشرع الجزائري بالضوابط الشرعية والقانونية للوصية
- معرفة آراء الفقهاء الشريعة الإسلامية.

## ● النهج المتبع :

- اتبعنا في دراستنا هذه المنهج الوصفي الذي يعتمد على وصف الضوابط الشرعية والقانونية التي تقيد الوصية وطرق حماية الورثة وهذا المنهج هو الملائم لهذا النوع من الدراسة.

## ● تحديد المفاهيم :

- **الورثة :** هم الاشخاص الاحياء سواء كانوا ذكور أو إناث أو حملا والمستحقون من النصيب المعين من هذه التركة لسبب من أسباب الميراث.
- **الوصية :** هي تملك مضاف إلى ما بعد الموت
- **القانون :** هو مجموعة من القواعد التي تنظم سلوك وعلاقات الافراد والتي تجعل هذه العلاقات تسير على وتيرة واحدة طبقا لنظام ثابت مع الالتزام باتباعها

## خطة المذكرة :

ومن اجل الإمام بعناصر الموضوع يتعين أن نقسمه إلى فصلين، حيث نبين في الفصل الأول الأحكام المقيدة لحرية الإيضاء باعتبار أن القاضي يطبقها على التصرف الذي يقرر إلحاقه بالوصية، مع تبيان الأسس الشرعية والقانونية لإحاطة الوصية بهذه الضوابط، كما نبين الأسس والإعتبارات التي تقوم عليها القرائن التي مفادها أن بعض التصرفات في حقيقتها وصايا تلحق بحكم هذه الأخيرة . أما الفصل الثاني فنعدد فيه التصرفات التي تنطوي على نية الإيضاء، و التي يعتبرها المشرع وصايا مستترة و يوقع عليها قواعدها، و نبين شروط هذه التصرفات و أحكامها، و كذا قواعد الإثبات المتعلقة بها.

لذلك إعتمدنا الحطة التالية :

## خطة البحث :

### مقدمة

الفصل الأول : أساس حماية الورثة في الوصية و التصرفات الملحقمة بما

المبحث الأول : الأحكام التي تحمي الورثة في الوصية و أساسها

المطلب الأول : ماهية الوصية

المطلب الثاني : تقييد حرية الإيصاء في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة

المطلب الثالث : علة و أساس تقييد الوصية

المبحث الثاني : أسس حماية الورثة في التصرفات الملحقمة بالوصية

المطلب الأول : الأساس العام الذي تقوم عليه قرينة الإيصاء

المطلب الثاني : أساس حماية الورثة من تصرفات المريض مرض الموت

الفصل الثاني : التصرفات الساترة للوصية و أحكامها

المبحث الأول : تصرفات المريض مرض الموت

المطلب الأول : الحكم العام للتصرف في مرض الموت

المطلب الثاني : الأحكام الخاصة لبعض التصرفات في مرض الموت

المبحث الثاني : التصرف لوارث مع الإحتفاظ بالحياة و الإنتفاع للشئء مدى الحياة

المطلب الأول : شروط التصرف الوارد في المادة 777 من القانون المدني

المطلب الثاني : أحكام التصرف لوارث مع الإحتفاظ للحياة و الإنتفاع مدى الحياة و

قواعد الإثبات المتعلقة به.

خاتمة .

# الفصل الأول

أساس حماية الورثة في الوصية

و التصرفات الملحقة بها



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

يعتبر كل من الميراث و الوصية، سببان لكسب الملكية وبعض الحقوق العينية الأصلية بسبب الوفاة، و في كليهما تتحقق الخلافة في المال للوارث أو الموصى له .

ولما رسم الشارع و القانون قواعد الخلافة الإجبارية المتمثلة في الميراث، بصفة محكمة ودقيقة، فإنه تبعاً لذلك لم يترك زمام الخلافة الإختيارية -التمثلة في الوصية- تحت إرادة المورث المطلقة، بل حد حدودها، و بين شروطها بتقييد حرية الإيضاء وفقاً لقواعد جاءت بها الشريعة الإسلامية، واعتنتها قانون الأسرة باعتبار أن جميع أحكام الشريعة الغراء تقوم على أسس مستمدة من قواعد و مبادئ منزهة عن النقص أو القصور .

إلا أن الشريعة الإسلامية، ومن ثم القانون لم يكتفيا بإحاطة الوصية فقط بهذه القيود، بل تعدت هذه الأخيرة الوصية لتسري على بعض التصرفات الأخرى التي يلجأ إليها المورث حال صحته، أو خلال فترة مرضه و يصيب عليها شكل تصرف آخر غير الوصية، فألحقت هذه التصرفات بأحكام الوصية، ومنح للقاضي سلطة اعتبارها كذلك؛ وهذا بناء على أسس معينة تختلف عند تعلق الأمر بالتصرفات الواردة في مرض الموت عنها إذا تعلق الأمر بتصرفات تحيط بها قرائن أخرى تثبت نية التهرب من أحكام الوصية .

لذا سنحاول توضيح الأحكام التي جاءت بها الشريعة الإسلامية، ومن ثم القانون تقييدا لحرية الإيضاء، و إستقراء العلة من تقرير هذه القيود على تصرف الشخص في أمواله، و هذا بعد تحديد مفهوم الوصية في المبحث الأول .

و في مبحث ثان نتطرق إلى الأسس التي أدت بالمشرع إلى إلحاق بعض التصرفات بحكم الوصية سواء الواردة في مرض الموت ، أو غيرها من التصرفات .

## المبحث الأول: الأحكام التي تحمي الورثة في الوصية و أساسها

إن حماية الورثة من التصرفات التي يبرمها المورث؛ و التي تخفي وصية يكون بإلحاق المشرع هذه التصرفات بحكم الوصية ، و تبعا لذلك وتحقيقا لهذه الحماية، فإن القاضي يطبق أحكام الوصية عليها من خلال المنازعات المطروحة عليه.

لذا وجب علينا توضيح هذه الأحكام -المتعلقة بالوصية- بدقة لتمكين الورثة من الإستفادة بها إذا ما ثبتت نية الإيضاء في جانب المورث، حيث سنتناول ماهية الوصية عموما وفقا لما جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية، و قانون الأسرة في المطلب الأول، ثم الأحكام المقيدة لحرية الإيضاء في المطلب الثاني، بهدف حصر البحث فيما يتعلق بموضوع دراستنا، ونوضح العلة من هذا التقييد و أساسه في المطلب الثالث . نتطرق هنا لتعريف الوصية و تحديد أركانها الأساسية، دون الخوض في الأحكام الشرعية و القانونية للوصية بتفاصيلها؛ لعدم تعلقها بموضوع دراستنا.

### المطلب الأول: ماهية الوصية

#### الفرع الأول : تعريف الوصية

تعد الوصية من أصل الأحوال الشخصية، لذا فإن المشرع نص بالمادة 775 من القانون المدني على سريان قانون الأحوال الشخصية و النصوص المتعلقة بها عليها، وذلك في الفصل المتعلق بطرق اكتساب الملكية، كما أنه لم يخص الوصية بقانون خاص بها كما فعلت بعض التشريعات كالتشريع المصري<sup>1</sup> ، بل أورد أحكامها في قانون الأسرة بالمواد من 184 إلى 201 منه.

الوصية إسم مفعول بمعنى الشيء الموصى به، كقوله تعالى: "من بعد وصية توصون بها أو دين"<sup>2</sup> ، وتكون مصدرا بمعنى إيضاء، ومنه قوله تعالى: "شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية"، ولا فرق في اللغة بين الوصية و الإيضاء، فكلاهما يطلق على إقامة الانسان لغيره مقامه في حال حياته أو بعد وفاته .وعلى تملك المال تملكها مضافا إلى ما بعد الموت

والوصية في الاصلاح الشرعي تعريفات متعددة.ولكن أقربها وأشملها ينص علأن الوصية تملك خاص مضاف إلى ما بعد الموت عن طريق التبرع.فهذا التعريف جامع ومانع يشمل كل شئ يوصي به الشخص".

و يستخلص من العبارات المستعملة في هذا التعريف ما يلي :

<sup>1</sup> - العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. الجزء الثاني. الميراث و الوصية. ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر. الطبعة الثالثة. 2004. ص 230

<sup>2</sup> - سورة النساء. الآية 12 .

## الفرع الثاني : أركان الوصية

بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة و الشريعة الإسلامية، فإنها تشترط لإنشاء الوصية توافر جملة من الأركان قسمها معظم الفقهاء إلى أربعة، وهي الصيغة، الموصي، الموصى له و الموصى به، نفضلها على النحو التالي :

### أولا : الصيغة

إن الأصل في صيغ التصرفات أن تكون منجزة، و لا يخرج عن هذه القاعدة إلا الوصية؛ فهي تأتي التنجيز، و ذلك بحكم طبيعتها لأنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، و بالتالي فإن صيغتها لا تكون إلا مضافة إلى أجل<sup>1</sup> و الأجل هنا هو وفاة الموصي ، كما يمكن أن تكون صيغة الوصية معلقة على شرط بحيث إذا تحقق هذا الشرط أصبحت الوصية قائمة، و رغم ذلك تظل مضافة إلى أجل .

وقد اختلف الفقه في ركن الصيغة من حيث توافق الإرادتين؛ أي الإيجاب و القبول وانقسموا في ذلك إلى آراء :

فالأحناف و خاصة الإمام-زفر-قال أن الوصية تلزم بالموت من غير حاجة إلى قبول، وأنها لا ترتد بالرد عنده، وحقته أن ملك الموصى له يثبت بالخلافة كما يثبت ملك الوارث.

و يرى جمهور الفقهاء أن للموصى له حق الرد، لأنه لا شيء يدخل في ملك الإنسان جبرا عنه غير الميراث بمقتضى نص الشارع، و لأن الموصى له يجب أن يعطى حق الرد دفعا لاحتمال الضرر، فضرر المنة ثابت، ومن الناس من لا يقبله، و لأن الموصى به قد يكون ملزما بمؤن أكثر مما فيه من نفع<sup>2</sup>.

و قد إتفق على ما يلي :

- أن القبول لا يكون إلا بعد الوفاة، و لا عبرة به في حياة الموصي .

- أن الوصية تنشأ بما يجاب من الموصي - وهو ركنها الوحيد - و لكن شرط ثبوت الملكية أو لزومها هو القبول بعد وفاته؛ لأن القبول إنما هو لثبوت الملكية لا لإنشاء التصرف، فكان لا عبرة به إلا عند تنفيذ أحكامه.

- أن القبول أو الرد لا يشترط فور وفاة الموصي، بل يثبت على التراخي، و أنه يقبل عن المجنون و المعتوه و الصبي غير المميز ممن له الولاية عليه<sup>3</sup>

أما قانون الأسرة فقد اشترط في المادة 191 فقرة 1 منه تصريح الموصي بالوصية فقط دون حاجة لاقترائه بالقبول من الموصى له و أكدت المادة 197 منه على ما يلي: "يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا

<sup>1</sup> - عمر حمدي باشا. عقود التبرعات-الهبة - الوصية - الوقف. دار هومة. الجزائر. 2004. ص 47.

<sup>2</sup> - محمد أبو زهرة. شرح قانون الوصية. المرجع السابق. ص 18.

<sup>3</sup> - جاء في النص العربي للمادة 191 : "تثبت الوصية : - بتصريح الموصي أمام الموثق و تحرير عقد بذلك"، و بالرجوع إلى النسخة الفرنسية نجد مصطلح acte authentique يقابل "عقد" فان المقصود به هو المحرر أما مصطلح عقد فما هو إلا ترجمة خاطئة لم يقصد به اعتبار الوصية عقدا .

بعد وفاة الموصي"، وهذا ما يبين نية المشرع في اعتبار الوصية تصرفاً ينشأ بالإرادة المنفردة للموصي، بحيث أكد على وقوع القبول بعد الوفاة و بالتالي عدم اقتترانه بالإيجاب؛ و عليه فإن القبول لا يكون إلا شرطاً للزوم الوصية، وبه تثبت ملكية الموصى به.

أما بالنسبة للتعبير عن هذه الصيغة، فقد اختلفت المذاهب في وسائله من عبارة وكتابة و إشارة... إلخ<sup>1</sup>، و بالرجوع إلى الأحكام العامة للقانون المدني فإن التعبير عن الإرادة حسب المادة 60 منه يكون باللفظ، و بالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه، و يجوز أن يكون ضمناً حسب الفقرة الثانية منها . هذا بالنسبة لركن الصيغة، أما بقية الأركان من موصي، وموصى له، وموصى به فإن بعض الفقهاء يوردها في باب شروط الوصية ويعتبرونها شروطاً لا تصح الوصية إلا بها<sup>2</sup>.

### ثانياً : الموصي

نصت المادة 186 من قانون الأسرة على شروط يجب توافرها في الموصي لصحة الوصية بقولها: "يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغاً من العمر تسع عشرة (19) سنة على الأقل". أي أنها تشترط أن يكون الموصي من أهل التبرع بتوافر ما يلي :

- سلامة العقل : تطبيقاً للمادة 186 السابقة الذكر 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 .

- البلوغ : إن الوصية تبرع مالي، وهي من التصرفات الضارة ضرراً محضاً؛ إذ لا يقابلها عرض دنيوي، و عليه فإن الوصية الصادرة عن صبي مميز تكون باطلة بطلاناً مطلقاً، و لذا فإن المشرع أكد على شرط البلوغ تنص المادة 186 من قانون الأسرة، بالرغم من أنه من المعروف أن مناط التكليف في الأحكام الشرعية هو البلوغ، و هو المبدأ الوارد بنص المادة 40 من القانون المدني التي تحدد سن الرشد القانوني ببلوغ 19 سنة كاملة، و التي هي نفس السن الواردة بالمادة 186 من قانون الأسرة .

- الرضا : يجب أن يتوافر رضا الموصي بالإيصاء، كما هو الحال في باقي التصرفات خاصة في الهبات و التبرعات، و إلا كانت غير صحيحة، و لهذا فمن المتفق عليه فقهاً و قضاءً أن وصية المكره و الهازل و المخطىء باطلة، كما لا تصح وصية السكران، لأنه لا قصد له و الوصية هنا تضر بورثته، إذ القاعدة المقررة في هذا الشأن أنه "لا ضرر و لا ضرار"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - إرجع. محمد أبو زهرة. شرح قانون الوصية. المرجع السابق. ص 12، 13، 14.

<sup>2</sup> - فتحي حسن مصطفى. الملكية بالميراث في ضوء الفقه و القضاء. منشأة المعارف. الإسكندرية. ص 233 / محمد أبو زهرة. نفس المرجع. ص 51 / العربي بلحاج. المرجع السابق. ص 253.

<sup>3</sup> - عمر حمدي باشا. المرجع السابق. ص 48.

### ثالثا : الموصى له

يشترط في الموصى له أن يكون موجودا، معلوما، أهلا للتملك، و الإستحقاق، و ألا يكون جهة معصية، و لا قاتلا للموصي أو وارثا له .

1- أن يكون الموصى له موجودا : و هذا عند إنشاء الوصية، و وجوده قد يكون حقيقة ، أو حكما (تقديرا) كالحمل أو المعدوم .

فقد تعرضت لمسألة الوصية للحمل كل من المادة 187 من قانون الأسرة التي نصت على أنه : "تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا..." ، والمادة 134 منه التي جاء فيها : "لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا، و يعتبر حيا إذا إستهل صارخا، أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة" ، وكذا المادة 25 من القانون المدني التي تنص في فقرتها الثانية : "على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا" و إتفقت كل هذه المواد في ضرورة الولادة المصحوبة بعلامة ظاهرة للحياة<sup>1</sup> ، و هذا ما جاء موافقا لما ذهب إليه أحكام الفقه الإسلامي .

و قد تكون الوصية في بعض الحالات إلى من لم يكن موجودا وقت إنشاء الوصية ، ويحتمل أن يوجد في المستقبل سواء وجد عند الوفاة أو لم يوجد إلا بعدها<sup>2</sup> ، وهذا ما يصطلح عليه بالوصية للمعدوم، و لا يراد به من كان موجودا ثم انعدم . و هي الحالة التي لم يورد القانون الجزائري نصا بشأنها؛ لذا نطبق عليها أحكام المذهب المالكي<sup>3</sup> ، التي تميز الوصية للمعدوم، وتبقى الوصية ما بقي الأمل في وجود الموصى له قائما وظاهرا؛ لما فيه من حماية مصلحة الموصى له إلى أن يتحقق اليأس من وجود هذا الأخير .

2- أن يكون الموصى له معلوما : وذلك بالتعيين (بالإشارة أو بالإسم) كفلان بن فلان أو جهة البر الفلانية، أو بتعريفه بالوصف كفقراء طلبة العلم . و يقصد بهذا الشرط ، ألا يكون الموصى له مجهولا جهالة مطلقة و فاحشة لا يمكن دفعها، وإلا بطلت الوصية، كما لو أوصى شخص لطالب من الجامعة مثلا دون ذكر إسمه، و يرجع تقدير معلومة الموصى له للقاضي .

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

<sup>1</sup> - العربي بلحاج. المرجع السابق. ص 256.

<sup>2</sup> - محمد أبو زهرة. شرح قانون الوصية. المرجع السابق. ص 71.

<sup>3</sup> - العربي بلحاج. المرجع السابق. ص 257 .

3- أن يكون الموصى له أهلاً للتملك و الاستحقاق : فقد اتفق الفقهاء - باستثناء الحنابلة الذين لهم رأي مخالف<sup>1</sup> - على اشتراط ذلك، و عليه فلا تصح الوصية لحيوان مثلاً، و تبطل على أساس أن الموصى له ليس أهلاً للتملك و الاستحقاق .

أما قانون الأسرة فقد أغفل هذا الشرط، و قد يفهم ذلك حسب بعض الفقهاء، من أن الوصية لمن ليس أهلاً للاستحقاق قد تكون صحيحة في بعض الحالات، كالوصية لبناء مسجد أو مدرسة لكنها لا تكون للتملك؛ بل مجرد وصية بتصرف ، أي إخراج مال من تركته<sup>2</sup> .

4- ألا يكون الموصى له جهة معصية : و يقصد بالجهة المعصية الجهة المحرمة شرعاً و قانوناً، فالوصية شرعت لتكون قرينة أو صلة ، و شرعت للإصلاح و الخير لا من أجل الفساد و المنكر و الخروج عن المعقول. و لذا فلا يصح للمسلم أن يوصي لجهة حرمتها الشريعة الإسلامية كالوصية لدور اللهو، و الكنائس، و المعاهد التي لا تخص المسلمين .

و قد تكون الجهة الموصى إليها غير محرمة في ذاتها، و لكن الباعث عليها محرم، كالوصية التي يكون الهدف منها استمرار العلاقة غير الشرعية بين الموصي و الخليفة، فالرأي الراجح هنا - حسب الملكية و الحنابلة و منهم ابن تيمية و ابن القيم - أنها باطلة؛ لأن العبرة بالقصد و النية و الباعث حينئذ مناف لمقاصد الشريعة الإسلامية مما يجعلها باطلة<sup>3</sup> .

و بالرجوع إلى القانون المدني فإننا نجد أنه أقرب إلى هذا الرأي من خلال المواد 97 و 98 منه .

5- ألا يكون الموصى له قاتلاً للموصي : اختلفت المذاهب في نوع القتل المانع من الوصية، فالحنفية اعتبروا أن القتل المقصود هنا هو القتل عدواناً بغير حق أو عذر شرعي، سواء كان عمداً أم خطأ، أما القتل بالتسبب، فلا يمنع إرثاً و لا وصية، مع جواز الإجازة من الورثة .

و قال الحنابلة أن القتل المانع من الإرث و الوصية هو القتل بغير حق سواء كان عمداً أم خطأ، مباشرة أم تسبباً، أما إذا حصلت الوصية بعد الجرح المفضي إلى الموت كانت صحيحة .

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

وذهب المذهب المالكي إلى أن القتل يمنع الاستحقاق في الوصية، و هذا استناداً إلى قوله - صلى الله عليه و سلم - : " لا وصية لقاتل"<sup>4</sup> ، غير أنه يرى أن الوصية تصح للقاتل خطأ؛ لأنها تملك كالهبة، أما إذا حصل

<sup>1</sup> - العربي بلحاج. نفس المرجع. ص 259 .

<sup>2</sup> - العربي بلحاج. نفس المرجع. ص 259 .

<sup>3</sup> - العربي بلحاج. نفس المرجع. ص 260 .

<sup>4</sup> - رواه الدارقطني و البيهقي .

القتل عمدا بعد إنشاء الوصية حرم الموصى له من الوصية، كما تنفذ الوصية التي تنشأ بعد الإصابة المفضية إلى الوفاة احتراما لإرادة الموصي.

بالرجوع إلى قانون الأسرة، فإنه أخذ بما ذهب إليه الفقه المالكي؛ حيث اشترط قتل الموصى له للموصي عمدا لعدم استحقاق الوصية و هذا في المادة 188 منه<sup>1</sup>، فالعبرة إذن بالقتل العمد عدوانا بدون حق و ليس بالقتل الخطأ، و هذا ما يساير ما جاءت به المادة 137 من قانون الأسرة المتعلقة بالميراث بصفة عامة، وعليه فإنه لا يستحق الوصية قاتل الموصي عمدا سواء كان فاعلا أصليا أو شريكا أو شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام و تنفيذه، و لا يستحقها من كان عالما أو مدبرا للقتل و لم يخبر السلطات المعنية ( كل هذا إذا لجأنا للتفسير الموسع لأحكام المواد 137 و 135 من قانون الأسرة )، و يشترط هنا أن يكون الموصى له أهلا للمسؤولية الجزائية دون عذر قانوني، و ألا يكون في حالة دفاع شرعي .

وما يلاحظ في هذه الأحكام هو الإنسجام بين كل من قواعد قانون الأسرة من جهة و القانون المدني و قانون العقوبات من جهة أخرى .

6- ألا يكون الموصى له وارثا للموصي : وهذا مصداقا لقوله - صلى الله عليه و سلم - : "إن الله أعطى لكل ذي حق حقه فلا وصية لوارث"<sup>2</sup>، و عن ابن عباس قوله : قال رسول الله - صلى الله عليه و سلم - : "لا وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة"<sup>3</sup>.

