

جامعة غرداية  
كلية الحقوق و العلوم السياسية  
قسم الحقوق



أحكام الوصية المستترة في ضوء النصوص  
التشريعية والتطبيقات القضائية

مذكرة مقدمة

لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي حقوق تخصص قانون خاص

إشراف الأستاذ: د / سويلم محمد

من إعداد الطالب : بوخاري اليزيد

لجنة المناقشة :

اللقب واسم الأستاذ	الرتبة	الجامعة	الصفة
بن أودينة امحمد	محاضر ب	جامعة غرداية	رئيسا
سويلم محمد	محاضر ا	جامعة غرداية	مشرفا و مقررا
نسيل عمر	محاضر أ	جامعة غرداية	مناقشا

السنة الجامعية: 2023/2022 م الموافق 1444\1445 هـ



جامعة غرداية  
كلية الحقوق و العلوم السياسية  
قسم الحقوق



أحكام الوصية المستترة في ضوء النصوص التشريعية والتطبيقات  
القضائية

مذكرة مقدمة

لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي حقوق تخصص قانون خاص

إشراف الأستاذ: د / سويلم محمد

من إعداد الطالب : بوخاري اليزيد

لجنة المناقشة :

الصفة	الجامعة	الرتبة	لقب واسم الأستاذ
رئيسا	جامعة غرداية	محاضر ب	بن اودينة امحمد
مشرفا و مقررا	جامعة غرداية	محاضر ا	سويلم محمد
مناقشا	جامعة غرداية	محاضر أ	نسيل عمر

السنة الجامعية: 2023/2022

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# تَشْكُرَات

بعد الصلاة والسلام على اشرف المرسلين

سيدنا محمدا وعلى اله وصحبه وسلام تسليما

اقدم تشكراتي الى كل من ساهم وساعدني في اعداد هذه المذكرة من قريب

وبعيد واطمئن بالذكر الاستاذ المشرف والى كل اساتذة قسم الحقوق

إهداء

يشرفني أن أهدي ثمرة هذا العمل المتواضع الى الأرواح

الشغوفة للبحث لطلاب العلم عامة.

وكل باحث في ميدان القانون بصفة خاصة

وإلى العائلة الكريمة كل باسمه

**بوخاري اليزيد**

مقدمة

يعد حق الملكية من الحقوق الأساسية للإنسان، ويتمتع به الأفراد والمؤسسات على حدٍ سواء ، يتم حماية حق الملكية في العديد من الصكوك الدولية لحقوق الإنسان، مثل الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب واتفاقية وضع اللاجئين والاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم.

بعد وفاة شخص ما في القانون، يمكن الحصول على عدة حقوق وفقاً للتشريعات المختلفة. منها حق الملكية العقارية حيث يمكن للأشخاص الحصول على حق الملكية في العقارات بعد وفاة شخص ما، وذلك وفقاً للتشريعات المدنية السائدة و يكون ذلك بطريقتين : عن طريق الميراث، حيث يمكن للأشخاص الحصول على حصتهم من التركة بعد وفاة شخص ما ، و يتم توزيع التركة بين الورثة وفقاً للأحكام القانونية المعمول بها، ثم عن طريق الوصية التي تعتبر وسيلة اخرى لاكتساب الملكية من التركة.

و حرية الشخص في الإيحاء بأمواله تعني أن الشخص حر في التصرف في أمواله بما يراه مناسباً، ولكن هذا الحرية ليست على إطلاقها ، بل تخضع لبعض القيود والشروط سواء من الجانب الشرعي او الجانب القانوني . وفي الإسلام، يسمح للموصي بالتصرف في ماله بشرط أن يكون التصرف مراعيًا للأحكام الشرعية التي تحددها النصوص ، اما في الجانب القانوني فيراعي المشرع حقوق الورثة بحيث لا يكون للوصية تأثير عليها.

الاصل انه يمكن للموصي بالوصية أن يحدد جزء من التركة لمن يراه محتاجاً أو مستحقاً من غير الورثة، في بعض الحالات يمكن ان تؤثر الوصية على حقوق الورثة بشكل مباشر، اذا كان هدف الموصي حرمان الورثة من بعض حقوقهم، حيث تقوم الوصية بتحديد جزء من التركة لصالح شخص محدد، وهذا الجزء يخصم من حصة الورثة الشرعية.

ان موضوع الوصية يعتبر من المواضيع التي اثار اهتمام الباحثين سواء كانت الدراسة في القانون الوضعي او الشريعة الاسلامية ، الا أن معظم الدراسات تقترب من أحد جوانبها من منظور معين ، مثل الإشارة إليه عند الحديث عن أسباب التملك ، أو الحديث عن التقاضي عند الوفاة عند دراسة شروط بعض العقود أو الدعاوى القضائية. ويرجع ذلك إلى اختلاف معظم



الأحكام المتعلقة بالموضوع بين الفقه الإسلامي والقانون المدني وقانون الأسرة ، وهو أحد المعوقات التي تحول عن مناقشة الموضوع بتعمق أكبر .

ان اهميه موضوع الوصية يكمن من الجانب العلمي في انها محور اساسي في التصرفات القانونية، حيث تخضع لمجموعه من الاحكام في القانون المدني من جهة، وقانون الأسرة من جهة اخرى، ثم الشريعة الإسلامية. و من الجانب العملي فهناك مجموعه من الاشكالات التي تطرحها الوصية في عده مواقف، حينما يرى الورثة انفسهم محرمون من حقوقهم من خلال تصرفي الموصي .

من الاسباب التي دفعتنا لاختيار هذا الموضوع نجد في الجانب العملي الموضوعي؛ تأثير الوصية على حقوق الورث، ثم تشعب نظام الوصية بين عده فروع قانونيه كما اشهر سابقا؛ القانون المدني و قانون الأسرة. من الجانب الشخصي لنا رغبه في الوقوف عن الاشكالات التي تطرحها الوسيط وحمائه الورثة منه.

من الاهداف التي نرمي الى الوصول اليها من خلال هذا البحث تحديد الضوابط القانونية للوصية، والتركيز على حمايه الورثة من كل تصرف قد يضر به جراء ما يقره الموصي .

من خلال ماسبق يمكن ان نطرح الإشكالية التالية:

**ما هي أسس و أحكام حماية الورثة من الوصية المستترة، و التصرفات الساترة للوصية في ظل النصوص القانونية وأراء الفقهاء و الاجتهادات القضائية؟**

و للإجابة على هذه الإشكالية اعتمدنا المنهج الوصفي لتوصيف تصرفات الموصي و ما يتبعها من احكام ثم المنهج التحليلي لتحليل متغيرات الدراسة و تحليل الاحكام التشريعية و الفقهية في ذلك . و يتفرع عن هذه الاشكالية مجموعة من الاسئلة الفرعية :

ما مفهوم الوصية و ما احكامها؟

ما هي ضوابط الوصية في التشريع ؟

ما احكام التصرفات القانونية للمريض مرض الموت؟

للإجابة على الاشكالية آثرنا تقسيم الخطة الى فصلين

نتناول في الفصل الاول اساس حماية الورثة في الوصية و الاحكام المتعلقة بها، و هذا من خلال توضيح الأحكام التي وضعها القانون تقييدا لحرية الإيضاء، و استقراء العلة من تقرير هذه القيود على تصرف الشخص في أمواله، وهذا بعد تحديد مفهوم الوصية في المبحث الأول. اما في المبحث الثاني نتطرق إلى الأسس التي أدت بالمشرع إلى إلحاق بعض التصرفات بحكم الوصية ، سواء الواردة في مرض الموت ، أو غيرها من التصرفات. في الفصل الثاني طبيعة التصرف القانوني في مبحث ثم نتناول احكام التصرفات الصادرة من مريض مرض الموت من خلال مبحث ثان.

## الفصل الأول:

أساس حماية الورثة في الوصية  
والتصرفات الملحقة بها

**تمهيد:**

تتقاطع الوقائع المادية مع التصرفات القانونية في كثير من مجالات الحياة، وذلك من خلال ما ينجم عنهما من اثار تنتقل الى الخلف العام و/او الخلف الخاص ومثاله واقعة الوفاة والتي تكون سببا في انتقال الحقوق المالية عن طريق الارث او الوقف والوصية ، حيث اصبحت هذه التصرفات و خاصة الوصية تأتي خلاف المغزى الحقيقي منها، و من هنا اصبح من الضروري عدم الاكتفاء بما ورد في العقود والسندات بل يتعدى الامر الى البحث والكشف عن الخلفات والنوايا، والمعبر عنها في لغة القانون باتجاه الإرادة او الدوافع و الاسباب وخاصة انها تتعدى إرادة منفردة ومضافة بعد الموت. ومن هنا كان لزاما وضع ضوابط وقيود من شأنها ان تحد من التجاوزات والحيل التي يلجأ اليها بعض الاشخاص لإضفاء الصبغة القانونية على تصرفاتهم التي تكون عكس نواياهم. و لهذه الاسباب وضعت احكام الشريعة الاسلامية والنصوص القانونية جملة من الشروط للحد من هذه التجاوزات.

وعليه سنحاول توضيح الأحكام التي وضعها القانون تقييدا لحرية الإيضاء، و استقراء العلة من تقرير هذه القيود على تصرف الشخص في أمواله، وهذا بعد تحديد مفهوم الوصية في المبحث الأول . اما في المبحث الثاني نتطرق إلى الأسس التي أدت بالمشرع إلى إلحاق بعض التصرفات بحكم الوصية ، سواء الواردة في مرض الموت ، أو غيرها من التصرفات.

## المبحث الأول: أحكام حماية الورثة في الوصية وعلّة تقييدها

تعتبر التصرفات التي يبرمها المورث والتي تخفي وصية، وحماية للورثة ادخلها المشرع الوطني في دائرة الوصية، وذلك بنص المادة 776 من القانون المدني و بالتالي تُطبّق عليها احكام هذه الاخيرة، وعليه من خلال هذا المبحث وجب علينا توضيح الأحكام المتعلقة بالوصية لتمكين باقي الورثة من حقوقهم اذا ما ثبت ان نية الايحاء تخفي ارادة مستترة غير تلك التي تجسدت في ظاهر الوصية. وهذا ما سنتناوله من خلال المطالب الثلاثة ادناه مبرزين ماهية الوصية اولاً ثم الأحكام المقيدة لحرية الإيحاء كمطلب ثان. بهدف حصر البحث فيما يتعلق بموضوع دراستنا، ونوضح العلة من هذا التقييد و أساسه في المطالب الثالث .

### المطلب الأول: مفهوم الوصية

تعتبر الوصية من المصطلحات التي تحمل عدة دلالات سواء من ناحية المعنى او من ناحية اوجه استعمالها، فنجدها من جهة المعنى يندرج تحتها عدة مفاهيم وتعريف تختلف باختلاف الغرض منها، كما تعتبر كوسيلة لانتقال الحقوق العينية من شخص صحيح يتمتع بكامل اهليته حال حياته على ان تكون ناجزة بعد وفاته، فلذلك هي تحمل في طياتها شيء من الخطورة التي تهدد الخلف وخاصة الورثة. و من خلال هذا المطلب يتم التطرق لتعريف الوصية و تحديد أركانها الأساسية، كفرع اول ثم نُعرِّج على: الطبيعة القانونية للوصية كفرع ثاني.

### الفرع الأول: تعريف الوصية واركانها

**اولا/تعريف الوصية:** كقاعدة عامة في اعطاء المفاهيم والتعاريف نتطرق في هذا الفرع لتعريف الوصية لغة واصطلاحا ثم نظرة المشرع الجزائري من خلال قوانينه للوصية.

**1- التعريف اللغوي للوصية:** الوصية لغة هي العهد و الإيحاء يقال وصيته أي عهدت إليه القيام بأمر أو أوصيت له أو إليه، أي جعلته وصيا يقوم على من بعده<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - أحمد فراج حسين، مسائل الأحوال الشخصية، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية ط 1 لبنان، 2005، ص 21 .

كما عرفها زكي الدين شعبان و احمد الغندور بأنها : الايحاء مصدر أوصى ، فيقال أوصيت لفلان بمال أي جعلته له و أوصيته بولده اي استعطفته عليه ، و يقال أوصيته بالصلاة بمعنى امرته بها، و يقال وصيته في المبالغة<sup>1</sup>. و يقال وصيت الشيء بالشيء إذا وصلته به، كما ان الوصية و الايحاء كلمتان تطلقان في اللغة بمعنى العهد إلى الغير في القيام بأمر من الامور سواء كان حال حياة الطالب او بعد مماته<sup>2</sup>، و الوصل فيقال وصى الشيء بالشيء اذا وصلته به و وصت الأرض إذا اصل نباتها. والوصية سمي بهذا الاسم لاتصالها بأمر الميت ، فالموصي وصل ما كان في حياته بما بعد موته<sup>3</sup>.

من خلال التعريفين نلاحظ ان الوصية لغويا تحمل معنيين:

- إما انها تكون "طلب القيام بعمل" مثل ان يوصي الرجل الرجل ان يقوم بعمل، هذا الوجه الاول.

اما المعنى اللغوي الثاني للوصية ان " تكون بغرض منح شيء". وهذا هو المقصود من بحثنا.

**2- الوصية اصطلاحاً:** للوصية كاصطلاح شرعي تعريفات متعددة، حيث عرفها البعض بأنها تبرع مضاف إلى ما بعد الموت، وعرّفها الكاساني بأنها إسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد الموت، وقال الكرخي بأنها ما أوجبه الموصي في ماله تطوعاً بعد موته أو في مرضه الذي

<sup>1</sup> - الخليل بن أحمد الفراهيدي، كتاب العين، تحقيق: مهدي المخزومي، إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، ج، 7، ص.177.

<sup>2</sup> - زكي الدين شعبان و احمد الغندور ، احكام الوصية و الميراث و الوقف في الشريعة الإسلامية ، مكتبة الفلاح الكويت، الطبعة الأولى، 1974 ، ص 9 .

<sup>3</sup> - باباواسماعيل يوسف بن سليمان ، التصرفات العقارية (الوصية -الهبة ) مطبوعة بيداغوجية لمحاضرات السنة أولى ماستر مقياس تصرفات عقارية ، جامعة غرداية السنة الجامعية 2018/2019، ص 4 .

مات فيه<sup>1</sup>. منهم من يرى ان الوصية هي تملك مضاف إلى ما بعد الموت<sup>2</sup> ، والوصية عقد يوجب حقا في ثلث عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده<sup>3</sup>.

كما عرفها ابن عابدين أنها "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع" و هو أصح التعريفات و أشملها باعتباره تعريفا جامعاً مانعاً يشمل كل شيء يوصي به الشخص بعد وفاته كما يشمل قيام الوصي على أولاده الصغار ورعايتهم<sup>4</sup>.

### 3- التعريف القانوني للوصية :

وردت الوصية في القانون المدني الجزائري في المواد 775 إلى المادة 777 من القسم الثاني المنطوي تحت الفصل الثاني المعنون ب طرق اكتساب الملكية من الامر: 58/75<sup>5</sup> ومما يلاحظ ان المشرع في القانون المدني لم يتطرق لتعريف الوصية بل احوال الى تعريفها في قانون الاسرة. ب اكتفى بعرض بعض الاحكام المتعلقة بها.

تناول قانون الاسرة الجزائري رقم 84-11<sup>6</sup> تعريف الوصية في الفصل الاول من الكتاب الرابع تحت عنوان التبرعات من خلال المواد 184 الى المادة 201 اين اعطى تعريفا لها بقوله " الوصية تملك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع ".

### ومن خلال التعاريف السابقة نستنتج مايلي:

<sup>1</sup> -محمد ابو زهرة ، شرح قانون الوصية ، دار الفكر العربي ، مصر ، طبعة 1988 ص 11.

<sup>2</sup> - الشريف الجرجاني، كتاب التعريفات، تحقيق: جماعة من العلماء بإشراف الناشر، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 13 1403 هـ/ 1983م، ص 252

<sup>3</sup> - ضو خالد. الوصية الواجبة في قانون الأسرة الجزائري والتشريعات العربية - دراسة مقارنة مع أحكام الفقه الإسلامي، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، المجلد 7، العدد 1، جوان 2022، ص 888

<sup>4</sup> -العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الجزء الثاني ، الميراث و الوصية ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر الطبعة الثالثة 2004 ص 230 ،

<sup>5</sup> - الأمر 75- 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم

<sup>6</sup> - قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984 والمضمن قانونا للأسرة المعدل والمتمم: بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005 (ج ر 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005).

