

المركز الجامعي نور البشير - البيض -
معهد الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق



حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون الجزائري

مذكرة مكملة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون الأسرة

تحت إشراف:

- د / بن الدين فاطمة

إعداد الطالبتين:

- حواسين عائشة

- داي صليحة

لجنة المناقشة:

- مشرفاً -

- رئيساً -

- مناقشاً -

- د. بن الدين فاطمة

- د. علاوي عبد اللطيف

- د. زايد محمد

التشكرات

نحمد الله عز و جل الذي ألهمنا الصبر و الثبات و القوة على مواصلة المشوار الدراسي و توفيقه لنا لمواصلة هذا العمل، و الصلاة والسلام على سيدنا محمد و على آله و صحبه أجمعين.

نتقدم بجزيل الشكر و التقدير للأستاذة الفاضلة بن الدين فاطمة لقبولها لإشرافها على هذا العمل و حرصها على أن يكون هذا العمل في صورة كاملة، نسأل الله أن يُجازيها عنا كل خير على المجهودات التي بذلتها من أجلنا و على النصائح التي كانت نَصَب أعيننا و هي تتتبع هذا البحث بكل إهتمام.

كما نتوجه بجزيل الشكر و الإمتنان الى إدارة و أساتذة المركز الجامعي.

إهداء

أهدي ثمرة عملي هذا الى روح أبي الطاهرة رحمه الله، والى من جعلت الجنة تحت قدميها والصبر مليء كفيها، إلى التي حملتني وحضنتني وليدة وأفاضت عليا من حبها، إلى التي سهرت الليالي حتى أوطنتني إلى هذه الدرجة، أمي الغالية أبقاها الله تعالى.

الى من دعمني ماديا و معنويا زوجي و سندي في الحياة رحمه الله، الى أبنائي حفظهم الله .

كما أهدي عملي هذا الى الذين كانوا سندي و كانوا ولا زالوا قدوتي في الحياة، إلى الذين كانوا سببا في وصولي إلى هذا المستوى. إخوتي. أخص بالذكر أبناء أخي.

الى صديقاتي في العمل، و خاصة رفيقتي في هذا البحث المتواضع والى كل العائلة دون استثناء. و إلى كل من ساعدنا في إنجاز المذكرة.

إهداء

دای طلیحة

قائمة المختصرات

ج جزء.

ص الصفحة.

ق.م.ج قانون مدني جزائري.

ق.أ.ج قانون أسرة جزائري

مقدمة

لقد جعل الله المال وديعة في يد الإنسان لأجل معلوم ينتهي بموته و مغادرته هذه الدنيا، فالله سبحانه وتعالى هو المالك الحقيقي للمال و ما الإنسان إلا خليفة الله في ماله.

حيث أنه و بعد موت الإنسان تصبح واقعة الوفاة سبب من أسباب كسب الملكية لأناس آخرين هم الورثة و ذلك عن طريق الميراث هذا الأخير حضي بتنظيم خاص من لدن العليم الخبير، و هو نفسه التنظيم المتبع في التشريع الوطني حيث أعتبر الميراث من النظام العام، فلا دخل لإرادة الوارث أو المورث فيه. لهذا تعتبر الوصية سبب لكسب الملكية بعد الوفاة حيث يمكن للشخص أن يوصي ما يشاء من ماله لشخص أجنبي من غير وراثته، إلا أن هذا الإيحاء يكون وفق قيود محددة شرعاً و قانوناً فلا يتجاوز مقدار المال الموصى به ثلث التركة، كما يشترط أن يكون الإنسان في صحة جيدة و هذا دفعا لأي ضرر بالورثة و حقهم المحتمل في التركة وكذا عدم صحة الوصية لو ارث.

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 الإيحاء 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 .

إلا أن التشريع الإسلامي والقوانين الوضعية قد قيدت هذه الحرية بقيود و ضوابط من أجل حفظ الحقوق العامة و الخاصة، فالمريض قد يشعر بدنو أجله بالرغم من تمتعه بكامل قواه العقلية يقدم على أحد التصرفات التبرعية كالوصية بنية التقرب إلى الله عز وجل كإعانة المحتاجين والتكفير عن بعض ذنوبه... و بنية الإضرار بالورثة أو التهرب من سداد الديون أو الإنقاص من قيمة موجودات تركته، إذ تعد وصية المريض مرض الموت من المسائل المهمة، فهي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، نافذة كوصية الصحيح إذا قصد بها التبرع، وإذا نشأ هذا التصرف كامل الشروط والأركان فلا بد أنه سيرتب آثاره القانونية من لحظة وفاة الموصي.

و نظراً لحساسية فترة مرض الموت لا بد من تقييد تصرفات المريض في ممتلكاته لتوفير الحماية القانونية للدائنين و للورثة.

و عليه يطرح الاشكال الآتي:

كيف تتم حماية الورثة من الوصية المستترة و التصرفات الملحقة بها ؟

تكمن أهمية هذا الموضوع في ضبط القيود الواردة على تصرفات المُوَرِّث المريض مَرَض الموت و لتعريف الورثة بحقوقهم للمطالبة بها، التعريف بكل الجوانب الخفية للوصية، معرفة التصرفات الساترة، تبيين ما نص عليه المُشَرع من قُيود لحماية الورثة من التصرفات الساترة للوصية، اثناء المكتبة الجامعية ببحوث أكاديمية معتمدة.

و الهدف من هذه الدراسة هو تقريب المفاهيم و تبيين القيود المتعلقة بالوصية الساترة، إطلاع الورثة بحقوقهم في تركة المريض مرض الموت، فتح باب لدراسات أكثر شمولاً و احاطة بالموضوع.

أما فيما يخص الأسباب وراء اختيار للموضوع هو غياب تعريف جامع في التشريع الجزائري لمرض الموت و نظراً للحالة التي يكون عليها المريض آخر أيامه فيقوم بتصرفات ضارة بالتركة، عدم إدراج أحكام خاصة في قانون الأسرة تنظم تصرفات المريض مَرَض الموت و توضيح موقف المُشَرع الجزائري و الشرع في تنظيم أحكام الوصية في مَرَض الموت، تبيين أحكام وصية المريض مرض الموت ومدى نفاذها في حق الورثة.

و للتفصيل في هذه الدراسة، تم اتباع المنهج التحليلي الوصفي، وذلك من خلال التفصيل وتحليل الوقائع و الأحكام المتعلقة بتصرفات المريض مَرَض الموت في تركته بين الضرر و النفع و ادراج القيود الواردة عليها، كما تم اتباع المنهج الاستدلالي من خلال الاستدلال من القرآن و بقرارات المحكمة العليا.

من بين أهم المعوقات التي واجهتنا في اعداد هذا البحث قلة المراجع، و عدم وجود نصوص قانونية تضبط التصرفات الساترة.

- أما الدراسات السابقة التي تم الاطلاع عليها والتي ذات صلة بالموضوع هي:
مذكرة نهاية الدراسة لإستكمال متطلبات شهادة الماستر تخصص احوال شخصية، حماية الورثة من الوصية المستترة بين الشريعة و القانون للباحثة حران سميرة ام نائل، وايضا مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع العقود و المسؤولية ، للباحث العربي زنتو، حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون الجزائري.
الجديد الذي أتت به المذكرة الحال هو الإدراج والتدعيم بقرارات المحكمة العليا الجزائرية في حين ان الدراستين كانتا قد تطرقتا الى الأحكام والقرارات المقارنة خاصة المصرية.

وللإجابة على الإشكالية قسمنا البحث إلى شقين (فصل أول) هو الإطار المفاهيمي للوصية، ينقسم الى بحثين الأول مفهوم الوصية و التصرفات الساترة لها و كذا المبحث الثاني أسس حماية الورثة من التصرفات الساترة. أما الفصل الثاني هو الاحكام القانونية للوصية المستترة كآلية لحماية الورثة، وهو أيضا له قسمان (المبحث الأول) الأحكام القانونية المتعلقة بالموصي، و في (المبحث الثاني) الأحكام المتعلقة بالمريض مَرَض الموت.

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للوصية و التصرفات الساترة لها

تمهيد:

من أهم الآثار المترتبة على وفاة الشخص إنتقال ممتلكاته لغيره سواءً لدائنيه أو لورثته أو الموصى لهم، فقد وضع الشارع و القانون قواعد واضحة تنظم الميراث.

فالشريعة 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 مرض الموت، فألحقت هذه التصرفات بأحكام الوصية، مالم تثبت نية التهرب من أحكام الوصية. و في هذا الفصل سنتطرق لتعريف الوصية و مشروعيتها في المبحث الأول، و في المبحث الثاني لأهم الأسس لحماية الورثة من الوصية المستترة

لذا سنحاول توضيح الأحكام و الأسس التي جاءت بها الشريعة الإسلامية، ومن ثم القانون تقييدا لحرية الإيضاء.

المبحث الأول مفهوم الوصية و التصرفات الساترة لها

تعتبر الوصية تصرف مضاف لما بعد الموت فالوصية نوع من أنواع عقود التبرعات المالية و تكون بإرادة منفردة للموصي، الذي له الحق في الإيضاء غير أن الشرع و القانون قيد هذا الحق، ومن خلال هذا المبحث سنتعرض لتعريف الوصية و مشروعيتها في المطلب الأول، و التصرفات الساترة لها في المطلب الثاني.

المطلب الأول : الوصية مشروعيتها و أركانها

للإحاطة بتعريف الوصية يتوجب التفصيل فيها لما جاء به الشرع و القانون .

الفرع الأول : تعريف الوصية و مشروعيتها

أولا تعريف الوصية لغة : أصل الوصية من الوصل، قال ابن فارس "الواو" و "الصاد" و "الياء" أصل يدل على وصل شئ بشئ، و وصيت الشئ وصلته.¹

- الوصية في اللغة تطلق على معان عدة، يقال : أوصيت إلى فلان بمال جعلته له و أوصيته بولده استعطفته عليه ، وأوصيته بالصلاة أمرته بها.

¹ معجم اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط 4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004، ص 1059

- كما ان الوصية والإيصاء كلمتان: الأولى منها مأخوذة من وصى، يقال وصى فلان بكذا يوصى، توصية ووصية و الثانية مأخوذة من اوصى يقال اوصى فلان بكذا، يوصي، ايصاء. وكل الكلمتين تطلق في اللغة بمعنى العهد الى الغير في القيام بأمر من الأمور، سواء اكان القيام بذلك الأمر حال حياة الطالب، ام كان بعد وفاته.¹

ثانياً: اصطلاحاً: هي تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع ، سواء كان الموصى به عينا كأن يوصي بدار أو بمال ، أو بمنفعة كأن يوصي بسكنى هذه الدار أو بغلة الحديقة.¹

كما أن قانون الأسرة لم يبتعد عن هذا التعريف في المادة 184 منه حيث نصت على أن : "الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع".

و يستخلص من العبارات المستعملة في هذا التعريف ما يلي :

- إن استعمال مصطلح "تمليك" يجعل هذا التعريف جامعاً و شاملاً لكل أنواع الوصايا؛ سواء كانت واجبة أو مندوبة ، وسواء كانت بالمال أو بغيره، فهي بذلك تشمل التمليك، والإسقاط، وتقرير مرتبات، كما تشمل الوصية بالمنافع من السكن لدار أو الزراعة لأرض، و الوصية بالأعيان من منقولات أو عقارات.

- إن المقصود بعبارة "مضاف إلى ما بعد الموت" هو أن الوصية لا تنفذ إلا بعد الموت الموصي؛ و بالتالي يخرج عن هذا التعريف الهبة .