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

وهذا ما سنقتصر عليه فيما يخص هذا الشرط، وذلك لأننا سنشرحه بإسهاب ضمن المطلب الموالي .

#### رابعا : الموصى به

يشترط في الموصى به أن يكون مالا قابلا للتوارث، و أن يكون متقوما و قابلا للتملك، كما يشترط أن يكون موجودا عند الوصية و غير مستغرق بالدين و ألا يزيد عن ثلث التركة .

1- أن يكون الموصى به مالا قابلا للتوارث : فالموصى به الذي يصلح للإبصار نوعان :

- نوع يصلح أن ينتقل بالميراث أي يصح أن يكون تركة كالأموال الحقيقية أي النقود، و الأشياء العينية، و الحقوق التي تتعلق بها كحقوق الإرتفاق و نحوها.

- ونوع لا يكون من الحقوق التي تورث و لكن تصح به الوصية، لأنه يصح التعاقد عليه حال الحياة فيصح أن يوصى به بعد الوفاة، وذلك كالأموال الحكيمة كالمناافع مثل سكن دار، أو زراعة أرض و غيرها<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - تنص المادة 188 من قانون الأسرة : "لا يستحق الورثة الوصية من قتل الموصي عمدا".

<sup>2</sup> - رواه الترمذي .

<sup>3</sup> - رواه الدارقطني .

<sup>4</sup> - لأن الوصية تصرف يلاحظ فيه التوسيع على الموصي، لتسهيل عليه أبواب البر و المعروف، إذ هو في الغالب لا يقصد بها نفعاً شخصياً .

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

2- أن يكون الموصى به متقوما و قابلا للتملك : و هذا الشرط خاص بالموصى به إذا كان مالا و ليس منفعة و لا حقا عينيا ، و يقصد بالمال المتقوم أن يكون مالا ، فلا تصح الوصية بالميتة مثلا، و المال الذي يصح أن يكون موضوعا للوصية يجب أن يكون مما يباح الإنتفاع به فالخمر و الخنزير و المخدرات، و كل ما هو محرم أو معصية أموال غير متقومة في مفهوم الشرع الإسلامي<sup>1</sup> .

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

3- أن يكون الموصى به موجودا عند الوصية : و هذا الشرط متفق عليه إذا كان المال معين بالذات أو جزء شائعا في مال معين، فيجب أن يكون الموصى به هنا في ملك الموصي عند إنشاء الوصية، و لذا لا تصح الوصية بملك الغير حتى و إن ملكه بعد الوصية ثم مات، و إن أجازها الغير بعد الوفاة فيكون ذلك هبة منه و لا تتم إلا بالقبض<sup>2</sup> .

و هذه الأحكام أكدها المشرع الجزائري في المادة 190 من قانون الأسرة التي تشترط أن يكون الإيضاء بالأموال التي يملكها الموصي عند الوصية، و يقصد هنا الأشياء المعينة بالذات، أما إذا كان الموصى به غير معين بالذات و لم يكن جزء في شيء معين و لا نوع معين، بل كان شائعا في المال كله فيشترط وجوده عند الوفاة، و إلا بطلت الوصية .

إلا أن هناك مسألة تصح فيها الوصية مع أن الموصى به غير موجود وقت الوصية و لا وقت الوفاة، و ذلك إذا ما أوصى بغلة بستانه فتكون له الغلات المستقبلية ما دام حيا، لأن الوصية بالغلة من قبيل الوصية بالمنافع، و هذه الأخيرة تجوز الوصية بها مع أنه يحصل عليها وقتا بعد آخر في المستقبل بعد وفاة الموصي<sup>3</sup> .

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

<sup>1</sup> - عمر حمدي باشا. المرجع السابق. ص 55 .

<sup>2</sup> - محمد أبو زهرة. شرح قانون الوصية. المرجع السابق. ص 100 .

<sup>3</sup> - محمد أبو زهرة. شرح قانون الوصية. المرجع السابق. ص 100 .



أما بالنسبة لأساس تقديم الدين على الوصية مع قوله تعالى : "من بعد وصية يوصون بها أو دين" <sup>1</sup> أي بتقديم الوصية على الدين؛ فإنه قد روي عن علي - كرم الله وجهه - أنه قال : "إنكم تقرؤون الوصية قبل الدين، و قد شهدت رسول الله - ﷺ - بدأ بالدين قبل الوصية" ، و عليه فإن تقديم القرآن للوصية على الدين لم يكن لتقدمها في الرتبة؛ بل لتبيان أهميتها و وجوب تنفيذها حتى لا يهمل الورثة ذلك .  
وقد تصح الوصية بمال مستغرق بالدين إذا أبرأه الغرماء و أسقطوا ديونهم، أو إذا أجازوا إنفاذ الوصية قبل الدين .

5- ألا يزيد الموصى به عن ثلث التركة : نصت المادة 185 من قانون الأسرة على أنه : " تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة" ، وهذه هي الحدود الشرعية و القانونية للوصية، كما جاء في

الحديث الشريف عن سعد ابن أبي وقاص حيث قال الرسول - صلى الله عليه و سلم - و سعد في مرض الموت : " الثلث و الثلث كثير" <sup>2</sup> و يقول - صلى الله عليه و سلم - "إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند مماتكم" <sup>3</sup> .

ونتترك التفصيل في هذه الأحكام عند الحديث عن تقييد حرية الإيصاء في المطلب التالي .

### المطلب الثاني : تقييد حرية الإيصاء في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة

بوصف الوصية تصرفا في التركة مضافا إلى ما بعد الوفاة، تتحقق فيها الخلافة في المال بالوفاة؛ فهي تقترب من الميراث كسبب من أسباب كسب الملكية، و تختلف عنه من حيث الإختيار، فالشارع الحكيم لما نظم الخلافة في المال بالميراث تولاهما بالتوزيع العادل، وبالمقابل نظم أمر الخلافة بالوصية مقيدا حرية الأشخاص في الإيصاء بغية الحفاظ على حقوق الورثة، و حماية لهم من خطر التصرف بالوصية سواء تمت لوارث أو لغيره، وذلك باعتبار الوصية مساسا في الصميم بالتركة التي ستؤول إلى الورثة المحتملين . وعملا بأحكام الشريعة الإسلامية قيد المشرع الجزائري من جهته حرية الإيصاء بعدة أحكام منها ما تعلق بالموصى له، ومنها ما تعلق بالموصى به، وهذا ما سنفصله فيما يأتي مركزين على الأحكام التي تحقق الحماية لحقوق الورثة .

<sup>1</sup> - سورة النساء. الآية 12 .

<sup>2</sup> - رواه البخاري و مسلم.

<sup>3</sup> - رواه ابن ماجه و الدارقطني .

## الفرع الأول : عدم جواز الإيصاء لوارث

من أهم شروط الموصى له المقيدة لحرية الموصي في الإيصاء بأمواله، ألا يكون الموصى له وارثا كقاعدة عامة .

قال الله تعالى : "كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين و الأقربين بالمعروف حقا على المتقين"<sup>1</sup>

قال رسول الله - صلى الله عليه و سلم - : "إن الله أعطى لكل ذي حق حقه فلا وصية لوارث"<sup>2</sup>، و روي عن ابن عباس قوله : قال رسول الله -p- : "لا وصية لوارث إلا أن يشاء الوارثة"<sup>3</sup>، كما روي عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده قوله - صلى الله عليه و سلم - : "لا وصية لوارث إلا أن يجيزها الوارثة" . بما أن حل أحكام الوصية مستسقة من الفقه الإسلامي، كان مرد الخلاف في جواز وعدم جواز الوصية للوارث في تفسير الآيات و اعتماد الأحاديث على رأيين .

### الرأي الأول : يجيز الإيصاء لوارث

و اعتمد هذا الرأي القانون المصري الذي اعتبر أن الوصية للوارث لا تحتاج إلى إجازة الوارثة إلا إذا تجاوزت الثلث ، و من أهم ما استند إليه هذا الرأي قوله تعالى في الآية 180 من سورة البقرة : "كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين و الأقربين بالمعروف حقا على المتقين" . إضافة إلى قول بعض المفسرين منهم أبو مسلم الأصفهاني بأن هذه الآية غير منسوخة بآية الموارث، و من أسس هذا الرأي أيضا هو أن الناس قد احتاجوا للوصية لوارث.

و قد انتقد هذا الرأي على أساس أنه إذا كان أبو مسلم الأصفهاني من بين عدد من المفسرين إعتبر أن هذه الآية غير منسوخة - لأنه قرر أنه لا نسخ في كتاب الله تعالى قط - فإنه بالمقابل حاول التوفيق بينها و بين آية الموارث و اعتبر أنها غير مخالفة لها، و أن معناها : كتب عليكم ما أوصى الله تعالى من توريث الوالدين و الأقربين من قوله تعالى : " يوصيكم الله في أولادكم" أي كتب على المحتضر أن يوصى للوالدين و الأقربين بتوفية ما أوصى الله به لهم، و ألا ينقص من أنصبتهم.

و طبقا لما سبق فإنه لا منافاة بين ثبوت الميراث للأقرباء، مع ثبوت الوصية بالميراث عطية من الله تعالى، و الوصية عطية ممن حضره الموت إضافة إلى ذلك ، فإنه لو قدرنا حصول المنافاة، لكان يمكن جعل آية الموارث مخصصة لهذه الآية، وذلك لأن هذه الآية توجب الوصية للأقربين، ثم آية الموارث تخرج القريب الوارث<sup>4</sup>، و لا منافاة بين الآية الخاصة بالوصية وقوله صلى الله عليه و سلم : "إن الله أعطى كل ذي حق

<sup>1</sup> - سورة البقرة. الآية 180 .

<sup>2</sup> - رواه الترمذي .

<sup>3</sup> - رواه الدارقطني .

<sup>4</sup> - محمد أبو زهرة. شرح قانون الوصية. المرجع السابق. ص 64 .

حقه، فلا وصية لوارث" لأن الآية ما أجازت الوصية للوارث، بل أجازت الوصية للوالدين و الأقربين بالمعروف، و ليس متعينا أن يكونوا ورثة .

و يرى البعض في هذا الشأن جواز الوصية للوارث إذا كان هذا الوارث أحوج من غيره، و الآية تشير إليه لأنها اشترطت لنفذ الوصية ألا يكون فيها تجانف لإثم إذ قال الله تعالى بعد آية الوصية : "فمن خاف من موص جنفا أو إثما فأصلح بينهم فلا إثم عليه"<sup>1</sup> ، و قيل لم تنسخ الآية و الوارث يجمع له بين الوصية و الميراث بحكم الآيتين، لكن هذا الرأي في كتب التفسير رأي مغمور و ليس بمشهور .

و يرى الإمام أبو زهرة أن إجازة القانون المصري الوصية للوارث وجعلها كوصية الأجنبي مبدأ خطير استحدث في قوانين الدولة المصرية، و يكاد يكون انقلابا في التوريث الإسلامي .

**الرأي الثاني :** يذهب إلى أنه ليس للوارث الحق في الوصية :

يذهب المالكية - المشهور عندهم - إلى أن الوصية باطلة للوارث ، فلو صح و أن أوصي للوارث ولغيره صحت لغير الوارث ، و بطلت وصية الوارث فقط . و يرى ابن حزم أن الوصية باطلة بطلانا مطلقا إذا ما تمت للوارث، و لا تصححها إجازة الورثة بعد وفاة الموصي (وهذا الرأي أخذ به المشرع المغربي الذي نص على انه لا وصية لوارث إطلاقا، و لا تصح و لو أجازها الورثة<sup>2</sup> .

غير أن هناك رأيا آخر يذهب إلى أن الوصية لوارث صحيحة متوقفة على إجازة باقي الورثة، و في ذلك قال

إبن القصار و ابن العطار - وهما من المالكية - ، وعليه فإذا أجاز الورثة الوصية بعد وفاة الموصي كانت صحيحة، أما إذا أجازها بعض الورثة ، و رفضها البعض الآخر نفذت في حصص من قبلها .

و من بين الإعتبارات التي تبرر عدم جواز الوصية للوارث ما يلي :

1- لما كان الميراث محددًا من عند الله سبحانه و تعالى، فهو الذي تولى تقسيمه و بيانه، و حدد لكل وارث نصيبه الشرعي، و إن جاء فرض الوصية للوالدين و الأقربين بقوله تعالى : "كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت، إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين" فهذا معناه توفية الوالدين و الأقربين ما أوصى الله به، إضافة إلى ما ذكرناه في نقد الرأي الأول .

2- قوله - صلى الله عليه وسلم- : "إن الله قد أعطى لكل ذي حق حقه، ألا لا وصية لوارث"؛ فقد جاء فيه نفي الوصية بـ "لا" فهو نفي جنس الوصية لوارث، سواء أجاز الورثة أم لم يجيزوا رغم أن الحديث لم تثبت روايته عن الإمامين مسلم و البخاري فهو قول الشافعي من الأئمة و أقرب إلى عصر السلف الصالح .

<sup>1</sup> - سورة البقرة. الآية 182 .

<sup>2</sup> - بلحاج العربي. المرجع السابق. ص 264 .

إضافة إلى قوله - صلى الله عليه و سلم - : "لا وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة" ، و قوله : "إن الله أعطى لكل ذي حق حقه فلا وصية لوارث" و عن شعيب عن أبيه عن جده قوله-صلى الله عليه و سلم:"لا وصية لوارث إلا أن يجيزها الورثة".

3- إن أساس التوريث الإسلامي تقسيم الشارع للتركة بين الورثة، و قد أعطى للمورث الثلث يعطيه من يشاء من غير الورثة، فإذا جاء المورث و أعطى هذا ومنع ذلك فقد غاير قسمة الشارع، و زاد بعض الأنصبة و أنقص أخرى<sup>1</sup>.

4- إن ثمة إجماعا من الصحابة - رضوان الله عليهم - من أن الوصية غير واجبة للوالدين، و لم يلزموا بها، و لو صح خلاف ذلك لأقدموا عليها .

و لقد خالف المشرع الجزائري أغلب القوانين العربية و اعتمد الرأي الأخير المشار إليه سابقا؛ و هذا في المادة 189 من قانون الأسرة التي تنص على أنه : "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي"، و اعتبر الوصية لوارث صحيحة، و لكنها موقوفة على إجازة خاصة من الورثة، و يستخلص ذلك من النسخة الفرنسية لهذه المادة<sup>2</sup> التي تعتبر أن الوصية لوارث لا تنتج أثرها إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي، و عليه فهي صحيحة، و لكن أثرها لا يسري إلا بإجازة الورثة . و يجب الإشارة هنا أنه إذا أجاز بعض الورثة الوصية و لم يجزها البعض الآخر كانت نافذة في حق من قبلها دون تنفيذ في حق من لم يقبلها من الورثة .

و المشرع الجزائري بهذا الموقف قد تفادى خلق الشقاق و الأحقاد بين الورثة، بمنع الوصية للوارث بصفة مطلقة، كما فعل القانون المغربي، و ذلك تجاه بعض الحالات المشروعة كالولد المصاب بعاهة أو مرض مزمن، و يريد والده الإيصاء له لتأمين حياته و لعلاجه . كما انه قد اجتنب أيضا ما قد يثير البغضاء بين آحاد الأسرة بالسماح المطلق لنظام الوصية للوارث، على غرار المشرع المصري، لأن ذلك سيوغر صدر من لم ينالوا ما نال ذوا الحظوة، و لن يكون سبيل عدل بل سيكون في أكثر أحواله لغير ذي الحاجة .

و قد 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>3</sup>، وكذا القرار الصادر بتاريخ 1992/11/24 ملف رقم 86039<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - محمد أبو زهرة. شرح قانون الوصية. المرجع السابق. ص 63 .

<sup>2</sup> - Voir l'article 189 : « le testament fait au profit d'un héritier ne produit effet que si les co-héritiers y consentent après le décès du testateur. »

<sup>3</sup> - قرار المحكمة العليا. الصادر بتاريخ 1990/03/05 ملف رقم 59240. المجلة القضائية. العدد الثالث. 1992. ص 57 .

<sup>4</sup> - قرار المحكمة العليا. الصادر بتاريخ 1992/11/24 ملف رقم 86039 . الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية. عدد خاص 2001. ص 292 .

و تطبيقاً لقاعدة عدم جواز الإيصال لوارث، يجب الإشارة إلى أن العبرة في تحديد صفة الوارث - أي في كون الموصى له من الورثة أو من غير الورثة - هي بتاريخ وفاة الموصي، لا تاريخ إنشاء الوصية، كما أن العبرة بالإجازة التي يعبر عنها بعد وفاة الموصي لأن الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت، وهذا ما جاءت به المادة 189 من قانون الأسرة .

و يشترط في صحة الإجازة، أن تقع فيما يملك الورثة، كما أن الوارث الذي تعتبر إجازته هو الوارث الذي يكون أهلاً للتبرع، وهو كامل الأهلية، البالغ، العاقل، الذي لم يحجر عليه وذلك لأن الإجازة تبرع و التبرع تصرف ضار ضرراً محضاً، لذا فإذا كان الوارث عديم الأهلية أو ناقصها للأسباب التي يقرها القانون ، فإن تصرفه بالإجازة يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً طبقاً للمواد 40، 42، 43، و 44 من القانون المدني و المواد 81، 82، و 83 من قانون الأسرة.

إضافة إلى ذلك لا بد أن يكون الوارث عالماً علماً كاملاً بالوصية ليحيزها<sup>1</sup> لأن الجهالة تمنع صحة التصرف

### الفرع الثاني: عدم تجاوز الموصى به ثلث التركة

من القيود الواردة على الوصية ما تعلق بالموصى به، و المتمثلة في اشتراط حدود للوصية هي عدم تجاوز الموصى به ثلث التركة، وهذا ما أجمع عليه الفقهاء مستندين على حديث سعد بن أبي وقاص إلى الرسول - صلى الله عليه و سلم - قال سعد - رضي الله عنه - : جاءني رسول الله صلى الله عليه و سلم ، يعودني من وجع اشتد بي، فقلت يا رسول الله، إني قد بلغ بي من الوجع ما ترى و أنا ذو مال، و لا يرثني إلا ابنة لي، فأصدق بثلثي مالي، قال: كلا، فقلت، فالشطر، قال: كلا، قلت فالثلث يا رسول الله، قال : "الثلث، و الثلث كثير، انك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس"<sup>2</sup>. وكذا قوله صلى الله عليه و سلم : "إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند مماتكم"<sup>3</sup>. يتضح من هذه الأحاديث أن ما زاد عن ثلث التركة إنما هو خالص للورثة فإن رفضوه لا يجوز لأحد أن ينفذ عليهم ذلك، لذا يستحب في الفقه الإسلامي أن يوصي الإنسان بما دون الثلث، سواء كان الورثة أغنياء أم فقراء .

و قد نصت المادة 185 من قانون الأسرة على ما يلي : "تكون الوصية في حدود ثلث التركة، و ما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة" .

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. أسباب كسب الملكية. المجلد التاسع. دار إحياء التراث العربي. لبنان. 1986. ص 213 .

<sup>2</sup> - رواه البخاري و مسلم.

<sup>3</sup> - رواه ابن ماجه و الدارقطني .

و هذا ما قضت به المحكمة العليا في قراراتها، ومن بينها القرار المؤرخ في 1986/02/24<sup>1</sup>، وكذا القرار المؤرخ في 1997/07/29<sup>2</sup>.

و عليه إذا تجاوزت الوصية الثلث القانوني، فيذهب الفقه المالكي إلى أن الوصية لغير الوارث في هذه الحالة تقع باطلة بالنسبة للزيادة، أما إذا أجازها الورثة فإنها تأخذ حكم الهبة من أموالهم، و في رأي آخر للمالكية إعتبروا أن الزيادة صحيحة، و لكنها موقوفة على إجازة الورثة بشرط أن تكون الوصية لغير وارث. أما الأحناف فقد قرروا أن الوصية بأكثر من الثلث تصح، و لا تقع باطلة، بل يتوقف نفاذها على إجازة الورثة لأن الوصية مهما يكن مقدارها تصرف من الموصي في الملكية، و الأصل في تصرف الإنسان في ملكه النفاذ، و إنما امتنع النفاذ في الزائد عن الثلث لتعلق حق الورثة بالثلثين وقت تنفيذ الوصية، فإذا أجازوا فقد زال المانع و بقي السبب المنشئ للملكية الموصى له قائما وهو وصية الموصي . لذا فقد إعتبر الأحناف أن الإجازة، و إن كانت بالنسبة للوارث تبرعا فإن التمليك لا يكون منه و إنما من الموصي، فليست الإجازة منشئة للحق حتى يستند التمليك للوارث، بل هي منفذة للحق و إنشأؤه كان بالعبارة المنشئة للوصية .

و يعتبر الشافعي أن الوصية بما زاد عن الثلث باطلة في أحد قولييه، وعليه إجازة الورثة تمليك مبتدأ، أي الإجازة تمليك من جانب الوارث، لا من جانب الموصي . و بالرجوع إلى المادة 185 من قانون الأسرة نجد أنها اكتفت بالنص على أن الوصية تكون في حدود الثلث و أن ما زاد عنه يتوقف على إجازة الورثة . و تجدر الإشارة إلى أنه لو أجاز بعض الورثة الزيادة عن الثلث، و امتنع بعضهم عن الإجازة نفذت الوصية في حق المجيز، و بطلت الزيادة عن الثلث في حق غير المجيز، و لذا نقسم التركة تقسمين أحدهما على فرض الإجازة و الآخر على فرض عدم الإجازة؛ فمن أجاز أخذ نصيبه على فرض الإجازة، و من لم يجز أخذ نصيبه على فرض عدم الإجازة .

<sup>1</sup> - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1986/02/24 ملف رقم 40651. غير منشور. مشار إليه. عمر حمدي باشا. المرجع السابق. ص 167 .

<sup>2</sup> - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1997/07/29. ملف رقم 166090. الإجتهد القضائي لغرفة الحوالم الشخصية. عدد خاص 2001. ص 298 .