- ان الوصية تصرف قانوني حال حياة الموصي.
- ان الوصية انتقال ملكية الشيء الموصى به الى الشخص الموصى له موقوفة الا بعد موت الموصي سواء موتاً حقيقياً او حكماً.
- الوصية وجه من وجوه الاحسان مالم تكن النوايا خلاف الظاهر.

### ثانيا/ اركان الوصية:

لكي تصبح الوصية ناجزة وترتب آثارها اشترطت أحكام الشريعة الإسلامية وكذا أحكام قانون الأسرة جملة من الاركان التي لا يمكن اسقاطها او تجاهلها حيث نتناول فيما يلي:

#### 1- اطراف الوصية:

##### أ- الموصي:

هو من يصدر منه الايجاب في حياته حيث تعتمد الوصية اساسا عليه وما يلاحظ ان ايجاب الموصي يختلف عن الايجاب المتعارف عليه في سائر العقود، وللاعتداد بوصية الموصي يجب ان تتوفر فيه جملة من الشروط والتي اوردها المشرع الجزائري في قانون الأسرة 11/84 المعدل والمتمم من خلال المادة 186 بقولها " يشترط في الموصي ان يكون سليم العقل، بالغاً تسع عشرة (19) كاملة ومن خلال نص المادة نستنتج العناصر التالية:

أ- **العقل:** تعتبر سلامة العقل في الموصي شرط اساسي لصحة الوصية، ومتى ثبت خلاف ذلك على الطرف المتضرر الدفع بعدم صحة الوصية بعد الاستعانة بوسائل الاثبات و وسيلة في هذه الحالة هي الخبرة الطبية. ومتى ثبت ان الموصي فاقد لشرط العقل فإن الوصية باطلة بطلاناً مطلقاً لعدم إدراكه وتمييزه لمنافع وأضرار تصرفاته القانونية، أما إنشاء الوصية حال الإفاقة من الجنون لا يبطل الوصية، ويرى المذهب المالكي بأن عقد الوصية متى صدر صحيحاً لا يبطل بزوال الأهلية، وهذا قياساً على سائر عقود المعاوضة كالبيع والإيجار، والمقايضة ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 186 من قانون الأسرة على أن يكون الموصي سليم العقل ولم يفرق بين وصية المجنون ولا المعتوه ولا السفیه ولا الصبي ولا ذي الغفلة، مما يوجب الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي وأحكام الشريعة الإسلامية طبقاً لنص المادة 222 من قانون الأسرة<sup>1</sup>.

1 - سعدالله يوسف، حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص تخصص: قانون الأسرة، جامعة محمد الصديق بن يحيى - جيجل - كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، الجزائر 2018-2019، ص 10.



ب- شرط بلوغ سن الرشد القانوني : والبلوغ هو مناط التكليف في الأحكام الشرعية فلا تصح الوصية من صبي غير مميز، لأن الوصية تبرع مالي فلا يتم إلا بوجود الإرادة والتمييز، ولهذا يشترط المشرع الجزائري في المادة 186 من قانون الأسرة بأن يكون الموصي... "سليم العقل بالغا من العمر تسع عشرة (19) سنة على الأقل"، وهذا معناه ضرورة التمتع بسن الرشد القانوني الوارد في المادة 40 /2 من القانون المدني والذي يخول للإنسان كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، والمقصود بالبلوغ في مسألة الوصية هو الأهلية الخاصة بالتبرع.

ج- شرط الرضا في الموصي : وجب توافر رضا الموصي أثناء إنشائه للوصية

كما هو الحال في باقي التصرفات خاصة التبرعية منها كالهبة والوقف، وإلا كانت غير صحيحة، ولهذا فإن من المتفق عليه فقها وقضاء أن وصية المكره والهازل والمخطئ باطلة، كما لا تصح وصية السكران لأنه لا قصد له والوصية هنا تضر بورثته. فالرضا إذن هو شرط صحة لإنشاء الوصية فلا وصية دون رضا.<sup>1</sup>

ب- الموصى له:

هو الطرف الثاني في الوصية ويشترط فيه مايلي:

1- أن يَكُون 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 يُولد حيا..."، والمادة 134 منه التي جاء فيها: " لايرث الحمل إلا إذا ولد حيا ، ويعتبر حيا إذا استهل 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 يُولد حيا" ، و اتفقت كل هذه المواد في ضرورة الولادة المصحوبة بعلامة ظاهرة للحياة ، و هذا ما جاء موافقا لما ذهب إليه أحكام الفقه الإسلامي.<sup>2</sup>

وقد تكون الوصية في بعض الحالات إلى من لم يكن موجودا وقت إنشاء الوصية ، ويحتمل أن يوجد في المستقبل سواء وجد عند الوفاة أو لم يوجد إلا بعدها ، وهذا ما يصطلح

1 - سعدالله يوسف، المرجع نفسه، ص 09.

<sup>2</sup> - ضو خالد، مرجع سابق، ص 886

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.<sup>1</sup>

**2- أن يكون الموصى له معلوما :** وذلك بالتعيين (بالإشارة أو بالاسم) كفلان بن فلان أو جهة البر الفلانية ، أو بتعريفه بالوصف كفقراء طلبة العلم ، و يقصد بهذا الشرط ألا يكون الموصى له مجهولا جهالة مطلقة و فاحشة لا يمكن دفعها ، وإلا بطلت الوصية ، كما لو أوصى شخص لطالب من الجامعة مثلا دون ذكر إسمه ، و يرجع تقدير معلومة الموصى له للقاضي. و قد قرر جمهور الفقهاء هذا الشرط حتى يمكن تنفيذ الوصية ، ذلك أنها لا تلزم إلا بقبول الموصى له (المواد 184 و 192 من قانون الأسرة ، إلا أنهم استثنوا من هذا الشرط الوصية لله تعالى و لأعمال البر ، و أساس ذلك وجود مفهوم التكافل في مثل هذه الوصايا، كما أن أعمال البر والإحسان تأخذ حكم النوع الواحد و إن تعددت لاتحاد القصد منها.<sup>2</sup>

**3- أن يكون الموصى له أهلا للتملك و الإستحقاق :** فقد اتفق الفقهاء - باستثناء الحنابلة الذين لهم رأي مخالف - على اشتراط ذلك، و عليه فلا تصح الوصية لحيوان مثلا، و تبطل على أساس أن الموصى له ليس أهلا للتملك و الاستحقاق.

أما قانون الأسرة فقد أغفل هذا الشرط، و قد يفهم ذلك حسب بعض الفقهاء، من أن الوصية لمن ليس أهلا للاستحقاق قد تكون صحيحة في بعض الحالات، كالوصية لبناء مسجد أو مدرسة لكنها لا تكون للتمليك؛ بل مجرد وصية بتصرف ، أي إخراج مال من تركته<sup>3</sup> .

**4- ألا يكون الموصى له جهة معصية :** و يقصد بالجهة المعصية الجهة المحرمة شرعا وقانونا، فالوصية شرعت لتكون قرابة أو صلة ، و شرعت للإصلاح و الخير لا من أجل الفساد و المنكر و الخروج عن المعقول.<sup>4</sup>

1- زنتو العربي، حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر كلية الحقوق، الجزائر 2014/2015، ص21.

2 - المرجع نفسه، نفس الصفحة.

3 -العربي بلحاج. المرجع نفسه. ص 260.

4- قديري محمد توفيق، مرجع سابق، ص 646

و لذا فلا يصح للمسلم أن يوصي لجهة حرمتها الشريعة الإسلامية كالوصية لدور اللهو، والكنائس، و المعاهد التي لا تخص المسلمين.

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

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

**5- ألا يكون الموصى له قاتلا للموصي :** إذا قتل الموصى له الموصي فلا تجوز الوصية له، إلا أن الفقهاء اختلفوا في نوع القتل الموجب للحرمان من الوصية.، فذهب الحنفية الى أنه كل قتل أوجب القصاص، أما المالكية فقالوا أن القتل العمد يمنع من الوصية دون القتل الخطأ . أما في القانون فقد نص على عدم استحقاق الوصية للقاتل في المادة 188 من قانون الأسرة.

**6- الموصى له غير وارث للموصي:** الى جانب الشروط السابقة يشترط في الموصى له الا يكون وارثا للموصي، حتى لا يجتمع له المال من جهتين.

وهذا مصداقا لقوله - صلى الله عليه و سلم - : " **إن الله أعطى كل ذي حق حقه، ولا وصية لوارث<sup>1</sup>**، و عن ابن عباس قوله : قال رسول الله - صلى الله عليه و سلم - : " **لا وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة<sup>2</sup>** .

لقد وضع المشرع الجزائري قواعد تحمي نظام الموارث من عدة نواح أهمها منع استغلال الموصي لنظام الوصية من أجل التحايل على الضوابط المقررة ضمن أحكام الميراث. هذا التحايل يأخذ عدة أشكال؛ فقد يكون في شكل تحيز لأحد الورثة دون البقية؛ أو يصل إلى حد السعي إلى حرمان جميع الورثة<sup>3</sup>.

## 2- الموصى به:

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

<sup>1</sup> - سنن ابي داوود، كتاب الوصايا، باب ما جاء في الوصية للوارث (حديث رقم: 2870)

<sup>2</sup> - رواه الدار قطني.

<sup>3</sup> - قديري محمد توفيق . حماية الورثة من الوصية المخالفة لقواعد الميراث في القانون الجزائري - مجلة الدراسات القانونية

المقارنة،المجلد 6، العدد 2 ، ديسمبر 2020، ص 639

أ- أن يكون الموصى به مالا قابلا للتوارث : فالموصى به الذي يصلح للإيصال نوعان:  
 - نوع يصلح أن ينتقل بالميراث أي يصح أن يكون تركة كالأموال الحقيقية أي النقود، والأشياء العينية، و الحقوق التي تتعلق بها كحقوق الإرتفاق و نحوها.  
 -نوع 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.

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 ) .

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

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

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

<sup>1</sup> - عمر حمدي باشا. عقود التبرعات - الهبة. الوصية. الوقف، دار هومة، الجزائر، 2004. ص 55.

<sup>2</sup> - محمد أبو زهرة ، المرجع السابق، ص 100.

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

إلا أن هناك مسألة تصح فيها الوصية مع أن الموصى به غير موجود وقت الوصية ولا وقت الوفاة، و ذلك إذا ما أوصى بغلة بستانه فتكون له الغلات المستقبلية ما دام حيا، لأن الوصية بالغلة من قبيل الوصية بالمنافع، و هذه الأخيرة تجوز الوصية بها مع أنه يحصل عليها وقتا بعد آخر في المستقبل بعد وفاة الموصي<sup>1</sup>.

**د- ألا يكون الموصى به مستغرقا بدين :** يشترط لنهاذ الوصية ألا يكون الموصي مدينا بديون تستغرق جميع ماله، وذلك 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، فأدائها واجب بينما الوصية في غير الواجبات مندوبة أو مباحة، و الواجب مقدم على المندوب و المباح في أحكام الفقه .

أما بالنسبة لأساس تقديم الدين على الوصية مع قوله تعالى : "من بعد وصية توصون بها أودين"<sup>2</sup> أي بتقديم الوصية على الدين؛ فإنه قد روي عن علي - كرم الله وجهه - أنه قال : "إنكم تقرؤون الوصية قبل الدين، و قد شهدت رسول الله - صلى الله عليه و سلم - بدأ بالدين قبل الوصية" ، و عليه فإن تقديم القرآن للوصية على الدين لم يكن لتقديمها 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 .

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

<sup>1</sup> -محمد أبو زهرة ، المرجع نفسه، ص 100.

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

حيث قال الرسول - صلى الله عليه و سلم - و سعد في مرض الموت : "الثالث و الثالث كثير"<sup>1</sup> و يقول - صلى الله عليه و سلم - "إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم عند مماتكم"<sup>2</sup>.

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

### 3- الصيغة:

بحكم أن الوصية بطبيعتها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، فإن صيغتها لا تكون إلا مضافة إلى أجل 3 والأجل هنا هو وفاة الموصي ، اي أنها لا تكون ناجزة كباقي التصرفات، كما يمكن أن تكون صيغة الوصية معلقة على شرط بحيث إذا تحقق هذا الشرط أصبحت الوصية قائمة، و رغم ذلك تظل مضافة إلى أجل<sup>4</sup>

وقد اختلف الفقه في ركن الصيغة من حيث توافق الإرادتين؛ أي الإيجاب و القبول

وانقسموا في ذلك إلى آراء :

فالأحناف وخاصة 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

جبرا عنه غير الميراث بمقتضى نص الشارع، و لأن الموصى له يجب أن يعطى حق الرد دفعا

لاحتمال الضرر، فضرر المنة ثابت،ومن الناس من لا يقبله، و لأن الموصى به قد يكون ملزما

بمؤن أكثر مما فيه من نفع<sup>5</sup> .

و قد إتفق على ما يلي :

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

<sup>1</sup> -رواه البخاري و مسلم.

<sup>2</sup> -رواه ابن ماجة.

<sup>3</sup> - عمر حمدي باشا . عقود التبرعات -الهبه -الوصية - الوقف ، دار هومة الجزائر ، طبعة 2004 ص 47

<sup>4</sup> - الصيغة إما ان تكون منجزة وهي ما دلت على وجود التصرف ووجود حكمه في الحال ، و إما أن تكون مضافة و هي ما

افادت وجود العقد الحال ، و تخلف حكمه إلى زمن مستقبل ، و إما ان تكون معلقة و هي ما دلت على وجود التصرف مرتبا

على وجود شيء آخر سيوجد في المستقبل

<sup>5</sup> - محمد أبو زهرة . شرح قانون الوصية المرجع السابق ص 18.

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

- أن القبول أو الرد لا يشترط فور وفاة الموصي، بل يثبت على التراخي، و أنه يقبل عن المجنون و المعتوه و الصبي غير المميز ممن له الولاية عليه<sup>1</sup>.

أما قانون الأسرة فقد اشترط في المادة 191 فقرة 1 منه تصريح الموصي بالوصية فقط دون حاجة لاقترانه بالقبول من الموصى له و أكدت المادة 197 منه على ما يلي: "يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي"، وهذا ما يبين نية المشرع في اعتبار الوصية تصرفا 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.

أما بالنسبة للتعبير عن هذه الصيغة، فقد اختلفت المذاهب في وسائله من عبارة وكتابة و إشارة...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 ضمنيا حسب الفقرة الثانية منها .

و لا يفوتنا هنا الإشارة إلى نص المادة 191 من قانون الأسرة الي أشارت إلى إحدى الحالات الهامة و هي وفاة الموصى له بعد وفاة الموصي و قبل ان يصدر عن الموصى له قبول الوصية أو ردها ، و التي اتاحت لورثة الموصى له أن يخلو محله في قبول الوصية او ردها ، مع ان هذا الحكم يصطدم مع القاعدة العامة بخصوص أن شخصية المتبرع له محل اعتبار في عقود التبرعات.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - جاء في النص العربي للمادة 191 : "تثبت الوصية : - بتصريح الموصي أمام الموثق و تحرير عقد بذلك"، و بالرجوع إلى النسخة الفرنسية نجد مصطلح acte authentique يقابل "عقد" فان المقصود به هو المحرر أما مصطلح عقد فما هو إلا ترجمة خاطئة لم يقصد به اعتبار الوصية عقدا.

<sup>2</sup> - باباواسماعيل يوسف بن سليمان ، المرجع السابق ص 14.

هذا بالنسبة لركن الصيغة، أما بقية الأركان من موصي، وموصى له، وموصى به فإن بعض الفقهاء يوردها في باب شروط الوصية ويعتبرونها شروطاً لا تصح الوصية إلا بها.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: طبيعة الوصية في نظر الفقهاء والقانون:

#### اولاً/ طبيعة الوصية عند الفقهاء:

لقد أثارَت مسألة الطبيعة القانونية للوصية جدلاً فقهيًا أدى إلى ظهور اتجاهين:

1- **الاتجاه الأول:** يرى هذا الاتجاه بالقول أنّ ركن الوصية يتمثل في الإيجاب الصادر

من الموصي فقط دون اشتراط قبول الموصى له كركن ، وأنّ استلزام القبول يكون رد لزوم الوصية بالنسبة إلى الموصى له، أي أنّ الوصية تنعقد عند صدورهما من الموصي ولكن يتوقف نفاذها على موته وعلى قبول الموصى له،

2- **الاتجاه الثاني:** ذهب الى أنّ الوصية لا تتحقق إلا بالإيجاب والقبول معا فالقبول ركن

في الصيغة كالإيجاب تماما، ومن ثمّ فالوصية عقد لا بد فيه من تطابق إيجاب الموصي وقبول الموصى له.<sup>2</sup>

#### ثانياً/ الطبيعة القانونية للوصية:

معرفة الطبيعة القانونية للوصية امر غاية في الأهمية ، فمن خلالها يتم التكييف القانوني و بالتالي اللجوء للقواعد القانونية الواجبة التطبيق عليها، (والبحث في الطبيعة القانونية للوصية يتعلق بالتساؤل التالي : هل الوصية عقد أم تصرف إنفرادي ، أي تتم بالإرادة المنفردة ؟ وعليه حيث يتم الكشف عن إرادة المشرع يلزم الرجوع إلى النصوص التشريعية المنظمة لأحكام الوصية و الوقوف على ألفاظها<sup>3</sup>:

وما يلاحظ من نص المادة 201 ان قانون الاسرة قرر بطلان الوصية حال ردها،<sup>4</sup> و المادة 197 من قانون نفس القانون<sup>1</sup>، و من خلال نص المادة 191فقرة 1<sup>2</sup>، أن الوصية في

<sup>1</sup> - فتحي حسن مصطفى. الملكية بالميراث في ضوء الفقه و القضاء . منشأة المعارف. الإسكندرية. ص 233 / محمد أبو زهرة. نفس المرجع. ص 51 / العربي بلحاج. المرجع السابق. ص 253.