- يستخلص من مصطلح "تبرع" إخراج الوصايا التي تنبني على بيع أو إيجار لشخص ما ، وذلك باعتبار الوصية تتم بدون عوض باعتبارها ما أوجبه الموصي في ماله تطوعاً بعد موته .²

الوصية في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية:

أ/ تعريف الحنفية: تملك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان ذلك في الأعيان أو المنافع.

ب/ تعريف المالكية: الوصية: (عقد يوجب حقاً في ثلث عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده).

ج/ تعريف الشافعية: الوصية: (تبرعٌ بحقٍ مضاف و لو تقديراً لما بعد الموت).

د/ تعريف الحنابلة: الوصية: (هي التبرع بعد الموت).

التعريف المختار: هو تعريف المالكية، لأنه أجمعها و أكثرها دقة.¹

¹ محمد أبو زهرة. شرح قانون الوصية. دار الفكر العربي. مصر. 1988. ص 11.

² يوسف سرطوط، محاضرات الهبة و الوصية، تخصص قانون أسرة، المركز الجامعي نور البشير البيض، ص19.

ثانيا: مشروعية الوصية

الوصية مشروعة بالكتاب و السنة و الاجماع

أولاً: الأدلة من الكتاب قوله عز وجل ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدِينَ وَ الْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾ .¹

و معنى الآية الكريمة فرض الله إذا حضر أحدكم علامات الموت و مقدماته إن ترك مالا-الوصية بجزء من ماله للوالدين و الاقربين مع مراعات العدل فلا يدع الفقير و يوصي للغني ، ولا يتجاوز الثلث. قال تعالى ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينَ ﴾ .²

و معنى الآية الكريمة: تقسيم التركة يكون بعد إخراج وصية الميت في حدود الثلث أو إخراج ما عليه من دين. و منه فهذه النصوص جعلت الميراث مؤخرًا عن تنفيذ الوصية و أداء الدين مما يدل على مشروعيتها. ثانيا: في السنة فما رواه عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه و سلم قال: "ما حق امرئ مسلم له شيء يريد ان يوصي فيه يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عنده " متفق عليه. قال عبد الله بن عمر: " ما مرت علي ليلة منذ سمعت رسول الله صل الله عليه و سلم قال ذلك إلا و عندي وصيتي" صحيح مسلم.³

- قال الشافعي: معنى الحديث من الإحتياط للمسلم أن تكون وصيته مكتوبة و يُسْتَحَبَّ تعجيلها و أن يكتبها في صحته و يُشْهَد عليه فيها.

ثالثاً: بالإجماع: اتفق الفقهاء على أن الوصية مرغوب فيها استناداً الى هذه الآيات القرآنية والأحاديث الشريفة المذكورة، نجد ان علماء الشريعة الإسلامية اجمعوا كلهم على جواز الوصية و مشروعيتها في كل الأزمنة وذلك في حدود الثلث.⁴

¹ سورة البقرة، الآية 180

² سورة النساء، الآية 12.

³ احمد محمد داود، الحقوق المتعلقة بالتركة في الفقه و القانون، دار الثقافة للنشر و التوزيع الاسكندرية، ص107.

⁴ يوسف سرطوط، مرجع سابق، ص21.

الفرع الثاني : أركان الوصية

ذهب جمهور الفقهاء المالكية، الشافعية، الحنابلة الى أن للوصية أركاناً أربعة: الصيغة، الموصى، الموصى له، الموصى به. بينما يرى الحنفية أن الركن الوحيد هو الصيغة فقط

ومنه نجد قانون الأسرة يتماشى مع معظم الفقهاء ، فصلها على النحو التالي :

أولاً: الصيغة

تتكون الصيغة من الإيجاب و القبول فالأصل في صيغ التصرفات أن تكون منجزة، و لا يخرج عن هذه القاعدة إلا الوصية؛ فهي تأبى التجيز، و ذلك بحكم طبيعتها لأنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، و بالتالي فإن صيغتها لا تكون إلا مضافة إلى أجل 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، و حجته 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 جبراً عنه غير الميراث بمقتضى نص الشارع، و لأن الموصى له يجب أن يعطى حق الرد دفعا لاحتمال الضرر، فضرر المنة ثابت، و من الناس من لا يقبله، و لأن الموصى به قد يكون ملزماً بمؤن أكثر مما فيه من نفع .⁴

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.

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

و عليه فإن القبول لا يكون إلا شرطا للزوم الوصية، وبه تثبت ملكية الموصى به.¹ أما بالنسبة للتعبير عن هذه الصيغة، فقد اختلفت المذاهب في وسائله من عبارة وكتابة وإشارة... إلخ، و بالرجوع إلى الأحكام العامة للقانون المدني فإن التعبير عن الإرادة حسب المادة 60 منه يكون باللفظ، و بالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه، و يجوز أن يكون ضمنا 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 شروطا لا تصح الوصية إلا بها.

ثانيا : الموصي

الموصي: هو كل مالك صحيح للملك و له عدة أحوال 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 : تطبيقا للمادة 186 السابقة الذكر فإن وصية المجنون تعد باطلة بطلانا مطلقا باعتباره عديم الأهلية، كما ينطبق هذا الحكم أيضا على المعتوه، وحسب المذهب المالكي، فإن الوصية متى صدرت صحيحة لا تبطل بزوال أهلية الموصي بعد ذلك .²

- البلوغ : إن الوصية تبرع مالي، وهي من التصرفات الضارة ضررا محضا؛ إذ لا يقابلها عرض دنيوي، و عليه فإن الوصية الصادرة عن صبي مميز تكون باطلة بطلانا مطلقا، 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 .²

- الرضا : يجب أن يتوافر رضا الموصي بالإيضاء، كما هو الحال في باقي التصرفات خاصة في الهبات و التبرعات، و إلا كانت غير صحيحة، و لهذا فمن المتفق عليه فقها و قضاء أن وصية المكره و الهازل و المخطيء 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".

¹ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني. الميراث و الوصية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2004، ص230.

² عمر حمدي باشا، عقود التبرعات-الهبة-الوصية-الوقف، دارهومة، الجزائر، 2004، ص47.

ثالثا : الموصى له

هو من صدرت الوصية لصالحه سواءاً كان شخصا طبيعيا موجودا فعلا أو حكماً كالجنين يشترط في الموصى له أن يكون موجودا، معلوما، أهلا للملك، و الإستحقاق، و ألا يكون جهة معصية، و لا قاتلا للموصى 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" .¹ و إتفقت كل هذه المواد في ضرورة الولادة المصحوبة بعلامة ظاهرة للحياة² ، و هذا ما جاء موافقا لما ذهب إليه أحكام الفقه الإسلامي .

و قد تكون الوصية في بعض الحالات لشخص لم يولد بعد إلى من لم يكن موجودا وقت إنشاء الوصية ، ويحتمل أن يوجد في المستقبل سواء وجد عند الوفاة أو لم يوجد إلا بعدها ،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 ، التي تجيز 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 .³

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.³

¹ العربي بلحاج، مرجع سابق، ص.256

² عمر حمدي باشا، مرجع سابق، ص.48

³ محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، دار الفكر العربي، مصر، 1988، ص.71.

و قد قرر جمهور الفقهاء هذا الشرط حتى يمكن تنفيذ الوصية؛ ذلك أنها لا تلزم إلا بقبول الموصى له (المواد 184 و192 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.²

3- أن يكون الموصى له أهلاً للملك و الإستحقاق : فقد اتفق الفقهاء باستثناء الحنابلة الذين لهم رأي مخالف على اشتراط ذلك، و عليه فلا تصح الوصية لحيوان مثلاً، و تبطل على أساس أن الموصى له ليس أهلاً للملك و الإستحقاق .

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

4- ألا يكون الموصى له جهة معصية : و يقصد بالجهة المعصية الجهة المحرمة شرعاً و قانوناً، فالوصية شرعت لتكون قرابة 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.²

و قد تكون الجهة الموصى إليها غير محرمة في ذاتها، و لكن الباعث عليها محرم، كالوصية التي يكون الهدف منها إستمرار العلاقة غير الشرعية بين الموصي و الخلية، فالرأي الراجح هنا - حسب المالكية 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.

و بالرجوع إلى القانون المدني فإننا نجد أقرب إلى هذا الرأي من خلال المواد 97 و98 منه .

5- ألا يكون الموصى له قاتلاً للموصي : إختلفت 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 الإستحقاق في الوصية، و هذا استنادا إلى قوله - صلى الله عليه و سلم - : " لا وصية لقاتل"، غير أنه يرى أن الوصية تصح للقاتل خطأ؛ لأنها تملك كالهبة، أما إذا حصل القتل عمدا بعد إنشاء الوصية حرم الموصى له من الوصية، كما تنفذ الوصية التي تنشأ بعد الإصابة المفضية إلى الوفاة إحتراما لإرادة الموصي.¹

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، 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 .²

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"، و عن ابن عباس قوله : قال رسول الله - صلى الله عليه و سلم - : " لا وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة".³

و قد اختلفت قوانين الدول الإسلامية في شأن جواز الوصية لوارث من عدمه، أما المشرع الجزائري فقد أخذ بهذا الشرط بنص المادة 188 من قانون الأسرة، و قضت به المحكمة العليا في قراراتها .

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

¹ العربي بلحاج. المرجع السابق. ص 259 .

² العربي بلحاج. المرجع نفسه. ص 260 .

³ رواه الدارقطني و البيهقي .

رابعاً : الموصى به

يشترط في الموصى به أن يكون مالا قابلاً للتوارث، و أن يكون متقوماً و قابلاً للتملك، كما يشترط أن يكون موجوداً عند الوصية و غير مستغرق بالدين و ألا يزيد عن ثلث التركة .

- أن يكون الموصى به مالا قابلاً للتوارث : فالموصى به الذي يصلح للإيصاء 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 نحوها²
- 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 كالمنافع مثل سكن دار، أو زراعة أرض و غيرها.³

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 متقوماً و قابلاً 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.

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 .

¹ تنص المادة 188 من قانون الأسرة : "لا يستحق الورثة الوصية من قتل الموصي عمدا".

² رواه الترمذي .

³ رواه الدارقطني .

3- أن يكون الموصى به موجودا عند الوصية : و هذا الشرط متفق عليه إذا كان المال معيناً بالذات أو جزءاً شائعاً 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.¹

و هذه الأحكام أكدها المشرع الجزائري في المادة 190 من قانون الأسرة التي تشترط أن يكون الإيصال بالأموال التي يملكها الموصي عند الوصية، و يقصد هنا الأشياء المعينة بالذات، أما إذا كان الموصى به غير معين بالذات و لم يكن جزءاً في شيء معين و لا نوع معين، بل كان شائعاً 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 يستأنه فتكون له الغلات المستقبلية ما دام حياً، لأن الوصية بالغلة من قبيل الوصية بالمنافع، و هذه الأخيرة تجوز الوصية بها مع أنه يحصل عليها وقتاً بعد آخر في المستقبل بعد وفاة الموصي.

4- ألا يكون الموصى به مستغرقاً بدين: يشترط لنهاذ الوصية ألا يكون الموصي مديناً مستغرقاً بجميع 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.²

أما بالنسبة لأساس تقديم الدين على الوصية مع قوله تعالى : "من بعد وصية توصون بها أودين"³ 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 - صلى الله عليه و سلم - 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،

¹ عمر حمدي باشا. المرجع السابق. ص 55 .

² محمد أبو زهرة. شرح قانون الوصية. المرجع السابق. ص 100 .

³ سورة النساء. الآية 12 .

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" و يقول - صلى الله عليه و سلم - "إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند مماتكم" .