و الإجازة المعتبرة تكون بعد الوفاة، و لا عبرة بالإجازة قبل الوفاة، لأن تنفيذ الوصية هو وقت الوفاة و قبل ذلك لا يعرف الورثة على التعيين، كما أن الصفة التي هي سبب الحق لم تتحقق بعد، والإجازة تبرع بحق و لا يكون التبرع قبل ثبوت الحق كما أنه يجب أن تكون الإجازة صريحة لا يساورها أدنى شك<sup>1</sup> ، و يشترط في الوارث المميز أن يكون أهلا للتبرع كما سبق بيانه في الفرع السابق .

و عليه لا يثور الإشكال في حالة تجاوز الموصى به ثلث التركة و وجد ورثة يميزونه أو يرفضونه، و إنما يطرح في حالة عدم وجود ورثة للموصى، فالزيادة عن الثلث باطلة عند كل من المالكية و الشافعية، و تؤول لبيت مال المسلمين، أما عند كل من الأحناف و الحنابلة فإن الزيادة عن الثلث تصح، لكن بعد إيفاء الديون إن وجدت<sup>2</sup> .

أما قانون الأسرة فإنه أغفل هذه الفرضية - أي عدم وجود الورثة - و ذلك بعدم النص عليها، لكن بالرجوع للقواعد العامة في الميراث الواردة بالمواد من 126 إلى 183 من قانون الأسرة فإن المادة 4/180 منه تنص على أنه في حالة عدم وجود وارث فإن التركة تكون من حق الخزينة العامة، و قياسا على ذلك فإننا نرى أن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه المالكية ففي حالة عدم وجود ورثة فإن ما زاد عن الثلث يؤول إلى الخزينة العامة .

إضافة إلى ما سبق ، يجب لتطبيق هذه الأحكام أن نحدد وقت تقدير الثلث وكيفية تقديره .

فبالنسبة لوقت تقدير الثلث، فقد اختلفت في ذلك آراء الفقهاء، و الخلاف قائم على أساس استقرار الملكية، و الزيادة أو النقصان في التركة بعد موت الموصى و قبل القسمة .

فالرأي المشهور عند المالكية و الأحناف أن وقت تقدير ما يتركه الموصى هو وقت القسمة، و قبض كل من الورثة و الموصى له حقوقهم؛ لأنه الوقت الذي تنفذ فيه الوصية .

أما الشافعية و الحنابلة فإنهم يرون أن وقت تقديره وقت الوفاة؛ و ذلك لأن الوصية تلزم بالموت من جهة الموصى و يثبت بها الملك للورثة، و الموصى له .

و القانون الجزائري لم يورد نصا فيما يخص هذه المسألة، و عليه يستوجب الرجوع إلى ما جاء به مذهب الإمام مالك تطبيقا للمادة 222 من قانون الأسرة .

أما بالنسبة لكيفية تقدير التركة، فيجب أولا توضيح أن تقدير التركة لا يكون إلا بعد سداد الديون، فالثلث المعتبر هو مما يكون تركة خالصة من كل دين، لأن الورثة يخلص لهم ثلثا الباقي بعد سداد الديون،

<sup>1</sup> - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2001/03/14. ملف رقم 241885 . المجلة القضائية. العدد الأول 2002 ص 133 : " إن القرار المطعون فيه لما قرر عدم وجود ما يثبت اعتراض الوارث على الوصية أثناء حياته و بالتالي فإن اجازته للوصية تصبح نافذة يكون قد بنى هذه الإجازة على وجود الافتراض و الظن مخالفا بذلك أحكام المادة 185 من قانون الأسرة التي تجعل من الوصية التي توصي بأكثر من الثلث متوقفة على إجازة الورثة للابتعاد عن أدنى شك."

<sup>2</sup> - العربي بلحاج. المرجع السابق. ص 297 .

وهذا ما يستشف من المادة 185 من قانون الأسرة بقولها : "تكون الوصية في حدود ثلث التركة" فالمقصود بكلمة التركة "patrimoine" هنا الأموال الخاضعة للوصايا، و الموارث بعد قضاء ديون العباد .  
و إن كان تقدير الثلث لا يشير إشكالا في كلفيته بالنسبة للوصية بالأعيان -لأن الوصية تقدر بقيمة العين نفسها- فإن الصعوبة تطرح عندما يتعلق الأمر بالوصية بالمنافع <sup>1</sup> فقد اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين:

- رأي أبي حنيفة و الإمام مالك أن الوصية بالمنفعة تقدر بقيمة العين الموصى بمنفعتها أيا كانت المدة لا بقيمة المنفعة مستقلة، و عللوا ذلك بأن الوصية بالمنافع فيها منع العين عن الوارث لمدة طالت أو قصرت، و تفويت للمقصود من الأعيان و هو الإنتفاع بها .
- رأي الشافعية و الحنابلة هو أن قيمة الوصية بالمنافع تقدر بقيمة المنافع نفسها في مدة الوصية لأن تقدير قيمة الوصية يكون بقيمة ما يناله الموصى له منها، فتقدر قيمة المنافع مجردة عن العين ذاتها .  
وطريقة تقدير قيمة المنفعة هو أن يعرف أجر المثل للعين التي تحمل المنفعة في مدة الوصية، أما إذا كانت الوصية بالمنافع مؤبدة فتقدر العين بمنفعتها، و يعتبر خروجها عن الثلث .

### المطلب الثالث : علة و أساس تقييد الوصية

حفاظا على حقوق الورثة المحتملين - الذين ستؤول إليهم التركة - من الوصايا التي قد تؤثر عليها، فإن الشريعة الإسلامية و المشرع الوضعي (عملا بأحكام هذه الأخيرة) قد قيدت حرية الإيضاء بالرجوع إلى أسس شرعية حاولنا إجمالها في نقطتين أساسيتين هما منع الإضرار بالورثة و تنظيم أحكام الوصية باعتبار إضافتها إلى ما بعد الموت موازاة مع تنظيم الشارع الحكيم لأحكام الميراث .

### الفرع الأول :منع الإضرار بالورثة

إن الأصل أن الوصية في مفهوم الإسلام هي باب من أبواب الإنفاق على الأقرباء الذين لا يرثون، و على أصحاب الخير، و عموما على وجوه الخير كالوصية للفقراء أو لدور العلم و المستشفيات، أي أن الهدف منها هو تحقيق التكافل الإجتماعي، إلى درجة تقرير وجوب الوصية في بعض الحالات بحكم الشرع و القانون وهو ما يسمى بالوصية الواجبة أي التنزيل طبقا للمواد 169 إلى 172 من قانون الأسرة، و اعتبار الوصية مكروهة في حالات أخرى كوصية صاحب المال القليل للغير مع أن ورثته كثيرون و محتاجون مصداقا لقوله - صلى الله عليه و سلم - : "إنك أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس" .

<sup>1</sup> - تنص المادة 190 : "للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها و التي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة".



و عليه فتحقيقا لهذا الغرض النبيل للوصية، إعتبرت الشريعة الإسلامية الوصية باطلة إذا كان القصد منها هو الإضرار بالورثة وحقوقهم، و هذا مصداقا لقوله تعالى: "من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار وصية من الله و الله عليم حلِيم"<sup>1</sup>.

و لذا حقق بعض العلماء بطلان ما يسمى بوصية الضرار؛ وهي التي يقصد بها الإضرار بالورثة كأن يوصي الشخص بثالث ماله لبعض جهات البر إن تزوج ابنه من فلانة و يصرح بأنه كان يود أن يوصي بكل ماله في هذه الحال لو لم يكن القانون يمنعه من ذلك، فالقصد هنا مضارة الوارث، وهذا الباعث مناف لمقاصد الشارع فالوصية المشتملة على الضرار مخالفة لما شرعه الله تعالى وما كان كذلك فهو معصية<sup>2</sup>.

و عن ابن عباس - بإسناد صحيح - أن وصية الضرار من الكبائر، فما أحق وصية الضرار بالإبطال من غير فرق بين الثالث وما دونه و ما فوقه، وهذا تطبيقا لقوله - صلى الله عليه و سلم - : "الإضرار في الوصية من الكبائر"<sup>3</sup>، و لا يجب أن يفهم من عدم جواز وصية الضرار بطلانها عندما تكون نية أو قصد المورث الإضرار بالورثة فقط؛ بل أن عنصر الإضرار يتحقق في الحالتين التاليتين :

1- إذا اتجهت نية الموصي إلى الإضرار، أي إذا قصد حرمان ورثته من بعض ماله، كأن يقر بذلك صراحة في الوصية ، أو أن يستخلص ذلك من اشتمال الوصية على شرط يتوقف تنفيذها على تحققه بأن يوصي الشخص بجزء من ماله إذا تصرف وارثه تصرفا معيناً، بينما يرى الإمام مالك أن الوصية إذا كانت مشروعة و في حدود الثالث وكانت لغير وارث فيقتضي العمل بها .

2- كما يتحقق عنصر الإضرار بالرغم من عدم وجود نية الإضرار إذا أوصي بأكثر من ثلث التركة، أو إذا أوصي لأحد الورثة دون باقي الورثة أو أوصي لجهة معصية، فقد فسر القرطبي "غير مضار" من آية الموارث السالفة الذكر أن مدخل الضرر على الورثة بأن تزيد الوصية على الثلث أو بأن يوصى للوارث، ومن ثم جاء تقييد الإيصاء بهذه القواعد.

فلا يشترط الفقه توفر نية الإضرار، بل يكفي تحقق الضرر الأكيد بالنسبة لحقوق الورثة لقوله - صلى الله عليه و سلم - : "إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث".

و عليه فقانون الأسرة بتقييده الوصية خصوصا في عدم إجازته الوصية لوارث يكون قد تماشى مع بعض القواعد الفقهية المشهورة منها "درء المفسد مقدم على جلب المصالح" و "الحكم يتبع المصلحة الراجحة" فهو يحقق المصلحة الراجحة المتمثلة في الإبقاء على كيان الأسرة ووحدها، و الحفاظ على صلوات الرحم بين أفرادها، فهذا يتحقق بعدم جواز الوصية لوارث ؛ حتى لا تنحصر ثروة الموصي كلها في وارث واحد على حساب مبادئ التكافل الاجتماعي و النظام العام الإسلامي في تنظيم تداول الأموال، وتوزيعها بين أكبر عدد

<sup>1</sup> - سورة النساء. من الآية 12 .

<sup>2</sup> - لم يشتمل قانون الأسرة على نص يتعلق بوصية الإضرار مما يتعين معه تطبيق ما جاءت به الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 منه .

<sup>3</sup> - رواه الدارقطني في سننه .

ممكن ممن هو أقرب صلة بالميت من ذوي قرابته، و بذلك كان المشرع الجزائري متماشيا مع الآراء الإجهادية، ومع روح نظام الوصية ، ونظام الإرث الإسلاميين .

## الفرع الثاني :تولي الشرع الخلافة في المال بالتنظيم

من أسباب الملكية الملكية بالخلافة عن المالك، و التي تؤول فيها الملكية من شخص له صلة بالمالك المالك، وذلك لضرورة انتقال ما كان له من أموال وحقوق إلى آخر يعد خليفة له . وهذه الخلافة تثبت بسببين :

- 1- إما بحكم الشارع؛ وهذا في الموارث أين تكون الخلافة بحكم من الشارع، لا بإرادة المورث، بل و حتى من غير إرادة الوارث، لذا قيل أنه لا يدخل شيء في ملك الإنسان جبرا عنه سوى الميراث<sup>1</sup>.
- 2- و قد تثبت هذه الخلافة بإرادة المتوفي؛ وهذا في الوصية فالموصى له يملك ما يوصى به بمقتضى ما صدر عن الموصي، و تسمى بالخلافة الإختيارية ، و الموصى له يبقى دائما قبل هذه الخلافة مختارا . و الأصل أن الشارع هو الذي يتولى أمر الخلافة في مال الميت، و ينظمها حيث جعل الميراث في نطاق الأسرة لا يعدها؛ و هذه لحماية لهذه الأخيرة، و إقامة بنائها، و توثيق العلاقة بين آحادها مما يقوي دعائمها و يوثق الصلات و ينمي التعاون بين أفرادها . و لذا فإن الشريعة الإسلامية سلبت من المورث أمر الخلافة في ثلثي ماله، وهذا لتقسيم المال للأسرة بالقسطاس المستقيم .

والتوزيع العادل الذي تولاه الله سبحانه و تعالى يقوم على أسس ثلاثة هي :

- 1- أنه يمنح الميراث للأقرب إلى المتوفي، ولذا كان أكثر الأسرة حظا في الميراث الأولاد، ومع ذلك يشاركون فيه غيرهم كالأبوين مثلا؛ و هذا لمنع تركيز المال في ورثة معينين، فيكون الإشتراك في المال بدل الإنفراد و الإستثمار .

2- مراعاة الحاجة، فكلما كانت الحاجة أشد كان العطاء أكثر، وهذا هو السبب في أن نصيب الأولاد كان أكثر من نصيب الأبوين مع قوله - صلى الله عليه و سلم - : "أنت ومالك لأبيك" باعتبار أن حاجة الأولاد إلى المال أشد لضعفهم و استقبالهم للحياة . كما أن هذا هو سبب جعل نصيب الذكر ضعف نصيب الأنثى باعتبار أن التكاليف المالية التي تطالب بها المرأة دون التكاليف التي يطالب بها الرجل كالعامل لتوفير القوت أو نفقة الأولاد، و إن الإعطاء على مقدار الحاجة هو العدل، والمساواة عند تفاوت الحاجات هي الظلم<sup>2</sup>.

- 3- إن الشريعة الإسلامية تنجته في تقسيم التركة إلى التوزيع دون التجميع، فلم تجعل وارثا ينفرد بها دون سواه، ولم تطلق يد المورث يختص بها من يشاء، بل وزعتها على عدد من الورثة، وهذا ما يتبين من التوزيع العادل و

<sup>1</sup> - محمد أبو زهرة. أحكام التركات و الموارث. دار الفكر العربي. مصر. ص 5 .

<sup>2</sup> - محمد أبو زهرة. أحكام التركات و الموارث. المرجع السابق. ص 210 .

القائم على أسس منصفة من أمثلتها أن الوارث الذي أدلى إلى الميت بوارث يحجب عند وجود ذلك الوارث تفاديا لجمع التركة في حيز واحد، و غيرها من الأحكام التي تعكس ذلك .

إن قسمة الله العادلة وتوزيعه الحكيم لا يحتم أن يساوي الغني و الفقير، و القادر على الكسب من يعجز عنه، فإذا كان قد وضع أحكام الموارث العادلة على أساس التساوي بين الطبقات باعتبار أنهم سواسية في الحاجة، فإنه بالمقابل منح حق الوصية لكي يتدارك الشخص ما عساه قد يكون فاته في حياته من واجبات مصداقا لقوله - صلى الله عليه و سلم - : "إن الله تبارك و تعالى تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم فضعوه حيث شئتم". لكنه حد حدود الوصية في القدر الذي تجوز فيه و في صفة الموصى له و في الباعث عليها، ولم يترك الأمر فيها لإرادة الموصي المطلقة؛ فإذا جاء المورث فأعطى هذا و منع ذلك فقد غاير قسمة الشارع الحكيم و زاد بعض الأنصبة و أنقص أخرى .

لذا تم رسم حدود الوصية على الوجه الذي لا يسمح بالمساس بحقوق الورثة كما سبق الذكر، و ترك المجال للإيصاء في حدود الثلث فقط و لغير الورثة، إبتغاء عدم المساس بما جاءت به أحكام الشريعة الغراء على الشكل الذي يمس بعدالة الخلافة في المال<sup>1</sup> على إعتبار تولي الشارع الحكيم قسمة التركات و بيان أنصبة الورثة و منح لكل ذي حق حقه في ثلثي التركة لقوله تعالى : "يبين اهل لكم أن تضلوا و الله بكل شيء عليم"<sup>2</sup>.

و في الأخير و بعد توضيح الأسس السابقة الذكر يستخلص أن الشريعة الإسلامية حافظت بذلك على كيان الأسرة باعتبارها وحدة البناء الإجتماعي، إذ انه منذ بداية انحلال الروابط بين أفراد الأسرة يبدأ انحلال المجتمع في الأمة الواحدة، فسلب إرادة المورث في الإيصاء لوارث و كذا في ثلثي التركة لم يكن إلا لحماية الأقربين له، فهي لم تسلب منه إلا ليعطى المال للأسرة بالقسطاس المستقيم، و لكيلا يكون في النفس جفوة المنع والإعطاء إن تولى ذلك المورث .

<sup>1</sup> - فنظام الموارث من النظام العام لا يملك الإنسان الحق في تغييره و تبديله .

<sup>2</sup> - سورة النساء . الآية 176 .

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

إن الشريعة الإسلامية التي هي المصدر الأساسي لقانون الأسرة الجزائري، جعلت للوارث إبان حياة مورثه حقا في ماله يتقيد به حق التصرف بالوصية لوارث آخر أو بمقدار معين لأجنبي على التفصيل الذي سبق بيانه، بل أن المشرع ذهب إلى أبعد من ذلك؛ فأقر بطلان التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو كان برضاه (المادة 2/92 من القانون المدني) كما جرم الإستيلاء على أموال التركة (المادة 1/363 من قانون العقوبات) .

و في بعض الحالات، و رغبة من المورث في حرمان بعض الورثة من حقهم الثابت في الميراث، أو تفضيلا لبعضهم على آخرين، أو رغبة منه في تقسيم تركته حال حياته، فإنه يصبغ على تصرفاته شكل تصرفات منجزة كالبيع أو الهبة وهذا تحايلا على القانون وتهربا من تقييد حريته في الإيضاء . إلا أن هناك قرائن يستخلص منها هذا التحايل أنشأ من خلالها المشرع قرينة قانونية بنص المادة 777 من القانون المدني مثلا ، كما أن المريض مرض الموت وهو يشعر بدنو أجله قد يفضل أحد الورثة أو أجنبيا فيحاييه بتصرف منجز أو مضاف إلى ما بعد الموت، وهذا ما ألحقه المشرع بالوصية . أيضا في العديد من النصوص القانونية - كما سيأتي بيانه في الفصل الثاني - .

وعليه سنحاول فيما يلي توضيح الأسس التي تدخل المشرع بناء عليها في هذا المجال في التصرفات التي يبرمها المورث بصفة عامة في مطلب أول، و بصفة خاصة في تصرفات المريض مرض الموت في مطلب ثان .

### المطلب الأول : الأساس العام الذي تقوم عليه قرينة الإيضاء

لقد أقام المشرع سواء بموجب أحكام القانون المدني أو قانون الأسرة قرائن قانونية مفادها أن بعض التصرفات التي يبرمها الشخص في أمواله تأخذ حكم الوصية، و بالتالي تسري عليها أحكامها، وذلك منعا للتحايل على أحكام القانون الواردة في مجال الوصية، وهذا تدعيما لسلطة القاضي في تكييف التصرفات القانونية .

## الفرع الأول : منع التحايل على أحكام القانون

كثيرا ما يلجأ الأفراد من الناحية العملية إلى وصف تصرفاتهم بأنها تصرفات منجزة كالبيع مثلا أو الهبة، رغم أنها تكون في حقيقتها تصرفات مضافة إلى ما بعد الموت، وهذا ما يعتبر سترا للوصية تحايلا على أحكام القانون الآمرة المقيدة لحرية الإيضاء، و التي سبق الإشارة إليها؛ لأن القصد هنا هو التبرع من ناحية، و إضافة التملك إلى ما بعد الموت من ناحية أخرى، وهي بذلك تحقق كل أهداف الوصية دون أن تتقيد بأحكامها الآمرة<sup>1</sup> فيلجأ الطرفان مثلا إلى إظهار الوصية بمظهر البيع فيذكر في العقد ثمن صوري لا يلتزم المشتري به في حقيقة الأمر، أو يصبغون عليه مظهر الهبة بإبرامه في شكل تصرف منجز، و لكن يحرص على أن تبقى للبائع المزايا العملية للملكية فيحتفظ البائع بحق الإنتفاع بالعين المباعة طول حياته، أو يشترط منع التصرف في العين محل العقد طوال حياة المتصرف، و الواقع أنه لا يجب التقييد في هذا الصدد بما يضيفه الأفراد على تصرفاتهم من أوصاف، وإنما يجب الإعتداد بما يثبت من الناحية الواقعية<sup>2</sup>، و عليه يكون لكل ذي مصلحة كالوارث - بوصفه من الغير - أن يتمسك بالتصرف الحقيقي، و أن يثبت التحايل و قصد التبرع و إضافة التملك إلى ما بعد الموت، و غالبا ما يتم الإثبات عن طريق القرائن القضائية<sup>3</sup>، كأن تستخلص منه نية التبرع من كون المتصرف إليه لم يقبض ثمنا للبيع، أو من عدم جدية الثمن أو عدم قدرة المشتري على دفعه، و كأن تثبت نية إضافة الملك إلى ما بعد الموت من عدم تنفيذ التصرف قبل الوفاة أو من شمول التصرف لكافة ممتلكات المتصرف، أو عدم تسجيل سند التصرف و الإحتفاظ به لدى المتصرف طوال حياته<sup>4</sup>.

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

لذا و تيسيرا من المشرع عبء الإثبات في هذه الحالة، فقد حرص القانون على تقرير قرائن قانونية يستنبط منها إعتبار التصرف وصية، سواء تم في مرض الموت (المواد 776، 408 و 409 من القانون المدني،

<sup>1</sup> - سمير عبد السيد تناغو. عقد البيع. منشأة المعارف الإسكندرية. مصر. ص 29 .

<sup>2</sup> - توفيق حسن فوج. الوجيز في عقد البيع. الدار الجامعية. 1988. ص 23 .

<sup>3</sup> - تنص المادة 340 من القانون المدني: " يترك لتقدير القاضي إستنباط كل قرينة لم يقرها القانون و لا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة" فالقرينة القضائية هي أن يستخلص القاضي من واقعة معلومة نتائج تؤدي إلى إثبات واقعة معينة. للقرينة القضائية عنصران : مادي هو الواقعة التي يختارها القاضي، و معنوي هو الإستنباط، و بالتالي القرينة القضائية هي تحويل للإثبات من محل إلى محل آخر لأن إثبات محل الأول صعب عن طريق الإثبات المباشر. عبد الرحمن مزري. محاضرات في طرق الإثبات في المواد المدنية و التجارية. المعهد الوطني للقضاء. الدفعة الرابعة عشرة. السنة الأولى. 2004/2003.