<sup>2</sup> - زهدور محمد/ الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991، ص . 31-32

<sup>3</sup> - باباواسماعيل يوسف بن سليمان ، المرجع السابق ص 6 ،

<sup>4</sup> - تنص المادة 201 من قانون الأسرة الجزائري على " تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي ، أو بردها "



حقيقتها تصرف قانوني من جانب واحد ن يكفي لقيامها كشف الموصي عن إرادته في الوصية دون حاجة لقبول الموصي له ، و الذي يبقى شرطاً لثبوت ملك الموصي به و لزومه ، لأن القول بثبوت الملك للموصي له من غير قبوله يؤدي إلى الإضرار به من وجهتين احدها المنه ، و الثاني أن يكون الشيء الموصى به شيئاً يتضرر منه الموصي له<sup>3</sup>.

و بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة نجد المشرع الجزائري نص في المادة 184 منه على أنّ: "الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبوع" ونص في المادة 197 منه على ما يلي: " يكون قبول الوصية صراحة أو ضمناً بعد وفاة الموصي يستفاد من هاتين المادتين أنّ المشرع أخذ برأي جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية واعتبر إيجاب الموصي الركن الوحيد لانعقاد الوصية دون الحاجة إلى قبول الموصي له لأنّ الوصية تصرف صادر من جانب واحد وليست عقداً، غير أنه وإن كانت الوصية تصرفاً تبرعياً صادراً بالإرادة المنفردة للموصي إلا أنّ الملكية لا تثبت بمقتضى الوصية للموصي له بمجرد وفاة الموصي بل لا بد أن يقبلها صراحة بالقول أو ما يقوم مقامه كاتخاذ موقف يدل على رضاه بالوصية، فإذا قبل الموصي له الوصية كان الموصي به ملكاً له وإذا رد الموصي له الوصية بطلت وفقاً لمقتضيات المادة 201 من قانون الأسرة التي تنص على ما يلي: " تبطل الوصية بموت الموصي له قبل الموصي أو بردها". وعليه فإنّ الوصية تنشأ بإرادة منفردة يتوقف انعقادها على توافر ركن الرضا المتمثل في الإيجاب الصادر من الموصي فقط، أما القبول الذي يصدر من الموصي له بعد وفاة الموصي فما هو إلا شرط للزوم الوصية وثبوت يملكه الموصي به<sup>4</sup>.

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

يوصف الوصية تصرفاً في التركة مضافاً إلى ما بعد الوفاة، تتحقق فيها الخلافة في المال بالوفاة؛ فهي تقترب من الميراث كسبب من أسباب كسب الملكية، و تختلف عنه من حيث

<sup>1</sup> - تنص المادة 197 من قانون الأسرة الجزائري على "يكون قبول الوصية صراحة أو ضمناً بعد وفاة الموصي "

<sup>2</sup> - تنص المادة 191 فقرة 1 من قانون الأسرة الجزائري على "تثبت الوصية ب : 1 -بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك "

<sup>3</sup> - بابا واسماعيل يوسف بن سليمان ، المرجع السابق ص 8 ،

<sup>4</sup> - شيخ سناء ، شكل الوصية في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري . مقال بمجلة الدراسات الإسلامية -العدد الثاني -

جوان 2013، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تلمسان - الجزائر، ص175-176.

الإختيار، فالشارع الحكيم لما نظم الخلافة في المال بالميراث تولاهما بالتوزيع العادل، وبالمقابل نظم أمر الخلافة بالوصية مقيدا حرية الأشخاص في الإيضاء بغية الحفاظ على حقوق الورثة، وحماية لهم من خطر التصرف بالوصية سواء تمت لوارث أو لغيره، وذلك باعتبار الوصية مساسا في الصميم بالتركة التي ستؤول إلى الورثة المحتملين. وعملا بأحكام الشريعة الإسلامية قيد المشرع الجزائري من جهته حرية الإيضاء بعدة أحكام منها ما تعلق بالموصى له، ومنها ما تعلق بالموصى به، وهذا ما سنفصله فيما يأتي مركزين على الأحكام التي تحقق الحماية لحقوق الورثة .

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

**اولا: عدم جواز الإيضاء لوارث:** مما هو متعارف عليه ان من أهم شروط الموصى له المقيدة لحرية الموصي في الإيضاء بأمواله، ألا يكون الموصى له وارثا كقاعدة عامة .  
وذلك من خلال حديث الرسول صلى الله عليه و سلم - : "إن الله أعطى لكل ذي حق حقه فلا وصية لوارث"<sup>1</sup>، و روي عن ابن عباس قوله : قال رسول الله - صلى الله عليه و سلم - : "لا وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة"<sup>2</sup>، و عن ابن عباس قوله : قال رسول الله - صلى الله عليه و سلم قال: "لا وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة"<sup>3</sup> .

بما أن جل أحكام الوصية مستقاة من الفقه الإسلامي، كان مرد الخلاف في جواز وعدم جواز الوصية للوارث في تفسير الآيات و اعتماد الأحاديث على رأيين.

### \* الرأي الأول : يجيز الإيضاء لوارث

و اعتمد هذا الرأي القانون المصري الذي اعتبر أن الوصية للوارث لا تحتاج إلى إجازة الورثة إلا إذا تجاوزت الثلث ، و من أهم ما استند إليه هذا الرأي قوله تعالى في الآية 180 من سورة البقرة : "كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين و الأقربين بالمعروف حقا على المتقين" .

<sup>1</sup> - رواه الترمذي .

<sup>2</sup> - رواه الدارقطني .

<sup>3</sup> - رواه الدارقطني .

إضافة إلى قول بعض المفسرين منهم أبو مسلم الأصفهاني بأن هذه الآية غير منسوخة بآية المواريث، و من أسس هذا الرأي أيضا هو أن الناس قد احتاجوا للوصية لوarith. و قد انتقد هذا الرأي على أساس أنه إذا كان أبو مسلم الأصفهاني من بين عدد من المفسرين إعتبر أن هذه الآية غير منسوخة - لأنه قرر أنه لا نسخ في كتاب الله تعالى قط - فإنه بالمقابل حاول التوفيق بينها وبين آية المواريث و اعتبر أنها غير مخالفة لها، و أن معناها : كتب عليكم ما أوصى الله تعالى من توريث الوالدين و الأقربين من قوله تعالى : " يوصيكم الله في أولادكم " أي كتب على المحتضر أن يوصى للوالدين و الأقربين بتوفية ما أوصى الله به لهم، و ألا ينقص من أنصبتهم.<sup>1</sup>

و طبقا لما سبق فإنه لا منافاة بين ثبوت الميراث للأقرباء، مع ثبوت الوصية بالميراث عطية من الله تعالى، و الوصية عطية ممن حضره الموت إضافة إلى ذلك ، فإنه لو قدرنا حصول المنافاة، لكان يمكن جعل آية المواريث مخصصة لهذه الآية، وذلك لأن هذه الآية توجب الوصية للأقربين، ثم آية المواريث تخرج القريب الوارث<sup>2</sup>، و لا منافاة بين الآية الخاصة بالوصية وقوله صلى الله عليه و سلم : "إن الله أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث" لأن الآية ما أجازت الوصية للوارث، بل أجازت الوصية للوالدين و الأقربين بالمعروف، و ليس متعينا أن يكونوا ورثة .

و يرى البعض في هذا الشأن جواز الوصية للوارث إذا كان هذا الوارث أحوج من غيره، و الآية تشير إليه لأنها اشترطت لنهاذ الوصية ألا يكون فيها تجانف لإثم إذ قال الله تعالى بعد آية الوصية : "فمن خاف من موص جنفا أو إثما فأصلح بينهم فلا إثم عليه"<sup>3</sup>، و قيل لم تتسخ الآية و الوارث يجمع له بين الوصية و الميراث بحكم الآيتين، لكن هذا الرأي في كتب التفسير رأي مغمور وليس بمشهور .

و يرى الإمام أبو زهرة أن إجازة القانون المصري الوصية للوارث وجعلها كوصية الأجنبي مبدأ خطير استحدث في قوانين الدولة المصرية، و يكاد يكون انقلابا في التوريث الإسلامي<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - مزقيش بومدين، الضوابط الشرعية والقانونية التي تقيد الوصية، بمذكرة تخرج ماستر، تخصص-قانون الاحوال الشخصية-كلية

الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الجلفة، الجزائر، 2014/2015، ص15.

<sup>2</sup> - محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 64.

<sup>3</sup> - سورة البقرة ، الآية 82.

<sup>4</sup> - مزقيش بومدين، مرجع سابق، ص16.

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

يذهب المالكية - المشهور عندهم - إلى أن الوصية باطلة للوارث ، فلو صح و أن أوصي للوارث ولغيره صحت لغير الوارث ، و بطلت وصية الوارث فقط .و يرى ابن حزم أن الوصية باطلة بطلانا مطلقا إذا ما تمت للوارث، و لا تصححها إجازة الورثة بعد وفاة الموصي وهذا الرأي أخذ به المشرع المغربي الذي نص على انه لا وصية لوارث إطلاقا، و لا تصح ولو أجازها الورثة<sup>1</sup>.

غير أن هناك رأيا آخر يذهب إلى أن الوصية لوارث صحيحة متوقفة على إجازة باقي الورثة، و في ذلك قال ابن القصار و ابن العطار - وهما من المالكية - ، وعليه فإذا أجاز الورثة الوصية بعد وفاة الموصي كانت صحيحة، أما إذا أجازها بعض الورثة ، و رفضها البعض الآخر نفذت في حصص من قبلها .

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

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

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

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

<sup>1</sup> - بلحاج العربي. المرجع السابق، ص 264.

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

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

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

و المشرع الجزائري بهذا الموقف قد تفادى خلق الشقاق و الأحقاد بين الورثة، بمنع الوصية للوارث بصفة مطلقة، كما فعل القانون المغربي، وذلك تجاه بعض الحالات المشروعة كالولد المصاب بعاهة أو مرض مزمن، و يريد والده الإيصاء له لتأمين حياته و لعلاجه . كما انه قد اجتنب أيضا ما قد يثير البغضاء بين آحاد الأسرة بالسماح المطلق لنظام الوصية للوارث، على غرار المشرع المصري، لأن ذلك سيوغر صدر من لم ينالوا ما نال ذو الحظوة، ولن يكون سبيل عدل بل سيكون في أكثر أحواله لغير ذي الحاجة<sup>2</sup> .

و قد قضت المحكمة العليا بقاعدة عدم جواز الوصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة في العديد من قراراتها منها القرار الصادر بتاريخ 1990/03/05 ملف رقم 59240<sup>3</sup>، وكذا القرار الصادر بتاريخ 1992/11/24 ملف رقم 86039<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> -محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 64 .

<sup>2</sup> - مزقيش بومدين، مرجع سابق، ص 17.

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

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

عدد خاص 2001. ص 292 .

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

و يشترط في صحة الإجازة، أن تقع فيما يملك الورثة، كما أن الوارث الذي تعتبر إجازته هو الوارث الذي يكون أهلا للتبرع، وهو كامل الأهلية، البالغ، العاقل، الذي لم يحجر عليه وذلك لأن الإجازة تبرع و التبرع تصرف ضار ضررا محضا، لذا فإذا كان الوارث عديم الأهلية أو ناقصها للأسباب التي يقررها القانون ، فإن تصرفه بالإجازة يكون باطلا بطلانا مطلقا طبقا للمواد 40، 42، 43، و 44 من القانون المدني و المواد 81، 82، و 83 من قانون الأسرة. إضافة إلى ذلك لا بد أن يكون الوارث عالما علما كاملا بالوصية ليجيزها<sup>1</sup> لأن الجهالة تمنع صحة التصرف.

ثانيا: الا تتجاوز الوصية ثلث التركة: طبقا لنص المادة 185 ق أ فإنه يشترط لنفاد الوصية أن يكون الموصى به في حدود ثلث التركة و ما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة حيث جاء فيها: " تكون الوصية في حدود ثلث التركة و ما زاد عن الثلث تتوقف على إجازة الورثة". و يثور التساؤل عن حكم الوصية إذا تجاوزت الثلث القانوني؟

لم يفصل المشرع الجزائري صراحة في هذه المسألة و بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية يذهب الفقه المالكي إلى أن الوصية لغير الوارث إذا تجاوزت الثلث تقع باطلة بالنسبة للزيادة و إذا أجازها الورثة تأخذ حكم الهبة من أموالهم. أما إذا لم يكن للموصي من وارث فالزيادة عن الثلث باطلة و تؤول إلى الخزينة العامة.

و إذا أجاز بعض الورثة و رفض البعض الآخر نفذت الوصية في حق من أجاز ما دام من أهل الإجازة و بطلت في حق من لم يجزها، إذ تقسم التركة إلى تقسيمين تقسيم على فرض الإجازة و آخر على فرض عدمها، فمن أجاز الوصية أحد تصيبه على الفرض الأول، و من لم يجزها يأخذ نصيبه على الفرض الثاني.

و في الأخير تجدر الإشارة إلى أن القانون أجاز أن تكون الوصية مقرونة بشرط و بالتالي لا يستحقها الموصى له إلا بإنجاز أو تحقق الشرط. أما إذا اقترنت الوصية بشرط غير صحيح بطل الشرط و صحت الوصية و ذلك وفقا لمقتضيات المادة 199 ق أ بقولها: " إذا علق الوصية على شرط استحقها الموصى له بعد إنجاز الشرط و إذا كان الشرط غير صحيح صحت الوصية و بطل الشرط".<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: علة و أساس تقييد الوصية

حفاظا على حقوق الورثة المحتملين - الذين ستؤول إليهم التركة - من الوصايا التي قد تؤثر عليها، فإن الشريعة الإسلامية و المشرع الوضعي (عملا بأحكام هذه الأخيرة) قد قيدت حرية الإيضاء بالرجوع إلى أسس شرعية حاولنا إجمالها في نقطتين أساسيتين هما منع الإضرار

<sup>1</sup> - زهدور اشواق، مبلات الوصية في القانون الجزائري، مقال بمجلة القانون العقاري والبيئة المجلد / 10 العدد 01 (2022)، ص126-127.

بالورثة و تنظيم أحكام الوصية باعتبار إضافتها إلى ما بعد الموت موازاة مع تنظيم الشارع الحكيم لأحكام الميراث .

**اولا: منع الإضرار بالورثة:** الأصل أن الوصية في مفهوم الإسلام هي باب من أبواب الإنفاق على الأقرباء الذين لا يرثون، و على أصحاب الخير، وعموما على وجوه الخير كالوصية للفقراء أو لدور العلم والمستشفيات، أي أن الهدف منها هو تحقيق التكافل الإجتماعي، إلى درجة تقرير وجوب الوصية في بعض الحالات بحكم الشرع و القانون وهو ما يسمى بالوصية الواجبة أي التنزيل طبقا للمواد 169 إلى 172 من قانون الأسرة، واعتبار الوصية مكروهة في حالات أخرى كوصية صاحب المال القليل للغير مع أن ورثته كثيرون ومحتاجون مصداقا لقوله - صلى الله عليه و سلم - : "إنك أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس".<sup>1</sup>

وعليه فتحقيقا لهذا الغرض النبيل للوصية، اعتبرت الشريعة الإسلامية الوصية باطلة إذا كان القصد منها هو الإضرار بالورثة وحقوقهم، و هذا مصداقا لقوله تعالى : "من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار وصية من الله و الله عليم حلیم"<sup>2</sup> .