ونترك التفصيل في هذه الأحكام عند الحديث عن تقييد حرية الإيضاء في المطلب التالي .

المطلب الثاني : التصرفات الساترة للوصية

هناك بعض التصرفات مضافة لما بعد الموت و يصفها الأشخاص بأنها منجزة للتهرب من بعض القيود و هذا ما يسمى بالتصرفات الساترة، أي ستر الوصية تحايلا على القانون الذي قيّد حرية الإيضاء

الفرع الأول : تعريف التصرفات الساترة للوصية و مشروعيتها

التصرفات الساترة هي كل التصرفات التي يلجأ لها المريض أثناء فترة مرض الموت و من شأنها الإضرار بحقوق الورثة للهروب من القيود المفروضة على الوصية و لهذا سُميت ساترة فالشريعة الإسلامية و القانون الجزائري قيّدوا حق التصرف في المال بالوصية، فوجد مقدار الوصية الثلث حسب المادة 185 من قانون الأسرة فالموصي يتهرب من هذه القيود لجأ لإخفاء حقيقة التصرفات التي تُعتبر تبرعية في بمظهر معاوضة، غير أنها في حقيقتها دون مقابل و هذا هو معنى ستر الوصية لرغبة المُوَرِّث من جرمان بعض الورثة من حقهم الشرعي في الميراث، أو تفضيلا لبعضه على آخرين، أو رغبة منه في تقسيم تركته حال حياته، فإنه يصبغ على تصرفاته شكل تصرفات منجزة كالبيع أو الهبة وهذا تحايلا على القانون. إلا أن هناك قرائن يستخلص منها هذا التحايل أنشأ من خلالها المشرع قرينة قانونية بنص المادة 777 من القانون المدني مثلا ،كما أن المريض مرض الموت وهو يشعر بدنو أجله قد يفضل أحد الورثة أو أجنبيا فيحايبه بتصرف منجز أو مضاف إلى ما بعد الموت، وهذا ما ألحقه المشرع بالوصية .أيضا في العديد من النصوص القانونية.

يرى الإسلام أن الوصية باب من أبواب الاتفاق على الأقرباء الذين لا يرثون وعلى وجوه الخير عموما، كالوصية للفقراء أو المستشفيات، وعليه فالهدف منها هو تحقيق التكافل الاجتماعي، إلا أنه تعتبر الوصية مكروهة في بعض الحالات الأخرى كوصية صاحب المال القليل للغير مع أن ورثته كثيرون ومحتجون ، مصادقا لقوله عليه الصلاة والسلام «إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس» ، وعليه فتحقيقا لهذا الغرض فتكون الوصية باطلة في الشرع والقانون إذا كان القصد منها هو الإضرار بالورثة، وقد نهت الشريعة الإسلامية عن إنشاء وصية الضرار .

قد يتحقق عنصر الإضرار إذا اتجهت نية الموصي إلى الإضرار أي قصد حرمان ورثته من بعض ماله كأن يقر صراحة في الوصية، أو يستخلص من اشتغال الوصية على شرط يتوقف تنفيذها على تحقيقه كأن يوصي الشخص بجزء من ماله إذا تصرف وارثه تصرفاً معيناً، ولكن لم يشترط الفقهاء توافر قصد الإضرار بل يكفي تحقق الضرر الأكيد بالنسبة لحقوق الورثة و أن تتم خلال مرض الموت

الفرع الثاني : صور التصرفات الساترة للوصية و مبطلاتها

أولاً: البيع في مرض الموت

البيع هو انتقال المبيع الى المشتري و يكون بإرادتين منفردتين و قد يتم هذا العقد في فترة مرض الموت، و الذي يُعرف بأنه المرَض الذي ينتهي بوفاة البائع، فبالرجوع لفقهاء الإسلام فقد وردت العديد من التعريفات منها: (مرض الموت هو الذي يغلب فيه الخوف من الموت ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه . كما عرفته محكمة النقض المصرية في أحكامها المستقرة بأنه (المرض الشديد الذي يغلب فيه الهالك، والذي ينتهي بموت المريض). و يؤخذ من التعريفات السابقة أن هناك شروط ثلاثة ليكون المريض مرض الموت من شأنها أن تقيم في نفس المريض حالة نفسية هي أن أجله قد دنا، و أنه مشرف على الموت، وهذه الشروط هي كالآتي:

✓ أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه

✓ أن يغلب في المرض خوف الهالك

✓ أن ينتهي المرض بالموت فعلاً

وقد حدد الفقهاء المعيار الزمني لمرض الموت بسنة كاملة، فإذا مات بعد سنة كان في حكم الأصحاء وبالتالي تكون تصرفاته صحيحة، و يرجع سبب تقييد التصرف في مرض الموت إلى تعليق حق الورثة بأموال المريض.¹ وبالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا المتعلقة بالتصرفات في مرض الموت فإن العديد منها يشير إلى وقوع التصرف في مرض الموت دون إعطاء تعريف دقيق له، باستثناء بعض القرارات، كالقرار الصادر بتاريخ 1984/07/09 حيث قضت انه: (من المقرر فقهاً و قضاءً أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيراً و يجر إلى الموت).

حيث أن البيع في فترة مرض الموت يتم وفق إجراءات البيع، ويستوفي كل شروطه و إلا يمكن إبطاله و هذا التصرف ساتر للوصية ويتم قبض الثمن مع الإحتفاظ بالشيء المبيع و الإستفادة منه مدى الحياة أو الاعتراف بأن المقابل دين و لا يوجد إثبات لهذا الدين، وقد نظمها المشرع الجزائري في المادة 409/408 من القانون المدني.²

¹ حسنى محمود عبد الدايم، مرض الموت واثره على عقد البيع دراسة معمقة و مقارنة بالفقهاء الإسلاميين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 105.

² نبيل صقر، تصرفات مريض مرض الموت الوصية البيع الهبة الوقف الكفالة الإبراء الإقرار الخلع الطلاق، دار الهدى، عين مليلة،

ثانيا: التصرفات التبرعية في مرض الموت

هي جميع التصرفات التي تكون دون عَوْض و مثالها: الهبة، الوقف، الإبراء و الإقراء وهي ضارة بالمتصرف لذا ظبطها المشرع بطوابط خاصة المتعلقة بأهلية المتبرع إذا كان الواهب يتمتع بأهلية التبرع و ليس مريض جاز ذلك، وله أن يَهَبَ ما يشاء من ماله و لمن يشاء سواءً كان وارث أو لغير وارث ، (المادة 205 من قانون الأسرة).¹

غير أنه في حالة مرض الواهب مرض الموت تنقيد حرية الهبة و لصاحب المصلحة حق الطعن فيها بعد موت الواهب حسب المادة 204 من قانون الأسرة التي تنص على أن الهبة في مرض الموت تُعَدُّ وَصِيَّة. أما الوقف فنظمه المشرع الجزائري في المواد 213 إلى 219 من قانون الأسرة، كما تنص المادة 4 قانون الأوقاف على أن عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة. ففي قانون الأسرة فقد نصت المادة 215 على تطبيق المادة 205 منه على الوقف و التي تنص على اعتبار الهبة في مرض الموت والأمراض و الحالات المخيفة وصية.

وعليه فإن الوقف في مرض الموت يأخذ حكم الهبة في مرض الموت وتسري عليه أحكام الوصية و هذا ما يطابق ما أخذ به جمهور الفقهاء.

و في حالة الإبراء والإقرار في مرض الموت فلهما نفس 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 تطبيقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، إضافة إلى تطبيق الحكم العام للتصرفات القانونية التي تصدر عن الشخص في مرض الموت بقصد التبرع الوارد بالمادة 776 من القانون المدني²، و بالتالي تسري عليه القيود الواردة على الوصية و التي سبق بيانها.

¹ حسنين محمد، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2001، ص.216.
² زروق عبد الرؤوف، حموش محمد، حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة نهاية التكوين، المدرسة العليا للقضاء، 2006/2005، ص.21.

مبطلات التصرفات الساترة للوصية:

يقوم بعض الأفراد بتصرفات كالبيع و الهبة و تكون مضافة لما بعد الموت فهنا ستر للوصية و هذا ما يعتبر تحايل على أحكام القانون، فالقصد منها تملك أو تبرع لما بعد الموت و هنا لا يجب العمل بما يصفه الأشخاص لهذه التصرفات و إنما تثبت من الناحية العملية و لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالتصرف الحقيقي و يقع على عاتقه إثبات التحايل و يتم الإثبات بالقرائن القضائية و يثبت عدم تنفيذ التصرف قبل الوفاة و قد يشمل التصرف كافة الممتلكات، أو عند عدم تسجيله أو الإحتفاظ به لدى المتصرف مدى الحياة¹، و منه على الورثة أن يُقيموا الدليل و للقاضي السلطة التقديرية في اثبات التصرف أو بطلانه، و على القاضي التحقق من توفر الشروط، وهنا نفرق بين الدفع بالصورية و الدفع بالتحايل على نظام الإرث.

أ/ الدفع بالصورية:

هي إخفاء متعاقدين لحقيقة التصرف تحت مظهر كاذب بغرض إيقاع الغير في الغلط و قد يقترن بالغش، وقد يخلو من الغش عند إمتناع صاحبها من الكشف عن حقيقة الأمر.

ب/ التحايل على القانون (الغش):

و يكون متى كانت شروط العقد ظاهرة غير مستترة كالهبة مع الإحتفاظ بالحياة مدى الحياة. أما إذا ادعى الورثة وجود وصية مستترة تحايلا على تقيد حرية الإيضاء فإنهم يستمدون حقهم من القانون مباشرة لا من المورث، حماية لهم من تصرفات المورث التي قصد بها التحايل على القانون بإعتبار أن التركة حق مقرر للوارث 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، وبالتالي جاز لهم الإثبات بكافة الطرق دون التقيد بقاعدة عدم جواز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة، على أساس وجود غش أو تحايل على القانون.²

¹ العربي زنتو، حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع العقود و المسؤولية، جامعة الجزائر 1 ، سنة 2014/2015، ص53.

² حران سميرة او نائل، حماية الورثة من الوصية المستترة بين الشريعة و القانون الجزائري، مذكرة نهاية الدراسة لإستكمال متطلبات شهادة الماستر تخصص احوال شخصية، جامعة زيان عاشور الجلفة، سنة الجامعية 2013/2014، ص 27.

المبحث الثاني أسس حماية الورثة في التصرفات الملحقة بالوصية

يستمد قانون الأسرة الجزائري من الشريعة الإسلامية فهي مصدر أساسي له فلكل شخص حق التصرف في ماله مادام حي و في المقابل جعلت للوارث حق في مال مورثه .
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 يصيب 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 فيحابيه بتصرف منجز أو مضاف إلى ما بعد الموت، وهذا ما أحقه المشرع بالوصية .أيضا في العديد من النصوص القانونية .

المطلب الأول : الأساس العام الذي تقوم عليه قرينة الإيضاء

قد وضع القانون المدني و قانون الأسرة الجزائري مواد و قرائن ليضبط تصرفات الشخص في ماله و التي تأخذ حكم الوصية و ذلك لمنع التحايل على القانون و إعطاء القاضي سلطة تكييفها.