<sup>4</sup> - أنظر في بعض التصرفات التي كيفت أنها وصايا مستترة لقيام قرائن قضائية من طرف القضاء المصري. عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. المجلد التاسع. المرجع السابق. ص 230 .

و المواد 204 و 215 من قانون الأسرة) أو اقترن التصرف بشروط معينة (المادة 777 من القانون المدني)، و هي قرائن تغني من تقررت لمصلحته عن إثبات أي شيء آخر إذا توافرت شروطها، فالهدف من تقرير هذه القرائن القانونية هو إعفاء الورثة من الإثبات لتحقيق مصلحة عامة هي التضييق على من يحاول التحايل على القانون<sup>1</sup>.

و بالمقابل ، فإن خلو العقد من شروط القرينة القانونية لا يصلح دليلا لنفي الوصية المستترة، و على القاضي التحقق من توافر شروطها على ضوء ظروف الدعوى وملايساتها غير متقيد بما ورد في العقد، حيث يجوز للطاعن إثبات دعواه بطرق إثبات أخرى، وهذا لجواز إثبات التحايل على القانون بكافة طرق الإثبات . و لتوضيح ذلك يجب في هذا المجال التفرقة بين أعمال الدفع بالصورية، و الدفع بالتحايل على نظام الإرث : إذ أن الصورية هي أن يتعمد المتعاقدان إخفاء حقيقة علاقتهما تحت مظهر كاذب، و نجد أمامنا تصرفا ظاهرا يخفي تصرف حقيقيا مختلفا عنه، و له شروط أخرى مستترة هي التي اتجهت إرادة المتعاقدين إليها . أما التحايل على القانون فقد يكون بغير صورية متى كانت شروط العقد ظاهرة غير مستترة كالهبة مع الاحتفاظ بالحيازة والإنتفاع مدى الحياة<sup>2</sup>.

وعليه على الوارث الذي يدعي الصورية عبء الإثبات، إذ أنه يدعي خلاف الظاهر بإعتبار الصورية دفعا مقررًا طبقا للقواعد العامة، و الورثة لا يعتبرون في هذه الحالة من الغير و إنما يستمدون حقهم من مورثهم، فلا يجوز لهم إثبات الصورية إلا بما كان يجوز لمورثهم أن يثبتها به من طرق الإثبات باعتبارهم من الخلف العام .

أما إذا ادعى الورثة وجود وصية مستترة تحايلا على تقييد حرية الإيصاء فإنهم يستمدون حقهم من القانون مباشرة لا من المورث، حماية لهم من تصرفات المورث التي قصد بها التحايل على القانون، باعتبار أن التركة حق مقرر للوارث و أن الوصية لا تنفذ إلا بعد وفاة المورث، و بذلك متى تعدت نصابها مست بالميراث، فهنا يتغير المركز القانوني للورثة من الخلف العام إلى الغير، و بالتالي جاز لهم الإثبات بكافة الطرق دون التقييد بقاعدة عدم جواز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة، على أساس وجود غش أو تحايل على القانون<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر في بعض التصرفات التي كيفت أمها وصايا مستترة لقيام قرائن قضائية من طرف القضاء المصري. عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. المجلد التاسع. المرجع السابق. ص 230 .

<sup>2</sup> - محمد حسنين. عقد البيع في القانون المدني الجزائري. ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر. الطبعة الرابعة. 2005. ص 6، 7.

<sup>3</sup> - مصطفى محمد الجمال. نظام الملكية. منشأة المعارف الإسكندرية. مصر. ص 407 .

## الفرع الثاني : سلطة القاضي في تكييف التصرفات القانونية

في حالة تستر الوصية تحت وصف آخر تظهر جليا سلطة القاضي في تكييف التصرف حماية للورثة، و بالتالي تثار هنا مسألة تفسير وتكييف التصرفات؛ فتكييف القاضي للتصرف يقتضي أولا تفسير إرادة المتعاقدين، وهذا ما هو من صميم عمل القاضي للتعرف على نية المتعاقدين في التوجه إلى إبرام تصرف ما بتطبيق المادتين 111 و 112 من القانون المدني .

و التفسير مسألة موضوعية لا يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا ما دام قد التزم القواعد التي نص عليها المشرع في التفسير، بأن استخلص إرادة المتعاقدين من وقائع حقيقة مطابقة للثابت في أوراق الدعوى وتؤدي فعلا للنتيجة التي استخلصها، إلا أن رقابة المحكمة العليا تنصب على احترامه لقواعد التفسير المنصوص عليها بالمواد 111 و 112 من القانون المدني منها عدم الإنحراف على عبارات العقد الواضحة<sup>1</sup> وقاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين مع استثناء عقود الإذعان. و بعد إستخلاص القاضي إرادة المتعاقدين يسقط عليها حكم القانون من أجل تكييف التصرف و الكشف عن ماهيته، أي إعطائه الوصف القانوني.

و لا تنقيد المحكمة بالتكييف الذي جاء به الأطراف بل تصححه من تلقاء نفسها ، شأن قواعد التكييف في ذلك شأن سائر القواعد القانونية تطبقها المحكمة تلقائيا و لا تطلب عليها دليلا، و عليه إذا تعدد المتعاقدان أن يكتفى بالتصرف تكييفاً غير صحيح بقصد التحايل على القانون و أحكام الميراث بستر الوصية في مظهر تصرف منجز مثلا، فالقاضي يصحح هذا التكييف و يرد على المتعاقدين قصدهما، فالعبرة بالواقع و ليس بما يضيفه الأشخاص، وقد يثبت للقاضي أن العقد وصية، و يستعين في إستجلاء الحقيقة بالظروف الملابسة للقضية و ملف الدعوى و القرائن التي تساعد على ذلك .

و التكييف عملية قانونية يقوم بها القاضي حتى يتمكن من تطبيق أحكام القانون على التصرف، سواء كانت هذه الأحكام أمرة أو مكملة و القاضي في ذلك يخضع لرقابة المحكمة العليا، فهو بصدد مسألة قانونية محضة، لأنه يترتب على التكييف آثار قانونية إذ أنه يطبق القانون على الواقع، و تطبيق القانون من المسائل القانونية<sup>2</sup>.

فآثار تكييف التصرف بأنه وصية تتمثل في تطبيق أحكام الوصية عليه من حيث عدم جواز الإيضاء بأكثر من الثلث، وعدم جواز الإيضاء لوارث و توقف ما خالف ذلك على إجازة الورثة .

<sup>1</sup> - و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية و الموارث بتاريخ 2002/01/16 ملف رقم 278004. المجلة القضائية. العدد الأول 2003. ص 367 : "إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الإنحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين . و عليه فإن القضاء برفض الدعوى الرامية إلى إلغاء عقد الوصية هو قضاء سليم مادام قصد المالك ينصرف إلى توزيع أملاكه على الورثة أثناء حياته" .

<sup>2</sup> - محمد صبري السعدي. شرح القانون المدني الجزائري. النظرية العامة للإلتزامات. العقد و الإرادة المنفردة. ج 1. دار الهدى. الجزائر. الطبعة الثانية. 2004. ص 306

و عليه قضت المحكمة العليا في قرار صادر بتاريخ 2002/04/24 أن على القرار الذي قضى بإبطال عقد هبة في مرض الموت أن يقضي باعتبار العقد وصية و يستفيد منها الموهوب له في حدود ما يسمح بذلك موضوع الوصية<sup>1</sup>.

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

قد تنتاب الشخص حال حياته فترة مرض يغلب فيه هلاكه، و تؤدي به إلى الوفاة فعلا، حيث يشعر خلالها المريض بدنو أجله وهي حالة تعرف فقها و قانونا بمرض الموت، و قد يبرم المريض خلال هذه الفترة تصرفات قانونية سواء لوارث أو لغيره؛ لذا فإن المشرع نظم أحكام هذه التصرفات في مواد متعددة منها المواد 776، 408، 409 من القانون المدني و كذا المادة 204 و غيرها من قانون الأسرة، وذلك حماية لورثة المريض .

لذا يقتضي الأمر بنا أن نوضح مفهوم مرض الموت و من ثم نبين أساس تقييد تصرفات المريض و المتمثل في تعلق حق الورثة بأمواله منذ مرضه .

## الفرع الأول : مفهوم مرض الموت

لم يأت المشرع بتنظيم دقيق لمرض الموت، و لم يبين تعريفه و ماهيته، بل اكتفى بإيراد أحكام التصرفات الصادرة خلاله في مواد القانون المدني و قانون الأسرة .  
و لذلك فالمرجع في تعريفه هو أحكام الشريعة الإسلامية إعمالا للمادة الأولى من القانون المدني في فقرتها الثانية التي تحيل على أحكام الشريعة الإسلامية فيما لا يوجد في حكمه نص، و المادة 222 من قانون الأسرة باعتبار مرض الموت من مسائل الأحوال الشخصية .

فبالرجوع للفقهاء الإسلامي فقد وردت العديد من التعريفات منها : "مرض الموت هو الذي يغلب فيه خوف الموت ، و يعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجا عن داره إن كان من الذكور، وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث و يموت على ذلك الحال قبل مرور سنة، سواء كان صاحب فراش أو لم يكن"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - قرار المحكمة العليا. الغرفة العقارية. الصادر بتاريخ 2002/04/24. ملف رقم 229397. المجلة القضائية. العدد الثاني 2002. ص 387.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. العقود التي ترد على الملكية-البيع و المقايضة- المجلد الرابع. دار إحياء التراث العربي. لبنان. ص 313



و يعرفه البعض أنه المرض الذي يتحقق فيه أمران أحدهما أن يكون مرضا من شأنه أن يحدث الموت غالبا، و ثانيهما أن يموت الشخص بالفعل موتا متصلا به<sup>1</sup>.

و التعريف السائد لمرض الموت في الفقه الإسلامي هو أنه "المرض الذي يغلب فيه الهلاك ويعجز الشخص عن القيام بمصالحه، و يتصل به الموت فعلا، ولو كان المريض قد توفي لسبب آخر كحادث مثلا ما دامت وفاته قد وقعت في أثناء هذا المرض".

و بالرغم من اختلاف هذه التعريفات في عباراتها و تضارب ظواهرها، إلا أن هذا الإختلاف إنما يدور حول الأمارات و الأوصاف الظاهرة التي يتبين بها مرض الموت، و لكن المعنى المقصود في مرض الموت هو أن يكون المريض في حال يغلب فيها الهلاك و يتوقعه، و تكون تصرفاته لخوف الموت المرتقب<sup>2</sup>، و يؤخذ مما تقدم أن هناك شروطا ثلاثة ليكون المرض مرض موت من شأنها أن تقيم في نفس المريض حالة نفسية هي أن أجله قد دنا، و أنه مشرف على الموت، وهذه الشروط هي كالآتي<sup>3</sup>:

1- أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه :

ومفاد هذا الشرط أنه يجب أن يجعل المرض المريض عاجزا على قضاء مصالحه العادية المألوفة، وهي المصالح التي من العادة أن يقوم بها و هو في صحته كالعامل و التسوق ، وكذا عن قضاء الحوائج المنزلية إذا كان المريض من الإناث.

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

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

2- أن يغلب في المرض خوف الهلاك :

إضافة إلى الشرط الأول فإنه يجب أن يغلب على المرض خوف الموت، لأنه ليس كل مرض يغلب فيه الهلاك، فتستبعد الأمراض التي يشفى منها المريض عادة والأمراض البسيطة حتى و إن أقعدت المريض عن قضاء مصالحه أو أدت به إلى الوفاة، لأن هذه الأمراض لا يغلب فيها الهلاك، وإنما يغلب فيها الشفاء فتأخذ

<sup>1</sup> - محمد أبو زهرة. أحكام التركات و الموارث. المرجع السابق. ص 7 هامش 1 .

<sup>2</sup> - محمد بن أحمد تقيّة. دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية و القانون المقارن. الديوان الوطني للأشغال التربوية. الجزائر. 2003. ص 114 .

<sup>3</sup> - و قد أكدت المحكمة العليا ضرورة توافر هذه الشروط : "... و لما كان ذلك فإن القرار صدر موافقا للقانون متى بين في أسبابه أن الموكل كان حين عقد الهبة مريضا بالسرطان كما هو ثابت من المستندات و هو مرض يغلب فيه الهلاك و قد دخل المستشفى في ... و قد لازمه حتى مات به في ... و لما كان ذلك فإن الموكل لا يستطيع أن يؤدي بنفسه العمل الذي وكل فيه". قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية و الموارث الصادر بتاريخ 2001/02/21 ملف رقم 256869. المجلة القضائية. العدد الثاني. 2002 . ص 428 .

تصرفاته في هذه الحالة حكم حالة الصحة، كما تستبعد أيضا الأمراض المزمنة إذا طالت بحيث يطمئن المريض إلى ابتعاد خطر الموت العاجل.

فيجب ليعتبر المرض مرض موت أن يكون مرضا خطيرا من الأمراض التي تنتهي عادة بالموت، أو أن يبدأ المرض بسيطا ثم يتطور حتى تصبح حالة المريض سيئة يخشى عليه فيها الموت .  
و من بين الأمراض التي يغلب فيها الهلاك السرطان إذا أصاب مناطق أو أجزاء حساسة من الجسم، ومرض السيدا، وكذا مرض السل وغيرها .

و إذا كان هذا الشرط يغني عن الشرط الأول، فقد اختلف الرأي في الفرضية العكسية أي إذا غلب على المرض خوف الموت و لكنه لم يقعد المريض عن قضاء مصالحه ؛ فيذهب البعض إلى أن ذلك يكفي لاعتبار المرض مرض موت و يذهب اتجاه آخر إلى أنه يجب توافر الشرطين معا، لأن الأصل هو أن يغلب في مرض خوف الموت أما قعود المريض عن قضاء مصالحه فهي العلامة المادية التي تشعر المريض بأن المرض يتهدهده بالموت، و تغني عنها أي علامة آخر تنبئ بهذا الشعور .

3- أن ينتهي المرض بالموت فعلا :

أي أن يعقب الموت المرض مباشرة بحيث لا يفصل بينهما فترة صحة<sup>1</sup>، وهذا سواء كان الموت بسبب المرض نفسه أو بسبب آخر كالموت حرقا أو غرقا، فإذا تصرف شخص في ماله أثناء مرض أقعده عن قضاء مصالحه، و غلب فيه خوف الموت كان تصرفه معتادا به حال حياته فإذا انتهى بالموت جاز الطعن فيه على أساس أنه تم في مرض الموت، أما إذا برىء منه كان حكم تصرفه هو حكم تصرف الأصحاء .

و يتجه الرأي الغالب في الشريعة الإسلامية إلى أنه يشترط وفاة المريض قبل سنة من بدء المرض<sup>2</sup>، أما إذا مضى أكثر من هذه المدة على بدء المرض و لم يممت المريض لم يعتبر مريضا مرض موت ولو كان المرض من الأمراض المزمنة، لأن القاعدة في هذه الأمراض أنها لا تعتبر للوهلة الأولى مرض موت إذا طالت دون أن تشتد بحيث يطمئن المريض إلى أنه لم يعد هناك خطر داهم و لم يعد يغلب خطر الموت العاجل، لكن إذا اشتد المرض و ازداد و ساءت حالة المريض حتى أصبحت تنذر بدنو أجله و انتهت بالموت فعلا فيعتبر مرض موت من الوقت الذي اشتد فيه حتى و لو بقي مشتدا أكثر من سنة، و لم يممت إلا بعد انقضائها وهذا لتولد الشعور في نفسه بأنه مهدد بالموت في أي وقت .

<sup>1</sup> - خليل أحمد حسن قداد. الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري. ج 4 عقد البيع. ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر. طبعة 2001. ص 246 .

<sup>2</sup> - يكتفي البعض بأن يطول المرض مدة كافية لتولد الشعور لدى المريض بأنه لم يعد معرضا لخطر الموت العاجل سواء طال المرض لأكثر من سنة أو أقل .

و يلاحظ أن المحكمة العليا لم تأخذ بشرط وفاة المريض خلال سنة و يستنتج ذلك من قرارها الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1993/11/23<sup>1</sup>.

و لأن المناط في وضع الأحكام المتعلقة بالمريض مرض الموت هو خوفه من الهلاك فقد ألحق بالمريض كل الأصحاء الذين يكونون في أحوال تجعلهم يتقبون الموت لشعورهم بدنو الأجل، حيث تأخذ تصرفاتهم حكم تصرفات المريض مرض الموت كالمقاتل إذا التحمت الطائفتان و لم تستبن الطائفة القاهرة و الطائفة المقهورة<sup>2</sup>، و المحكوم عليه بإعدام الذي ينتظر التنفيذ، ومن ركب البحر وكان على متن سفينة أشرفت على الغرق، والمحبوس إذا عرف الأسر بقتل المحبوسين، ومن داهمه حريق لا سبيل للنجاة منه، ومن عقد عزمه على الإنتحار... إلخ .

و بالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا المتعلقة بالتصرفات في مرض الموت فإن العديد منها يشير إلى وقوع التصرف في مرض الموت دون إعطاء تعريف دقيق له<sup>3</sup> باستثناء بعض القرارات، كالقرار الصادر بتاريخ 1984/07/09 حيث قضت أنه : "من المقرر فقها و قضاء أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا و يجر إلى الموت و به يفقد المتصرف وعيه و تميزه"<sup>4</sup>.  
غير أنه يؤخذ على هذا التعريف أنه يخرج عن الإطار الذي رسمه فقهاء الشريعة الإسلامية لمرض الموت من حيث كونه لا يؤثر على أهلية المريض و تمييزه .

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

إضافة إلى الأسس العامة لتقييد تصرفات المورث و اعتبارها وصية في بعض الحالات و التي سبق ذكرها، فإن علة تقييد التصرفات الصادرة في مرض الموت ترجع إلى منع الإضرار بالورثة لتعلق حقهم بأموال المريض من وقت المرض ، لكي يحصل الورثة على حقهم في الثلثين من التركة؛ فمن المقرر 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، و لما كان المرض الذي أفضى إلى الموت هو سببه العادي ثبت حق الورثة من وقت حدوث ذلك المرض لأن الحقوق و الأمور تضاف إلى أسبابها، و بالتالي يثبت حق الخلافة لهم من نزول المرض به، فالمريض بحلول مرض الموت به يكون في حالة نفسية تجعله يعتقد دنو أجله، وهو بذلك إذا تبرع

<sup>1</sup> - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1993/11/23 ملف رقم 96675. الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية. عدد خاص 2001. ص 302 .

<sup>2</sup> - محمد أبو زهرة. الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية. دار الفكر العربي. مصر. ص 316 .

<sup>3</sup> - من بين هذه القرارات القرار الصادر بتاريخ 1993/11/23 ملف رقم 96675. و القرار الصادر بتاريخ 1998/06/16 ملف رقم 197335. و القرار الصادر بتاريخ 1999/03/16. ملف رقم 219901 المنشورين بمجلة الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية. عدد خاص 2001 ص 281 ، 302 ، 287 .

<sup>4</sup> - قرار المحكمة العليا. غرفة الأحوال الشخصية الصادر بتاريخ 1984/07/09 ملف رقم 33719. المجلة القضائية. العدد الثالث 1989 .

بماله أو تصرف فيه فإنما يقصد أن ينقل هذا المال إلى غيره بعد موته لا في المدة المحددة القصيرة التي تقدر له الحياة فيها، و لا يستطيع الشخص أن ينقل ماله بعد موته بتصرف إرادي إلا إذا كان عن طريق الوصية .  
و مهما يكن وجه تعلق حق الورثة في الخلافة حال مرض الموت فإنه من المتفق عليه أن ذلك الحق ثابت، و لكن يثير الفقهاء اختلافا في تكييف هذا الحق، حيث يذهب فريق إلى اعتباره حق ملكية كامل يثبت بمجرد المرض، و يذهب آخرون إلى اعتبار أن حق الملكية يكون لهم عند الموت و لكن يستند إلى وقت بدء المرض ، كما يذهب البعض الآخر إلى اعتبار أن حق الورثة عند المرض ليس بحق ملكية بل هو حق خلافة أو إرث .

و مهما يكن فإنه حق يقيد من تصرفات المريض، إلا أنه يجب التفرقة هنا بين الحقوق التي تتعلق بمال المريض؛ فهي مرتبة في الإخراج كما يلي<sup>1</sup>:

- حق المريض نفسه الذي يتعلق بقضاء مصالحه، وحاجاته الأصلية كالنفقة على نفسه و على من تلزمه نفقته و أجرة الطبيب، و ثمن الدواء، ونحو ذلك ، فإن هذه التصرفات جائزة و تخرج عن دائرة المنع .  
- حق الدائن إذا كان على المريض دين، وهو يتعلق بكل المال إن كان مستغرقا له، أو ما يساويه من أموال إذا كان غير مستغرق .

- حق الورثة و يتعلق بثلثي مال المريض الخالي من الديون .

وتجدر الإشارة هنا إلى أن المريض مرض الموت أثناء مرضه ليس لأحد عليه من سلطان، و إنما ينظر في تصرفاته بعد وفاته، فإن كانت تمس بحق الورثة كان لهم الاعتراض عليها دون أن يكون ذلك في حياته، لأن المرض لا يعد مرض موت إلا إذا اتصلت به الوفاة فعلا، و لا يمكنهم الاعتراض قبل تحقق السبب المنشئء للحق .

و اعتمادا على ما سبق فإن تقييد تصرفات المريض مرض الموت لا يرجع إلى نقص أو انعدام أهليته، و لا إلى عيب في إرادته؛ فالمريض مرض الموت لا يفقد أهليته و لا تنقص هذه الأهلية فما دام حيا محتفظا بقواه العقلية فإن أهليته كاملة إلى آخر لحظة من حياته ، باعتبار أن مرض الموت ليس من أسباب نقص الأهلية أو فقدها، و ليس عيبا يشوب الإرادة طبقا لأحكام القانون المدني، أما إذا حدث أن أفقد المرض تمييز المريض فإن تصرفاته هنا تخضع للأحكام العامة في القانون المدني و بالتالي تكون باطلة .