و لذا حقق بعض العلماء بطلان ما يسمى بوصية الضرار؛ وهي التي يقصد بها الإضرار بالورثة كأن يوصي الشخص بثلث ماله لبعض جهات البر إن تزوج إبنه من فلانة ويصرح بأنه كان يود أن يوصي بكل ماله في هذه الحال لو لم يكن القانون يمنعه من ذلك، فالقصد هنا مضارة الوارث، وهذا الباعث منافي لمقاصد الشارع فالوصية المشتملة على الضرار مخالفة لما شرعه الله تعالى وما كان كذلك فهو معصية<sup>3</sup> .

و عن ابن عباس - بإسناد صحيح - أن وصية الضرار من الكبائر، فما أحق وصية الضرار بالإبطال من غير فرق بين الثلث وما دونه و ما فوقه، وهذا تطبيقا لقوله - صلى الله عليه و سلم - : "الإضرار في الوصية من الكبائر"<sup>4</sup> ، و لا يجب أن يفهم من عدم جواز وصية

<sup>1</sup> - زروق عبد الرؤوف - حموش محمد، حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، 2006، ص 17.

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

<sup>3</sup> -لم يشتمل قانون الأسرة على نص يتعلق بوصية الإضرار مما يتعين معه تطبيق ما جاءت به الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 منه .

<sup>4</sup> -رواه الدار قطني في سننه.



الضرار بطلانها عندما تكون نية أو قصد المورث الإضرار بالورثة فقط؛ بل أن عنصر الإضرار يتحقق في الحالتين التاليتين :

1- إذا اتجهت نية الموصي إلى الإضرار، أي إذا قصد حرمان ورثته من بعض ماله، كأن يقر بذلك صراحة في الوصية ،

أو أن يستخلص ذلك من اشتغال الوصية على شرط يتوقف تنفيذها على تحققه بأن يوصي الشخص بجزء من ماله إذا تصرف وارثه تصرفاً معيناً، بينما يرى الإمام مالك أن الوصية إذا كانت مشروعة و في حدود الثلث وكانت لغير وارث فيقتضي العمل بها .

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

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

و عليه فقانون الأسرة بتقييده الوصية خصوصاً في عدم إجازته الوصية لوارث يكون قد تماشى مع بعض القواعد الفقهية المشهورة منها "درء المفسد مقدم على جلب المصالح" و "الحكم يتبع المصلحة الراجحة" فهو يحقق المصلحة الراجحة المتمثلة في الإبقاء على كيان الأسرة ووحدتها، و الحفاظ على صلات الرحم بين أفرادها، فهذا يتحقق بعدم جواز الوصية لوارث ؛ حتى لا تنحصر ثروة الموصي كلها في وارث واحد على حساب مبادئ التكافل الاجتماعي و النظام العام الإسلامي في تنظيم تداول الأموال، وتوزيعها بين أكبر عدد ممكن ممن هو أقرب صلة بالميت من ذوي قرابته، و بذلك كان المشرع الجزائري متماشياً مع الآراء الاجتهادية، ومع روح نظام الوصية ، ونظام الإرث الإسلاميين.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - زروق عبد الرؤوف - حموش محمد، مرجع سابق، ص 18.

## ثانيا: تولي الشرع الخلافة في المال بالتنظيم

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

1- إما بحكم الشارع؛ وهذا في الموارث أين تكون الخلافة بحكم من الشارع، لا بإرادة المورث، بل و حتى من غير إرادة الوارث، لذا قيل أنه لا يدخل شيء في ملك الإنسان جبرا عنه سوى الميراث.<sup>1</sup>

2- و قد تثبت هذه الخلافة بإرادة المتوفي؛ وهذا في الوصية فالموصى له يملك ما يوصى به بمقتضى ما صدر عن الموصي، و تسمى بالخلافة الإختيارية ، و الموصى له يبقى دائما قبل هذه الخلافة مختارا .

و الأصل أن الشارع هو الذي يتولى أمر الخلافة في مال الميت، و ينظمها حيث جعل الميراث في نطاق الأسرة لا يعدوها؛ و هذه لحماية لهذه الأخيرة، و إقامة بنيانها، وتوثيق العلاقة بين أحادها مما يقوي دعائمها و يوثق الصلات و ينمي التعاون بين أفرادها . و لذا فإن الشريعة الإسلامية سلبت من المورث أمر الخلافة في ثلثي ماله، وهذا لتقسيم المال للأسرة بالقسطاس المستقيم . والتوزيع العادل الذي تولاه الله سبحانه و تعالى يقوم على أسس ثلاثة هي :

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

2- مراعاة الحاجة، فكلما كانت الحاجة أشد كان العطاء أكثر، وهذا هو السبب في أن نصيب الأولاد كان أكثر من نصيب الأبوين مع قوله - صلى الله عليه و سلم - : **"أنت ومالك لأبيك"** باعتبار أن حاجة الأولاد إلى المال أشد لضعفهم و استقبالهم للحياة . كما أن هذا هو سبب جعل نصيب الذكر ضعف نصيب الأنثى باعتبار أن التكاليف المالية التي تطالب بها المرأة

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

دون التكاليف التي يطالب بها الرجل كالعامل لتوفير القوت أو نفقة الأولاد، و إن الإعطاء على مقدار الحاجة هو العدل، والمساواة عند تفاوت الحاجات هي الظلم<sup>1</sup>.

3- إن الشريعة الإسلامية تتجه في تقسيم التركة إلى التوزيع دون التجميع، فلم تجعل وارثا ينفرد بها دون سواه، ولم تطلق يد المورث يختص بها من يشاء، بل وزعتها على عدد من الورثة، وهذا ما يتبين من التوزيع العادل و القائم على أسس منصفة من أمثلتها أن الوارث الذي أدلى إلى الميت بوارث يحجب عند وجود ذلك الوارث تفاديا لجمع التركة في حيز واحد، و غيرها من الأحكام التي تعكس ذلك .

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

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

وفي الاخير بعد معرفة العلة من تقييد حرية الايصاء شريعة وقانونا جاء من اجل المحافظة على الرابطة الاسرية ذلك ان مثل هذه التصرفات من شأنها ان تخلق الشقاق بين افراد الاسرة الواحدة و تفكك هذه الاخيرة يؤدي الى تفكك وحدة المجتمع . فسلب إرادة المورث

<sup>1</sup> -محمد أبو زهرة. أحكام التركات و المواريث. المرجع السابق. ص 210 .

<sup>2</sup> -سورة النساء . الآية 176

في الإيحاء لوارث و كذا في ثلثي التركة لم يكن إلا لحماية الأقربين له، فهي لم تسلب منه إلا ليعطى المال للأسرة بالقسطاس المستقيم، و لكيلا يكون في النفس جفوة المنع والإعطاء إن تولى ذلك المورث.<sup>1</sup> و يمكن ان يكون الموصى مريضاً هذا المريض الذي حد المشرع من حريته في التصرف بأمواله حال حياته بالرغم من تمتعه بالأهلية القانونية، وجعلها تصرفات نافذة في حالات معينة وبحدود معينة، وغير نافذة في حالات أخرى وفقاً لنص المادة 105<sup>2</sup>.

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

قد يلجأ المورث في كثير من الاحيان للإضرار بورثته وذلك عن طريق حرمانهم من حقهم في الميراث كلياً او جزئياً عن طريق التبرع و خاصة في حال مرض الموت حيث يتبرع بكل ماله لشخص او لجهة اجنبية عن الورثة ساترا نواياه التي تستتر وراء تصرفاته التبرعية. هنا تدخل المشرع لوضع حدا لمثل هذه التصرفات وذلك بالمعاملة بنقيض القصد، حيث جاء من خلال المادة 776 و 777 من القانون المدني ما مضمونه انه متى كان التصرف في مرض الموت فانه يعتبر تبرعا مضافا الى ما بعد الموت ويأخذ احكام الوصية.

حيث نجد إن الشريعة الإسلامية والتي تعتبر هي المصدر الأساسي لقانون الأسرة الجزائري، جعلت للوارث إبان حياة مورثه حقا في ماله يتقيد به حق التصرف بالوصية لوارث آخر أو بمقدار معين لأجنبي على التفصيل الذي سبق بيانه، بل أن المشرع ذهب إلى أبعد من ذلك؛ فأقر بطلان التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو كان برضاه (المادة 2/92 من القانون المدني) كما جرم الاستيلاء على أموال التركة (المادة 1/363 من قانون العقوبات)<sup>3</sup>

ومن خلال هذا المبحث نتناول تدخل المشرع وكيفية تصديه للاضرار بالورثة وهذا بعرض الاساس العام الذي تقوم عليه قرينة الإيحاء في مطلب أول. ثم بصفة اخص في تصرفات المريض مرض الموت في مطلب ثان .

<sup>1</sup> - زروق عبد الرؤوف - حموش محمد، مرجع سابق، ص 19.

<sup>2</sup> - خمار نريمان و لشهب حورية. تحول تصرفات المريض مرض الموت الى وصية. مجلة العلوم الانسانية، المجلد 20 العدد2، ديسمبر 2020، ص 735

<sup>3</sup> - زنتو العربي ، مرجع سابق، ص 51.

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

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

## الفرع الأول: منع التحايل على أحكام القانون

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

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

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

<sup>3</sup> -تنص المادة 340 من القانون المدني: "يترك لتقدير القاضي إستنباط كل قرينة لم يقررها القانون و لا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة" فالقرينة القضائية هي أن يستخلص القاضي من واقعة معلومة نتائج تؤدي إلى إثبات واقعة معينة. للقرينة القضائية عنصران : مادي هو الواقعة التي يختارها القاضي، ومعنوي هو الإستنباط، و بالتالي القرينة القضائية هي تحويل للإثبات من محل إلى محل آخر لأن إثبات المحل الأول صعب عن طريق الإثبات

من كون المتصرف إليه لم يقبض ثمننا للبيع، أو من عدم جدية الثمن أو عدم قدرة المشتري على دفعه، وكأن تثبت نية إضافة الملك إلى ما بعد الموت من عدم تنفيذ التصرف قبل الوفاة أو من شمول التصرف لكافة ممتلكات المتصرف، أو عدم تسجيل سند التصرف و الإحتفاظ به لدى المتصرف طوال حياته<sup>1</sup>.

و اعتمادا على هذه القرائن و غيرها فإن على الورثة أن يقيموا الدليل على عدم صحة ما ورد في تصرف المورث؛ فعبء الإثبات يقع 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 التضييق على من يحاول التحايل على القانون<sup>2</sup>. و بالمقابل ، فإن خلو العقد من شروط القرينة القانونية لا يصلح دليلا لنفي الوصية المستترة، و على القاضي التحقق من توافر شروطها على ضوء ظروف الدعوى 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 لتوضيح ذلك يجب في هذا المجال التفرقة بين أعمال الدفع بالصورية، و الدفع بالتحايل على نظام الإرث :

المباشر . عبد الرحمن ملازي.محاضرات في طرق الإثبات في المواد المدنية و التجارية.المعهد الوطني للقضاء . الدفعة العشرون . السنة الأولى.2010/2009.

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

<sup>2</sup> - قديري محمد توفيق، مرجع سابق، ص 646

إذ أن الصورية هي أن يتعمد المتعاقدان إخفاء حقيقة علاقتهما تحت مظهر كاذب، ونجد أمامنا تصرفا ظاهرا يخفي تصرف حقيقيا مختلفا عنه، و له شروط أخرى مستترة هي التي اتجهت إرادة المتعاقدين إليها .

أما التحايل على القانون فقد يكون بغير صورية متى كانت شروط العقد ظاهرة غير مستترة كالهبة مع الاحتفاظ بالحيازة والانتفاع مدى الحياة<sup>1</sup> .

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

أما إذا ادعى الورثة وجود وصية مستترة تحايلا على تقييد حرية الإيضاء فإنهم يستمدون حقهم من القانون مباشرة لا من المورث، حماية لهم من تصرفات المورث التي قصد بها التحايل على القانون، باعتبار أن التركة حق مقرر للوارث و أن الوصية لا تنفذ إلا بعد وفاة المورث، و بذلك متى تعدت نصابها مست بالميراث، فهنا يتغير المركز القانوني للورثة من الخلف العام إلى الغير، و بالتالي جاز لهم الإثبات بكافة الطرق دون التقيد بقاعدة عدم جواز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة، على أساس وجود غش أو تحايل على القانون<sup>2</sup> .

### الفرع الثاني: تصدي القاضي وسلطته في تكييف التصرفات القانونية المستترة

في حالة تستر الوصية تحت وصف آخر تظهر جليا سلطة القاضي في تكييف التصرف حماية للورثة، و بالتالي تثار هنا مسألة تفسير وتكييف التصرفات؛ فتكييف القاضي للتصرف

<sup>1</sup> -محمد حسنين. عقد البيع في القانون المدني الجزائري. ديوان المطبوعات الجامعية. الطبعة 4. 2005. ص.ص 6-7 .

<sup>2</sup> -مصطفى محمد الجمال. نظام الملكية. منشأة المعارف الإسكندرية. مصر. ص 407 .

<sup>2</sup> - وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية و الموارث بتاريخ 2002/01/16 ملف رقم 278004. المجلة القضائية. العدد الأول 2003. ص 367 : "إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الإنحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين. و عليه فإن القضاء برفض الدعوى الرامية إلى إلغاء عقد الوصية هو قضاء سليم مادام قصد الهالك ينصرف إلى توزيع أملاكه على الورثة أثناء حياته" .

يقتضي أولاً تفسير إرادة المتعاقدين، وهذا ما هو من صميم عمل القاضي للتعرف على نية المتعاقدين في التوجه إلى إبرام تصرف ما بتطبيق المادتين 111 و 112 من القانون المدني .  
و التفسير مسألة موضوعية لا يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا ما دام قد التزم القواعد التي نص عليها المشرع في التفسير، بأن استخلص إرادة المتعاقدين من وقائع حقيقة مطابقة للثابت في أوراق الدعوى وتؤدي 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 الواضحة و قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين مع استثناء عقود الإذعان.

وبعد إستخلاص القاضي إرادة المتعاقدين يسقط عليها حكم القانون من أجل تكييف التصرف و الكشف عن ماهيته، أي إعطائه الوصف القانوني<sup>1</sup>.

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

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

<sup>1</sup> - قديري محمد توفيق، مرجع سابق، ص 654

<sup>2</sup> - محمد صبري السعدي. شرح القانون المدني الجزائري. النظرية العامة للإلتزامات. العقد و الإرادة المنفردة. ج1. دار الهدى. الجزائر. الطبعة الثانية. 2004. ص 306 .



أن يكون عجز المشتري عن دفع الثمن واضحا كل الوضوح بحيث لا يعقل أن يكون البائع قد أخذ الأمر على محمل الجد،<sup>1</sup>

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

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

قد تنتاب الشخص حال حياته فترة مرض يغلب فيه هلاكه، و تؤدي به إلى الوفاة فعلا، حيث يشعر خلالها المريض بدنو أجله وهي حالة تعرف فقها و قانونا بمرض الموت، و قد يبرم المريض خلال هذه الفترة تصرفات قانونية سواء لوارث أو لغيره؛ لذا فإن المشرع نظم أحكام هذه التصرفات في مواد متعددة منها المواد 776، 408، 409 من القانون المدني و كذا المادة 204 و غيرها من قانون الأسرة، وذلك حماية لورثة المريض.<sup>3</sup>

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

يثير موضوع حكم تصرفات المريض مرض الموت اثارا هامة بالنسبة لورثة فيما اذا كانت تمس بحقوق هؤلاء أم لا. وهذا ما جعل الفقه الاسلامي يختلف في الحكم الواجب اتباعه لإقرار شرعية هذا التصرف<sup>4</sup>، و يخضع اثبات مرض الموت لجملة من الضوابط الفقهية و القانونية

<sup>1</sup> - خمار نريمان و لشهب حورية. مرجع سابق، ص 742

<sup>2</sup> - قرار المحكمة العليا. الغرفة العقارية. الصادر بتاريخ 2002/04/24. ملف رقم 229397. المجلة القضائية. العدد الثاني 2002. ص 387 .

<sup>3</sup> - زنتو العربي، مرجع سابق، ص 59.

<sup>4</sup> - رابح بن غريب. أحكام تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني مقارنة بالفقه الاسلامي، المجلة النقدية للقانون و العلوم الانسانية، المجلد 5، العدد 1، ص 344

التي تُسقط الحكم على ان هذا المرض مرض الموت او لا، وذلك لا يتأتى الا بمجموعة من الشروط والمعايير في حين ان المشرع الجزائري لم يأت بتعريف لمرض الموت، بل اكتفى بإيراد أحكام التصرفات الصادرة خلاله في مواد القانون المدني و قانون الأسرة .