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 الأمرة المقيدة لحرية الإيضاء، و التي سبق الإشارة إليها؛ لأن القصد هنا هو التبرع من ناحية، و إضافة التملك إلى ما بعد الموت من ناحية أخرى¹، وهي بذلك تحقق كل أهداف الوصية دون أن تنتقد بأحكامها الأمرة فيلجأ الطرفان مثلا إلى إظهار الوصية بمظهر البيع فيذكر في العقد ثمن صوري لا يلتزم المشتري به في حقيقة الأمر، أو يضعونه في قالب الهبة بإبرامه في شكل تصرف منجز، و لكن يحرص على أن تبقى للبائع المزايا العملية للملكية فيحتفظ البائع بحق الإنتفاع بالعين المبيعة طول حياته، أو يشترط منع التصرف في العين محل العقد طوال حياة المتصرف، و الواقع أنه لا يجب النقيذ في هذا الصدد بما يضيفه الأفراد على تصرفاتهم من أوصاف، وإنما يجب الإعتداد بما يثبت من الناحية الواقعية، و عليه يكون لكل ذي مصلحة كالوارث

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

- 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، كأن تستخلص منه نية التبرع من كون المتصرف إليه لم يقبض ثمننا 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 .

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 يستتبط منها إعتبار التصرف وصية، سواء تم في مرض الموت (المواد 776، 408 و 409 من القانون المدني، 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 منع التحايل على القانون .¹

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 وملابساتها غير متقيد بما ورد في العقد، حيث يجوز للطاعن إثبات دعواه بطرق إثبات أخرى، وهذا لجواز إثبات التحايل على القانون بكافة طرق الإثبات .

و بالتالي جاز لهم الإثبات بكافة الطرق دون التقيد بقاعدة عدم جواز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة، على أساس وجود غش أو تحايل على القانون .

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

الفرع الثاني : سلطة القاضي في تكييف التصرفات القانونية

تكون سلطة القاضي في تكييف التصرف حماية للورثة، و بالتالي تثار هنا مسألة تفسير وتكييف التصرفات؛ فتكييف القاضي للتصرف يقتضي أولاً تفسير إرادة المتعاقدين، وهذا عمل القاضي للتعرف على نية المتعاقدين في التوجه إلى إبرام تصرف ما بتطبيق المادتين 111 و 112 من القانون المدني.¹

لا يخضع القاضي لرقابة المحكمة العليا في تفسير مسألة موضوعية ما دام قد التزم القواعد التي نص عليها المشرع في التفسير، بأن استخلص إرادة المتعاقدين من وقائع حقيقة مطابقة للثابت في أوراق الدعوى وتؤدي فعلاً 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 الواضحة³ و قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين مع استثناء عقود الإذعان. و بعد إستخلاص القاضي إرادة المتعاقدين يسلط عليها الوصف القانوني.

و لا تنقيد المحكمة بالتكييف الذي جاء به الأطراف بل تصححه من تلقاء نفسها ، شأن قواعد التكييف في 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 العليا²، فهو بصدد مسألة قانونية محضة، لأنه يترتب على التكييف آثار قانونية إذ أنه يطبق القانون على الواقع، و تطبيق القانون من المسائل القانونية.

¹ محمد حسنين. عقد البيع في القانون المدني الجزائري. ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر. الطبعة الرابعة. 2005. ص 6، 7 .

² مصطفى محمد الجمال. نظام الملكية. منشأة المعارف الإسكندرية. مصر. ص 407 .

³ و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية و المواريث بتاريخ 2002/01/16 ملف رقم 278004 .
المجلة القضائية. العدد الأول 2003. ص 367.

المطلب الثاني : أساس حماية الورثة من تصرفات المريض مرض الموت

قد يمر الإنسان بفترة مرض يَغْلِبُ فيها الهلاك و تؤدي الى الوفاة فيشعر المريض خلالها بقرب أجله و قد عرّفها الفقه و القانون بمرض الموت، في هذه الفترة يقوم المريض بتصرفات قانونية سواءاً لوارث أو لأجنبي فقام المشرع بتنظيمها في مواد كثيرة منها المادة 776، 408، 409 من القانون المدني و كذا المادة 204 و غيرها من قانون الأسرة، حمايةً لورثة المريض .

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

الفرع الأول: مفهوم مرض الموت

لم يرد في القانون تعريف دقيق و محدد لمرض الموت فيعرفه البعض أنه المرض الذي يَغْلِبُ فيه الهلاك و يعجز الإنسان فيه عن القيام بمصالحه و أن يموت بالفعل.

و التعريف السائد لمرض الموت في الفقه الإسلامي هو أنه "المرض الذي يغلب فيه الهلاك ويعجز الشخص عن القيام بمصالحه، و يتصل به الموت فعلاً، ولو كان المريض قد توفي لسبب آخر كحادث مثلا ما دامت وفاته قد وقعت في أثناء هذا المرض".¹

و يعرفه البعض أنه المرض الذي يتحقق فيه أمران أحدهما أن يكون مرضاً من شأنه أن يحدث الموت غالباً، و ثانيهما أن يموت الشخص بالفعل موتاً متصلاً به، وهنا تكون تصرفاته لخوفه من الموت المرتقب. حتى يمكن القول بمرض الموت هناك شروط متى توفرت وهي:

1/ عجز المريض مرض الموت عن قضاء مصالحه:

لتوفر هذا الشرط وجب عجز المريض مرض الموت على قضاء مصالحه العادية وهي المصالح التي من العادة أن يقوم بها و هو في صحته كالعامل و التسوق، فالعجز بسبب التعب و الأعمال الشاقة لا يُعد مرض الموت و كذلك الشيخوخة التي أضعفتها، فهذا لا يكون مريضاً مرض الموت، و يكون لتصرفاته حكم تصرفات الأصحاء، وهذا كون أن الشيخوخة لا تعد مرضاً، و إنّما هي مرحلة طبيعية لحياة الإنسان، فالشخص المسن يكون عاجزاً عن قضاء مصالحه في أغلب الأحيان و هذا ليس بالضرورة مرض الموت. وكذلك الأمراض المزمنة مثل الشلل إذا طال دون ان يشتد ثم انتهى بالموت ولكن بعد مدة طويلة فلا يعتبر مرض موت، لأن المريض أدخلت في نفسه الطمأنينة

¹ محمد صبري السعدي. شرح القانون المدني الجزائري. النظرية العامة للإلتزامات. العقد و الإرادة المنفردة. ج1. دار الهدى. الجزائر. الطبعة الثانية. 2004. ص 306.

لابتعاد خطر الموت العاجل، فالعبرة في تصور المريض بقرب أجله مما جعله يتصرف تصرفا يغلب فيه التوصيات. ومما تقدم فإن عجز المريض عن قضاء مصالحه علامة مادية تؤكد بأن المريض مصاب بمرض الموت و أن يكون المرض مما يغلب فيه الموت، ويرجع تقدير ذلك إلى أهل الاختصاص والخبرة من الأطباء مستعينين بالأجهزة الطبية المتطورة، ويدخل كل ذلك ضمن السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في التحقق من توافر شروط مرض الموت.

2/ أن يغلب في المرض خوف الموت:

فقد اشترط القانون الى جانب العجز عن قضاء المريض لمصالحه أن يغلب في المرض خوف الموت ، كالأمرض التي تنتهي في الكثير من الحالات بالموت، أو التي تكون في بدايتها عادية ثم تتفاقم مع مرور الزمن، من سوء إلى أسوأ ويصبح يخشى عليه الموت بسببه، فهذا الشرط ما أجمع عليه أغلبية الفقهاء المسلمون كما سبق بيانه.¹ أي أن يكون المرض مخوفاً وحصول الموت بسببه، أما المرض الذي عرف بكونه غير مؤد إلى الموت فال يعد مرض الموت ولو مات فيه المريض.¹

أما في **الفقه الحديث** فإن الدكتور السنهوري يرى بأنه لا يكفي شرط ان يقعد المرض المريض عن قضاء حاجاته بل يجب أيضا شرطا آخر وهو ان يغلب فيه خوف الموت، حيث يكون هذا المرض خطيرا أو من الأمراض التي تنتهي عادة بالموت، أو يكون مرضا بدأ بسيطا ثم تطور حتى تصبح حالة المريض سيئة يخشى عليه فيها الموت، اما إذا كان هذا المرض عاديا ولم يتفاقم إلى درجة الخطورة فانه لا يعتبر مرض الموت ولو أعجز المريض عن قضاء مصالحه لأنه لا يغلب فيه الهلاك ولا خوف الموت، فتكون تصرفات المريض في هذه الحالة حكمها حكم تصرفات الأصحاء، وكذلك الأمراض المزمنة فإنها إذا طالت بالمريض و أحس بابتعاد خطر الموت العاجل، لا تكون في هذا الوقت مرض الموت.²

3/ أن ينتهي المرض بالموت فعلا :

حيث يتحقق الموت بعد المرض مباشرة أي لا يفصل بينهما فترة صحة، وهذا سواء كان الموت بسبب المرض نفسه أو بسبب آخر كالموت حرقا أو غرقا، فإذا تصرف شخص في ماله أثناء مرضه عن قضاء مصالحه، و غلب فيه خوف الموت كان تصرفه معتدا 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 .

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - العقود التي تقع على الملكية - البيع والمقايضة، ج 4 ، منشأ المعارف، الإسكندرية، 2004 ،ص273/274.

² مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2 ، مطابع ألف باء، البادية، دمشق، سوريا، 1967 ،ص 80

و ترى الشريعة الإسلامية إلى أنه يشترط وفاة المريض قبل سنة من بدء المرض، أما إذا مضى أكثر من هذه المدة على بدء المرض و لم يموت المريض لم يعتبر مريضا مرض موت ولو كان المرض من الأمراض المزمنة، لأن الأصل 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 يموت إلا بعد انقضائها وهذا لتولد الشعور في نفسه بأنه مهدد بالموت في أي وقت .

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

و بالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا المتعلقة بالتصرفات في مرض الموت فإن العديد منها يشير إلى وقوع التصرف في مرض الموت دون إعطاء تعريف دقيق له 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".

¹ خليل أحمد حسن قعادة. الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري. ج 4 عقد البيع. ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر. طبعة 2001. ص 246 .

الفرع الثاني : تعلق حق الورثة بأموال المريض مرض الموت

لحماية الورثة من تصرفات المريض مرض الموت وضع القانون قيود تُقيد جميع تصرفات الشخص في فترة مرضه مرض الموت لكي يَحْضُلُوا على حقهم من ثلثي التركة، فقد أقرَّ الفقه الإسلامي أن حق الورثة من التركة يَتَعَلَقُ بأموال مُورِثِهِمْ قبل موته أي في فترة مَرَضِهِ لا من وقت مَوْتِهِ فقط، 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.¹

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 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 .

وقد أكد الفقهاء حق الورثة في حالة مَرَضِ الموت أنه حَق ثابت رَغْم اختلافهم في تكييفه فمنهم من اعتبره حَق ملكية كامل يثبت بمجرد المَرَضِ، و منهم من اعتبره حَق يَثْبُت بعد الموت مع الاستناد على وقت المرض و المنقذ عليه هنا تقييد تصرفات المريض² . وهنا نُفَرِّق بين الحُقوق المتعلقة بمال المريض كالتالي:

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

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

(3- حق الورثة و الذي يتمثل في ثلثي أموال المريض الخالي من الديون.²

و مما سبق فالنقييد يتحقق على تصرفات المريض إذا مَسَّت بحقوق الورثة و لهم حَق الاعتراض بعد موته و ليس في فترة مرضه، فشرط الموت هنا ضروري أما إذا كانت تصرفات المريض لا تضر بحقوق الورثة فلا حرج عليه.

¹ محمد أبو زهرة. الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية. دار الفكر العربي. مصر. ص 316 .

² د . أحمد فراج حَسَن ، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية ، لبنان ، ص 236.