وما يلاحظ هنا أن المشرع اعتبر في الفقرة الثانية من المادة 408 من القانون المدني أن البيع في مرض الموت إذا تم للغير فإنه يكون قابلا للإبطال ، و بالرجوع إلى النسخة الفرنسية لها نجد أنها تعتبر البيع في هذه الحالة بدون تراض " sans consentement "، وهذا ما يستشف منه أخذ المادة بأن مرض الموت عارض من عوارض الأهلية أو عيب في الإرادة، كما أن المحكمة العليا اعتمدت نفس الموقف الغريب بموجب القرار الصادر

<sup>1</sup> - أحمد فراج حسين. الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية. الدار الجامعية. لبنان. ص 236 .

عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1984/07/09 السابق الذكر، و الذي خالف المبادئ و القواعد الفقهية المستمدة من الشريعة الإسلامية حينما اعتبر أن مرض الموت يفقد المتصرف وعيه وتمييزه، وهذا لا يستقيم بما أن أهلية المريض مثل أهلية الصحيح تماما للأسباب التالية :

- إذا اعتبرنا المريض مرض الموت ناقص الأهلية فإن كل تصرف ضار ضررا محضاً صادر عنه يكون باطلا مطلقاً، فإذا سلمنا بذلك تكون تصرفاته التبرعية باطلة بطلانا مطلقاً، وهذا ما لم يقل به أحد ، كذلك الأمر إذا اعتبرناه عدم التمييز فإن كل تصرفاته تكون باطلة بطلانا مطلقاً .

- إذا اعتبرنا تصرفه باطلا بطلانا مطلقاً فإنه لا يحق للورثة أن يجيزوا تصرفاً تبرعياً لمورثهم على أساس أن الإجازة لا تلحق العقد الباطل بطلانا مطلقاً، بينما للورثة حق إجازة الوصية التي تتجاوز الحدود المقررة قانوناً .  
- إن نقص أو فقد الأهلية يرجع قانوناً إلى عارض من عوارض الأهلية أو عيب في الإرادة و لم يقل أحد أن المريض مرض الموت به عيب من هذه العيوب أو عارض على الأهلية .

و بالرغم من هذه الإنتقادات فإنه يستشف من قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1992/10/27 أن هذه الأخيرة بقيت متمسكة بموقفها، بل أكثر من ذلك إعتبرت المريض مرض الموت غير سليم العقل حيث جاء فيه : "تعتبر الهبة في مرض الموت و الحالات المخيفة وصية لأنه يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل وقت إبرام أو تحرير الهبة . و أن إبطال الهبة المحررة بواسطة الوكيل في مرض الموت هو تطبيق سليم للقانون لعدم تحقيق ما تقتضيه أحكام المادتين 203 و 204 من قانون الأسرة"<sup>1</sup> .

---

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

## الفصل الثاني

التصرفات الساترة للوصية

وأحكامها

## الفصل الثاني: التصرفات الساترة للوصية و أحكامها

قد يلجأ الشخص خلال مرض موته إلى إضفاء صفة المعاوضة على تصرفه الذي قصد به التبرع، و أكثر من ذلك فقد يعمد عند تمتعه بكامل صحته إلى خلع ثوب تصرف منجز حال الحياة على تصرف في حقيقته مضاف إلى ما بعد الموت بأن يتصرف لأحد ورثته أو لغيره و يستثنى بطريقة ما الإنتفاع بالشيء وحيازته مدى حياته، وكل هذه التصرفات إنما تكون تحايلا على أحكام القانون المقيدة لحرية الإيضاء كما سبق الذكر.

لذا و اعتمادا على الأسس السابق بيانها فإن المشرع أقام قرائن قانونية حماية لمصلحة عامة بهدف صد التحايل على القانون من جهة، و حماية لحقوق الورثة من جهة أخرى و هذا سواء تعلق الأمر بالتصرفات المبرمة في مرض الموت أو بالتصرف لوارث مع الإحتفاظ بحيازة العين و الإنتفاع بها مدى الحياة .

و على نحو ما تقدم نعالج الفصل الثاني على مبحثين، نخصص الأول لدراسة التصرفات في مرض الموت، بتوضيح الحكم العام لها الوارد بالمادة 776 من القانون المدني إضافة إلى تحديد قواعد الإثبات المتعلقة بها، ثم دراسة أحكام بعض التصرفات في مرض الموت التي عاجلها المشرع بنصوص خاصة .  
كما نخصص المبحث الثاني لدراسة قرينة التصرف لوارث مع الإحتفاظ بالحيازة و الإنتفاع مدى الحياة الواردة بنص المادة 777 من القانون المدني، و ذلك بتوضيح شروط تطبيقها أولا ثم التعرف على أحكامها و قواعد الإثبات المتعلقة بها .

## المبحث الأول: تصرفات المريض مرض الموت

لقد أورد القانون المدني نصا يقرر الحكم العام في تصرفات المريض مرض الموت أيا كان هذا التصرف و يتمثل هذا النص في المادة 776 منه ، و باعتبار تجرد الحق من قيمته إذا عجز صاحبه عن إثباته أمام القضاء فإن هذه التصرفات قد أحيطت بقواعد محددة في إثباتها سواء بنص هذه المادة أو غيرها .  
إلا أن المشرع لم يكتفي بذلك فخص بعض التصرفات المبرمة في مرض الموت بقواعد خاصة بها كالبيع في المادتين 408 و 409 من القانون المدني، أو الهبة في المادة 204 من قانون الأسرة .  
و بالرغم من أن المشرع لم يوضح بصفة صريحة أحكام بعض التصرفات الأخرى التي تؤثر على حقوق الورثة شأنها شأن البيع و الهبة إلا أنه يمكن استخلاص أحكامها من خلال إلحاقها بالحكم العام ، وكذا من خلال تحليل بعض النصوص القانونية و قرارات المحكمة العليا المتعلقة بها فنتطرق إلى أهمها و هي الوقف ، و الإبراء ، و الإقرار .

بناء على ما سبق سنفصل في المطلب الأول الحكم العام للتصرف في مرض الموت بتوضيح شروطه و أحكامه وقواعد الإثبات المتعلقة به، كما نوضح في المطلب الثاني الأحكام الخاصة لبعض التصرفات الأخرى .

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

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

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

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

على هذا الأساس سنبين في الفرع الأول شروط أعمال المادة 776 من القانون المدني و النتيجة المترتبة عنها أي خضوع التصرف لحكم الوصية، و في الفرع الثاني نوضح قواعد الإثبات المتعلقة بها.



## الفرع الأول : شروط إعمال المادة 776 من القانون المدني وحكمها

إن التصرف الصادر عن المورث في مرض الموت و يكون القصد منه التبرع يعتبره القانون وصية مستترة، و تسري عليه أحكام الوصية حماية للورثة (1)، وهذا بتوفر الشرطين التاليين :

### أولاً : أن يتم التصرف في مرض الموت

فيشترط أن يبرم التصرف خلال مرض الموت والذي سبق تحديد مفهومه، و يتضح من خلال مصطلح "كل تصرف قانوني" شمول حكم المادة لكل تصرف صادر في مرض الموت أيا كانت التسمية التي أعطيت له من تبرعات ومعاضات؛ فهذا النص يتصف بالعمومية، وعليه تخرج من مفهوم هذه المادة التبرعات والهبات المنحزة التي يبرمها الشخص حال حياته وصحته، فلا معقب للورثة علة المتصرف لانتفاء على الإضرار .

و حتى يستفيد الورثة من أحكام هذه المادة، فإن عليهم أن يثبتوا أن التصرف وقع في مرض الموت، فعبء الإثبات يقع عليهم و ذلك طبقاً للفقرة الثانية من المادة 776 و التي تضيف أن لهم إثبات ذلك بكل الطرق أي بما فيها البيئة و القرائن باعتبار أنهم بصدد إثبات واقعة مادية .

حيث يجوز لهم إثبات مرض الموت بالشهادات الطبية و تقارير الخبراء و الأطباء و غيرها من القرائن المستخلصة من ظروف المرض... إلخ، كما يجوز لهم إثبات صدور التصرف خلال المرض بكافة الطرق كالبيئة مثلاً و غيرها .

إضافة إلى ذلك فإن الوارث ينتقل إلى حكم الغير في هذا المجال وهذا ما نوضحه بالتفصيل عند الحديث عن قواعد الإثبات في الفرع الثاني .

### ثانياً : أن يكون التصرف بقصد التبرع

من المحتمل أن يكون التصرف الصادر عن المورث في مرض الموت معاوضة لا تبرعاً، كأن يثبت بأن المورث قد قبض مقابلاً لما تصرف، و أكثر ما يكون ذلك في عقد البيع - فلا تطبق المادة 776 من القانون المدني بل تسري أحكام البيع في مرض الموت - لكن من النادر أن يكون التصرف معاوضة حيث يكون في غالب الأحيان بنية التبرع، و عليه إذا انطوى التصرف صراحة على معنى التبرع فلا صعوبة في الأمر و تسري عليه أحكام الوصية طبقاً للمادة 776 من القانون المدني، ومنها الهبة، و الإبراء و غيرها من التصرفات التبرعية، لكن يطرح الإشكال في التصرفات المستترة أي التي تكون في ظاهرها معاوضة تخفي تصرفاً تبرعياً وعليه إذا ادعى الورثة أن التصرف الصادر عن مورثهم تبرع فإن عبء إثبات ذلك لا يقع عليهم - كما هو ثابت في إثبات وقوع التصرف في مرض الموت - و إنما متى ثبت صدور التصرف في مرض الموت كان ذلك قرينة على نية التبرع .

## خضوع التصرف لحكم الوصية

متى ثبت توافر الشرطين الواردين بالمادة 776 من القانون المدني وهما صدور التصرف في مرض الموت وكون التصرف تبرعياً سرت على هذا التصرف أحكام الوصية حيث تنص هذه المادة على أن: "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر مضافاً إلى ما بعد الموت و تسري عليه أحكام الوصية..."

و عليه فإن الوارث ينتقل من صفة الخلف العام إلى صفة الغير من حيث نفاذ التصرف عليه، لا من الغير من حيث ثبوت التاريخ الذي يبقى حجة عليه حتى يثبت عدم صحته .

و بالتالي يستفيد الورثة بما هو مقرر لهم من تقييد حرية الإيضاء و التي سبق بيانها في المبحث الأول من الفصل الأول و التي نجملها في أنه لو تم التصرف لوارث فإنه لا يجوز و لا ينفذ، و يبقى متوقفاً على إجازة الورثة من غير التقييد بالنصيب المتصرف فيه وهذا طبقاً للمادة 189 من قانون الأسرة: "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي"، أما إذا كان التصرف لغير وارث فإنه يكون صحيحاً و نافذاً في ثلث التركة، وما زاد عنه يتوقف على إجازة الورثة تطبيقاً للمادة 185 من قانون الأسرة .

و بالتالي فالقاضي يحكم باعتبار التصرف وصية و بتقييده بأحكام الوصية تبعاً لكل نزاع على حدة، و قد جاء في قرار للمحكمة العليا صادر بتاريخ 2002/04/24: "أن القضاء بإبطال هبة في مرض الموت دون مراعاة المبدأ القانوني الذي يقرر بأن الهبة في مرض الموت تعتبر وصية و يستفيد منها الموهوب له في حدود ما يسمح بذلك موضوع الوصية يعد مخالفة للقانون" (1)، و يستخلص من ذلك أن على القاضي أن يبين في حكمه أن التصرف قد ألحق بحكم الوصية و يطبق عليه أحكامها .

وما يلاحظ أن أغلب قرارات المحكمة العليا المتعلقة بالتصرفات في مرض الموت تقضي ببطلان التصرف في مرض الموت على الرغم من أن أحكام المادة 776 من القانون المدني و المادة 204 من قانون الأسرة لا تنص على بطلانه بل بإلحاقه بالوصية فقط، و البطلان لا يكون إلا للأسباب التي يقرها القانون كالعيب في الإرادة أو نقص أو انعدام الأهلية، باستثناء ما تنص عليه المادة 408 من القانون المدني التي تشير مشاكل عديدة سيأتي بيانها بالتفصيل .

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

من الناحية العملية لا وجود للحق مجردا من دليل إثباته عند المنازعة فيه، فهو و العدم سواء<sup>1</sup> ، و يجب أن يثبت للقاضي عناصر و شروط الحق حتى يحكم به، لذا وجب لإعمال أحكام المادة 776 من القانون المدني و استخلاص القرينة الواردة بها أن يثبت للقاضي وجود مرض موت، إضافة إلى توافر الشرطين السالفين الذكر، و عليه يجب تحديد طرق الإثبات التي يجوز الإعتماد عليها، إضافة إلى تحديد الطرف الذي يقع عليه عبء الإثبات في كل ذلك .

### أولا : إثبات مرض الموت

مرض الموت حالة مرضية يغلب فيها الهلاك على الشخص و تتصل به الموت فعلا من شروطه فعود المريض عن قضاء مصالحه و غلبة الموت فيه و انتهائه بالموت فعلا .

و كل هذه الشروط موضوعية حيث تقيم في نفس المريض حالة نفسية بأنه مشرف على الموت، فيجب الوقوف عند الضوابط الموضوعية و الاستدلال بما على الأمور الذاتية؛ فالقاضي يستخلص من هذه العلامات المادية أن المريض كان يتصرف تحت تأثير الحالة النفسية<sup>2</sup> و يعتبر من خلالها في حكم المريض مرض الموت .

و تبعا لذلك فإن مرض الموت واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات بما في ذلك البينة و القرائن حيث يستخلصها قاضي الموضوع من ظروف الدعوى وملابساتها، و قد أكدت المحكمة العليا ذلك في قرارها الصادر بتاريخ 1998/06/16 بقولها : "...إضافة إلى أن مرض الواهب هو حالة مادية ظاهرة لا يمكن إخفاؤها و يجوز إثباتها بشهادة الشهود زيادة على الشهادات الطبية المحتج بها..."<sup>3</sup>

و القاضي عند تقديره لمرض الموت لا يخضع لرقابة المحكمة العليا، وإنما تنصب رقابة المحكمة العليا على التسبيب الذي جاء به الحكم في ذلك، و العناصر التي اعتمد عليها لاعتبار المرض مرض موت، فتتأكد من توصل القاضي لذلك اعتمادا على أسباب سائغة و قانونية، كما تتأكد من توافر شروط مرض الموت التي سبق بيانها<sup>4</sup> .

<sup>1</sup> - عبد الرحمن ملزي. المرجع السابق.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. المجلد الرابع. المرجع السابق. ص 314.

<sup>3</sup> - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1998/06/16. ملف رقم 197335. الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية. عدد خاص 2001. ص 281 .

<sup>4</sup> - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1990/08/14 ملف رقم 64311. غير منشور: "حيث أن تقدير حالة إبرام بيع في مرض الموت يدخل في إطار سلطة قضاة الموضوع التقديرية ماداموا أسسوا حكمهم على أسباب سائغة". عمر بن سعيد. الإجتهد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني. دار الهدى . الجزائر. ص 257 .

ومن بين أهم أدلة إثبات مرض الموت الشهادات الطبية الدالة على حالة المريض في أواخر أيامه بعد اللجوء إلى أهل الخبرة، حيث أشارت إليها المحكمة العليا في العديد من قراراتها كالقرار الصادر بتاريخ 1999/03/16: "حيث أن الطاعن قد أثبت أن الهبة موضوع النزاع قد وقعت في مرض الموت سواء من ملاحظة الموثق نفسه في عقد الهبة أو من التقرير الطبي المؤرخ في ... "1 و كذا القرار الصادر بتاريخ 1998/06/16<sup>2</sup>، إضافة إلى التحقيق الذي تجريه المحكمة بسماع الشهود مثلا حول الحالة الصحية للمتوفي خلال إبرامه التصرف... إلخ .

و يقع عبء إثبات مرض الموت على الورثة الذين يطعنون في تصرف مورثهم باعتبار أن ذلك مقرر لمصلحتهم .

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

- فبالنسبة لإثبات الشرط الأول المتمثل في ضرورة صدور التصرف في مرض الموت فإن عبء إثبات ذلك يقع على الورثة، ولهم ذلك بجميع الطرق بما فيها البينة و القرائن، لأنهم يثبتون واقعة مادية . و بناء على مبدأ نسبية آثار العقد فإن هذا الأخير تصرف إلى المتعاقدين و خلفهما العام تأسيسا على أحكام المادة 108 من القانون المدني التي تنص : "ينصرف العقد إلى المتعاقدين و الخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل، أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث"، و القاعدة العامة أن يعتبر الورثة خلفا عاما للمورث، لكن يقصد بعبارة "مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث" عدم سريان تصرفات المورث إذا أبرمها في مرض الموت في حق الورثة، و اعتبارها وصية؛ حيث يعتبرون في هذه الحالة من الغير في مواجهة هذه التصرفات، كما سبق توضيحه .

و لكن الورثة لا يعتبرون من الغير بالنسبة لمسألة ثبوت تاريخ المحرر العرفي الذي يصدر عن مورثهم بمفهوم المادة 328 فقرة 1 من القانون المدني التي تنص على أنه : "لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت" باعتبار أن القاعدة العامة هي أن الورثة يعتبرون خلفا عاما لمورثهم، ولذا يسري عليهم ما كان يسري في حقه، ومن ثم يكون تاريخ الورقة العرفية المثبتة للتصرف الصادر عنه حجة عليهم كما كان حجة على مورثهم .

و يكتسي تاريخ التصرف القانوني الصادر عن المورث المريض أهمية بالغة بالنسبة لتحديد آثار هذا التصرف على الورثة و الطعن في صحة هذا التاريخ المدون على السند المثبت للتصرف المطعون فيه بالنظر إلى

<sup>1</sup> - قرار للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 1999/03/16. ملف رقم 219901. و القرار الصادر بتاريخ 1998/06/16. ملف رقم 197335. الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية. عدد خاص 2001. ص 287، 281 .

<sup>2</sup> - قرار للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 1999/03/16. ملف رقم 219901. و القرار الصادر بتاريخ 1998/06/16. ملف رقم 197335. الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية. عدد خاص 2001. ص 287، 281 .

بداية المرض و الوفاة ، و لعل من الثابت عمليا أن السلف المورث لتفادي أحكام القانون الآمرة و التقييدات الواردة على أحكام تصرفات المريض مرض الموت، غالبا ما يعمد إلى تقديم تاريخ تصرفه الماس بحق السلف، و يجعله سابقا على المرض حتى ينصرف أثره إلى الخلف و يحتج عليهم بالمحرر الذي تضمنه .

و عليه إذا ادعى الورثة بأن المحرر العرفي الذي يحمل تاريخ ا معيننا لا يحمل التاريخ الحقيقي للأسباب السابقة الذكر، فيجب عليهم هنا أن يثبتوا أن التاريخ قد تم تقديمه عمدا، و أن التاريخ الحقيقي لصدور المحرر يقع في وقت كان فيه المورث مريضا مرض موت فقدم التاريخ ليخفي هذه الحقيقة، وهم في ذلك غير مقيدين بطرق إثبات معينة لأن تقدم التاريخ على هذا النحو غش، و الغش يجوز إثباته بكافة الطرق<sup>1</sup> باعتباره واقعة مادية . و استنادا إلى ما سبق فإن الفقرة الثانية للمادة 776 من القانون المدني قد جانبت الصواب بنصها على أنه: "ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا" باعتبار أن هذا التاريخ حتى و لو يكن ثابتا يحتج به على الورثة، و إنما لهم إثبات عكسه كما سبق الذكر .

و حسب الأستاذ عبد الرزاق السنهوري فإنه قد يستخلص من الفقرة الثانية من المادة 776 أن المشرع قصد بها 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، و لكن هذا بديهي فلا ضرورة لإيراد حكم خاص به، فكل شخص يكون التاريخ العرفي حجة عليه - و لو كان المتعاقد نفسه - يستطيع إثبات عدم صحة هذا التاريخ<sup>2</sup>.

و لا يثور الإشكال المتعلق بتاريخ التصرف على الإطلاق إذا ورد العقد في محرر رسمي باعتبار أن ما ورد فيه حجة على الكافة حتى يثبت تزويره طبقا للمادة 324 مكرر 5 من القانون المدني، وكذلك الأمر إذا ورد العقد في محرر عرفي و أصبح له تاريخ ثابت بإحدى الحالات المنصوص عليها في المادة 328 من نفس القانون بحيث يكون حجة حتى على الغير .

- أما بالنسبة لإثبات الشرط الثاني المتمثل في أن يكون التصرف في مرض الموت بقصد التبرع فإن عبء إثبات أن التصرف الصادر من المورث قد قصد به التبرع لا يقع على الورثة - عكس ما هو ثابت أن الورثة يقع عليهم عبء إثبات الشرط الأول - فالمشرع هنا وقوفا في وجه التحايل خفف العبء بأن أقام قرينة قانونية لصالح الورثة<sup>3</sup> جاءت بالفقرة الثالثة من المادة 775 من القانون المدني ونقل بها محل الإثبات إلى واقعة أخرى يسهل عليهم إثباتها بحيث أنهم إذا أثبتوا صدور التصرف في مرض الموت اعتبر صادرا على سبيل التبرع

<sup>1</sup> - عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. المجلد التاسع. ص 223.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق السنهوري. نفس المرجع. ص 224.

<sup>3</sup> - "القرينة القانونية هي قاعدة يعنى بها المشرع المدعي في ظروف معينة من القيام باثبات دعواه كلا أو بعضا". يحى بكوش. أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي. دراسة نظرية و تطبيقية مقارنة. المؤسسة الوطنية للكتاب. الجزائر. الطبعة الثانية. ص 357.

و اعتبر الورثة من الغير فلا يسري في مواجهتهم تصرف مورثهم إلا في حدود الثلث، وإذا لم يقوموا بإجازة ما زاد عنه كان لهم تتبع العين تحت يد المتصرف إليه لاستيفاء نصيبهم المتمثل في الثلثين.