### اولا/تعريف مرض الموت:

لقد اختلف الفقه الإسلامي، والقانوني في تعريف مرض الموت، وقبل تعريفه سنحاول تعريف المرض على حدى فالموت ثم نعرف بعد ذلك مرض الموت.

يعرف المرض على أنه ما يعرضُ للبدن يُخرجه عن اعتداله الخاص. ويعرف الموت على أنه إبانة الروح عن الجسد ويعرف مرض الموت على أنه المرض الذي يتصل بالموت، ولو لم يكن الموت سببه، ويعرف كذلك على أنه المرض الذي يغلب فيه الهلاك عادة، ومرجع ذلك الأطباء وأهل الخبرة في تحديد طبيعة المرض الذي يغلب فيه الهالك<sup>1</sup>، ويقعد فيه الشخص عن القيام بمصالحه، ويتصل به الموت فعلا ومباشرة سواء مات الشخص بسبب هذا المرض، أو آخر ظاهر، طالما إن الوفاة وقعت أثناء المرض". و يلحق بالمريض مرض الموت بعض الأصحاء إذا كانوا في وضعية يخاف عليها غالبا الهلاك، فيأخذ حكم المريض مرض الموت، لأن مرض الموت هو الذي يخاف منه الهلاك غالباً فكان في المعنى سواء.

وبالتالي يأخذ حكمه من الأصحاء من كان في حالة نفسية تجعله يشعر بدنو أجله، و لو كان سليما في بدنه، بل وحتى إن لم يكن مريضا أصلاً، فالعبرة في الحالة النفسية التي للمريض التي تجعله في وضع يغلب فيه الهلاك، وتتصل بالموت فعلا كالمحكوم عليه بالإعدام، والجندي في ساحة القتال، ومن كان في سفينة أشرفت على الغرق، ولا تعتبر الشيوخوخة من قبيل مرض الموت على عكس بعض الحالات الأخرى، وهو ما قضت به محكمة الاستئناف المصرية في احد قراراتها التي جاء فيها { ... أن الشيوخوخة ليست مرض الموت، وإنما هي من الأحوال الطبيعية لحياة الإنسان أما مرض الموت فهو المرض الذي يعتري الإنسان شيخاً أو شاباً وينتهي بالموت بحيث يشعر المصاب معه بقرب انتهاء أجله<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - خمار نريمان و لشهب حورية. مرجع سابق، ص 740

<sup>2</sup> - دريسي نور الهدى، وقف المريض مرض الموت في الفقه الاسلامي و القانون الجزائري، مقال بمجلة القانون والعلوم السياسية مركز جامعة النعامة، الجزائر، 2016، ص 464.

موقف القضاء الجزائري:

جاء في قرار لمحكمة العليا أن قضاة الموضوع سلخوا سلوكا غريبا بقولهم أن الواهبة كانت صحيحة بكامل قواها العقلية والجسمية بدليل أنها انتقلت إلى مكتب التوثيق بنفسها ولو كانت تعاني من مرض عضال (سرطان) و خطير لم يمنعها ذلك من التحرك ، بدليل تنقلها للعلاج بين الجزائر و تونس ، أن قضاة الموضوع لم يناقشوا المرض المدعى به

والمنصوص عليه في المادة 204 من قانون الأسرة ، مما عرض قرارهم للنقض (1). و من التطبيقات المستقر عليها في هذا المجال القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ : 22/10/1984 الفاصل في الملف رقم : 31833 و الذي ملخصه : " متى كان من المقرر شرعا و قانونا و على ما جرى به قضاء المجلس الأعلى أنه يجب على القضاء الفصل في الطلبات و الدفوع المقدمة من أطراف النزاع حتى لا يحرم المجلس الأعلى من ممارسة رقابة الأحكام الشرعية و القانونية فإن القضاء بما يخالف هذه المبادئ يعد خرقا لأحكام الشريعة الاسلامية و القانون.<sup>1</sup>

**ثانيا/ شروط مرض الموت:**

1- **عجز الشخص عن قضاء مصالحه:** يجب أن يعجز المريض عن قضاء مصالحه العادية والمألوفة، التي يستطيع الأصحاء عادة مباشرتها كالذهاب إلى السوق وممارسة مهنته إذا لم تكن شاقة وصعبة و التدبير المنزلي وشؤون البيت إذا كان من الإناث، وليس شرطا أن يلتزم المريض مرض الموت الفراش، فقد لا يلزمه ومع ذلك يبقى عاجزا عن قضاء حوائجه، وبالنتيجه فقد يكون الشخص عاجزا عن قضاء حوائجه ومع ذلك لا يعتريه أي مرض كما هو حال الشيخوخة التي تأخذ حكم تصرف الأصحاء في ذلك. و كما قال السنهوري فإن مرض الموت واقعة مادية تقبل الاثبات بجميع الوسائل.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - زنتو العربي، مرجع سابق، ص 62.

<sup>2</sup> - رايح بن غريب. مرجع سابق، ص 352

2- **غلبة الخوف من المرض** كي يتحقق مرض الموت لابد أن يشعر المريض بالخوف من الموت، وأن يكون هذا الشعور نتيجة لمرض خطير عادةً ما يؤدي إلى الوفاة، أو يكون المرض بسيطاً يبدأ في التفاقم فيخشى المريض منه الهلاك، وعليه لا يعتبر المريض مرض الموت من كان يعجز عن الكلام المشي؛ الرؤية بمجرد عدم قدرته على أداء مصالحه المعتادة، لأنه وببساطة لا يغلب في هذه الحالات خطر الهلاك و الموت، كما أن الأمراض المزمنة كالسكري والضغط لا تعتبر من شاكلة مرض الموت مادامت لا تدل على خطر الموت القريب والموشك.

3- **أن ينتهي المرض بالموت فعلاً:** وهو ما يستخلص من تعريف مرض الموت، فلا بد أن ينتهي المرض بالموت الفعلي، وهو من أهم الشروط و النتائج في نفس الوقت. فتحديد تصرفات المريض مرض الموت تعتمد أساساً على دنو أجله، و هذا الشعور قائم للمريض وقت التصرف سواء وقت الوفاة لنفس السبب أو لغيره " فإذا أصيب الشخص بمرض أقعده عن أداء أعماله، وغلب فيه خوف الموت ثم شفي منه، وكان قد تصرف في ماله كان تصرفه تصرف الأصحاء في ماله، وبالتالي ليس للورثة حق الاعتراض مادام حياً إلا إذا انتهى بالموت فإنه يكون لهم ذلك وإن تبين لصاحب التصرف بعد شفائه تماماً أنه لم يكن في مرض الموت كان له أن يطعن في تصرفه بدعوى "الغلط الباعث بأن يدفع أنه لو كان يرجو الشفاء من مرض الموت ما كان ليتصرف في ماله ويكون بذلك التصرف قابلاً للإبطال".

وتبقى هذه الشروط خاضعة للمعيار الشخصي، فالمرض يختلف من شخص لآخر وكذا نوعيته ويبقى تحديد مدة المرض أمراً تقديرياً فالكل يدلي بدلوه في هذا الخصوص.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - دريسي نور الهدى، مرجع سابق، ص 465.

الفرع الثاني: اساس تقييد الوصية:

إن الأساس الذي لأجله تم تقييد الوصية بمجموعة قيود وضوابط، إنما كان ضمانا لحق الورثة في ملكية التركة التي تؤول إليهم، وعدم الإضرار بهم عند التجاوز في الوصية.

ولذا حقق بعض العلماء بطلان ما يسمى بوصية الضرار ؛ وهي التي يقصد بها الإضرار بالورثة كأن يوصي الشخص بثالث ماله لبعض جهات البر إن تزوج ابنه من فلانة ويصرح بأنه كان يود أن يوصي بكل ماله في هذه الحال لو لم يكن القانون يمنعه من ذلك، فالقصد هنا مضارة الوارث، وهذا الباعث منافي لمقاصد الشارع فالوصية المشتملة على الضرار مخالفة لما شرعه الله تعالى وما كان كذلك فهو معصية.<sup>1</sup>

وقد ثبت النهي بالإضرار في الوصية، لحديث ابن عباس أن النبي صلى الله عليه و سلم قال: "الإضرار في الوصية من الكبائر ( ولأن الله تعالى قال ( مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مضَارٍ وَصِيَّةٍ مِنَ اللَّهِ وَاللَّهِ عَلِيمٌ حَلِيمٌ } . على أن عنصر الإضرار يتحقق في الحالتين التاليتين:

- 1- إذا اتجهت نية الموصي إلى الإضرار، أي إذا قصد حرمان ورثته من بعض ماله.
- 2- إذا أوصي بأكثر من ثلث التركة، أو إذا أوصي لأحد الورثة دون باقي الورثة أو أوصي لجهة معصية، قال الإمام العيني رحمه الله: " وفسر الإضرار في الوصية بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث... ) وقال الإمام ابن رجب رحمه الله : " والإضرار في الوصية تارة يكون بأن يخص بعض الورثة بزيادة على فرضه الذي فرضه الله له، فيتضرر بقية الورثة بتخصيصه، ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم : " إن الله أعطى لكل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث " ، وتارة بأن يوصي لأجنبي بزيادة على الثلث، فتتقص حقوق الورثة...<sup>2</sup>

1 - د.عبدالقادر محمد رحال، حماية التركة بتقييد الوصية وتكييف التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي،

كلية العلوم الإسلامية مقال بمجلة ابحاث قانونية، العدد الحادي عشر - جامعة الجزائر، يونيو 2021، ص 28.

2 - د.عبدالقادر محمد رحال، المرجع السابق، ص 29.

## خلاصة الفصل الاول:

يعتبر انتقال الاموال بين الاحياء والاموات حتمية لا مناص منها ولكن وفق ما تقتضيه الاحكام الشرعية والنصوص القانونية، فكثيرا ما يلجأ الذي يشعر بدنو اجله ان يتصرف في ممتلكاته وفق ما يراه الانسب، كالتصرفات التعاقدية مثل البيع او التصرفات التبرعية كالهبة والوقف ولكن هذا ما قد يضر بورثته لذلك جاءت النصوص القانونية ومن قبلها الشرعية الاسلامية بجملة من الضوابط والاجراءات حمايةً لحقوق الورثة، حيث يجعل كل تصرف يُقدم عليه المريض مرض الموت مع مراعاة تحقق الضرر للورثة سواء تصرف تعاقدي او تبرعي ان يأخذ حكم الوصية وترك مناط تحقق الضرر الى عاملين العامل الاول هو النصوص الشرعية والقانونية كأن لا تتجاوز الثلث وان لا وصية لوارث والعامل الثاني ان تترك السلطة التقديرية للقاضي في استنباط الأدلة و استغلال القرائن التي من شأنها ان تكون تسببا حال اصدار الحكم بأن هذه التصرفات التعاقدية او التبرعية تطبق عليها احكام الوصية

# الفصل الثاني: التصرفات الساترة للوصية وأحكامها

**تمهيد**

يصاب بعض الأشخاص خلال حياتهم لتقلبات صحية وهذا ما يجعلهم يفكرون في كيفية التصرف في ممتلكاتهم التي هي أعلى ما يملكون وبالتالي تجدهم يبحثون عن الشخص المناسب الذي يكون أهلاً لامتلاك تلك الأموال أو القِيم وخاصة حين يشعر الإنسان بدنو أجله أو ما يطلق عليه مرض موته إلى إضفاء صفة المعاوضة على تصرفه الذي قصد به التبخر، و أكثر من ذلك فقد يعمد عند تمتعه بكامل صحته إلى خلع ثوب تصرف منجز حال الحياة على تصرف في حقيقته مضاف إلى ما بعد الموت بأن يتصرف لأحد ورثته أو لغيره و يستثني بطريقة ما الإنتفاع بالشيء وحيازته مدى حياته، وكل هذه التصرفات إنما تكون تحايلاً على أحكام القانون المقيدة لحرية الإيضاء كما سبق الذكر. وعليه سنتناول في مضمون هذا الفصل طبيعة التصرف القانوني في مبحث ثم نتناول احكام التصرفات الصادرة من مريض مرض الموت من خلال مبحث ثان.

**المبحث الاول: ماهية التصرف القانوني**

التصرف القانوني والواقعة القانونية اما التصرف القانوني يعتبر أحد اهم المصادر الرئيسية للحق و الذي يتولى كيفية انشائه وكذا طرق حمايته وتنظيمه ومن ثم يعد القانون المصدر غير المباشر للحقوق، أما المصدر المباشر أو القريب الذي يستند إليه الحق وهو الذي يجعل شخصاً ينفرد به دون غيره فهي الواقعة القانونية بمعناها الواسع أن الوقائع بشكل عام هي مصادر الروابط القانونية والواقعة إما أن تكون طبيعية أو اختيارية والوقائع الاختيارية إما أن تكون أعمالاً مادية أو أعمالاً قانونية وهذه الأخيرة قد تكون صادرة عن جانب واحد أو صادرة عن جانبين، والقانون من ورائها محيط فهو الذي يحدد الآثار القانونية التي تترتب على الوقائع والأعمال<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد، دار الفكر للطباعة والنشر، القاهرة، 1934، ص74.



### المطلب الأول: فكرة التصرف القانوني

الفهم الصحيح للمصطلحات في كل فرع من فروع العلم والمعرفة من الأمور الضرورية التي لا يمكن الاستغناء عنها لتحقيق أعلى درجات الاستفادة من أي موضوع ولا سيما موضوع دراستنا، إذ يحتاج الأمر إلى التعمق في فهم التصرف القانوني بشكل عام ولكي تكون الفكرة دقيقة عن هذا التصرف لابد نتناول تعريف التصرف القانوني في الفرع الأول ثم في الفرع الثاني نعرض على شروطه واثاره.

#### الفرع الأول: تعريف التصرف القانوني

يعرفه: الأستاذ محمد الصغير بعلي بأنه " توجيه إرادة الشخص إلى إحداث أثر قانوني معين ، فهو إذن إرادة تتجه لإحداث أثر قانوني معين وحتى يعتد القانون بهذا التصرف يجب أن يصدر عن إرادة سليمة خالية من أي عيب . وجوهر التفرقة بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية : فالوقائع القانونية قد تتوفر فيها النية ، لكن القانون يرتب الآثار ولا يعتد بها(النية) . بينما التصرف القانوني يعتمد على النية ويعتد بها القانون.

#### الفرع الثاني : شروط و آثار التصرف القانوني

##### أولا : شروط التصرف القانوني

- 1- **الشروط الموضوعية** : تلعب الإرادة دورا فعالا في وجود التصرف القانوني لذا وجب أن يعبر المتعاقد عن إرادته ، ويظهر نيته في ترتيب الأثر القانوني المراد ويتم التعبير عن الإرادة صراحة بالكتابة أو باللفظ أو بالإشارة وتكون الإرادة صادرة عن ذي أهلية وخالية من أي عيب وهي الغلط - التدليس - الإكراه والاستغلال . كما يشترط أن يكون محل التصرف ممكنا أي موجودا فعلا ومعينا إن كان حقا عينيا ، وأن يكون الحق مشروعاً.
- 2 - **الشروط الشكلية** : هناك بعض التصرفات لا تكون صحيحة إلا إذا تمت في شكل معين فرضه المشرع ، أي اشترط تحريرها بالشكل الذي أورده القانون وذلك لحماية المتعاقدين ... وتخلف هذا الشكل يؤدي إلى بطلان التصرف القانوني بطلانا مطلقا (المادة 324 ق م ) ... كما يأمر القانون بإخضاع بعض القوانين إلى شكل رسمي كتحرير العقود التي تتضمن نقل

لكية عقار أو عقود تسير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية

**ثانيا : آثار التصرف القانوني :** متى توفرت الشروط الشكلية والموضوعية للمتعاقدين لا يجوز نقض أو تعديل العقد إلا باتفاق الطرفين (نصت المادة 106 ق م على: أن العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون.

. كما لا يمكن للغير اكتساب حق أو تحمل التزام عن عقد لم يبرمه.

. وآثار العقد تنتقل إلى الخلف العام لطرفي العقد إذا لم يمنع ذلك الاتفاق أو القانون أو تحول طبيعة العقد دون ذلك.

. تنتقل الحقوق إلى الخلف العام دون الالتزامات التي تتحملها الشركة دون الورثة لمبدأ ( لا تتركه إلا بعد سداد الدين.