و منه 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 للإبطال¹ ، و بالرجوع إلى النسخة الفرنسية لها نجد أنها تعتبر البيع في هذه الحالة بدون تراض، 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 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 محضا صادر عنه يكون باطلا مطلقا، فإذا سلمنا بذلك تكون تصرفاته التبرعية باطلة بطلانا مطلقا، وهذا ما لم يقل به أحد ، كذلك الأمر إذا اعتبرناه عديم التمييز فإن كل تصرفاته تكون باطلة بطلانا مطلقا .

- إذا اعتبرنا تصرفه باطلا بطلانا مطلقا فإنه لا يحق للورثة أن يجيزوا تصرفا تبرعيا لمورثهم على أساس أن الإجازة لا تلحق العقد الباطل بطلانا مطلقا، بينما للورثة حق إجازة الوصية التي تتجاوز الحدود المقررة قانونا .¹

¹ قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ: 1984/07/09 تحت رقم: 33719 ، مجلة قضائية، عدد 3 ، لسنة 1989.

خلاصة الفصل الأول:

الوفاة هي النهاية الحتمية لكل مخلوق فبعد وفاته تنتقل ممتلكاته ألياً الى ورثته أو دائنيه أو الموصى له، و لقد قيدت الشريعة و القانون أسس هذا الإنتقال، فقد يلجأ بعض الأشخاص لأساليب تموهية لإضفاء الشرعية على تصرفاتهم أثناء مَرَض الموت بِقصد حرمان الورثة من حَقهم؛ فالوصية تمليك مُضَاف لما بعد الموت بطريقة التبرع محلها إما عيناً أو مَنقول أو منفعة، إستمدت مشروعيتها من الكتاب و السنة و الإجماع. فاللوصية أسبقية على الميراث أهم أركانها الصيغة - الموصي - الموصي له - الموصي به. قد تتم هذه الوصية في مَرَض الموت مما يسمى الوصية المُستترة للهروب من القيود المفروضة فيقوم بِتَصرفات تبرعية في حقيقتها و معاوضة في ظاهرها و هذا هو سِتر الوصية لحرمان الورثة من حَقهم. من أهم صور التصرفات الساترة هي: البيع في مرض الموت و الذي يتم وفق إجراءات و شروط محددة مع الاحتفاظ بالمبيع مدى الحياة و كذلك التصرفات التبرعية التي تكون دون عَوَض هي الهبة - الوقف - الإبراء - الإقرار، فاللوصي أن يَهَب ما يشاء من ماله غير أنه في مَرَض الموت لِصاحب المصلحة الطَّعن في هذا التصرف فكل من الهبة و الإبراء و الإقرار يأخذ حكم الوصية في مَرَض الموت و يَتَّع عبئُ الإثبات على الورثة من خلال الدفع بالصورية و التحايل على القانون و للقاضي السُلطة التقديرية و التحقق من تَوْفُر الشروط.

و منه متى كانت هذه التصرفات في فترة المرض مَرَض الموت تُصبح محل شك و ريبه و يتحقق شرط مرض الموت عند عَجَز المريض عن قَضَاء مصالحه و موته خلال سنة من مرضه، فتقييد تصرفات المريض ليست لإنعدام أو نقص الأهلية لأن المرض لا ينقص من أهلية الموصي لأن التقييد يتحقق على تصرفات المريض إذا كانت هذه التصرفات تُضر بمصلحة الورثة، أما إذا كانت غير مضرّة بمصلحتهم فلا حَرَج فيها.

الفصل الثاني

الأحكام القانونية للوصية المستترة كآلية لحماية الورثة

تمهيد:

يحق لكل إنسان خلال تمتعه بكامل صحته إبرام أي تصرف قانوني يراه مناسباً ،سواء كان هذا التصرف بعوض أو بغير عوض ودون أي تقييد ،غير إن عند إصابته بمرض الموت من شأن هذا المرض أن يقيد حرية المريض في إبرام تصرفاته قانوناً¹ لأنه خلال هذه الفترة يمكن للشخص أن يلجأ خلال الفترة إضفاء صفة المعاوضة على تصرفه الذي قصد به التبرع، أو قد يعتمد القيام بتصرف عند تمتعه كان بكامل صحته إ كان يتصرف لأحد ورثته أو لغيره و يستثنى بطريقة ما الانتفاع بالشيء وحيازته مدى حياته، وذلك قصد التحايل على أحكام القانون المقيدة لحرية الايضاء كل هذه التصرفات إنما تكون تحايلاً على أحكام القانون المقيدة لحرية الإيضاء كما .

لذا فإنّ المشرع أقام قرائن قانونية حماية لمصلحة العامة بهدف صد التحايل على القانون من جهة، وحماية لحقوق الورثة من جهة أخرى و هذا سواء تعلق الأمر بالتصرفات المبرمة في مرض الموت أو بالتصرف لوارث مع الاحتفاظ بحيياة العين و الانتفاع بها مدى الحياة .
و على نحو ما تقدم نقسم هذا الفصل على مبحثين، نخصص الأول للأحكام القانونية المتعلقة بالموصي كما نخصص المبحث الثاني لدراسة الأحكام القانونية المتعلقة بتصرفات الورثة.

المبحث الأول الأحكام المتعلقة بالموصي

ورد في القانون المدني نصاً يقرر الحكم العام في تصرفات المريض مرض الموت أياً كان هذا التصرف و يتمثل هذا النص في المادة 776 منه، وقد أحاط هذه التصرفات بقواعد محددة في إثباتها سواء بنص هذه المادة أو غيرها. إلا أن المشرع لم يكتفي بذلك فخص بعض التصرفات المبرمة في مرض الموت بقواعد خاصة بها كالبيع في المادتين 408 و 409 من القانون المدني، أو الهبة في المادة 204 من قانون الأسرة.¹

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 فننتطرق إلى أهمها و هي الوقف ، و الإبراء ، و الإقرار .

¹ عبد الرزاق احمد السنهوري المرجع السابق ، ص313.

بالتالي سنفصل في المطلب الأول الحكم العام للتصرف في مرض الموت، كما نوضح في المطلب الثاني الحكم الخاص لبعض التصرفات الأخرى.

المطلب الأول : الحكم العام للتصرف في مرض الموت

تعتبر المادة 776 من القانون المدني الأساس الذي وضعه المشرع لجميع التصرفات في مرض الموت ولقد نصت على أن: "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".¹ و على ورثة 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.

يعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه".¹

و على هذا الأساس سنبين في الفرع الأول شروط أعمال القانون المدني، و في الفرع الثاني قواعد الإثبات المتعلقة بالتصرفات في مرض الموت.

الفرع الأول: شروط أعمال القانون المدني

التصرفات الصادرة عن المورث في مرض الموت يكون بقصد التبرع مضافا الى ما بعد الموت يعتبره القانون وصية مستترة، و تسري عليه أحكام الوصية حماية للورثة ، وهذا بتوفر الشرطين التاليين :

أولا : التصرف في مرض الموت :

يجب أن يبرم التصرف خلال مرض الموت والذي سبق تحديد مفهومه، (اي لكي يعتبر المرض مرض الموت لابد إن يقعد المريض عن قضاء مصالحه وان يغلب فيه الموت وان ينتهي

¹ المادة 776 من القانون المدني، الطبعة السابعة، برني للنشر، طبعة خاصة للطلاب وللجمهور

بالموت فعلا) يتضح من خلال مصطلح "كل تصرف قانوني" شمول حكم المادة لكل تصرف صادر في مرض الموت أيا كانت التسمية التي أعطيت له من تبرعات ومعاوضات؛ فهذا النص يتصف بالعمومية، وعليه تخرج من مفهوم هذه المادة التبرعات والهبات المنجزة التي يبرمها الشخص حال حياته وصحته، فلا معقب للورثة علة المتصرف لانقضاء 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 طبقا للفقرة الثانية من المادة 776 و التي تضيف أن لهم إثبات ذلك بكل الطرق أي بما فيها البينة و القرائن باعتبار أنهم بصدد إثبات واقعة مادية .

حيث يجوز لهم إثبات مرض الموت بالشهادات الطبية و تقارير الخبراء و الأطباء و غيرها من القرائن المستخلصة من ظروف المرض ...الخ، كما يجوز لهم إثبات صدور التصرف خلال المرض بكافة الطرق كالبينة مثلا و غيرها¹.

ثانيا : التصرف بقصد التبرع

جاء في المادة 776 من القانون المدني انه لكي يعتبر التصرف القانوني الصادر من المورث وصية يخضع لأحكامها يجب أن يكون من التصرفات التبرعية اي بدون عوض فان تبين معنى التبرع في هذه الحالة لا يوجد أي إشكال نطبق المادة 776 من القانون المدني ولكن الإشكال يطرح عندما تكون التصرفات ساترة للوصية ظاهرا معاوضة وحققتها الخفية تصرفا تبرعيا.

ومن نص المادة السابقة يتبين لنا إن الورثة يستفيدون بما هو مقرر لهم من تقييد حرية الايضاء والتي جاء فيها انه لو تم التصرف لوارث فانه لا يجوز ولا ينفذ ' ويبقى متوقفا على إجازة الورثة في ذلك وهذا حسب نص المادة 189 من قانون الأسرة أما إذا كان لغير وارث فانه يكون صحيح نافذا في حدود ثلث التركة وما زادا عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة حسب نص المادة 185 من قانون الأسرة² .

وقد جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1994/03/22 ملف رقم 95385 المجلة القضائية 1995 العدد الأول ص 134 التنزيل لا يتم إلا بين الأصول والفروع -المطعون ضدها ليست بنت صلبية وتكيف التنزيل على انه وصية خرق صارخ لأحكام الشرع والقانون ،ومن المقرر قانونا وشرعا إن التنزيل لا يكون إلا بين الأصول والفروع ويكون بتنزيل الفرع منزلة الابن المتوفى من قبل الأصل لياخذ المنزلون مناب المتوفى في حدود ما قرره القانون والشرع، ولا يجوز الحكم بغير ذلك ولما ثبت من قضية الحال إن القضاة المجلس اعتبروا عقد التنزيل المحرر في 1975/11/20 على انه وصية يكونون قد اخطوا التصور والتكيف لان عقد المذكور بتنزيل المطعون ضدها منزلة البنت الصلب رغم ما في ذلك من خرق صارخ لأحكام الشريعة الإسلامية والمادة 776 من القانون المدني.

1 عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص322

2 - المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري

الفرع الثاني: قواعد الإثبات المتعلقة بالتصرفات في مرض الموت

لإعمال أحكام المادة 776 من القانون المدني و استخلاص القرينة الواردة بها يجب أن يثبت للقاضي ان المورث كان في مرض الموت وبالتالي يقع على عاتق الورثة إثبات ذلك بكل الطرق وجود مرض موت، إضافة إلى توافر الشرطين السالفي الذكر.

أولاً : إثبات مرض الموت

إثبات مرض الموت يعد من أكثر الموضوعات القانونية تطبيقاً وأكثرها حيوية، ولحماية دائني وورثة المريض مرض الموت، بكونهم أكثر تضرراً من تصرفات المريض مرض الموت، فان المكلف بإثبات المرض هو الوارث أو صاحب المصلحة الذي يدعي وقوع التصرف في مرض الموت ويطلب عدم نفاذه لأنه مدعي.

ولاعتبار التصرف قد أبرم في مرض الموت وجب إن يكون الشخص ابرم التصرف وهو يعاني من مرض الموت وهذه مسألة يقرها القاضي اعتماداً على تقارير الأطباء وكذلك إن يتصل الموت بالمرض أي يليه مباشرة، لا تفصل بين المرض والوفاة فترة صحة .