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

ولكن هذه القرينة ليست قاطعة<sup>1</sup>، وإنما هي قرينة قانونية بسيطة قابلة لإثبات العكس، فيجوز للمتصرف إليه أن يدحضها بأن يثبت أن التصرف ليس تبرعا، وإنما كان على سبيل المعاوضة؛ فإذا أثبت ذلك إنتفت القرينة وسرت على التصرف أحكام البيع في مرض الموت ( المواد 408، 409 من القانون المدني ) .

ويجب التوضيح أخيرا أن نية التبرع مسألة خاضعة لسلطة وتقدير قاضي الموضوع .

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

إضافة إلى الحكم العام للتصرفات في مرض الموت خص المشرع بعض التصرفات بنصوص خاصة أورد فيها أحكاما خاصة كالبيع في مرض الموت، أو بنصوص جاءت تطبيقا للقاعدة العامة وهذا في بعض التصرفات التبرعية. و عليه سنتولى دراستها على التوالي فيما يلي :

### الفرع الأول : البيع في مرض الموت

أورد المشرع أحكام البيع في مرض الموت بالمواد 408 و 409 من القانون المدني، حيث تنص المادة 408 على مايلي : "إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا اقره باقي الورثة.

أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه و من أجل ذلك يكون قابلا للإبطال " .

فهذا الحكم ينطبق على البيع فقط، وتطبيقا للقواعد السالفة الذكر فإن تطبيق هذا الحكم يقتضي أن يثبت أولا من صدر له التصرف عكس القرينة التي نصت عليها المادة 3/776 من القانون المدني<sup>2</sup> و التي سبق بيانها بأن يثبت أن التصرف رغم صدوره في مرض الموت كان مقابل و ليس تبرعا<sup>3</sup> غير أن المشرع الجزائري على خلاف بعض التشريعات الأخرى - كالمشرع المصري - لم يبين هل أن البيع تم دون ثمن أصلا أو بأقل من قيمة المبيع، أو إذا كان فيه محاباة تجاوز ثلث التركة .

<sup>1</sup> - المادة 3/776: "إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك.."

<sup>2</sup> - خليل أحمد حسن ققادة. المرجع السابق. ص 248 .

<sup>3</sup> - جل التشريعات العربية تعتبر أنه إذا أثبت المشتري أنه دفع للبائع ثمنا لا يقل عن قيمة المبيع اعتبر هذا البيع صحيحا منتجا لآثاره و نافذا في حق الورثة دون حاجة لإجازتهم ، عكس المشرع الجزائري الذي يخضعه لأحكام المادة 408 من القانون المدني .

فبالرجوع إلى القواعد العامة، إذا تم البيع دون ثمن أصلاً أو تم مقابل ثمن بخس يصل إلى حد التفاهة لم يأخذ التصرف حكم البيع لمخالفته المادة 351 من القانون المدني حيث يعتبر ركن الثمن منعدماً، و بالتالي يبطل عقد البيع، و من ثم تسري على التصرف أحكام المادة 776 من القانون المدني لاعتباره تصرفاً تبرعياً. و فيما عدا هذه الحالة إذا كان البيع بأقل من القيمة الحقيقية للمبيع، فإن بعض التشريعات كالقانون المصري إعتبرت البيع سارياً في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تتجاوز ثلث التركة (بما فيها البيع ذاته)، أما إذا جاوزته فإن البيع فيما يجاوز الثلث لا يسري في حق الورثة إلا إذا أقره أو رد المشتري للتركة ما بقي بتكملة الثلثين<sup>1</sup>.

لكن القانون الجزائري لم يتضمن مثل هذا الحكم، و لم يفرق بين التصرفات اعتماداً على قيمة المبيع الحقيقية و قيمة البيع، بل أخضع التصرف هنا للمادة 408 من القانون المدني التي سيأتي بيان أحكامها فيما يلي، و ذلك باعتبار أن التصرف كان بمقابل أي أنه بيع .

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

#### أولاً : البيع في مرض الموت لوارث

يستخلص من الفقرة الأولى للمادة 408 من القانون المدني أن قيام الشخص ببيع شيء من أمواله لأحد ورثته في مرض الموت لا ينفذ بحق باقي الورثة إلا إذا أقره<sup>2</sup>.

و مصطلح "لا يكون ناجزاً n'est pas valable" الوارد بالمادة يدل على أن البيع يكون صحيحاً و ليس باطلاً، لكن موقوف النفاذ على إقرار الورثة له<sup>3</sup> فإن أقره أصبح نافذاً في حقهم من وقت إبرامه، و إن رفضوه لم ينفذ في حقهم و بقي الشيء المبيع كعنصر من عناصر التركة، و على الورثة أن يردوا إلى المشتري المبلغ الذي يكون قد دفعه كثمن للمبيع.

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

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

<sup>1</sup> - أنظر المادة 477 من القانون المدني المصري. عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. المجلد التاسع. المرجع السابق. ص 224 .

<sup>2</sup> - قرار المحكمة العليا الغرفة المدنية الصادر بتاريخ 1990/07/09. ملف رقم 62156. المجلة القضائية. العدد الرابع 1991. ص 68 .

<sup>3</sup> - محمد يوسف الزعي. شرح عقد البيع في القانون المدني. دار الثقافة. الأردن. ص 507 .

و يقصد بالورثة من تثبت لهم الصفة وقت وفاة المورث المريض و لو لم يكونوا ورثة وقت البيع، أما من كان وارثا وقت البيع و أصبح غير وارث وقت موت المورث فليس له حق إقرار التصرف من عدمه، و بذلك فإن الوارث الذي لم تكن له هذه الصفة وقت انعقاد البيع، و تحققت له وقت الوفاة له حق الاعتراض و عدم قبول نفاذ البيع في حدود حصته .

و إقرار الورثة أو رفضهم للتصرف لا يكون معتدا به إلا إذا صدر بعد موت المورث، و لا يعتد

بالإقرار السابق

على الموت - كأن يدون في نفس المحرر المثبت للتصرف المورث - لأن صفة الوارث و حقه في الميراث لا تثبت إلا بعد موت المورث . و يشترط لصحة الإقرار ما يشترط في أي تصرف تبرعي آخر، فيجب أن يكون الوارث المقرب بالغا، عاقلا، غير محجور عليه، و ذلك تحت طائلة بطلان إقراره بطلانا مطلقا .  
كما يجب أن يكون الإقرار صريحا، فلا يكفي السكوت أو أي تصرف آخر دليلا على إقرار البيع الصادر في مرض الموت.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع أصاب عندما استعمل في الفقرة الأولى مصطلح "إقرار" و ليس "إجازة"، لأن الإجازة تلحق التصرف القابل للإبطال و تصدر من أحد أطراف التصرف، و لا تلحقه إذا كان باطلا بطلانا مطلقا .

و قد أورد الدكتور علي علي سليمان جملة من الإنتقادات للفقرة الأولى من المادة 408 من القانون المدني<sup>1</sup>، منها أن النسخة الفرنسية جاءت بشرط لم يرد في النص العربي، فاشتطت أن يتم البيع في حالة اشتداد حدة المرض "dans la période aigue"<sup>2</sup>، في حين أن فقهاء الشريعة الإسلامية التي هي مصدر حكم تصرفات المريض مرض الموت لم يشترطوا هذا الشرط، بل اختلفوا حول المدة التي يعتبر التصرف خلالها صادرا في مرض الموت فقط .

و من بين هذه الإنتقادات التفرقة بين البيع لو ارث وجعله معلقا على إقرار بقية الورثة، و البيع لأجنبي و جعله قابلا للإبطال<sup>3</sup> .

<sup>1</sup> - علي علي سليمان. ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري. ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر. ص 128 .

<sup>2</sup> - voir l'article 408/1 du code civile : « la vente consentie par un malade, dans la période aigue de la maladie qui a entraîné sa mort, à un de ses héritiers n'est pas valable que si elle est ratifiée par les autres héritiers . »

<sup>3</sup> - عن الدكتور علي علي سليمان. نقلا عن محمد زهدور. المرجع السابق. ص 134 ، 135.



## ثانيا : البيع في مرض الموت لغير وارث

اعتبرت الفقرة الثانية للمادة 408 من القانون المدني البيع لغير وارث في مرض الموت غير مصادق عليه، و من أجل ذلك يكون قابلا للإبطال . وما يلاحظ على هذا النص أنه يتميز باللبس و الغموض ، و من أسباب ذلك اختلاف النص العربي عن النسخة الفرنسية في أساس الجزاء ؛ فالنص العربي يعتبر التصرف غير مصادق عليه و من أجل ذلك يكون قابلا للإبطال، بينما النسخة الفرنسية تنص : " يفترض أن البيع تم بدون رضا صحيح ...est présumée avoir été faite sans consentement valable..." فطبقا للنص العربي يكون أساس القابلية للإبطال هو أن البيع غير مصادق عليه، وهذا مصطلح غريب على أحكام القانون المدني<sup>1</sup>، إضافة إلى أن السؤال المطروح هو ممن تصدر المصادقة وما المقصود بها ؟ أما النص الفرنسي فإنه يعتبر أن الأساس هو عيب شاب الرضا، بالرغم من أن الثابت قانونا أن الإبطال يكون إما لقصر أو لغلط، إكراه ، تدليس أو استغلال، وهو ما لا يتوافر عند المريض مرض الموت، حيث يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن تصرفات المريض غير مشوبة بعيب في رضاه، وإنما العلة هي مساسها بحقوق الورثة التي تعلق بثلاثي التركة . و من بين الانتقادات الموجهة للفقرة الثانية للمادة 408 من القانون المدني أنها تعتبر التصرف لغير وارث قابلا للإبطال ، و هذا ما يتعارض مع نص المادة 185 من قانون الأسرة التي تنص : "تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث توقف على إجازة الورثة" و التي جاءت وفقا لمبادئ الشريعة الإسلامية السابق الإشارة إليها في الفصل الأول ، حيث كان من الأجدر أن يعتبر المشرع البيع لأجنبي وصية أيضا ، و يعلق نفاذها على إقرار الورثة فيما يجاوز الثلث<sup>2</sup>، إضافة إلى ذلك إذا اعتبرنا أن البيع هنا قابل للإبطال، فلمن يكون حق طلب الإبطال ؟

بالرجوع إلى الأحكام العامة للقانون المدني فإن طلب الإبطال يكون لصالح من شاب رضاه عيب من عيوب الرضا، فإذا سلمنا بأن رضا المريض مرض الموت مشوب بعيب من العيوب حسب الفقرة الثانية فيكون له وحده الحق في طلب الإبطال، وهنا فإن المريض قد مات، و بما أن الورثة يعتبرون من الغير بالنسبة لتصرفات مورثهم المريض مرض الموت و لا تنفذ في حقهم، فإن من غير الممكن القول بأن حق طلب الإبطال انتقل إليهم من المورث باعتبارهم خلفا عاما له؛ فهم لا يعتبرون خلفا عاما بالنسبة لتصرفاته في مرض الموت . و فضلا عن ذلك فإن المذهب المالكي يعتبر الوصية لازمة نهائيا بعد موت الموصي، بحيث لا يجوز لأحد إبطلها أو تعديلها، فقد جاء عن الإمام مالك - رضي الله عنه - أنه قال : "إذا مات الموصي لزم الوصية، و ليس لغيره أن يغير شيئا من ذلك و لا يبطله ولا يبدله بغيره"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - علي علي سليمان. نفس المرجع. ص 129.

<sup>2</sup> - محمد زهدور. المرجع السابق. ص 134.

<sup>3</sup> - علي علي سليمان. المرجع السابق. ص 132.

كما أنه لو فرضنا أن رضاء المريض كان غير صحيح، فإن رضائه يشوبه نفس العيب عند البيع لأحد الورثة، فلماذا فرق القانون بين التصرفين؟

و استنادا إلى كل ما سبق فلا محل للكلام عن القابلية للإبطال، وإنما الأصح هو نفاذ التصرف أو عدم نفاذه، لا سيما أن الإبطال لا يكون إلا بحكم من القضاء، في حين أن النفاذ أو عدم النفاذ ليس بحاجة إلى حكم قضائي إلا إذا حدث نزاع حول مقدار الثلث الجائز الإيصاء به .  
يظهر في الأخير أن نص المادة 2/408 من القانون المدني قد خالف ما أجمع عليه فقهاء الشريعة الإسلامية من أن للشخص حرية التصرف بالوصية في ثلث أمواله دون أن يتوقف تصرفه في الثلث على إجازة الورثة<sup>1</sup>.

### ثالثا : حماية الغير حسن النية في البيع في مرض الموت

قد يقوم المشتري من المريض مرض الموت ببيع العين المبيعة إلى آخر أو بترتيب حق عيني آخر عليها بمقابل لصالح الغير، كالرهن أو الإنتفاع أو الإرتفاق، فياستعمال الورثة المتضررين من البيع في مرض الموت حقهم المبين في المادة 408 من القانون المدني يتهدد مركز الغير، و يمكن أن يلحق به بالغ الضرر، و من ثم يمس ذلك باستقرار التعامل، و عليه فإن العدالة استلزمت حماية هذا الغير من الضرر الذي يصيبه من ذلك؛ فجاء المشرع بالمادة 409 من نفس القانون و التي تنص على ما يلي : " لا تسري أحكام المادة 408 على الغير الحسن النية إذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع". و عليه فإن هذه المادة تلزم توافر شرطين أساسيين هما :

الشرط الأول : حتى يستفيد الغير من الحماية المقررة بهذه المادة يجب أن يكون إكتسابه للملكية المبيع أو للحق العيني عليه بعوض، و إلا كان الورثة أولى بالحماية إذا انتقل الحق إليه تبرعا، بحيث يجوز للورثة أن يتبعوا العين في يد المتبرع له، و أن يستوفوا منها حقهم غير مثقل بالحق الذي كسبه الغير عليها، و ذلك ما لم تكن العين منقولا و حازه المتبرع له بحسن نية، إذ يصبح مالكا بمقتضى الحياة في هذه الحالة .

و إذا كان المبيع عقارا فحتى يستفيد الغير من أحكام المادة 409 من القانون المدني يجب أن يكون التصرف الذي اكتسب به الحق العيني على العقار في سند رسمي مشهر<sup>2</sup>، فورثه البائع يعتبرون من الغير بالنسبة للتصرفات التي يبرمها المشتري و عليه لا يكون لها أثر بالنسبة لهم إلا من تاريخ شهرها في مجموعة البطاقات العقارية .

<sup>1</sup> - لأجل ذلك تم اقتراح صياغة المادة 2/408 من طرف الدكتور علي علي سليمان على النحو التالي : "أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف، فإنه ينفذ في حدود الثلث و ما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة."

<sup>2</sup> - المادة 324 مكرر من القانون المدني و المواد 15،16 من الأمر 75-74 المؤرخ في 12/11/1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري

الشرط الثاني : بالرجوع إلى المادة 409 من القانون المدني فإنها تشترط أيضا أن يكون الغير - الذي اكتسب حقا عينيا على المبيع من المشتري - حسن النية لا يعلم وقت تعامله مع المشتري أن للورثة حقا فيها و أن التصرف السابق كان فيه البائع في مرض الموت، أما إذا علم بذلك بعد التصرف الذي أكسبه الحق العيني فإن ذلك لا يؤثر في حسن نيته .

أما إذا كان هذا الغير سيء النية بأن أخبره الورثة قبل أن يقدم على ذلك بعدم إجازتهم لتصرف مورثهم الذي تم في مرض موته، فلا يجوز له عندئذ الاستفادة من هذه الحماية، و يجوز للورثة تتبع العين تحت يده أو استرجاع العين غير مثقلة بالحق العيني الذي كسبه عليها.

و عليه إذا توافر الشرطان السالفا الذكر فإن الغير يحتفظ بحقه الذي كسبه على العين المباعة، فإن كان قد تلقى الملكية عن المشتري فلا يجوز نزعها منه، و إن كان قد ترتب له حق عيني آخر على المبيع فإن هذا الأخير يعود إلى التركة مثقلا بحق الغير كالإنتفاع أو الإرتفاق أو الرهن مثلا، و هذا بعد استعمال الورثة الحق الوارد في المادة 408 من القانون المدني.

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

تطبيقا للمادة 776 من القانون المدني فإن كل تصرف بنية التبرع يأخذ حكم الوصية، فمن باب أولى أن التصرفات التبرعية الصريحة من هبة، وقف و إبراء و غيرها تأخذ نفس الحكم؛ لذا نحاول تفصيل ذلك مع توضيح الأحكام الخاصة بكل تصرف منها .

#### أولا : الهبة في مرض الموت

تنص المادة 202 من قانون الأسرة أن : "الهبة تملك بلا عوض ويجوز للواهب أن يشترط على

الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشرط "

و بذلك فإن الهبة بوصفها تملك بلا عوض كانت من أشد التبرعات الضارة بالمتصرف ضررا محضا،

لذا أحاطها المشرع بضوابط هامة، لا سيما تلك المتعلقة بأهلية المتبرع، فإذا كان الواهب أهلا للتبرع من غير المرض جاز له أن يهب شرعا و قانونا كل ماله لمن يشاء، وارثا كان أم أجنبيا طبقا للمادة 205 من قانون الأسرة .

إلا أن حرية الشخص في الهبة تنقيد ابتداء من مرض الموت، و يحق لصاحب المصلحة الطعن فيها بعد الوفاة، و ذلك طبقا للمادة 204 من قانون الأسرة التي تنص على أن : "الهبة في مرض الموت، و الأمراض و الحالات المخيفة، تعتبر وصية"، إضافة إلى نص المادة 776 من القانون المدني التي تنطبق على الهبة أيضا .

ما يلاحظ على نص المادة 204 من قانون الأسرة أنه أضاف حالة لم تنطرق لها جل التشريعات و لا الفقه الإسلامي و ألحقها بمرض الموت و ذلك في ما سماه بالحالات المخيفة، فهذا المصطلح يحتاج إلى تفسير من خلال الاجتهاد القضائي<sup>1</sup>.

و عليه فإن الهبة في مرض الموت، أعطاهها المشرع حكم الوصية بنص صريح، و بهذا قال جمهور الفقهاء ؛ إذ اعتبروا أن الواهب المريض مرض الموت تأخذ هبته حكم الوصية، و تسري عليه أحكامها من عدم جواز الإيصاء بأكثر من الثلث و عدم جواز الإيصاء لوارث، كل ذلك مع إمكانية إجازة الورثة .

و ما يلاحظ في هذا الشأن غزارة القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا و المتعلقة بالهبة في مرض الموت و التي اعتبرت هذه الأخيرة وصية منها القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية و الموارث بتاريخ 1999/03/16<sup>2</sup> و القرار الصادر عن نفس الغرفة بتاريخ 2001/02/21<sup>3</sup>. و أكدت المحكمة العليا على أن القضاء بإبطال الهبة في مرض الموت دون مراعاة المبدأ القانوني الذي يعتبرها وصية و يستفيد منها الموهوب له في حدود ما يسمح بذلك موضوع الوصية بعد مخالفة للقانون . و أكثر من ذلك فقد ذهبت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1998/03/13 إلى اعتبار الهبة وصية إستنادا إلى قرينة يستخلص من خلالها إضافة الهبة إلى ما بعد الموت حيث جاء فيه : "... و من 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 و شرعيون تحدد الهبة حسب القانون و هو ما يجعلها في شكل وصية مضافة إلى ما بعد الموت في حين أن الشريعة الإسلامية لا تسمح بالوصية للوارث..." مؤسسة قرارها على أحكام الشريعة الإسلامية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - صدر قرار عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية و الموارث أشار إلى الحالات المخيفة إلا أنه يستشف منه أنه لم يفرق بينها و بين مرض الموت و اعتبرهما شيئا واحدا. قرار بتاريخ 1998/06/16 ملف رقم 197335. الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية. عدد خاص 2001. ص 281.

<sup>2</sup> - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1999/03/16 ملف رقم 219901. . الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية. عدد خاص 2001. ص 287.

<sup>3</sup> - قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية و الموارث الصادر بتاريخ 2001/02/21 ملف رقم 256869. المجلة القضائية. العدد الثاني 2002. ص 428.

<sup>4</sup> - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1998/03/13 ملف رقم 179724 . الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية. عدد خاص 2001. ص 277.

## ثانيا : الوقف في مرض الموت

نظم المشرع الجزائري الوقف في المواد 213 إلى 219 من قانون الأسرة، ثم صدر قانون التوجيه العقاري الذي نص في مادته 31 على أن : "الأملاك الوقفية هي الأملاك العقارية التي حبسها مالؤها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائما تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة أو مسجد أو مدرسة قرآنية سواء كان هذا التمتع فوريا أو عند وفاة الموصى لهم الوسطاء الذين يعينهم المالك المذكور" و أحالت المادة 32 منه على قانون خاص، و فعلا صدر هذا القانون تحت رقم 91-10 بتاريخ 1991/04/27 يتعلق بالأوقاف<sup>1</sup> و الذي عرف في مادته الرابعة الوقف بما يلي : " الوقف عقد إلتزام تبرع صادر عن إرادة منفردة..."، و ينقسم الوقف إلى وقف عام و وقف خاص.

و قد نص هذا القانون بالمادة 32 منه على حق الدائنين طلب إبطال الوقف في مرض الموت إذا كان الدين يستغرق جميع أمواله و لكنه لم يتضمن أي حكم يتعلق بالورثة، لكن بالرجوع إلى قانون الأسرة فقد نصت المادة 215 على تطبيق المادة 205 منه على الوقف و التي تنص على اعتبار الهبة في مرض الموت و الأمراض و الحالات المخيفة وصية

و عليه فإن الوقف في مرض الموت يأخذ حكم الهبة في مرض الموت و تسري عليه أحكام الوصية و هذا ما يطابق ما أخذ به جمهور الفقهاء، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها: "حيث أن المادتين 215 و 204 من قانون الأسرة تنص على بطلان الحبس في مرض الموت و الحالات المخيفة و إن حالة الحبس (ع م) الذي أقام الحبس موضوع النزاع في أوت 1987 كان يعاني منذ سنة 1985 من مرض خطير لازمه إلى يوم وفاته..."<sup>2</sup>.