. الالتزامات الشخصية التي التزم بها السلف لا تلزم الخلف إلا إذا كانت متصلة بالحق الذي انتقل إليه ، وإذا كان الخلف خاص يجب أن يكون عالما بها<sup>1</sup>

### المطلب الثاني: أنواع التصرفات القانونية

تختلف التصرفات القانونية باختلاف اطرافها فمنها ما يكون من ارادتين متقابلتين كل منهما تسعى لتحقيق مقابل او هدف مثل عقد البيع، ومنها ما يكون بارادة منفردة اي بجانب واحد مثل التصرفات التبرعية مثل الهبة والوقف

### الفرع الأول : التصرفات القانونية ذات الإرادة المزدوجة

حيث يعتبر العقد الصورة الأكثر وقوعاً في الحياة العملية للتصرف القانوني الصادر من جانبين، و يعرف البعض أن العقد هو توافق إرادتين حريتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، كإنشاء حق أو نقله أو تعديله أو إزالته. أما المشرع الجزائري عرفه في المادة 54 من القانوني المدني بأنه: "اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما". فالأصل في العقود مبدأ سلطان الإرادة، لأن "العقد شريعة المتعاقدين"، بحيث يكون بمقدور الأشخاص أن يعقدوا بإرادتهم الحرة كافة التصرفات القانونية ما

<sup>1</sup> - بحث حول مصادر الحق على الرابط: <https://www.startimes.com> تاريخ الولوج 2023/07/11، على

دامت منسجمة مع الأسس العامة و الضوابط التي يقرها النظام القانوني في المجتمع. كون أنه قد يقوم أساساً على التراضي وتوافق المتعاقدين بحيث يعتبر شريعة المتعاقدين و لكن نطاق حرية الإرادة مقيدة باحترام النظام العام و الآداب العامة و ذلك لأن القانون يحد من مبدأ سلطان الإرادة بمجموعة من القواعد الآمرة أو الناهية المتعلقة بالنظام العام التي لا يجوز للأشخاص أن يتفقوا على خلافها و استبعاد تطبيقها.

كما أن القانون قد يفرض شكلية معينة يجب مراعاتها لاستعمال الصيغة النهائية لبعض العقود بحيث لا تكفي في تكوينها مجرد توافق الإرادة بل لا بد من صب الإرادة في شكل يتطلبه القانون، كالعقود المتعلقة بالحقوق العينية الأصلية التي لا تنتج أثرها ما لم يتم توثيقها في قالبها الرسمي و شهرها أمام مصلحة الشهر العقاري (المحافظة العقارية)، و هذه الشكلية جعلها المشرع ركناً من أركان العقد الخاصة بالحقوق العينية الأصلية<sup>1</sup>

### الفرع الثاني : التصرفات القانونية ذات الإرادة المنفردة

وكما سبق ذكره هو عمل قانوني من جانب واحد، حيث يلزم الشخص نفسه بإرادته المنفردة دون أن تقترن هذه الإرادة بإرادة شخص آخر، كما في الوصية. و لا تحتاج في قيامها لقبول الجانب الآخر. فمن المتصور أن تنتج الإرادة المنفردة بعض الآثار القانونية بالعمل القانوني الصادر من جانب واحد و تكون سبباً لإنشاء حق عيني مثلا الوصية بعقار أو انقضائه كالتنازل عن الرهن الرسمي. أو في إنهاء رابطة تعاقدية كما في الوديعة. فالتشريعات الحديثة تعترف بدور الإرادة المنفردة في إحداث آثار قانونية و إنشاء الحقوق كما هو الحال في القانون المدني الجزائري في المادة 123 مكرر منه<sup>2</sup>.

### المبحث الثاني: احكام التصرفات الصادرة من مريض مرض الموت

للتطرق في هذا المبحث الى احكام التصرفات الصادرة من مريض مرض الموت وجب الاشارة او التفريق بين انواع التصرف التي يمكن ان تصدر من المورث المريض مرض الموت وذلك الفصل بين التصرفات التي تكون بارادتين مختلفتين كلاهما يبحث عن تحقيق

<sup>1</sup> - بن بولرباح العيد، محاضرات في نظرية الحق، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، جامعة محمد لمين دباغين سطيف2، على الرابط : <https://cte.univ-setif2.dz>, تاريخ الولوج 2023/07/11 على الساعة 7:40.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه

الربح او الفائدة ونقصد هنا عقد البيع والذي سنتناوله بشيء من التفصيل من في المطلب الاول ثم ننتقل الى التصرفات التي تصدر من مريض مرض الموت والتي تكون عن طريق الارادة المنفردة او ما يطلق عليها التصرفات التبرعية من خلال مطلب ثان.

## المطلب الاول: بيع المريض مرض الموت

قبل التطرق في هذا المطلب لمضمون العنوان وجب الاشارة ولو قراءة سريع لبعض احكام عقد البيع ذلك ان له ارتباط وثيق بالتصرفات الصادرة من المريض مرض الموت التي يمكن ان تؤثر على حقوق الورثة سواء بقصد او دون قصد وهذا ما سيندرج تحت الفرع الاول والمعنون باحكام البيع ، ثم نتناول بيع المريض مرض الموت كتفريع ثان.

### الفرع الاول: احكام البيع

يعتبر عقد البيع من اهم العقود و ابرزها على الاطلاق التي تخضع للقواعد العامة لنظرية العقد. فهو الطريقة المباشرة او السريعة التي تسمح لانتقال وتداول القيم بين الناس ومن هنا تظهر اهميته، ونظرا لهذه الاهمية فقد اولاه المشرع الجزائري وكغيره من التشريعات العربية والغربية بأن جعله يتصدر الترتيب في قانونه المدني وذلك انه اورده على رأس العقود المسماة في المواد من 351 الى 412 في الفصل الأول من الباب السابع من الكتاب الثاني من القانون المدني.

وعليه سنتناول في هذا الفرع بعض المفاهيم المتعلقة بعقد البيع وذلك من خلال مايلي:

**اولا: تعريف عقد البيع:** عرفه الفقهاء و منهم الدكتور شفيق الجراح بما يلي: " البيع عقد

بموجبه يقوم أحد الاشخاص ويُدعى بائعا بنقل و ضمان ملكية شيئا ما أو حقا ماليا إلى شخص آخر يُدعى مشتري ، و ذلك بمقابل ثمن نقدي يلتزم المشتري به " ، و أورد المشرع

الجزائري تعريفا لعقد البيع في المادة 351 من القانون المدني على النحو الآتي :

" عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا مالي آخر في مقابل ثمن

نقدي " ، و يتضح من خلال هذا التعريف أن عقد البيع يتميز بميزتين اساسيتين:

- البيع ينشئ التزام بنقل ملكية شئ او حق مالي اخر .

- التزام المشتري بدفع ثمن نقدي<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - زنتو العربي، حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر كلية الحقوق، الجزائر 2014/2015، ص84.

وبعد هذا التعريف يمكننا استخلاص جملة الخصائص التي تضمنها تعريف عقد البيع والتي يمكن ان تميزه عن باقي العقود.

ثانيا: خصائص عقد البيع

يتميز عقد البيع بجملة من الخصائص التي تميزه عن غيره من العقود والتي نوردتها فيما يلي:

1/ عقد ملزم لجانبيين : حيث تترتب التزامات متقابلة في ذمة البائع والمشتري ، فالبايع يلتزم بنقل ملكية أحد الاشياء أو أحد الحقوق المالية التي يملكها ، والمشتري يلتزم بدفع الثمن .

2/ عقد البيع عقد معاوضة : حيث يحصل البائع مقابل ما يتقاضاه من المشتري ، والمشتري يحصل على مقابل ما دفعه كثمن للمبيع للبائع .

3/ عقد البيع عقد رضائي : حيث تكفي لانعقاده تطابق إرادة البائع مع إرادة المشتري ، فالقانون لم يشترط لانعقاده أن يفرغ بشكل معين ، وعلى وجه الخصوص بالنسبة للمنقولات ومن ثم فهو من العقود التي تتعقد بتراضي الطرفين بينما في العقارات فقد اشترط المشرع الجزائري رسمية العقد وإشهاره.

4/ عقد البيع يرد على الاشياء وعلى الحقوق المالية الاخرى وبالتالي يصح أن يكون محله حقا من الحقوق العينية الاصلية : كحق الانتفاع أو الارتفاق ، كما يجوز أن يكون محله حقا ماليا شخصا كما هو الحال في حوالة الحق ، ويجوز أن يكون محله من الحقوق الذهنية ومثالها الملكية الادبية والفنية والصناعية

5/ عقد البيع ناقل للملكية : لعل أهم خصائص البيع أنه عقد ينقل الملكية من البائع إلى المشتري مقابل ثمن نقدي ، لكن هذه الميزة لعقد البيع منحصرة في حالة ما يكون عقد البيع منقولاً محددًا بالذات ، أما إذا كان محل البيع محددًا بالنوع فقط فإن دور عقد البيع يقتصر على إنشاء التزام في ذمة البائع بنقل الملكية . كذلك الامر إذا كان محل البيع عقارا أو أحد الحقوق العينية الاصلية لان عقد البيع لا ينقل الملكية وإنما يتأخر الاثر إلى أن يتم اتخاذ إجراءات التسجيل والقيود.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - لسود موسى, عقد البيع , محاضرات القيت على طلبة سنة اولى ليسانس , جامعة العربي التبسي, على الرابط :

<http://e-learning.univ-tebessa.dz> , تاريخ الاطلاع 2023/07/10 على الساعة 7:10.

## ثالثا: اركان عقد البيع

**1/ الرضا:** إن وجود الرضا يقتضي تطابق الإيجاب والقبول ، فلا ينعقد عقد البيع إلا بتطابق إرادة البائع مع المشتري بكل الأشياء التي تدخل ضمن عناصر عقد البيع والتي تتمثل في طبيعة العقد المراد إبرامه ، والشئ المبيع ، والثلث.

إن صحة عقد البيع تتوقف على خلوه من عيوب الرضا وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال أو الغبن.

**2/ الأهلية :** حتى تكون التصرفات القانونية صحيحة ومنتجة لآثارها القانونية يجب أن تكون صادرة عن أشخاص ذوي أهلية أو غير مصابين بإحدى عوارض أو موانع الأهلية . لذلك فإن الأهلية تعتبر شرطا لصحة انعقاد عقد البيع . وطبقا للمادة 40 من القانون المدني الجزائري يكون الشخص كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية والقيام بتصرفاته القانونية عند بلوغه سن الرشد ( 19 سنة كاملة ) . وباعتبار أن عقد البيع عقدا من عقود المعاوضة بمقابل ، الدائرة بين النفع و الضرر فإنه يكون باطلا بطلانا مطلقا إذا صدر من عديم التمييز ( الصبي أقل من 16 سنة ، والمجنون ، والمعتوه.

أما العقد الصادر من ناقص الأهلية الصبي المميز بين 16 و 19 سنة والشخص المصاب بسفه أو غفلة فإنه يكون قابلا للإبطال لمصلحته ، وكحالة استثنائية أجاز القانون ( مادة 84 من قانون الأسرة ) للقاضي أن يأذن لمن بلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله بناء على طلب من له مصلحة ، وللقاضي التراجع عن هذا إذا ثبت لديه ما يبطل ذلك ، إذن فكل عقد يبرمه القاصر في حدود الإذن القضائي يعد صحيحا.

**3/ المحل :** محل عقد البيع مزدوج يشمل التزام البائع بنقل ملكية المبيع ، والتزام المشتري بدفع الثمن ، وفي ما يلي تفصيل ذلك:

- المبيع : حتى يعتبر الشئ مبيعا يجب أن تتوفر فيه الشروط التالية: يشترط لانعقاد البيع أن يكون الشئ المبيع موجودا وقت البيع أو قابلا للوجود في المستقبل ، باستثناء التعامل في تركة الإنسان الذي هو على قيد الحياة حيث يعتبر هذا التعامل باطلا ، ( المادة 92 من القانون المدني الجزائري )

يجب أن يكون المبيع معينا أو قابلا للتعين إما بذاته ( ذكر أوصافه في العقد ) أو بنوعه ( مقداره ) .

**مشروعية البيع :** الأصل أن كل الأشياء تصلح أن تكون محلا للبيع ، باستثناء إذا كان الشيء خارج التعامل بطبيعته مثل الهواء ، أو يحكمة القانون مثل عدم جواز التصرف في أموال الدولة ، ويخرج كذلك من دائرة التعامل كل الأشياء التي يعتبر التعامل فيها مخالفا للنظام العام والآداب العامة تطبيقا للمادة 93 من القانون المدني الجزائري.

**- الثمن :** يعتبر الثمن محلا لعقد البيع يلتزم به المشتري ، ويشترط في الثمن حتى يعتبر التصرف بيعا ، أن يكون مبلغا من النقود يدفع مقابل نقل الملكية ، ويجب أن يكون الثمن الذي اتفق عليه الطرفان جديا فلا يعتبر الثمن التافه ( الذي لا يتناسب مع قيمة الشيء المبيع ) أو الثمن الصوري ( ثمن وهمي ) تذكر قيمته في العقد لإظهار العقد بمظهر البيع مثل أن يكون الثمن الثمن المستتر أو الخفي والمتفق عليه أعلى وأكثر من الثمن المذكور في العقد .ويجب على المتعاقدين تحديد الثمن في عقد البيع ، وإذا لم يعين الثمن في العقد كان البيع باطلا بطلانا مطلقا ما لم يتبين من العقد أن الطرفين اتفقا على الأسس التي يتحدد بمقتضاها الثمن في ما بعد ، ومن هذه الأسس تحديد ثمن بسعر السوق . وإذا كان الأصل هو حرية المتعاقدين في تحديد الثمن ، إلا أنه في بعض الأحيان يتم تحديد الثمن بواسطة القانون ولا يكون لإرادة المتعاقدين أي دخل في ذلك ، مثل أثمان بعض السلع الأساسية كالخبز .

**4/ السبب :** تنطبق على ركن السبب في عقد البيع القواعد العامة للعقد في القانون المدني ، والسبب هو الباعث أو الدافع للتعاقد ، يشترط فيه أن يكون موجودا وأن يكون مشروعا غير مخالف للنظام العام والآداب العامة وإلا اعتبر عقد البيع باطلا بطلانا مطلقا .

**5/ ركن الشكلية:** هي ركن من أركان عقد بيع العقار ، ويقصد بها الكتابة أي تحرير عقد رسمي من طرف ضابط عمومي مختص يتمثل في الموثق الذي يتولى تحرير العقود التي يحدد القانون صيغتها الرسمية على أن تكتب باللغة العربية في نص واحد واضح تسهل قراءته ، وتكون العقود الأصلية تحت مسؤولية الموثق .

### **الفرع الثاني بيع المريض مرض الموت**

#### **- أولا: البيع في مرض الموت لو ارث**

يستخلص من الفقرة الأولى للمادة 408 من القانون المدن أن قيام الشخص ببيع شيء من أمواله لأحد ورثته في مرض الموت لا ينفذ بحق باقي الورثة إلا إذا أقره.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - قرار المحكمة العليا الغرفة المدنية الصادر بتاريخ: 1990/07/09 ملف رقم 62156 ، المجلة القضائية' العدد الرابع 1991،ص68.

و مصطلح " لا يكون ناجزا n'est pas valable " الوارد بالمادة يدل على أن البيع يكون صحيحًا و ليس باطلا، لكن موقوف النفاذ على إقرار الورثة له فإن أقروه أصبح نافذا في حقهم من وقت إبرامه ، و إن رفضوه لم ينفذ في حقهم و يبق الشيء المبيع كعنصر من عناصر التركة ، و على الورثة أن يردوا إلى المشتري المبلغ الذي يكون قد دفعه كتمن للمبيع.

و إذا أقر بعض المورثة البيع و لم يقره البعض الآخر نفذ في حق من أقره بنسبة حصصهم في الميراث و لم ينفذ في حق البقية و ما يلاحظ هنا أن المشرع طبق على البيع لوارث في مرض الموت أحكام الوصية ، بحيث جعل نفاذ التصرف متوقفا على قبول باقي الورثة أي أنه ألحق البيع بأحكام الوصية بطريقة غير مباشرة .