وتبعاً لذلك فإن مرض الموت واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات بما في ذلك البينة والقرائن حيث يستخلصها قاضي الموضوع من ظروف الدعوى وملابساتها. وقد أكدت المحكمة العليا ذلك في قرارها الصادر بتاريخ 1998/06/16 بقولها.. إضافة إلى إن مرض الواهب هو حالة مادية ظاهرة لا يمكن إخفائها ويجوز إثباتها بشهادة الشهود زيادة على الشهادات الطبية المحتج بها¹.

والقاضي عند تقديره لمرض الموت لا يخضع لرقابة المحكمة العليا، وإنما تنصب رقابة المحكمة العليا على التسبيب الذي جاء به الحكم في ذلك، والعناصر التي اعتمد عليها لاعتبار المرض مرض موت، فتتأكد من توصل القاضي لذلك اعتماداً على أسباب سائغة وقانونية، كما تتأكد من توافر شروط مرض الموت التي سبق بيانها.

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

1- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1998/06/16 ملف رقم 197335، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص 2001، ص281، بالحاج العربي قانون الأسرة وفق التعديلات، ص565.

في عقد الهبة أو من التقرير الطبي المؤرخ في ...¹ وكذا القرار الصادر بتاريخ 16/06/1998²، إضافة إلى التحقيق الذي تجريه المحكمة بسماع الشهود مثلا حول الحالة الصحية للمتوفي خلال إبرامه التصرف... الخ .
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

كما سبق الذكر انه يقع على الورثة عبء إثبات إن التصرف القانوني الصادر عن مورثهم كان أثناء مرض الموت، ولهم الحق إن يعتمدوا كل الوسائل الإثبات الممكنة . بالمقابل لا يمكن للمتصرف له أن يحتج على الورثة بالعقد الصادر عن مورثهم إلا إذا كان للعقد تاريخا ثابتا، إذا استطاع الورثة إثبات أن التصرف قد صدر من مورثهم أثناء مرض الموت فإن المشرع في المادة 776 من القانون المدني الفقرة 3 وضع قرينة على إن هذا التصرف تبرع تحكمه أحكام الوصية وفقا لقانون الأسرة، لكن هذه القرينة ضعيفة لأنها تقبل إثبات العكس حيث ان العقد تم بمقابل مساوي لقيمة الشيء الذي أخذه وبالتالي يكون التصرف نافذا على الورثة، اما اذا كان المقابل الذي دفعه اقل من قيمة الشيء فان القدر المحابي بها ياخذ حكم الوصية.²

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 بداية المرض و الوفاة ، و لعل من الثابت عمليا أن السلف المورث لتفادي أحكام القانون الآمرة و التقييد الواردة على أحكام تصرفات المريض مرض الموت، غالبا ما يعتمد 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 تاريخا معينا 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

1- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 16/03/1999، رقم ملف 219901، غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001 ص287، يوسف دلا ندة

2 - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 16/06/1998، غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001 ص281، يوسف دلا ندة قانون الأسرة منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمر 02/05 مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا، ص185.
2 - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 16/06/1998، غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001 ص281، يوسف دلا ندة قانون الأسرة منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمر 02/05 مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا، ص185.

الحقيقة، وهم في ذلك غير مقيدين بطرق إثبات معينة لأن تقديم التاريخ على هذا النحو غش، و الغش يجوز إثباته بكافة الطرق¹ باعتباره واقعة مادية .

ولا يثور الإشكال المتعلق بتاريخ التصرف 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 الورثة² 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 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.

ولكن هذه القرينة ليست قاطعة³ ، 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 أنتقت 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 الموضوع⁴.

1- عبد الرزاق السنهوري.المرجع السابق، المجلد التاسع.ص223.

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

3 - زروق عبد الرؤوف، المرجع السابق، ص30.

المطلب الثاني: الأحكام الخاصة لبعض التصرفات في مرض الموت

إضافة للحكم العام الذي أورده المشرع الجزائري لتصرفات المريض مرض الموت، خص بعض التصرفات الصادرة من المريض قابلة للإبطال إذا اتصل الموت بالمريض وذلك حماية لمصالح الدائنين والورثة وهذه التصرفات يمكن إبطالها بعد موت المورث وهي التي تمس بحقوق الدائنين والورثة، وتؤدي إلى إنقاص مال المريض كان يحاول تصوير الوصية بصورة عقد البيع وكذا التصرفات التبرعية الصريحة كالهبة والوقف والإقرار والإبراء وسوف نتطرق في الفرع الأول إلى البيع في مرض الموت وفي الفرع الثاني إلى التصرفات التبرعية الصريحة في مرض الموت.

الفرع الأول: البيع في مرض الموت

البيع بصفة عامة هو عقد يلتزم احد الطرفين بنقل ملكية شيء آخر مقابل ثمن نقدي، أما البيع الصادر من المريض مرض الموت موضوع مهم نظرا أما يترتب عليه من مشكلات اجتماعية قد تهدد استقرار الأسرة¹ لذلك اعتنى المشرع الجزائري ببيان الأحكام المتعلقة به فنص عليه في المادتين 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 ومن اجل ذلك يكون قابلا للإبطال" غير إن هذا النص ينطبق فقط على التصرف بالبيع في مرض الموت ولتطبيق هذا الحكم يجب على من صدر له التصرف إثبات عكس قرينة التي نصت عليها المادة 766 من القانون المدني أي انه يثبت أن العقد بيع وليس تبرعا².

فبالرجوع إلى القواعد العامة، إذا تم البيع دون ثمن أصلا أو تم مقابل ثمن بخس يصل إلى حد التقاهاة لم يأخذ التصرف حكم البيع لمخالفته المادة 351 من القانون المدني حيث يعتبر ركن الثمن منعدما، وبالتالي يبطل عقد البيع و من ثم تسري على التصرف أحكام المادة 776 من القانون المدني لاعتباره تصرفا تبرعيا. لكن القانون الجزائري لم يتضمن مثل هذا الحكم، و لم يفرق بين التصرفات اعتمادا 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 .

1 - سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص413.

2 - خليل احمد حسن قداة، المرجع السابق، ص248.

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 استثناء على الحالتين السابقتين يتعلق بحماية الغير حسن النية .

أولا : البيع في مرض الموت لوارث

لقد نصت الفقرة الأولى من المادة 408 من القانون المدني على مايلي "إذا باع المريض مرض الموت لوارث، فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة" لذلك فإن بيع المريض مرض الموت لأحد ورثته يكون صحيحا بين الوارث والمورث، إلا انه لا ينفذ في حق الورثة إلا إذا أقره، ويقصد بالورثة من تكون لهم هذه الصفة وقت وفاة المريض وليس وقت البيع.

و مصطلح "لا يكون ناجزا الوارد بالمادة يدل على أن البيع يكون صحيحا و ليس باطلا، لكن موقوف النفاذ على إقرار الورثة له فإن أقره أصبح نافذا في حقهم من وقت إبرامه، و إن رفضوه لم ينفذ في حقهم¹ 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 البقية²، والإجازة لا تكون إلا بعد وفاة المريض مرض الموت الصادر منه التصرف ذلك لان الإجازة لا تكون إلا بعد ثبوت الحق فيها وهي لا تثبت إلا بعد الوفاة.³ 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 .

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.

¹ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص324.

² - العربي زنتو، حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، 2014/2015 ص39.

³ - نبيل صقر، المرجع السابق، ص90.

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

ثانيا : البيع في مرض الموت لغير وارث

نصت الفقرة الثانية للمادة 408 (أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال) أي أن هذه اعتبرت البيع الصادر في مرض الموت لغير الوارث قابل للإبطال، كونه غير مصادق عليه مما يضيفي صفة الغموض واللبس على هذا الحكم 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 اعتبر الأساس هو عدم المصادقة وهو مصطلح غريب عن أحكام القانون الجزائري لأن الأصل في قابلية للإبطال تكون لوجود عيب في رضا فقط،¹ بينما النسخة الفرنسية تنص : "يفترض أن البيع تم بدون رضا صحيح...فطبقا للنص العربي يكون أساس القابلية للإبطال هو أن البيع غير مصادق عليه، أما النص الفرنسي فإنه يعتبر أن الأساس هو عيب شاب الرضا، بالرغم من أن الثابت قانونا أن الإبطال يكون إما تقصر 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 .

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، ولا ينتقل حق الإبطال للورثة لأنهم ليسوا خلفا عاما بالنسبة لتصرفاته في مرض الموت، فليس من المعقول تصور طلب الإبطال من شخص.²

و استنادا إلى كل ما سبق فلا محل للكلام عن القابلية للإبطال، و إنما الأصح هو نفاذ التصرف أو عدم نفاذه²، 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 الإيضاء به .

¹ - فوده عبد الحكيم، النظام القانوني لحماية الورثة من الوصية المستترة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر 2003، ص128.

² - لأجل ذلك تم اقتراح صياغة المادة 2/408 من طرف الدكتور 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.

وتجدر بنا الإشارة إلا إن القانون المدني وحسب المادة 409 قد حمى الغير حسن النية إذا كان قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع فقد يقوم المشتري من مرض الموت ببيع الشيء المشتري إلى شخص آخر فيجب توفر شرطين حسب المادة حتى تحمي الغير حسن النية هما:

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

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

الفرع الثاني: التصرفات التبرعية الصريحة في مرض الموت

إذا قام المريض مرض الموت بتصرف تبرعي صريح فانه يكون نافذا حال حياته، لكن إذا انتهى به ذلك المرض بالموت فانه تسري على ذلك التبرع أحكام الوصية، وبالتالي ينفذ في حق الورثة في حدود الثلث وما زاد على الثلث يتوقف على إجازتهم، والتصرفات التبرعية الصريحة التي سنتطرق إليها هي الهبة، والوقف و الإبراء و الإقرار .

أولا : الهبة في مرض الموت :

الهبة تملك بلا عوض إلا انه يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف على انجاز الشرط هذا ما نصت عليه المادة 204 من الأسرة أن : "الهبة تملك بلا عوض ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشرط ."

وبذلك فإن الهبة بوصفها تملك بلا عوض كانت من أشد التبرعات الضارة بالمصرف 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 وقانونا كل ماله لمن يشاء، وارثا كان أم أجنبيا طبقا للمادة 205 من قانون الأسرة.¹

إلا أن المشرع قيد تصرفات الشخص في القيام بالهبة في حالة ما إذا كان مريض مرض الموت ويجوز لصاحب المصلحة الطعن في تصرفه¹ هذا ما نصت عليه المادة 204 من قانون الأسرة.

وعليه فإن الهبة في مرض الموت، أعطاه المشرع حكم الوصية بنص صريح، وبهذا قال جمهور الفقهاء؛ إذ اعتبروا أن الواهب المريض مرض الموت تأخذ هبته حكم الوصية، وتسري عليه أحكامها

¹ - زروق عبد الرؤوف، المرجع السابق، ص34.

من عدم جواز الإيضاء بأكثر من الثلث وعدم جواز الإيضاء لوارث، كل ذلك مع إمكانية إجازة الورثة.

وما يلاحظ في هذا الشأن غزارة القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا والمتعلقة بالهبة في مرض الموت والتي اعتبرت هذه الأخيرة وصية منها القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والموارث بتاريخ 16/03/1999¹ والقرار الصادر عن نفس الغرفة بتاريخ 21/02/2001².

و أكثر من ذلك فقد ذهبت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 13/03/1998 إلى اعتبار الهبة وصية استنادا 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..." مؤسسه قرارها على أحكام الشريعة الإسلامية³.