و حماية 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<sup>3</sup>.

إضافة إلى ذلك فإن الوقف الخاص يشترط فيه إكتساب الموقوف عليه الإنتفاع أثناء حياة الواقف، فالواقف على النفس ثم الورثة يأخذ حكم الوصية حيث يقول خليل أن الوقف باطل إذا لم تتم حياة الواقف عليه قبل إفلاس أو موت الواقف أو قبل مرض الموت<sup>4</sup>، و عليه إذا ظل الواقف ينتفع بالعين الموقوفة إلى حين

<sup>1</sup> - القانون 91-10 المؤرخ في 1991/04/27 يتعلق بالأوقاف المعدل و المنتم بالقانون 01-07 المؤرخ في 2001/05/22 والقانون 02-10 المؤرخ 2002/12/14.

<sup>2</sup> - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1993/11/23 ملف رقم 96675. الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية. عدد خاص 2001. ص 302.

<sup>3</sup> - من بينها القرار الصادر بتاريخ 1999/11/16 ملف رقم 230617. الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية. عدد خاص 2001. ص 311.

<sup>4</sup> - فريدة زواوي. مقال بعنوان:الوقف الخاص. وجهة نظر في وضعيته الحالية. مجلة الموثق. العدد الخامس. ديسمبر 1998. ص 40.

وفاته فلا يمكن أن ينفذ الوقف الخاص إلا على أساس أنه وصية طبقا لقرينة المادة 777 من القانون المدني، وما يؤكد ذلك هو أن المواد التي كانت تنظم الوقف الخاص ألغيت بموجب القانون 02-10 السابق الذكر و أحالت المادة الأولى معدلة على الأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها، فيفهم من ذلك أن الوقف الخاص يخضع للأحكام المطبقة على الهبة و الوصية حسب الحالة التي يقررها الواقف في العقد<sup>1</sup>.

### ثالثا : الإبراء و الإقرار في مرض الموت

يأخذ كل من الإبراء و الإقرار في مرض الموت حكم التصرفات التبرعية في مرض الموت ونوضح ذلك فيما يأتي.

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

باعتبار نية التبرع الصريحة في الإبراء فإن نزول المريض مرض الموت عن دينه يأخذ حكم الوصية تطبيقا لأحكام الشريعة الإسلامية، إضافة إلى تطبيق الحكم العام للتصرفات القانونية التي تصدر عن الشخص في مرض الموت بقصد التبرع الوارد بالمادة 776 من القانون المدني، و بالتالي تسري عليه القيود الواردة على الوصية و التي سبق بيانها .

أما بالنسبة للإقرار فإنه من الوسائل التي وضعها المشرع للإعفاء من الإثبات، إذ أنه يعفي الخصم من إقامة الدليل على ما يدعيه، و يجوز الطعن في الإقرار بكل ما يجوز الطعن به في التصرف القانوني . و الإقرار إما أن يكون قضائيا أو غير قضائي، و قد عرف المشرع الإقرار القضائي بالمادة 341 من القانون المدني أنه إقرار الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بما الواقعة و الإقرار القضائي يكون حجة على المقر، و لكنه يقتصر عليه و لا 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 .

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

<sup>1</sup> - ليلي زروقي. محاضرات في القانون العقاري . المعهد الوطني للقضاء. الدفعة الرابعة عشرة. 2004/2003.

<sup>2</sup> - قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية الصادر بتاريخ 1984/07/09 ملف رقم 33719. المجلة القضائية. العدد الثالث. 1989. ص 53.

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

## المبحث الثاني: التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحيازة و الانتفاع بالشيء مدى الحياة

إضافة إلى التصرفات التي يبرمها المورث في مرض الموت و التي تأخذ حكم الوصية، فإنه قد تصدر عن المورث بعض التصرفات وهو في كامل صحته رغبة منه في محاباة بعض الورثة على آخرين، فيعمد من خلالها إلى إخفاء وصيته في صورة تصرف منجز، و غالبا ما يتخذ من عقد البيع وسيلة لهذا التحايل فيجعل الوصية في مظهر عقد بيع و يذكر في العقد ثمنا صوريا لا يلتزم به المشتري في حقيقة الأمر، و يحرص أن تبقى المزايا العملية للملكية له فيحتفظ بحق الإنتفاع بالعين طوال حياته، كما قد يتخذ التصرف في شكل هبة مع ورود نفس هذا الشرط الأخير بها، كما قد يشترط في العقد منع المتصرف إليه من التصرف في العين طوال حياة المتصرف .

ورغبة من المشرع في معاملة المورث هنا بنقيض قصده فقد أقام قرينة قانونية بنص المادة 777 من القانون المدني التي تنص على ما يلي : " يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته و استثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه و الإنتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك".

لذا سنوضح في المطلب الأول الشروط الواجب توافرها لإعمال هذه المادة، إضافة إلى توضيح أحكامها و قواعد الإثبات المتعلقة بها في المطلب الثاني .

## المطلب الأول : شروط التصرف الوارد بالمادة 777 من القانون المدني

حتى تقوم القرينة القانونية الواردة في المادة 777 من القانون المدني لا بد من توافر شروط محددة تتمثل

فيما يلي:

### الفرع الأول : أن يتم التصرف لأحد الورثة

تضمنت المادة 777 من القانون المدني نصاً صريحاً على وجوب أن يكون التصرف لوارث، لأن التصرف يكون في الغالب لأحد الورثة بحكم أن الوصية غير جائزة له فقد يحدث أن لا يكون للمورث ابن يرثه فيلجأ إلى هذه الوصية المستترة لإبنته أو زوجته بكل ماله، لأنه لا يريد وصية لا تنفذ إلا بعد إجازة باقي الورثة و عليه فإذا تم التصرف لغير وارث فإنه لا يجوز إعمال هذه القرينة القانونية واعتبار التصرف وصية بالرغم من أن البعض يرى أن هناك ظروفاً قد تدفع المورث إلى الإيصال لغير الوارث بأكثر من ثلث التركة لوجود علاقة قوية تربطه بهذا الأجنبي يرى من خلالها أن يوصي له بكل ماله أو بجزء كبير منه، فيلجأ تبعاً لذلك إلى إصباغ صفة البيع أو الهبة أو غيرها على تصرفه مع احتفاظه بالحيازة و الانتفاع بالمال، لذا فإن لم تطبق عليه القرينة القانونية عملاً بحرفية النص فإنه يمكن اعتبار ذلك قرينة قضائية، حيث يتعطل تطبيق المادة 777 بوصفها قرينة قانونية، و يطبقه القاضي في النزاع على أساس أنه قرينة قضائية، و لكن القاضي حر في أن يأخذ بهذه القرينة القضائية أو لا يأخذ بها كما هو ثابت في مبادئ القانون لأنها تعتبر كسائر القرائن القضائية خاضعة لمطلق تقديره و واسع نظره تحت رقابة المحكمة العليا فيما يخص تسبيب الحكم. و سواء اعتبر ذلك قرينة قانونية أو قرينة قضائية، فهو في الحالتين يقبل إثبات العكس .

و العبرة في تحديد صفة الوارث هي بوقف وفاة المتصرف لا بوقت انعقاد التصرف، فيعتبر وارثاً من أصبح كذلك وقت وفاة المتصرف و لو لم يكن وارثاً وقت التصرف، و على العكس من ذلك لا يعتبر وارثاً من لم يعد كذلك وقت الوفاة و لو كان وارثاً وقت التصرف<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - يجدر الذكر إلى أن هناك رأياً آخر يعتبر أن العبرة في تحديد صفة الوارث هي بوقت انعقاد التصرف منتقداً الرأي المخالف لأنه يعتمد قياس هذه القاعدة على قاعدة التصرف في مرض الموت ، و هذا ما هو غير جائز - حسب هذا الرأي - لأنه في حالة مرض الموت لا تعد صفة الوارث قرينة على نية الإيصال بينما في المادة 777 ق.م فإن صفة الوارث تعد عنصراً من عناصر القرينة على نية الإيصال و نية المتصرف تنصرف إلى ذلك وقت إبرامه التصرف حيث كان له نية الإيصال لوارث . أنظر رمضان أبو السعود. شرح العقود المسماة- في عقدي البيع و المقايضة-. دار الجامعة الجديدة للنشر. مصر. 2003. ص 79 ، 80 .



## الفرع الثاني: أن يحتفظ المتصرف بحيازة العين المتصرف فيها مدى الحياة

إضافة إلى الشرط الأول يجب أن يستثنى المتصرف لنفسه حيازة العين المتصرف فيها مدى الحياة .  
والحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية تعرف على أنها : "وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء أو حق من الحقوق، بقصد الظهور بمظهر المالك<sup>1</sup> أو صاحب حق عيني آخر، سواء أكان هذا الشخص هو صاحب الحق أو لم يكن كذلك . و تتحقق هذه السيطرة الفعلية بمباشرة أعمال تنفق و مضمون الحق و عادة ما يباشرها المالك نفسه، و عليه لا بد للحيازة من توفر ركنين أساسيين هما ركن مادي يتمثل في مجموع الأعمال المادية التي يأتيها الحائز، وهي في العادة من قيام المالك كإحراز الشيء و الانتفاع به، و ركن معنوي يتمثل في اتجاه نية الحائز إلى مباشرة تلك الأعمال لحساب نفسه فتكون له نية الظهور بمظهر المالك .

غير أن الحيازة التي تعد شرطاً لإعمال قرينة المادة 777 من القانون المدني تختلف عن الحيازة كسبب من أسباب الملكية، فاحتفاظ المتصرف بحيازة العين بأي طريقة معناه أن يكون حائزاً لها باعتباره منتفعاً لا مالكا، فيتحقق معه الركن المادي دون الركن المعنوي، إلا أن هناك من يرى أن المشرع مادام قد اعتبر هذا التصرف وصية فالموصي يبقى مالكا للشيء الموصى به لكون الوصية تصرفاً مضافاً لما بعد الموت، لكن هذا الرأي الأخير مردود عليه لما فيه من مصادرة على المطلوب فهو يفسر الحيازة التي هي شرط للمادة 777 من القانون المدني اعتماداً على نتيجة هذا الشرط و هي اعتبار التصرف وصية .

و عليه فإن الحيازة المقصودة بنص هذه المادة هي السيطرة القانونية والفعلية على الشيء محل التصرف، أي أنه يكفي مجرد وضع اليد<sup>2</sup>، و لا يشترط توافر الركن المعنوي لها .  
و مثال ذلك أن يحتفظ المتصرف بالحيازة بوسيلة من عدة وسائل كأن يقوم بإدارة الشيء و دفع الضرائب المقررة عليه ، أو كأن يشترط بقاء الحيازة لديه في العقد، إلا أن اشتراط منع المتصرف إليه من التصرف في العين طوال حياة المتصرف لا يقوم قرينة على وجود العين في حيازة المتصرف، فرغم وجود الشرط المانع فقد تبقى العين مع ذلك في حوزة المتصرف إليه، ولكن تستفاد حيازة المتصرف للعين المبيعة إذا استبقى لنفسه الحق في الإنتفاع<sup>3</sup>، فالإنتفاع بها يعني بالضرورة حيازتها، و احتفاظ المورث بحق الإنتفاع طول حياته كاف وحده لقيام القرينة القانونية فهو يتضمن الإنتفاع بالعين مدى الحياة و استبقاء الحيازة في يده بصفته منتفعاً .

<sup>1</sup> - عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. المجلد التاسع. المرجع السابق. ص 784.

<sup>2</sup> - عمر حمدي باشا. المرجع السابق. ص 63.

<sup>3</sup> - رمضان أبو السعود. المرجع السابق. ص 81.

وأخيرا فإن احتفاظ المورث بحيازة العين التي تم التصرف فيها، هي واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات حيث أكدت المحكمة العليا في قرارها الصادر عن الغرفة العقارية بتاريخ 2000/11/22 أن الحيازة واقعة مادية يتم إثباتها بجميع الطرق القانونية<sup>1</sup>.

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

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

ولتوضيح هذا الشرط نحدد معنى الإنتفاع طبقا للقواعد العامة حيث لم يعرفه القانون المدني، لكن الفقه عرفه كما يلي : "هو حق عيني في الإنتفاع بشيء مملوك للغير، فتكون له سلطة استعماله و استغلاله بشرط الإحتفاظ بذات الشيء لرده إلى صاحبه عند نهاية حق الإنتفاع الذي يجب أن ينتهي حتما بموت المنتفع"<sup>2</sup>.

و عليه فإن المادة 777 من القانون المدني تشترط أن يحتفظ المتصرف باستعمال الشيء المتصرف فيه بنفسه، وكذا باستغلاله لحساب الخاص وهذا طوال حياته .

و يكون ذلك بطرق مختلفة، وأكثرها انتشارا هي أن يشترط لنفسه في عقد بيع يصدر منه حق الانتفاع بالعين المبيعة مدى الحياة، مع منع المشتري من التصرف في الرقبة، و بذلك يبقى حائزا للعين مدى حياته بصفته منتفعا لا مالكا، دون حاجة لتتبع حقه في الانتفاع في يد الغير بفضل شرط المنع من التصرف في الرقبة، كما أنه قد يتم اللجوء إلى طريقة أخرى للاحتفاظ بالانتفاع؛ بأن يستأجر العين مدى حياته من المتصرف إليه بديل إيجار يحصل على مخالصة به دون أن يدفعه فعلا، فيتمكن المتصرف من الاحتفاظ بالانتفاع بموجب عقد الإيجار .

و يجب أن يكون الانتفاع بالعين مدى الحياة مستندا إلى حق ثابت لا يستطيع المتصرف إليه تجريدته منه، فمجرد الانتفاع الفعلي الذي لا يستند إلى حق قانوني لا يكفي لقيام القرينة القانونية على الإيضاء؛ ومن ذلك توثيق و شهر التصرف في العقار بدون شرط لصالح الوارث مع بقاء المتصرف منتفعا به<sup>3</sup>، إذ أن زمام الانتفاع يكون موكولا إلى إرادة المتصرف إليه و له أن ينتزع الانتفاع من يد المتصرف متى شاء . كما لا يكفي أن يحتفظ المتصرف بالانتفاع لحساب الغير طيلة حياة المتصرف، فحق الانتفاع هنا يكون مقررا لهذا الغير .

<sup>1</sup> - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2000/11/22. ملف رقم 201544. الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية. الجزء الثاني. 2004. ص 283.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. المجلد التاسع. المرجع السابق. ص 1200.

<sup>3</sup> - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1986/09/22 ملف رقم 43301. المجلة القضائية. العدد الثالث. 1992. ص 63.

و يقع عبء إثبات توافر هذه الشروط على من يدعي توافرها من الورثة<sup>1</sup> ، فإذا أثبتوا توافر الشروط السابقة الذكر مجتمعة<sup>2</sup> أمكن استخلاص القرينة الواردة بنص المادة 777 من القانون المدني، و التي تفيد اعتبار المتصرف وصية مستترة كما سيأتي بيانه .

إلا أنه قد يتخلف أحد هذه الشروط أو يعجز الورثة عن إثباتها فلا يمكن إعمال القرينة القانونية، فيكون للطاعن في هذه الحالة إثبات طعنه بكل طرق الإثبات بما فيها القرائن القضائية ، إذ لا يوجد ما يمنع القاضي من أن يستخلص من ظروف الدعوى قرينة قضائية على قصد التحايل فاستخلاص القرائن القضائية من سلطة قاضي الموضوع، الذي يتعرف على حقيقة العقد من خلال التحري عن قصد المتصرف من تصرفه في ضوء ظروف الدعوى وما جاء فيها من أقوال شهود وقرائن، وهذه القرائن القضائية تختلف من قضية إلى أخرى ومنها :

- عدم تسجيل العقد و عدم دفع الثمن و بقاء العقد في حوزة المتصرف حتى وفاته .
- وجود ورقة ضد بنفس تاريخ السند تتضمن تعهد المشتري بعدم المساس بملكية العين طول حياة والديه البائعين له .
- إحتفاظ المورث بعقد البيع و بقاءه واضعا يده على العين من دون أن يقبض ثمننا إضافة إلى عدم حاجته إلى بيع أملاكه.
- إيداع الأم مبالغ نقدية في صندوق التوفير باسم ابنتها التي تعيش في رعايتها و التي لا مورد لها.
- قيام البائع بإبراء المشتري من الثمن وكون المتصرف إليه فقيرا لا يستطيع دفع الثمن بأي حال.

---

<sup>1</sup> - يرى الأستاذ السنهوري أنه يصح أن يطعن المورث نفسه في التصرف الصادر منه على أساس أنه وصية و قد رجع فيها فيقع عليه عبء إثبات قيام هذه القرينة. عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. المجلد التاسع. المرجع السابق. ص 233. هامش 1.

<sup>2</sup> - يضيف البعض شرطا رابعا هو وجوب انعقاد التصرف على الأقل في 1975/07/05 أو في تاريخ لاحق طبقا لقاعدة عدم رجعية القوانين (المادة 2 ق.م) و المادة 1003 ق.م التي تنص على سريان القانون المدني ابتداء من 1975/07/05 أما التصرفات السابقة له فلا تسري عليها هذه القرينة لعدم وجود ما يقابل المادة 777 في القانون السابق لكن هذا لا يمنع من استخلاص قرائن قضائية بالنسبة لها. محمد حسنين. المرجع السابق. ص 222.

## المطلب الثاني : أحكام التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحيازة والانتفاع مدى الحياة وقواعد الإثبات المتعلقة به .

نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول من خلال الفرع الأول الآثار المترتبة على القرينة الواردة بالمادة 777 من القانون المدني المثلثة في خضوع التصرف لأحكام الوصية، و في الفرع الثاني إلى طبيعة هذه القرينة و إثبات عكسها .

### الفرع الأول : خضوع التصرف لأحكام الوصية

عند توافر الشروط السابقة الذكر تقوم قرينة قانونية على أن تصرف المورث لأحد ورثته يعد وصية مستترة، وهذا من شأنه أن يجعل الوارث في منزلة الموصى له لا في منزلة المشتري باعتبار أنه لم يحز العين الموصى بها و لم ينتفع بها إلا عند موت المورث، وهذا من أحكام الموصى له .

فقد ألحق المشرع بموجب هذه القرينة التصرف بالوصية وذلك لرد التحايل على أحكام الوصية بأن يعمد المورث إلى ستر وصيته في شكل تصرف منجز كبيع أو هبة، أي أنه يخلع على تصرفه وصفا قانونيا غير صحيح، فحسم المشرع التكييف القانوني له باعتباره وصية و اعتبار سلطة تكييفه لقاضي الموضوع الذي يطبق القواعد القانونية المقررة للتصرف بعد القيام بتكليفه، ومن ثم إذا نجح الطاعن في إثبات طعنه بأن التصرف وصية مستترة فإن الوصية لا تجوز للوارث - باعتبار المتصرف إليه هنا وارث - و بالتالي تكون موقوفة على إجازة الورثة فمن أجازها سرت في حقه ومن لم يجزها كانت غير نافذة في حقه.

و الوارث الذي يطعن في التصرف هنا يعد من الغير بالنسبة لمورثه، لأن حقوقه تعلقت بالتركة فليس للمورث المساس بهذه الحقوق، فهو لا يعد خلفا عاما هنا لذا أجاز له الطعن في التصرف بحيث لا يسري في حقه إلا بما هو ثابت من تقييد وهذا باعتبار أن الوارث يستمد حقه في الطعن من القانون مباشرة و ليس بحق يتلقاه من مورثه لأن التصرف لأحد الورثة مع الإحتفاظ بالحيازة والانتفاع مدى الحياة يفترض فيه قصد التحايل على نظام الإرث المقرر شرعا، ومن ثم لا يكون الحكم الصادر قبل المورث بصحة التصرف بالبيع مثلا حجة عليه؛ إذ يعد الوارث في حكم الغير فيما يختص بتصرفات مورثه الضارة به و الماسة بحقه في الإرث<sup>1</sup>.

و قد أخذت المحكمة العليا بقرينة المادة 777 من القانون المدني في عدة قرارات منها القرار المؤرخ في 1990/03/05 الذي جاء فيه : " من المقرر قانونا أنه يعتبر التصرف وصية و يجري 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 .

<sup>1</sup> - عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. المجلد التاسع. المرجع السابق. ص 234. هامش 2.

... ولما كان ثابتا - في قضية الحال - أن قضاة الإستئناف لما قضوا ببطلان عقد الهبة وعدم تنفيذ التصرف باعتباره وصية لوارث يكونوا بقضائهم كما فعلوا طبقوا القانون تطبيقا صحيحا<sup>1</sup>. وكذا القرار الصادر عنها بتاريخ 1991/05/28 الذي قرر نفس المبدأ<sup>2</sup>.

إلا أن هناك جملة من الملاحظات حول المادة 777 من القانون المدني إذا كان التصرف لوارث في شكل هبة و يمكن إجمالها فيما يلي :

- يرى البعض أن نص المادة 777 من القانون المدني يتعارض مع أحكام بعض التصرفات التي قد تسري عليها هذه المادة، و بالأخص عقد الهبة، حيث تقضي المادة 202 من قانون الأسرة بتحويل الواهب إدراج بعض الشروط على الموهوب له، بينما بتطبيق المادة 777 عليها نجد بأن اشتراط الواهب حق حيازته للموهوب و الإنتفاع به طيلة حياته يجعل من الهبة وصية، وهذا ما يشكل تعارضا على حد قول أصحاب هذا الرأي إلى درجة اعتبارهم أن المادة 777 من القانون المدني قد ألغيت فيما يخص الهبة بنص المادة 223 من قانون الأسرة التي تقضي : "تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون" و الفقرة الثانية للمادة 2 من القانون المدني لتنظيم موضوع الوصية من جديد في قانون الأسرة .

إلا أن هذا الرأي مردود عليه لأن المادة 777 من القانون المدني و إن وردت ضمن القواعد الموضوعية إلا أنها تعد من صميم مواد الإثبات الواردة في القانون المدني<sup>3</sup>، بينما مواد قانون الأسرة المتعلقة بالوصية هي قواعد موضوعية و بالتالي لا وجود لتنظيم موضوع الوصية من جديد .