و يقصد بالورثة من تثبت لهم الصفة وقت وفاة المورث المريض و لو لم يكونوا ورثة وقت البيع ، أما من كان وارثا وقت البيع و أصبح غير وارث وقت موت المورث فليس له حق إقرار التصرف من عدمه ، و بذلك فإن الوارث الذي لم تكن له هذه الصفة وقت انعقاد البيع ، و تحققت له وقت الوفاة له حق الاعتراض و عدم قبول نفاذ البيع في حدود حصته. و إقرار الورثة أو رفضهم للتصرف لا يكون معتدا به إلا إذا صدر بعد موت المورث ، و لا يعتد بالإقرار السابق على الموت - كأن يدون في نفس المحرر المثبت لتصرف المورث - لأن صفة الوارث و حقه في الميراث لا تثبت إلا بعد موت المورث . و يشترط لصحة الإقرار ما يشترط في أي تصرف تبرعي آخر، فيجب أن يكون الوارث المقر بالغا ، عاقلا ، غير محجور عليه ذلك تحت طائلة بطلان إقراره بطلانا مطلقا كما يجب أن يكون الإقرار صريحا ، فلا يكفي السكوت أو أي تصرف آخر دليلا على إقرار البيع الصادر في مرض الموت.

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

و قد أورد الدكتور على على سليمان جملة من الانتقادات للفقرة الأولى من المادة 408 من القانون المدني (1) ، منها أن النسخة الفرنسية جاءت بشرط لم يرد في النص العربي فاشترطت أن يتم البيع في حالة اشتداد حدة المرض " في حين أن فقهاء الشريعة الإسلامية



التي هي مصدر حكم تصرفات المريض مرض الموت لم يشروطوا ذلك . بل اختلفوا حول المدة التي يعتبر التصرف خلالها صادرا في مرض الموت فقط و من بين هذه الانتقادات التفرقة بين البيع لوارت وجعله معلقا على إقرار بقية الورثة ، و البيع لأجنبي و جعله قابلا للإبطال.<sup>1</sup>

#### - ثانيا: البيع في مرض الموت لغير الوارث

ان حالة بيع مريض مرض الموت لغير الوارث تتداخل فيها الحقوق والالتزامات فيبقى نفاذ عقد البيع معلق على ارادة الورثة وعليه فهو قابل للإبطال ، وعلى الغير أن يرد المبيع ويسترد الثمن الذي حققه ، ويراد بالغير هو الشخص الذي أكتسب حقا عينيا على العين التي باعها المريض مرض الموت إلى المشتري .

أضف إلى ذلك أن المشرع في تنظيم تصرفات المريض مرض الموت نظمها بأحكام خاصة ، خرج عن النظرية العامة ، لذلك يتبادر للأذهان هنا أن المشرع لا يعتبر مرض الموت لا عيب في الإرادة ولا مؤثرا على أهلية المريض ، وإن سلمنا بهذا يبقى السؤال وارد لماذا قرر إمكانية إبطال في نص المادة 2/408.

بالنسبة لتكييف إرادة مريض مرض الموت ، لم يعتبر المشرع مرض الموت عارض من عوارض الأهلية ، إنما اعتبره مؤثرا في تصرفات المريض وذلك حماية للورثة والغير ، على نقيض المشرع الفرنسي الذي اعتبره عارض من عوارض الأهلية ( مادة 909 من القانون المدني) أي العلة في مرض الموت تكمن في ضعف القوى العقلية للمريض التي تؤدي إلى نقص أهليته ، وأن أساس عدم الأهلية الوارد في المادة 909 أساسه حماية المرضى أنفسهم من استغلال من يقومون بعلاجهم ومنح العطايا لهم وهم على هذه الحالة " معناه أن المشرع الفرنسي جعل مرض الموت عارضا من عوارض الأهلية . فأمام عجز لتطبيق الأحكام العامة الواردة في القانون المدني بالنسبة لتكييف إرادة مريض مرض الموت ، فبذلك فإننا أمام استحالة تكييف إرادة مريض مرض الموت بما أننا لا نستطيع إلحاقها بما هو موجود من أحكام المطبقة وفق النظرية العامة والتي تعرف الأحوال التي تكون وفقها الإرادة إما معيبة أو صحيحة ، أضف إلى ذلك ما يعرف من أحكام الأهلية التي تعدم أو تنقص أهلية المتعاقد

لكن لنا أن نقول أنه تعتبر من الصعوبات التي واجهت المشرع في إدماج أحكام مرض الموت في القانون المدني ، هذا القانون الذي يحدد توقيع الجزاء بالنسبة للبطلان النسبي في حالات

<sup>1</sup> - زنتو العربي, حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون الجزائري, مرجع سابق, ص95.

معينة منها وجود عيب في الإرادة العقدية أو نقص الأهلية ، هنا المشرع يحدد إمكانية المطالبة بإبطال العقد ، لكن في مرض الموت لم نعرف لماذا المشرع قرر هذا الجزاء أي إبطال العقد وفق المادة 408 / 2 الذي جاء أثر مرض الموت على عقد البيع في مضمونها " أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال<sup>1</sup> .

ومن خلال ما سبق نكره يتبين لنا ان من بين التصرفات التي يمكن ان يقدم عليها الانسان وهو في حالة من حالات المنع من نفاذ تصرفاته حتى وان كان في ظاهرها انها ابرمت وفق القانون تحت القواعد الشكلية والموضوعية الصحيحة ولكن قد تكون ارادة المتعاقدين خلاف الوضع الظاهر . ومن هنا تدخل المشرع الجزائري بجملة من النصوص التي من شأنها ان تحول دون التعاقد خلاف الظاهر ومن جهة اخرى فسح المجال للسلطة التقديرية للقاضي وعلى امتداد درجات ومراحل التقاضي للكشف عن النوايا المستترة .

### **المطلب الثاني: التصرفات التبرعية الصادرة من المريض مرض الموت.**

#### **الفرع الاول: هبة المريض مرض الموت**

كثيرا ما يحتاج الانسان لمن يقوم بشؤونه عند ضعف قوته او عند مرضه وخاصة اذا كان يعلم ان مرضه ميؤوس منه، فهناك من يكون سنداً له معيناً قائماً بمتطلباته سواء من ورثة مريض مرض الموت او شخص اجنبي، واکراماً للقائم بشؤونه يلجأ الى تقديم الهبات وهو في حال حياته ولكن هذه الهبة المترامنة مع مرض الموت تأخذ احكاما غير احكام الهبة حال الصحة وهذا ما نتناوله في هذا الفرع.

#### **أولاً: الهبة في مرض الموت**

تنص المادة 202 من قانون الأسرة أن : "الهبة تمليك بلا عوض ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشرط"<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - فطيمة نساخ، أثر مرض الموت على عقد البيع' مقال بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية و السياسية والاقتصادية، المجلد 57 :، العدد 01 :، السنة 2020 :، كلية الحقوق جامعة الجزائر ' ص 443.

<sup>2</sup> - قانون الاسرة رقم 84-11، مرجع سابق.

و بذلك فإن الهبة بوصفها تمليكا بلا عوض كانت من أشد التبرعات الضارة بالمتصرف ضررا محضا، لذا أحاطها المشرع بضوابط هامة، لا سيما تلك المتعلقة بأهلية المتبرع، فإذا كان الواهب أهلا للتبرع من غير المرض جاز له أن يهب شرعا و قانونا كل ماله لمن يشاء، وارثا كان أم أجنبيا طبقا للمادة 205 من قانون الأسرة .

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

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

و عليه فإن الهبة في مرض الموت، أعطاه المشرع حكم الوصية بنص صريح، و بهذا قال جمهور الفقهاء ؛ إذ اعتبروا أن الواهب المريض مرض الموت تأخذ هبته حكم الوصية، و تسري عليه أحكامها من عدم جواز الإيصال بأكثر من الثلث و عدم جواز الإيصال 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 والمواريث بتاريخ 16/03/1999<sup>2</sup> والقرار الصادر عن نفس الغرفة بتاريخ 21/02/2001<sup>3</sup>.

و أكدت المحكمة العليا على أن القضاء بإبطال الهبة في مرض الموت دون مراعاة المبدأ القانوني الذي يعتبرها وصية و يستفيد منها الموهوب له في حدود ما يسمح بذلك موضوع الوصية بعد مخالفة للقانون .

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

<sup>2</sup> - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 16/03/1999، ملف رقم 219901، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية،

<sup>3</sup> - قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث الصادر بتاريخ 21/02/2001، ملف رقم 256869، المجلة

و أكثر من ذلك فقد ذهبت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 13/03/1998 إلى اعتبار الهبة وصية إستنادا إلى قرينة يستخلص من خلالها إضافة الهبة إلى ما بعد الموت حيث جاء فيه : "... و من المقرر قانونا أن الهبة تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية . ومتى تبين - في قضية الحال - أن الهبة موضوع النزاع أقامها المرحوم لزوجته ذاكرا بأنه في حالة ما إذا وجد بعد وفاته ورثة آخرون و شرعيون تحدد الهبة حسب القانون و هو ما يجعلها في شكل وصية مضافة إلى ما بعد الموت في حين أن الشريعة الإسلامية لا تسمح بالوصية للوارث..." مؤسدة قرارها على أحكام الشريعة الإسلامية<sup>1</sup> .

### فرع الثاني: وقف المريض مرض الموت

اولا/ ماهية الوقف: سنتطرق من خلال هذه الجزئية الى ماهية الوقف من خلال مايلي:

**1/التعريف القانوني للوقف:** تناول المشرع الجزائري تعريف الوقف حيث عرف قانون الأسرة لسنة 1984م<sup>2</sup> ، في المادة 213 منه الوقف على أنه " الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد و التصدق "، وعرفه قانون التوجيه العقاري حيث خلص في تعريفه للوقف العقاري ما نصه " الأملاك الوقفية هي أملاك عقارية 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 الموصين الوطاء الذين عينهم المالك المذكور"<sup>3</sup> ثم صدر أول قانون للأوقاف عام 1991م ، و الذي عرف الأوقاف في المادة الثالثة منه بقوله " الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصديق بالمنفعة للفقراء على وجه من وجوه البر و الخير."<sup>4</sup>

### ثانيا/ اركان الوقف

**أ/ الواقف:** هو الشخص المالك الذي يصدر بإرادته المنفردة، ومن جانب واحد تصرفاً قانونيا من شأنه جعل العقار مملوكا لأحد من العباد على أن ينشئ ذلك التصرف حقوقا عينية يتقيد من خلالها المالك الأصلي. وقد اشترط المشرع الجزائري طبقا لما تقضي به المادة 10 من قانون الأوقاف السالف الذكر، أن يكون الواقف مالكا للعين المراد وقفها ملكا مطلقاً؛

<sup>1</sup> - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 13/03/1998، ملف رقم 179724، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001، ص 277.

<sup>2</sup> - قانون الاسرة 11/84، مرجع سابق.

<sup>3</sup> - قانون 25/90 المؤرخ في اول جمادى الاولى 1411 الموافق لـ: 18/11/1990 يتضمن التوجيه العقاري ج.ر.ج عدد 49 .

<sup>4</sup> - قانون 10/91 مؤرخ في 12 شوال 1411 الموافق لـ: 27 ابريل سنة 1991 يتعلق بالأوقاف جريدة رسمية عدد 21 الصادرة

وأن يكون ممن يصح تصرفه في ماله غير محجور عليه لسفه أو دين وهو ما جاء موافقا لما تبناه الفقه الإسلامي حيث يشترط في الواقف أن يكون أهلا للتصرف في ماله<sup>1</sup>

**ب/ الموقوف** وهو محل عقد الوقف، وقد يكون المال الموقوف عينا سواء عقار أو منقول، وقد يكون منفعة، والمقصود بالموقوف هو العين الموقوفة التي تسري عليها أحكام الوقف ويستوي في ذلك العقار والمنقول ويستوي في الحكم ما دخل في الوقف أصلا، وما دخل فيه تبعاً، سماه الواقف أم لم يسمه، كان متصلاً بالوقف اتصالاً قاراً، أو كان من مصلحته أما عن شروطه طبقاً للمادة 11 من قانون الأوقاف وأحكام الفقه الإسلامي أن يكون مالاً متقوماً أن يكون معلوماً أن يكون مملوكاً للواقف وقت وقفه ملكاً باتاً؛ لازماً؛ أن يكون محل الوقف مشروعاً.<sup>2</sup>

**ج/ الصيغة في الوقف:** فالصيغة هي الإيجاب الصادر من الواقف الدال على إنشاء الوقف، ويكون بناءً عليه كالوصية تصرفاً بالإرادة المنفردة هي إرادة الواقف نفسه، أما بالنسبة للقبول فإنه ليس شرطاً عند الحنفية باعتبارها الركن الوحيد عندهم لانعقاد الوقف، أما المالكية والشافعية وبعض الحنابلة فهو عندهم ركن إذا كان الوقف على معين، إن كان أهلاً للقبول، وإلا يُشترط قبول وليه كالهبة والوصية وطبقاً لما تقضي به المادة 12 من قانون الأوقاف 91-10 تكون الصيغة باللفظ، و الإشارة، ويشترط في الصيغة التتجيز والتأييد، عدم اقتران الصيغة بشرط باطل؛ أن تكون الصيغة جازمة".

**د/ الموقوف عليه** المقصود بالموقوف عليه من يستحق الانتفاع بالعين الموقوفة مسلماً كان أو غير مسلم، سواء كان مالكا للعين الموقوفة، أو أنه يملك حق الانتفاع ويشترط في الموقوف عليه أن يكون جهة بر و قربي، وهو ما عبر عليه قانون ثانياً حكم وقف المريض مرض الموت واحواله

إذا كان الواقف أهلاً للتبرع، ووقف في أثناء مرضه مرض الموت، فإن وقفه يكون صحيحاً نافذاً حال حياته، لأنه مادام حياً لا يمكن الحكم بأنه مريض مرض الموت، إذ الإنسان لا يعتبر مريضاً بمرض الموت إلا إذا مات فعلاً، فإذا تبين أن المرض الذي اتصل به موته هو مرض الموت حقيقة.

<sup>1</sup> - دريسي نور الهدى، وقف المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مقال بمجلة القانون والعلوم السياسية عدد 2، سنة 2016، ص 470.

<sup>2</sup> - دريسي نور الهدى، المرجع السابق، ص 471.

و وقف المريض مرض الموت يأخذ عدة أحوال ولكل حال حكم معين، وسنحاول من خلال هذا  
المطلب أن نتناول أهمها وفقا لما جاء في أحكام الفقه الإسلامي و القانون الجزائري، وذلك وفقا للآتي:

**1/ وقف المريض مرض الموت المدين.** كأصل عام فإن الوقف في مرض الموت لازم بعده  
إلا أنه يعتبر من ثلث مال الواقف، كالوصية سواء نجز الوقف قبل موته أو أوصى به بعده أما  
في حالة، وجود دين لدى المريض مرض الموت الواقف فإننا نفرق بين حالتين:

**أ: إذا كان الدين مستغرقا لمال الواقف المريض مرض الموت:** نفرق في هذه الحالة بين أن  
يكون المدين محجورا عليه، أو غير محجور عليه: 1

فالقاعدة العامة إذا كان المدين غير محجور عليه، وكان في حال صحته فإن وقفه نافذ صحيح،  
وليس لدائنين حق طلب نقضه ولو كان الدين مستغرقا لماله، ولو قصد الفرار من الدين لأن  
حقهم متعلق بذمته لا بماله وليس لهم طلب نقض الوقف أو الاعتراض عليه " أما إذا حجر  
عليه بطلب دائنيه فإنه لا يجوز له بعد الحجر أن يتصرف بماله أي تصرف يضر بدائنيه،  
وبالتالي فإن وقفه صحيح لكن نفاذه يتوقف على إجازة دائنيه وهو رأي جمهور الفقهاء، أما  
المالكية فإنهم يرون الوقف باطلاً متى تقدم الدين على الوقف .

أما إذا وقف المدين، وهو في مرض الموت قبل الحجر عليه، فهو يتوقف أيضا على  
إجازة دائنيه وتكون الإجازة بعد موته لا من يوم إنشاء الوقف، أما إذا كان محجورا  
عليه فيتوقف على إجازة دائنيه من يوم إنشاء الوقف ما دام الوقف مستغرقا للدين

**ب: إذا كان الدين غير مستغرق لمال الواقف المريض مرض الموت:** إذا كان الدين

غير محيط بالمال كله فنخرج الدين أولاً، ثم يُنظر إلى الموقوف مما بقي بعد تسديد الديون،  
وهنا نفرق بالنظر إلى الموقوف عليهم على النحو الآتي بيانه:

\* **أن يكون الموقوف عليه غير وارث:** إذا كان الموقوف عليه أجنبيا، أو غير وارث وكان  
مقدار الوقف لا يزيد عن الثلث لزم ويأخذ حكم الوصية، أما إذا تعدى الثلث توقف على إجازة  
الورثة فإذا أجازوه نفذ، وإذا لم يجيزوه نفذ في حدود الثلث، أما إذا أجازوه البعض دون البعض  
الآخر فإنه نافذ في حق من أجازوه في ما زاد عن الثلث

<sup>1</sup> - دريسي نور الهدى، وقف المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، المرجع السابق. ص 471.