ثانيا : الوقف في مرض الموت

الوقف هو حبس المال عن التملك لاي شخص على وجه التابيد والتصدق، ولقد نظم المشرع الجزائري الوقف في المواد 213 إلى 219 من قانون الأسرة، ثم صدر قانون التوجيه العقاري الذي نص في مادته 31 على أن : "الأمالك الوقفية هي الأملاك العقارية التي حبسها مالكها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائما تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة أو مسجد أو مدرسة قرآنية سواء كان هذا التمتع فوريا أو عند وفاة الموصى لهم الوسطاء الذين يعينهم المالك المذكور" و أحالت المادة 32 منه على

¹ - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 16/03/1999 ملف رقم 219901 . الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية. عدد خاص 2001. ص 2.

² - قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية و الموارث الصادر بتاريخ 21/02/2001 ملف رقم 256869. المجلة القضائية. العدد الثاني 2002 ص 428.

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

قانون خاص، و فعلا صدر هذا القانون تحت رقم 91-10 بتاريخ 1991/04/27 يتعلق بالأوقاف¹ و الذي عرف في مادته الرابعة بما يالي:

"الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة..."، و ينقسم الوقف إلى وقف عام و وقف خاص.

و لقد أعطت المادة 32 منه حق الدائنين في 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 .

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

وعليه فإن الوقف في مرض الموت يأخذ حكم الهبة في مرض الموت وتسري عليه أحكام الوصية، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها: "حيث أن المادتين 215 و204 من قانون الأسرة تنص على بطلان الحبس في مرض الموت والحالات المخيفة وإن حالة المحبس (ع م) الذي أقام الحبس موضوع النزاع في أوت 1987 كان يعاني منذ سنة 1985 من مرض خطير لازمه إلى يوم وفاته...¹"

وعليه فإن الوقف في مرض الموت يأخذ حكم الهبة في مرض الموت وتسري عليه أحكام الوصية وهذا ما يطابق ما أخذ به جمهور الفقهاء، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها: "حيث أن المادتين 215 و204 من قانون الأسرة تنص على بطلان الحبس في مرض الموت والحالات المخيفة وإن حالة المحبس (ع م) الذي أقام الحبس موضوع النزاع في أوت 1987 كان يعاني منذ سنة 1985 من مرض خطير لازمه إلى يوم وفاته..."

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

إضافة إلى ذلك فإن الوقف الخاص يشترط فيه اكتساب الموقوف عليه الانتفاع أثناء حياة الواقف، فالواقف على النفس ثم الورثة يأخذ حكم الوصية حيث يقول خليل أن الوقف باطل إذا لم تتم حياة الموقوف عليه قبل إفلاس أو موت الواقف أو قبل مرض الموت¹، و عليه إذا ظل الواقف ينتفع بالعين الموقوفة إلى حين وفاته فلا يمكن أن ينفذ الوقف الخاص إلا على أساس أنه وصية طبقا لقريئة المادة 777 من القانون المدني، وما يؤكد ذلك هو أن المواد التي كانت تنظم الوقف الخاص ألغيت بموجب القانون 10-02 سابق 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 العقد²

ثالثا: الإبراء و الإقرار في مرض الموت

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

¹ - زروق عبد الرؤوف، المرجع السابق، ص 64.

² - ليلي زروقي. محاضرات في القانون العقاري . المعهد الوطني للقضاء. الدفعة الرابعة عشرة. 2004/2003.

باعتبار نية التبرع الصريحة في الإبراء فإن نزول المريض مرض الموت عن دينه يأخذ حكم الوصية تطبيقاً 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 قضائياً أو غير قضائي، و قد عرف المشرع الإقرار القضائي بالمادة 341 من القانون المدني "أنه اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة".

الإقرار القضائي يكون حجة على المقر، و لكنه يقتصر عليه و لا يتعداه كقاعدة عامة، فإذا أقر الشخص قضائياً 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 فقهاً و اجتهاداً أن لا يجوز التمسك بإقرار البائع أنه قبض ثمناً ولو ذكر ذلك في عقد البيع، لأن هذا الإقرار من المريض مرض الموت، و لا يعتد به لأن الشبهة قائمة بين البائع و المشتري أنهما متواطئان على تصوير أن هناك ثمناً دفع، وحيث أن القرار المطعون فيه مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية في إقرار المريض مرض الموت، مما يتعين نقضه"¹

المبحث الثاني الأحكام القانونية المتعلقة بتصرفات المريض مرض الموت

قد تاحذ تصرفات مريض الموت مكانة الوصية ويسري على تلك التصرفات كل ما يسري على الوصية وهذا ما يجعل الطعن في تلك التصرفات إثبات عدم أهلية المورثاًمراً سهلاً نسبياً مقارنة بتلك التي قد يباشرها وهو في كامل أهليته إذا انه قد يلجا إلى البيوع الصورية في الثمن الذي لا يلزم به المستفيد في واقع الأمر ويرفق ذلك ببعض الشروط الخاصة كأنه يحتفظ بالانتفاع من محل العقد

¹ قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية الصادر بتاريخ 1984/07/09 ملف رقم 33719. المجلة القضائية. العدد الثالث. 1989. ص 53.

مادام حيا أو يفرغ هذا التصرف في شكل هبة بشرط مماثل وقد يعمد إلى منع المتصرف له من التصرف قيد حياة المتصرف وهذا ما ذهبت إليه المادة 777 من القانون المدني والتي تنص على مايلي: يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته مالم يكن هناك دليل يخالف ذلك¹ ومما سبق نستقرئانه لأبد من توافر شروط محددة تتمثل فيما يلي:

المطلب الأول: احتفاظ المورث بالحيازة والانتفاع مدى الحياة

الفرع الأول: التصرف لأحد الورثة

حتى يعتبر التصرف الذي قام به المورث وصية وتسري عليه أحكامها يجب أن يكون هذا التصرف لصالح احد الورثة، وعليه فإذا تم التصرف لغير وارث فانه لا يجوز إعمال هذه القرينة واعتبار التصرف وصية، بالرغم من أن هناك ظروفًا قد تدفع المورث إلنأن يوصي لغير وارث بأكثر من ثلث التركة لوجود عاقلة قوية تربطه بهذا الأجنبي يرى من خلالها أن يوصي له بكل ماله أو بجزء كبير منه، فيلجا تبعا لذلك إلى إصباغ صفة البيع أو الهبة وغيرها على تصرفه مع الاحتفاظ بالحيازة والانتفاع بالمال، لذا فان لم تطبق عليه القرينة القانونية إعمال بحرفية النص فانه يمكن اعتبار ذلك قرينة قضائية، سواء كانت القرينة قانونية أو قضائية فانه يجوز إثبات عكسها²

و العبرة في تحديد صفة الوارث هي بوقف وفاة المتصرف لا بوقت انعقاد التصرف، فيعتبر وارثا من أصبح كذلك وقت وفاة المتصرف و لو لم يكن وارثا وقت التصرف، و على العكس من ذلك لا يعتبر وارثا من لم يعد كذلك وقت الوفاة و لو كان وارثا وقت التصرف³ ويقع عبء الإثبات على عاتق الوارث الذي يطعن في تصرف مورثه الظاهر بأنه وقع في صورة بيع منجز وان حقيقته وصية، وبأن قصد به الاحتيال على قواعد الإرث المقررة شرعا إضرارا بحقه فيه، وذلك بجميع الطرق وللقاضى السلطة التقديرية المطلقة في ذلك⁴.

وهذا ما تبناه قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1990/03/05 والذي رأى انه"من المقرر قانونا انه يعتبر التصرف وصية وتجري عليها أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك.

¹ القانون المدني طبعة خاصة للطلاب والجمهور، طبعة السابعة برن للنشر، 2018، ص176.

² رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية 1088، ص100.

³ عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. المجلد التاسع. المرجع السابق. .

⁴ بن حامة كريمة المرجع السابق ص67.

الفرع الثاني: أن يحتفظ المتصرف بالحيازة والانتفاع مدى الحياة

الحيازة سبب من أسباب كسب الملكية تعرف على أنها : "وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء أو حق من الحقوق، بقصد الظهور بمظهر المالك¹ أو صاحب حق عيني آخر، سواء أكان هذا الشخص هو صاحب الحق أو لم يكن كذلك . و تتحقق هذه السيطرة الفعلية بمباشرة أعمال تتفق و مضمون الحق 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.

فإضافة إلى الشرط الأولأضاف المشرع الشرط الثاني وهو أن يحتفظ المتصرف بحق الحيازة والانتفاع ومن المعلوم أن كلا من حقي الحيازة والانتفاع هما حقان تبعيان وليس أصليانأيأيهما لا يعطيان الحق بالتصرف للمالك بل مجرد ما يسمحان به وبذلك يكون التصرف في الوصية الذي قام بإدراج هاذين الحقين يريد الانتفاع على حق البعض من خلال تمكين طرف من التملك وترك لنفسه حق الانتفاع بما تصرف فيه.

غير أن الحيازة التي تعد شرطا لإعمال قرينة المادة 777 من القانون المدني تختلف عن الحيازة كسبب من أسباب الملكية، فاحتفاظ المتصرف بحيازة العين بأي طريقة معناه أن يكون حائزا لها باعتباره منتفعا 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 تصرفا مضافا 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 اعتمادا 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 ، و لا يشترط توافر الركن المعنوي لها².

¹ عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. المجلد التاسع. المرجع السابق. ص 784.

² حران سميرة ام نائل، المرجع السابق، ص 63.

و مثال ذلك أن يحتفظ المتصرف بالحياسة بوسيلة من عدة وسائل كأن يقوم بإدارة الشيء ودفع الضرائب المقررة عليه، أو كأن يشترط بقاء الحياسة لديه في العقد، إلا أن اشتراط منع المتصرف إليه من التصرف في العين طوال حياة المتصرف.¹

وأخيرا فإن احتفاظ المورث بحياسة 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 الحياسة واقعة مادية يتم إثباتها بجميع الطرق القانونية.²

المطلب الثاني: قواعد إثبات تصرفات المورث.

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

الفرع الأول: خضوع التصرف لأحكام الوصية

بمجرد توفر الشروط المنصوص عليها في نص المادة 777 من القانون تقوم قرينة قانونية على أن التصرف وصية مستترة، وقد الحق المشرع هذا التصرف بالوصية وأعطاه حكمها، فهذه القرينة أقامها المشرع لرد الاحتيال على أحكام الوصية، ومن ثم إذا نجح الطاعن في إثبات طعنه داعيا على التصرف بأنه وصية مستترة بناء على أحكام نص المادة 777 من القانون المدني فيكون سريانها موقوف على إجازة الورثة فمن أجازها سرت في حقه ومن لم يجزها تصبح غير نافذة في حقه.³

فإن الوصية لا تجوز للوارث، ومن ثم يبطل التصرف سواء كان عقد هبة أو بيع بأشترط بقاء الحياسة والانتفاع مدى الحياة للمورث المتصرف، ويجب في ذلك أعمال التفرقة بين انعقاد التصرف لوارث ولغير وارث، وكأنه تطبيق حرفية نص المادة 777 من القانون المدني تلغى تطبيقها عندما يتم التصرف لأجنبي، ولا يحق للورثة الطعن على تصرف مورثهم الذي قصد منه حرمانهم من الإرث، ولكن سقوط القرينة القانونية لا ينفي العمل بالقرينة القضائية.⁴

¹ زروق عبد الرؤوف، المرجع السابق، ص46.

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

³ بن حامة كريمة، ص64.

⁴ محمودي عبد العزيز، المرجع السابق، ص114.