كما يمكن الرد على من يرى بالتناقض مع المادة 202 من قانون الأسرة أن التناقض الذي يوجب

الإلغاء هو التعارض الذي يستحيل معه التوفيق بين النصين و الأخذ بجمعا معا، وهذا الأمر يفتقد هنا إذ أن المادة 777 تشمل جميع التصرفات سواء تعلق الأمر بمهبة أو غيرها من التصرفات بينما المادة 202 من قانون الأسرة خاصة بالهبة فحسب، إضافة إلى أن هذه المادة الأخيرة تشمل الإشتراط بالقيام بالتزام ما مهما كان نوعه، أما المادة 777 فتتضمن حضرا خاصا يتمثل في قيد واحد وهو الحيازة و الإنتفاع بالشيء المتصرف فيه من طرف المتصرف مدى الحياة، وهذا إذا تعلق الأمر بالتصرف لوارث فقط، و القاعدة أن الخاص يقيد العام<sup>4</sup>.

- تنص المادة 206 من قانون الأسرة على ما يلي : "تتعقد الهبة بالإيجاب و القبول، وتتم الحيازة،

ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات و الإجراءات الخاصة في المنقولات .

<sup>1</sup> - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1990/03/05. ملف رقم 59240. المجلة القضائية. العدد الثالث. 1992. ص 57.

<sup>2</sup> - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1991/05/28 ملف رقم 74549. المجلة القضائية. العدد الثاني. 1993. ص 28.

<sup>3</sup> - محمد شعبان. مقال بعنوان. وجوب تطبيق الحضر القانوني على ما هو معمول به واقعا. مجلة الوثائق. العدد. الرابع. سبتمبر 1998. ص 31. 32.

<sup>4</sup> - محمد شعبان. مقال بعنوان. وجوب تطبيق الحضر القانوني على ما هو معمول به واقعا. مجلة الوثائق. العدد. الرابع. سبتمبر 1998. ص 31. 32.

و إذا احتل أحد القيود السابقة بطلت الهبة"

لذا يرى البعض أن الحيابة ركن في عقد الهبة استنادا إلى الفقرة الأخيرة من هذه المادة، و إلى بعض قرارات المحكمة العليا كالقرار الصادر بتاريخ 1969/04/09<sup>1</sup>، ومن ثم إذا لم يمكن الواهب الوارث الموهوب له من العين محل الهبة وذلك بأن احتفظ بحيابتها و الإنتفاع بها مدى حياته فإن أصحاب هذا الرأي يعتبرون الهبة باطلة و عليه فإنهم يعتبرون هبة حق الرقبة دون حق الإنتفاع تصرفا باطلا، و استنادا إلى هذا الرأي فقد صدرت مذكرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية بتاريخ 12 فيفري 1995 تحت رقم 00689 موجهة إلى مديري الحفظ العقاري تتعلق بيوم دراسي حول الإشهار العقاري ورد فيها: "...ولذا، فإنه إذا كانت الهبة منصبة على حق الإنتفاع (أي الواهب يحتفظ بملكية الرقبة) مقبولة قانونا، فإن الهبة الواردة على ملكية الرقبة فقط دون حق الإنتفاع فهي مستبعدة قانونا" بعد استنادها إلى أن الحيابة ركن في عقد الهبة، وهذا ما أدى إلى صدور قرارات عن المحافظين العقاريين بعد سنة 1995 تقضي بعدم قبول شهر العقد على هذا النحو، ووصل الأمر تبعا لذلك إلى الطعن في هذه القرارات أمام القضاء .

إلا أن هذا الرأي قد جانب الصواب لأن المادة 206 من قانون الأسرة تنص على أن الهبة تتم بالحيابة أي أنها لم تعتبر الحيابة ركنا في الهبة يبطل العقد بتخلفها، إضافة إلى أن تسليم الشيء الموهوب إلى الموهوب له يعد التزاما على عاتق الواهب ناشئا عن العقد يجوز للموهوب له المطالبة به، و الإلتزام لا ينشأ إلا عن عقد مكتمل الأركان، فلا يمكن اعتبار الحيابة ركنا في عقد الهبة و التزاما في نفس الوقت؛ لذا فيمكن القول بأنها شرط للزوم الهبة خاصة إذا علمنا أن أصل شرط الحيابة أي القبض هو الشريعة الإسلامية، و لم يعتبر أي من المذاهب الأربعة الحيابة أو القبض ركنا في عقد الهبة أو شرطا لإنعقاده، بل اعتبر هذا الشرط إما شرط صحة أو شرط لزوم<sup>2</sup>. و عليه فإن هبة ملكية الرقبة فقط دون الانتفاع جائزة قانونا وكل ما يقول بخلاف ذلك مخالف للقانون - ومن ذلك المذكرة الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية السالفة الذكر - وهذا باعتبار أنه لا يوجد ما يمنع من ذلك، بل أن المشرع عامل الهبة في هذه الحالة معاملة خاصة إذا كانت لوارث واعتبرها وصية وتطبق عليها أحكامها طبقا للمادة 777 من القانون المدني .

<sup>1</sup> - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1969/04/09. النشرة السنوية لسنة 1969. ص 285. نقلا عن . عمر حمدي باشا. المرجع السابق. ص 9 : "يستوجب نقض و إبطال القرار الذي صحح عقد الهبة التي لم تتم الحيابة فيها و ذلك لأن الهبة شرعا تلزم بالقول و تتم بالحوز".

<sup>2</sup> - محمد بن أحمد تقية. المرجع السابق. ص 221 ، 222 ، 223.

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

إن التصرف لو ارث مع الاحتفاظ بجزء العين والانتفاع بها مدى الحياة، و إن قام قرينة قانونية على أن التصرف وصية مستترة، فإنه ليس بالقرينة القاطعة طبقاً لنص المادة 777 من القانون المدني الذي جاء في آخره : " ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك" و عليه فهي قرينة بسيطة يجوز لمن تصرف له المورث أن يدحضها بأن يثبت عكس ذلك أي بأن يثبت أن التصرف رغم توافر شروط المادة لم يكن وصية، بل كان في الحقيقة بيعاً أو هبة، و هذا حتى ولو أثبت ذلك عن طريق تقديم قرائن قضائية مضادة كأن يثبت أن التصرف بيع بإقامة الدليل على واقعة دفع الثمن، أو أن يثبت أن التصرف قصد به انتقال الملكية حال حياة المتصرف<sup>1</sup>، أو أن يثبت أنه قد تنازل عن شرط المنع من التصرف و أن احتفاظه بالحياسة يرجع إلى أن المشتري قاصر و قد باشر الحياسة نيابة عنه باعتباره ولياً، أو أن احتفاظه بما كان بموجب عقد إيجار مقابل بدل إيجار محدد، أو أن يثبت أن احتفاظه بمنفعة العين مدى حياته يقابله إنقاص الثمن بما يتناسب مع هذه المنفعة .

و قد قضت المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1990/03/05 : "... و اشترط الواهب على الموهوب لها بأن تبقى الأموال الموهوبة بجزائه و تحت إدارته و تصرفه إلى ما بعد مماته، و بما أن الطاعنة لم تثبت عكس ما جاء في العقد لا من حيث علاقتها بالواهب، أو من حيث التدليل على حيازتها الفعلية و المادية للشيء الموهوب إبان حياة الواهب وعلى ذلك لا يعتبر ما قضى به المجلس خرقاً للقانون ... و إن قضاة المجلس لما قضوا ببطالان و عدم تنفيذ التصرف طبقوا الشريعة الإسلامية أحسن تطبيقاً"<sup>2</sup>. و عليه فإذا أثبت من تصرف له المورث عكس القرينة القانونية على النحو الذي سبق بيانه فإن التصرف لا يعتبر وصية و لا تسري عليه أحكامها، بل يبقى تصرفاً منجزاً بيعاً أو هبة أو غيرهما، و تسري عليه الأحكام الخاصة بكل تصرف، أما إذا لم يتمكن المتصرف إليه من إثبات العكس تسري على التصرف أحكام الوصية و من ثم لا تنفذ في حق الورثة إلا بإجازتها - باعتبارها وصية لو ارث - و يمكن للموصي هنا (المتصرف) أن يرجع عنها في حال حياته و بالتالي تسقط بالعدول عنها، كما أنها تسقط بموت الموصى له قبل موت الموصي<sup>3</sup>، وهذا طبقاً للمادتين 192 و 201 من قانون الأسرة .

وهذا ما يحدث غالباً، حيث تبقى قرينة المادة 777 من القانون المدني قائمة لصعوبة دحضها بإثبات العكس لعدة أسباب منها أنه غالباً ما يتم إبرام هذه التصرفات بموجب محرر رسمي خصوصاً وأنها تكون في كثير من الأحيان في شكل هبة للعين - خاصة العقار - مع الإحتفاظ بالحياسة أو الإنتفاع مدى الحياة، وهذا ما يجعل الأمر يصل إلى حد كبير من الصعوبة في إثبات عكس هذه القرينة لما للمحرر الرسمي من حجية مطلقة في

<sup>1</sup> - محمد زهدور. المرجع السابق. ص 145.

<sup>2</sup> - قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية. الصادر بتاريخ 1990/03/05 ملف رقم 59240. المجلة القضائية. العدد الثالث. 1993. ص 62.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. المجلد التاسع. المرجع السابق. ص 235.

الإثبات لا يدحضه إلا الطعن بالتزوير حسب ما تقضي به المادة 324 مكرر 5 من القانون المدني، و إن كان يمكن إثبات العكس بدليل يوازي على الأقل الورقة الرسمية إلا أن هذا الأخير لا يعدو إلا أن يكون تعديلاً للعقد الأصلي عن طريق تنحية القيد أو الشرط نفسه<sup>1</sup>.

و في الأخير تجدر الإشارة إلى أن البعض يرى أن المادة 777 من القانون المدني تتعارض مع مبدأ استقرار المعاملات، خصوصاً منها المعاملات العقارية باعتباره هدف كل التشريعات؛ وذلك لأن شرط الاحتفاظ بالحيازة والإنتفاع مدى الحياة شرط جائر إدراجه في العقد و لكن أعمال المادة 777 يسمح بالطعن في العديد من العقود التي تتضمنه خاصة إذا طالت الفترة الزمنية الممتدة بين تاريخ إبرامه وتاريخ الطعن فيه كحالة إبرامه ضد مصلحة الوارث القاصر، و في هذا مساس باستقرار المعاملات خاصة إذا حدثت تعاملات لاحقة على العقار محل التصرف مما يؤثر على حقوق الغير حسن النية الذي تم التعامل لصالحه .

---

<sup>1</sup> - محمد شعبان. المرجع السابق. ص 31.



## خاتمة

من خلال كل ما سبق يتضح بأن المشرع ضبط الخلافة في المال بالتنظيم المحكم في نظام الموارث، و بالمقابل قيد من يحاول التصرف في أمواله بتصرف مضاف إلى ما بعد الموت بقيود تتمثل في عدم جواز الإيضاء لوارث، و عدم جواز تجاوز الموصى به ثلث التركة فيما عدا إجازة الورثة لما يخالف هذه الحدود، و ذلك لضمان عدم المساس بما جاء به الشارع الحكيم من توزيع عادل للتركة إذا منحت الحرية للمورث في التصرف فيها بما يلحق الضرر ببعض الورثة أو كلهم .

و موازاة مع ذلك فقد تصدى المشرع لكل تصرف يقصد به التحايل على هذه القواعد العادلة، و منح للقاضي سلطة تكييف التصرف بما يحقق الحماية للورثة؛ و ذلك بنص المادة 777 من القانون المدني التي وضعت قرينة على نية الإيضاء تتمثل في أن التصرف لوارث مع الإحتفاظ بالحيازة و الإنتفاع مدى الحياة يعتبر وصية و تطبق عليه أحكامها، إضافة إلى نصوص المواد الخاصة بالتصرفات المبرمة في مرض الموت الواردة في القانون المدني (المواد 409،408،776 منه) و قانون الأسرة (المواد 215،204 منه) و التي تحقق الحماية للورثة من تصرفات مورثهم المريض مرض الموت، و هذا لتعلق حقوقهم بأمواله بمجرد نزول المرض به، باعتبار أنه يشعر بدنو أجله خلال تلك الفترة فيبرم تصرفات منجزة يقصد بها إضافتها إلى ما بعد الموت .

إلا أنه بالرغم من كل ذلك، فإن التطبيق العملي لأحكام الوصايا المستترة بقي مشوبا بالنقص و الغموض و الخطأ في بعض الأحيان، و هذا في عدة جوانب منها المفهوم الصحيح لمرض الموت؛ فبالرغم من تحديد شروطه في الفقه الإسلامي إلا أن المحكمة العليا بقيت تعتبر في قراراتها أن المريض مرض الموت يفقد وعيه و تمييزه، بل يمس المرض بسلامة عقله، و هذا ما هو مخالف لمبادئ الشريعة الإسلامية و القانون باعتبار أن تصرفاته لا يشوبها عيب في الإرادة أو عارض من عوارض الأهلية .

إضافة إلى ذلك فإن النصوص في حد ذاتها تثير العديد من الإشكاليات في التطبيق؛ منها نص المادة 408 من القانون المدني الذي يخلق عدة مشاكل، منها ما يرجع إلى التناقض بين النص العربي و الترجمة الفرنسية له، سواء في تحديد فترة مرض الموت، أو في توافر التراضي من عدمه في البيع لغير وارث، و منها ما يرجع إلى عدم تلاءم نص الفقرة الثانية منها مع المبادئ العامة للقانون الخاصة بقابلية التصرفات للبطلان، مما يجعل تطبيق هذا النص مستحيلا كما سبق تفصيل ذلك .

و عليه كان من الأجدر أن يسلك المشرع ما سلكه بقانون الأسرة فيما يخص الهبة في مرض الموت، و يجعل البيع في مرض الموت يأخذ حكم الوصية سواء تم لوarith أو لغيره .  
كما أن المادة 776 من القانون المدني جاءت مشوبة في صياغة الفقرة الثانية منها حينما اعتبرت أنه لا يجوز الإحتجاج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا، و هذا ما يجانب الصواب كما سبق توضيحه، و الأصح النص على أن هذا التاريخ حجة على الورثة، و أنه يجوز إقامة الدليل على عدم صحته أو ترك هذا الحكم للقواعد العامة دون إيراد نص خاص به.

و عليه نخلص إلى ضرورة تدخل المشرع لتعديل نصوص المواد السابق ذكرها لتفادي الغموض و تكريس التطبيق الصحيح للقانون تديما لحماية الورثة، إضافة إلى الدور الكبير للقاضي في تكريس هذه الحماية، من خلال استخلاص القرائن القضائية من ظروف و ملابسات التصرفات الماسة بحقوق الورثة .

## المراجع

### 1 - المؤلفات :

- أحمد فراج حسين. الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية. الدار الجامعية. لبنان.
- العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. الجزء الثاني - الميراث و الوصية - . ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر. الطبعة الثالثة. 2004.
- توفيق حسن فرج. الوجيز في عقد البيع. الدار الجامعية. 1988.
- خليل أحمد حسن قداد. الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري. الجزء الرابع (عقد البيع). ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر. طبعة 2001.
- رمضان أبو السعود. شرح العقود المسماة - في عقدي البيع و المقايضة - . دار الجامعة الجديدة للنشر. مصر. 2003.
- سمير عبد السيد تناغو. عقد البيع. منشأة المعارف الإسكندرية. مصر.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. العقود التي ترد على الملكية - البيع و المقايضة - . المجلد الرابع. دار إحياء التراث العربي. لبنان. 1986.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. أسباب كسب الملكية. المجلد التاسع. دار إحياء التراث العربي. لبنان. 1986.
- عز الدين الدناصوري ، عبد الحميد الشواربي. الصورية في ضوء الفقه و القضاء. منشأة المعارف الإسكندرية. مصر.
- عمر حمدي باشا. عقود التبرعات - الهبة. الوصية. الوقف - . دار هومة. الجزائر. 2004.
- علي علي سليمان. ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري. ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر.
- عمر بن سعيد. الإجتهد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني. دار الهدى. الجزائر.
- فتحي حسن مصطفى. الملكية بالميراث في ضوء الفقه و القضاء. منشأة المعارف الإسكندرية. مصر.
- محمد أبو زهرة. أحكام التركات و الموارث. دار الفكر العربي. مصر.
- محمد أبو زهرة. شرح قانون الوصية. دار الفكر العربي. مصر. 1988.
- محمد أبو زهرة. الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية. دار الفكر العربي. مصر.
- محمد بن أحمد تقيّة. دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية و القانون المقارن. الديوان الوطني للأشغال التربوية. الجزائر. 2003.
- محمد حسنين. عقد البيع في القانون المدني الجزائري. ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر. الطبعة الرابعة. 2005.

- محمد زهدور. الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية. المؤسسة الوطنية للكتاب. الجزائر. 1991.

- محمد صبري السعدي. شرح القانون المدني الجزائري. النظرية العامة للإلتزامات - العقد و الإرادة المنفردة - الجزء الأول. دار الهدى. الجزائر. الطبعة الثانية. 2004.
- محمد يوسف الزعبي. شرح عقد البيع في القانون المدني. دار الثقافة. الأردن.
- مصطفى محمد الجمال. نظام الملكية. منشأة المعارف الإسكندرية. مصر.
- يحيى بكوش. أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي. دراسة نظرية و تطبيقية مقارنة. المؤسسة الوطنية للكتاب. الجزائر. الطبعة الثانية.

## 2 - الدراسات و المقالات :

- عبد الرحمن ملزي. محاضرات في طرق الإثبات في المواد المدنية و التجارية. المعهد الوطني للقضاء. الدفعة الرابعة عشرة. 2004/2003.
- فريدة زاوي. مقال بعنوان : الوقف الخاص - وجهة نظر في وضعيته الحالية - . مجلة الموثق. العدد الخامس. ديسمبر 1998.
- ليلي زروقي. محاضرات في القانون العقاري. المعهد الوطني للقضاء. الدفعة الرابعة عشرة. 2004/2003.
- محمد شعبان. مقال بعنوان : وجوب تطبيق الحضر القانوني على ما هو معمول به واقعا. مجلة الموثق. العدد الرابع. سبتمبر 1998.

## 3 - المجالات القضائية :

- المجلة القضائية. العدد الثالث. 1989.
- المجلة القضائية. العدد الرابع. 1991.
- المجلة القضائية. العدد الثالث. 1992.
- المجلة القضائية. العدد الثاني. 1993.
- المجلة القضائية. العدد الثالث. 1993.
- الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية. عدد خاص. 2001.
- المجلة القضائية. العدد الأول. 2002.
- المجلة القضائية. العدد الثاني. 2002.
- المجلة القضائية. العدد الأول. 2003.
- الإجتهد القضائي للغرفة العقارية. عدد خاص. الجزء الثاني. 2004.

#### 4 - النصوص التشريعية :

- القانون المدني ( الأمر 75- 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم ) .
- قانون الأسرة ( القانون 84 - 11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المعدل و المتمم ) .
- الأمر 75 - 74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري.
- القانون 91 - 10 المؤرخ في 27 أبريل 1991 يتعلق بالأوقاف المعدل و المتمم .
- القانون 90 - 25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 يتضمن التوجيه العقاري. المعدل و المتمم .

## الفهرس

- 1..... مقدمة
- 6..... الفصل الأول : أساس حماية الورثة في الوصية و التصرفات الملحقة بها
- 7..... المبحث الأول : الأحكام التي تحمي الورثة في الوصية و أساسها
- 7..... المطلب الأول : ماهية الوصية
- 7..... الفرع الأول : تعريف الوصية
- 8..... الفرع الثاني : أركان الوصية
- 14..... المطلب الثاني : تقييد حرية الإيضاء في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة
- 15..... الفرع الأول : عدم جواز الإيضاء لو ارث
- 18..... الفرع الثاني : عدم تجاوز الموصى به ثلث التركة
- 21..... المطلب الثالث : علة و أساس تقييد الوصية
- 22..... الفرع الأول : منع الإضرار بالورثة
- 23..... الفرع الثاني : تولى الشرع الخلفة في المال بالتنظيم
- 25..... المبحث الثاني : أسس حماية الورثة في التصرفات الملحقة بالوصية
- 25..... المطلب الأول : الأساس العام الذي تقوم عليه قرينة الإيضاء
- 26..... الفرع الأول : منع التحايل على أحكام القانون
- 28..... الفرع الثاني : سلطة القاضي في تكييف التصرفات القانونية
- 29..... المطلب الثاني : أساس حماية الورثة من تصرفات المريض مرض الموت
- 29..... الفرع الأول : مفهوم مرض الموت
- 32..... الفرع الثاني : تعلق حق الورثة بأموال المريض مرض الموت
- 36..... الفصل الثاني : التصرفات الساترة للوصية و أحكامها
- 37..... المبحث الأول : تصرفات المريض مرض الموت
- 37..... المطلب الأول : الحكم العام للتصرف في مرض الموت
- 38..... الفرع الأول : شروط إعمال المادة 776 من القانون المدني و حكمها
- 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
- 48.....الفرع الثاني : التصرفات التبرعية الصريحة في مرض الموت
- 52.....المبحث الثاني : التصرف لوارث مع الإحتفاظ بالحيازة و الإنتفاع بالشيء مدى الحياة
- 53.....المطلب الأول : شروط التصرف الوارد بالمادة 777 من القانون المدني
- 53.....الفرع الأول : أن يتم التصرف لأحد الورثة
- 54.....الفرع الثاني : أن يحتفظ المتصرف بحيازة العين المتصرف فيها مدى الحياة
- 55.....الفرع الثالث : أن يحتفظ المتصرف بحقه في الانتفاع بالعين المتصرف فيها مدى الحياة.
- المطلب الثاني : أحكام التصرف لوارث مع الإحتفاظ بالحيازة والإنتفاع مدى الحياة وقواعد الإثبات المتعلقة به.....
- 57.....الفرع الأول : خضوع التصرف لأحكام الوصية
- 60.....الفرع الثاني : قرينة نية الإيضاء بسيطة قابلة لإثبات العكس
- 62.....خاتمة
- 64.....المراجع
- 67.....الفهرس