\* أن يكون الموقوف عليه وارثاً إذا وقف المريض مرض الموت على جميع ورثته لزم، أما إذا وقف على البعض دون الآخر، فهنا نفرق بين حالتين:

- أن يخرج في ثلث المال وهنا يكون الوقف لازماً، ولا يتوقف على إجازة أي أحد من الورثة.

- أن يتجاوز الوقف ثلث المال فإن الزيادة تتوقف على إجازة الورثة، فإذا لم يجيزوه تأخذ الزيادة حكم الفريضة وتقسّم على الورثة كلهم، وإذا أجازها البعض دون الآخرين، تنفذ في حقهم في ما زاد عن الثلث. أما إذا أبطل الوقف في ما زاد عن الثلث، ثم ظهر للواقف مال يخرج به كل الموقوف من الثلث، فإذا كان قائماً في يد الورثة صار وقفاً كله، وإذا لم يكن قائماً كان بيع من أحد الورثة فإنه لا يبطل بيعه ولكن يأخذ منه قدر ما باع ويشترى به أرض لتوقف مكان التي بيعت . و إن باع الورثة دون البعض الآخر، فما لم يبيع يعود وقفاً، وما بيع : بقيمته عقاراً ويوقف يشترى وما تجدر الإشارة إليه أن الوقف الخاص ألغي بموجب القانون 02/10 ، وبالتحديد المادة 06 الفقرة الثانية و بالتالي لا حديث عن الوقف لوارث في ظل قانون الأوقاف الجزائري.

ويظهر مما تقدم أن الفرق جلي بين الوصية لوارث والوقف لوارث، فالوصية تتوقف على إجازة الورثة سواء تجاوز المال الثلث أم لم يتجاوز على عكس الوقف الذي يتوقف على إجازة الورثة فيما زاد عن الثلث، أما دون ذلك فلا محل لإجازة الورثة .

**2/ وقف المريض مرض الموت غير المدين.** إذا كانت تركة المريض مرض الموت غير مدينة بأي دين فإن الثلثين من حق الورثة، إذا لم يجيزوا الوقف الذي تجاوز الثلث وما بقي يكون وقفاً وهذا المتفق عليه بين الفقهاء الذين قيدوا تصرفات المريض مرض الموت أما إذا لم يكن له ورثة نفذ وقفه ولم يتوقف على إجازة أي أحد، سواء كان الوقف لكل المال، أو لبعضه، لعدم تعلق حق لأحد بالمال الموقوف \* والجدير بالذكر أنه يجب التفرقة بين الوقف المنجز في مرض الموت، والوصية بالوقف، أو الوقف المضاف إلى ما بعد الموت، وكذلك الوقف المعلق بالموت. فالوقف المنجز هو الوقف الذي يقفه الواقف في أثناء مرضه مرض الموت بدون تعليق، أو إضافة إلى ما بعد الموت، ويكون لازماً لا يجوز فيه للواقف الرجوع، ويأخذ حكم الوصية وينفذ في الثلث عند عدم إجازة الزيادة فيه أما الوصية بالوقف، أو المضاف إلى ما بعد الموت ، وكذلك المعلق بالموت فكلهم غير لازمين بالنظر إلى الواقف، فيجوز لو الرجوع فيه، وأن يتصرف في الموقوف كيفما شاء، و لكن إن مات مصراً عليه لزم في حدود الثلث و بالرجوع إلى قانون الأسرة فإن المادة 215 تنص على أنه ( يشترط في الواقف و الموقوف ما يشترط في الواهب والموهوب طبقاً للمادة 2040-2015 من هذا القانون)، و بالرجوع إلى

المادة 204 من القانون ذاته، فإن الوقف في مرض الموت ينفذ في ثلث المال، وما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة إن وجدوا وذلك وفقاً للقواعد المقررة في القانون المدني، وبالخصوص المادة 776 الفقرة الأولى السالفة الذكر. وانطلاقاً من هاته المعطيات يتضح لنا أن القانون الجزائري جاء مسائراً لأحكام الفقه الإسلامي، بخصوص وقف المريض مرض الموت فهو ينزل منزلة الوصية، ويأخذ نفس أحكامها كان الوقف لوارث، أو لغير وارث، طبقاً للمادتين 1855-19 من قانون الأسرة، وهو ما أكدته القرار الصادر عن المحكمة العليا، والذي جاء في مبدئه { من المقرر قانوناً أنه يبطل الحبس في مرض الموت ويعتبر، وصية ومتى كان ثابتاً - في قضية الحال أن المحبس الذي أقام الحبس كان في حال مرض خطير لازمه إلى يوم الوفاة، وعليه فإن القرار المنتقد لما قضى بإلغاء حكم المحكمة القاضي ببطلان الحبس و القضاء من جديد برفض الدعوى يكون قد أخطأ في تطبيق التشريع والقانون<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> - <sup>1</sup> - دريسي نور الهدى، وقف المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، المرجع السابق. ص 474.



## خلاصة الفصل الثاني:

وكخلاصة لما تناولناه في هذا الفصل انه قد يعترض الانسان عدة وقائع مادية كإصابته ببعض التقلبات الصحية وهو لا يدري متى تكون اخر محطة من حياته فيقوم بتصرفات سواء تعاقدية اي تكون اي من جانبيين او تصرفات بارادة منفردة حالها حال التصرفات التبرعية، ولكن هذه الاخيرة و من شأنها انها قد تضر بالخلف العام و/او الخاص، ولهذا بدأنا في هذا الفصل بابرار الاحكام العامة للتصرفات القانونية كونها تتقاطع وموضوع دراستنا ثم ابرازا للتصرفات التي قد تصدر من مريض مرض الموت مضمرة ارادة المورث التي تتجه الى الاضرار ببعض الورثة على حساب ورثة آخرين او الخلف العام وهم الدائنين.

# خاتمة

حماية الورثة في الوصية تعني تأمين حقوق الورثة وحمايتهم من أي تجاوزات أو انتهاكات في وصية المورث. في القانون الجزائري، تم وضع قواعد لحماية نظام الميراث ومنع استغلال الموصي لنظام الوصية بهدف التحايل على الضوابط المقررة ضمن أحكام الميراث. و لعل من اهم النقاط المهمة في حماية الورثة في الوصية في القانون الجزائري نجد حق الورثة في الحصول على حصتهم الشرعية في التركة ثم منع وصية المورث التي تخالف قواعد الميراث المحددة في القانون.

ان تحديد نسبة التركة التي يمكن أن يتصرف بها المورث في وصيته، تعتبر من اهم الضوابط لحماية الورثة، ومن أجل حماية حقوق الورثة، يمكن للورثة المتضررين من وصية مخالفة لقواعد الميراث أن يقوموا باتخاذ إجراءات قانونية للطعن في صحة الوصية والمطالبة بحقوقهم الشرعية.

من خلال هذا البحث نتوصل الى مجموعة من النتائج اهمها:

- المشرع الجزائري ضبط الخلافة في المال بالتنظيم المحكم في نظام الميراث، و بالمقابل قيد من يحاول التصرف في أمواله بتصرف مضاف إلى ما بعد الموت بقيود تتمثل في عدم جواز الإيضاء لوأرث، و عدم جواز تجاوز الموصى به ثلث التركة فيما عدا إجازة الورثة لما يخالف هذه الحدود.
- تصدى المشرع لكل تصرف يقصد به التحايل على هذه القواعد العادلة، و منح للقاضي سلطة تكييف التصرف بما يحقق الحماية للورثة.
- كرس المشرع من خلال نص المادة 777 من القانون المدني ان التصرف لوأرث مع الإحتفاظ بالحياة و الإنتفاع مدى الحياة يعتبر وصية و تطبق عليه أحكامها، إضافة إلى نصوص المواد الخاصة بالتصرفات المبرمة في مرض الموت الواردة في القانون المدني (المواد 776،408،409 منه) و قانون الأسرة (المواد 204،215 منه).
- المفهوم الصحيح لمرض الموت لا زال لم يستقر عليه في اجتهادات المحكمة العليا ؛ بالرغم من تحديد شروطه في الفقه الإسلامي .

من خلال ما سبق من نتائج نقد مجموعة من الاقتراحات كما يلي:

- يستحسن تحديد مفهوم المريض مرض الموت و ضوابط اقرار هذه الحالة لما لها من علاقة بحماية حقوق الورثة .
- نقترح اعادة صياغة 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.
- منح ضمانات اكثر للورثة في الطعن في تصرفات الموصي على ان تحدد حالة التصرف في مرض الموت.
- تشديد شروط اعتبار الوصية وقبولها؛ وذلك لتحقيق اليقين القانوني، و لتجنب الاعتداء على حقوق الورثة الشرعيين.

# قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

- النصوص التشريعية :

- أمر 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم. ج. ر. ج، عدد 78، الصادرة في 30-09-1975.
- أمر رقم 57 . 74 مؤرخ في 8 ذي القعدة عام 1395 الموافق 12 نوفمبر سنة 1975 يتضمن اعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.
- قانون رقم 84-11، مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج ر ج ج عدد 24 ، معدّل ومتمّم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير 2005، ج ر عدد 15
- قانون رقم 10-91 مؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق 27 أبريل سنة 1991 يتعلق بالأوقاف .
- القانون 90 - 25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 يتضمن التوجيه العقاري. المعدل و المتمم

- النصوص القضائية :

- المجلة القضائية. العدد الثالث. 1989.
- العدد 4. 1991. العدد 3. 1992. العدد 2. 1993. العدد 3. 1993.
- الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية. عدد خاص. 2001.
- العدد الأول. 2002. العدد 2. 2002. العدد الأول. 2003.
- الإجتهد القضائي للغرفة العقارية. عدد خاص. الجزء الثاني. 2004.

- المؤلفات :

- أحمد فراج حسين. الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية. الدار الجامعية. لبنان.
- أحمد فراج حسين، مسائل الأحوال الشخصية، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية ط 1 لبنان، 2005 .

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

- محمد زهدور. الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية. المؤسسة الوطنية للكتاب. الجزائر. 1991.
- محمد صبري السعدي. شرح القانون المدني الجزائري. النظرية العامة للإلتزامات - العقد و الإرادة المنفردة - الجزء الأول. دار الهدى. الجزائر. الطبعة الثانية. 2004.
- محمد يوسف الزعبي. شرح عقد البيع في القانون المدني. دار الثقافة. الأردن.
- مصطفى محمد الجمال. نظام الملكية. منشأة المعارف الإسكندرية. مصر.
- يحيى بكوش. أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي. دراسة نظرية و تطبيقية مقارنة. المؤسسة الوطنية للكتاب. الجزائر. الطبعة الثانية.
- الخليل بن أحمد الفراهيدي، كتاب العين، تحقيق: مهدي المخزومي، إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، ج، 7
- الشريف الجرجاني، كتاب التعريفات، تحقيق: جماعة من العلماء بإشراف الناشر، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 13 1403 هـ / 1983 م
- رمضان أبو السعود. شرح العقود المسماة - في عقدي البيع و المقايضة - . دار الجامعة الجديدة للنشر. مصر. 2003.
- الرسائل الجامعية :**
- زنتو العربي، حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر كلية الحقوق، الجزائر 2014/2015
- المقالات:**
- فريدة زاوي. مقال بعنوان : الوقف الخاص - وجهة نظر في وضعيته الحالية - . مجلة الموثق. العدد الخامس. ديسمبر 1998.
- محمد شعبان. مقال بعنوان : وجوب تطبيق الحضر القانوني على ما هو معمول به واقعا. مجلة الموثق. العدد الرابع. سبتمبر 1998.
- خمار نريمان و لشهب حورية. تحول تصرفات المريض مرض الموت الى وصية. مجلة العلوم الانسانية، المجلد 20 العدد2، ديسمبر 2020



- رابح بن غريب. أحكام تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني مقارنة بالفقه الإسلامي، المجلة النقدية للقانون و العلوم الانسانية ، المجلد 5، العدد 1، جوان 2010
- ضو خالد. الوصية الواجبة في قانون الأسرة الجزائري والتشريعات العربية - دراسة مقارنة مع أحكام الفقه الإسلامي، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، المجلد 7، العدد 1، جوان 2022
- قديري محمد توفيق . حماية الورثة من الوصية المخالفة لقواعد الميراث في القانون الجزائري - مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 6، العدد 2، ديسمبر 2020

- المنشورات :

- بابا واسماعيل يوسف بن سليمان - محاضرات في التصرفات العقارية ، مطبوعة بيداغوجية ، جامعة غرداية الموسم الدراسي 2019/2018 ،
- عبد الرحمن ملزي. محاضرات في طرق الإثبات في المواد المدنية و التجارية. المعهد الوطني للقضاء. الدفعة الرابعة عشرة. 2004/2003.
- ليلي زروقي. محاضرات في القانون العقاري. المعهد الوطني للقضاء. الدفعة الرابعة عشرة. 2004/2003.

شكر وعران

اهداء

أ.....	مقدمة :
6 .....	المبحث الأول أحكام حماية الورثة في الوصية وعة تقييدها:
6.....	المطلب الأول : مفهوم الوصية.....
6 .....	الفرع الأول: الوصية واركائها.....
17.....	الفرع الثاني: طبيعة الوصية في نظر الفقهاء والقانون:
18.....	المطلب الثاني: تقييد حرية الإيضاء في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة .....
19.....	الفرع الأول : تقييد حرية الإيضاء في الشريعة الإسلامية.....
24.....	الفرع الثاني: علة و أساس تقييد الوصية.....
29.....	المبحث الثاني: أسس حماية الورثة في التصرفات الملحقة بالوصية.....
30.....	المطلب الأول الأساس العام الذي تقوم عليه قرينة الإيضاء .....
30.....	الفرع الأول: منع التحايل على أحكام القانون .....
32.....	الفرع الثاني: تصدي القاضي وسلطته في تكييف التصرفات القانونية المستترة.....
34.....	المطلب الثاني: أساس حماية الورثة من تصرفات المريض مرض الموت.....
34.....	الفرع الأول: مفهوم مرض الموت.....
38.....	الفرع الثاني: اساس تقييد الوصية:.....
39.....	خلاصة الفصل الاول:.....

38.....	الفصل الثاني.....
41.....	المبحث الاول ماهية التصرف القانوني.....
42.....	المطلب الاول فكرة التصرف القانوني.....
42.....	الفرع الأول: تعريف التصرف القانوني.....
42.....	الفرع الثاني : شروط و آثار التصرف القانوني.....
43.....	المطلب الثاني:أنواع التصرفات القانونية.....
43.....	الفرع الأول : التصرفات القانونية ذات الإرادة المزدوجة.....
44.....	الفرع الثاني : التصرفات القانونية ذات الإرادة المنفردة.....
44.....	المبحث الثاني احكام التصرفات الصادرة من مريض مرض الموت.....
45.....	المطلب الاول:بيع المريض مرض الموت.....
45.....	الفرع الاول: احكام البيع.....
48.....	الفرع الثاني بيع المريض مرض الموت.....
51.....	المطلب الثاني: التصرفات التبرعية الصادرة من المريض مرض الموت.....
51.....	الفرع الاول هبة المريض مرض الموت.....
53.....	فرع الثاني: وقف المريض مرض الموت.....
58.....	الخاتمة.....
60.....	قائمة المصادر والمراجع.....
62.....	فهرس المحتويات.....

# ملخص الدراسة

## ملخص :

يعتبر حق الإيضاء من الحقوق العينية الشخصية اللصيقة بالإنسان اثناء حياته وكانت محل اجتهاد بين فقهاء الشريعة الاسلامية لارتباطها بعلم المواريث، المشرع الجزائري بدوره نظم مسألة الوصية في قانون الاسرة وفق قواعد أمره، على الرغم من ان للإنسان حق الإيضاء في أمواله اثناء حياته، إلا أن حريته مقيدة بضوابط شرعية وقانونية هدفها بالأساس عدم المساس بحق الورثة والاضرار بهم.

**كلمات مفتاحية:** وصية ؛ مُسْتَتِرٌ ؛ ميراث ؛ قانون ؛ أسرة.

### **Abstract:**

The will is considered one of the personal rights in rem attached to the human being during his life and was the subject of jurisprudence among Islamic jurists because of its association with the science of inheritance, the Algerian legislator in turn organized the will in the family law according to peremptory rules, although a person has the right to the will in his money during his life, but his freedom is restricted by legal and legal controls aimed mainly at not prejudice the right of heirs and harm them.

**Key words:** commandment ; connivance ; inheritance ; Law ; family.