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 قانوناً 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 أيضاً أنه لا وصية لوأرث إلا إذا أجازها الورثة..." ولما كان ثابتاً - في قضية الحال - أن قضاة الاستئناف لما قضاوا ببطلان عقد الهبة وعدم تنفيذ التصرف باعتباره وصية لوأرث يكونوا بقضائهم كما فعلوا طبقوا القانون تطبيقاً صحيحاً".¹ وكذا القرار الصادر عنها بتاريخ 1991/05/28 الذي قرر نفس المبدأ.²

الفرع الثاني : قرينة نية الإيحاء بسيطة قابلة لإثبات العكس

يعتبر التصرف لوأرث مع الاحتفاظ بحيازة العين والانتفاع بها مدى الحياة، قرينة قانونية على أن التصرف وصية مستترة، لكنها ليست بالقرينة القاطعة طبقاً لنص المادة 777 من القانون المدني الذي جاء في آخره : " ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك" و عليه فإنه يجوز لمن صدر في حقه التصرف أن يثبت عكس ما جاء في هذه المادة أي أنه رغم توفر الشروط المذكورة في هذه المادة إلا أن التصرف لم يكن وصية، كان يثبت بأن التصرف بيع بإقامة دليل على واقعة دفع الثمن ا وان يثبت المتصرف ان وجود شرط الاحتفاظ بالحيازة كان لصفة المشتري - القاصر- وقد احتفظ بالحيازة نيابة عنه باعتباره ولياً.

و قد أخذت المحكمة العليا المادة 777 من القانون المدني بهذه القرينة في عدة قرارات منها قرار الصادر لها بتاريخ 1990/03/05 : "...و اشترط الواهب على الموهوب لها بأن تبقى الأموال الموهوبة بحيازته وتحت إدارته وتصرفه 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 أن قضاة المجلس لما قضاوا ببطلان وعدم تنفيذ التصرف طبقوا الشريعة الإسلامية أحسن تطبيقاً".³

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

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

³ قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية. الصادر بتاريخ 1990/03/05 ملف رقم 59240. المجلة القضائية. العدد الثالث، 1993،

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 ببيعاً أو هبة أو غيرها، و تسري عليه الأحكام الخاصة بكل تصرف، أما إذا لم يتمكن المتصرف إليه من إثبات العكس تسري على التصرف أحكام الوصية ومن ثم لا تنفذ في حق الورثة إلا بإجازتها - باعتبارها وصية لوارث - و يمكن للموصي هنا (المتصرف) أن يرجع عنها في حال حياته و بالتالي تسقط بالعدول عنها، كما أنها تسقط بموت الموصى له قبل موت الموصي¹، 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 الاحتفاظ بالحياة أو الانتفاع مدى الحياة، وهذا ما يجعل الأمر يصل إلى حد كبير الصعوبة في إثبات عكس هذه القرينة لما للمحرر الرسمي من حجية مطلقة في 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 .

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 بالحياة والانتفاع مدى الحياة شرط جائز 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.

¹ عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. المجلد التاسع. المرجع السابق. ص 235 .

خلاصة الفصل الثاني:

إن حرية التصرف للمالك حق دستوري، وهذا ما يعطيه الحق في مباشرته في الحالة الطبيعية لكن قد يرد أحيانا بعض التصرفات القانونية التي قد تصطدم بحقوق للغير، ومن ذلك الوصية والتي كما أشرنا هي حق لكل متصرف إن تمت بحسن النية، وكما ذكرنا في التمهيد انه قد يلجا المتصرف إلى إفراغ بعض تصرفاته في شكل عقود بعوض في ظاهرها، أما في حقيقتها تصرفات دون عوض حيث يكون نفاذها مؤجل إلى ما بعد الموت مما يضعها تحت شبهة الإضرار بالورثة، بهدف حرمانهم من الإرث وبالتالي اعتبارها وصية مستترة.

لذلك تصدى المشرع هذا التحايل على القانون المنظم للميراث والوصية، وذلك بتوافر بعض القرائن القانونية والتي بوجودها أمكن إبطال هذه التصرفات، ومن بين هذه القرائن حدوث هذه التصرفات في فترة مرض الموت للمتصرف، وهذا ما نصت عليه المادة 776 من القانون المدني الجزائري، إضافة إلى قرينة التصرف لوأرث مع الاحتفاظ بالحياة والانتفاع مدى الحياة المنصوص عليها في المادة 777 من القانون المدني .

وبذلك تعد هذه التصرفات تحايلا على نظام المواريث من خلال ستر التصرفات التبرعية بتصرفات معاوضة، وهذا التحايل أو الستر يقع إثباته على من يدعيه وذلك نتيجة للقاعدة القانونية البينة على من ادعى، مما يتيح له بعد ذلك إبطال التصرف الساتر.

خاتمة

خاتمة

من خلال هذه الدراسة لموضوع حماية الورثة من الوصية المستترة، يمكن القول إنه رغم أن الإنسان له الحرية في التصرف في ماله، إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة و إنما هي حرية نسبية تتوقف عند المساس بحقوق الورثة، لذا فإن فقهاء الشريعة الإسلامية قد حددوا قيمة الموصى به بثلاث مال الشخص ،لان حق الورثة حدده الله سبحانه تعالى لا يجوز الاعتداء عليه.

وهذا ما تبناه أيضا المشرع من خلال تقييد كل 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 موازنة 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 الاحتفاظ بالحياة و الانتفاع 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 تعتبر ضمانات لا تترك تمرير اي تصرف قد يمس بحق الوارث المتعلق بثلث التركة بسهولة.

لكن بالرغم من كل الضمانات التي قدمها المشرع الجزائري التي تهدف الى حماية الورثة من الوصية المستترة، إلا أن 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 فالمطلوب من المشرع التفصيل أكثر وضبط مرض الموت سواء من حيث المفهوم أو أحكام التصرفات الصادرة وذلك بالاعتماد على الشريعة الإسلامية التي تعد أغنى مصدر للموضوع .

إضافة إلى ما سبق 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 للبطالان، مما يجعل تطبيق هذا النص مستحيلاً كما سبق تفصيل ذلك .

كما أن المادة 776 من القانون المدني جاءت مشوبة في صياغة الفقرة الثانية منها حينما اعتبرت أنه لا يجوز الاحتجاج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً، 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 تدعيماً 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

المصادر:

- القرآن
- السنة

- معجم اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط 4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004 .

الكتب:

العامة:

- احمد محمد داود، الحقوق المتعلقة بالتركة في الفقه و القانون، دار الثقافة للنشر و التوزيع الإسكندرية
- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني. الميراث و الوصية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2004.
- العربي زنتو، حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، 2014/2015 .
- محمد أبو زهرة. شرح قانون الوصية. دار الفكر العربي. مصر. 1988.
- حسنى محمود عبد الدايم، مرض الموت واثره على عقد البيع دراسة معمقة و مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007
- حسنين محمد، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2001.
- زروق عبد الرؤوف، حموش محمد، حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة نهاية التكوين، المدرسة العليا للقضاء، 2006/2005.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - العقود التي تقع على الملكية - البيع والمقايضة، ج 4 ، منشأ المعارف، الإسكندرية، 2004.
- عمر حمدي باشا، عقود التبرعات-الهبة-الوصية-الوقف، دارهومة، الجزائر، 2004.
- فوده عبد الحكيم، النظام القانوني لحماية الورثة من الوصية المستترة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر 2003.
- محمد حسنين. عقد البيع في القانون المدني الجزائري. ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر. الطبعة الرابعة، 2005.

- مصطفى محمد الجمال. نظام الملكية. منشأة المعارف الإسكندرية. مصر.
- نبيل صقر، تصرفات مريض مرض الموت الوصية البيع الهبة الوقف الكفالة الإبراء الإقرار الخلع الطلاق، دار الهدى، عين مليلة.

المحاضرات:

- يوسف سرطوط، محاضرات الهبة و الوصية، تخصص قانون أسرة، المركز الجامعي نور البشير البيض.

قرارات المحكمة العليا :

- قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية و المواريث بتاريخ 2002/01/16 ملف رقم 278004 .المجلة القضائية. العدد الأول 2003.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ،الصادر بتاريخ: 1984/07/09 تحت رقم: 33719 ، مجلة قضائية، عدد 3 ، لسنة 1989.
- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1998/06/16 ملف رقم 197335، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص 2001، ص281، بالحاج العربي قانون الأسرة وفق التعديلات.
- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1999/03/16، رقم ملف 219901، غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001 .
- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1998/06/16،غرفة الأحوال الشخصية،عدد خاص 2001 - يوسف دلاندة قانون الأسرة منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمر 02/05 مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا.
- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1998/03/13 ملف رقم 179724 . الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية. عدد خاص.
- قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية الصادر بتاريخ 1984/07/09 ملف رقم 33719. المجلة القضائية. العدد الثالث. 1989.
- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1990/03/05. ملف رقم 59240. المجلة القضائية. العدد الثالث. 1992.
- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1991/05/28 ملف رقم 74549. المجلة القضائية. العدد الثاني. 1993.

- قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية. الصادر بتاريخ 1990/03/05 ملف رقم 59240. المجلة القضائية. العدد الثالث، 1993.
- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2000/11/22. ملف رقم 201544. الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية. الجزء الثاني. 2004.

الصفحة	الموضوع
أ ب ج	مقدمة
الفصل الأول الإطار المفاهيمي للوصية و التصرفات الساترة لها	
1	تمهيد الفصل
1	المبحث الأول: مفهوم الوصية و التصرفات الساترة لها
1	المطلب الأول: تعريف الوصية مشروعيتها و أركانها
2	الفرع الأول: تعريف الوصية و مشروعيتها
4	الفرع الثاني: أركان الوصية
11	المطلب الثاني: التصرفات الساترة للوصية
11	الفرع الأول: تعريف التصرفات الساترة للوصية و مشروعيتها
12	الفرع الثاني : صور التصرفات الساترة للوصية و مبطلاتها
15	المبحث الثاني: أسس حماية الورثة في التصرفات الملحقة بالوصية
15	المطلب الأول : الأساس العام الذي تقوم عليه قرينة الإيضاء
16	الفرع الأول : منع التحايل على أحكام القانون
17	الفرع الثاني : سلطة القاضي في تكييف التصرفات القانونية
18	المطلب الثاني : أساس حماية الورثة من تصرفات المريض مرض الموت
18	الفرع الأول :مفهوم مرض الموت
21	الفرع الثاني : تعلق حق الورثة بأموال المريض مرض الموت
23	خلاصة الفصل الأول
الفصل الثاني الأحكام القانونية للوصية المستترة كآلية لحماية الورثة	
25	تمهيد الفصل

ملخص

لكل فرد حرية التصرف في ماله تصرفات قانونية سواءً بطريقة التبرع أو العوض ولا حرج عليه، أما إذا كانت هذه التصرفات تضر بالورثة وردت عليها قيود إذا تمت في فترة مرض الموت فعلاً على الورثة اثبات ذلك، فتكون هذه التصرفات قابلة للإبطال عند إقامتهم للقرائن و لإثباتهم بأن هذه الأخيرة كانت تبرعية دون عوض ثم الإحتفاظ بالحيازة و الانتفاع مدى الحياة بقصد حرمان الورثة من حقوقهم و الإضرار بهم و بالصالح المتصرف له. و منه فهذه القرائن هي قيود وضعها المشرع لحماية و ضمان حقوق الورثة.

الكلمات المفتاحية: الوصية، الورثة، مرض الموت، التصرفات الساترة، التبرع.

SUMMARY

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

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

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

الكلمات المفتاحية:

- مرض الموت: death disease

- التبرع: donation

- الورثة: inheritors

- الميراث: inheitanse

-